

BMR JURISTISCHE
INTENSIVLEHRGÄNGE

ASSESSORKURS

Dr. John Montag

Dr. Rainer Oberheim

ZIVILPROZESSRECHT

Rechtsprechung
und Aufsätze zum
Zivilprozessrecht

2010/1

**ERFOLGREICH
LERNEN**

Auslegung einer Berufungsschrift in Arzthaftungssache

BGH, Beschluss vom 9. 9. 2008 - VI ZB 53/07, NJW-RR 2009, 208

Lehrbuch § 1, Rn. 21

Haben in der Vorinstanz mehrere Streitgenossen obsiegt, richtet sich das hiergegen eingelegte Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung, d.h. gegen alle gegnerischen Streitgenossen. Etwas anderes gilt, wenn die Rechtsmittelschrift eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt.

Die Kl. hat in dem zu Grunde liegenden Arzthaftungsverfahren neben den Bekl. zu 1 und 2 (Träger des K-Krankenhauses sowie Chefarzt) auch den anwaltlich gesondert vertretenen Bekl. zu 3 (einen ambulant benadelnden Arzt) in Anspruch genommen. Das LG hat die Klage gegen alle Bekl. abgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat es die Abweisung gesondert hinsichtlich der Bekl. zu 1 und 2 sowie des Bekl. zu 3 begründet. Das OLG hat durch den angefochtenen Beschluss die Berufung gegenüber dem Bekl. zu 3 nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen. Innerhalb der Berufungsfrist sei per Faxschreiben nur gegenüber den Bekl. zu 1 und 2, vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigten erster Instanz, ein Rechtsmittel eingelegt worden. In dieser Berufungsschrift seien ausdrücklich nur diese beiden Bekl. als Berufungsbekl. benannt worden. Weder aus dem Schriftsatz noch aus den sonstigen Umständen lasse sich im Wege der Auslegung entnehmen, dass die Berufung sich auch gegen den gesondert vertretenen Bekl. zu 3 als den niedergelassenen Behandler richten sollte. Alleine aus der Berufungseinlegung lasse sich dies bei der gegebenen Konstellation nicht entnehmen, zumal der Berufungsschrift laut Eingangsstempel nur eine beglaubigte Abschrift beigelegt worden sei. Die Rechtsbeschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist den Anforderungen des § 519 Abs. 2 ZPO nur genügt, wenn bei der Einlegung der Berufung aus der Berufungsschrift sowohl der Rechtsmittelkläger als auch der Rechtsmittelbeklagte erkennbar sind oder – gegebenenfalls aus anderen im Zeitpunkt des Ablaufs der Berufungsfrist vorliegenden Unterlagen – eindeutig erkennbar werden. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Berufung unzulässig. An die Bezeichnung des Rechtsmittelgegners sind indessen jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen bestand, keine strengen Anforderungen zu stellen. Unter solchen Umständen richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung, d.h. gegen alle gegnerischen Streitgenossen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Rechtsmittelschrift eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt. Eine solche Beschränkung kann sich, wenn auf der Gegenseite mehrere Streitgenossen stehen, beispielsweise daraus ergeben, dass in der Rechtsmittelschrift nur einige von ihnen angegeben werden. Nach diesen Grundsätzen ist der angefochtene Beschluss nicht zu beanstanden, weil die Rechtsmittelschrift bei der hier gegebenen Konstellation eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt.

Gehörsverletzung bei Urteil trotz unzureichender Sachverhaltsaufklärung

BGH, Beschluss vom 12. 5. 2009 - VI ZR 275/08, NJW 2009, 2604

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Wird ein Sachverständiger, ohne dass er vorher ein den Parteien zur kritischen Würdigung zugängliches schriftliches Gutachten erstattet hat, in der mündlichen Verhandlung zu schwierigen Sachfragen ausführlich gehört, muss jeder Partei Gelegenheit gegeben werden, nach Vorliegen des Protokolls über die Beweisaufnahme zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Gibt die Stellungnahme Anlass zur weiteren tatsächlichen Aufklärung, ist die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.

Der Kl. macht gegen die Bekl. Ansprüche aus einem Verkehrsunfall geltend. Das LG veranlasste zur Beurteilung des Unfallhergangs die mündliche Anhörung eines Sachverständigen, ohne dass dieser zuvor ein schriftliches Gutachten erstattet hatte. Dem Kl. wurde im Termin ein Schriftsatzrecht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis eingeräumt. Mit nachgelassenem Schriftsatz erhob er Einwendungen gegen das Gutachten.

Das LG erließ ohne weitere Beweisaufnahme ein Urteil. Das BerGer. legte seiner anschließenden Entscheidung die im Gutachten getroffenen Feststellungen zu Grunde. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BerGer. hat den Anspruch des Kl. auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs.1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es die Ausführungen des Kl. im Schriftsatz vom 29. 4. 2008 nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt und rechtsfehlerhaft von einer ergänzenden Begutachtung oder Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen abgesehen hat.

Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei soll das Gebot des rechtlichen Gehörs als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. In diesem Sinne gebietet Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen der ZPO die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebotes verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet.

So verhält es sich im Streitfall. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet mit Erfolg, dass das BerGer. von einer ergänzenden Begutachtung oder Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen abgesehen hat, obwohl der Kl. im nachgelassenen Schriftsatz sowohl die Berechnungen des Sachverständigen konkret in Frage gestellt als auch einen Widerspruch zwischen den Ausführungen des Sachverständigen und den vor Ort getroffenen Feststellungen der Polizei aufgezeigt hat.

Zu diesen Einwendungen gegen das Gutachten, die nicht von vornherein abwegig erscheinen, hat der Sachverständige bisher weder schriftlich noch mündlich Stellung genommen. Das LG hätte die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen, um eine ordnungsgemäße Befassung mit den Einwendungen des Kl. zu ermöglichen, und diese dem gerichtlichen Sachverständigen zur Stellungnahme zuleiten müssen. Denn wenn, wie im Streitfall, ein Sachverständiger, ohne dass er vorher ein den Parteien zur kritischen Würdigung zugängliches schriftliches Gutachten erstattet hat, in der mündlichen

Verhandlung zu schwierigen Sachfragen ausführlich gehört wird, muss jede Partei, soll ihr das rechtliche Gehör nicht verkürzt werden, Gelegenheit erhalten, sich nach Vorliegen des Protokolls über die Beweisaufnahme gegebenenfalls anderweitig sachverständig beraten zu lassen und zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen.

[9]ee) Da das Verfahren in erster Instanz verfahrensfehlerhaft war, war das BerGer. an die Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil nicht gem. § 529 Absatz I Nr. 1 ZPO gebunden. Es durfte die auf Grund des Gutachtens getroffenen Feststellungen seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen, sondern hätte seinerseits eine ergänzende Begutachtung veranlassen oder jedenfalls den gerichtlichen Sachverständigen laden müssen. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass der Kl. in seiner Berufungsbegründung die in der unterlassenen Befragung des Sachverständigen liegende Verletzung seines rechtlichen Gehörs ausdrücklich gerügt und eine weitergehende Aufklärung beantragt hat. Von einer solchen durfte das BerGer. insbesondere nicht mit der Begründung absehen, die vom Kl. im Schriftsatz vom 29. 4. 2008 angestellten Kalkulationen litten daran, dass die vom Bekl. zu 1 gefahrene Geschwindigkeit nicht bekannt sei, und nach den Berechnungen des Sachverständigen habe dieser schon dann keine Möglichkeit mehr zu reagieren gehabt, wenn er mit 50,17 km/h gefahren sei. Denn mit dieser Begründung hat sich das BerGer. zum einen unzulässigerweise über den Umstand hinweggesetzt, dass der Kl. in seinen Kalkulationen gerade von einer Geschwindigkeit ausgegangen ist, die der Sachverständige seiner Beurteilung zu Grunde gelegt hat (vgl. die vom Sachverständigen erstellte erste Berechnung). Darüber hinaus hat das BerGer. mit dieser Begründung die Einwendungen des Kl. gegen die Berechnungen des Sachverständigen, insbesondere gegen die zu Grunde gelegte Reaktionszeit und die Bremsverzögerung, übergangen. Soweit das BerGer. ausführt, dass sich aus dem Umstand, dass der Zeuge R noch rechtzeitig habe bremsen können und nicht ebenfalls den Kl. überrollt habe, nicht der Schluss ziehen lasse, der Bekl. zu 1 habe den Kl. so rechtzeitig gesehen und ein Bremsmanöver eingeleitet, dass ein

Die Gehörsverletzung ist auch entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das BerGer. bei der gebotenen Aufklärung des Sachverhalts zu einer anderen Beurteilung des Falles gekommen wäre.

Gehörsverletzung durch unzureichende Behandlung des Tatsachenmaterials

BGH, Beschluss vom 10. 12. 2008 - IV ZR 107/08, NJW-RR 2009, 786

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Es liegt eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs vor, wenn das Berufungsgericht den Vortrag des beklagten Versicherers, die behauptete Entwendung des Fahrzeuges sei nur vorgetäuscht, nicht ausreichend zur Kenntnis genommen hat. Wird das zu berücksichtigende Tatsachenmaterial in einer solchen Häufigkeit unerwähnt gelassen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, das Berufungsgericht habe sich von vornherein nur ausschnittsweise mit diesem befasst, es aber im Übrigen weder in seinen Einzelheiten noch in seiner Gesamtheit in Erwägung gezogen, dann liegt darin der Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Es geht dabei um das Tatsachenvorbringen des beklagten Versicherers und um den Inhalt der vom Berufungsgericht beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Ermittlungsakten.

Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei unvollständiger Wahrnehmung des Parteivortrags durch das Gericht

BGH, Beschluss vom 9. 2. 2009 - II ZR 77/08, NJW 2009, 213

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Lässt die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zu, dass die Entscheidung des Gerichts auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht, liegt darin ein Verstoß des Gerichts gegen den Anspruch der betroffenen Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

Die Kl. verlangt von den Bekl. Schadensersatz wegen Verletzung gesellschaftsvertraglicher Treuepflichten. Die Kl. bildete mit den Bekl. zu 2 und 3 in Form einer ARGE eine Liefergemeinschaft für Kies zum Autobahnbau. Der Bekl. zu 1 war Geschäftsführer der Bekl. zu 2 und gewählter Sprecher der ARGE. Diese hatte die Lieferung von 280.000 Tonnen Frostschutzkies übernommen; die Lieferung sollte anteilig durch die Beteiligten der ARGE erfolgen. Wegen angeblicher Mängel in den Lieferungen der Kl. wurden deren Lieferverpflichtung von anderen Mitgliedern der Liefergemeinschaft erfüllt. Im Verfahren vor dem LG hat die Kl. vorgetragen, die behaupteten Mängel hätten tatsächlich nicht vorgelegen. Aus entsprechender Korrespondenz der Bekl. ergebe sich vielmehr, dass diese unter Verletzung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten kollusiv zum Nachteil der Kl. zusammengewirkt und die Abnahme der Lieferung der Kl. verhindert hätten, damit sie auch deren Anteil liefern könnten. Außerdem seien Proben zur Überprüfung der Eignung und Qualität des Kieses nicht korrekt durchgeführt worden.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil die Kl. die Geeignetheit des von ihr gelieferten Kieses und eine Absprache der Bekl. zu ihrem Nachteil nicht habe nachweisen können. Aus dem gleichen Grund wurde die Berufung vom OLG zurückgewiesen. Die mit der Verletzung rechtlichen Gehörs begründete Nichtzulassungsbeschwerde führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an einen anderen Senat des OLG.

I. Das BerGer. hat bei seiner Annahme, die Kl. könne von den Bekl. aus der Verletzung gesellschaftlicher Treuepflichten (Bekl. zu 2 und 3) bzw. aus § 826 BGB (Bekl. zu 1) keinen Schadensersatz verlangen, den Anspruch der Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

1. a) Das BerGer. hat es zwar nicht für ausgeschlossen gehalten, dass die ARGE die Abnahme des im Rahmen der Liefergemeinschaft (= BGB-Gesellschaft zwischen der Kl. und den Bekl. zu 2 und 3) auf die Kl. entfallenden Anteils des zu liefernden Frostschutzkieses zu Unrecht abgelehnt hat. Dies ist daher zu Gunsten der Kl. im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren als richtig zu unterstellen. Das BerGer. hat gleichwohl das klageabweisende Urteil bestätigt, weil es sich auf Grund des Sachvortrags der Parteien und der von diesen vorgelegten Unterlagen nicht davon zu überzeugen vermochte (§ 286 ZPO), dass die Abnahmeverweigerung der ARGE auf einem kollusiven Zusammenwirken zwischen ihr und den Bekl. beruht hat, das das Ziel hatte, die Kl. zu Gunsten der übrigen Gesellschafter der Liefergemeinschaft von den Belieferungs- und den damit verbundenen Verdienstmöglichkeiten auszuschließen.

b) Bei seiner Bewertung des Sachvortrags hat das BerGer. den Vortrag der Kl. nur unvollständig zur Kenntnis genommen und damit ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Die Kl. hat vorgetragen und durch die Benennung von Zeugen unter Beweis gestellt, dass den – zwischen den Parteien unstreitigen – nächtlichen Schottertransporten aus dem Werk der K-GmbH & Co. KG (= Gesellschafterin der ARGE) an das Werk der Bekl. zu 3 die mit dem Geschäftsführer und Oberbauleiter der ARGE und zugleich leitenden Mitarbeiter der K-GmbH & Co. KG H. getroffene Vereinbarung zu Grunde lag, dass diese Lieferungen im Gegenzug „zur Abwehr der Lieferungen der Kl.“ erfolgen sollten und dementsprechend erfolgt seien. Das BerGer. hat diesen Vortrag zwar im Tatbestand kurz erwähnt, er ist ausweislich der Begründung jedoch nicht in die Entscheidungsfindung eingeflossen. Dies lässt nur den Schluss zu, dass das BerGer. seiner Entscheidung allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn dieses Vortrags der Kl. zu Grunde gelegt hat. Anders ist nicht erklärlich, dass ein derart wichtiges, für ein kollusives Verhalten sprechendes Indiz unerwähnt geblieben ist.

c) Durch die Verkennung des Kerngehalts des Vortrags der Kl. hat das BerGer. gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen. Entgegen der Ansicht der Bg. ist dieser Vortrag nicht wegen mangelnder Substanziierung unbeachtlich. Zur Substanziierung der Behauptung, die Bekl. hätten mit dem Geschäftsführer der ARGE zu Lasten der Kl. ein Kompensationsgeschäft mit dem Ziel der Herausdrängung der Kl. aus der Liefergemeinschaft geschlossen, gehört entgegen der Ansicht der Bg. nicht der Vortrag, „wer, wann, wo, mit wem“ diese Vereinbarung getroffen hat. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt eine Partei ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist, und ob sie auf eigenem Wissen oder einer Schlussfolgerung aus Indizien besteht. Der Pflicht zur Substanziierung ist mithin nur dann nicht genügt, wenn das Gericht auf Grund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind. Da die Kl. bei derartigen Absprachen selbstverständlich nicht anwesend war, genügt sie ihrer Darlegungslast, wenn sie die Tatsache einer Absprache in das Wissen von Zeugen stellt, die an dem Gesamtvorgang beteiligt waren.

2. Das Übergehen des Vortrags der Kl. ist entscheidungserheblich. Eine Absprache, wie die von der Kl. behauptete, ist, wenn es um den Nachweis eines kollusiven Zusammenwirkens geht, an dem der Benachteiligte naturgemäß selbst nicht beteiligt ist und hinsichtlich dessen er daher nur Umstände und Anzeichen aufzeigen kann, die ein solches Vorgehen belegen, eine wichtige, besonders aussagekräftige Indiztatsache. Wäre die Absprache im Berufungsverfahren bewiesen worden, ist nicht ausgeschlossen, dass das BerGer. die übrigen von der Kl. vorgetragenen und durch Unterlagen belegten Indiztatsachen, anders, d.h. zu Gunsten der Kl., bewertet hätte (§ 286 ZPO).

III. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das BerGer. nach Erhebung der angetretenen Beweise das Vorhandensein eines kollusiven Vorgehens der Bekl. zu Lasten der Kl. erneut unter Einbeziehung des gesamten Sachvortrags und aller in den Akten befindlichen Unterlagen zu würdigen und, soweit danach erforderlich, die Durchsetzbarkeit und die Höhe der Schadensersatzforderung zu prüfen haben.

Übergehen von Parteivorbringen als Gehörsverstoß

BGH, Beschluss vom 6. 4. 2009 - II ZR 117/08, NJW 2009, 2139

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Geht das Gericht in seinen Entscheidungsgründen auf den wesentlichen Kern des Vortrags einer Partei zu einer Frage nicht ein, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, lässt dies darauf schließen, dass es den Vortrag nicht zur Kenntnis genommen hat. Wenn das Tatsachengericht zugleich mehrfach in zentralen Fragen des Streits der Parteien Beweisantritte der beweisbelasteten Partei übergeht, wird das Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs in einer an Rechtsverweigerung grenzenden Weise verletzt.

Das BerGer. hat, indem es der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat, den Anspruch der Bekl. auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) mehrfach in entscheidungserheblicher Weise verletzt, wobei die Gehörsverstöße an Rechtsverweigerung grenzen. Es hat unwidersprochenen, entscheidungserheblichen Vortrag der Bekl. ebenso wie unter Beweis gestelltes, entscheidungserhebliches Vorbringen zum Hintergrund der von der Bekl. ausgesprochenen Kündigungen sowie zu den Pflichtverletzungen der Kl. teils gar nicht, teils allenfalls vordergründig in den Blick genommen und gewürdigt und deshalb die gebotene, sich aufdrängende Sachaufklärung unterlassener entscheidungserheblichem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist das BerGer. jedoch zu der Ansicht gelangt, das Gesellschaftsverhältnis zwischen den Parteien habe noch – jedenfalls – bis ins Jahr 2006 bestanden. Die Bekl. hat sowohl erst- als auch zweitinstanzlich wiederholt vorgetragen und ebenfalls mehrfach durch das Schreiben der S-GbR vom 20. 10. 2005 belegt, ohne dass die Kl. dem widersprochen hätte, dass die S-GbR nicht nur, wie in § 21 des Rahmenvertrags geregelt, die Ablösung des Geschäftsführers Sc der Kl. als Teilprojektleiter gefordert, sondern vielmehr erklärt hat, dass sie zur einer weiteren Zusammenarbeit mit der Kl. nicht bereit sei. Ebenso unwidersprochen und zusätzlich unter Antritt von Zeugenbeweis hat die Bekl. vorgetragen, dass die S-GbR im Hinblick auf ihre Unzufriedenheit mit den Leistungen der Kl. bereits den vereinbarten Zahlungsplan gegenüber der Bekl. ausgesetzt und die Kündigung des Rahmenvertrags angedroht hatte. Diesen Vortrag hat das BerGer. ersichtlich nicht zur Kenntnis genommen, da es sich damit, was sich ansonsten aufdrängen musste, im Rahmen der Prüfung der Berechtigung der fristlosen Kündigungen der Bekl. nicht ansatzweise auseinandergesetzt bzw. diesen Vortrag nicht in seine Würdigung mit einbezogen hat.

Der Verstoß des BerGer. gegen Art. 103 GG ist entscheidungserheblich. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das BerGer., hätte es den Vortrag zur Kenntnis genommen, zu der Erkenntnis gelangt wäre, dass die Innengesellschaft der Parteien wegen der Weigerung der S-GbR, noch mit der Kl. zusammenzuarbeiten, gem § 726 BGB wegen Unmöglichkeit der Zweckbereicherung am 21. 10. 2005 beendet und damit auf diesen Stichtag abzurechnen war. Ebenso wenig ist ausgeschlossen, dass das BerGer. die Bekl. zur fristlosen Kündigung für berechtigt gehalten hätte, da die Bekl. ansonsten Gefahr lief, den ihr erteilten Auftrag zu verlieren, und eine Kündigung daher im Rahmen der Wahrung ihrer berechtigten eigenen Interessen das einzig mögliche Mittel war, diesen Auftrag für sich zu erhalten.

2. Ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt, der Vertrag der Parteien sei erst 2006 beendet worden, beruht die Entscheidung des BerGer., die Klage sei begründet und die

Kl. könne 60% des auf den Leistungsschein 4 entfallenden Werklohns von der Bekl. verlangen, auf einem weiteren entscheidungserheblichen Verstoß des BerGer. gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Nach § 2 des Vertrags vom 1. 10. 2004 war die Kl. verpflichtet, die Arbeiten zur Erfüllung des Leistungsscheins 4 federführend durch ihre Mitarbeiter zu erbringen. Nur nach Erfüllung der insoweit im Innenverhältnis geschuldeten Leistung standen ihr mithin 60% des auf den Leistungsschein 4 entfallenden Werklohns zu. Die Bekl. hat, beginnend mit der Klageerwiderung und nachfolgend in sich ständig wiederholender Weise unter Vorlage von Urkunden vorgetragen und durch Zeugen und Antrag auf Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, dass die von der Kl. bis zur Einstellung ihrer Tätigkeit erbrachten Leistungen bezüglich des Leistungsscheins 4 völlig unbrauchbar gewesen seien. Sie, die Bekl., habe mit den Arbeiten „bei Null“ anfangen müssen.

Dieser Vortrag ist entscheidungserheblich und von dem BerGer. unverständlicherweise vollkommen übergegangen worden. Eine Beweisaufnahme zu dem Vorbringen der Bekl. war zwingend erforderlich. Sollten, wie die Bekl. behauptet, die Leistungen der Kl. völlig unbrauchbar gewesen sein, stünde der Kl. kein Zahlungsanspruch gegen die Bekl. zu.

3. Nur unter erneutem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist das BerGer. – von seinem Rechtsstandpunkt aus – zu der Ansicht gelangt, die Widerklageforderung der Bekl., gerichtet auf Rückzahlung der Vorschüsse in Höhe von 129.389,19 Euro, sei unbegründet. Die Bekl. hat stets vorgetragen und durch Zeugen und den Antrag auf Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, dass die Kl., anders als im Innenverhältnis vertraglich geregelt, für die Leistungsscheine 2 und 3 statt der geschuldeten 50% der Leistungen bis zu ihrem Ausscheiden nichts erbracht habe. Um das Projekt nicht scheitern zu lassen, habe sie, die Bekl., 95% der insoweit erforderlichen Leistungen erbracht – die danach von der Kl. überhaupt noch zu erfüllenden 5% (Reporting, Schnittstellen- und Migrationskonzept) seien ebenfalls bis zur Einstellung der Tätigkeit seitens der Kl. nicht erbracht worden.

Auch dieser Vortrag ist entscheidungserheblich und vom BerGer. wiederum in nicht mehr nachvollziehbarer Weise übergegangen worden. Hätte es ihn zur Kenntnis genommen, hätte es – ohne Beweisaufnahme – keinesfalls zu der Ansicht gelangen können, der Bekl. stehe kein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB zu. Kann die Bekl. ihre Behauptung, die Kl. habe auch im Rahmen der Leistungsscheine 2 und 3 keinerlei Leistungen erbracht, beweisen, stünde ihr ein Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der Vorschusszahlungen zu.

Gehörsverstoß durch Ablehnung eines Antrags auf Sachverständigenladung

BGH Beschluss vom 14. 7. 2009 - VIII ZR 295/08, NJW-RR 2009, 1361

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Dem Antrag einer Partei auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens hat das Gericht grundsätzlich zu entsprechen, auch wenn es das schriftliche Gutachten für überzeugend hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Ein Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör und führt im Rahmen des § 544 VII ZPO zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Sitztheorie bei Sitzverlegung schweizerischer AG

BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06, NJW 2009, 289

Lehrbuch § 2, Rn. 12

Die Kl. ist eine AG schweizerischen Rechts. Die Parteien streiten u.a. über die Rechts- und Parteifähigkeit der Kl. Zu deren Begründung kann entweder auf den Ort der Gründung der Gesellschaft oder auf den Ort ihres Verwaltungssitzes abgestellt werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit sind Gesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums berechtigt, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne deshalb nach dem Recht des Sitzstaates beurteilt zu werden. Wer in seinem Gründungsstaat rechtsfähig war, bleibt es damit auch im Staat seines Verwaltungssitzes („Gründungstheorie“). Die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften, die in einem „Drittstaat“ gegründet worden sind, der weder der Europäischen Union angehört noch auf Grund von Verträgen hinsichtlich der Niederlassung gleichgestellt ist, hat die Rechtsprechung dagegen weiter nach der Sitztheorie beurteilt, wonach für die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft das Recht des Sitzstaates maßgeblich ist („Sitztheorie“). Vorliegend geht es darum, welcher dieser Grundsätze auf die Schweiz anzuwenden ist. Der BGH hat eine Sonderregelung für die Schweiz abgelehnt und die Rechtslage für Drittstaaten im Allgemeinen überprüft. Danach hält er an der Sitztheorie fest. Die Rechtsfähigkeit einer in einem „Drittstaat“ gegründeten Gesellschaft ist nach dem Recht des Ortes zu beurteilen, an dem sie ihren Verwaltungssitz hat. Eine im Ausland gegründete Aktiengesellschaft ist also als solche nur dann in Deutschland rechtsfähig, wenn sie im deutschen Handelsregister eingetragen ist, was eine Neugründung voraussetzt. Sie kann aber in anderer Rechtsform rechtsfähig sein, insbesondere als offene Handelsgesellschaft oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die keiner Eintragung in ein deutsches Register bedürfen. In diesem Fall bestimmt sich auch die Vertretung der Gesellschaft nach den entsprechenden deutschen Vorschriften.

Anwaltszwang für sofortige Beschwerde gegen Entscheidung über Richter-ablehnung

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26. 11. 2008 - 19 W 78/08, NJW-RR 2009, 415

Lehrbuch § 2, Rn. 21

Wird in einem erstinstanzlich vor dem Landgericht geführten Rechtsstreit das Ablehnungsgesuch einer Partei zurückgewiesen, so unterliegt die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss dem Anwaltszwang.

Die vom Bekl. persönlich eingelegte sofortige Beschwerde ist unzulässig. Zwar kann ein Ablehnungsgesuch in allen Instanzen von einer Partei persönlich ohne Anwaltszwang angebracht werden. Das gilt aber nicht für die Einlegung der Beschwerde gegen einen das Befangenheitsgesuch zurückweisenden Beschluss. Für das Einlegen der Beschwerde ist ein sonst etwa gegebener Anwaltszwang nur in den Fällen des § 569 ZPO Abs. 3 ZPO, in denen die Beschwerde auch durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden kann, zu verneinen. Da vor dem LG im ersten Rechtszug Anwaltszwang gilt, muss eine Beschwerde, die sich gegen eine erstinstanzliche Entscheidung des LG richtet, von einem dort zugelassenen Rechtsanwalt unter-

zeichnet sein. So liegt es hier. Für den vor dem LG erstinstanzlich geführten Rechtsstreit gilt gem. § 78 ZPO Abs. 1 ZPO Anwaltszwang.

Verband Wohnungseigentümergeinschaft als passiver Prozessstandschafter

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 10. 6. 2009 - 14 S 1895/09, NJW 2009, 3442

Lehrbuch § 2, Rn. 24

Die Kl. ist Miteigentümerin der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Bekl. zu 2 ist aktuelles Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft, der Bekl. zu 3 war es früher auch, er verstarb jedoch im Laufe des Prozesses in erster Instanz. Die Parteien streiten um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sondernutzungsrechts der Kl. an einem Teil der im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstücksfläche.

Das LG ist davon ausgegangen, dass sich die Klage gegen die Bekl. zu 1 – als passive Prozessstandschafterin der übrigen Wohnungseigentümer – richtet. Der Klägervertreter hatte ausgeführt, dass sich die Klage gegen die Bekl. zu 1 „gegen den Verband der Miteigentümer als Ganzen“ richtet. Nachdem die Kammer erstmals in der Berufungsinstanz auf eine mögliche Einschlägigkeit des § 10 Absatz 6 S. 3 WEG hingewiesen hatte, teilte der Klägervertreter mit, dass er hilfsweise den Verband „als Prozessstandschafter auf Passivseite für die übrigen Miteigentümer“ in Anspruch nehme. Aus dem Vortrag der Kl. ist dabei nicht hinreichend deutlich geworden, in welcher Funktion der Verband in Anspruch genommen wird: als Inhaber originärer, eigener Rechte oder aber als passiver Prozessstandschafter der übrigen Eigentümer. Nicht eindeutige Prozesshandlungen – auch die Klageerhebung – sind auslegungsfähig. Im Zweifel ist anzunehmen, dass eine Partei das erstrebt, was nach der Rechtslage vernünftig und was ihrem wohlverstandenen Interesse entspricht. Vorliegend ist allein eine Klage gegen den Verband in seiner Funktion als passiver Prozessstandschafter gem. § 10 Absatz 6 S. 3 WEG zielführend, nicht jedoch eine Klage gegen den Verband als Inhaber originärer Rechte. Die Voraussetzungen des § WEG § 10 Absatz VI 3 WEG sind vorliegend gegeben. Nach dieser Vorschrift übt die Gemeinschaft die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer aus und nimmt die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer wahr, ebenso sonstige Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind. Demgemäß kann sie auch verklagt werden (§ 10 Absatz 6 S. 5 WEG). Die Vorschrift greift also ein, wenn die Miteigentümer als Gesamtschuldner haften würden, also wenn eine gemeinsame Erfüllungszuständigkeit begründet wäre.

