

BMR JURISTISCHE
INTENSIVLEHRGÄNGE

ASSESSORKURS

Dr. John Montag

Dr. Rainer Oberheim

ZIVILPROZESSRECHT

Teil 5

Rechtsprechung
und Aufsätze zum
Zivilprozessrecht

2011

**ERFOLGREICH
LERNEN**

Aufsatz von Frenz / Wübbenhorst in NJW 2011, 2849

Lehrbuch vor § 1

Während die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Morgenbesser (EuZW 2004, 61) noch den Weg aufzeigte, Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst in anderen EU-Mitgliedstaaten zu erlangen, geht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Koller (NJW 2011, 833) darüber hinaus und markiert insoweit einen Wendepunkt: Mit Hilfe eines EU-ausländischen Diploms war es dem Kläger möglich, den juristischen Vorbereitungsdienst in seinem Mitgliedstaat zu umgehen.

Durch die europäischen Vorgaben entfällt die Notwendigkeit der praktischen juristischen Ausbildung nicht. Das Hochschulstudium der Rechtswissenschaften innerhalb der EU ermöglicht nach Bestehen einer Äquivalenzprüfung den Zugang zu dieser Ausbildung auch in anderen Mitgliedstaaten. Lediglich wenn die Berufsausbildung bereits den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf ermöglicht – gegebenenfalls in Verbindung mit Zusatzlehrgängen –, kann die zusätzliche Absolvierung der praktischen Ausbildung entbehrlich sein. Die Eignungsprüfung des Aufnahmestaats muss aber in beiden Fällen erfolgreich bestanden werden.

Deutscher Zivilprozess auf Englisch - Der Gesetzentwurf des Bundesrats im Lichte von Staatsrecht, Grundrechten und Europarecht

Aufsatz von Flessner in NJW 2011, 3544

Lehrbuch § 1, Rn. 6

Dem Bundestag liegt ein vom Bundesrat eingebrachter Gesetzentwurf vor, nach dem in „internationalen Handelssachen“ das Englische die Gerichtssprache im deutschen Zivilprozess sein soll, wenn die Parteien dies vereinbart haben (BT-Dr 17/2163). Das Verfahren wird dann bei den an den Landgerichten gebildeten „Kammern für internationale Handelssachen“ (KfiH) und bei der Berufung auch am OLG in englischer Sprache geführt. In der Revision soll der BGH entscheiden können, ob auf Deutsch oder Englisch verfahren wird. Die Gerichtssprache Englisch soll den Justizstandort Deutschland für wirtschaftsrechtliche Prozesse mit hohem Gebührenpotenzial attraktiver machen. Die Urheber des Vorhabens sehen die deutsche Justiz als Dienstleistungsangebot auf einem internationalen Markt. Rechtsprechung staatlicher Gerichte ist und bleibt aber bei aller Anerkennung eines internationalen Wettbewerbs der Rechtssysteme eine Anwendung staatlicher Hoheitsmacht.

Nach Auffassung des Verf. missachtet der Gesetzentwurf grundlegende Sätze des deutschen Verfassungsrechts und des europäischen Unionsrechts, an denen auch eine weltoffene und wirtschaftlich denkende Standortpolitik für die Justiz nicht vorbeikommt. Dies wird hier in Thesenform skizziert und in dem Aufsatz ausführlich begründet.

Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Zulassung einer Rechtsbeschwerde

BVerfG, Beschl. v. 8. 12. 2010 – 1 BvR 381/10, NJW 2011, 1276

Lehrbuch § 1, Rn.6

Lehrbuch § 10, Rn. 94

Im Hinblick auf die unterschiedliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und das Fehlen einer Entscheidung des BGH zu der Frage, ob die Kosten für ein während des Zivilprozesses eingeholtes Privatgutachten nur dann erstattungsfähig sind, wenn das Gutachten den Verlauf des Rechtsstreits zu Gunsten der Partei beeinflusst oder jedenfalls nachweislich den Prozess gefördert hat, ist bei Entscheidungserheblichkeit im Kostenfestsetzungsbeschluss die Rechtsbeschwerde sowohl wegen grundsätzlicher Bedeutung als auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 574 Abs. 3 S. 1 ZPO zuzulassen.

Die Beklagten hatten im Prozess ein Privatgutachten eingeholt, um damit ein gerichtliches Gutachten qualifiziert angreifen zu können. Die hierfür aufgewandten 2000 € sah das LG (als Berufungsgericht) nicht als notwendige Kosten i.S.d. § 91 ZPO an und setzte sie nicht fest. Die sofortige Beschwerde hiergegen wies das LG zurück, ohne die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Dagegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde der Beklagten, die Erfolg hatte.

Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde verletzt das Recht der Bf. auf effektiven Rechtsschutz aus Art. GG Artikel 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Für den Zivilprozess ergibt sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch gem. Art. 2 I i. V. mit Art. 20 Absatz III GG. Es begründet zwar keinen Anspruch auf eine weitere Instanz; die Entscheidung über den Umfang des Rechtsmittelzugs bleibt vielmehr dem Gesetzgeber überlassen. Hat der Gesetzgeber sich jedoch für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden und sieht die betreffende Verfahrensordnung dementsprechend ein Rechtsmittel vor, so darf der Zugang dazu nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden.

Das LG hätte die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss vom 17. 12. 2009 sowohl wegen grundsätzlicher Bedeutung als auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 574 Abs. 3 S. 1 ZPO zulassen müssen. Das LG hat ohne Sachgrund von einer Zulassung abgesehen und auf diese Weise den Zugang zur Rechtsmittelinstanz unzumutbar erschwert. Eine Rechtsache hat grundsätzliche Bedeutung i. S. des § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, wenn sie eine klärungsbedürftige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, oder wenn andere Auswirkungen des Rechtsstreits auf die Allgemeinheit deren Interessen in besonderem Maße berühren. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage, wenn zu ihr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die Frage höchstrichterlich noch nicht geklärt ist. Eben dies ist der Fall.

Umdeutung von Prozesserkklärungen – Unzulässige Erledigterklärung

BGH, Beschl. v. 7. 12. 2010 – VIII ZB 14/10, NJW 2011, 129“

Lehrbuch § 1, Rn. 21

Lehrbuch § 30, Rn. 46

Eine im selbstständigen Beweisverfahren unzulässige einseitige Erledigungserklärung ist regelmäßig in eine Antragsrücknahme mit der Kostenfolge des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO umzudeuten. Dies gilt auch dann, wenn das Beweissicherungsinteresse zum Zeitpunkt der Erklärung entfallen war (im Anschluss an BGH NZBau 2005, 42, und BGH WuM 2011, 61).

Der Ast. hat im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens (§ ZPO § 485 ZPO) die Feststellung eines Mangels und dessen Ursache am Parkettboden der von ihm angemieteten Wohnung beantragt. Die Ag. hatten nach Einholung eines privaten Sachverständigengutachtens bereits vor Anhängigkeit des Verfahrens das Vorhandensein des Mangels und dessen Ursache (mangelhafte Verklebung des Parkettbodens) eingeräumt. Mit Beschluss vom 17. 7. 2009 hat das AG den Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens mangels Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig zurückgewiesen und dem Ast. die Kosten des Verfahrens auferlegt. Dies hat der BGH gehalten.

Im selbstständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbezugs von § 494 a ZPO keine Entscheidung über die Kostentragungspflicht zu treffen; diese Entscheidung ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens bilden einen Teil der Kosten eines anhängigen oder zukünftigen Erkenntnisverfahrens zwischen den Parteien, neben dem oder zu dessen Vorbereitung das selbstständige Beweisverfahren stattgefunden hat. Die Rechtsprechung hat jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen, weil in manchen Fällen der Ag. ein schützenswertes Interesse an einer sofortigen Kostenentscheidung im selbstständigen Beweisverfahren hat. Eine solche Kostenentscheidung ist insbesondere dann veranlasst, wenn der Ast. den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zurückgenommen hat (vgl. BGH, NZBau 2005, 42). So verhält es sich hier; die einseitige Erledigungserklärung des Ast. ist in eine Antragsrücknahme umzudeuten.

Eine einseitige Erledigungserklärung ist im selbstständigen Beweisverfahren unzulässig (BGH, NJW-RR 2004, 1005; NZBau 2005, 42). Sie ist aber regelmäßig in eine (wirksame) Antragsrücknahme mit der Kostenfolge entsprechend § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO umzudeuten, wenn nach dem Willen des Ast. das selbstständige Beweisverfahren endgültig beendet werden soll (BGH, NZBau 2005, 42; BGH WuM 2011, 61; vgl. ferner OLG Hamm, NZBau 2005, 696). Auch im Verfahrensrecht gilt in entsprechender Anwendung des § 140 BGB der Grundsatz, dass eine fehlerhafte Parteihandlung in eine zulässige und wirksame Prozesserkklärung umzudeuten ist, wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht (vgl. BGH, NJW 2001, 1217).

Die Umdeutung einer unzulässigen Erledigungserklärung in eine Antragsrücknahme entspricht regelmäßig dem mutmaßlichen Interesse des Ast. Denn dessen Ziel einer sofortigen Beendigung eines selbstständigen Beweisverfahrens kann nur durch eine Antragsrücknahme erreicht werden. Dem steht nicht entgegen, dass die Rücknahme mit der für den Ast. nachteiligen Kostentragungspflicht des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO

verbunden ist. Diesem Gesichtspunkt kommt angesichts des vorrangigen Willens, das Verfahren zu beenden, keine ausschlaggebende Bedeutung zu (a. A. OLG Düsseldorf, OLG-Report 2005, 453 [454]; OLG Hamburg, Beschl. v. 20. 10. 2006 – 9 W 88/06 Rdnr. 4; OLG Schleswig, NJW-RR 2009, 656). Denn die kostenrechtliche Situation des Ast. wird hierdurch nicht verschlechtert. Deutete man die – auch bei Wegfall des Beweissicherungsinteresses – unzulässige „Erledigungserklärung“ des Ast. nicht in eine Antragsrücknahme um, hätte dies zur Konsequenz, dass das Begehren des Ast. auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens aufrechterhalten bliebe und vom Gericht als unzulässig zurückzuweisen wäre. In diesem Falle wäre im selbstständigen Beweisverfahren aber (ebenfalls) eine Kostenentscheidung zu Lasten des Ast. zu treffen (so zutreffend die überwiegende Auffassung, vgl. etwa OLG Hamburg, MDR 1998, 242 m. w. Nachw.; OLG Frankfurt a. M., MDR 1998, 128; OLG Karlsruhe, NJOZ 2001, 698 = MDR 2000, 975 [976]; KG, GE 2001, 1602; OLG Stuttgart, BauR 1995, 278 [279]; OLG Naumburg, Beschl. v. 26. 5. 2010 – 1 W 27/10; offengelassen in BGH, NJW 1983, 284).

Ist danach auch bei Wegfall des Beweissicherungsinteresses eine unzulässige einseitige „Erledigungserklärung“ regelmäßig in eine Antragsrücknahme umzudeuten, ist dem allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, wonach derjenige die Kosten eines Verfahrens zu tragen hat, der seinen Antrag zurücknimmt (vgl. BGH, NZBau 2005, 42), in geeigneter Weise Geltung zu verschaffen. Kann kein Hauptsacherechtsstreit anhängig gemacht werden, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen werden kann, und haben sich die Parteien nicht über die Kostenverteilung geeinigt, ist über die Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auf Antrag ausnahmsweise im selbstständigen Beweisverfahren zu befinden (BGH, NZBau 2005, 42 m. w. Nachw.). Kommt es im selbstständigen Beweisverfahren nicht zur Erhebung verwertbarer Beweise (§ 493 ZPO), kann in einem nachfolgenden Hauptsacheprozess keine Entscheidung über die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens getroffen werden (vgl. für den Fall der Zurückweisung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens als unzulässig OLG Celle, OLG-Report 1995, 16). In diesem Fall besteht eine Regelungslücke, die dadurch zu schließen ist, dass bereits im selbstständigen Beweisverfahren über die Kostentragungspflicht zu befinden ist. Hieran besteht regelmäßig ein Interesse des Ag., der ansonsten darauf angewiesen wäre, in einem gesonderten Erkenntnisverfahren einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch gegen den Ast. geltend zu machen. Da ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch des Ag. nur in bestimmten Fällen besteht, ist diese Rechtsschutzmöglichkeit aber weniger Erfolg versprechend (vgl. hierzu BGH, NJW-RR 2004, 1005 m. w. Nachw.). Dagegen ist im Hinblick auf die oben angeführten Gründe kein schutzwürdiges Interesse des Ast. am Unterbleiben einer Kostenentscheidung im selbstständigen Beweisverfahren in den Fällen, in denen die Beweiserhebung ohne sein Zutun hinfällig geworden ist, zu erkennen.

Auslegung von Prozesserkklärungen – (Un-)bedingt eingelegte Berufung

BGH, Beschl. v. 8. 12. 2010 – XII ZB 140/10, NJW-RR 2011, 491

Lehrbuch § 1, Rn. 21

Lehrbuch § 31, Rn. 19

Wenn die gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsschrift oder eine Berufungsbegründung erfüllt sind, kommt die Deutung, dass der Schriftsatz nicht als zugleich eingelegte Berufung oder Berufungsbegründung bestimmt war, nur dann in Betracht, wenn sich dies aus den Begleitumständen mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit ergibt (im Anschluss an Senat, NJW-RR 2007, 1565; NJW-RR 2006, 144).

Die Parteien streiten um Mietzinsforderungen. Das Urteil des *AG* wurde der Kl. am 11. 12. 2009 zugestellt. Am 11. 1. 2010 ging beim BerGer. ein Schriftsatz des Klägervertreterers ein, der als „Berufung“ überschrieben ist. Nach dem vollständigen Rubrum sowie der Angabe der Beschwer folgt folgende Formulierung: „... lege ich namens und in Vollmacht der Kl. und Berufungskl. gegen das am 9. 12. 2009 verkündete Urteil ... vorbehaltlich Pkh-Bewilligung für die II. Instanz Berufung ein mit dem Antrag, ...“ Es folgen dann der Berufungsantrag der Kl. sowie eine mehrseitige Begründung, die mit folgendem Satz endet: „Dem Pkh-Antrag wie auch der Berufung wird stattzugeben sein“. Der Schriftsatz war vom Prozessbevollmächtigten der Kl. unterzeichnet.

Das *LG* hat die Berufung dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. gegen Empfangsbescheinigung zugestellt „mit der Gelegenheit zur Stellungnahme zum Pkh-Antrag binnen zwei Wochen“. Nach einem rechtlichen Hinweis vom 15. 2. 2010 hat es die Berufung mit dem angefochtenen Beschluss als unzulässig verworfen, weil sie unter der Bedingung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe eingelegt sei. Über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe hat das BerGer. nicht entschieden. Dem am letzten Tag der Berufungsfrist eingegangenen Schriftsatz war keine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Kl. beigefügt. Die gegen die Verwerfung ihrer Berufung gerichtete Rechtsbeschwerde der Kl. führte zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Das BerGer. hat die zugleich begründete Berufung der Kl. zu Unrecht nach § 522 Abs. 1 S. 2 ZPO als unzulässig verworfen, weil sie nicht rechtzeitig beim BerGer. eingelegt worden sei.

Im Ansatz zutreffend geht das BerGer. allerdings von der ständigen Rechtsprechung des *BGH* aus, wonach ein Schriftsatz, der alle formellen Anforderungen an ein Rechtsmittel oder eine Rechtsmittelbegründung erfüllt, regelmäßig als wirksam eingelegte Prozesserkklärung zu behandeln ist. Eine Deutung dahin, dass er gleichwohl nicht unbedingt als Rechtsmittel oder Rechtsmittelbegründung bestimmt ist, kommt nur in Betracht, wenn sich dies aus den Begleitumständen mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit ergibt (*Senat*, NJW-RR 2007, 1565; NJW-RR 2006, 144 L; FamRZ 2004, 1553 [1554]). Dabei ist im Zweifel zu Gunsten eines Rechtsmittelführers anzunehmen, dass er eher das Kostenrisiko einer ganz oder teilweise erfolglosen Berufung auf sich nimmt als von vornherein zu riskieren, dass seine Berufung als unzulässig verworfen wird (*Senat*, NJW-RR 2007, 1565; NJW 2008, 1740).

Den Schriftsatz des Klägervertreterers vom 11. 1. 2010 hat das BerGer. allerdings zu Unrecht als lediglich bedingt eingelegte Berufung behandelt.

Der Schriftsatz der Kl. erfüllt sämtliche formellen Anforderungen an einen Berufungsschriftsatz und eine Berufungsbegründung. Entsprechend § 519 Abs. 2 ZPO wurde das

angefochtene Urteil unter Angabe des vollständigen Rubrums konkret bezeichnet und es wurde gegen dieses Urteil „Berufung“ eingelegt. Der Schriftsatz enthält außerdem einen Berufungsantrag und dessen Begründung (§ 520 Abs. 3 Nrn. 1 bis 4 ZPO). Schließlich ist er von dem Prozessbevollmächtigten der Kl. eigenhändig unterschrieben.

Dem BerGer. ist einzuräumen, dass der Formulierung im Berufungsschriftsatz, die Berufung werde „vorbehaltlich Pkh-Bewilligung für die II. Instanz“ eingelegt, Zweifel entnehmen lassen, ob das Rechtsmittel schon mit Eingang beim BerGer. erhoben und begründet werden sollte. Wie das BerGer. weiter zutreffend ausführt, kommt dem Umstand, dass diese Formulierung vom übrigen Text durch einen Absatz abgetrennt und fett gedruckt ist, besondere Bedeutung zu.

Unter Berücksichtigung der weiteren Einzelheiten lässt sich der Formulierung allerdings keine jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Deutlichkeit für eine lediglich bedingt eingelegte und somit unwirksame Berufung entnehmen. Denn der Schriftsatz ist als „Berufung“ überschrieben und auch dies ist im Schriftbild hervorgehoben und fett gedruckt. Die Kl. wird in dem Schriftsatz zugleich als Berufungskl. bezeichnet und hat nach dem weiteren Wortlaut des Schriftsatzes Berufung eingelegt mit dem Antrag: „Die Bekl. ... unter Aufhebung des abweisenden Teils des erstinstanzlichen Urteils“ zu verurteilen, an sie weitere 900 Euro zu zahlen. Dieser Antrag ist im Folgenden bereits begründet, was für den ernstlichen Willen zur Durchführung der Berufung spricht. Schließlich deutet auch der Schlusssatz der Rechtsmittelbegründung, dem Prozesskostenantrag „wie auch der Berufung“ werde stattzugeben sein, auf ein bereits unbedingt eingelegtes Rechtsmittel hin. Zwar ist nicht auszuschließen, dass die weiteren Formulierungen im Schriftsatz vom 11. 1. 2010 sämtlich von der vorbehaltlichen Pkh-Bewilligung als Obersatz erfasst und somit nur für den Fall der Bewilligung der Prozesskostenhilfe aufgestellt worden sind. Insoweit verbleiben aber Zweifel, zumal der Schriftsatz als „Berufung“ überschrieben ist.

Hinzu kommt, dass das *LG* den Schriftsatz zunächst selbst als Berufung behandelt und an den Beklagtenvertreter zugestellt hat. Schließlich hat das BerGer. nicht über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe entschieden, weil es der Formulierung im Schriftsatz vom 11. 1. 2010 offensichtlich keinen solchen ausdrücklichen Antrag entnommen hat. Enthält der am letzten Tag der Berufungsfrist eingegangene Schriftsatz allerdings keinen wirksamen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, spricht dies zusätzlich dafür, dass stattdessen das vollständig vorliegende Rechtsmittel nebst Begründung wirksam und somit unbedingt eingelegt werden sollte.

Weil der Schriftsatz vom 11. 1. 2010 sämtliche formellen Voraussetzungen an eine Berufung und Berufungsbegründung enthält und jedenfalls Zweifel verbleiben, ob das Rechtsmittel lediglich bedingt eingelegt und begründet werden sollte, liegt ein unbedingt eingelegtes und begründetes Rechtsmittel vor. Die Rechtsmittelfrist ist damit gewahrt. Auf die Rechtsbeschwerde der Kl. ist die angefochtene Entscheidung deswegen aufzuheben und das Verfahren zur Entscheidung über die Berufung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 S. 1 ZPO).

Auslegung von Prozesserkklärungen – Abgrenzung Berufung/Anschlussberufung

BGH, Beschl. v. 29. 3. 2011 – VIII ZB 25/10, NJW 2011, 1455

Lehrbuch § 1, Rn. 21

Lehrbuch § 31, Rn. 24

Das der Klage teilweise stattgebende Urteil ist den Bekl. am 16. 12. 2009 und den Kl. am 21. 12. 2009 zugestellt worden. Die Bekl. haben mit einem am 8. 1. 2010 beim LG eingegangenen Anwaltsschriftsatz Berufung gegen das Urteil eingelegt. Am 21. 1. 2010 hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. beim LG einen auf diesen Tag datierten Anwaltsschriftsatz eingereicht, der das Begehren der Kl. als Anschlussberufung bezeichnet, daneben den Vermerk „Original vorab per Fax“ trägt und zudem auf die am 21. 12. 2009 erfolgte Zustellung des angefochtenen Urteils verweist. Weiter wird mitgeteilt, dass Anträge und Begründung einem gesonderten Schriftsatz vorbehalten bleiben. Außerdem ist in dem Schriftsatz folgender Passus enthalten: „Zum Wert für das Rechtsmittel wird schon jetzt ausgeführt: Der Wert der Beschwer richtet sich nach § 8 ZPO, so dass der Wert des Beschwerdegegenstands den Betrag von 600 Euro übersteigt.“ Mit am 12. 2. 2010 beim LG eingegangenen Schriftsatz haben die Kl. ihr Begehren begründet. Das LG hat die Berufung der Bekl. als unzulässig verworfen, weil der Wert des Beschwerdegegenstands 600 Euro nicht übersteige. Zugleich hat es festgestellt: „Die Anschlussberufung der Kl. ist wirkungslos“. Hiergegen richtete sich die Rechtsbeschwerde der Kl. Der BGH hat eine zulässige selbstständige Berufung der Kläger angenommen.