Berufsrechtliche Pflichtverletzung des Rechtsanwalts

Aufsatz von Schulz in JA 2009, 206

Lehrbuch § 2, Rn. 29

Im Mittelpunkt des Beitrags stehen Gegenstand und Ablauf des Anwaltsgerichtsverfahrens. Der erste Teil gibt einen Überblick über die unterschiedlichen Fragestellungen zum Inhalt anwaltlicher Pflichtverletzungen. Hierzu erläutert der Autor die verschiedenen Fallgruppen, wie beispielsweise den Verstoß gegen allgemeine Berufs-

pflichten gemäß § 43 BRAO, den Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot und Wahrheitsgebot gemäß § 43a Abs. 3 BRAO oder den Verstoß gegen die Sorgfalt beim Geldverkehr gemäß § 43a Abs. 5 BRAO. Im zweiten Teil setzt er sich mit den Einzelheiten des Anwaltsgerichtsverfahrens auseinander. Zunächst befasst sich der Autor mit den Regelungen zum Verfahrensablauf, der mit dem Ermittlungsverfahren gemäß § 116 StPO in Verbindung mit § 160 StPO beginnt. Anschließend äußert er sich ausführlich zu den besonderen Verfahrensgrundsätzen, wobei unter anderem auf den Vorrang des strafrechtlichen Verfahrens eingegangen wird. Der letzte Teil beinhaltet eine Auflistung der einzelnen Maßnahmen, die im anwaltlichen Sanktionensystem vorgesehen sind.

Beschwerde gegen vorläufige Streitwertfestsetzung

OLG Koblenz, Beschluss vom 3. 4. 2008 - 10 W 166/08, NJW-RR 2009, 499

Lehrbuch § 3, Rn. 16

Die Beschwerde gegen die vorläufige Streitwertfestsetzung (62 GKG), auch soweit es um die Gebührenerhebung des Rechtsanwalts (§ 32 Abs. 2 S. 1 RVG) geht, ist unstatthaft.

Stationen der Wertfestsetzung in Zivilsachen

Aufsatz von Stackmann in JuS 2009, 1004

Lehrbuch § 3, Rn. 16

Der Streitwert spielt in seinen unterschiedlichen Funktionen (Gebührenstreitwert, Zuständigkeitsstreitwert und Rechtsmittelstreitwert) praktisch vorgerichtlich und gerichtlich eine wichtige Rolle. Seine (vorläufige und endgültige) Bestimmung und mögliche Änderungen sind Fragen, die auch in Klausuren immer wieder relevant werden.

Kein Gerichtsstand für Haustürgeschäfte bei Versicherungsverträgen

OLG Jena, Urteil vom 26. 11. 2008 - 4 U 428/07, NJW-RR 2009, 719

Lehrbuch § 3, Rn. 18

1. Für Klagen aus Versicherungsverträgen besteht kein besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte; § 29c ZPO ist in diesen Fällen nicht anwendbar. Insoweit hat sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts an der alten Rechtslage geändert. Auch nach §§ 6, 7 HWiG bestand nach altem Recht kein besonderer Verbrauchergegerichtsstand für Klagen aus Versicherungsverträgen.

2. Das gilt erst recht, wenn der Versicherungsvertrag durch einen Makler vermittelt worden ist. In diesen Fällen fehlt es schon an einer Haustürsituation i.S. des § 312 Abs. 1 BGB. Denn der Makler steht nicht wie der Versicherungsagent im Lager des Versicherers.

3. Erst durch die Neuregelung des Versicherungsvertragsgesetzes wird durch § 215 Abs. 1 VVG (n.F.) ab 1. 1. 2009 ein solcher Verbrauchergegerichtsstand auch für Klagen aus Versicherungsverträgen begründet.

4. In der Rechtsmittelinstanz kann ein Verweisungsantrag nach § 281 ZPO dann nicht mehr gestellt werden, wenn das mit der einzigen Berufungsrüge, das Erstgericht habe

seine (örtliche) Zuständigkeit zu Unrecht verneint, weil § 29c ZPO auch für Klagen des Versicherungsnehmers aus einem Versicherungsvertrag anwendbar sei, angegriffene Urteil (1. Instanz) wegen zutreffender Rechtsanwendung nicht aufgehoben werden kann.

Anforderungen an Geschäftsverteilung eines überbesetzten OLG-Senats

BGH, Urteil vom 25. 3. 2009 - XII ZR 75/06, NJW-RR 2009, 1220

Lehrbuch § 3, Rn. 32

Das Einverständnis der Parteien mit einer Entscheidung durch den Einzelrichter (§527 Abs. 4 ZPO) bewirkt allein, dass an Stelle des Kollegiums ein Einzelrichter gesetzlicher Richter sein kann. Es hat aber nicht zur Folge, dass der Einzelrichter, mit dessen Entscheidung die Parteien sich einverstanden erklären, allein deswegen als gesetzlicher Richter anzusehen ist. Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist unverzichtbar. Zum Begriff des gesetzlichen Richters gehört, dass die Zuteilung der Sachen sich nach allgemeinen Merkmalen richtet. Daran fehlt es, wenn durch eine Änderung der internen Geschäftsverteilung eines überbesetzten Spruchkörpers mehrere bereits anhängige Sachen in einer Weise auf andere Richter verteilt werden, die keine abstrakt-generellen Kriterien für die jeweiligen Zuteilungen erkennen lässt.

1. Allerdings beanstandet die Revision ohne Erfolg, der Beschluss des 8. Zivilsenats des OLG vom 5. 10. 2005 über die Änderung der Geschäftsverteilung für das Geschäftsjahr 2005 sei bereits deshalb unwirksam, weil er nicht der nach § 21g Abs. 7 GVG i.V. mit § 21e Abs. 9 GVG erforderlichen Schriftform entspreche. Zwar weist die in den Akten befindliche Kopie des vorgenannten Beschlusses lediglich vier Unterschriften auf, obwohl dem 8. Zivilsenat fünf Berufsrichter angehörten. Dem Schreiben des früheren Senatsvorsitzenden zufolge ist die Urschrift des Beschlusses aber in den Tagen nach seiner Erstellung auch von dem fünften Senatsmitglied unterzeichnet worden; es könne sein, dass die Geschäftsstelle bereits zuvor die Kopie in die Akten geheftet habe, um die Sachen schnell auf die neu gebildeten Dezernate verteilen zu können.

Damit sind die Bedenken gegen die Wahrung der Schriftform ausgeräumt. Die senatsinterne Geschäftsverteilung kann von einem Richter auch nachträglich unterschrieben werden, zumal zunächst ein Verhinderungsfall (Urlaub, Krankheit) vorgelegen haben kann.

2. Die Rüge, der Beschluss vom 5. 10. 2005 entspreche nicht den Anforderungen, die an die Bestimmung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) zu stellen seien, erweist sich dagegen als begründet.

a) Die Senate der Oberlandesgerichte entscheiden, soweit nicht nach den Vorschriften der Prozessgesetze der Einzelrichter zu entscheiden hat, in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluss des Vorsitzenden (§ 122 Abs. 1 GVG). Dem 8. Zivilsenat waren mit Wirkung vom 1. 10. 2005 neben dem Vorsitzenden vier weitere Richter zugewiesen. Der Senat war mithin um zwei Richter überbesetzt.

b) Nach den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen zur Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) ist es grundsätzlich geboten, für mit Berufsrichtern überbesetzte Spruchkörper eines Gerichts im Voraus nach abstrakten Merkmalen zu bestimmen, welche Richter an den jeweiligen Verfahren mitzuwirken haben. Aus die-

ser Vorausbestimmung muss für den Regelfall die Besetzung des zuständigen Spruchkörpers bei den einzelnen Verfahren ableitbar sein. Dies setzt einen Bestand von Rechtssätzen voraus, die für jeden Streitfall den Richter bezeichnen, der für die Entscheidung zuständig ist. In den nach § 21g GVG aufzustellenden senatsinternen Geschäftsverteilungsplänen und Mitwirkungsgrundsätzen ist deshalb für einen überbesetzten Spruchkörper zu regeln, welche Richter bei der Entscheidung welcher Verfahren mitwirken. Erst durch diese Regelung wird der gesetzliche Richter genau bestimmt, so dass sich die abstrakt-generelle Vorausbestimmung bis auf die letzte Regelungsstufe erstrecken muss. Auch insoweit gehört es zum Begriff des gesetzlichen Richters, dass nicht für bestimmte Einzelfälle bestimmte Richter ausgesucht werden, sondern dass die einzelne Sache „blindlings“ auf Grund allgemeiner, vorab festgelegter Maßstäbe an den entscheidenden Richter gelangt.

c) Eine dementsprechende senatsinterne Geschäftsverteilung hat das BerGer. für die Zeit ab 1. 10. 2005 nicht getroffen. Der Jahresgeschäftsverteilungsplan des 8. Zivilsenats enthält keine Vorgaben, wie bei einer im Laufe des Jahres erforderlich werdenden Umverteilung zu verfahren ist. Der Änderungsbeschluss vom 5. 10. 2005 nennt allein die einzelnen Verfahren, die den Richterinnen zugewiesen worden sind. Abstrakte Kriterien für diese Zuteilung nicht zu gewinnen. Andererseits ist aber auch nichts dafür ersichtlich, dass eine sonstige Möglichkeit der Verteilung, etwa nach dem Alter der Sachen oder anderen objektiven Merkmalen, nicht bestanden hätte. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass die Zuteilung von Fall zu Fall erfolgt ist, was den Anforderungen an die Bestimmung des gesetzlichen Richters nicht entspricht. Denn hierdurch soll gerade vermieden werden, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst werden kann, um die Unabhängigkeit der Rechtsprechung zu wahren und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte zu sichern.

3. Der danach gerechtfertigten Besetzungsrüge steht nicht entgegen, dass Richterin am LG L, der der Rechtsstreit durch Beschluss des Senats vom 28. 10. 2005 als Einzelrichterin zur Vorbereitung der Entscheidung zugewiesen worden war, im Einverständnis der Parteien als Einzelrichterin entschieden hat (§ 527 Abs. 4 ZPO). Nachdem die erstinstanzliche Entscheidung nicht von einem Einzelrichter erlassen worden war, durfte ein Einzelrichter nach § 527 Abs. 1 bis 3 ZPO zwar zur Vorbereitung der Entscheidung tätig werden, nicht dagegen gem. § 526 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als entscheidender Einzelrichter. Dass die Parteien mit einer Entscheidung durch Richterin am LG L einverstanden waren, bewirkte allein, dass an Stelle des Senats ein Einzelrichter gesetzlicher Richter sein konnte. Das Einverständnis hat dagegen – ebenso wie ein rügeloses Verhandeln gem. § 295 Abs. 1 ZPO – nicht zur Folge, dass der im konkreten Fall nicht zur Entscheidung berufene Einzelrichter zum gesetzlichen Richter wird. Denn darauf, dass der gesetzliche Richter zu entscheiden hat, können die Parteien nicht wirksam verzichten. Das Einverständnis der Parteien vermag deshalb weder die fehlende noch die nicht ordnungsgemäße Zuweisung an den Einzelrichter zu ersetzen. Das erhellt auch daraus, dass das Einverständnis der Parteien den Einzelrichter nicht zur Endentscheidung verpflichtet, er von der Ermächtigung also keinen Gebrauch machen muss. In diesem Fall wäre der Senat in der sich aus der senatsinternen Geschäftsverteilung ergebenden Besetzung zur Entscheidung berufen gewesen, die aber, wie ausgeführt, den Anforderungen an die Bestimmung des gesetzlichen Richters nicht entspricht.

Verhältnis Vollstreckungsgegenklage/negative Feststellungsklage Präklusion des Aufrechnungseinwands

BGH, Urteil vom 5. 3. 2009 - IX ZR 141/07 NJW 2009, 1671

Lehrbuch § 4, Rn. 13

Ist eine Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion des Aufrechnungseinwands abgewiesen worden, ist eine Klage auf Feststellung, dass die titulierte Forderung durch dieselbe Aufrechnung erloschen sei, unzulässig.

Der Kl. war der Steuerberater der Bekl. Mit Urteil vom 18. 5. 2004 wurde er verurteilt, an die Bekl. Schadensersatz zu zahlen. Nach Rechtskraft dieses Urteils rechnete der Kl. gegenüber der titulierten Forderung mit Gegenforderungen auf und erhob Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil. Die Klage wurde sie wegen Präklusion der Aufrechnungen abgewiesen. Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. beantragt festzustellen, dass die im Urteil vom 18. 5. 2004 titulierten Ansprüche der Bekl. durch die erklärte Aufrechnung erloschen seien, und die Bekl. zu verurteilen, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Urteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses an ihn herauszugeben. Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Die Revision der Bekl. führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Die Feststellungsklage ist bereits unzulässig. Voraussetzung einer Feststellungsklage, auch einer negativen Feststellungsklage, ist ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, § 256 Abs.1 ZPO. Daran fehlt es hier, weil die Klage auf dieselbe Aufrechnungserklärung gestützt wird, die bereits Gegenstand einer erfolglosen Vollstreckungsgegenklage war. Grundsätzlich schließen sich Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage nicht gegenseitig aus. Mit beiden Klagen werden zwar materielle Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch geltend gemacht. Die Klagen haben jedoch unterschiedliche Rechtsschutzziele. Die Vollstreckungsgegenklage ist eine rein prozessrechtliche Klage, deren Ziel die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels ist. Über den weiteren Bestand des titulierten Anspruchs wird auf eine Vollstreckungsgegenklage hin nicht entschieden. Dieser kann folglich Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage können im Wege der Klagehäufung miteinander verbunden werden. Wenn ein rechtliches Interesse an einer entsprechenden Feststellung besteht, kann der Titelschuldner auch nach einer erfolgreichen Vollstreckungsgegenklage Klage auf Feststellung erheben, dass der titulierte Anspruch nicht mehr bestehe. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann sogar nach Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage eine auf denselben materiellen Einwand gegen die titulierte Forderung gestützte negative Feststellungsklage zulässig sein. Mit der Abweisung der Klage nach § 767 ZPO wird lediglich abgelehnt, einem titulierten Anspruch durch rechtsgestaltendes Urteil die Vollstreckbarkeit zu nehmen. Damit wird aber nicht zugleich bindend entschieden, dass der titulierte Anspruch materiell-rechtlich besteht. Das rechtliche Interesse an der Feststellung des Erlöschens der titulierten Forderung kann etwa daraus folgen, dass der Titelgläubiger im Hinblick auf nach erfolgter Vollstreckung mögliche Bereicherungsansprüche des Titelschuldners von vornherein auf eine zwangsweise Durchsetzung der titulierten Forderung verzichtet.

Im vorliegenden Fall geht es nicht um den Einwand der Erfüllung. Vielmehr hat der Kl. vergeblich versucht, gegen die titulierte Forderung aufzurechnen. Die Aufrechnung ist als präkludiert behandelt worden. Für diesen Fall gelten die soeben dargestellten Grundsätze nicht. Mit der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage steht vielmehr fest, dass die Aufrechnung endgültig gescheitert ist.

Im Vorprozess über die Vollstreckungsgegenklage war die mit Schreiben vom 15. 11. 2004 erklärte Aufrechnung präkludiert. Einwendungen gegen den titulierten Anspruch können nur insoweit im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess entstanden sind (§ 767 Abs. 2 ZPO). Sind die Gründe vor diesem Zeitpunkt entstanden und wird die Rechtswirkung der Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst, so ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Willenserklärung objektiv abgegeben werden konnte. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen stammen sämtlich aus der Zeit vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess, der zur Titulierung des Anspruchs der Titelgläubiger und jetzigen Bekl. führte. Sie hätten damit bereits in diesem Prozess unbedingt oder hilfsweise zur Aufrechnung gestellt werden können und müssen. Die Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsgegenklage war damit ausgeschlossen.

Nach der oben dargestellten Rechtsprechung hindert zwar die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht die Geltendmachung der nämlichen materiell-rechtlichen Einwendung in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst. Der Aufrechnungseinwand nimmt insoweit jedoch eine Sonderstellung ein. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung hat die Präklusion der Aufrechnung nicht nur verfahrensrechtliche Wirkung. Vielmehr treten auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Aufrechnung (§ 389 BGB) nicht ein. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Titelschuldners (hier also: des Kl.) werden so behandelt, als sei die Aufrechnung nie erklärt worden. Sie können folglich vom Titelschuldner selbstständig gegen den Titelgläubiger geltend gemacht und durchgesetzt werden. Der vom BGH gezogene Schluss – wenn das Bestehen der Forderung im Wege einer Feststellungsklage geltend gemacht werden könne, müsse auch eine auf das Nichtbestehen der Gegenforderung gerichtete negative Feststellungsklage möglich sein – ist indessen nicht gerechtfertigt.

Steht die materiell-rechtliche Wirkung der Abweisung einer auf eine Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage fest, bedeutet das zugleich, dass eine auf die nämliche Aufrechnung gestützte negative Feststellungsklage erfolglos bleiben muss. Ein Auseinanderfallen von Titel einerseits, materiellem Recht andererseits kann nicht eintreten. Gelänge es den Bekl., den titulierten Betrag beizutreiben, könnten sie ihn auch behalten. Der Kl. könnte ihn nicht nach § 812 Abs. 1 BGB zurückverlangen; die Bekl. hätte also keinen Grund, die Vollstreckung im Hinblick auf die zu erwartende Rückforderung zu unterlassen. Ein rechtliches Interesse an einer solchen Klage ist damit nicht ersichtlich.

Die negative Feststellungsklage ist auch aus einem anderen Grund unzulässig. Der Kl. hat das Feststellungsinteresse für seine Klage ausdrücklich damit begründet, dass die Bekl. aus dem Urteil vollstrecken wollten. Er hat deshalb auch die Herausgabe des Titels beantragt. Geht es nur um eine Verhinderung der Zwangsvollstreckung, ist kein Grund ersichtlich, neben der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO die negative Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zuzulassen. Es fehlt dann das Rechts-

schutzbedürfnis. Die erfolgreiche Vollstreckungsgegenklage führt gem. §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO zur Einstellung der Zwangsvollstreckung und zur Aufhebung bereits getroffener Vollstreckungsmaßnahmen. Die (vollstreckungsrechtlichen) Wirkungen des einer negativen Feststellungsklage stattgebenden Urteils bleiben hinter denjenigen eines Urteils nach § 767 ZPO zurück. Es fällt allenfalls unter § 775 Nr. 4 ZPO. Bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen bleiben daher bestehen (§ 776 ZPO).

Die Abweisung der Klage als unzulässig verstößt nicht gegen das Verbot der reformatio in peius (§ 528 ZPO). Das Verschlechterungsverbot greift grundsätzlich nicht, wenn das erstinstanzliche Verfahren wegen eines von Amts wegen zu beachtenden, nicht behebbaren Verfahrensmangels unzulässig war. Die Abweisung der Klage als unbegründet hat dem Kl. keine erhaltenswerte Rechtsposition verschafft. Das BerGer. kann deshalb eine von der ersten Instanz sachlich abgewiesene Klage im Falle des Fehlens von Verfahrensvoraussetzungen regelmäßig als unzulässig abweisen.

Die Klage auf Herausgabe der titulierten Ausfertigung des Urteils vom 18. 5. 2004 ist ebenfalls unzulässig. Eine auf § 371 BGB analog gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH dann zulässig, wenn über eine Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist und die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstrittig ist oder vom Titelschuldner zur Überzeugung des Gerichts bewiesen. Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Umgehung der Vorschriften über die Vollstreckungsgegenklage nicht zu befürchten. Im vorliegenden Fall ist die Vollstreckungsgegenklage des Titelschuldners und jetzigen Herausgabekl. abgewiesen worden. Das Erlöschen der titulierten Forderung gem. §§ 387, 389 BGB ist zwischen den Parteien nicht unstrittig; weil die auf die Aufrechnung gestützte Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion der Aufrechnung (§ 767 Abs. 2 ZPO) abgewiesen worden ist, steht umgekehrt fest, dass die Aufrechnung wirkungslos geblieben ist.

In einer durchaus beachtlichen Anmerkung (NJW a.a.O.) vertritt Kaiser die Auffassung, die Feststellungsklage sei vorliegend nicht unzulässig, wohl aber unbegründet gewesen, weil die Präklusionswirkung nicht nur den prozessualen, sondern auch den materiellen Wirkungen der Aufrechnung entgegen stünden und die Klageforderung deswegen durch die Aufrechnungserklärung nicht erloschen sei.

Formerfordernis für bestimmenden Schriftsatz – E-Mail

BGH, Beschluss vom 4. 12. 2008 - IX ZB 41/08, NJW-RR 2009, 357

Lehrbuch § 4, Rn. 24

Ein elektronisches Dokument (E-Mail) wahrt nicht die für bestimmende Schriftsätze vorgeschriebene Schriftform.

Die per Telefax übermittelte unterschriebene Berufungsbegründung ist erst am 17. 1. 2008 um 0.02 Uhr beim BerGer. eingegangen. Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Telefax übersandten Schriftsatzes kommt es darauf an, ob die gesendeten Signale noch vor Ablauf des letzten Tages der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind. Das war hier nicht der Fall.

Die am 16. 1. 2008 um 23.55 Uhr beim BerGer. eingegangene E-Mail stellte keinen „Schriftsatz“ dar, der in § 520 Abs. 3 S. 1 ZPO für die Berufungsbegründung zwingend vorgeschrieben ist. Gemäß § 520 Abs. 3 S. 1 ZPO ist die Berufungsbegründung in einem Schriftsatz bei dem BerGer. einzureichen. Die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze (§§ 129 ff. ZPO) sind auch auf die Berufungsbegründung anzuwenden (§ 520 Abs. 5 ZPO). Das gilt insbesondere für die §§ 130, 130a ZPO. Eine E-Mail fällt nicht unter § 130 ZPO, sondern unter § 130a ZPO. Sie ist eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat (§ 130a Abs. 3 ZPO). Es wahrt jedoch nur dann die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist (§ 130a Abs. 1 S. 1 ZPO). Die Dies ist für das BerGer. Bislang nicht geschehen.

Der Kl. hat sich stattdessen auf Entscheidungen des BVerfG (NJW 2002, 3534) und des BGH (NJW 2005, 2086) dazu berufen, unter welchen Voraussetzungen die eigenhändige Unterschrift unter einem bestimmenden Schriftsatz fehlen darf. Die genannten Entscheidungen haben jedoch jeweils Fälle zum Gegenstand, in denen ein Rechtsmittel oder eine Rechtsmittelbegründung durch einen Telefaxdienst übermittelt worden war. Telekopien werden von der ZPO als schriftliche Dokumente eingeordnet. Das folgt einerseits aus der Vorschrift des § 130 Nr. 6 ZPO, der für Telekopien die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie vorschreibt, andererseits aus § 174 Abs. 2 – 4 ZPO, wo zwischen der Zustellung eines Schriftstücks durch Telekopie einerseits, eines elektronischen Dokuments andererseits unterschieden wird. Fernkopie und E-Mail unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass die Fernkopie allein der Übermittlung eines vorhandenen Dokuments dient, welches beim Empfänger erneut in schriftlicher Form vorliegen soll. Die elektronische Speicherung tritt für sich genommen nicht an die Stelle der Schriftform, sondern ist nur ein Durchgangsstadium; das Gericht kann erst dann von einem gefaxten Schriftsatz Kenntnis nehmen, wenn er ausgedruckt vorliegt. Dass eine einzuhaltende Frist bereits durch den vollständigen Empfang der gesendeten Signale vom Telefax des Gerichts gewahrt ist, hängt wesentlich damit zusammen, dass der Empfänger keinen Einfluss darauf hat, wann der Ausdruck erfolgt.

Die E-Mail besteht demgegenüber allein aus der in einer elektronischen Datei enthaltenen Datenfolge. Sie kann ausgedruckt, aber auch am Bildschirm gelesen, gespeichert, verändert oder gelöscht werden, dient folglich nicht nur der Übermittlung eines bereits vorhandenen schriftlichen Dokuments und ist nicht notwendig dazu bestimmt, in ein solches „zurückverwandelt“ zu werden. Wegen der „Flüchtigkeit“ und spurenlos möglichen Manipulierbarkeit eines elektronischen Dokuments hat der Gesetzgeber die qualifizierte elektronische Signatur des Absenders vorgeschrieben (§ 130a Abs. 1 S. 2 ZPO), um so dem Dokument eine dem Papierdokument vergleichbare dauerhafte Fassung zu verleihen („Perpetuierungsfunktion“). Eine E-Mail, welche diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht geeignet, die gesetzliche Frist für einen bestimmenden Schriftsatz zu wahren.

Der Beschluss des BGH vom 15. 7. 2008 enthält nur scheinbar eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass elektronische Dokumente die Schriftform nicht wahren. In dem Fall, welcher der Entscheidung zu Grunde lag, war als Anhang zu einer elektronischen Nachricht eine Bilddatei übermittelt worden, welche die vollständige Berufungsbegründung einschließlich der eigenhändigen Unterschrift des beim BerGer. zugelassenen Rechtsanwalts enthielt; die Bilddatei war noch vor Fristablauf ausgedruckt worden. Der Ausdruck – nicht die Bilddatei – stellte ein schriftliches Dokument dar, das nur elektronisch übermittelt worden war. Das Unterschriftserfordernis des § 130 Nr. 6

ZPO war gewahrt, weil das ausgedruckte Dokument mit der in Kopie wiedergegebenen Unterschrift des Prozessbevollmächtigten abschloss. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die elektronische Übermittlung des Abbildes eines eigenhändig unterschriebenen Schriftsatzes, sondern schlicht um ein elektronisches Dokument. Eine schriftliche Berufungsbegründung lag bei Ablauf der Berufungsbegründungsfrist damit nicht vor.

Unwirksamkeit telefonischer Rechtsmitteleinlegung

BGH, Beschluss vom 12. 3. 2009 - V ZB 71/08, NJW-RR 2009, 852

Lehrbuch § 4, Rn. 24

Ein Rechtsmittel kann nicht telefonisch zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden.

a) Allerdings wird die telefonische Einlegung eines Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle teilweise für zulässig erachtet (so für § 21 Abs. 2 FGG und für § 314 StPO) oder für den Fall nicht ausgeschlossen, dass ein Urkundsbeamter zur Entgegennahme und Protokollierung der Erklärung bereit ist. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht dagegen Einigkeit, dass eine Rechtsmitteleinlegung zu Protokoll der Geschäftsstelle oder zur Niederschrift einer Behörde unwirksam ist, wenn sie nicht in körperlicher Anwesenheit des Erklärenden erfolgt; eine Ausnahme ist nur für den besonders ausgestalteten Einspruch im Bußgeldverfahren zugelassen worden. Die Erwägungen, die den zu Straf-, Verwaltungs- und Finanzverfahren ergangenen Entscheidungen zu Grunde liegen, gelten in gleicher Weise für die nach der ZPO durchzuführenden Verfahren.