Das BerGer. hat das Vorliegen der Voraussetzungen des § 524 Abs. 4 ZPO rechtsfehlerhaft bejaht. Denn bei zutreffender Auslegung der im Anwaltsschriftsatz vom 21. 1. 2010 abgegebenen Prozesserkklärung ist das Rechtsmittelbegehren der Kl. als Berufung nach § 511 Abs. 1I, ZPO § 511 Abs. 2I ZPO und nicht als – unselbstständige – Anschlussberufung (§ 524 ZPO) zu werten. Bei der Auslegung dieser Prozesserkklärung ist der Senat nicht an die Würdigung des BerGer. gebunden.

Bei der Auslegung der von den Kl. mit Anwaltsschriftsatz vom 21. 1. 2010 abgegebenen Erklärung ist – wie stets bei der Auslegung von Prozesserkklärungen – der Grundsatz zu beachten, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht. Gemessen daran haben die Kl. im Streitfall ein eigenständiges Rechtsmittel und keine Anschlussberufung nach § 524 ZPO eingelegt.

Der in der Rechtsmittelschrift verwendeten Bezeichnung „Anschlussberufung“ kommt entgegen der Auffassung des BerGer. keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Denn die weiteren Ausführungen im Schriftsatz vom 21. 1. 2010 machen deutlich, dass die Kl. ihre Prozesserkklärung an den bei einer Berufung zu beachtenden Anforderungen (§§ 511, 517, 519 ZPO) ausgerichtet haben.

Dem genannten Schriftsatz ist zunächst zu entnehmen, dass hierdurch die Berufungsfrist des § 517 ZPO gewahrt werden sollte. Dies ergibt sich aus der Angabe des Datums der Zustellung des angefochtenen Urteils (21. 12. 2009) und dem Vermerk „Original vorab per Fax“. Denn wenn sich die Kl. nur dem Rechtsmittel der Bekl. hätten anschließen wollen, hätte für eine vorab per Telefax erfolgende Übermittlung dieses Schriftsatzes keine Veranlassung bestanden. Die bei einer Anschlussberufung zu beachtende Frist nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO hätte erst mit der – noch nicht bewirkten – Zustellung der gegnerischen Berufungsbegründung zu laufen begonnen. Der gewähl-

ten Übersendungsart kommt allein vor dem Hintergrund einer selbstständigen Berufung Bedeutung zu. Da die mit der Zustellung des angefochtenen Urteils in Lauf gesetzte Berufungsfrist (§ 517 ZPO) mit Ablauf des 21. 1. 2010 endete, war zur Wahrung dieser Frist eine Übermittlung des auf diesen Tag datierten Schriftsatzes am selben Tag per Telefax erforderlich.

Die im Schriftsatz vom 21. 1. 2010 weiter enthaltenen Ausführungen zur Höhe der geltend gemachten Beschwer, die nach zutreffender Einschätzung der Kl. den Betrag von 600 Euro übersteigt, lassen sich bei verständiger Würdigung ebenfalls nur mit einem Rechtsmittel nach § 511 ZPO, nicht aber mit einer Anschlussberufung nach § 524 ZPO in Einklang bringen. Denn eine Berufung ist nach § 511 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn mit ihr eine Beschwer beseitigt werden soll, deren Wert 600 Euro übersteigt oder wenn – was vorliegend nicht der Fall ist – das erstinstanzliche Gericht die Berufung zugelassen hat (§ 511 Abs. 2 ZPO). Dagegen setzt eine Anschlussberufung keine Beschwer voraus. Die Ausführungen zum Wert des Beschwerdegegenstandes wären daher überflüssig, wenn die Kl. mit dem Schriftsatz vom 21. 1. 2010 lediglich die Einlegung einer Anschlussberufung nach § 524 ZPO beabsichtigt hätten.

Auch der Umstand, dass die Kl. angekündigt haben, ihre Anträge und die Begründung ihres Begehrens in einem späteren Schriftsatz nachzureichen, ist nur vor dem Hintergrund der Bestimmung des § 520 Abs. 2 ZPO verständlich. Denn während für die Begründung einer Berufung (nebst Antragstellung) eine eigenständige Frist läuft, verlangt das Gesetz für die Anschlussberufung eine Begründung in der Anschlussschrift selbst (§ 524 Abs. 3 S. 1 ZPO).

Da die Kl. bei der Einreichung des ordnungsgemäß von einem postulationsfähigen Rechtsanwalt unterzeichneten und verantworteten Schriftsatzes vom 21. 1. 2010 die formalen Anforderungen an die Zulässigkeit einer eigenständigen Berufung beachtet und in der Folgezeit auch die Frist für die Einreichung einer Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 ZPO) gewahrt haben, ist das Begehren der Kl. unter Würdigung der Gesamtumstände nicht als Anschlussberufung i. S. von § 524 ZPO auszulegen, sondern als Berufung nach § 511 ZPO, die durch die Verwerfung des gegnerischen Rechtsmittels nicht wirkungslos geworden ist.

Keine Klageabweisung bei Heilungsmöglichkeit des Zustellungsmangels

BGH, Urteil vom 7. 12. 2010 - VI ZR 48/10, NJW-RR 2011, 417

Lehrbuch § 1, Rn. 22

Lehrbuch § 6, Rn. 13

Die Kl. verlangt von der Bekl., einer Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Spanien, Schadensersatz wegen eines Verkehrsunfalls, der sich am 9. 4. 2008 in Frankreich zwischen einem Lkw der Kl. und einem bei der Bekl. versicherten Lkw ereignet hat. Die Bekl. beauftragte die *G-Versicherung-AG* mit der Schadensregulierung. Die Kl. hat beim *AG* ihrerseits am 12. 11. 2008 die Klageschrift eingereicht. Mit Verfügung vom 8. 12. 2008 hat der Richter am *AG* Zustellung an die Bekl. mit dem handschriftlichen Zusatz „Zustellungsbevollmächtigte“ angeordnet. Die Zustellung ist den Angaben in der Klageschrift entsprechend an die Schadensregulierungsbeauftragte adressiert worden. Mit Schriftsatz vom 14. 1. 2009, eingegangen bei Gericht am 16. 1. 2009, hat sich für die Bekl. Rechtsanwalt *B* unter anwaltlicher Versicherung der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung bestellt. Er hat gerügt, dass die Klage nicht wirksam

zugestellt worden sei, weil die Schadensregulierungsbeauftragte nicht zustellungsbevollmächtigt sei. Vorsorglich hat er sich zur Begründetheit der Klage geäußert. In den mündlichen Verhandlungen vor dem *AG* und dem *BerGer.* ist Rechtsanwalt *B* als Prozessvertreter der *Bekl.* aufgetreten. Er hat die fehlerhafte Zustellung wegen der mangelden Zustellungsvollmacht der Schadensregulierungsbeauftragten weiter gerügt. Außerdem hat er sich hilfsweise zur Sache geäußert.

Das *AG* hat die Klage als unbegründet abgewiesen, weil die Klage nicht wirksam zugestellt worden sei. Die hiergegen gerichtete Berufung der *Kl.* hat das *BerGer.* mit der Maßgabe, dass die Klage unzulässig sei, zurückgewiesen. Die internationale Zuständigkeit des *AG* für den Direktanspruch gegen den ausländischen Versicherer mit Geschäftssitz in der Europäischen Union sei nach Artikel 11 Absatz II i. V. mit Artikel 9 Absatz I lit. b *EuGVVO* gegeben. Die Klage habe ohne Erteilung einer ausdrücklichen rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht durch die *Bekl.* nicht wirksam an die Schadensregulierungsbeauftragte zugestellt werden können. Die rechtlich gebotene und von Amts wegen zu betreibende Zustellung der Klage an die *Bekl.* im Ausland könne nicht bewirkt werden, weil die *Kl.* sich weigere, eine spanische Übersetzung der Klageschrift einzureichen und die *Bekl.* ihrerseits die Verweigerung der Annahme einer Klageschrift, der eine spanische Übersetzung nicht beigefügt sei, angekündigt habe. Die Heilung des Zustellungsmangels durch den tatsächlichen Zugang der Klageschrift an die *Bekl.*, der unterstellt werden könne, scheitere daran, dass die vom *AG* verfügte Zustellung nicht an die *Bekl.* gerichtet gewesen sei. Auf Grund der Rügen des Prozessbevollmächtigten der *Bekl.* sei der Zustellungsmangel auch nicht geheilt. Die Heilung des Mangels durch den tatsächlichen Zugang der Klageschrift an die *Bekl.*, der unterstellt werden könne, scheitere daran, dass die vom *AG* verfügte Zustellung nicht an die *Bekl.* gerichtet gewesen sei. Auf Grund der Rügen des Prozessbevollmächtigten der *Bekl.* habe auch das Verhandeln zur Sache die Zustellung infolge Rügeverzichts nicht geheilt. Die Klage sei nicht rechtshängig geworden und deshalb als unzulässig abzuweisen.

Die Revision der *Kl.* führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das *AG*.

Auf die Frage, ob die inländische Schadensregulierungsbeauftragte zur Zustellung der Klage als bevollmächtigt gilt, kommt es auf Grund der Besonderheiten des Streitfalls nicht an. Für den erkennenden *Senat* besteht deshalb auch nicht die Pflicht, die Frage dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vorzulegen (Art. 267 *AEUV*).

Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt der Vorinstanzen, dass die deutschen Gerichte für die Klage gegen den ausländischen Versicherer wegen der behaupteten Schäden aus dem Verkehrsunfall international zuständig sind, was auch unter der Geltung des § 545 Absatz II *ZPO* in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (*Senat*, *NJW* 2010, 1752 und *NJW-RR* 2010, *NJW* jeweils m. w. Nachw.). Der Geschädigte kann vor dem Gericht des Ortes in einem Mitgliedstaat, an dem er seinen Wohnsitz hat, eine Klage unmittelbar gegen den Versicherer des Schädigers erheben, sofern eine solche unmittelbare Klage zulässig und der Versicherer im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig ist (Art. 11 Absatz II i. V. mit Art. 9 Absatz I lit. b *EuGVVO*; *EuGH*, *NJW* 2008, 819). Dass die erforderlichen Umstände im Streitfall gegeben sind, wird von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. Auf Grund der in Art. 3 der 4. Kraftfahrzeughaftpflicht-Richtlinie enthaltenen Verpflichtung besteht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mithin auch in Frankreich und Spanien, ein Direktanspruch des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers.

Die Frage, ob die Zustellung der Klage an die Bekl. wirksam und die Klage rechts­hängig geworden ist, beurteilt sich nach dem hier anzuwendenden deutschen Zivil­prozessrecht. Das deutsche Recht bestimmt autonom, unter welchen tatsächlichen Um­ständen die Auslandszustellung notwendig ist oder ob die Inlandszustellung genügt. Dies gilt grundsätzlich auch für die Zustellung von den Prozess einleitenden Schrift­stücken.

Im Streitfall ist die Zustellung ins Ausland nicht mehr geboten, nachdem sich Rechts­anwalt *B* als Prozessbevollmächtigter für die Bekl. bestellt hat.

Hat die Partei in einem anhängigen Verfahren einen Prozessbevollmächtigten, gebietet § 172 Absatz I 1 ZPO die Zustellung an diesen. In dem Auftreten eines Rechtsanwalts vor Gericht liegt zugleich seine „Bestellung“ zum Prozessbevollmächtigten i. S. von § 172 ZPO, selbst wenn er keine Prozessvollmacht hat. Der Partei selbst ist nur dann zu­zustellen, wenn sich ein Prozessbevollmächtigter noch nicht bestellt hat (§ 172 Absatz II 3 ZPO). Nach der Regelung in § ZPO § 271 Absatz I ZPO hat das Gericht die Kla­geschrift unverzüglich zuzustellen. Hierzu bedarf es weder eines besonderen Antrags des Klägers, noch obliegt es ihm, um die Zustellung der Klage in bestimmter Form zu ersuchen; die Gerichte selbst haben vielmehr dafür Sorge zu tragen, dass eine wirksa­me Zustellung erreicht wird.

Nach der Regelung in § 189 ZPO gilt ein unter Verletzung zwingender Zustellungs­vorschriften zugegangenes Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist. Die Heilung von Mängeln, die bei der Ausführung der Zustellung unterlaufen sind, soll nach dem Willen des Gesetzgebers von Gesetzes wegen eintreten, wenn der Zustellungszweck erreicht ist. Aus dem Wortlaut des § 189 ZPO, wonach es sich um ein Dokument handeln muss, das „der Person, an die die Zu­stellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte“ zugegangen ist, folgt das Erfordernis, dass das Gericht eine förmliche Zustellung mit Zustellungs­willen bewirken wollte. Nach Sinn und Zweck ist die Vorschrift weit auszulegen und auch dann anzuwenden, wenn ein Rechtsanwalt erst durch spätere Bevollmächtigung zu einem Prozessbeteiligten wird und er bereits zuvor oder zeitgleich mit der Bevoll­mächtigung in den Besitz des zuzustellenden Schriftstücks gelangt ist.

Nach diesen Grundsätzen musste schon das *AG* der Frage nachgehen, ob der Prozess­bevollmächtigte *B* die Klageschrift erhalten hat und dadurch der Zustellungsmangel gem. § 189 ZPO geheilt worden ist. Auch das *BerGer.* durfte ohne Klärung der nähe­ren Umstände die Berufung der Kl. nicht mit der Maßgabe zurückweisen, dass die Klage infolge fehlender Rechtshängigkeit unzulässig sei.

Zustellungsadressat für die Bekl. war mit der Bestellung im Schriftsatz vom 14. 1. 2009 nach der Regelung in § 172 Absatz I 1 ZPO Rechtsanwalt *B* und nicht mehr die Bekl. selbst. Auch die Schadensregulierungsbeauftragte war jedenfalls von da ab nicht mehr Zustellungsbevollmächtigte für Zustellungen im anhängigen Rechtsstreit. Viel­mehr ist inzwischen Rechtsanwalt *B* als Prozessbevollmächtigter der Bekl. der richtige Zustellungsadressat. Ist er in den Besitz der Klageschrift, deren Zustellung der Richter an die Zustellungsbevollmächtigte verfügt hat, gelangt, ist die Klage in jedem Fall auf Grund der Heilung des Zustellungsmangels nach § 189 ZPO rechtshängig geworden. Dafür sprechen Vortrag und das Verhandeln zur Sache, die eine Kenntnis der Um­stände des Streitfalls voraussetzen. Doch ist dies durch Befragung des Rechtsanwalts *B* zu klären. Sollte Rechtsanwalt *B* zwischenzeitlich nicht in den Besitz der Klageschrift gekommen sein und wäre entsprechend der Auffassung des *AG* und des *BerGer.* die

Wirksamkeit der Zustellung an die Schadensregulierungsbeauftragte zu verneinen, wird im Hinblick auf die Prozessförderungspflicht des Gerichts die Zustellung der Klageschrift an ihn zu veranlassen und sodann in der Sache zu entscheiden sein.

Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben (§562 Absatz I ZPO). Zugleich steht fest, dass das *AG* die Klage zu Unrecht abgewiesen hat. Da das *BerGer.* aus diesem Grund bei richtiger Verfahrensweise das Urteil des *AG* hätte aufheben und die Sache an das *AG* zurückverweisen müssen (§ 538 Absatz II Nr. 3 ZPO), ist dies vom *Senat* nachzuholen.

Rechtliches Gehör – Schriftsatzrecht oder Wiedereröffnung der Verhandlung

BGH, Beschl. v. 20. 9. 2011 – VI ZR 5/11, NJW-RR 2011, 1558

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Lehrbuch § 6, Rn. 45

Räumt das Gericht einer Partei ein Schriftsatzrecht zur Stellungnahme zu einem erst in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis ein und wird in einem daraufhin eingegangenen Schriftsatz neuer entscheidungserheblicher Prozessstoff eingeführt, so muss das Gericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen oder in das schriftliche Verfahren übergehen, um dem Gegner rechtliches Gehör zu gewähren (§§ 156, 296a ZPO).

Überraschungsentscheidung als Gehörsverletzung

BGH, Beschl. v. 13. 1. 2011 – VII ZR 22/10, NJW-RR 2011, 487

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Lehrbuch § 6, Rn. 43

Der Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör soll diese vor Überraschungsentscheidungen schützen. Art. 103 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn ein Gericht ohne vorherigen Hinweis auf rechtliche Gesichtspunkte oder Erwägungen abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (*BVerfG*, NJW 2003, 2524). Die in § 139 Abs. 2 ZPO normierte Hinweispflicht konkretisiert diesen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dabei stellt nicht jeder Verstoß gegen § 139 ZPO eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Die Vorschrift geht über das verfassungsrechtlich gebotene Minimum hinaus (*BVerfG*, NJW-RR 2005, 936 [937]). Es bedarf vielmehr im Einzelfall der Prüfung, ob dadurch zugleich das unabdingbare Maß verfassungsrechtlich verbürgten rechtlichen Gehörs verkürzt worden ist (*BVerfGE* 60, 305).

Das Gericht verletzt diesen Anspruch des Bestellers, wenn es dem Unternehmer überraschend Umsatzsteuer auf seinen Werklohn zuspricht, obwohl dies weder beantragt noch Gegenstand der schriftsätzlichen Auseinandersetzung unter den Parteien war, und wenn es einen Gegenanspruch des Bestellers wegen einzelner fehlender Belege teilweise aberkennt, obwohl der Unternehmer insoweit nicht konkret bestritten hat.

Recht auf Entscheidung in angemessener Zeit

HessStGH, Beschl. v. 13. 4. 2011 – P.St. 2301, NJW-RR 2011, 1559

Lehrbuch § 1, Rn. 47

In dem seit 2004 beim LG Frankfurt a. M. anhängigen Ausgangsverfahren nimmt der Ast. eine Versicherung auf Zahlung von circa 1,5 Millionen Euro im Zusammenhang mit der Beschädigung eines Bäckereibetriebs in Anspruch. Die Grundrechtsklage, mit der eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 3 HessVerf) geltend gemacht wurde, wurde mit folgenden Erwägungen zurückgewiesen:

1. Der Zeitraum, innerhalb dessen zur Wahrung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz eine abschließende gerichtliche Entscheidung zu ergehen hat, lässt sich nicht allgemein festlegen, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache, die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen, sowie die gerichtlich nur eingeschränkt zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen. Dagegen kann sich der Staat nicht auf solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen. Die Fachgerichte haben die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen. Eine Grundrechtsverletzung kommt nur in besonders krassen Fällen der Verzögerung einer gerichtlichen Entscheidung in Betracht, die auf eine Rechtsverweigerung hinausläuft.

2. Grundsätzlich obliegt die zeitliche Gestaltung eines Verfahrens im Rahmen der maßgeblichen prozessrechtlichen Bestimmungen in erster Linie dem mit der Sache befassten Gericht. Die Steuerung des Verfahrensablaufs, aber auch die Nutzung der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, beispielsweise im Zivilprozess den Streitstoff etwa durch den Erlass eines Grund- oder eines Teilurteils abzuschichten, stehen im Ermessen des mit der Sache befassten Gerichts. Einfach-rechtliche Fehler, die in diesem Zusammenhang geschehen und zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, sind der Prüfung durch den Staatsgerichtshof als Verfassungsgericht entzogen, sofern sie nicht die Grenze zur Willkür überschreiten.

3. Der Hinweis eines Gerichts, dass wegen eines Dezernatswechsels bzw. der Übernahme eines vollen Dezernats durch eine Teilzeitkraft eine zeitnahe Terminierung nicht in Betracht komme, lässt den Schluss auf eine verfassungsrechtlich relevante Verzögerung des Verfahrens durch eine unzureichende Personalausstattung der Justiz durch das Land nicht zu, wenn das Gericht zugleich – sachlich gerechtfertigt – Vergleichsverhandlungen anregt und seine Mithilfe dabei anbietet.

*Anm.: Seit dem 1.1.2012 ist die Durchsetzung des Anspruchs auf Rechtsgewährung in angemessener Zeit aus Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG; 13 EMRK in §§ 198 ff. GVG geregelt. Besteht Anlass zu der Besorgnis, dass das Verfahren nicht in angemessener Zeit abgeschlossen wird, kann jede Partei bei dem Prozessgericht eine **Verzögerungsrüge** erheben. Hierüber ergeht keine gerichtliche Entscheidung. Hilft das Gericht der Rüge nicht durch eine Verfahrensbeschleunigung ab, kann frühestens nach 6 Monaten eine **Entschädigungsklage** bei dem OLG erhoben werden, in dessen Bezirk die zuständige Landesregierung ihren Sitz hat. Auf diese Klage hin kann durch Urteil festgestellt werden, dass die Verfahrensdauer unangemessen war, ggf. eine Entschädigung in Höhe von regelmäßig 1.200,- € pro Jahr Verzögerungsdauer festgesetzt werden.*

Die Vollstreckungserinnerung, § 766 ZPO

Aufsatz von Becker in JuS 2011, 37

Lehrbuch § 1, Rn. 52

Zwangsvollstreckungsrechtliche Klausuren gehören zum regelmäßigen Prüfungsstoff im zweiten Staatsexamen. Zentral tauchen dabei immer wieder drei prozessuale Problemkreise auf: die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO, die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO sowie die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO. Der Beitrag behandelt die Vollstreckungserinnerung und zeigt dem Referendar einen Überblick über die Prüfungsfolge, die zentralen Problemfelder sowie Tenorierungsbeispiele für die Klausur auf.