Die Einlegung eines Rechtsmittels ist nicht nur aus Beweis Zwecken an eine bestimmte Form gebunden, die Form soll es dem Gericht auch ermöglichen, sich Gewissheit über die Person des Erklärenden und über den Inhalt der Erklärung zu verschaffen, ferner soll sie den Betr. von dem übereilten Einlegen eines Rechtsmittels abhalten. Das ist bei einer mündlich zu Protokoll abzugebenden Erklärung nur dann ausreichend gewährleistet, wenn der Erklärende persönlich anwesend ist.

b) Bei einer fernmündlichen Übermittlung besteht eine weitaus größere Gefahr, dass es zu Missverständnissen über die Person des Anrufers und den Inhalt seiner Erklärung kommt. Häufig wird zunächst geklärt werden müssen, ob Anrufer und Erklärender identisch sind, ob ein Rechtsmittel eingelegt oder nur angekündigt werden soll, welches die anzufechtende Entscheidung und wer der Rechtsmittelführer ist. All dies lässt sich bei persönlicher Anwesenheit des Erklärenden wesentlich einfacher und beweiskräftiger feststellen. Ferner kann der entgegennehmende Urkundsbeamte das Protokoll in Anwesenheit des Erklärenden erstellen und sich dieses anschließend genehmigen oder unterschreiben lassen, was ebenfalls zur Vermeidung von Unklarheiten und Ungenauigkeiten beiträgt. Die Vergewisserung über das Gewollte ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, weil das von dem Aufnehmenden zu fertigende Protokoll über die Erklärung als öffentliche Urkunde vollen Beweis dafür erbringt, dass eine bestimmte Erklärung von der im Protokoll bezeichneten Person abgegeben wurde (§ 415 ZPO). Das Erfordernis, sich persönlich zu einem Gericht zu begeben, bietet zudem Gewähr dafür, dass der Rechtsuchende das Rechtsmittel nicht übereilt einlegt.

c) Dafür, dass ein Rechtsmittel nicht telefonisch zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden kann, spricht auch die Vorschrift des § 129a Abs. 1 ZPO, die bestimmt,

dass Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden AG zu Protokoll abgegeben werden können. Schon der Wortlaut legt nahe, dass der Erklärende „vor“ dem Beamten der Geschäftsstelle erscheinen, also körperlich anwesend sein muss. Gestützt wird dies durch das erklärte Ziel der Regelung, den Schutz von Verfahrensbeteiligten zu verbessern, die sich in weiter Entfernung von dem Gericht aufhalten, an das sie ihre Anträge oder Erklärungen richten wollen; sie sollen die Möglichkeit haben, sich auch an ein näher gelegenes AG zu wenden. Dem liegt ersichtlich die Annahme zu Grunde, dass der Rechtsuchende ein Gericht aufsuchen muss, um Erklärungen zu Protokoll abzugeben.

d) Eine fernmündliche Abgabe von Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht in Folge der Entwicklung des modernen Telekommunikationsverkehrs zuzulassen. Zum einen war die technische Entwicklung in Bezug auf das Telefon bei Einfügung des § 129a ZPO im Jahr 1977 bekannt. Zum anderen ist der Zweck des Formerfordernisses, die Rechtssicherheit und die Verlässlichkeit der Eingabe zu gewährleisten, auch bei der Nutzung moderner Kommunikationsmittel zu beachten. Schließlich besteht kein Bedürfnis, eine telefonische Rechtsmitteleinlegung als zulässig und wirksam anzuerkennen. Es ist dem nicht anwaltlich vertretenen Rechtsuchenden ohne Weiteres zuzumuten, entweder ein Schreiben aufzusetzen oder sich persönlich zu einem AG zu begeben.

Unterscriebener und nicht unterschriebener Schriftsatz bei einheitlicher Fax-Übermittlung

BGH, Beschluss vom 10. 3. 2009 - VIII ZB 55/06, NJW-RR 2009, 933

Lehrbuch § 4, Rn. 24

Dem Unterschriftserfordernis der §§ 520 Abs. 5, 130 Nr. 6 ZPO ist genügt, wenn zwar der Berufungsbegründungsschriftsatz nicht unterschrieben ist, dieser aber einem – von einem dazu bevollmächtigten und bei dem Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichneten – Schriftsatz beigelegt ist, in dem ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Berufungsbegründung mit beiliegendem Schriftsatz gesendet werde, und beide Schriftsätze zusammen dem Gericht mit einem einheitlichen Telefax übermittelt werden.

Allerdings soll nach §§ 520 Abs. 5, 130 Nr. 6 ZPO der Schriftsatz, mit dem die Berufung begründet wird, die Unterschrift der Person enthalten, die den Schriftsatz verantwortet. Die Unterschrift ist grundsätzlich Wirksamkeitserfordernis. Sie soll die Identifizierung des Urhebers der schriftlichen Prozesshandlung ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen. Das letztgenannte Erfordernis soll sicherstellen, dass es sich beim Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist. Für den Anwaltsprozess bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung von einem dazu bevollmächtigten und bei dem ProzessGer. zugelassenen Rechtsanwalt zwar nicht selbst verfasst, aber nach eigenverantwortlicher Prüfung genehmigt und unterschrieben sein muss.

Von dem vorgenannten Grundsatz sind jedoch Ausnahmen möglich. Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist kein Selbstzweck. Deshalb kann das Fehlen einer Unterschrift

bei Vorliegen besonderer Umstände ausnahmsweise unschädlich sein, wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen ergibt, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen. Das ist hier der Fall.

In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass der Mangel der Unterschrift in dem als Urschrift der Berufung gedachten Schriftsatz durch die gleichzeitig eingereichte beglaubigte Abschrift dieses Schriftsatzes behoben wird, auf der der Beglaubigungsvermerk von dem Prozessbevollmächtigten handschriftlich vollzogen worden ist hat der BGH das Fehlen einer Unterschrift auf der Berufungsbegründung für unschädlich erachtet, wenn die nicht unterschriebene Berufungsbegründungsschrift fest mit einem von dem Rechtsanwalt unterzeichneten Begleitschreiben verbunden ist. Damit ist der hier zu entscheidende Fall vergleichbar. Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. hat in dem von ihm unterschriebenen Schriftsatz vom 27. 2. 2006 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Berufungsbegründung mit beiliegendem Schriftsatz gesendet werde. Die Begründungsschrift ist als S. 4 bis 13 desselben Telefaxes übermittelt worden. Auf Grund dieser Umstände ist zweifelsfrei erkennbar, dass der Prozessbevollmächtigte der Bekl. die Verantwortung nicht nur für den Inhalt des von ihm unterzeichneten Schriftsatzes vom 27. 2. 2006, sondern auch der gleichzeitig damit übersandten Berufungsbegründung übernehmen wollte.

Früher erster Termin und schriftliches Vorverfahren

Aufsatz von Huber in JuS 2009, 683

Lehrbuch § 6, Rn. 14

In seinem Grundwissenbeitrag zum Zivilprozessrecht stellt der Verfasser die insbesondere für das Klausurexamen kaum relevanten Themen der Vorverfahrensgestaltung durch frühen ersten Termin oder durch schriftliches Vorverfahrens vor. Ziel eines frühen ersten Termins ist es, den Streitstoff mit den Parteien zu erörtern und möglichst eine schnelle Erledigung mittels Vergleich oder Anerkenntnis zu erreichen. Anderenfalls findet ein schriftliches Vorverfahren statt, bei dem der Beklagte zuerst innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seine Verteidigungsbereitschaft anzeigen muss und in einer weiteren Frist von mindestens zwei weiteren Wochen seine Klageerwiderung abfassen muss. Auf das weitere Verfahren bei Ausbleiben oder Eingehen der Verteidigungsanzeige bzw. der Klageerwiderung wird eingegangen. Anschließend werden Beispiele angegeben, in denen eher mittels eines frühen ersten Termins oder eher mittels eines schriftlichen Vorverfahrens verhandelt werden wird, um zum Schluss auf die Güteverhandlung nach § 278 ZPO einzugehen, die dem Termin regelmäßig vorausgeht und wie sich diese zur gewählten Verfahrensart verhält.

Fristwahrung bei Einwurf in Post-Briefkasten

BGH, Beschluss vom 20. 5. 2009 - IV ZB 2/08, NJW 2009, 2379

Lehrbuch § 6, Rn. 30

Der Kl. hat rechtzeitig Berufung eingelegt, die Berufungsbegründung ist aber erst einen Tag nach Fristablauf bei dem OLG eingegangen. Zur Begründung seines Wiedereinsetzungsgesuchs hat der Kl. vorgetragen und glaubhaft gemacht, seine Prozessbe-

vollmächtigte habe die Berufungsbegründung am Morgen Tags vor Fristablauf verfasst und gegen 14 Uhr zu Fuß zu dem nahe gelegenen Briefkasten gegangen, der werktags um 14.30 Uhr geleert werde. Der Weg von der Kanzlei zu dem Briefkasten dauere etwa sieben bis acht Gehminuten. Dort habe sie den Brief eingeworfen. Das OLG hat den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt und die Berufung als unzulässig verworfen. Die hiergegen eingewendete Rechtsbeschwerde des Kl. hatte Erfolg. Sie führt zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, des BGH und der anderen Obersten Gerichtshöfe dürfen dem Bürger Verzögerungen der Briefbeförderung oder der Briefzustellung durch die Deutsche Post-AG nicht als Verschulden angerechnet werden. Er darf vielmehr darauf vertrauen, dass die Postlaufzeiten eingehalten werden, die seitens der Deutschen Post-AG für den Normalfall festgelegt werden. Ein Versagen dieser Vorkehrungen darf dem Bürger im Rahmen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht als Verschulden angerechnet werden, weil er darauf keinen Einfluss hat. Im Verantwortungsbereich einer Partei, die einen fristgebundenen Schriftsatz auf dem Postweg befördern lässt, liegt es allein, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß aufzugeben, dass es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Deutschen Post-AG den Empfänger fristgerecht erreichen kann. Dabei darf eine Partei grundsätzlich darauf vertrauen, dass im Bundesgebiet werktags aufgegebenen Postsendungen am folgenden Werktag ausgeliefert werden. Daran hat sich durch den Erlass der Postuniversaldienstleistungsverordnung vom 15. 12. 1999 (PUDLV) nichts geändert. Danach sind die regelmäßigen Postlaufzeiten sogar als Mindeststandards verbindlich vorgegeben. Nach § PUDLV § 2 Nr. 3 S. 1 PUDLV müssen die Deutsche Post-AG und andere Unternehmen, die Universaldienstleistungen im Briefverkehr anbieten, sicherstellen, dass sie an Werktagen aufgegebenen Inlandsendungen im gesamten Bundesgebiet im Jahresdurchschnitt mindestens zu 80% am ersten und zu 95% am zweiten Tag nach der Einlieferung ausliefern. Diese Quoten lassen die Einhaltung der Postlaufzeiten erwarten. Ohne konkrete Anhaltspunkte muss ein Rechtsmittelführer deshalb nicht mit Postlaufzeiten rechnen, die die ernsthafte Gefahr der Fristversäumung begründen.

Beachtet er dabei die von der Deutschen Post-AG angegebenen Leerungszeiten des von ihm benutzten Briefkastens, so hat er alles getan, was in seinem Verantwortungsbereich liegt. Auch der Einwurf einer Postsendung wenige Minuten vor der angesetzten Leerungszeit eines Briefkastens ist ausreichend. Der Absender darf auf die angegebenen Leerungszeiten vertrauen und muss nicht mit einer möglicherweise früheren Leerung des Briefkastens rechnen. Letzteres wäre ein dem Verantwortungsbereich der Deutschen Post-AG zuzuordnender Umstand, der dem Absender nicht als Verschulden angerechnet werden dürfte.

Wiedereinsetzung – Falsches Zugangsdatum auf Empfangsbekanntnis

BGH, Beschluss vom 14. 10. 2008 - VI ZB 23/08, NJW 2009, 855

Lehrbuch § 6, Rn. 32

Die Kl. verlangen Ersatz von Schäden an ihrem Haus, die durch eine umgestürzte Zeder vom Nachbargrundstück des Bekl. verursacht worden sind. Das LG hat mit Urteil vom 3. 7. 2007 die Klage abgewiesen. Mit Empfangsbekanntnis vom 10. 7. 2007 hat

der Prozessbevollmächtigte der Kl. den Empfang dieses Urteils bestätigt. Am 17. 8. 2007 haben die Kl. Berufung eingelegt und vorgetragen, das Urteil des LG sei bei ihrem Prozessbevollmächtigten am 17. 7. 2007 eingegangen. Das BerGer. hat die Berufung wegen Nichteinhaltung der Berufungsfrist als unzulässig verworfen. Die anwaltliche Versicherung, bei der Datumsangabe auf dem Empfangsbekenntnis handele es sich um ein Schreibversehen, genüge für den von den Kl. zu erbringenden Beweis nicht. Das gelte auch dann, wenn der Prozessbevollmächtigte der Kl. die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist selbst auf 17. 8. 2007 und 17. 9. 2007 berechnet habe und dann diese Fristen rot im Fristenkalender unter Fristablauf eingetragen worden seien. Die Rechtsbeschwerde der Kl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Der BGH hat diese Begründung für die Fristversäumung nicht genügen lassen. Richtig ist zwar, dass das Empfangsbekenntnis eines Anwalts, obgleich Privaturkunde (§ 416 ZPO), wie eine Zustellungsurkunde gem. § 418 ZPO Beweis für die Entgegennahme des bezeichneten Schriftstücks als zugestellt und für den Zeitpunkt dieser Entgegennahme erbringt (§ 174 Abs. 1, 4 ZPO). Auch verweist das BerGer. ohne Rechtsfehler darauf, dass zwar der Gegenbeweis der Unrichtigkeit eines Empfangsbekenntnisses zulässig ist, aber dafür die bloße Möglichkeit der Unrichtigkeit nicht genügt, vielmehr jede Möglichkeit der Richtigkeit der Empfangsbestätigung ausgeschlossen werden muss. Andererseits dürfen an einen Gegenbeweis nach ständiger Rechtsprechung des BGH wegen der Beweisnot der betroffenen Partei keine überspannten Anforderungen gestellt werden.

Die Begründung des OLG ist nicht nachvollziehbar, erscheint willkürlich und verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Zwar macht die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird oder sich bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken der Schluss aufdrängt, dass der Fehler auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist hier jedoch der Fall. Die Entscheidung beruht auf einem Verstoß gegen die Denkgesetze. Das BerGer. übersieht, dass die Kl. ein Schreibversehen als Grund für die fehlerhafte Angabe geltend gemacht haben. Die Angabe eines Grundes für das Schreibversehen selbst vermisst das BerGer. nicht. Ein solcher ist auch regelmäßig nicht nachzuvollziehen. Menschliches Augenblicksversagen kann oft schon im unmittelbaren Anschluss nicht mehr erklärt werden, erst recht nicht, wenn es – wie hier – erst nach Ablauf von mehreren Monaten bemerkt wird.

Soweit das BerGer. den den Kl. obliegenden Beweis deshalb als nicht geführt ansieht, weil die eingetragenen Fristen vom 17. 7. und 17. 8. 2007 erst am 17. 7. 2007 notiert worden sein könnten, obwohl das Urteil bereits am 10. 7. 2007 zugestellt worden sein könne, ist diese Möglichkeit theoretisch geblieben. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür führt das BerGer. nicht an. Es überspannt damit die Anforderungen an den Gegenbeweis gegen § 174 Abs. 4 S. 1 ZPO und verstößt deshalb gegen den verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes. Dieser verbietet es, einer Partei die Rechtsverfolgung auf Grund von Anforderungen an ihre Sorgfaltspflichten zu versagen, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden und mit denen sie auch unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis des angerufenen Gerichts nicht rechnen musste. Der Umstand, dass dem Prozessbevollmächtigten des Bekl. das erstinstanzliche Urteil bereits am 11. 7. 2007 zugestellt worden ist, deutet zwar die Möglichkeit einer früheren Zustellung an, vermag aber oh-

Bohnen · Montag · Rohde

ne vollständige Klärung der Umstände nicht zu einer Abweisung der Berufung als unzulässig zu führen.

Soweit das BerGer. im Übrigen die anwaltliche Versicherung des Prozessbevollmächtigten der Kl. von der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils erst am 17. 7. 2007 nicht für ausreichend erachten wollte, hätte es darauf hinwirken müssen, dass Zeugenbeweis angetreten wird. Der Prozessbevollmächtigte einer Partei kann auch bei Fortdauer seiner Funktion als Zeuge vernommen werden. Einen entsprechenden Hinweis hat das BerGer. jedoch unterlassen und damit nicht nur gegen § 139 ZPO, sondern im konkreten Zusammenhang auch gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen. Den auf einen entsprechenden Hinweis gehaltenen Vortrag haben die Kl. in der Rechtsbeschwerdebegründung nachgeholt.

Wiedereinsetzung nach Fristversäumung infolge falscher Gerichtsadressierung

BGH, Beschluss vom 30. 10. 2008 - III ZB 54/08, NJW 2009, 296

Lehrbuch § 6, Rn. 33

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nur bei schuldloser Versäumung der Frist in Betracht. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung hieran stellt, sind hoch. Ein Rechtsanwalt, der seiner bislang zuverlässigen Kanzleiangestellten die Weisung erteilt, in einer von ihm bereits unterzeichneten Berufungsschrift die falsche Bezeichnung des BerGer. zu korrigieren, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die ordnungsgemäße Ausführung der Korrektur zu überprüfen.

Im Fristenkalender muss nicht das zuständige RechtsmittelGer. eingetragen sein. Dieses hat vielmehr der Rechtsanwalt selbst zu ermitteln.

Doppelte Überwachung bei elektronischem Fristenkalender

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 28. 8. 2008 - 9 U 50/08, NJW 2009, 604

Lehrbuch § 6, Rn. 33

Der Anwalt muss sicherstellen, dass nicht ein einfacher Tippfehler bei der Eingabe eines Datums in den elektronischen Fristenkalender allein zur Versäumung von Notfristen führen kann. Weil das Fehlerrisiko bei der Eingabe von Datumsangaben über eine Tastatur erheblich höher ist als bei der handschriftlichen Übertragung eines Datums, ist es erforderlich, dass eine zweite Person die Eintragungen der Anwaltsgehilfin in das Programm überprüft. Ist dies nicht erfolgt, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht.

Beschwerdegegenstand bei Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung

BGH, Beschluss vom 19. 3. 2009 - IX ZB 152/08, NJW-RR 2009, 853

Lehrbuch § 6, Rn. 45

Bei der Bestimmung des Beschwerdegegenstands bleibt eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemachte Klageerweiterung grundsätzlich außer Ansatz.

Die Kl. nehmen die Bekl. auf Zahlung von Rechtsanwaltshonorar in Anspruch. Sie haben in der mündlichen Verhandlung vor dem AG nach teilweiser Klagerücknahme beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 414,59 Euro nebst Zinsen sowie weiterer 18,76 Euro zu verurteilen, und im Übrigen den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Die Erledigungserklärung ist einseitig geblieben. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung haben die Kl. einen Schriftsatz eingereicht, durch den sie im Wege der Klageerhöhung eine Verurteilung der Bekl. auf Zahlung von weiteren 85,72 Euro beantragt haben. Diesen Schriftsatz hat das AG der Bekl. formlos mit dem Hinweis übermittelt, dass ein Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht gegeben sei. Das AG hat die Bekl. unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Kl. 321,29 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Die dagegen eingelegte Berufung hat das LG als unzulässig verworfen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgten die Kl. ihr Begehren weiter. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

Zutreffend hat das LG angenommen, dass der Beschwerdegegenstand von über 600,- Euro (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) nicht erreicht ist.

1. Fehlt es – wie im Streitfall – an einer Zulassung durch das ErstGer. (§ 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), ist eine Berufung gem. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600,- Euro übersteigt. Der Wert des Beschwerdegegenstands unterscheidet sich begrifflich sowohl von dem erstinstanzlichen Streitwert als auch der Beschwer: Der Streitwert bestimmt die Grenzen der Beschwer, die im Falle einer Teilstattgabe den Streitwert unterschreiten, ihn aber selbst bei einer uneingeschränkten Verurteilung oder Klageabweisung nicht überschreiten kann. In Übereinstimmung mit dem Verhältnis von Streitwert zu Beschwer begrenzt der Wert der Beschwer seinerseits den Wert des mit einem Rechtsmittel zu verfolgenden Beschwerdegegenstands, der – wenn der Rechtsmittelführer die ihm nachteilige Entscheidung teils hinnimmt – geringer, aber selbst bei einem unbeschränkten Rechtsmittel keinesfalls höher als die Beschwer sein kann. Mit dem Wert des Beschwerdegegenstands (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ist darum der Wert der Beschwer gemeint, den der Rechtsmittelführer mit dem Ziel ihrer Beseitigung zur Entscheidung durch das RechtsmittelGer. stellt. Aus diesen Erwägungen muss der Rechtsmittelführer mit der Berufung die Beseitigung einer Beschwer von mehr als 600,- Euro verfolgen.

2. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsmittels eines Kl. ist grundsätzlich von der „formellen Beschwer“ auszugehen. Danach ist der Kl. insoweit beschwert, als das angefochtene Urteil von seinen Anträgen abweicht. Im Blick auf den Teilerfolg der Klage beträgt die Beschwer der Kl. bezogen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nach den rechtlich zutreffenden und von den Kl. unangegriffenen Feststellungen des BerGer. höchstens 569,63 Euro. Angesichts dieser Beschwer kann der Beschwerdegegenstand von 600,- Euro nicht erreicht sein.

3. Die Rechtsbeschwerde meint, wegen der uneingeschränkten Weiterverfolgung des erstinstanzlich abgewiesenen Klagebegehrens erhöhe sich die Beschwer der Kl. um den nach Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemachten weiteren Zahlungsanspruch über 85,72 Euro auf 655,35 Euro. Dem kann nicht beigetreten werden.

a) Gemäß § 296a ZPO können nach Schluss der mündlichen Verhandlung neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden. Da die Vorschrift lediglich Angriffsmittel, aber nicht den Angriff und damit die Klage selbst betrifft, werden zwar neue Sachanträge von ihrem Regelungsbereich nicht erfasst. Wie sich jedoch

aus §§ 256 Abs. 2, 261 Abs. 2, 297 ZPO ergibt, ist die Erhebung einer neuen Klageforderung oder einer Klageerweiterung durch einen nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz unzulässig, weil Sachanträge spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden müssen.

b) Mangels einer Antragstellung in mündlicher Verhandlung darf über eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte Klageerweiterung nicht entschieden werden. In Einklang damit hat das AG von einer Entscheidung über die Klageerweiterung abgesehen. Da die Klageerweiterung mithin nicht Gegenstand der Ausgangsentscheidung wurde, ist ihr Wert bei der Bestimmung des Beschwerdegegenstandes außer Betracht zu lassen.

Rechtliches Gehör im amtsgerichtlichen Bagetellverfahren

BVerfG, Beschluss vom 18. 11. 2008 - 2 BvR 290/08, NJW-RR 2009, 562

Lehrbuch § 6, Rn. 58

Aus Art. 103 Abs. 1 GG ergibt sich eine Pflicht des Gerichts, die Parteien vor Erlass eines Urteils über eine beabsichtigte Entscheidung im Verfahren nach § 495a ZPO zu informieren und den Zeitpunkt mitzuteilen, bis zu dem die Parteien ihr Vorbringen in den Prozess einführen können. Ansonsten würde den Parteien die Möglichkeit genommen, einen Antrag auf mündliche Verhandlung gem. § 495a S. 2 ZPO zu stellen.

Gehörsverstoß durch unterbliebene Zeugenvernehmung in Berufungsinstanz

BGH, Beschluss vom 14. 7. 2009 - VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291

Lehrbuch § 7, Rn. 7

Würdigt das Berufungsgericht eine Zeugenaussage anders als das erstinstanzliche Gericht, ohne den Zeugen selbst zu vernehmen, liegt darin ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.

Gehörsverstoß durch Ablehnung eines Antrags auf Sachverständigenladung

BGH, Beschluss vom 14. 7. 2009 - VIII ZR 295/08, NJW-RR 2009, 1361

Lehrbuch § 7, Rn. 7

Dem Antrag einer Partei auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens hat das Gericht grundsätzlich zu entsprechen, auch wenn es das schriftliche Gutachten für überzeugend hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Ein Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör und führt im Rahmen des § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignetes Beweismittel

BerlVerfGH, Beschluss vom 16. 12. 2008 - VerfGH 121/03, NJW-RR 2009, 1362

Lehrbuch § 7, Rn. 7

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt, wenn das Gericht einen von der Partei angebotenen Zeugenbeweis als ungeeignet ansieht, weil die Beweisfrage ihrer Art nach nur durch einen Sachverständigen beantwortet werden kann.

Das LG hat den Anspruch des Bf. auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht dadurch verletzt, dass es davon abgesehen hat, den behandelnden Arzt Dr. L als (sachverständigen) Zeugen zu vernehmen. Zwar ist es mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör unvereinbar, wenn ein Gericht ein Beweisangebot zu einer von ihm als erheblich erachteten Behauptung nicht berücksichtigt, ohne dass sich im Prozessrecht eine Stütze hierfür. So verhält es sich hier indessen nicht. Die Annahme des LG, die beantragte Vernehmung des Arztes Dr. L sei zum Beweis einer unfallbedingten Verletzung des Bf. ungeeignet, ist prozessrechtlich möglich und daher von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

Die Erhebung eines Beweises kann abgelehnt werden, wenn das angebotene Beweismittel zur Bildung der richterlichen Überzeugung ungeeignet ist. Zeugen sind ein ungeeignetes Beweismittel, wenn die Beweisfragen ihrer Art nach nur durch einen Sachverständigen beantwortet werden können. Bei der Feststellung, ob ein Verkehrsunfall für die von dem Geschädigten geltend gemachten Beschwerden ursächlich ist, handelt es sich um eine solche Beweisfrage. Denn für deren Beantwortung kommt es nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich allein auf die Beurteilung durch Sachverständige, nicht dagegen auf die Aussagen von Zeugen an. Nur bei Hinzutreten weiterer Umstände kann dies im Einzelfall anders sein.

Bedeutung beeideter Aussagen

BayVerfGH, Entscheidung vom 11. 2. 2009 - Vf. 87-VI-07, NJW-RR 2009, 1433

Lehrbuch § 7, Rn. 25

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO einer beeideten Aussage nicht allein wegen der Eidesleistung ein höherer Beweiswert zuerkannt wird als einer unbeeideten.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht der Parteien darauf, dass die Gerichte ein rechtzeitiges und möglicherweise erhebliches Vorbringen zur Kenntnis nehmen und bei ihren Entscheidungen in Erwägung ziehen, soweit es nach den Prozessvorschriften nicht ausnahmsweise unberücksichtigt bleiben muss oder kann. Jedoch verpflichtet er die Gerichte nicht, auf alle Ausführungen einer Partei einzugehen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte nur festgestellt werden, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falls klar und eindeutig ergibt, dass das Gericht ein Vorbringen einer Partei überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei seiner Entscheidung ersichtlich nicht in Erwägung gezogen hat.

Dass das LG aus dem Stillhalten der Bekl. nicht auf das Zustandekommen einer Vereinbarung schloss, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und liegt im Rahmen freier Beweiswürdigung, eines wesentlichen und zentralen Verfahrensgrundsatzes der ZPO (vgl. § 286 ZPO). Hiernach unterliegt das Gericht, außer im Fall gesetzlicher

Vermutungen und Beweisregeln, keiner Bindung, beurteilt vielmehr frei den Gang der Verhandlung, den Wert der einzelnen Beweismittel unter Berücksichtigung der ihnen eigenen Fehlerquellen, legt Zeugenaussagen aus, folgert von bestrittenen auf unbestrittene Behauptungen, zieht Schlüsse aus Indizien, darf fehlende konkrete Indizien mit Hilfe der allgemeinen Lebenserfahrung überbrücken und zieht Folgerungen aus dem Verhalten von Parteien und Zeugen. Einer beeideten Aussage kommt allein wegen der Eidesleistung kein höherer Beweiswert zu als einer unbeeideten. Wenn das LG deshalb, gestützt auf verschiedene weitere Umstände, maßgeblich auf die unbeeidigt gebliebene Aussage des Sachbearbeiters G abgestellt hat, so ist dies aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.

Die Klausur im Zivilrecht – Struktur, Taktik, Darstellung und Stil

Aufsatz von Fleck/Arnold in JuS 2009, 881

Lehrbuch § 9, Rn. 1

Zunehmend ist es im Examen erforderlich, einen Fall zu „begutachten“. Mit der Gutachtensform tun sich viele Referendare schwer. Hier kann die vorliegende Abhandlung zur Methodenlehre weiter helfen. Sie differenziert nach Klausurtypen, in welchen aus der Sicht eines Richters die Erfolgsaussicht einer Klage beurteilt werden müssen, oder aus der Sicht eines Anwalts eine umfassende Beratung in materiell- wie prozessrechtlicher Hinsicht eines Mandanten zu erfolgen hat und auch die kautelarjuristische Klausur. Sodann gehen die Verfasser in die Beschreibung der spezifischen Struktur, die der Bildung eines Obersatzes, der Wiedergabe des Gesetzestextes und einer Definition, sowie der anschließenden Subsumtion über, um dann schließlich die Charakteristika des Gutachtenstils detailliert aufzuführen. Hierbei verweisen die Autoren zunächst auf das Verwenden eines prägnanten Formulierungsstils, das Setzen von Schwerpunkten und die Bildung von Gliederungsebenen. Des Weiteren zeigen die Verfasser anhand einer Gegenüberstellung von richtigen und falschen Form- wie auch Inhaltsbeispielen häufig auftretende, aber auch vermeidbare Fehler auf, indem sie den Beispielen auch erläuternde Erklärungen beifügen. Diese beziehen sich u.a. auf die Bildung des Obersatzes, die Verwendung des Konjunktivs, die Überflüssigkeit von Einleitungsfloskeln oder die Bezugnahme auf die h.M. oder st. Rechtsprechung ohne die Darstellung der Argumentation. Letztlich fügen die Autoren noch einige grundsätzliche Ratschläge für die Zeiteinteilung und den Umgang mit Krisensituationen während der Klausur bei und verweisen eindringlich auf das Klausurentraining.

Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung

Aufsatz von Bitter/Rauhut in Jus 2009, 289

Lehrbuch § 9, Rn. 1

Der eigentlich für Studenten in den Anfangssemestern gedachte Aufsatz eignet sich zur Auffrischung der Gutachtenmethode auch für Referendare. Nach einer kurzen Einführung in die juristische Methodenlehre gehen die Verfasser der Frage nach, wozu die Methodik dient bzw. was Zivilrecht ist, um daran anschließend zu zeigen, wie sich der Vorgang der Rechtsfindung im Allgemeinen gestaltet: Zuerst muss der Sachver-

halt ermittelt und die möglicherweise einschlägigen Rechtsvorschriften gefunden werden, um sodann den Sachverhalt an der abstrakten Norm messen zu können. Soweit der Sachverhalt von der entsprechenden Norm erfasst wird, ergibt sich die entsprechende Rechtsfolge. Dabei gehen die Verfasser auch auf den Aufbau eines typischen Rechtssatzes ein, der sich in Tatbestand und Rechtsfolge zerlegen lässt, wobei auch die Unterschiede zu sonstigen Rechtssätzen (Hilfsnormen) wie Legaldefinitionen, Vermutungen, Fiktionen und Verweisungen sowie das Wesen der Subsumtion herausgearbeitet werden. Um entscheiden zu können, ob ein Sachverhalt unter eine bestimmte Norm fällt, ist das Gesetz auszulegen; die Verfasser stellen hierbei insbesondere die klassischen Auslegungsmethoden – grammatisch, systematisch, historisch sowie teleologisch – vor, um sich daran anschließend mit dem Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander auseinanderzusetzen. Des Weiteren muss sich – den Grundsätzen der Normenhierarchie folgend – die gefundene Auslegung auch anhand des höherrangigen Rechts messen lassen, um selbst verfassungs- oder (europarechtlich) richtlinienkonform zu sein. Zum Schluss gehen die Verfasser noch sowohl auf die juristischen Schlussformen ein, womit die gefundene Auslegung bestätigt – oder widerlegt – werden soll, als auch auf die Analogie und die richterliche Rechtsfortbildung. Die Darstellung wird jeweils mit Beispielen veranschaulicht.

Begründung eines Beschlusses

BGH, Beschluss vom 16. 12. 2008 - VIII ZB 78/06, NJW 2009, 857

Lehrbuch § 10, Rn. 35

Die Bekl. beantragt vor dem LG Stuttgart Prozesskostenhilfe für eine von ihr erhobene Widerklage. Sie hatte wegen dieses Anspruchs bereits zuvor bei dem LG Düsseldorf Prozesskostenhilfe für eine gegen die hiesige Kl. erhobene Klage beantragt. Das LG Düsseldorf wies den Prozesskostenhilfeantrag wegen fehlender Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung zurück. Das LG Stuttgart und das OLG Stuttgart haben den Antrag der Bekl. auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für die Widerklage zurückgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidungen aufgehoben.

Die Rechtsbeschwerde hat schon deswegen Erfolg, weil der angefochtene Beschluss keine taugliche Grundlage einer rechtlichen Nachprüfung der Entscheidung des BeschwGer. darstellt. Ob für den Prozesskostenhilfeantrag das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, kann der Senat nicht nachprüfen, weil der angefochtene Beschluss keine hinreichenden Angaben zum Sachverhalt enthält. Beschlüsse, welche der Rechtsbeschwerde unterliegen, müssen den maßgeblichen Sachverhalt wiedergeben, über den entschieden wird; denn die Feststellungen des BeschwGer. sind Grundlage der Entscheidung des RechtsBeschwGer. (§§ 577 Abs. 2 S. 4, 559 ZPO). Fehlen tatsächliche Feststellungen, so kann eine Rechtsprüfung nicht erfolgen. Ausführungen des BeschwGer., die eine solche Überprüfung nicht ermöglichen, sind keine Gründe im zivilprozessualen Sinne.

Beschlüsse, mit denen die Prozesskostenhilfe versagt wird, können keine materielle Rechtskraft erlangen und einen neuerlichen Antrag nicht ausschließen. Ein neuer Antrag kann auf neue Tatsachen gestützt werden. Zu seiner Begründung können aber auch neue rechtliche Gesichtspunkte geltend gemacht werden, die im Ausgangsverfahren noch nicht berücksichtigt werden konnten.

Einem Antrag auf erneute Entscheidung über einen auf der Grundlage desselben Lebenssachverhalts gestellten Prozesskostenhilfeantrag kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Der BGH hat dies in einem Fall bejaht, in dem auf der Grundlage desselben Lebenssachverhalts bereits drei gerichtliche Entscheidungen über einen Prozesskostenhilfeantrag ergangen waren.

Im Hinblick auf die durch Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG gebotene Rechtsschutzgleichheit im Sinne einer weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und weniger Bemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes kann das Rechtsschutzbedürfnis für eine – an sich zulässige – Wiederholung eines Prozesskostenhilfeantrags aber nur dann verneint werden, wenn das Recht zur wiederholten Stellung eines Antrags missbraucht wird. Die Hürde des Rechtsschutzbedürfnisses soll lediglich rechtsmissbräuchlichen Prozesskostenhilfeanträgen vorbeugen und verhindern, dass der Antragsteller das Gericht mit immer neuen Prozesskostenhilfeanträgen zu fortgesetzter neuer Prüfung der Erfolgsaussicht und Bedürftigkeit zwingen kann. Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines erneuten Antrags kommt es deshalb auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf den oder die bereits gestellten Anträge und die vorgetragenen neuen Tatsachen und Beweismittel an. Rechtsmissbräuchlich kann ein erneuter Antrag dann sein, wenn er mit einer von vornherein untauglichen Begründung versehen ist, beispielsweise lediglich auf die bisherige Begründung verweist, oder wenn neue Tatsachen ersichtlich nur vorgeschützt sind und eine Änderung der bisherigen Beurteilung deshalb als von vornherein ausgeschlossen erscheint. Es kann für die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit dagegen nicht darauf ankommen, ob der erneute Antrag bei dem bisherigen oder einem anderen – sachlich und örtlich – zuständigen Gericht gestellt wird.

Examensrelevante Probleme des zivilrechtlichen Kostenrechts

Aufsatz von Fischinger in JA 2009, 49

Lehrbuch § 10, Rn. 45

Der Verfasser widmet sich in diesem Beitrag besonders klausurrelevanten Problemen aus dem Bereich des Kostenrechts für die zivilrechtliche Klausur im zweiten Staatsexamen. Nacheinander erörtert er dabei die Kostenentscheidung bei erfolglosem Haupt- und erfolgreichem Hilfsantrag, die Verringerung des Streitwerts in der ersten Instanz, die Anrechnung der Geschäftsgebühr vor dem Hintergrund der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung und die Kostenentscheidung bei der Stufenklage. Schließlich weist er auf Besonderheiten bei der Kostenentscheidung im Arbeitsrecht hin. Dabei geht er jeweils von kleinen Beispielfällen aus, gibt Hinweise auf Rechtsprechung und Kommentarliteratur sowie auf das taktische Vorgehen in der Klausur.

Keine Auswirkungen der Anrechnungsvorschrift des § 15a RVG im Verhältnis zu Dritten

BGH, Beschluss vom 2. 9. 2009 - II ZB 35/07, NJW 2009, 3101

Lehrbuch § 10, Rn. 50

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat mit Beschluss vom 22.1.2008 (BGH, NJW 2008, 1323) – abweichend von der bis dahin feststehenden höchstrichterlichen Rechtspre-

chung (BGH, NJW-RR 2006, 501; NJW 2006, 2560; NJW 2007, 3289) und ohne sich mit ihr auseinanderzusetzen – entschieden, dass in einem Fall wie dem vorliegenden die Verfahrensgebühr nur in Höhe von 0,55 festgesetzt werden könne, da sie im Hinblick auf die vorgerichtliche Tätigkeit des Bevollmächtigten und die Anrechnungsregelung in Vorb. 3 IV VV-RVG überhaupt nur in dieser Höhe „entstehe“. Dem haben sich mehrere Senate des BGH ohne eigene Begründung angeschlossen. Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum ganz überwiegend und zum Teil auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung auf – teilweise heftige – Kritik gestoßen.

Den erkennenden Senat überzeugt die Ansicht des VIII. Zivilsenats nicht. Ohne die gegen diese Lösung des Anrechnungsproblems anzuführenden systematischen, teleologischen und sprachlichen Argumente im Einzelnen darzustellen, vermag der Senat ihr nicht zuletzt im Hinblick auf die teilweise zu Recht als katastrophal bezeichneten Folgen aber auch, weil er sie aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht abzuleiten vermag, nicht zu folgen.

Statt im Hinblick auf seine abweichende Meinung den Großen Senat für Zivilsachen anzurufen, hat der Senat die Bearbeitung des vorliegenden Rechtsbeschwerdeverfahrens zurückgestellt, nachdem der Gesetzgeber die vom VIII. Zivilsenat begründete Rechtsprechung zum Anlass für eine klarstellende Änderung des RVG genommen hat. Das Gesetzgebungsverfahren hat durch Verkündung des § 15a RVG am 4. 8. 2009 und sein In-Kraft-treten am 5.8.2009 sein Ende gefunden.

Mit dem neu eingefügten § 15a RVG hat der Gesetzgeber das RVG nicht geändert, sondern lediglich die seiner Ansicht nach bereits vor Einfügung von § 15a RVG bestehende Gesetzeslage in dem Sinne, wie auch der erkennende Senat sie verstanden hat, klargestellt, derzufolge sich die Anrechnung gem. Vorb. 3 IV VV-RVG grundsätzlich im Verhältnis zu Dritten, also insbesondere im Kostenfestsetzungsverfahren, nicht auswirkt. Die Anrechnungsvorschrift betrifft vielmehr grundsätzlich nur das Innenverhältnis zwischen Anwalt und Mandant. In der Kostenfestsetzung musste und muss daher eine Verfahrensgebühr auch dann in voller Höhe festgesetzt werden, wenn für den Bevollmächtigten eine Geschäftsgebühr entstanden ist. Sichergestellt wird durch § 15a Abs. 2 RVG lediglich, dass ein Dritter nicht über den Betrag hinaus auf Ersatz und Erstattung in Anspruch genommen werden kann, den der Anwalt von seinem Mandanten verlangen kann.

Aktuelle Fragen zu Prozesskostenhilfe

Aufsatz von Niebling in JA 2009, 630

Lehrbuch § 10, Rn. 76

Für die Probleme der Prozesskostenhilfe ist zu unterscheiden, ob diese für ein erstinstanzliches Klageverfahren oder für ein Rechtsmittelverfahren begehrt wird. Im dritten Abschnitt geht der Autor auf die formalen Voraussetzungen eines PKH-Antrags ein. Bei wesentlichen Änderungen, z.B. in den wirtschaftlichen Verhältnissen, kann ein neuer PKH-Antrag gestellt werden, selbst wenn wegen des zunächst abgelehnten Antrags sofortige Beschwerde eingereicht wurde. Im vierten Abschnitt erläutert er Fragen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen, die im Formular anzugeben sind, sowie die Anforderungen an die Darlegung der Erfolgsaussichten der Klage. Daran dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Der Verfasser zeigt typische Fehler auf. Den

Abschluss bilden die Reaktionsmöglichkeiten bei Versagung der PKH, insbesondere die sofortige Beschwerde, die Anhörungsgrüge und die Verfassungsbeschwerde.

Rechtsschutzbedürfnis für wiederholten PKH-Antrag

BGH, Beschluss vom 16. 12. 2008 - VIII ZB 78/06, NJW 2009, 857

Lehrbuch § 10, Rn. 76

Die Bekl. beantragt vor dem LG Stuttgart Prozesskostenhilfe für eine von ihr erhobene Widerklage. Sie hatte wegen dieses Anspruchs bereits zuvor bei dem LG Düsseldorf Prozesskostenhilfe für eine gegen die hiesige Kl. erhobene Klage beantragt. Das LG Düsseldorf wies den Prozesskostenhilfeantrag wegen fehlender Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung zurück. Das LG Stuttgart und das OLG Stuttgart haben den Antrag der Bekl. auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für die Widerklage zurückgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidungen aufgehoben.

Die Rechtsbeschwerde hat schon deswegen Erfolg, weil der angefochtene Beschluss keine taugliche Grundlage einer rechtlichen Nachprüfung der Entscheidung des BeschwGer. darstellt. Ob für den Prozesskostenhilfeantrag das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, kann der Senat nicht nachprüfen, weil der angefochtene Beschluss keine hinreichenden Angaben zum Sachverhalt enthält. Beschlüsse, welche der Rechtsbeschwerde unterliegen, müssen den maßgeblichen Sachverhalt wiedergeben, über den entschieden wird; denn die Feststellungen des BeschwGer. sind Grundlage der Entscheidung des RechtsBeschwGer. (§§ 577 Abs. 2 S. 4, 559 ZPO). Fehlen tatsächliche Feststellungen, so kann eine Rechtsprüfung nicht erfolgen. Ausführungen des BeschwGer., die eine solche Überprüfung nicht ermöglichen, sind keine Gründe im zivilprozessualen Sinne.

Beschlüsse, mit denen die Prozesskostenhilfe versagt wird, können keine materielle Rechtskraft erlangen und einen neuerlichen Antrag nicht ausschließen. Ein neuer Antrag kann auf neue Tatsachen gestützt werden. Zu seiner Begründung können aber auch neue rechtliche Gesichtspunkte geltend gemacht werden, die im Ausgangsverfahren noch nicht berücksichtigt werden konnten.

Einem Antrag auf erneute Entscheidung über einen auf der Grundlage desselben Lebenssachverhalts gestellten Prozesskostenhilfeantrag kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Der BGH hat dies in einem Fall bejaht, in dem auf der Grundlage desselben Lebenssachverhalts bereits drei gerichtliche Entscheidungen über einen Prozesskostenhilfeantrag ergangen waren.

Im Hinblick auf die durch Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG gebotene Rechtsschutzgleichheit im Sinne einer weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und weniger Bemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes kann das Rechtsschutzbedürfnis für eine – an sich zulässige – Wiederholung eines Prozesskostenhilfeantrags aber nur dann verneint werden, wenn das Recht zur wiederholten Stellung eines Antrags missbraucht wird. Die Hürde des Rechtsschutzbedürfnisses soll lediglich rechtsmissbräuchlichen Prozesskostenhilfeanträgen vorbeugen und verhindern, dass der Antragsteller das Gericht mit immer neuen Prozesskostenhilfeanträgen zu fortgesetzter neuer Prüfung der Erfolgsaussicht und Bedürftigkeit zwingen kann. Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines erneuten Antrags kommt es deshalb auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf den oder die bereits gestellten Anträge und die vorgetragenen neuen Tatsachen und Beweismittel an. Rechtsmissbräuchlich

kann ein erneuter Antrag dann sein, wenn er mit einer von vornherein untauglichen Begründung versehen ist, beispielsweise lediglich auf die bisherige Begründung verweist, oder wenn neue Tatsachen ersichtlich nur vorgeschützt sind und eine Änderung der bisherigen Beurteilung deshalb als von vornherein ausgeschlossen erscheint. Es kann für die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit dagegen nicht darauf ankommen, ob der erneute Antrag bei dem bisherigen oder einem anderen – sachlich und örtlich – zuständigen Gericht gestellt wird.

Beiordnung einer Rechtsanwaltssozietät im Prozesskostenhilfverfahren

Beschluss vom 17. 9. 2008 - IV ZR 343/07, NJW 2009, 440

Lehrbuch § 10, Rn. 76

§ 121 Abs. 1 ZPO ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht nur eine persönliche Beiordnung eines einzelnen Rechtsanwalts vom Gesetz gestattet wird, sondern der bedürftigen Partei auch eine Rechtsanwaltssozietät beigeordnet werden kann.

Die BRAO ermöglicht Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, die Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft (§ 59c Abs. 1 BRAO). Nach § BRAO § 59l BRAO kann die Rechtsanwaltsgesellschaft als Prozess- und Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden. Sie hat dann die Rechte und Pflichten eines Rechtsanwalts, kann allerdings nur durch solche Organe und Vertreter handeln, in deren Person die für die Erbringung rechtsbesorgender Leistungen gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen vorliegen. Trotz dieser Einschränkung wird die Bestimmung teilweise dahin verstanden, dass die Rechtsanwaltsgesellschaft selbst – und nicht nur die für sie nach § BRAO § 59l S. 3 BRAO jeweils handlungsbefugte Person – prozess- und postulationsfähig ist mit der Folge, dass die Gesellschaft als solche einer Partei im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 121 Abs. 1 ZPO beigeordnet werden kann. Ähnliches gilt für die Partnerschaftsgesellschaft (§ 7 Abs. 4 PartGG). Für die in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) betriebene Anwaltssozietät ist spätestens mit der Entscheidung des BGH vom 29. 1. 2001 (BGH NJW 2001, 1056) eine grundlegende Änderung der rechtlichen Anschauung eingetreten, weil ihr nunmehr die Rechtsfähigkeit einschließlich der Parteifähigkeit zugestanden wird, soweit sie am Rechtsverkehr teilnimmt. Eine Beschränkung der Beiordnungsmöglichkeit auf Rechtsanwälte als Einzelpersonen würde die Rechtsanwaltssozietät in ihrer von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübung einschränken, ohne dass sich dafür heute noch tragfähige Gründe finden ließen.

Die zivilrechtliche Anwaltsklausur aus Beklagtersicht

Aufsatz von Kaiser in JA 2009, 716

Lehrbuch § 10, Rn. 101

Der Verfasser stellt die zivilrechtliche Anwaltsklausur aus Beklagtersicht vor und setzt damit seinen Beitrag in JA 2008, 721 fort. Zielgruppe sind Referendare, die sich noch nicht mit diesem Examensthema befasst haben. Anwaltsklausuren aus Beklagtersicht sind üblicherweise in einen Gutachtenteil und einen praktischen Teil geglie-

dert. Teilweise soll dem noch eine Sachverhaltsdarstellung vorangestellt werden. Der Verfasser stellt ein Aufbauschema zur Sachverhaltsschilderung in der Beklagtenklausur vor. Er rät, zunächst die Klageschrift durchzulesen, um besser den Überblick zu behalten. Der Autor geht auf den Gutachtenteil ein. Hier ist zwischen materieller und prozessualer Rechtslage zu unterscheiden. Beim zweischichtigen Aufbau schlägt er die Stationen Rechtsbehelf, Zulässigkeit, Kläger, Beklagter, Beweisprognose und Zweckmäßigkeit vor. Einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet er auch für den einschichtigen Aufbau. Er empfiehlt die bevorzugte Verwendung des Urteilsstils. Die Rechtsbehelfsprüfung betrifft oft ein Versäumnisurteil gegen den Mandanten. Zu prüfen sind Rügen gegen die Zulässigkeit der erhobenen Klage. Ebenfalls zu prüfen ist auch die Schlüssigkeit des Klägervortrags. Auch an Gegenansprüche des Mandanten sollte gedacht werden. Bei der Prüfung der Beweisfragen empfiehlt der Autor ebenfalls ein Aufbaumuster. Er erläutert die Beweismittel im Strengbeweisverfahren der ZPO. Der Verfasser geht auf die Zweckmäßigkeitserwägungen ein. Er erläutert, dass Notenpunkte erst ab der gebotenen Ausführlichkeit der Darstellung vergeben werden. Auch an eine Drittwiderklage ist im Übrigen zu denken. Im dritten Abschnitt geht er auf den praktischen Teil ein. Hier ist üblicherweise der Entwurf einer Klageerweiterung bzw. der Einspruchsschriftsatz mit Klageerweiterung anzufertigen. Fehler an dieser Stelle quittieren Praktiker mit deutlichen Punktabzügen. Abschließend meint der Autor, die zivilrechtliche Anwaltsklausur würde zu Unrecht gefürchtet.

Die einstweilige Verfügung

Aufsatz von Mertins in JuS 2009, 911

Lehrbuch § 12, Rn. 22

Ebenso wie im Arrestverfahren endet im Verfahren der einstweiligen Verfügung der Rechtsweg beim OLG (§ 542 Abs. 2 S. 1 ZPO). Der BGH hat allein in Rechtsanwaltsregressprozessen die Möglichkeit, sich zu Fragen des zivilrechtlichen einstweiligen Rechtsschutzes zu äußern. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist in verschiedenen Fragen uneinheitlich. Der Verfasser gibt – im Anschluss an seinen Aufsatz zum dinglichen Arrest (JuS 2008, 692) – ein Überblick über die Rechtsprechung zur einstweiligen Verfügung.

Urkundenprozess über Miete trotz Mängeleinwands

BGH, Urteil vom 8. 7. 2009 - VIII ZR 200/08, VIII ZR 266/08, NJW 2009, 3099

Lehrbuch § 13, Rn. 7

Die Kl. fordert im Urkundenprozess unter Vorlage des Mietvertrags rückständige Miete. Die Bekl. sind der Ansicht, die Klage sei im Urkundenprozess unstatthaft, weil der Anspruch der Kl. auf Mietzahlung durch Minderung wegen verschiedener Mängel der Mietsache, die teilweise bereits bei Einzug der Bekl. vorgelegen hätten, erloschen sei. Außerdem erheben sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Das AG hat die Bekl. unter Vorbehalt ihrer Rechte im Nachverfahren verurteilt. Auf die Berufung der Bekl. hat das LG die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Die Revisionen hatten Erfolg und führten zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses steht nach der Rechtsprechung des BGH nicht entgegen, dass der bekl. Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder dass der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB darauf stützt, ein Mangel sei nachträglich eingetreten, sofern der Mieter die Wohnung unstreitig in vertragsgemäßem Zustand erhalten hat. Offengelassen hat der Senat dabei, ob dies auch dann gelte, wenn der Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags darauf stützt, er habe die Sache überhaupt nicht erhalten oder – wie hier – sie sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen.

Der Senat entscheidet diese Frage nunmehr dahin, dass die Klage auch dann gem. § 592 ZPO im Urkundenprozess statthaft ist, wenn der Mieter, der wegen behaupteter anfänglicher Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, die ihm vom Vermieter zum Gebrauch überlassene Wohnung als Erfüllung angenommen hat, ohne die später behaupteten Mängel zu rügen.

Zwar muss nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der Vermieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat. Demgegenüber trägt nach Überlassung der Mietsache gem. § 363 BGB grundsätzlich der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat. Ihr liegt zu Grunde, dass demjenigen, der eine Leistung als Erfüllung annimmt, die Beweislast obliegt, wenn er die Leistung später nicht mehr als die geschuldete gelten lassen will.

Demzufolge ist die Klage des Vermieters im Urkundenprozess statthaft, wenn entweder unstreitig ist, dass der Mieter die Mietsache als Erfüllung angenommen hat, oder wenn der Vermieter ein solches Verhalten des Mieters durch Urkunden – etwa ein Übergabeprotokoll oder Kontoauszüge, aus denen sich ergibt, dass der Mieter zunächst die ungeminderte Miete gezahlt hat – beweisen kann. Dazu hat das BerGer. keine Feststellungen getroffen.

Rechtskrafteintritt bei nicht zugelassener Rechtsbeschwerde in Familiensachen

BGH, Beschluss vom 6. 8. 2008 - XII ZB 25/07, NJW 2009, 594

Lehrbuch § 14, Rn. 40

Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts wird, auch wenn sie die Rechtsbeschwerde nicht zulässt, erst dann rechtskräftig, wenn die Rechtsbeschwerdefrist abgelaufen und binnen dieser Frist kein Rechtsmittel eingegangen ist.

Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NJW-RR 2008, NJW-RR Jahr 2008 Seite 1673.

Vorgehen gegen einen unrichtigen Erbschein

Aufsatz von Dillberger/Fest in JuS 2009, 1099

Lehrbuch § 14, Rn. 75

Gegenstand der Abhandlung ist die Frage nach Möglichkeiten des Vorgehens gegen einen unrichtigen Erbschein, die seit Januar 2010 Gegenstand des Klausurexamens in

Bohnen · Montag · Rohde

Hessen sein kann. Nach einer Einleitung zu den Gefahren der §§ 2365-2367 BGB werden die möglichen Rechtsbehelfe der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgehandelt (Einziehung des unrichtigen Erbscheins, Beschwerde) bevor der materielle Anspruch auf Herausgabe des Erbscheins und der vorläufige Rechtsschutz dargestellt werden.

Das Erbscheinsverfahren im FamFG

Aufsatz von Zimmermann in JuS 2009, 817

Lehrbuch § 14, Rn. 75

In seinem Beitrag beschäftigt sich der Verfasser mit dem Erbscheinsverfahren im FamFG. Im Anwendungsbereich des am 1.9.2009 neu in Kraft getretenen FamFG ist der früher wichtige Erbscheinsvorbescheid nicht mehr möglich. Mit Ausnahme der §§ 2360 und 2368 Abs. 2 BGB, die aufgehoben wurden und § 2369 I BGB, der geändert wurde, sind die Regelungen über den Erbschein dem alten FGG gegenüber gleich geblieben. Ein Erbschein wird gem. § 2353 BGB nur auf Antrag erteilt. Zuständig ist das Nachlassgericht, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit seines Todes wohnte. Die Beteiligten eines Erbscheinserteilungsverfahrens ergeben sich aus §§ 7, 345 FamFG. Eine mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich, in Form eines Erörterungstermins nach § 32 FamFG aber möglich. Die Entscheidung über einen Erbscheinsantrag durch das Nachlassgericht ergeht immer durch Beschluss, nie durch Urteil. Rechtsbehelfe sind die Beschwerde und die Rechtsbeschwerde.

Die Erbscheinsklausur nach dem FamFG

Aufsatz von Kroiß in JA 2009, 882

Lehrbuch § 14, Rn. 75

Nunmehr gehören auch das Erbrecht und das zugehörige Verfahrensrecht zum Prüfungstoff im zweiten Examen. Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind die Grundlagen des Nachlassverfahrens und des neuen FamFG, welches am 01.09.2009 in Kraft getreten ist. Den ersten Teil der Abhandlung bildet die Darstellung der Hauptpunkte des FamFG (Übergangsrecht, Neuregelung der funktionellen, örtlichen und internationalen Zuständigkeit der Gerichte, Beteiligtenbegriff, Antrags- und Amtsverfahren, Amtsermittlungsgrundsatz, Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht, Verfahrensleitung, Beweisaufnahme, Entscheidung des Gerichts, Kosten, Rechtsmittel) In einem zweiten Teil stellt der Verfasser das Erbscheinsverfahren ausführlich dar.

Parteiwechsel auf Klägerseite

Aufsatz von Fischer in JuS 2009, 38

Lehrbuch § 15, Rn. 5

Der vorliegende Beitrag problematisiert die Auswirkungen eines Klägerwechsels nach Vorliegen eines Titels anhand eines anschaulichen Beispielfalles.

Hinterlegungsfälle im Assessorexamen – Unterscheidung typischer Verfahrenskonstellationen beim Streit von Forderungsprätendenten

Aufsatz von Stoffregen in JuS 2009, 421

Lehrbuch § 16, Rn. 59

Hinterlegungsfälle kommen im Examen in vielfältiger Form vor. Hier sind materiellrechtliche Probleme und Verfahrensrecht eng miteinander verzahnt. In der vorliegenden Abhandlung werden drei Prätendentenstreitfällen unterschieden: Zu bearbeiten sei die hinterlegungsrechtliche Abwicklung der Konkurrenz von: zwei Abtretungsgläubigern, zwei Pfändungsgläubigern sowie der eines Abtretungsgläubigers mit einem Pfändungsgläubiger. Im weiteren Verlauf seines Beitrages geht der Autor u. a. mittels veranschaulichender, schematischer Darstellungen auf diese Konkurrenzverhältnisse ein. Insgesamt bietet der Aufsatz einen klaren und komprimierten Überblick über die behandelte Materie.

Freigabeklage in einem Prätendentenstreit

Aufsatz von Kruse in JuS 2009, 424

Lehrbuch § 16, Rn. 59

Die Bearbeitung eines Hinterlegungsfalles aus Rechtsanwaltsicht ist Thema des vorliegenden Beitrages. Der zugrunde liegende Sachverhalt ist einer Entscheidung des BGH (NJW 2000, 276) entnommen. Für die rechtliche Bewertung ist die Hinterlegung im Sinne des § 372 BGB von anderen Hinterlegungsarten abzugrenzen sei. Weiterhin ist § 151 BGB zu beachten: Der BGH hat in einem bloßen Behalten der vollstreckbaren Ausfertigung (hier der Abtretungserklärung durch den Gläubiger) auch die Betätigung des Annahmewillens hinsichtlich des Abtretungsverbots gesehen.

Verweisung bei fehlender sachlicher Zuständigkeit des Amtsgerichts für eine hilfsweise erhobene Widerklage

OLG Celle, Beschluss vom 5. 6. 2009 - 4 AR 19/09, NJW-RR 2009, 1512

Lehrbuch § 17, Rn. 17

Verweist das Amtsgericht ein Verfahren, in dem der Beklagte für den Fall der Klageabweisung hilfsweise Widerklage in Höhe eines Betrags von über 5.000,- Euro erhebt, auf den Antrag einer der Parteien mit begründetem Beschluss an das örtlich zuständige Landgericht, ohne zuvor über die Klage entschieden zu haben, ist dieser Verweisungsbeschluss jedenfalls nicht objektiv willkürlich und für das Landgericht bindend, zumal wenn die andere Partei ihr Einverständnis mit der Verweisung erklärt hat.