Zwei-Parteien-Prinzip - Kosten nach Tod einer vom Prozessgegner allein beerbten Partei

BGH, Beschl. v. 16. 12. 2010 – Xa ZR 81/09, NJW-RR 2011, 487

Lehrbuch § 2, Rn. 3

Lehrbuch § 10, Rn. 52

Der inzwischen verstorbene Kl. hat die Ast., seine Tochter, auf Herausgabe mehrerer Goldmünzen in Anspruch genommen. Die Ast. hat unter anderem geltend gemacht, der Kl. sei nicht prozessfähig. Das LG hat der Klage stattgegeben, weil der Kläger im Zeitpunkt der Erteilung der Prozessvollmacht prozessfähig gewesen sei und zudem aufgrund einer wirksamen Vorsorgevollmacht von seinem Sohn, dem Ag., vertreten werde. Die Berufung der Ast. gegen das erstinstanzliche Urteil ist erfolglos geblieben (*OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 30. 6. 2009 – 3 U 100/06). Vor der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde ist der Kl. verstorben. Seine Alleinerbin ist die Ast. Diese beantragte nunmehr, dem Ag. die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Der Antrag blieb ohne Erfolg.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Kostenentscheidung in der gegenwärtigen Verfahrenslage noch in Betracht kommt. Wird die Partei eines Rechtsstreits wie hier Alleinerbin ihres einzigen Gegners, endet das Verfahren wegen des Verbots des Insichprozesses in der Hauptsache. Auch eine Kostenentscheidung nach § ZPO § 91 a ZPO kommt dann grundsätzlich nicht in Betracht (*BGH*, NJW-RR 1999, 1152). Der *BGH* hat es in der zitierten Entscheidung allerdings für möglich gehalten, ein solches Verfahren fortzusetzen, um eine Kostenentscheidung entsprechend § 97 Absatz I ZPO zu treffen. Ob eine Fortsetzung auch dann in Betracht kommt, wenn beantragt ist, die Kosten einem Dritten aufzuerlegen, der den Rechtsstreit als Vertreter ohne Vertretungsmacht geführt hat, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Der Ag. ist nicht verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob der Kl. bei der Erteilung der Vorsorgevollmacht geschäftsfähig war. Nach der Rechtsprechung des *BGH* sind im Fall des Fehlens einer wirksamen Bevollmächtigung die Prozesskosten grundsätzlich demjenigen aufzuerlegen, der den nutzlosen Verfahrensaufwand veranlasst hat. Der vollmachtlose Vertreter kommt als Veranlasser in der Regel dann in Betracht, wenn er den Mangel der Vollmacht kennt. Ist der Vertreter dagegen gutgläubig im Besitz einer tatsächlich erteilten Vollmacht, ist die Partei als Veranlasser anzusehen, und zwar auch dann, wenn sie prozessunfähig ist. Selbst wenn die Vollmacht vorliegend unwirksam wäre,

bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Ag. die Unwirksamkeit kannte.

Für eine Kostenentscheidung zu Lasten der Ast. besteht kein Anlass. Die Ast. hat die Kosten des Verfahrens über die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 22 Abs. 1 GKG schon deshalb zu tragen, weil sie das Rechtsmittel eingelegt hat.

Gewillkürte Prozessstandschaft vermögenslos gewordener Partei – Abgetretene Werklohnforderung

BGH, Urt. v. 29. 9. 2011 – VII ZR 162/09, NJW-RR 2011, 1690

Lehrbuch § 2, Rn. 25

Eine nach Prozesseinleitung vermögenslos gewordene Partei, die den Prozess nach einer Abtretung und Ermächtigung durch den Zessionar, die Forderung prozessual geltend zu machen, fortführt, handelt grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich.

Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen

Aufsatz von Wagner in NJW 2011, 1404

Lehrbuch § 3, Rn. 6

Die Abhandlung informiert über die jüngsten Entwicklungen im Bereich der europäischen Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts sowie der deutschen Umsetzungsgesetzgebung. Angesprochen werden auch einige aktuelle Entscheidungen des EuGH.

Der Verfasser gibt in seinem Beitrag einen Überblick über die neuesten Entwicklungen der europäisch justiziellen Zusammenarbeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten. Dabei wird zunächst auf die das internationale Scheidungsrecht betreffende Rom III-VO eingegangen, die u.a. Änderungen der Brüssel IIa-VO enthält. Im Anschluss werden die Gesetzgebungsvorschläge der Europäischen Kommission genannt, die sich derzeit noch in Bearbeitung befinden. Dazu zählen u.a. Themen aus dem internationalen Erbrecht, der Gerichtsstand- und Vollstreckungsverordnung, dem internationalen Güterrecht und ein Richtlinienvorschlag zu einer europäischen Schutzanordnung. Nach einem kurzen Überblick über die sich in Vorbereitung befindlichen Projekte werden Neuerungen bezüglich des Lugano-Übereinkommens, des Haager Kinderschutzübereinkommens, des Haager Unterhaltseinkommens sowie die für die deutsche Umsetzung und Durchführung relevanten EU-Unterhaltsverordnung und die EG-Mediationsrichtlinie dargestellt. Sodann stellt der Verfasser noch neue Entscheidungen sowie derzeit anhängige Verfahren des EuGH vor. Diese betreffen unter anderem die EuGVVO, Brüssel II- und Brüssel IIa-VO, EuBVO, EVÜ und die EuInsVO.

Europäisches Internationales Privatrecht: Die Rom-Verordnungen

Aufsatz von Staudinger/Steinrötter in JA 2011, 241

Lehrbuch § 3, Rn. 6

Bereits seit geraumer Zeit stellen die sog. Rom-Verordnungen der EU die Grundlage für die Ermittlung des anwendbaren materiellen Rechts bei grenzüberschreitenden

Sachverhalten dar. Deren Grundlagen sowie ein Bearbeitungsschema sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung, die in einem noch ausstehenden zweiten Teil das Europäische Zivilverfahrensrecht (die „Brüssel-Verordnungen“) darstellen will.

Die Verfasser erörtern in ihrem Beitrag die Rom I- (juris: EGV 593/2008) und II- (juris: EGV 864/2007) Verordnungen. Dabei beschreiben sie zunächst deren räumlichen, intertemporalen, sowie sachlichen Anwendungsbereich. Beim räumlichen Anwendungsbereich heben die Verfasser hervor, dass auf Dänemark nicht die Rom I und Rom II Verordnung Anwendung finden, sondern hier das EVÜ (juris: EUVtr) und nationales IPR gelte. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereich führen die Autoren an, dass nach Art. 1 Abs. 1 Rom I sowie Art. 1 Abs. 1 Rom II, die Verordnungen für vertragliche bzw. außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen gelten, wobei öffentlich-rechtliche Verträge und außervertragliche (Staatshaftungs-) Ansprüche aus den Anwendungsbereichen herausfallen. Sodann wird aufgezeigt, dass viele Schuldverhältnisse ausdrücklich im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Rom I bzw. Art 1 Abs. 2 Rom II vom Anwendungsbereich dieser Verordnungen ausgeschlossen sind und die Problematik der c.i.c angesprochen. Schließlich findet der Vorrang von Gemeinschaftsrechten und Übereinkommen gemäß Art. 23, 25 Rom I und Art. 27, 28 Rom II Erwähnung. In der weiteren Betrachtung wird auf die Rechtswahl und deren Beschränkung eingegangen. Hinsichtlich Rom I wird auf den Grundsatz der Privatautonomie abgestellt, gleichwohl aber von den Autoren aufgezeigt, dass Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I der Privatautonomie Grenzen setzt. Hinsichtlich Rom II wird auf die Wahl staatlichen Rechts verwiesen i.S.v Art 14 Abs. 1 Rom II. Danach gehen die Autoren auf das anzuwendende Recht im Falle mangelnder Rechtswahl ein. Bei Rom I wird hier insbesondere auf eine objektive Anknüpfung verwiesen und vor allem auf Art 4 Abs. 1-4 Rom I eingegangen. Für Rom II unterscheiden die Autoren den Fall der unerlaubten Handlung, bei der insbesondere Art. 4 Rom II gelte. Schließlich nennen die Autoren verschiedene Sonderanknüpfungen (Art. 5 ff. Rom I) und gehen vertieft auf Verbraucherverträge i.S.v Art 6 Rom I ein. Zum Schluss geben sie ein Aufbau-schema für die IPR-Klausur.

Anforderung an wirksame Gerichtsstandsvereinbarung nach der EuGVVO

AG Geldern, Urt. v. 20. 4. 2011 – 4 C 33/11, NJW-RR 2011, 1503

Lehrbuch § 3, Rn. 6

Eine Gerichtsstandsvereinbarung entspricht nicht der elektronischen Form des Artikel 23 Absatz II EuGVVO, wenn sie in AGB getroffen wird, die durch die „click-wrapping-Methode“ in den Vertrag einbezogen worden sind.

Rechtsanwaltstätigkeit in anderen EU-Staaten

Aufsatz von Frenz/Wübbenhorst in NJW 2011, 1262

Lehrbuch § 3, Rn. 6

Anhand eines aktuellen Urteils des EuGH stellen die Verfasser dar, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Formen Anwälte in einem anderen Mitgliedsstaat der EU tätig werden können.

Der Beitrag befasst sich mit europäischen Vorgaben für den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf in anderen Mitgliedstaaten und bespricht zugleich die Entscheidung des EuGH vom 03.02.2011 (AZ: C-359/09; FS: EuZW 2011, 236). Die Autoren weisen auf die Unterschiede der Richtlinie 98/5/EG (juris: EGRL 5/98), welche die Niederlassung von Anwälten betrifft, gegenüber der Richtlinie 77/249/EWG (juris: EWGRL 249/77), die nur die vorübergehende Tätigkeit in anderen Mitgliedsstaaten betrifft, hin. Der EuGH geht von einer Anwendbarkeit der Hochschuldiplomenerkennungsrichtlinie 89/48/EWG (juris: EWGRL 48/89) aus. Sofern der Rechtsanwalt im Aufnahmestaat seit mindestens drei Jahren effektiv und regelmäßig tätig ist, könne die Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf im Aufnahmestaat verlangt werden. Eine andere Möglichkeit stellt die Anerkennung der im EU-Ausland erworbenen Qualifikationen dar. Die (Zwangs-)Mitgliedschaft in der Berufsorganisation werde allerdings nicht verlangt. In Deutschland ist es niedergelassenen Anwälten allerdings verboten, neben ihrer Herkunftsbezeichnung die Bezeichnung „europäischer Rechtsanwalt“ zu führen. Die Verfasser schildern des Weiteren die Tätigkeitsausübung in anderen Mitgliedstaaten als denjenigen, in denen der Anwalt die Berechtigung zur Berufsausübung erlangt hat. Abschließend wird darauf hingewiesen, dass eine weitergehende Harmonisierung der Voraussetzungen zur Berufsausübung nicht auszuschließen sei.

Sachliche Zuständigkeit bei Aufrechnung

AG Meldorf, Beschluss vom 15. 6. 2010 - 81 C 333/10, NJW-RR 2011, 142

Lehrbuch § 3, Rn. 17

Lehrbuch § 23, Rn. 21

In einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, in welcher der Beklagte hilfsweise mit einer bestrittenen Forderung aus Amtspflichtverletzung aufrechnet, sind die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands gem. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG ausschließlich zuständig, wenn die angebliche Amtspflichtverletzung auf denselben Lebenssachverhalt gestützt wird wie die Klage.

Das klagende Land macht Schadensersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen geltend. Der Bekl. wendet sich gegen die Forderungen und rechnet hilfsweise mit einem bestrittenen Schmerzensgeldanspruch gegen das klagende Land auf, welcher aus demselben Geschehen resultieren soll. Der Bekl. lässt namentlich vorbringen, Landespolizeivollzugsbeamte hätten ihn unangemessen behandelt und ihm Schmerzen zugefügt. Das klagende Land ist der Auffassung, die Aufrechnung sei unzulässig und die Gegenforderung bestehe nicht. Das AG hat den Rechtsstreits an das zuständige LG verwiesen.

Die Entscheidung beruht auf § 281 ZPO. Das *AG Meldorf* ist nicht nach § 23 Nr. 1 GVG zuständig, weil die Rechtsstreitigkeit gem. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen ist. Der Bekl. rechnet hilfsweise mit einer streitigen Forderung wegen behaupteter Amtspflichtverletzungen auf. Aus § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG ergibt sich, dass über das Bestehen und die Höhe solcher Ansprüche ausschließlich die Landgerichte entscheiden sollen. Mit dieser Vorschrift will der Gesetzgeber eine Entscheidung durch Kollegialspruchkörper sowie den Instanzenzug über das *OLG* bis zum *BGH* ermöglichen, weil er Amtshaftungsansprüchen besondere Bedeutung zumisst (vgl. *Zimmermann*, in: Münch-Komm, § 71 GVG Rdnr. 5 m. w. Nachw.). Nach Wortlaut und Zweck setzt §

71 Abs. 2 Nr. 2 GVG nicht voraus, dass die Amtshaftungsansprüche im Klagewege erhoben oder rechtshängig gemacht werden. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG bestimmt die Zuständigkeit der Landgerichte vielmehr umfassend für „Ansprüche“ aus Amtspflichtverletzung. Dies unterscheidet § 71 Abs. 2 GVG von sonstigen Zuständigkeitsvorschriften, die nach der Rechtsprechung in Fällen der bloßen Aufrechnung nicht eingreifen (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, § 145 ZPO Rdnr. 19 m. w. Nachw.). So hat der *BGH* zivilgerichtliche Entscheidungen über zur Aufrechnung gestellte arbeitsrechtliche Forderungen mit dem Argument zugelassen, dies falle nicht aus dem Rahmen der gesetzlichen Regelung (NJW 1958, 543). Eine etwaige in Rechtskraft erwachsende (§ 322 Abs. 2 ZPO) Entscheidung des *AG* über Amtshaftungsansprüche würde demgegenüber der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG widersprechen.

§ 302 ZPO steht dieser Auslegung jedenfalls im vorliegenden Fall nicht entgegen, weil der Erlass eines Vorbehaltsurteils nur über die Klageforderungen hier nicht in Betracht kommt. Die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung soll aus demselben Lebenssachverhalt resultieren wie die Klageforderungen. Aus demselben Geschehen leitet das klagende Land Schadensersatz- und der Bekl. Schmerzensgeldansprüche ab. In diesem Fall der Konnexität wäre eine isolierte Vorabentscheidung nur über die Klageforderungen nicht ermessensgerecht. Auch eine etwaige Beweisaufnahme über den Lebenssachverhalt sollte zweckmäßigerweise von dem Gericht durchgeführt werden, welches umfassend über alle Ansprüche entscheiden kann. Gleiches gilt unter dem Aspekt des § 278 ZPO: Eine gütliche Einigung im vorliegenden Fall müsste den beklagenseits zur Aufrechnung gestellten, bestrittenen Amtshaftungsanspruch einbeziehen. Diesbezügliche Hinweise des *AG* würden aus Sicht des Bekl. jedoch dadurch entwertet, dass das *AG* nicht zur Entscheidung über den Amtshaftungsanspruch berufen ist.

Eine Teilverweisung nur wegen des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs ist nicht möglich, weil eine darauf beschränkte Abtrennung nach § 145 ZPO nicht zulässig ist. Zuständig ist das *AG* noch für die Prüfung, ob die Aufrechnung des Bekl. – das Bestehen des Amtshaftungsanspruchs unterstellt – überhaupt zulässig ist. An der Zulässigkeit der Aufrechnung bestehen aber keine Bedenken. Die Auffassung des klagenden Landes, nur mit unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen könne aufgerechnet werden, trifft nicht zu. Weil das *LG* insgesamt für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig ist, muss sich der Bekl. auch prozessual nicht darauf verweisen lassen, in einem gesonderten Verfahren eine rechtskräftige Entscheidung über den bestrittenen Amtshaftungsanspruch herbeizuführen.

Der Rechtsstreit war an das örtlich (§§ 12, 13 ZPO) und sachlich zuständige *LG Itzehoe* zu verweisen. Die Verweisung erstreckt sich auch auf den Prozesskostenhilfeantrag des Bekl., weil darüber das für die Hauptsache zuständige Gericht zu entscheiden hat (vgl. *Zöller/Geimer*, § 127 Rdnr. 7).

Klage auf künftige Leistung von Miete

Aufsatz von Peter in JuS 2011, 322

Lehrbuch § 4, Rn. 9

Verf. stellt dar, wie der Vermieter von Wohnraum auf laufend verspätete Mietzahlungen im Wege der Klage reagieren kann. Oft wird nicht beachtet, dass der Vermieter nicht erst bei Zahlungsrückstand seines Mieters Klage erheben, sondern unter den Vo-

raussetzungen des § 259 ZPO auch künftig fällig werdende Miete einklagen kann, um sich so einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Die Möglichkeiten der Klage gem. § 259 ZPO werden in der Mietrechtspraxis häufig übersehen, was sie zugleich zu einem reizvollen Thema in Referendarsklausuren und mündlichen Prüfungen macht.

Zustellung an Beklagtenvertreter nach Benennung in Klageschrift

BGH, Urt. v. 6. 4. 2011 – VIII ZR 22/10, NJW-RR 2011, 997

Lehrbuch § 4, Rn. 20

Gibt der Kläger im Rubrum der Klageschrift einen Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten des Beklagten an, so ist dieser als für den Rechtszug bestellter Prozessbevollmächtigter gem. § 172 Absatz I 1 ZPO anzusehen und hat die Zustellung an ihn zu erfolgen (Fortführung von BGH, NJW 2000, NJW 2000, 1957 = NJW-RR 2000, 444; Aufgabe von BGH, LM § 176 ZPO [a. F.] Nr. 13; NJW-RR 1986, 286). Das Risiko, dass der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter des Beklagten bezeichnete Anwalt keine Prozessvollmacht besitzt und die an diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam ist, trägt der Kläger (Anschluss an BVerfG, NJW 2007, 3486).

Anforderungen an die qualifizierte elektronische Signatur – „Eigenhändigkeit“

BGH, Beschl. v. 21. 12. 2010 – VI ZB 28/10, NJW 2011, 1294 m. Anm. Hamm

Lehrbuch § 4, Rn. 48

Bei einer elektronisch übermittelten Berufungsbegründung muss die qualifizierte elektronische Signatur grundsätzlich durch einen zur Vertretung bei dem Berufungsgericht berechtigten Rechtsanwalt erfolgen. Dieses Formerfordernis ist jedenfalls dann nicht gewahrt, wenn die Signatur von einem Dritten unter Verwendung der Signaturkarte des Rechtsanwalts vorgenommen wird, ohne dass dieser den Inhalt des betreffenden Schriftsatzes geprüft und sich zu eigen gemacht hat.

Die innerhalb der Frist übermittelte Berufungsbegründung des Kl. trug den Vermerk „Elektronisch signiert“. Das vom LG über den Empfang dieses Schriftsatzes erstellte Protokoll enthält unter der Rubrik „Signatur vorhanden und zentral geprüft – Ergebnis:“ den Eintrag: „Fehler“. Nach gerichtlichem Hinweis teilten die Klägervertreter mit, die Rechtsanwaltsgehilfin L habe die Berufungsbegründung nach Diktat von Rechtsanwalt M geschrieben und unter Verwendung der Signaturkarte des Rechtsanwalts M elektronisch signiert und übermittelt. Vorsorglich hat der Kl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Dieser Wiedereinsetzungsantrag blieb ohne Erfolg.

Der Kl. hat die Berufungsbegründungsfrist nicht unverschuldet versäumt. Die Fristversäumung beruht auf einem Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten, welches er sich nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss.

Nach § 130 a ZPO Abs. 1 S. 2 ZPO hat die das Dokument zu verantwortende Person die elektronische Signatur vorzunehmen. Daran fehlt es hier, weil die Signatur gegebenenfalls nicht von einem der Prozessbevollmächtigten des Kl., sondern von der Rechtsanwaltsgehilfin L unter Verwendung der Signaturkarte des Rechtsanwalts M vorgenommen worden ist. Wird die Berufungsbegründung im Original oder per Fax

eingereicht, muss sie als bestimmender Schriftsatz nach ständiger Rechtsprechung des BGH grundsätzlich von einem zur Vertretung bei dem BerGer. berechtigten Rechtsanwalt eigenhändig unterschrieben sein (BGH, NJW 2005, 2709; NJW 2010, 3661 m. w. Nachw.). Als Ersatz für die bei elektronischer Übermittlung technisch nicht mögliche Unterzeichnung erlaubt § 130 a Abs. 1 S. 2 ZPO die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur. Diese muss, um einer eigenhändigen Unterzeichnung gleichwertig zu sein, von demjenigen vorgenommen werden, dessen Unterschrift dem Formerfordernis genügen würde (vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 364). Bei einer elektronisch übermittelten Berufungsbegründung muss die qualifizierte elektronische Signatur deshalb grundsätzlich durch einen zur Vertretung bei dem BerGer. berechtigten Rechtsanwalt erfolgen. Dieses Formerfordernis ist jedenfalls dann nicht gewahrt, wenn die Signatur von einem Dritten unter Verwendung der Signaturkarte des Rechtsanwalts vorgenommen wird, ohne dass dieser den Inhalt des betreffenden Schriftsatzes geprüft und sich zu eigen gemacht hat.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wäre die von der Rechtsanwaltsgehilfin L gegebenenfalls vorgenommene Signatur auch nicht nach den für Blanko-Unterschriften geltenden Grundsätzen als formgerecht zu bewerten. Ein mittels Blanko-Unterschrift des Rechtsanwalts weisungsgemäß erstellter bestimmender Schriftsatz erfüllt die gesetzlichen Formerfordernisse nur, wenn der Anwalt den Inhalt des Schriftsatzes so genau festgelegt hat, dass er dessen eigenverantwortliche Prüfung bestätigen kann. Das kann im Einzelfall bei einem weitgehend formalisierten Text der Fall sein (vgl. BGH, NJW 1966, 351 = VersR 1966, 168; NJW 2005, 2709 [2710]), scheidet jedoch bei Rechtsmittelbegründungen regelmäßig aus, weil der Anwalt die ihm obliegende eigenverantwortliche Prüfung hier nur bestätigen kann, wenn er den Text im Einzelnen kennt (vgl. BAG, NJW 1983, 1447). Dazu reicht das Diktat des Schriftsatzes grundsätzlich nicht aus. Da Übertragungsfehler nicht ausgeschlossen werden können, muss der Rechtsanwalt jedenfalls den Text längerer Schriftsätze nach deren Ausdruck prüfen. Nach diesen Grundsätzen wäre vorliegend die gesetzlich vorgeschriebene Unterzeichnung der mehrseitigen Berufungsbegründungsschrift im Falle einer Blanko-Unterschrift nicht gewahrt. Entsprechendes gilt für eine elektronische Signatur.