Grundsätzlich sind Verweisungsbeschlüsse nach § 281 Abs. 2 S. 2 ZPO unanfechtbar und gem. § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO für das Gericht, an das verwiesen wird, bindend. Dies entzieht auch einen sachlich zu Unrecht erlassenen Verweisungsbeschluss grundsätzlich jeder Nachprüfung. Die Bindungswirkung entfällt nur dann, wenn der Verweisungsbeschluss bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist, etwa weil er einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. Ausreichend ist nicht, dass der Verweisungsbeschluss inhaltlich unrichtig oder fehlerhaft ist.

Im vorliegenden Verfahren hat das AG in der sich hier stellenden Frage, ob eine Verweisung nach § 506 Abs. 1 ZPO analog zulässig ist, wenn die den Streitwert des LG erreichende Widerklage nur hilfsweise erhoben wird, das Verfahren mit begründetem Beschluss an das LG abgegeben. Dieses Problem wird in den Kommentaren – soweit ersichtlich auch in den Großkommentaren – nicht behandelt. Ist aber der Verweisungsbeschluss begründet und lässt er nicht eine einhellige Rechtsprechung oder zwingende gesetzliche Vorgaben außer Acht, erscheint er nicht als objektiv willkürlich und ist für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, bindend. Eine Verletzung des § 506 Abs. 1 ZPO als zwingende gesetzliche Vorgabe in einem Ausmaß, dass der Verweisung durch das AG objektive Willkür anhaften würde, liegt nach Auffassung des Senats nicht vor. Zwar ist dem LG zuzugeben, dass die Erhebung der Hilfswiderklage zunächst nicht streitwerterhöhend und damit zuständigkeitsbegründend wirkt. Jedoch sprechen gute Gründe für die Auffassung des AG, in diesen Fällen dennoch den Rechtsstreit auf einen entsprechenden Antrag hin sofort zu verweisen. Denn das AG müsste – sofern es zu der Ansicht gelangt, dass die Klage abzuweisen wäre, die Erhebung der Hilfswiderklage wegen Eintritts der Bedingung also zum Tragen kommt – den Rechtsstreit möglicherweise nach einer umfassenden Beweisaufnahme ohnehin an das LG verweisen. Ein vom AG erlassenes Teilurteil dürfte unzulässig sein. Das LG müsste nun noch einmal die Erfolgsaussicht der Klage überprüfen; dies ist unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie und einer den Parteien nicht zuzumutenden Verfahrensverzögerung vermeidbar. Ob das LG die Auffassung des AG zur Klage teilt, ist ungewiss. Sollte das AG die Klage hingegen durch Teilurteil abweisen und wegen der unter diese Bedingung gestellten Hilfswiderklage den Rechtsstreit an das LG verweisen, könnte das LG dennoch der Auffassung sein, dass die Klagabweisung nicht gerechtfertigt war und deswegen die Bedingung, unter der die Hilfswiderklage gestellt war, als nicht eingetreten ansehen; in dem Fall müsste es die Frage einer Bindungswirkung des amtgerichtlichen Teilurteils erörtern. Gegebenenfalls hat das LG auch die Durchführung einer Berufung gegen das Teilurteil des AG abzuwarten, ehe es das Verfahren möglicherweise fortsetzen könnte. Dabei könnte sich die Situation ergeben, dass die Kammer der Berufungsinstanz je nach dem Geschäftsverteilungsplan des LG auch die Kammer sein könnte, die in diesem Verfahren erstinstanzlich zu entscheiden hätte, sofern die Verweisung gem. § 506 Abs. 1 ZPO analog als zulässig erachtet wird.

Die weitere Voraussetzung des § 506 Abs. 1 ZPO, dass nur bei einer gem. § 253 Abs. 1 ZPO erhobenen (Hilfs-)Widerklage der Rechtsstreit zu verweisen ist, ist gegeben. Das AG hat den entsprechenden Schriftsatz dem Klägervertreter zugestellt.

Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob er die Verweisung gem. § 506 Abs. 1 ZPO analog wie geschehen für zulässig und den gebotenen Weg erachtet. Jedenfalls ist der Verweisungsbeschluss – wie oben ausgeführt – nicht objektiv willkürlich.

Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Aufrechnungsfor- **derungen**

OLG Jena, Urteil vom 27. 8. 2008 - 2 U 672/06, NJW 2009, 689

Lehrbuch § 23, Rn. 6

Die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts für eine zur Aufrechnung gestellte Forderung fehlt, wenn deutsche Gerichte für die klageweise Geltendmachung dieser Forderung international nicht zuständig wären.

Die Kl. macht gegenüber der Bekl., einer Inc. mit Sitz in Kanada, Kaufpreisansprüche geltend. Die Bekl. ist der Ansicht, der Anspruch der Kl. sei (nach kanadischem Recht) verjährt; deutsches Recht sei nicht anwendbar. Hilfsweise erklärt sie die Aufrechnung mit eigenen Forderungen.

Das OLG hat zunächst die internationale Zuständigkeit bejaht und den unverjährten Anspruch der Klägerin aus § 433 Absatz 2 BGB festgestellt, weil materiell deutsches Recht anwendbar sei. Eine Aufrechnung indes hat das OLG für nicht möglich gehalten. Insoweit fehlt es an der internationalen Zuständigkeit für die Entscheidung über die materiellrechtliche Begründetheit der Aufrechnungsforderungen, selbst wenn in Hinblick auf die Frage der Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung deutsches Recht anzuwenden ist. Die internationale Zuständigkeit ist nicht gegeben, weil deutsche Gerichte auch für die selbstständige klageweise Geltendmachung dieser Ansprüche international nicht zuständig wären. Die Aufrechnungsforderungen unterfallen – was ausgeführt wird – kanadischem Recht. Deshalb kann der Senat wegen der Rechtskraftwirkung, die eine solche Entscheidung hätte, nicht über die zur Aufrechnung gestellten Forderungen entscheiden.

Gegenstandswert bei Hilfsaufrechnung

BGH, Beschluss vom 25. 9. 2008 - VII ZB 99/07, NJW 2009, 231

Lehrbuch § 23, Rn. 25

Zur Bestimmung des Gegenstandswerts der anwaltlichen Tätigkeit wird der Wert einer nicht beschiedenen Hilfsaufrechnung dem Wert der Klageforderung nicht hinzuge-rechnet.

Der Beklagte verteidigte sich u.a. hilfsweise durch die Aufrechnung mit eigenen Schadensersatzforderungen. Das LG entschied durch zwischenzeitlich rechtskräftiges Vorbehaltsurteil über die Klageforderung und behielt die Entscheidung über die Aufrechnungsforderungen dem Nachverfahren vor. Den Streitwert setzte das Gericht entsprechend der Klageforderung fest, die Aufrechnungsforderungen blieben unberücksichtigt. Für den noch anhängigen Teil des Rechtsstreits setzte das LG den Streitwert in Höhe der hilfsweise erhobenen Aufrechnungsforderungen fest. Der Anwalt des Beklagten, der seine Tätigkeit nach dem Vorbehaltsurteil einstellte, berechnete seine Gebühren aus dem addierten Wert. Das LG hat dies gebilligt, OLG und BGH dagegen nicht. In Rechtsprechung und Lehre ist diese Frage umstritten. Der BGH geht nunmehr davon aus, es gelte §§ 8 BRAGO i.V.m. § 19 Abs. 3 GKG a.F., so dass eine Addition nur im Falle einer Entscheidung über die Hilfsaufrechnung möglich sei. Etwas anderes ergeben sich auch aus § 10 BRAGO a.F. nicht.

Die Entscheidung ist ohne weiteres auf das neue Gebührenrecht (§ 45 Abs. 3 GKG) übertragbar.

Verweisung bei fehlender sachlicher Zuständigkeit des Amtsgerichts für eine hilfsweise erhobene Widerklage

OLG Celle, Beschluss vom 5. 6. 2009 - 4 AR 19/09, NJW-RR 2009, 1512

Lehrbuch § 24, Rn. 7

Verweist das Amtsgericht ein Verfahren, in dem der Beklagte für den Fall der Klageabweisung hilfsweise Widerklage in Höhe eines Betrags von über 5.000,- Euro erhebt, auf den Antrag einer der Parteien mit begründetem Beschluss an das örtlich zuständige Landgericht, ohne zuvor über die Klage entschieden zu haben, ist dieser Verweisungsbeschluss jedenfalls nicht objektiv willkürlich und für das Landgericht bindend, zumal wenn die andere Partei ihr Einverständnis mit der Verweisung erklärt hat.

Grundsätzlich sind Verweisungsbeschlüsse nach § 281 Abs. 2 S. 2 ZPO unanfechtbar und gem. § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO für das Gericht, an das verwiesen wird, bindend. Dies entzieht auch einen sachlich zu Unrecht erlassenen Verweisungsbeschluss grundsätzlich jeder Nachprüfung. Die Bindungswirkung entfällt nur dann, wenn der Verweisungsbeschluss bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist, etwa weil er einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. Ausreichend ist nicht, dass der Verweisungsbeschluss inhaltlich unrichtig oder fehlerhaft ist.

Im vorliegenden Verfahren hat das AG in der sich hier stellenden Frage, ob eine Verweisung nach § 506 Abs. 1 ZPO analog zulässig ist, wenn die den Streitwert des LG erreichende Widerklage nur hilfsweise erhoben wird, das Verfahren mit begründetem Beschluss an das LG abgegeben. Dieses Problem wird in den Kommentaren – soweit ersichtlich auch in den Großkommentaren – nicht behandelt. Ist aber der Verweisungsbeschluss begründet und lässt er nicht eine einhellige Rechtsprechung oder zwingende gesetzliche Vorgaben außer Acht, erscheint er nicht als objektiv willkürlich und ist für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, bindend. Eine Verletzung des § 506 Abs. 1 ZPO als zwingende gesetzliche Vorgabe in einem Ausmaß, dass der Verweisung durch das AG objektive Willkür anhaften würde, liegt nach Auffassung des Senats nicht vor. Zwar ist dem LG zuzugeben, dass die Erhebung der Hilfswiderklage zunächst nicht streitwerterhöhend und damit zuständigkeitsbegründend wirkt. Jedoch sprechen gute Gründe für die Auffassung des AG, in diesen Fällen dennoch den Rechtsstreit auf einen entsprechenden Antrag hin sofort zu verweisen. Denn das AG müsste – sofern es zu der Ansicht gelangt, dass die Klage abzuweisen wäre, die Erhebung der Hilfswiderklage wegen Eintritts der Bedingung also zum Tragen kommt – den Rechtsstreit möglicherweise nach einer umfassenden Beweisaufnahme ohnehin an das LG verweisen. Ein vom AG erlassenes Teilurteil dürfte unzulässig sein. Das LG müsste nun noch einmal die Erfolgsaussicht der Klage überprüfen; dies ist unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie und einer den Parteien nicht zuzumutenden Verfahrensverzögerung vermeidbar. Ob das LG die Auffassung des AG zur Klage teilt, ist ungewiss. Sollte das AG die Klage hingegen durch Teilurteil abweisen und wegen der unter diese Bedingung gestellten Hilfswiderklage den Rechtsstreit an das LG verweisen, könnte das LG dennoch der Auffassung sein, dass die Klageabweisung nicht gerechtfertigt war und deswegen die Bedingung, unter der die Hilfswiderklage gestellt war, als nicht eingetreten ansehen; in dem Fall müsste es die Frage einer Bindungswirkung des amtgerichtlichen Teilurteils erörtern. Gegebenenfalls hat das LG auch die Durchführung einer Berufung gegen das Teilurteil des AG abzuwarten, ehe es das Verfahren möglicherweise fortsetzen könnte. Dabei könnte

sich die Situation ergeben, dass die Kammer der Berufungsinstanz je nach dem Geschäftsverteilungsplan des LG auch die Kammer sein könnte, die in diesem Verfahren erstinstanzlich zu entscheiden hätte, sofern die Verweisung gem. § 506 Abs. 1 ZPO analog als zulässig erachtet wird.

Die weitere Voraussetzung des § 506 Abs. 1 ZPO, dass nur bei einer gem. § 253 Abs. 1 ZPO erhobenen (Hilfs-)Widerklage der Rechtsstreit zu verweisen ist, ist gegeben. Das AG hat den entsprechenden Schriftsatz dem Klägervertreter zugestellt.

Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob er die Verweisung gem. § 506 Abs. 1 ZPO analog wie geschehen für zulässig und den gebotenen Weg erachtet. Jedenfalls ist der Verweisungsbeschluss – wie oben ausgeführt – nicht objektiv willkürlich.

Gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung bei isolierter Drittwiderklage

F OLG München, Beschluss vom 31. 3. 2009 - 31 AR 90/09, NJW 2009, 2609

Lehrbuch § 24, Rn. 17

Soweit nach der Rechtsprechung des BGH eine isolierte Drittwiderklage zulässig ist, hierfür aber beim Gericht der Klage keine Zuständigkeit begründet ist, kann vom übergeordneten Gericht in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ein gemeinsam zuständiges Gericht bestimmt werden.

Der Kl. macht aus eigenem und aus abgetretenem Recht Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche wegen eines Immobilienkaufs, zu dem er und die Zedentin durch falsche Beratung verleitet worden seien, gegen die Bekl. geltend. Er hat Klage zum LG Traunstein, dem allgemeinen Gerichtsstand der Bekl., erhoben. Die Bekl. hat im Wege der Drittwiderklage eine negative Feststellungsklage gegen die Zedentin erhoben. Die Drittwiderbekl., die im Bezirk des LG Hildesheim wohnhaft ist, hat die fehlende örtliche Zuständigkeit des LG Traunstein gerügt. Die Drittwiderkl. hat die Bestimmung eines gemeinsam zuständigen Gerichts beantragt. Das OLG hat das LG Traunstein als zuständiges Gericht bestimmt.

Der Senat kann in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO die beantragte Bestimmung vornehmen.

a) Mit Beschluss vom 24. 6. 2008 hat der X. Zivilsenat des BGH die frühere Rechtsprechung bestätigt, dass § 33 ZPO für den bisher am Verfahren nicht beteiligten Drittwiderbeklagten keinen Gerichtsstand am Gericht der Klage begründet. Danach ist das Gericht der Klage für eine Widerklage, die gegen den Drittwiderbeklagten erhoben wird, örtlich nur zuständig, wenn für diese Widerklage aus anderen Gründen ein Gerichtsstand bei dem Gericht der Klage besteht, durch rügelose Einlassung begründet wird oder das übergeordnete Gericht den Gerichtsstand nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO bestimmt. Die Bestimmung eines gemeinsam zuständigen Gerichts nach der letztgenannten Vorschrift ist allerdings ausgeschlossen, wenn für Widerklage und Drittwiderklage ein anderweitiger gemeinsamer Gerichtsstand besteht. In diesem Fall liegen die Voraussetzungen für eine Bestimmung nicht vor; der Bekl. kann seine Ansprüche gegen den Kl. und den Dritten in einem gemeinsamen Prozess, wenn auch nicht im Wege der Widerklage vor dem Gericht der Klage, jedenfalls vor dem Gericht des gemeinsamen Gerichtsstands verfolgen. Fehlt ein solcher gemeinsamer Gerichtsstand, kann ein gemeinsam zuständiges Gericht für Widerklage und Drittwiderklage be-

stimmt werden, insbesondere auch – was in der Regel zweckmäßig sein wird – das Gericht der Klage, und zwar auch dann, wenn dort keiner der (Dritt-)Widerbekl. seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

b) Mit Entscheidung vom 13. 6. 2008 hat der V. Zivilsenat des BGH die Erhebung einer isolierten Drittwiderklage jedenfalls dann als zulässig angesehen, wenn sie, wie hier, als negative Feststellungsklage gegen den Zedenten der Klageforderung erhoben wird. Die Frage der Zuständigkeit des Gerichts der Klage für die (ansonsten zulässige) isolierte Drittwiderklage wird in der Entscheidung des V. Zivilsenats nicht behandelt. Denkbar ist, dass der V. Zivilsenat, ohne dies ausdrücklich auszuführen, eine Zuständigkeit des Gerichts der Klage für die isolierte Drittwiderklage in erweiternder Auslegung des § 33 ZPO als gegeben ansah (die spätere gegenteilige Entscheidung des X. Zivilsenats lag noch nicht vor). Möglicherweise kam es im dort entschiedenen Fall auf diese Frage auch nicht an, so dass der V. Zivilsenat keinen Anlass hatte, darauf einzugehen. Jedenfalls hat der X. Zivilsenat in seiner zeitlich späteren Entscheidung vom 24. 6. 2008 diese erweiternde Auslegung des § 33 ZPO ausdrücklich abgelehnt. Dieser Rechtsprechung folgt der hier erkennende Senat. Das LG Traunstein als Gericht der Klage ist für die hier erhobene Drittwiderklage nicht zuständig, weil dort kein Gerichtsstand besteht, insbesondere auch nicht der besondere Gerichtsstand nach § 33 ZPO, und eine Zuständigkeit des LG Traunstein auch nicht durch rügelose Einlassung begründet wurde.

c) Wie das Problem der fehlenden Zuständigkeit des angegangenen Gerichts für die isolierte Drittwiderklage zu lösen ist, ergibt sich aus der zitierten Rechtsprechung des V. und des X. Zivilsenats des BGH nicht. Eine Möglichkeit wäre, das Fehlen der Zuständigkeit als gegeben hinzunehmen und den Bekl. darauf zu verweisen, dass er die gegen den Zedenten der Klageforderung gerichtete negative Feststellungsklage, für die nach der eben zitierten Rechtsprechung des V. Zivilsenats das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) nicht verneint werden kann, an einem für diese Klage zuständigen Gericht erheben muss. Damit würde die Rechtsprechung des V. Zivilsenats indes weitgehend ihres Sinns beraubt. Die Erwägungen des V. Zivilsenats zur Zulässigkeit der drittwiderklagend erhobenen negativen Feststellungsklage sind von Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit geprägt. Die Aufspaltung in zwei Prozesse – so der V. Zivilsenat –, nämlich des Kl. gegen den Bekl. auf Schadensersatz, und des Bekl. gegen den Widerbekl. auf negative Feststellung, dass diesem keine Ansprüche zustehen, brächte prozessökonomisch keine Vorteile, sondern nur Mehrbelastungen und zudem das Risiko einander widersprechender gerichtlicher Entscheidungen. Will man diese Rechtsprechung nicht leerlaufen lassen, so geht es nicht an, die Möglichkeit der isolierten Drittwiderklage auf die seltenen Fälle zu beschränken, in denen beim Gericht der Klage – zufällig – auch ein Gerichtsstand für die Drittwiderklage besteht.

d) Der Senat sieht die Lösung darin, in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ein gemeinsam zuständiges Gericht für Klage und isolierte Drittwiderklage zu bestimmen, wie hier vom Drittwiderkl. beantragt. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift scheidet aus, da die isolierte Drittwiderklage nicht, wie es § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO voraussetzt, gegen mehrere Parteien als Streitgenossen gerichtet ist. Das unterscheidet diesen Fall von der oben behandelten Konstellation, wie er der Entscheidung des X. Zivilsenats zu Grunde lag, in der die Widerklage sowohl gegen den Kl. als auch gegen eine bisher am Verfahren nicht beteiligte Partei, insgesamt also gegen mehrere Parteien, erhoben ist. Die Rechtsprechung hat jedoch der durch ihre Auslegung der Gesetze entstandenen Widersprüche und Lücken – hier: Zulässigkeit der

isolierten Drittwiderklage im Fall einer negativen Feststellungsklage gegen den Zedenten der Klageforderung, aber im Regelfall keine Zuständigkeit des Gerichts der Klage hierfür – Rechnung zu tragen. Da dieser Rechtsprechung Erwägungen der Prozesswirtschaftlichkeit zu Grunde liegen, liegt es nahe, die der Prozessökonomie dienende Vorschrift des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, deren entsprechende Anwendung auf vielfältigste Fallgestaltungen zum gefestigten Bestand der Rechtsprechung gehört, auch im vorliegenden Fall entsprechend anzuwenden.

Keine Wider-Widerklage nach rechtskräftiger Entscheidung über Widerklage

BGH, Urteil vom 16. 10. 2008 - III ZR 253/07, NJW 2009, 148

Lehrbuch § 24, Rn. 24

Eine Wider-Widerklage kann in einem Rechtsstreit, in dem über eine Widerklage bereits rechtskräftig entschieden worden ist, nicht mehr erhoben werden. Auch zum Zwecke der Korrektur eines Verfahrensfehlers kann durch eine Zurückverweisung an die Vorinstanz nach § 538 II 1 Nr. 3 ZPO eine Verfahrenssituation, die bestanden hat, solange über die Widerklage noch nicht rechtskräftig entschieden worden war, nicht wiederhergestellt werden.

Die Kl. verlangt von der in Großbritannien ansässigen Bekl. die Begleichung rückständiger Vergütung aus einem Vertrag. Die Bekl. hat die Unzuständigkeit des LG gerügt und die Auffassung vertreten, sie könne nur vor einem Gericht in London verklagt werden; zugleich hat sie Widerklage erhoben. Nachdem das LG ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, es sei von einem einheitlichen Gerichtsstand für Klage und Widerklage gem. Art. 5 EuGVÜ auszugehen, hat es die Klage gleichwohl mangels internationaler Zuständigkeit deutscher Gerichte ohne nochmaligen Hinweis auf seine insoweit inzwischen geänderte Meinung als unzulässig, die Widerklage als unbegründet abgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat lediglich die Kl. Berufung eingelegt, während die Bekl. die Abweisung ihrer Widerklage hingenommen hat. Das Berufungsgericht war der Auffassung, bei einem – hier fehlerhaft unterbliebenen – Hinweis auf die Unzulässigkeit der Klage habe die Kl. ihre Forderung in Form einer Eventual-Wider-Widerklage erheben können, um die Zuständigkeit des LG zu begründen. Es hat deswegen die erstinstanzliche Entscheidung, soweit darin über die Klage entschieden worden war, einschließlich des zu Grunde liegenden Verfahrens aufgehoben und der Rechtsstreit in diesem Umfang zur erneuten Entscheidung an das LG zurückverwiesen. Der BGH hat in der Revision das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt.

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte war nicht gegeben. Zwar handelte es sich bei dem landgerichtlichen Urteil um eine Überraschungsentscheidung, weil nach dem Hinweis, wonach ein einheitlicher Gerichtsstand für Klage und Widerklage angenommen wurde, die Klage nicht ohne einen weiteren Hinweis und Gelegenheit zur Stellungnahme als unzulässig abgewiesen hätte werden dürfen. Darin liegt jedoch nicht zugleich auch eine Verletzung des Art. 103 I GG, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die angefochtene Entscheidung auf einem Gehörsverstoß beruht. Ist eine Hinweispflicht unbeachtet geblieben, hat die darauf gerichtete Rüge auszuführen, wie die Partei auf einen entsprechenden Hinweis reagiert hätte, insbesondere, was sie im Einzelnen vorgetragen hätte und wie sie weiter vorgegangen wäre. Diesen Anforderungen ist die Kl. jedoch nicht gerecht geworden. Die von ihr für die-

sen Fall beabsichtigte Erhebung einer Eventual-Wider-Widerklage stellte kein taugliches prozessuales Mittel dar, um die Zuständigkeit des angerufenen LG zu begründen. Die Erhebung einer Wider-Widerklage unter der vorgesehenen Bedingung, dass die (Haupt-)Klage mangels internationaler Zuständigkeit deutscher Gerichte unzulässig sei, wäre nicht möglich gewesen. Denn eine solche hilfsweise und (auflösend) bedingt erhobene Wider-Widerklage hätte lediglich zur nochmaligen Rechtshängigkeit desselben Streitgegenstands geführt. Dem hätte jedoch, wie die Bekl. zu Recht geltend macht, das Verbot doppelter Rechtshängigkeit (§ 261 III Nr. 1 ZPO) entgegengestanden. Erhebt eine Prozesspartei hilfsweise eine Wider-Widerklage für den Fall, dass die von ihr erhobene Klage unzulässig ist, hat dies zur Folge, dass über denselben Streitgegenstand einerseits die Klage, andererseits aber auch die Wider-Widerklage anhängig ist. Die Bedingung der Unzulässigkeit der Klage kann daran nichts ändern, weil diese Klage bis zu ihrer rechtskräftigen Abweisung oder wirksamen Rücknahme rechtshängig bleibt. In der Rechtsprechung wird deshalb nur eine solche hilfsweise erhobene Wider-Widerklage als zulässig angesehen, die von einer mit der Verteidigung gegen die Widerklage zusammenhängenden Bedingung abhängig gemacht wird (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 29. Aufl., § 33 Rdnr. 14). So liegt der Streitfall aber ersichtlich nicht. Die hier vom BerGer. zunächst als möglich angesehene Bedingung betraf nicht den möglichen Erfolg der Widerklage, sondern die Abweisung ihrer eigenen Klage und damit einen identischen Streitgegenstand, so dass es sich letztlich um eine Eventualklage gehandelt hätte. Die Zulassung einer derartigen Vorgehensweise widerspräche Sinn und Zweck einer Wider-Widerklage. Eine Widerklage ist eine Reaktion auf die Klage, die Wider-Widerklage somit eine solche auf eine Widerklage. Eine nur die eigene Klage betreffende Bedingung ist danach nicht möglich, zumal damit darüber hinaus eine unzulässige Umgehung der Regelung in Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ einhergehen würde.

Abgesehen davon lässt sich dieser Verfahrensfehler jedoch wegen der weiteren Entwicklung des Rechtsstreits, nämlich dessen endgültiger Beendigung bezüglich der Widerklage durch Eintritt der Rechtskraft des Urteils des LG insoweit, ohnehin nicht mehr korrigieren; insbesondere geht die Ansicht des BerGer. fehl, durch eine Verfahrensweise nach § 538 II 3 ZPO könne die Verfahrenssituation (wieder) hergestellt werden, die bestanden hat, solange über die Widerklage noch nicht rechtskräftig entschieden worden war.

Soweit das BerGer. die Zurückverweisung in die erste Instanz zum Zwecke der Rücknahme der Klage und Erhebung einer unbedingten Wider-Widerklage trotz rechtskräftiger Abweisung der Widerklage gleichwohl als möglich ansieht, erweist sich dieser der Kl. gewiesene Weg ebenfalls als nicht gangbar. Die vorgenommene Zurückverweisung mit der Aufhebung des Verfahrens geht vielmehr ersichtlich ins Leere. Die Vorgabe des BerGer., das LG müsse der Kl. nach Zurückverweisung nun ermöglichen, die Klage zurückzunehmen, wobei durch die mit der Aufhebung auch des Verfahrens verbundene Zurückversetzung des Prozesses in die Lage noch vor der ersten mündlichen Verhandlung eine Einwilligung der Bekl. hierzu nicht erforderlich sei, stellt sich als rechtsfehlerhaft dar. Mit der Erklärung der Klagerücknahme wäre bei der vorliegenden Sachlage der Prozess vollständig abgeschlossen, für die Erhebung einer Wider-Widerklage an Stelle der Klage bestünde schon deshalb kein Raum mehr. Die weitere Annahme, es könne nicht auf die bereits eingetretene Rechtskraft bezüglich der Widerklage ankommen, weil nach dem nicht zu widerlegenden Vortrag der Kl. bei der beschriebenen Vorgehensweise die Abweisung der Widerklage noch keine Rechtskraft

erlangt hätte, ist ebenso verfehlt. Die eingetretene Rechtskraft hinsichtlich dieses Teils des Rechtsstreits kann für die Beurteilung etwaiger noch bestehender prozessualer Möglichkeiten für die Kl. nicht hinweggedacht werden. Denn die Widerklage setzt nach allgemeiner Meinung begrifflich und denknotwendig voraus, dass die Klage in der Hauptsache im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage noch anhängig ist, die Wider-Widerklage erfordert somit zwingend eine noch anhängige Widerklage. Durch die rechtskräftige Entscheidung über der Widerklage ist deren Rechtshängigkeit aber unabänderlich beseitigt worden. Auch zum Zwecke der Korrektur eines Verfahrensfehlers kann sie nicht wieder aufleben oder fiktiv als noch bestehend angesehen werden.

Die „Flucht“ des Beklagten vor der Präklusion seiner Prozessaufrechnung

Aufsatz von Büßler in JuS 2009, 319

Lehrbuch § 25, Rn. 15

Der Verfasser widmet sich in diesem Beitrag den prozesstaktischen Möglichkeiten zur „Rettung“ eines verspäteten und damit grundsätzlich präkludierten Vortrags des Beklagten. Dabei geht er zunächst von folgendem Ausgangsfall aus: Das Gericht ordnet das schriftliche Vorverfahren an. Der Beklagte reicht fristgerecht lediglich seine Verteidigungsanzeige ein, nicht aber eine Klageerwiderung. Im Haupttermin erklärt er dann die Aufrechnung mit einer vertraglichen Gegenforderung. Diesen Fall variiert er dann im Folgenden, um die verschiedenen Konstellation und taktischen Optionen aufzuzeigen. Er erläutert dabei, wann von einer Verzögerung des Rechtsstreits im Sinne von § 296 Abs. 1 ZPO auszugehen ist und wie das Gericht zur Berücksichtigung des verspäteten Vortrags gebracht werden kann. Hier geht er vor allem auf Vor- und Nachteile einer Flucht in die Säumnis oder die Widerklage ein.