In seiner Urteilsanmerkung arbeitet Hamm die Ursprünge der Anforderungen an eine eigenhändige Unterschrift und deren Aufweichungen durch moderne technische Verfahren der Schriftsaterstellung und -übermittlung heraus, zu denen die Verwendung von Blankounterschriften gehört. Die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt die Unterschrift. Sie ist personengebunden und wird mit Hilfe einer Chipkarte, einem Lesegerät, einer in dem betreffenden Computer installierten Software und unter Verwendung eines geheim zu haltenden persönlichen Identifikationscodes (PIN) auf den elektronischen Dokumenten (PDF) angebracht, bevor sie per E-Mail an den elektronischen Briefkasten der damit ausgestatteten Justizbehörde übersandt wird. Obwohl das Gesetz die Signatur nur als „Soll“-Vorschrift bezeichnet (§ 130a ZPO), sieht die Rechtsprechung darin eine konstitutive und zwingende Voraussetzung für die Erfüllung der Schriftform und den Nachweis der Urheberschaft (BGHZ NJW 2010, 2134). Nach der Signierung kann der Text nicht mehr geändert werden, so dass sich hier das Problem der „digitalen Blankounterschrift“ nicht stellt. Hat ein Rechtsanwalt den Schriftsatz diktiert und ist er daran gehindert, innerhalb der Frist selbst die Signatur anzubringen, so kann dies auch durch einen ebenfalls bevollmächtigten Sozius unter Verwendung seiner Karte und PIN geschehen (LG Potsdam, Urt. v. 29. 4. 2010 –11 S

104/09). Dagegen darf die eigene Signierkarte anderen Personen nicht überlassen werden, erst recht nicht unter Preisgabe der PIN. Die do zustande gekommene Signatur ist dann lediglich eine Scheinsignatur.

„Demnächst“-Zustellung einer Klage – Berechnung der Verzögerung

BGH, Urt. v. 10. 2. 2011 – VII ZR 185/07, NJW 2011, 1227

Lehrbuch § 4, Rn. 53

Die Zustellung einer Klage ist jedenfalls dann noch demnächst erfolgt, wenn die durch den Kläger zu vertretende Verzögerung der Zustellung den Zeitraum von 14 Tagen nicht überschreitet. Bei der Berechnung der Zeitdauer der Verzögerung ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert (Bestätigung von BGH, NJW 2000, 2282).

Die Parteien streiten darüber, ob die zum 31.12.2004 eintretende Verjährung der Klageforderungen rechtzeitig gehemmt wurde. Die Klageschrift ist am 30. 12. 2004 beim LG eingegangen. Am Montag, dem 7. 2. 2005, ist der Kl. die Gerichtskostenanforderung zugegangen. Die italienische Muttergesellschaft der Kl. zahlte die Gerichtskosten mit Überweisungsauftrag vom 16. 2. 2005. Der angeforderte Betrag ist am 23. 2. 2005 bei der Justizkasse eingegangen. Die Klageschrift ist am 11. 3. 2005 zugestellt worden. LG und OLG haben Verjährung angenommen, der BGH nicht.

Die Zustellung der am 30. 12. 2004 beim LG eingegangenen Klageschrift ist am 11. 3. 2005 noch demnächst i. S. von § 167 ZPO erfolgt; damit trat die Hemmung der Verjährung etwaiger Ansprüche der Kl. nach § 204 BGB bereits mit Eingang der Klageschrift am 30. 12. 2004 ein.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Zustellung einer Klage jedenfalls dann noch demnächst erfolgt, wenn die durch den Kl. zu vertretende Verzögerung der Zustellung den Zeitraum von 14 Tagen nicht überschreitet (vgl. BGH, NJW 2000, 2282; NJW 1999, 3125; BGH NJW 1996, 1060; BGH, NJW 1994, 1073; NJW 1972, 1948). Bei der Berechnung der Zeitdauer der Verzögerung ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Kl. verzögert (BGH, NJW 2000, 2282; NJW 1971, 891).

Entgegen der Auffassung des BerGer. kommt es nach diesen Grundsätzen nicht insgesamt auf die Zeitspanne zwischen der Aufforderung zur Einzahlung der Gerichtskosten und deren Eingang bei der Gerichtskasse an. Die Kl. hat hiervon allenfalls eine Verzögerung von nicht mehr als 14 Tagen zu vertreten. Es kann dahinstehen, innerhalb welcher Zeit die Kl. die Überweisung nach Anforderung des Gerichtskostenvorschusses veranlassen musste, ohne nachlässig zu handeln. Selbst wenn man, was eher fernliegt, fordert, dass die Überweisung bereits am 8. 2. 2005, also einen Tag nach Anforderung des Gerichtskostenvorschusses, hätte veranlasst werden müssen und man darüber hinaus annehmen wollte, dass die Kl. einen Eingang des Vorschusses binnen eines Bankarbeitstags hätte sicherstellen müssen, wäre der Vorschuss erst am 9. 2. 2005 bei der Gerichtskasse eingegangen. Tatsächlich ist er am 23. 2. 2005, mithin nur 14 Tage später eingegangen. Selbst wenn man unterstellt, dass diese 14 Tage in vollem Umfang auf eine Nachlässigkeit der Kl. beruhten, wäre die Zustellung nach den oben genannten Grundsätzen noch demnächst erfolgt.

Prozessuale Wahrheitspflicht und Grenzen der Widerrufbarkeit eines Geständnisses

BGH, Urt. v. 31. 5. 2011 – BGH XI ZR 369/08, NJW 2011, 2794

Lehrbuch § 5, Rn. 10

Eine Prozesspartei hat nach § 138 Absatz I ZPO ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben. Dass die Prozesspartei einen tatsächlichen Umstand für unerheblich hält, berechtigt sie nicht, insoweit falsche Angaben zu machen. Eine Prozesspartei, die ein Geständnis in dem Bewusstsein abgibt, den tatsächlichen Inhalt einer Urkunde, auf die sie sich bezieht, nicht zu kennen, nimmt diese Ungewissheit bewusst in Kauf und handelt auf eigenes Risiko. Ein zum Widerruf des Geständnisses berechtigender Irrtum i. S. von § 290 ZPO ist in einem solchen Fall ausgeschlossen.

Zur Wirkungsweise von § 320 und § 273 BGB im Zivilprozess

Aufsatz von Clasen/Scherz in JA 2011, 289

Lehrbuch § 5, Rn. 22

Macht der Kläger im Prozess ein Zurückbehaltungsrecht geltend, greifen materielle und prozessuale Voraussetzungen und Wirkungen ineinander. Dies zeigt sich zum Beispiel im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung des Schuldnerverzugs oder aber bei der Kostenentscheidung.

Die Autoren setzen sich mit der Bedeutung der §§ 320 BGB und 273 BGB für den Zivilprozess auseinander. Auf prozessualer Ebene entfaltet die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB nur Wirkung, wenn sich der Kläger darauf beruft. Anders sei die Lage auf der materiellrechtlichen Ebene, denn dort sind die Voraussetzungen des § 320 BGB beim Verzug im Sinne des § 286 BGB zu prüfende Tatbestandsmerkmale. Für die Rechtsdurchsetzung bringen diese andersartigen Einordnungen bedeutende Auswirkungen mit sich. Soweit sich der Schuldner auf die Einrede des § 320 BGB beruft, hat dies zur Folge, dass der Gläubiger gemäß § 322 Abs. 1 BGB zur Erfüllung der Hauptleistung Zug um Zug verurteilt wird. Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB hat aufschiebende Wirkung und führt nicht zur umfassenden Klageabweisung. Die Auswirkungen auf den Verzug gestalten sich dermaßen, dass der Kläger dem Gericht vortragen muss, dass er dem Schuldner die Hauptleistung in einer den Annahmeverzug begründeten Weise angeboten hat. Macht er dies nicht, wäre die Klage insoweit nicht schlüssig und abzuweisen. Im Nachfolgenden skizzieren die Verfasser die Voraussetzungen und Auswirkungen des § 273 BGB und vergleichen diese mit den Ausführungen zu § 320 BGB. Daran anschließend thematisieren sie die Kostenentscheidung des Gerichts, die sich daran orientiert, inwieweit der Kläger mit seinem Begehren erfolgreich ist (§§ 91ff. ZPO). Am Ende wird festgehalten, dass die Einreden aus § 320 BGB und § 273 BGB nur dann Wirkung entfalten, wenn man sich auf diese beruft. Streng abzugrenzen sei davon, wie sich das Vorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen Einreden auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs im Sinne des Verzugs gemäß § 286 BGB auswirke.

Voraussetzungen der Streitgenossenschaft

OLG Düsseldorf, Urt. v. 3. 9. 2010 – 17 U 169/09, NJW-RR 2011, 572

Lehrbuch § 6, Rn. 6

Lehrbuch § 16, Rn. 3

1. Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen gegen ein in Großbritannien ansässiges Brokerunternehmen aus § 826 BGB.
2. Zu den Folgen einer Verfahrenstrennung für die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts, wenn der Zuständigkeitsstreitwert des abgetrennten Verfahrens unter 5.000,- Euro liegt.
3. Zu den Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft nach den §§ 59, 60 ZPO.
4. Eine unzulässige Streitgenossenschaft erfordert einen inneren Zusammenhang der von den Streitgenossen geltend gemachten Sachverhalte; fehlt es hieran von vornherein, so greift nach Anordnung einer Verfahrenstrennung auch der Grundsatz der „perpetuatio fori“ nicht ein.

Der Kl. nimmt die in Großbritannien ansässige Bekl., ein nach englischem Recht reguliertes Brokerhaus, das vormals unter *E-Ltd.* firmierte, auf Schadensersatz wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) in Anspruch, nachdem er mit Börsentermingeschäften Verluste erlitten hat. Der Kl. unterhielt bei der Bekl. ein Brokerkonto, über das Börsentermingeschäfte abgewickelt wurden. Zu dessen Eröffnung war er – wie er behauptet – im Jahre 1999 von der inzwischen insolventen *D-GmbH* (im Folgenden: *D*), einem regulierten Finanzdienstleistungsunternehmen mit Sitz in M., auf telefoni-schem Wege veranlasst worden.