Beschwerde gegen die Ablehnung eines Obergutachtens im selbstständigen Beweisverfahren

OLG Stuttgart, Beschluss vom 4. 8. 2008 - 10 W 38/08, NJW-RR 2009, 497

Lehrbuch § 27, Rn. 9

Gegen die Ablehnung der Einholung eines neuen Gutachtens nach § 412 ZPO ist im selbstständigen Beweisverfahren der Beschwerdeweg eröffnet.

Beweisvereitelung durch Ersatzvornahme ohne Schadensdokumentation

BGH, Urteil vom 23. 10. 2008 - VII ZR 64/07, NJW 2009, 360

Lehrbuch § 27a, Rn. 54

Der Kl. macht restlichen Werklohn für Bauarbeiten geltend. Die Bekl. hat wegen Mängeln die Aufrechnung erklärt. Die Mängel hatte sie unmittelbar nach Erbringung der Arbeiten gerügt und Nachbesserung verlangt, der Kl. hatte eine Verantwortung für die gerügten Mängel abgelehnt. Die Bekl. entzog der Schuldnerin den Auftrag hinsichtlich der Mängelbeseitigung und ließ die gerügten Mängel durch einen Dritten beseitigen. Die von den Mängeln nicht betroffenen Teile des Werks wurden abgenom-

men. Im Prozess konnte die ursprüngliche Mangelhaftigkeit wegen der Nachbesserung nicht mehr bewiesen werden.

Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Zwar trägt der Auftragnehmer vor Abnahme seiner Werkleistung die Beweislast für deren Mangelfreiheit. Die Beweislast kehrt sich nicht allein deshalb um, weil der Auftraggeber die Mängel der Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen.

In einer fehlenden oder unzureichenden Dokumentation der durch Ersatzvornahme beseitigten angeblichen Mängel kann aber eine Beweisvereitelung liegen, wenn das Vorliegen von Mängeln erst im Laufe der Mängelbeseitigungsarbeiten überprüft werden kann und der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine dahingehenden Feststellungen ermöglicht. Beruht die Beweisvereitelung auf einer Verletzung der Kooperationspflicht des Auftraggebers, kann hieraus eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Mängel zu seinen Lasten folgen.

Sofortiges Anerkenntnis nach vorausgegangenem Prozesskostenhilfverfahren

OLG Bremen, Beschluss vom 14. 1. 2009 - 3 U 50/08, NJW 2009, 2318

Lehrbuch § 28, Rn.17

Ein Anerkenntnis in der Klageerwidmung ist ein sofortiges Anerkenntnis im Sinne von § 93 ZPO, auch wenn der Beklagte im Prozesskostenhilfe-Verfahren keine Stellungnahme abgegeben hat.

Das Verfahren zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist kein kontradiktorisches Verfahren. Vielmehr betrifft es nur die hilfsbedürftige Partei selbst sowie das Gericht. Der Gegner ist an diesem Verfahren nicht beteiligt. Er erhält gem. § 118 Abs. 1 ZPO lediglich eine Gelegenheit zur Stellungnahme, die von ihm jedoch nicht wahrgenommen werden muss. Sieht er von einer Stellungnahme ab, ist im Verfahren über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe davon auszugehen, dass die Angaben des Kl. zutreffen. Darüber hinausgehend kann dem Bekl. aus seiner Nichtbeteiligung an diesem Verfahren aber kein Nachteil entstehen. Insbesondere hat der Bekl. wegen des Absehens von einer Stellungnahme im Verfahren zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe keinen Anlass zur Klageerhebung i.S.d. § 93 ZPO gegeben.

Kein Anlass zur Klage bei fehlendem Nachweis der Rechtsnachfolge

KG, Beschluss vom 18. 2. 2009 - 1 W 37/08, NJW-RR 2009, 1073

Lehrbuch § 28, Rn. 17

Ein Schuldner gibt keinen Anlass zur Klage i. S. des § 93 ZPO, wenn er nicht an den Erben des Gläubigers leistet, bevor dieser ihm seine Erbenstellung nachgewiesen hat.

Um sich nicht der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme auszusetzen, war der Bekl. grundsätzlich berechtigt, von den Kl. einen Nachweis ihrer Erbenstellung zu verlangen. Ob dieser Nachweis nur durch Vorlage eines Erbscheins geführt werden kann oder auch in anderer Weise, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, denn die Kl. haben dem Bekl. ihr Erbrecht vorprozessual auch nicht in anderer Weise nachgewiesen. Allein der Umstand, dass dem Bekl. die Stellung der Kl. als gesetzliche Erben des

Erblassers bekannt gewesen sein mag, reicht im Hinblick auf die Möglichkeit abweichender letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser nicht aus.

Haftung des Anwalts wegen unzureichender Aufklärung über Inhalt eines Vergleichs

BGH, Urteil vom 15. 1. 2009 - IX ZR 166/07, NJW 2009, 1589

Lehrbuch § 28, Rn. 37

Die Pflicht eines Rechtsanwalts, seinen Mandanten über den Inhalt eines möglichen Vergleichs aufzuklären, dient auch dem Schutz der ohne den Vergleich bestehenden Rechtsposition des Mandanten.

Schließt der Mandant einen Vergleich, weil ihn sein Rechtsanwalt über dessen Inhalt unzureichend aufgeklärt hat, so kann sein Anspruch auf Schadensersatz nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der verletzten Pflicht auf die Differenz zu der Vermögenslage beschränkt werden, die er – nicht aber die Gegenpartei – als Inhalt des Vergleichs akzeptiert hätte.

Der Kläger hat den Beklagten in verschiedenen arbeitsgerichtlichen Verfahren vertreten. In einem dieser Verfahren schloss er für den Beklagten mit dessen Arbeitgeber einen widerruflichen Vergleich, der nicht widerrufen wurde. In der Folgezeit stellte sich heraus, dass der Vergleich in zwei Punkten nicht den Vorstellungen des Bekl. entsprach. Da der Bekl. verschiedene Rechnungen des Kl. nicht beglichen hatte, verklagte ihn der Kl. auf Zahlung. Mit der darauf hin erhobenen Widerklage macht der Bekl. Schadensersatz wegen Pflichtverletzungen des Klägers im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vergleichs geltend. Die Widerklage hatte beim LG keinen, beim OLG teilweise Erfolg.

Mit Recht hat das BerGer. angenommen, der mit der Widerklage geltend gemachte Schaden sei eine äquivalent und adäquat kausale Folge der Pflichtverletzungen des Kl. Nach den Feststellungen des BerGer. wäre kein Vergleich zu Stande gekommen, wenn der Bekl. vom Kl. pflichtgemäß über den genauen Inhalt des vereinbarten Vergleichs aufgeklärt worden wäre. Den vereinbarten Vergleich hätte der Bekl. widerrufen lassen. Einem Vergleich mit dem Inhalt, den der Bekl. akzeptiert hätte, hätte sein Arbeitgeber nicht zugestimmt. Sowohl der Prozess über die einbehaltene Vergütung als auch der (zweite) Kündigungsschutzprozess wären daher streitig fortgeführt worden. Der Bekl. hätte im Kündigungsschutzprozess obsiegt, so dass sein Arbeitsverhältnis bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres fortgedauert hätte. Er hätte bis zu diesem Zeitpunkt die im Arbeitsvertrag vereinbarte Vergütung erhalten, und die mit dem Abschluss des Vergleichs verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf seine Rente und die Lohnsteuer wären ausgeblieben.

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Kriterien der äquivalenten und adäquaten Verursachung nicht in allen Fällen zu einer sachgerechten Eingrenzung der Haftung für schadensursächliches Verhalten führen. Dem Schädiger wird ein Schaden deshalb nur dann zugerechnet, wenn dieser sich innerhalb des Schutzzwecks der verletzten Norm verwirklicht. Diese Wertung gilt auch im Vertragsrecht. Die Haftung des Schädigers ist dort durch den Schutzzweck der verletzten vertraglichen Pflicht beschränkt. Dies gilt auch für den Anwaltsvertrag. Auch hier sind nur solche Nachteile

zu ersetzen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen worden ist.

Ein Rechtsanwalt ist innerhalb der Grenzen des ihm erteilten Mandats verpflichtet, seinen Auftraggeber umfassend und erschöpfend zu belehren, um ihm eine eigenverantwortliche, sachgerechte Entscheidung darüber zu ermöglichen, wie er seine Interessen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zur Geltung bringen will. Dies gilt in besonderer Weise, wenn ein Rechtsstreit durch einen Vergleich beendet werden soll. Eigenverantwortlich kann der Mandant diese Entscheidung nur treffen, wenn ihm die Chancen und Risiken der Prozessführung verdeutlicht werden, also die Aussichten, den Prozess zu gewinnen oder zu verlieren. Sodann muss der Mandant über Inhalt und Tragweite des beabsichtigten Vergleichs informiert werden. Eine Aufklärung in der zweiten Richtung ist insbesondere dann erforderlich, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Mandant erwartet, durch einen Vergleich bestimmte Rechtspositionen gewahrt zu wissen, und der Anwalt beabsichtigt, den Vergleich mit einem abweichenden Inhalt abzuschließen.

Eine Beschränkung des ersatzfähigen Schadens auf den Umfang des Erfolgs, den der Mandant im Vergleichswege erzielen wollte, kann danach in Betracht kommen, wenn der Mandant, weil er das von seinem Anwalt zutreffend dargestellte Prozessrisiko scheut, einen Vergleich schließen möchte und hierbei auf Grund einer unzureichenden Belehrung über dessen Inhalt rechtliche oder tatsächliche Positionen aufgibt, über die der Prozessgegner noch verhandlungsbereit war. In einem solchen Fall ist es Aufgabe des Anwalts, die Ziele seines Mandanten zu ermitteln und sie gegenüber dem gesprächsbereiten Gegner durchzusetzen. Dem Mandanten kann nicht deshalb, weil durch Verschulden seines Rechtsanwalts im Vergleichswege nicht noch mehr Zugeständnisse des Prozessgegners erzielt worden sind, als Schadensersatz dasjenige zugesprochen werden, was er durch ein voll obsiegenderes Urteil erhalten hätte.

Um einen solchen Fall handelt es sich hier jedoch nicht. Nach den Feststellungen des BerGer. hätten Nachverhandlungen zu keiner Einigung geführt, weil der Arbeitgeber auf die zusätzlichen Wünsche des Bekl. nicht eingegangen wäre. Die Pflicht des Kl. wäre es unter diesen Umständen gewesen, dem Bekl. – nach der Verdeutlichung der Prozessaussichten, der Ermittlung seiner in einem Vergleich als Mindestinhalt zu wahren Interessen, der Information über den davon abweichenden Inhalt des widerrufen geschlossenen Vergleichs und über die Aussichtslosigkeit von Nachverhandlungen – klar zu machen, dass er nur die Alternativen hatte, entweder den Vergleich wirksam werden zu lassen oder ihn zu widerrufen und die Prozesse fortzuführen. Der Bekl. musste sich zwischen der durch den Vergleich herbeigeführten und der bei einer Fortführung des Prozesses bestehenden Vermögenslage entscheiden. Die Pflicht des Kl., es dem Bekl. durch eine umfassende Beratung zu ermöglichen, diese Entscheidung eigenverantwortlich und sachgerecht zu treffen, hatte somit auch den Zweck, den Beklagten davor zu bewahren, auf Grund einer Fehlvorstellung über den Inhalt des Vergleichs auf die Fortführung der Prozesse und die damit zu wahrende Rechtsposition zu verzichten.

Umfang gerichtlicher Hinweispflichten bei Erledigungserklärung und Kostenentscheidung durch Beschluss

BGH, Beschluss vom 11. 3. 2009 - VIII ZB 70/07, NJW 2009, 1973

Lehrbuch § 29, Rn. 6

Eine Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 S. 2 ZPO ist unzulässig, wenn der Beklagte nicht auf die in § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO geregelte Rechtsfolge hingewiesen worden ist, dass das Gericht – ebenso wie im Falle der übereinstimmenden Erledigungserklärung – über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss entscheiden wird, falls der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht fristgerecht widerspricht.

Die Kl. den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Diesen Schriftsatz hat das AG dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. am 30. 4. 2007 mit folgendem Hinweis zugestellt: „Wird der Rechtsstreit ebenfalls für erledigt erklärt? Wenn nicht binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab Zugang des Schriftsatzes widersprochen wird, wird die Erledigung unterstellt“. Die Bekl. haben mit am 4. 6. 2007 beim AG eingegangenen Schriftsatz der Erledigungserklärung widersprochen. Das AG hat einen Beschluss nach § 91a ZPO erlassen und die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben. Die hiergegen von den Bekl. fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde hat das LG Duisburg für begründet erachtet, den erstinstanzlichen Beschluss gem. § 91a ZPO aufgehoben und den Rechtsstreit zur Verfahrensfortführung an das AG zurückverwiesen. Hiergegen richtete sich die vom LG zugelassene Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

Wie das LG zutreffend feststellt, hat das AG zu Unrecht einen Beschluss über die Kosten gem. § 91a ZPO erlassen. Die Notfrist von zwei Wochen gem. § 91a Abs 1 S. 2 ZPO ist durch die Zustellung des Schriftsatzes der Kl., mit dem sie den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, nicht in Gang gesetzt worden. Denn entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde genügt der vom AG erteilte Hinweis, wonach „die Erledigung unterstellt“ werde, den Anforderungen des § 91a Abs. 1 S. 2 ZPO nicht.

Nach der vorgenannten Vorschrift entscheidet das Gericht über die Kosten durch Beschluss, wenn der Bekl. der Erledigungserklärung des Kl. nicht binnen einer Notfrist von zwei Wochen seit deren Zustellung widerspricht und er „zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist“. Hinzuweisen ist somit auf die in § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO geregelte Rechtsfolge, dass das Gericht – ebenso wie im Falle der übereinstimmenden Erledigungserklärung – über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss entscheiden wird, falls der Bekl. der Erledigungserklärung des Kl. nicht fristgerecht widerspricht.

Dem wird der Hinweis, den das AG den Bekl. erteilt hat, nicht gerecht. Danach soll die Fristversäumung zur Folge haben, dass „die Erledigung unterstellt (wird)“. Dieser sprachlich unklaren Formulierung lässt sich allenfalls der Hinweis entnehmen, dass bei nicht fristgerechtem Widerspruch die Zustimmung der Bekl. zu der Erledigungserklärung der Kl. fingiert („unterstellt“) wird. Dies ist indessen nicht die in § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO geregelte und in Satz 2 der Vorschrift angesprochene Rechtsfolge, auf die hinzuweisen ist, sondern lediglich deren ungeschriebene Voraussetzung. Dass die fin-

gierte Zustimmung zu der Erledigungserklärung der Kl. zur Folge haben soll, dass das AG über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss entscheiden wird, kommt in dem Hinweis auch nicht ansatzweise zum Ausdruck.

Der Hinweis auf diese Rechtsfolge war entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht deswegen entbehrlich, weil die Bekl. anwaltlich vertreten waren und ihrem Anwalt die Rechtsfolge eines nicht fristgerechten Widerspruchs bekannt war. Das Gesetz macht die Rechtsfolgenbelehrung nicht davon abhängig, ob die betroffene Partei anwaltlich vertreten oder beraten ist. Mit dem Gebot der Rechtsklarheit wäre es unvereinbar, wenn die Wirksamkeit einer Fristsetzung davon abhängig wäre, ob und gegebenenfalls wann die Partei einen Rechtsanwalt beauftragt.

Erledigung der Hauptsache im Eilverfahren

OLG Celle, Beschluss vom 9. 3. 2009 - 13 W 20/09, NJW-RR 2009, 1074

Lehrbuch § 29, Rn. 38

Die sofortige Beschwerde gegen einen Beschluss, mit dem der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wurde, ist unzulässig, wenn sie mit dem Ziel eingelegt ist, die Erledigung der Hauptsache auszusprechen und wenn der Antragsgegner nicht am Verfahren beteiligt war.

Das LG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne Anhörung der Ag. durch Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen hat die Ast. sofortige Beschwerde eingelegt und erklärt, das Verfahren habe sich in der Hauptsache erledigt. Die sofortige Beschwerde wurde als unzulässig verworfen.

1. Zwar ist der Ast. zuzugeben, dass die Frage, ob im einstweiligen Verfügungsverfahren eine Beschwerde mit dem Ziel eingelegt werden kann, das Eilverfahren in der Hauptsache für erledigt zu erklären, in Rechtsprechung und Literatur zumindest für den Fall umstritten ist, in dem sich das Verfügungsverfahren im Beschlussverfahren befindet. Soweit eine sofortige Beschwerde für zulässig erachtet wird, wird dies zum einen mit prozessökonomischen Erwägungen begründet, zum anderen mit der Überlegung, dass der Antragstellerseite die Möglichkeit einer einseitigen Erledigung nicht gänzlich abgeschnitten werden dürfe und es ausreiche, dem Ag. im Beschwerdeverfahren rechtliches Gehör zu gewähren. Die gegenteilige Ansicht beruft sich vor allem auf die Regelungen in §§ 922 Abs. 3, 936 ZPO, wonach der Ag. im Falle der Zurückweisung des Arrestgesuchs nicht zu beteiligen ist.

Der Senat schließt sich mit dem LG der zuletzt genannten Auffassung an, welche die Beschwerde für unzulässig ansieht. Ergänzend zu den vom LG ausgeführten Gründen beruht dies im Wesentlichen auf folgenden Erwägungen:

a) § 922 Abs. 3 ZPO sieht in Fällen, in denen der Ag. wegen der Zurückweisung des Arrestgesuchs nicht beteiligt worden ist, eine förmliche Beteiligung ausdrücklich nicht vor. Die Zulässigkeit einer im Wege der sofortigen Beschwerde erklärten Hauptsacheerledigung hätte aber zur Folge, dass der Ag. aktiv an dem Verfahren als Partei beteiligt werden müsste. Dadurch würde von dem gesetzlich vorgesehenen Verfahrensgang abgewichen werden, was einen Systembruch darstellen würde.

b) Abgesehen davon, dass mit der Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Beschluss zunächst gar kein Verfahren mehr anhängig ist, in dem eine Erledigung hätte eintreten können, sprechen auch die Besonderheiten des

einstweiligen Verfügungsverfahrens als Eilverfahren gegen die Zulässigkeit der Beschwerde zur Erklärung der Erledigung der Hauptsache: Entscheidungen über die Frage der Erledigung der Hauptsache, bei denen es vorrangig um die Klärung des Schuldners der Verfahrenskosten geht, sind ihrer Natur nach nicht dringlich. Das einstweilige Verfügungsverfahren soll indes allein der dringlichen Rechtsdurchsetzung in der Sache dienen. An einem rechtlichen Interesse an einer Eilentscheidung nur wegen der Kosten fehlt es dagegen.

c) Für die Auffassung der Befürworter einer Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde sprechen auch nicht etwa Gründe der Prozessökonomie. Die Bejahung der Zulässigkeit würde durch die damit verbundene notwendige Anhörung des Ag. im Gegenteil zu zusätzlichen Verfahrenskosten führen, ohne dass eine endgültige Entscheidung herbeigeführt würde. Die endgültige Klärung sowohl bezüglich des materiell-rechtlichen Anspruchs als auch bezüglich der Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens wäre nämlich nur im Hauptsacheverfahren möglich. Streitgegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist dagegen nur das vorläufige Sicherungsbegehren der Ast., nicht der materiell-rechtliche Anspruch. Es handelt sich insofern nur um ein summarisches Erkenntnisverfahren. Es ist daher auf die Glaubhaftmachung beschränkt; die Entscheidung, wer endgültig die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu tragen hat, hängt dagegen vom Ergebnis des Hauptverfahrens ab.

d) Soweit schließlich im Berufungsverfahren eine Berufungseinlegung mit dem Ziel zulässig ist, die Erledigung der Hauptsache feststellen zu lassen, spricht dies ebenfalls nicht für die Zulässigkeit der Beschwerde auch in der vorliegenden Fallkonstellation. Die Ausgangssituation ist nämlich nicht vergleichbar: Berufungen sind nur gegen Urteile möglich, setzen also notwendigerweise eine Beteiligung des Gegners bereits in der ersten Instanz voraus. An einer solchen Beteiligung fehlt es aber gerade im einseitigen Verfügungsverfahren. Viel näher liegt insoweit die Parallele zum Fall der einseitigen Erledigung zwischen Klageerhebung und Eintritt der Rechtshängigkeit. Auch hier fehlt es noch an einer Beteiligung des Gegners, weshalb in diesem Fall nach ganz überwiegender Ansicht eine Feststellung der Erledigung ausscheidet.

2. Entgegen der Auffassung der Ast. kommt hier aber auch keine entsprechende Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in Betracht, weil dieser der Charakter des einstweiligen Verfügungsverfahrens als Mittel zur Durchsetzung eines nur vorläufigen Sicherungsbegehrens entgegensteht. Mit dem LG ist der Senat daher der Auffassung, dass die Ast. auf die im Falle des Bestehens eines Anspruchs gegebene Möglichkeit verwiesen werden muss, den Ag. nach materiellem Recht wegen der Kosten, die ihm im einstweiligen Verfügungsverfahren entstanden sind, auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.

Versagung der Prozesskostenhilfe für Berufungsbeklagten

OLG Schleswig, Beschluss vom 4. 9. 2008 - 14 U 73/08, NJW-RR 2009, 416

Lehrbuch § 30, Rn. 19

1. Auch nach Vorlage der Berufungsbegründung ist für den Berufungsbeklagten die Beauftragung eines Rechtsanwalts jedenfalls in dem Fall, wo das Berufungsgericht unmittelbar nach Eingang der Berufungsbegründung darauf hingewiesen hat, dass es nach § 522 Abs. 2 ZPO vorzugehen beabsichtigt, grundsätzlich nicht notwendig und Prozesskostenhilfe daher nicht zu bewilligen.

Bohnen · Montag · Rohde

2. Die Bestimmung in § 119 Abs. 1 S. 2 ZPO beruht darauf, dass das Urteil der Vorinstanz eine Vermutung dafür begründet, dass die Verteidigung dieses Urteils durch denjenigen, der in der Vorinstanz obsiegt hat, hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig ist. Diese Vermutung kann jedoch in Ausnahmefällen nicht gerechtfertigt sein, in denen § 119 Abs. 1 S. 2 ZPO daher auch keine Anwendung findet.

Wiedereinsetzungsfrist für Rechtsmittel nach Ablehnung von Prozesskostenhilfe

BGH, Beschluss vom 20. 1. 2009 - VIII ZA 21/08, NJW-RR 2009, 789

Lehrbuch § 30, Rn. 19

Wird die beantragte Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Rechtsmittel nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist verweigert, bleibt der Partei nach der Bekanntgabe der Entscheidung noch eine Zeit von höchstens drei bis vier Tagen für die Überlegung, ob sie das Rechtsmittel auf eigene Kosten durchführen will. Danach beginnt die zweiwöchige Frist des § 234 Abs. 1 ZPO für das Wiedereinsetzungsgesuch und die damit zu verbindende Einlegung des Rechtsmittels. Das gilt auch dann, wenn das Gericht nicht die Mittellosigkeit der Partei, sondern die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung verneint hat.

Wiedereinsetzungsfrist für Rechtsmittel nach Ablehnung von Prozesskostenhilfe

BGH, Beschluss vom 20.01.2009 - VIII ZA 21/08, NJW 2009, 3038

Lehrbuch § 30, Rn. 19

Wird die beantragte Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Rechtsmittel nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist verweigert, bleibt der Partei nach der Bekanntgabe der Entscheidung noch eine Zeit von höchstens drei bis vier Tagen für die Überlegung, ob sie das Rechtsmittel auf eigene Kosten durchführen will. Danach beginnt die zweiwöchige Frist des § 234 Abs. 1 ZPO für das Wiedereinsetzungsgesuch und die damit zu verbindende Einlegung des Rechtsmittels. Das gilt auch dann, wenn das Gericht nicht die Mittellosigkeit der Partei, sondern die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung verneint hat.

Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NJW-RR 2009, 789.

Anschlussberufung nach nicht wirksam gesetzter Berufungserwiderungsfrist

BGH, Beschluss vom 23. 9. 2008 - VIII ZR 85/08, NJW 2009, 515

Lehrbuch § 30, Rn. 24

Die Zustellung einer bloßen Mitteilung der Geschäftsstelle über die vom Vorsitzenden der Berufungskammer gesetzte Frist zur Berufungserwiderung löst nicht die Frist des § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO für die Einlegung der Anschlussberufung aus; es bedarf auch insoweit der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung gem. § 329 Abs. 2 S. 2 ZPO.

Das AG Traunstein hat durch Urteil vom 13.12.2006 die Bekl. verurteilt, an die Kl. 2.784,- Euro nebst Zinsen zu zahlen; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Bekl. hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Der Vorsitzende der Berufungskammer des LG verfügte am 19.03.2007 die Zustellung der Berufungsbegründung an die Kl. und setzte dieser eine Frist zur Erwiderung von drei Wochen. Der Kl. wurde in Ausführung dieser Verfügung am 26.03.2007 die Berufungsbegründung mit einem Begleitschreiben der Geschäftsstelle zugestellt, in dem es heißt: „Anbei erhalten Sie beiliegenden Schriftsatz vom 12.03.2007 mit Frist zur Erwiderung von drei Wochen.“ Die Kl. erwiderte mit einem am 22.05.2007 beim BerGer. eingegangenen Schriftsatz vom 16.05.2007 auf die Berufung und kündigte in diesem Schriftsatz unter anderem ihren Antrag an, die Bekl. über das angefochtene Urteil hinaus zu verurteilen, an die Kl. und Anschlussberufungskl. weitere 6165 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Das BerGer. hat mit Urteil vom 20.12.2007 auf die Berufung der Bekl. das Urteil des AG Traunstein vom 13.12.2006 teilweise abgeändert; die Anschlussberufung der Kl. gegen dieses Urteil hat das BerGer. mit der Begründung als unzulässig verworfen, die Kl. habe entgegen § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO nicht innerhalb der am 16.04.2007 abgelaufenen Berufungserwiderungsfrist Anschlussberufung eingelegt. Gegen die Verwerfung der Anschlussberufung richtete sich die erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde der Kl.; das angegriffene Urteil wurde aufgehoben und die Sache an das BerGer. zurückverwiesen.

Das BerGer. hat die Anschlussberufung zu Unrecht als unzulässig verworfen und dadurch der Kl. ein ihr zustehendes Rechtsmittel unter Verletzung des Anspruchs der Kl. auf rechtliches Gehör verwehrt. Denn der Kl. war eine Frist zur Berufungserwiderung nach § 521 Abs. 2 S. 1 ZPO in zweifacher Hinsicht nicht wirksam gesetzt worden.

Zwar hatte, wie es § 521 Abs. 2 S. 1 ZPO verlangt, der Vorsitzende der Berufungskammer der Kl. mit Verfügung vom 19.03.2007 eine Frist zur Berufungserwiderung gesetzt. Eine fristsetzende Verfügung des Vorsitzenden bedarf jedoch der Zustellung durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift der Verfügung (§ 329 Abs. 2 S. 2 ZPO). Dies gilt für alle in §§ 273 ff., 296 ZPO genannten Fristen; für die Fristsetzung nach § 521 Abs. 2 S. 1 ZPO zur schriftlichen Berufungserwiderung gilt nichts anderes. An der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung fehlt es hier. Der Kl. ist mit der Berufungsbegründung nur eine Mitteilung der Geschäftsstelle über die gesetzte Frist zugestellt worden. Eine bloße Mitteilung der Geschäftsstelle kann auch dann, wenn sie zugestellt wurde, eine der in § 296 Abs. 1 ZPO genannten Fristen nicht in Lauf setzen. Auch insoweit gilt für den zweiten Rechtszug – hier: die Frist für die Einlegung der Anschlussberufung nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO – nichts anderes als für den ersten Rechtszug.

Darüber hinaus ist die Kl. in der Mitteilung der Geschäftsstelle – entgegen §§ 521 Abs. 2 S. 2, 277 Abs. 2 ZPO – nicht über die Folgen der Fristversäumung belehrt worden; ebenso fehlt eine Belehrung darüber, dass die Berufungserwiderung durch den zu bestellenden Rechtsanwalt bei Gericht einzureichen ist.

Da der Kl. eine Frist zur Berufungserwiderung wegen fehlender Zustellung der richterlichen Verfügung nicht wirksam gesetzt worden war, konnte die Anschließung noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen. Die im Berufungserwiderrungsschriftsatz vom 16.05.2007 eingelegte Anschlussberufung war somit nicht verspätet.

Berufungsbegründungsfrist bei Urteilsergänzung nach Ablauf der Berufungsfrist

BGH, Beschluss vom 30. 10. 2008 - III ZB 41/08, NJW 2009, 442

Lehrbuch § 30, Rn. 32

Ergeht ein Ergänzungsurteil nach Ablauf der Berufungsfrist, aber noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gegen das ursprüngliche Urteil, so bleibt für den Lauf der Berufungsbegründungsfrist die Zustellung des Ursprungsurteils maßgeblich. Das Ergänzungsurteil wirkt sich in einem solchen Fall auf den Lauf der Begründungsfrist nicht aus.

Auch nach neuem Rechtsmittelrecht kann eine unzulässige Hauptberufung in eine zulässige Anschlussberufung umgedeutet werden.

Gegen das ihm am 20.11.2007 zugestellte Urteil vom 6.11.2007 legte der Kläger am 20.12.2007 Berufung ein, nachdem der Beklagte bereits fristgerecht Berufung eingelegt hatte. Am 15.01.2008 erließ das Landgericht ein Ergänzungsurteil, das dem Kläger am 29.01.2008 zugestellt wurde. Am 5. 2. 2008 legte er daraufhin sowohl gegen das Ursprungsurteil als auch gegen das Ergänzungsurteil erneut Berufung ein. Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 28. 2. 2008, zugestellt am 3. 3. 2008, wurde der Kl. darauf hingewiesen, dass die Berufung gegen das ursprüngliche Urteil vom 6. 11. 2007 nicht rechtzeitig begründet worden sei. Daraufhin beantragte der Kl. am 10. 3. 2008, ihm wegen der möglichen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Am 27. 3. 2008 beantragte er ferner, die Berufungsbegründungsfrist um vier Wochen zu verlängern. Diesem Antrag wurde durch Verfügung vom 30. 3. 2008 für die Berufung gegen das Ergänzungsurteil vom 15. 1. 2008 stattgegeben, hinsichtlich des ursprünglichen Urteils vom 6. 11. 2007 jedoch nicht. Am 4. 4. 2008 begründete der Kl. die Berufung. Das OLG hat durch den angefochtenen Beschluss die Berufung des Kl. gegen das Urteil vom 6. 11. 2007 als unzulässig verworfen und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt. Die Rechtsbeschwerde des Kl. führte zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung, soweit dessen Berufung verworfen worden ist; im Übrigen, d.h. soweit dem Kl. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Frist zur Begründung der Hauptberufung versagt worden ist, blieb die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg. Zur Fortsetzung des Berufungsverfahrens wurde die Sache an das BerGer. zurückverwiesen.

Zwar hat das BerGer. mit Recht angenommen, dass der Kl. die Frist zur Begründung der (Haupt-)Berufung gegen das ursprüngliche Urteil versäumt hat und ihm insoweit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu versagen ist. Gleichwohl kann der angefochtene Beschluss, soweit darin das Rechtsmittel der Berufung als unzulässig verworfen worden ist, nicht bestehen bleiben. Denn die unzulässige Berufung kann und muss in eine zulässige Anschlussberufung umgedeutet werden.

Zu Recht ist das BerGer. davon ausgegangen, dass mit der Zustellung des ursprünglichen Teilerkenntnis- und Schlussurteils an den Kl. am 20. 11. 2007 sowohl die einmonatige Berufungs- als auch die zweimonatige Berufungsbegründungsfrist in Lauf gesetzt worden sind. Daran änderte das Hinzutreten des Ergänzungsurteils nichts. Dieses Urteil ist nämlich nach Ablauf der Berufungsfrist ergangen. Dementsprechend findet die Regelung des § 518 ZPO, wonach mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist – und damit zugleich der Berufungsbegründungsfrist – auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem be-

ginnt, keine Anwendung. Diese Regelung gilt nämlich nur, wenn das Ergänzungsurteil nach § 321 ZPO vor Ablauf der Frist für die Berufung gegen das ursprüngliche Urteil erlassen wird. Eine erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den hier in Rede stehenden Fall, dass die Ergänzung zwar nach Ablauf der Berufungsfrist, aber noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist getroffen worden ist, ist entgegen der Betrachtungsweise der Rechtsbeschwerde nicht möglich. § 518 ZPO ist aus dem früheren Rechtsmittelrecht (§ 517 ZPO a.F.) inhaltsgleich übernommen worden. Nach früherem Recht wirkte sich der mögliche Neubeginn der Berufungsfrist auch auf die Berufungsbegründungsfrist aus, da diese von der Einlegung der Berufung abhing. Dies ist nach neuem Verfahrensrecht nicht mehr der Fall, da nunmehr sowohl für die Berufungsfrist als auch für die Berufungsbegründungsfrist die Zustellung des Urteils der maßgebliche Stichzeitpunkt ist. Eine planwidrige Regelungslücke, die für den hier in Rede stehenden Fall einer noch nicht abgelaufenen Berufungsbegründungsfrist eine erneute Ingangsetzung derselben gebieten würde, besteht gleichwohl nicht. Die gesetzliche Regelung ist eindeutig und nicht misszuverstehen. Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 518 S. 1 ZPO besteht kein Grund, sich über den klaren Gesetzeswortlaut hinwegzusetzen. Durch § 518 S. 1 ZPO soll den Parteien Gelegenheit gegeben werden, die Entscheidung darüber, ob gegen das später ergänzte Urteil ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, neu zu treffen. Dieser Gelegenheit bedarf es nicht, wenn bei Verkündung des Ergänzungsurteils entweder die Berufungsfrist bereits ungenutzt verstrichen ist und damit das Ursprungsurteil rechtskräftig geworden ist oder wenn – wie hier – das Rechtsmittel bereits eingelegt war. Im letzteren Fall kann das Ergänzungsurteil allenfalls dazu führen, dass der Rechtsmittelführer nun darüber nachdenkt, ob das bereits eingelegte Rechtsmittel gegen das Ursprungsurteil in vollem Umfang durchgeführt werden soll. Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist neu laufen zu lassen, zumal etwaige zeitliche Engpässe bei der Prüfung der Frage, inwieweit das Ergänzungsurteil Einfluss auf die Berufungsangriffe gegen das Ursprungsurteil hat, dadurch abgemildert werden, dass bei der Berufungsbegründungsfrist im Gegensatz zur Berufungsfrist selbst die Möglichkeit einer Fristverlängerung besteht (§ 520 Abs. 2 ZPO). Es hat daher für den hier in Rede stehenden Fall, dass das Ergänzungsurteil nach Ablauf der Berufungsfrist ergeht, dabei zu verbleiben, dass die ursprüngliche zweimonatige Begründungsfrist unverändert und unbeeinflusst abläuft.

Ob, wie das BerGer. gemeint hat und von der Rechtsbeschwerde angegriffen wird, den Kl. an der Nichteinhaltung der ursprünglichen Berufungsbegründungsfrist ein Verschulden getroffen hat, kann offenbleiben. Denn jedenfalls ist dem Kl. anzulasten, dass die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 Abs.1 S. 2 ZPO versäumt worden ist. Diese Frist beträgt bei der hier zu beurteilenden Berufungsbegründung einen Monat und beginnt mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist (§ 234 Abs.1 S. 2, Abs. 2 ZPO). Fristbeginn war dementsprechend der 3. 3. 2008, als der Prozessbevollmächtigte durch Zustellung der Verfügung vom 28. 2. 2008 Kenntnis von der Fristversäumung erhielt. Die Frist lief daher am 3. 4. 2008 ab. Innerhalb dieser Frist war die versäumte Berufungsbegründung nachzuholen (§ 236 Abs. 2 S. 2 ZPO). Diese Frist ist hier unstreitig nicht eingehalten worden, da die Berufungsbegründung erst einen Tag später, am 4. 4. 2008, eingegangen ist.

Auf den Lauf dieser Frist war der zuvor gestellte Fristverlängerungsantrag ohne Einfluss. Bereits nach früherem Recht war in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass unter der nach § 236 Abs. 2 S. 2 ZPO nachzuholenden Prozesshandlung im Wie-

dereinsetzungsverfahren wegen Versäumung der Rechtsmittelbegründungsfrist die Begründung selbst zu verstehen ist; die Einreichung eines Antrags auf Fristverlängerung erfüllt nicht die Zulässigkeitsanforderungen des Wiedereinsetzungsverfahrens. Nach neuem Rechtsmittelrecht scheidet ein solcher Antrag schon an der Nichtverlängerbarkeit der Frist des § 234 I 2; abgesehen von dem hier nicht einschlägigen Fall der Wiedereinsetzungsfrist für die Versäumung der Frist zur Begründung der Rechtsbeschwerde, die in Anlehnung an § 575 Abs. 2 S. 3, 551 Abs. 2 S. 6 Halbs. 2 ZPO angemessen verlängert werden kann, wenn dem Rechtsmittelführer die Prozessakten nicht zur Verfügung gestellt werden können.

Gleichwohl durfte das BerGer., wie die Beschwerde zu Recht rügt, die Berufung nicht als unzulässig verwerfen. Die unzulässige Hauptberufung des Kl. ist nämlich in eine zulässige Anschlussberufung i.S. des § 524 ZPO umzudeuten.

Für die Umdeutung genügt es, wenn diese von dem mutmaßlichen Parteiwillen gedeckt wird. In aller Regel wird eine Partei eine unzulässige Hauptberufung als zulässige Anschlussberufung retten wollen. Dies hat der Kl. in der Rechtsbeschwerdebegründung ausdrücklich klargestellt.

Die formellen Voraussetzungen des § 524 ZPO sind im vorliegenden Fall gewahrt. Die Anschließung ist zulässig bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderng § 524 Abs. 1 S. 2 ZPO). Da eine solche Fristsetzung hier nicht erfolgt ist, bestehen gegen die Rechtzeitigkeit der Anschließung keine Bedenken. Die Schriftsätze des Kl. (insbesondere die Berufungsbegründung, die nach § 524 Abs. 3 S. 1 ZPO als wiederholte Anschließung behandelt werden kann) genügen auch inhaltlich den formellen Erfordernissen des § 524 ZPO. Allerdings erschöpft sich die Berufungsbegründung weitgehend in einer Wiederholung des Vorbringens aus der erstinstanzlichen Klageschrift. Aus dem Kontext ergibt sich jedoch mit (noch) hinreichender Deutlichkeit, welche Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit der Kl. bei der angefochtenen Entscheidung beanstandet § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). Ob die vorgetragenen Umstände inhaltlich geeignet sind, eine solche Rechtsverletzung zu belegen, ist eine Frage der Begründetheit, nicht der Zulässigkeit des Rechtsmittels.

Dementsprechend durfte die Hauptberufung nicht verworfen werden, solange es möglich blieb (und bleibt), sie als unselbstständige Anschlussberufung zu behandeln. Hingegen ist die Wiedereinsetzung mit Recht abgelehnt worden; insoweit war der angefochtene Beschluss zu bestätigen. Nach Aufhebung der Berufungsverwerfung war die Sache zur Fortsetzung des Berufungsverfahrens an das BerGer. zurück zu verweisen.

Bezeichnung des Rechtsmittelgegners und Auslegung einer Berufungsschrift in Arzthaftungssache

BGH, Beschluss vom 9. 9. 2008 - VI ZB 53/07, NJW-RR 2009, 208

Lehrbuch § 30, Rn. 32

Haben in der Vorinstanz mehrere Streitgenossen obsiegt, richtet sich das hiergegen eingelegte Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung, d.h. gegen alle gegnerischen Streitgenossen. Etwas anderes gilt, wenn die Rechtsmittelschrift eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt.

Die Kl. hat in dem zu Grunde liegenden Arzthaftungsverfahren neben den Bekl. zu 1 und 2 (Träger des K-Krankenhauses sowie Chefarzt) auch den anwaltlich gesondert

vertretenen Bekl. zu 3 (einen ambulant benadelnden Arzt) in Anspruch genommen. Das LG hat die Klage gegen alle Bekl. abgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat es die Abweisung gesondert hinsichtlich der Bekl. zu 1 und 2 sowie des Bekl. zu 3 begründet. Das OLG hat durch den angefochtenen Beschluss die Berufung gegenüber dem Bekl. zu 3 nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen. Innerhalb der Berufungsfrist sei per Faxschreiben nur gegenüber den Bekl. zu 1 und 2, vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigten erster Instanz, ein Rechtsmittel eingelegt worden. In dieser Berufungsschrift seien ausdrücklich nur diese beiden Bekl. als Berufungsbekl. benannt worden. Weder aus dem Schriftsatz noch aus den sonstigen Umständen lasse sich im Wege der Auslegung entnehmen, dass die Berufung sich auch gegen den gesondert vertretenen Bekl. zu 3 als den niedergelassenen Behandler richten sollte. Alleine aus der Berufungseinlegung lasse sich dies bei der gegebenen Konstellation nicht entnehmen, zumal der Berufungsschrift laut Eingangsstempel nur eine beglaubigte Abschrift beigelegt worden sei. Die Rechtsbeschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist den Anforderungen des § 519 Abs. 2 ZPO nur genügt, wenn bei der Einlegung der Berufung aus der Berufungsschrift sowohl der Rechtsmittelkläger als auch der Rechtsmittelbeklagte erkennbar sind oder – gegebenenfalls aus anderen im Zeitpunkt des Ablaufs der Berufungsfrist vorliegenden Unterlagen – eindeutig erkennbar werden. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Berufung unzulässig. An die Bezeichnung des Rechtsmittelgegners sind indessen jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen bestand, keine strengen Anforderungen zu stellen. Unter solchen Umständen richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung, d.h. gegen alle gegnerischen Streitgenossen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Rechtsmittelschrift eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt. Eine solche Beschränkung kann sich, wenn auf der Gegenseite mehrere Streitgenossen stehen, beispielsweise daraus ergeben, dass in der Rechtsmittelschrift nur einige von ihnen angegeben werden. Nach diesen Grundsätzen ist der angefochtene Beschluss nicht zu beanstanden, weil die Rechtsmittelschrift bei der hier gegebenen Konstellation eine Beschränkung der Anfechtung erkennen lässt.

Ablauf der Berufungsbegründungsfrist während Mediation

BGH, Beschluss vom 12. 2. 2009 - VII ZB 76/07, NJW 2009, 1149

Lehrbuch § 30, Rn. 33

Das OLG Dresden weist die Parteien des Berufungsverfahrens regelmäßig auf die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens vor dem dafür eigens eingerichteten 15. Zivilsenat hin. In den hierzu in dem „Informationsblatt zur Mediation“ erteilten Hinweisen heißt es unter anderem:

„Das Mediationsverfahren wird beim OLG D. als Teil des gerichtlichen Verfahrens, und zwar als besondere Ausgestaltung der in § 278 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Güteverhandlung, betrieben. ... Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“ Im vorliegenden Fall hatte der Berufungskläger fristgerecht weder eine Begründung eingereicht noch einen Verlängerungsantrag gestellt, seine Berufung

wurde deswegen als unzulässig verworfen. Dies hat der BGH bestätigt. Ein als besondere Ausgestaltung des gerichtlichen Güteverfahrens durchgeführtes Mediationsverfahren hemmt nicht den Lauf der Berufungsbegründungsfrist. Die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist durch den Mediationsrichter ist unwirksam, wenn sie nach Ablauf der Begründungsfrist erfolgt ist und bis dahin kein Verlängerungsantrag gestellt worden war. Der in einem gerichtlichen Informationsblatt zur Mediation erteilte Hinweis erzeugt kein die Wiedereinsetzung rechtfertigendes Vertrauen darauf, dass die Berufungsfrist während des Mediationsverfahrens nicht läuft.

Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bei mehreren Berufungsführern

BGH, Beschluss vom 29. 1. 2009 - III ZB 61/08, NJW-RR 2009, 643

Lehrbuch § 30, Rn. 33

1. Für den Umfang einer gerichtlichen Fristverlängerung, auf den sich eine Partei grundsätzlich verlassen kann, ist der objektive Inhalt der an sie gerichteten Mitteilung maßgeblich.

2. Hat in einem Berufungsverfahren, in dem mehrere Berufungskläger von verschiedenen Rechtsanwälten vertreten werden, nur einer von ihnen für die von ihm vertretenen Berufungskläger Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt, wird durch die antragsgemäß ergehende Verfügung nur die für diese Berufungskläger laufende Frist verlängert, auch wenn im abgekürzten Rubrum der Mitteilung der Name eines nicht antragstellenden Berufungsklägers mit dem Zusatz **„Wiedereinsetzung“** angegeben ist. Wird die Mitteilung dem Prozessbevollmächtigten des nicht antragstellenden Berufungsklägers abschriftlich zur Kenntnis übermittelt, kommt eine Wiedereinsetzung nicht in Betracht, wenn dieser Bevollmächtigte irrtümlich annimmt, die Verlängerung beziehe sich auch auf seinen Mandanten.

Berufungseinlegung durch unvollständige Original-Rechtsmittelschrift

BGH, Beschluss vom 7. 5. 2009 - VII ZB 85/08, NJW 2009, 2311

Lehrbuch § 30, Rn. 32

Eine unvollständige Berufungsschrift, der die letzte Seite und die Unterschrift fehlen, genügt den Formerfordernissen jedenfalls dann, wenn die nach § 519 ZPO erforderlichen Angaben vorhanden sind und sich aus einer gleichzeitig eingereichten, unterschriebenen beglaubigten Abschrift ergibt, dass an der Absicht des Prozessbevollmächtigten, die Berufung in der erklärten Form einlegen zu wollen, keine Zweifel bestehen.

Die Bekl. ist durch Urteil des LG vom 9. 7. 2008 zur Zahlung von 8.839,64 Euro verurteilt worden, ihre Widerklage auf Zahlung von 2.336,77 Euro ist abgewiesen worden. Das Urteil ist der Bekl. am 10. 7. 2008 zugestellt worden. Am 31. 7. 2008 hat der Prozessbevollmächtigte der Bekl. eine Berufungsschrift nebst Berufungsbegründung beim OLG eingereicht. Die letzte Seite der als Urschrift vorgesehenen Berufungsschrift und die Unterschrift des Prozessbevollmächtigten der Bekl. auf diesem Schriftstück sind nicht zu den Akten gelangt. Nach Hinweis des Gerichts hat der Prozessbe-

vollmächtigte der Bekl. am 22. 8. 2008 ein vollständig unterschriebenes Exemplar nachgereicht und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, dass er den als Urschrift vorgesehenen Berufungsschriftsatz unterschrieben habe, seine langjährige Mitarbeiterin das Vorhandensein der Unterschrift kontrolliert habe und den Schriftsatz sodann mit einer für die Berufungsbekl. bestimmten, von ihm unterschriebenen beglaubigten und einer einfachen Abschrift am 25. 7. 2008 an das Gericht versandt habe. Das OLG hat die Berufung der Bekl. verworfen und ihren Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Bekl. führte zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

Die Bekl. hat die Berufung rechtzeitig eingelegt.

Das BerGer. erkennt noch zutreffend, dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH das Fehlen der Unterschrift auf dem als Urschrift der Berufung gedachten Schriftsatz unschädlich sein kann, wenn sich aus anderen Umständen eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr dafür bietet, dass der Prozessbevollmächtigte die Berufung eingelegt, die Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittelschrift übernommen hat und diese willentlich in den Verkehr gelangt ist.

Zu Unrecht meint es jedoch, die Berufung sei unzulässig, weil nicht nur die Unterschrift, sondern die letzte Seite gefehlt habe. Es verkennt dabei, dass die Anforderungen an den Zugang zur Rechtsmittelinstanz nicht überspannt werden dürfen. Einem Rechtsmittelführer, der rechtzeitig zumindest ein Exemplar einer unterschriebenen Rechtsmittelschrift eingereicht hat, darf der Zugang zur Rechtsmittelinstanz nicht unter Hinweis darauf verwehrt werden, dass das Original der Berufungsschrift nicht vollständig den Formerfordernissen. So kann nicht nur die fehlende Unterschrift unter das Original durch die Unterschrift unter eine beglaubigte Abschrift ersetzt werden. Auch eine unvollständige Berufungsschrift, der die letzte Seite und die Unterschrift fehlen, reicht jedenfalls dann aus, wenn die nach § 519 ZPO erforderlichen Angaben vorhanden sind und sich aus einer gleichzeitig eingereichten, unterschriebenen beglaubigten Abschrift ergibt, dass an der Absicht des Prozessbevollmächtigten, die Berufung in der erklärten Form einlegen zu wollen, keine Zweifel bestehen.

Die nach § 519 ZPO erforderlichen Angaben waren auf den ersten Seiten der Berufungsschrift enthalten, die folgenden Seiten betrafen die Begründung. In der Rechtsbeschwerde ist davon auszugehen, dass die beglaubigte Abschrift von dem Prozessbevollmächtigten der Berufungskl. unterschrieben worden war. Das hat die Berufungskl. ausdrücklich vor dem BerGer. vorgetragen. Die Berufungsbekl., die im Besitz der beglaubigten Abschrift ist, hat dem nicht widersprochen und auch das BerGer. ist offenbar davon ausgegangen. Nachdem die Berufungsbekl. im Rechtsbeschwerdeverfahren dagegen ebenfalls nichts vorgebracht hat, war eine weitere Aufklärung nicht veranlasst. Ein Fall, nach dem lediglich der Beglaubigungsvermerk auf der ersten Seite der Abschrift unterschrieben worden war, lag nicht vor.

Zweifel daran, dass die auf den ersten Seiten der Berufungsschrift eingelegte Berufung mit diesem Inhalt willentlich eingelegt worden ist, konnten nicht aufkommen. Das indiziert nicht nur die Unterschrift unter die beglaubigte Abschrift. Hinzu kommt, dass es sich bei den vom Prozessbevollmächtigten der Bekl. eingereichten Schriftstücken um einen durch Heftklammern verbundenen Schriftsatz gehandelt hat, der sowohl den als Urschrift gedachten Berufungsschriftsatz als auch die beiden für die Berufungsbekl. bestimmten Abschriften umfasste. Unter diesen Umständen konnte aus den ein-

gereichten Schriftsätzen der Inhalt der Erklärung und die Person, von der sie ausgeht, entnommen werden. Es stand auch fest, dass es sich nicht um einen bloßen Entwurf handelte, sondern die Schriftstücke mit Wissen und Willen des Prozessbevollmächtigten der Bekl. dem Gericht zugeleitet wurden.

Vertrauen auf (zweite) Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bei Einwilligung des Gegners

BGH, Beschluss vom 9. 7. 2009 - VII ZB 111/08, NJW 2009, 3100

Lehrbuch § 30, Rn. 33

Grundsätzlich darf eine Partei darauf vertrauen, dass ihrem lediglich mit der Einwilligung des Gegners begründeten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist stattgegeben wird.

Der Kl. hat gegen das klageabweisende, am 3. 6. 2008 zugestellte Urteil des AG rechtzeitig Berufung eingelegt. Die Frist zur Begründung der Berufung ist auf seinen begründeten Antrag von der Kammervorsitzenden bis zum 3. 9. 2008 verlängert worden. Mit Schriftsatz vom September 2008 hat der Kl. unter Hinweis auf das Einverständnis des Beklagtenvertreters beim LG eine zweite Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um sieben Tage beantragt. Das hat die Kammervorsitzende durch Verfügung vom 4. 9. 2008 abgelehnt, weil der Fristverlängerungsantrag nicht begründet worden sei. Daraufhin hat der Kl. mit einem am gleichen Tag per Telefax beim BerGer. eingegangenen Schriftsatz vom 17. 9. 2008 die Berufung begründet und in einem weiteren Schriftsatz vom gleichen Tage wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das BerGer. hat die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und zugleich die Berufung des Kl. als unzulässig verworfen. Die dagegen eingewendete Rechtsbeschwerde des Kl. hatte Erfolg.

Das BerGer. hat dem Kl. zu Unrecht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist versagt. Der Kl. war entgegen der Auffassung des BerGer. ohne sein Verschulden an der Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist verhindert, § 233 ZPO. Denn er durfte darauf vertrauen, dass seinem rechtzeitig gestellten Antrag, die bereits bis zum 3. 9. verlängerte Berufungsbegründungsfrist um weitere sieben Tage bis zum 10. 9. 2008 zu verlängern, entsprochen würde. Die gegenteilige Auffassung des BerGer., wonach der Kl. über die Mitteilung der Einwilligung des Bekl. hinaus erhebliche Gründe für die erneute Fristverlängerung hätte darlegen müssen, ist unzutreffend. Sie überspannt die sich aus § 520 Abs. 2 S. 2 ZPO ergebenden Anforderungen an einen bewilligungsfähigen Antrag auf Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung.

Allerdings ist der Rechtsmittelführer generell mit dem Risiko belastet, dass der Vorsitzende des RechtsmittelGer. in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens eine beantragte Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist versagt. Im Wiedereinsetzungsverfahren kann sich der Rechtsmittelführer deshalb nur dann mit Erfolg auf sein Vertrauen in eine Fristverlängerung berufen, wenn deren Bewilligung mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Das wiederum ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH bei einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegrün-

ungsfrist der Fall, sofern dieser auf erhebliche Gründe i.S. des § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO gestützt wurde.

Bei Anwendung dieser Grundsätze kann eine Partei auf eine Fristverlängerung auch dann vertrauen, wenn diese unter Hinweis auf das erteilte Einverständnis des Gegners erstmalig beantragt wird, ohne dass erhebliche Gründe i.S. des § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO dargetan sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 520 Abs. 2 S. 2 ZPO bedarf es für die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist keiner erheblichen Gründe i.S. des § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO, wenn der Gegner einwilligt. Mit der Neueinführung dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber eine im Vergleich zu der früheren Regelung des § 519 Abs. 2 S. 3 ZPO a.F. vereinfachte Möglichkeit für die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist schaffen wollen. Die Vereinfachung besteht nach dem Regelungszusammenhang zwischen § 520 Abs. 2 S. 2 und § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO darin, dass allein die Einwilligung des Gegners die vom Gericht zu treffende Ermessensentscheidung eröffnet. Die Bewilligung der Fristverlängerung hängt dann nicht davon ab, dass der Berufungsführer hierfür erhebliche Gründe geltend machen kann, die er folglich entgegen der Auffassung des BerGer. auch nicht darlegen muss. Vielmehr sind die tatbestandlichen Voraussetzungen für die vom Gericht gem. § 520 Abs. 2 S. 2 ZPO zu treffende Ermessensentscheidung auch ohne solche erheblichen Gründe erfüllt.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht daraus, dass der Kl. hier um eine zweite Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist nachgesucht hatte. Allerdings hat der BGH für das frühere Recht (§ 519 Abs. 2 S. 3 ZPO a.F.) grundsätzlich in Zweifel gezogen, ob der Rechtsmittelführer auch darauf vertrauen darf, dass einem zweiten ordnungsgemäß begründeten Verlängerungsantrag stattgegeben wird. Ob diese Zweifel auch für die Geltung des neuen Rechts fortbestehen, braucht der Senat nicht abschließend zu entscheiden. Gemäß § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO kann die Berufungsbegründungsfrist wegen „erheblicher Gründe“ jetzt nur noch um höchstens einen Monat verlängert werden. Eine solche zeitliche Beschränkung besteht gem. § 520 Abs. 2 S. 2 ZPO nicht, wenn der Gegner einwilligt. Diese Regelung lässt es grundsätzlich zu, dass der Berufungsführer mit Einwilligung des Gegners eine zweite, über einen Monat hinausgehende Verlängerung der erstmalig bereits wegen erheblicher Gründe verlängerten Berufungsbegründungsfrist erreichen kann. Die amtliche Gesetzesbegründung sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor. Jedenfalls für den vorliegenden Fall, in dem der Kl. mit Einverständnis des Gegners eine zweite Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist von lediglich sieben Tagen beantragt hatte, durfte er deshalb darauf vertrauen, dass seinem Verlängerungsantrag stattgegeben wird.

Dem Kl. war somit unter Aufhebung des Beschlusses des BerGer. vom 6. 11. 2008 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung zu gewähren. Damit sind die mit jenem Beschluss ebenfalls ausgesprochene Verwerfung der Berufung und die auch dagegen vorsorglich eingelegte Rechtsbeschwerde des Kl. gegenstandslos.

Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beim unzuständigen Gericht

BGH, Beschluss vom 6. 11. 2008 - IX ZB 208/06, NJW-RR 2009, 408

Lehrbuch § 30, Rn. 33

Das unzuständige Gericht ist verpflichtet einen fristgebundenen Rechtsmittelschriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang an das Rechtsmittelgericht weiterzuleiten. Es ist jedoch nicht verpflichtet Maßnahmen zur besonderen Beschleunigung zu ergreifen, wenn der Prozessbevollmächtigte den Antrag auf Fristverlängerung kurz vor Fristende beim unzuständigen Gericht einreicht.

Zu den Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn die Frist zur Begründung der Berufung versäumt worden ist, weil der Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist beim erstinstanzlichen Gericht eingereicht und ohne besondere Beschleunigung an das Berufungsgericht weitergeleitet worden ist.

Der Kl. hat gegen das ihm am 16. 5. 2006 zugestellte Urteil des LG Heilbronn durch am 14. 6. 2006 beim OLG Stuttgart eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Mit einem an das LG Heilbronn adressierten, dort vorab per Telefax am 12. 7. 2006 um 10.55 Uhr eingegangenen Schriftsatz hat der Kl. beantragt, die Frist zur Berufungsbegründung wegen Arbeitsüberlastung um einen Monat zu verlängern. Auf Grund einer Weisung des Kammervorsitzenden vom 13. 7. 2006, versehen mit einem Erledigungsvermerk vom 14. 7. 2006, ist das am 13. 7. 2006 eingegangene Post-Original dieses Schriftsatzes an das OLG weitergeleitet worden, wo es am 18. 7. 2006 einging. Die Frist zur Berufungsbegründung war am Montag, 17. 7. 2006 abgelaufen. Der vom OLG über den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist unterrichtete Kl. hat mit einem am 27. 7. 2006 beim OLG eingegangenen Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Zur Begründung hat er ausgeführt, da der Schriftsatz fünf Tage vor Ablauf der Frist beim LG Heilbronn eingegangen sei, wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, den Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang rechtzeitig an das OLG weiterzuleiten. Das OLG hat den Wiedereinsetzungsantrag des Kl. zurückgewiesen und seine Berufung als unzulässig verworfen. Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde des Kl. hatte keinen Erfolg.

1. Dass die Berufung vom Kl. nicht innerhalb der gesetzlichen Frist begründet wurde und deshalb unzulässig ist, wird von der Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel gezogen. Sie beanstandet insoweit lediglich, dass der angefochtene Beschluss keine Feststellungen enthalte, anhand derer sich der Ablauf der Berufungsbegründungsfrist errechnen lasse. Der Beschluss sei deshalb nicht mit den gesetzmäßigen Gründen versehen. Dieser Einwand ist nicht berechtigt. Mit der Angabe des Zeitpunkts, zu dem die Frist zur Berufungsbegründung – unstrittig – ablief, hat das BerGer. den maßgeblichen Sachverhalt, der seiner Entscheidung zu Grunde liegt, ausreichend wiedergegeben.

2. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde hat das BerGer. dem Kl. auch die beantragte Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Berufungsbegründung mit Recht versagt. Der Kl. war nicht ohne sein Verschulden verhindert, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten (§ 233 ZPO). Er muss sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, der den Antrag auf Fristverlängerung beim unzuständigen Gericht einreichte, zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

a) Geht ein fristgebundener Rechtsmittelschriftsatz statt beim RechtsmittelGer. bei dem in erster Instanz befasst gewesenem Gericht ein, ist dieses allerdings verpflichtet, den Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang an das RechtsmittelGer. weiterzuleiten. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch des Rechtsuchenden auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip). Geht der Schriftsatz so zeitig bei dem mit der Sache befasst gewesenem Gericht ein, dass die fristgerechte Weiterleitung an das RechtsmittelGer. im ordentlichen Geschäftsgang ohne Weiteres erwartet werden kann, darf die Partei darauf vertrauen, dass der Schriftsatz noch rechtzeitig beim RechtsmittelGer. eingeht. Geschieht dies tatsächlich nicht, wirkt sich das Verschulden der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten nicht mehr aus, so dass ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. Der Wiedereinsetzung begehrende Ast. hat darzulegen und glaubhaft zu machen, dass sein Schriftsatz im normalen ordnungsgemäßen Geschäftsgang fristgemäß an das zuständige BerGer. weitergeleitet werden konnte.

b) Die Erwartung, dass der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bei einer Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang noch rechtzeitig das BerGer. erreichen würde, war im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Der Antrag ging an einem Mittwoch beim LG ein, die Frist zur Berufungsbegründung lief am folgenden Montag ab. Es entsprach dem ordentlichen Geschäftsgang, dass der in erster Instanz zuständig gewesene Richter am Tag nach dem Eingang des Schreibens die Weiterleitung an das OLG anordnete und wieder einen Tag später diese Weiterleitung von der Geschäftsstelle veranlasst wurde. Weil es inzwischen Freitag war, konnte wegen des bevorstehenden Wochenendes nicht erwartet werden, dass das Schreiben noch am selben Tag an das Postbeförderungsunternehmen zur Übermittlung an das OLG gelangte. Nur in diesem Fall konnte das Schreiben noch rechtzeitig vor dem Fristablauf am folgenden Montag beim BerGer. eingehen. Mit einem rechtzeitigen Eingang des Fristverlängerungsantrags beim BerGer. konnte unter den gegebenen Umständen daher nur gerechnet werden, wenn das LG verpflichtet war, Maßnahmen zur besonderen Beschleunigung zu ergreifen, beispielsweise den Fristverlängerungsantrag per Telefax an das BerGer. zu übermitteln oder den Prozessbevollmächtigten des Kl. telefonisch davon zu unterrichten, dass er den Schriftsatz beim unzuständigen Gericht eingereicht hatte. Zu solchen besonderen Maßnahmen war das – zur Entgegennahme des Schriftsatzes unzuständige – LG nicht verpflichtet, auch nicht im Hinblick auf das bevorstehende Wochenende. Andernfalls würde den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien abgenommen und den unzuständigen Gerichten übertragen. Damit würden die Anforderungen an die aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren abgeleitete richterliche Fürsorgepflicht überspannt werden. Ob eine andere Beurteilung geboten sein kann, wenn eine besondere Eilbedürftigkeit aus dem fehlgeleiteten Schriftsatz selbst ersichtlich ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn aus dem Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist war nicht zu entnehmen, wann diese Frist ablief. Der Umstand allein, dass der Schriftsatz vorab per Telefax übermittelt wurde, ließ angesichts der verbreiteten Praxis dieser Art der Übermittlung auch in nicht eiligen Fällen nicht auf eine besondere Eilbedürftigkeit schließen.

Berücksichtigung eines nach Anhörungsrüge ergangenen weiteren erstinstanzlichen Urteils

OLG Saarbrücken, Urteil vom 23. 12. 2008 - 4 U 2/06, NJW-RR 2009, 1151

Lehrbuch § 30, Rn. 34

Die Anschlussberufung kann bedingt für den Fall erhoben werden, dass die hiermit angestrebte Änderung der angefochtenen Entscheidung nicht auf einer Anhörungsrüge nach § 321a ZPO hin erfolgt. Tritt die Bedingung ein, wird die Anschlussberufung gegenstandslos.

Wird der Berufungsführer nach statthafter Berufung durch ein auf Anhörungsrüge des Gegners im Fortsetzungsverfahren ergangenes Urteil zusätzlich beschwert, ist die Berufung gegen diese Entscheidung statthaft, auch wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600,- Euro nicht übersteigt.

Erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Verjährungseinrede

BGH, Urteil vom 16. 10. 2008 - IX ZR 135/07, NJW 2009, 685

Lehrbuch § 30, Rn. 42

Sind die die Erhebung der Verjährungseinrede und den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände unstreitig, ist die erstmals in der Berufungsinstanz eines Anwaltshaftungsprozesses erhobene Verjährungseinrede auch dann zuzulassen, wenn zur Frage der Sekundärhaftung weitere Feststellungen erforderlich sind. Dies entspricht der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen (BGH, NJW 2008, 3434).

Unstreitiges Nacherfüllungsverlangen auch in der Berufung

BGH, Urteil vom 20. 5. 2009 - VIII ZR 247/06, JW 2009, 2532

Lehrbuch § 30, Rn. 42

Die erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte, unstreitige Fristsetzung zur Nacherfüllung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 bis 3 ZPO zuzulassen.

Die Kl. kaufte im März 2003 von der Bekl. den braunen Wallach „C“ zum Preis von 20.000,- Euro. Mit Schreiben vom 20. 8. 2004 erklärte die Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Bekl. auf, das Pferd Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückzunehmen. Zur Begründung führte sie aus, das Pferd gehe in sich wiederholender Weise lahm und stolpernd; nunmehr habe sie festgestellt, dass es sich hierbei um einen Gesundheitszustand handle, der bereits seit Jahren vorliege. Die Bekl. hat die Rücknahme des Pferds abgelehnt. Mit ihrer Klage hat die Kl. die Rückzahlung des Kaufpreises von 20.000,- Euro Zug um Zug gegen Herausgabe des Wallachs „C“ begehrt. Das LG hat die Klage abgewiesen, weil die Kl. es versäumt habe, die Bekl. zur Nacherfüllung durch eine tierärztliche Behandlung des Pferds aufzufordern, obwohl ihr das zumutbar gewesen sei. Die Kl. hat Berufung eingelegt und in der Begründung eine entsprechende Frist gesetzt. Dennoch ist die Berufung erfolglos geblieben. Die Revision hatte Erfolg.

Mit der vom BerGer. gegebenen Begründung können weder ein wirksamer Rücktritt der Kl. vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels des verkauften Pferds gem. §§ 434 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB, auf Grund dessen der Kl. Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises (§ 346 Abs. 1 BGB) und auf Ersatz von Verwendungen und Aufwendungen (§ 347 Abs. 2 BGB) zustehen können, noch ein Schadensersatzanspruch der Kl. gem. §§ 434 Abs. 1, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB verneint werden.

a) Wie das BerGer. richtig gesehen hat, ist zwar Voraussetzung sowohl für den Rücktritt vom Kaufvertrag (§ 323 Abs. 1 BGB) als auch für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) grundsätzlich, dass der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gem. § 439 BGB gesetzt hat. Das BerGer. hat jedoch das Vorliegen dieser Voraussetzung rechtsfehlerhaft verneint.

aa) Dabei kann offenbleiben, ob entgegen der Auffassung des BerGer. eine Fristsetzung gem. §§ 323 Abs. 2, 281 Abs. 2 BGB entbehrlich war, weil die Bekl. (auch) eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat, indem sie die von der Kl. geltend gemachten Ansprüche auf Rückabwicklung des Kaufvertrags mit der Begründung zurückgewiesen hat, das Pferd sei bei Übergabe mangelfrei gewesen. An die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen. Aus dem Verhalten der Bekl. müsste deshalb mit hinreichender Sicherheit geschlossen werden können, dass sie auch einer Aufforderung zur Nacherfüllung – und sei es aus ihrer Sicht nur aus Kulanzgründen – nicht nachgekommen wäre.

bb) Darauf kommt es jedoch hier nicht an, weil die Kl. die Bekl. jedenfalls mit ihrer Berufungsbegründung vom 22. 11. 2005 erfolglos zur Beseitigung des Mangels bis zum 31. 1. 2006 aufgefordert und danach konkludent erneut den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, indem sie vor dem BerGer. weiterhin mit dem Antrag auf Rückzahlung des Kaufpreises verhandelt hat. Mit dieser Fristsetzung ist die Kl., anders als das BerGer. meint, nicht gem. 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen.

Der Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug gilt, auch soweit sie im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht worden sind, nicht für unstrittige Tatsachen. Aus der die Zwecke des Zivilprozesses und der Präklusionsvorschriften berücksichtigenden Auslegung der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 ZPO ergibt sich, dass unter „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel“ i.S. des § 531 ZPO lediglich streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen fällt. Nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das BerGer. gem. § 529 Abs. 1 ZPO seiner Entscheidung ohne Weiteres zu Grunde zu legen.

Das gilt auch für die als solche nicht streitige Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S. von §§ 323 Abs. 1, 281 Abs. 11 S. 1 BGB, die erst im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgt ist. Zwar werden dadurch nicht nur neue Tatsachen in den Rechtsstreit eingeführt, sondern wird durch den erfolglosen Ablauf der Frist die materielle Rechtslage umgestaltet, weil der Gläubiger erst danach berechtigt ist, vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Das steht der Berücksichtigung der Fristsetzung zur Nacherfüllung jedoch nicht entgegen. Sie unterscheidet sich insofern nicht von der erstmals im Berufungsverfahren erfolgenden Erhebung einer Einrede oder Ausübung eines materiell-rechtlichen Gestaltungsrechts. Auch diese sind ungeachtet – oder besser wegen – ihrer materiell-rechtlichen Wirkungen vom BerGer. zu berücksichtigen, wenn die die Einrede oder das Gestaltungsrecht begründenden Tatsa-

chen unstreitig sind. Anderenfalls müsste das BerGer. sehenden Auges auf einer falschen, von keiner Partei vorgetragenen tatsächlichen Grundlage entscheiden.

b) Auf der Grundlage des revisionsrechtlich maßgeblichen Sachvortrags der Kl. war eine Fristsetzung zur Nacherfüllung zudem entbehrlich, weil der Geschäftsführer der Bekl. die Kl. bei Abschluss des Kaufvertrags über den Gesundheitszustand des Pferdes arglistig getäuscht hat. Nach der – nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen – Rechtsprechung des BGH liegen regelmäßig besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB) bzw. die sofortige Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs (§ 281 Abs. 2 BGB) rechtfertigen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags verschwiegen hat. In einem solchen Fall ist die für die Beseitigung eines Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage in der Regel auch dann beschädigt, wenn die Mangelbeseitigung durch einen vom Verkäufer zu beauftragenden Dritten – wie hier einen Tierarzt – vorzunehmen wäre. Besondere Umstände, auf Grund derer im vorliegenden Fall die für die Beseitigung des Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage durch die dem Geschäftsführer der Bekl. vorgeworfene arglistige Täuschung nicht beschädigt worden wäre, sind nicht ersichtlich.

Vorabentscheidung des Berufungsgerichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils

KG, Teilurteil vom 20. 11. 2008 - 12 U 202/08, NJW-RR 2009, 648

Lehrbuch § 30, Rn. 151

Im Rahmen der Entscheidung über einen Antrag nach § 718 ZPO findet eine Prüfung der Hauptsache nicht statt; vielmehr ist die Vollstreckbarkeitserklärung selbst lediglich auf ihre Richtigkeit nach §§ 708 ff. ZPO zu überprüfen. Grundlage für die Beurteilung ist dabei die Sachentscheidung des erstinstanzlichen Urteils.

Bindung des Berufungsgerichts an Urteil mit Zurückverweisung nach Rechtsprechungsänderung

OLG Bremen, Urteil vom 26. 1. 2009 - 3 U 32/08, NJW-RR 2009, 1510

Lehrbuch § 30, Rn. 67

Die Bindungswirkung des Berufungsgerichts entfällt, wenn es nach Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an die 1. Instanz erneut mit der Sache befasst ist und wegen zwischenzeitlicher Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung seine der Aufhebung und Zurückverweisung zu Grunde liegende Rechtsauffassung ausdrücklich aufgibt.

Eine solche Änderung der Rechtsprechung wirkt grundsätzlich auf den zu beurteilenden Sachverhalt zurück. Eine Einschränkung der Rückwirkung kommt nur dann in Betracht, wenn die von der Rückwirkung betroffene Partei auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung wegen der daraus erwachsenden Folgen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners für die von der Rückwirkung betroffene Partei eine unzumutbare Härte bedeuten würde.

Rechtsbehelf bei Untätigkeit des Gerichts

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. 3. 2009 - 23 W 99/08, NJW 2009, 2388

Lehrbuch § 30, Rn. 70

Eine Untätigkeitsbeschwerde findet als außerordentlicher Rechtsbehelf statt, wenn das Gericht eine Entscheidung ungewöhnlich verzögert oder völlig untätig bleibt und deshalb von einer willkürlichen Rechtsverweigerung ausgegangen werden kann. Das Gericht ist zum Weiterbetreiben des Prozesses aufzufordern, wenn es mehr als ein Jahr vollständig untätig bleibt, ohne dass ein sachlicher Grund für das Verhalten erkennbar ist.

Die Kl. macht vor dem LG Zahlungsansprüche aus einem Werkvertrag geltend. Nach einem vorausgegangenem Mahnverfahren ging ihre Anspruchsbegründung am 19. 6. 2007 bei Gericht ein. Das LG ordnete ein schriftliches Vorverfahren an und nahm am 22. 11. 2007 eine Verfahrensverbindung mit einem Parallelverfahren vor. Weitere Maßnahmen wurden seither nicht getroffen, auch ein Termin wurde nicht bestimmt. Nach mehrfachem Drängen der Kl. auf Fortsetzung des Verfahrens teilte die zuständige Einzelrichterin am 27. 1. 2009 mit, dass sie nach einer längerfristigen Erkrankung die aufgelaufenen Rückstände nur nach und nach aufarbeiten könne. Auf die Beschwerde der Kl. hat der Senat das LG angehalten, bis zum 30. 4. 2009 Maßnahmen zu ergreifen, die zu einer Fortführung des Verfahrens führen.

I. Die von der Kl. erhobene Untätigkeitsbeschwerde ist gem. §§ 567 ff. ZPO zulässig. Zwar ist eine spezielle Regelung für eine Untätigkeitsbeschwerde gegenüber Gerichten noch nicht in Gesetzesform erfolgt. Der Senat geht aber davon aus, dass ein derartiger Rechtsbehelf zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 13 EMRK und gegen Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG Rechtssuchenden bei überlanger Verfahrensdauer zur Verfügung gestellt werden muss. Im Interesse der Rechtssicherheit fordert das Rechtsstaatsprinzip, dass strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden. Der Senat hat bereits in seiner Entscheidung vom 24. 7. 2006 die Zulässigkeit dieses außergesetzlichen Rechtsmittels bejaht und zugleich darauf hingewiesen, dass das Rechtsmittel auf die Fälle beschränkt ist, in denen das Verhalten des Gerichts praktisch einer völligen Verweigerung der Entscheidung oder einer Aussetzung des Verfahrens gleich kommt und angesichts einer ungewöhnlichen Verzögerung oder völliger Untätigkeit von einer willkürlichen Rechtsverweigerung des Gerichts ausgegangen werden kann. Auch zahlreiche andere Instanzgerichte haben eine Untätigkeitsbeschwerde bei überlanger Verfahrensdauer grundsätzlich für zulässig erachtet.

Vorliegend ist eine überlange Verfahrensdauer, die auf Untätigkeit des Gerichts zurückzuführen ist, gegeben, so dass die Untätigkeitsbeschwerde zulässig ist. Es ist damit ein Verfahrensstillstand eingetreten, der einer Aussetzung gleichsteht. Hinzu kommt, dass nach der Mitteilung der zuständigen Einzelrichterin auch nicht mit einer Bearbeitung der Sache in absehbarer Zeit gerechnet werden kann. Denn die Mitteilung, die aufgelaufenen Rückstände würden nach und nach aufgearbeitet, lässt für die Parteien eine konkrete Perspektive, wann ihr Rechtsstreit bearbeitet und einer Entscheidung zugeführt wird, nicht erkennen.

II. Die Untätigkeitsbeschwerde ist auch begründet. Die Untätigkeitsbeschwerde ist nicht nur dann begründet, wenn die Untätigkeit des Gerichts auf dessen Willkür beruht. Vielmehr gebietet es der Anspruch auf Rechtsschutzgewährung, das Gericht zum

Betreiben des Prozesses aufzufordern, wenn dessen vollständige Untätigkeit mehr als ein Jahr andauert, ohne dass ein sachlicher Grund für das Verhalten erkennbar gewesen ist. Dabei ist die Untätigkeit des Gerichts nur dann hinnehmbar, wenn sich der sachliche Grund aus dem Verfahren selbst herleitet. Dazu gehören der besondere Umfang einer Sache oder ihre außergewöhnlichen rechtlichen bzw. tatsächlichen Problemstellungen. Solches ergibt sich hier nicht. Weder aus dem Umfang der Gerichtsakte, die bis zur Erhebung der Untätigkeitsbeschwerde 274 Seiten umfasst, noch aus dem Verfahrensgegenstand – Vergütungsansprüche aus einem „üblichen“ Bauvertrag, denen der Auftraggeber Mängel entgegenhält – ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass eine Bearbeitung der Sache durch das Gericht zur Vorbereitung eines Termins notwendigerweise mehrere Monate beansprucht. Die Bearbeitung ist auch nicht durch Anträge der Prozessbeteiligten zu Prozessfragen behindert worden. Vielmehr hat gerade die Kl. mehrfach auf eine Fortsetzung des Verfahrens gedrängt. Der Rechtsstreit ist schlicht durch das Gericht nicht bearbeitet worden, wie sich aus der Mitteilung der zuständigen Richterin vom 27. 1. 2009 ergibt. Dieser Beurteilung einer nicht gerechtfertigten Untätigkeit steht nicht entgegen, dass die zuständige Richterin langfristig erkrankt war und ihr kein Verschulden vorgeworfen werden kann. Der Anspruch des Rechtsuchenden auf Gewähr des Rechtsschutzes ist nicht nur dann verletzt, wenn die Untätigkeit des Gerichts verschuldet ist. Kommt es wegen einer Erkrankung des Richters oder wegen besonders umfangreicher Verfahren, die in dem Richterdezernat bearbeitet werden müssen, zu einem längerfristigen „Bearbeitungsstau“, muss die Justizorganisation gewährleisten, dass die Prozessverfahren nicht gänzlich zum Ruhen kommen. Zwar kommt es im Falle einer Erkrankung des zuständigen Richters notgedrungen trotz bestehender Vertretungsregelungen zu Verfahrensverzögerungen. Solche Verzögerungen im Verfahrensablauf muss der Rechtsuchende auch hinnehmen. Es ist aber nicht zu akzeptieren, dass während einer langfristigen Erkrankung des zuständigen Richters, wie es hier vorliegt, das Verfahren mehr als ein Jahr lang überhaupt nicht mehr gefördert wird. Dabei ist es unerheblich, dass weder dem zuständigen Richter noch dem Vertreter angesichts der erheblichen Mehrbelastungen ein Verschulden trifft. Mit zunehmender Dauer des Verfahrens verdichtet sich die mit dem Justizgewährleistungsanspruch verbundene Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens und dessen Beendigung zu bemühen. Das Gericht ist in einer solchen Lage verpflichtet, sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung zu nutzen. Gegebenenfalls ist der Berichtstatter gehalten, um gerichtsinterne Entlastungsmaßnahmen bemüht zu sein. Dieser Grundsatz gilt nicht nur bei mehrjährigen Prozessen, die Gegenstand der Entscheidungen des BVerfG waren. Wenn fast zwei Jahre nach Eingang des Mahnverfahrens beim Prozessgericht in einem durchaus üblichen Prozess ohne erhebliche Besonderheiten das Verfahren nicht gefördert wird und zudem gemäß der Auskunft der zuständigen Richterin eine Terminbestimmung nicht konkret abzusehen ist, ist dieser Zustand für die Prozessparteien nicht mehr hinzunehmen

Aufhebung eines nach Klagerücknahme ergangenen Versäumnisurteils durch „Berichtigungsbeschluss“

OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. 11. 2008 - 5 W 69/08, NJW-RR 2009, 1364

Lehrbuch § 30, Rn. 85

Ein irrtümlich erlassenes Versäumnisurteil gegen einen falschen Beklagten kann nicht im Wege der Berichtigung nach § 319 ZPO, sondern nur durch Urteil im Einspruchsverfahren aufgehoben werden.

Die Kl. hatte wegen einer Kaufpreisrechnung einen Mahnbescheid gegen den Bekl. zu 1 erwirkt. In der Anspruchs begründung teilte der Klägervertreter mit, der Anspruch richte sich nunmehr ausschließlich gegen den Bekl. zu 2. Gleichwohl stellte das LG dem bisherigen Bekl., nämlich dem Bekl. zu 1 und Bf. zu und erließ gegen diesen in der mündlichen Verhandlung ein Versäumnisurteil, weil er nicht erschienen und vertreten war. Auch das Urteil stellte das Gericht dem Bekl. zu 1 zu. Auf den fristgerechten Einspruch des Bekl. zu 1 hob das LG das Versäumnisurteil durch Berichtigungsbeschluss nach § 319 ZPO auf, weil ein offensichtlicher Fehler des Gerichts vorliege. Dass bei dieser Vorgehensweise kein Kostenerstattungsanspruch zu Gunsten des Bekl. zu 1 entstehe, sei nicht unbillig, weil der Kl. den gerichtlichen Fehler nicht veranlasst habe. Die sofortige Beschwerde des Bekl. zu 1 hatte Erfolg.

Die Aufhebung des Versäumnisurteils war schon aus formalen Gründen nicht statthaft, weil § 319 ZPO nur der Berichtigung eines ansonsten bestehend bleibenden Urteils dient, aber nicht der Beseitigung des Titels insgesamt. Weil die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils nicht vorlagen – die Kl. hatte gegen den Bekl. zu 1 in der Sitzung keinen Antrag gestellt – ist der fehlerhafte Titel in der Einspruchsentscheidung gem. § 343 S. 2 ZPO aufzuheben, wenn sich bis dahin das Verfahren gegen den Bekl. zu 1 nicht auf andere Weise erledigt.

Hinzu kommt, dass kein berichtigungsfähiger Fehler in der Willensäußerung des Gerichts vorliegt, sondern ein Fehler in der Willensbildung, der über § 319 ZPO nicht beseitigt werden kann. Die Umstände, dass sowohl bei der Zustellung der Anspruchs begründung, als auch bei der Abfassung des Protokolls, in dem nur der Bekl. zu 1 als Bekl. aufgeführt ist, als auch beim Erlass des Versäumnisurteils und schließlich bei dessen Zustellung jeweils übersehen wurde, dass die Kl. seit der Anspruchs begründung einen anderen Bekl. in Anspruch nehmen wollte, lassen eindeutig auf einen inhaltlichen Fehler schließen, nämlich ein Übergehen von Streitstoff und nicht auf einen bloßen Kommunikationsfehler.

Letztlich kann diese Unterscheidung aber dahinstehen. Denn es entspricht ständiger und anerkannter Rechtsprechung, dass eine Berichtigung des Passivrubrums über § 319 ZPO voraussetzt, dass die Identität des Bekl. gewahrt bleibt. Ein Urteil gegen einen Scheinbekl. kann nicht durch eine Berichtigung, sondern nur durch eine Einspruchsentscheidung (oder eine sonstige Form der Erledigung im Einspruchsverfahren) beseitigt werden. Das gilt auch für den Bekl. zu 1, zu dem zwar auf Grund des vorausgegangenen Mahnverfahrens vor Zustellung der Anspruchs begründung bereits ein Prozessrechtsverhältnis bestand, gegen den die Klage zum Zeitpunkt des Versäumnisurteils aber nicht mehr gerichtet war. Neben den formellen Überlegungen hat diese Rechtsprechung ihren Grund darin, dass dem zu Unrecht Verurteilten der Kostenerstattungsanspruch nicht abgeschnitten werden soll, der ihm im Fall der Aufhebung des falschen Urteils zusteht. Gerade dazu würde aber die Entscheidung des LG führen.

Bohnen · Montag · Rohde

Richtigerweise geht das Risiko, dass durch eine gerichtliche Anspruchsverfolgung letztlich unnötige Kosten entstehen, grundsätzlich zu Lasten der am Ende unterlegenen Partei, im Verhältnis zwischen Kl. und Bekl. zu 1 also zu Lasten der Kl.

Weiter kann offen bleiben, ob über die bloß falsche Form der Aufhebung des Versäumnisurteils hätte hinweggesehen und eine Beschwer des Bekl. zu 1 verneint werden können, wenn diesem die Möglichkeit bliebe, über einen Antrag gem. § 269 ZPO Abs. 4 ZPO die gebotene Kostenentscheidung zu seinen Gunsten herbeizuführen. Das ist jedoch nicht der Fall. Das LG hat den angegriffenen Beschluss unter anderem damit begründet, dass eine Kostenbelastung der Kl. mit den außergerichtlichen Kosten des Bekl. zu 1 unbillig erschiene. Damit verneint es nicht nur der äußeren Vorgehensweise nach, sondern auch inhaltlich einen Kostenerstattungsanspruch des Bekl. zu 1.

Im weiteren Verfahren vor dem LG hat die Kl. die Möglichkeit, durch eine erneute Rücknahme der Klage gegen den Bekl. zu 1 das streitgegenständliche Versäumnisurteil gem. § 269 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 ZPO wirkungslos zu machen, so dass es einer förmlichen Aufhebung nicht mehr bedürfte. Zum gleichen Ergebnis würde die auch jetzt noch mögliche übereinstimmende Erledigungserklärung von Kl. und Bekl. zu 1 führen, weil dabei nicht zu prüfen ist, ob tatsächlich ein erledigendes Ereignis stattgefunden hat. Kommt es zu einer solchen vorzeitigen Beendigung des Einspruchsverfahrens nicht, wird das LG über den Einspruch des Bekl. zu 1 förmlich gem. § 343 ZPO zu entscheiden haben.

Reichweite der ZPO-Gehörsrüge

BGH, Beschluss vom 17. 7. 2008 - V ZR 149/07, NJW-RR 2009, 144

Lehrbuch § 30, Rn. 88

Der Anwendungsbereich des § 321a ZPO ist auf die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beschränkt. Eine entsprechende Anwendung auf die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte kommt angesichts des klaren Wortlauts (Abs. 1 S. 1 Nr. 2 der Norm) und des deutlich geäußerten gesetzgeberischen Willens nicht in Betracht.

→ 12/09