Der Kl. hat seine Ansprüche zunächst im Wege der subjektiven Klagehäufung gemeinsam mit einem weiteren Kl. geltend gemacht. Durch Beschluss vom 2. 1. 2009 hat das *LG* das Verfahren abgetrennt, weil eine Streitgenossenschaft i. S. der §§ 59, 60 ZPO nicht vorliege. Die Bekl. hat die sachliche Zuständigkeit des *LG* und die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gerügt. Das *LG* hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Es sei international nicht zuständig, denn der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Artikel 5 Nummer 3 EuGVVO sei nicht gegeben. Mit seiner Berufung verfolgt der Kl. seine erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche weiter. Die Berufung führte zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zur Verweisung des Rechtsstreits an das *AG Mönchengladbach*.

Die Berufung des Kl. ist zulässig. In der Sache führt sie zur Verweisung des Rechtsstreits an das international, örtlich und sachlich zuständige *AG Mönchengladbach*.

Wie der *Senat* in vergleichbaren Fallgestaltungen in Übereinstimmung mit den übrigen zuständigen Zivilsenaten des *OLG Düsseldorf* bereits mehrfach entschieden hat, sind die deutschen Gerichte für die Entscheidung über Klagen, wie sie hier geltend gemacht werden, nach Artikel 5 Nummer 3 EuGVVO international zuständig. Der vorliegende Rechtsstreit bietet keinen Anlass, hiervon abzuweichen. ...

Sachlich zuständig ist allerdings nicht das *LG*, sondern das *AG Mönchengladbach*. Die Frage seiner sachlichen Zuständigkeit hat das *LG* – aus seiner Sicht folgerichtig – ausdrücklich offen gelassen. Sie ist daher nicht nach § 513 Abs. 2 ZPO einer Überprüfung durch den *Senat* entzogen.

Die Abtrennung des vom hiesigen Kl. betriebenen Verfahrens führte dazu, dass nunmehr beide Verfahren als selbstständige Prozesse fortzusetzen sind, die gesondert betrieben und durch gesondertes Urteil entschieden werden. Das hat zur Folge, dass nunmehr auch der Streitwert für jedes Verfahren gesondert zu berechnen ist.

Die durch die Verfahrenstrennung nach § 145 ZPO verursachte Änderung des Zuständigkeitsstreitwerts auf einen Betrag von unter 5.000,- Euro hat allerdings noch nicht ohne Weiteres zur Folge, dass hierdurch im Hinblick auf § 23 Nr. 1 GVG die Zuständigkeit des *LG* entfällt, denn nach Rechtshängigkeit eintretende Umstände berühren grundsätzlich die einmal begründete Zuständigkeit des Gerichts nicht, § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. Soweit also das Gericht in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens – etwa weil eine Verfahrenstrennung aus prozessökonomischen Gründen oder wegen der Übersichtlichkeit des Prozessstoffs sinnvoll erscheint – eine Verfahrenstrennung anordnet, bleibt eine einmal begründete Zuständigkeit erhalten.

Anders verhält es sich jedoch nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur, wenn eine zulässige (subjektive) Klagehäufung von vorneherein gar nicht vorgelegen hat, weil etwa die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft nach den §§ 59, 60 ZPO nicht gegeben waren. In solchen Fällen greift der Grundsatz der *perpetuatio fori* nach § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nicht ein, weil es sich gerade nicht um einen nach Rechtshängigkeit eingetretenen Umstand handelt; jedes andere Ergebnis würde dazu führen, dass sich ein Kl. über die unzulässige Verbindung die sachliche Zuständigkeit des Gerichts erschleichen könnte. Die Abtrennung führt bei unzulässiger Klagehäufung folglich dazu, dass der Rechtsstreit bei Unterschreitung der nach § 23 Nr. 1 GVG maßgeblichen Streitwertgrenze an das *AG* zu verweisen ist.

Der *Senat* hat das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 59, 60 ZPO bereits in einem früheren, vergleichbaren verneint. Hieran ist für den vorliegenden Rechtsstreit festzuhalten. Zwischen den ursprünglichen Kl. des Verfahrens bestand weder eine Rechtsgemeinschaft hinsichtlich des Streitgegenstands noch sind sie aus demselben tatsächlichen oder rechtlichen Grund – etwa aus demselben Vertrag oder derselben unerlaubten Handlung – berechtigt oder verpflichtet (§ 59 ZPO). Auch gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen oder rechtlichen Grund beruhende Ansprüche i. S. des § 59 ZPO haben die ursprünglichen Kl. des Ausgangsverfahrens nicht geltend gemacht. Zwar sind die Voraussetzungen der §§ 59, 60 ZPO weit auszulegen, so dass etwa Ansprüche mehrerer Geschädigter aus dem gleichen Schadensereignis oder aus mehreren, in innerem Zusammenhang stehenden Schadensereignissen im Wege subjektiver Klagehäufung geltend gemacht werden können. Eine sachliche Ähnlichkeit des Geschehensablaufs und des wirtschaftlichen Hintergrundes ohne inneren Zusammenhang genügt dagegen nicht. So liegt es aber hier. Die beiden Kl. des Ausgangsverfahrens sind allein dadurch verbunden, dass sie – nach ihrem Vortrag – von der *D* zu den streitgegenständlichen Kapitalanlagen bzw. Geschäften mit der *Bekl.* veranlasst worden sind. Im Übrigen erschöpft sich die „Gleichartigkeit“ in der Ähnlichkeit der behaupteten Handlungen und Unterlassungen der *D* und der *Bekl.*; aber schon die „Tatzeiträume“ – beim ursprünglichen Kl. zu 1 wurden die Geschäfte zwischen April 1999 und Januar 2000, beim hiesigen Kl. zwischen Dezember 1999 und Februar 2000 getätigt – überschneiden sich nur geringfügig. Jedenfalls unter diesen Umständen liegen die Voraussetzungen des § 60 ZPO nicht vor. Das zeigt sich auch daran, dass die hiesige Klage mit gleicher Rechtfertigung mit einer Vielzahl anderer, „gleichartiger“ Verfahren hätte verbunden werden können, weswegen die hier eingegangene Verbindung sich letztlich als völlig willkürlich und zufällig erweist.

Die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Zustellungsrecht*Aufsatz von Eyinck in MDR 2011, 1389**Lehrbuch § 6, Rn. 7*

Die Durchsicht der veröffentlichten Rechtsprechung zum Zustellungsrecht seit der Betrachtung in MDR 2008, 1255 gibt wiederum Anlass zur Erörterung einiger interessanter Fragen zur Rechtslage nach der Zustellungsreform 2002 (Zustellungsreformgesetz vom 25.6.2001 - BGBl. I, 1206). Hier ist zunächst das jüngst ergangene Urteil des BGH v. 6.4.2011 - VIII ZR 22/10, MDR 2011, 62 zu der alten Streitfrage zu erwähnen, ob die Benennung eines Prozessbevollmächtigten des Beklagten in der Klageschrift ausreicht, um von der Bestellung eines Prozessbevollmächtigten gem. § 172 ZPO auszugehen. Weiter gibt die Zustellung gegen Empfangsbekanntnis gem. § 174 ZPO, obwohl seit langem, auch schon unter der Geltung des § 212a ZPO a.F., in der Praxis bewährt, der Rechtsprechung immer wieder Anlass, diesbezügliche Probleme zu vertiefen und neu oder auch erneut zu entscheiden. Erhebliche praktische Bedeutung hat die Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten, § 180 ZPO; die präzise Erfassung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser durch das Zustellungsreformgesetz neu geschaffenen Norm soll im Lichte jüngerer Rechtsprechung, u.a. des BGH v. 22.10.2009 - IX ZR 248/08, MDR 2010, 229, und vor allem BGH v. 16.6.2011 - III ZR 342/09, MDR 2011, 1196, näher betrachtet werden. Kritische Erörterung verdienen auch einige neuere Entscheidungen zu den Voraussetzungen des § 189 ZPO, zu dem zwei Urteile des BGH (BGH v. 19.5.2010 - IV ZR 14/08, MDR 2010, 855; v. 27.1.2011 - VII ZR 186/09, MDR 2011, 417) zu dem Erfordernis des Willens zur förmlichen Zustellung beim Veranlasser der Bekanntgabe bemerkenswert sind.

Schriftsatz- und Schriftsatzfristprobleme im Zivilprozess*Aufsatz von Stackmann in NJW 2011, 3537**Lehrbuch § 6, Rn. 16*

Keine Frage stellen sich die Beteiligten eines Zivilprozesses so häufig wie die nach der Notwendigkeit von Schriftsätzen. Je näher der Termin, desto häufiger – und im und nach dem Termin umso dringender, um spätestens im Rechtsmittelverfahren eine Antwort zu erfahren. Auch hier gilt: Je sorgfältiger und rechtzeitiger ein Termin vorbereitet wird, desto eher wird sich das für alle Beteiligten mit Zusatzarbeit verbundene Schriftsatzkarussell vermeiden lassen.

Nach wie vor muss oberster Grundsatz einer ökonomischen Prozessführung die rechtzeitige Vorbereitung von Terminen und Entscheidungen sein. Dies gilt sowohl für Prozessbevollmächtigte als auch für das Gericht. Verzögerte Verfahrenshandlungen ziehen regelmäßig ein Überlegungs- und Äußerungsrecht der übrigen Verfahrensbeteiligten nach sich. Deshalb sollten sie als Mittel der Prozesstaktik nur nach gründlicher Überlegung eingesetzt werden. Die von einem nachgereichten Schriftsatz bzw. einem zu spät erteilten richterlichen Hinweis betroffene Seite hat jeweils die Option, eine Schriftsatzfrist zu beantragen oder im Ausnahmefall durch eine sofortige Reaktion die Voraussetzungen für eine schnelle Entscheidung zu eigenen Gunsten zu schaffen. Das schriftliche Verfahren eignet sich nur für Fälle, in denen die Kriterien der zu treffenden (End-)Entscheidung transparent sind. Klageerweiterungen bzw. Widerklagen müssen vor Schluss der mündlichen Verhandlung angebracht werden und sind

wegen ihrer Kosten nur bedingt als taktisches Mittel geeignet. Ist ein Schriftsatzantrag im Termin versäumt worden, sollten diesbezügliche Irrtümer möglichst zeitnah unter Verweis auf § 156 ZPO geltend gemacht werden.

Beginn der Einspruchsfrist bei nochmaliger Zustellung eines Versäumnisurteils

BGH, Versäumnisurteil vom 15. 12. 2010 - XII ZR 27/09, NJW 2011, 522

Lehrbuch § 6, Rn. 29

Veranlasst die Geschäftsstelle des Gerichts die nochmalige Zustellung eines Versäumnisurteils, weil sie irrig davon ausgeht, die bereits erfolgte Zustellung sei wegen fehlender Belehrung über den Einspruch unwirksam, so wird der bereits mit der ersten Zustellung ausgelöste Lauf der Einspruchsfrist davon nicht berührt.

Etwas anderes folgt auch nicht aus den europarechtlichen Vorgaben für eine Bestätigung des Versäumnisurteils als Europäischer Vollstreckungstitel.

Den Rechtsanwalt, der sich wegen der wiederholten Zustellung beim Gericht nach dem Grund erkundigt und von der Geschäftsstelle die nicht näher erläuterte Auskunft erhält, die erste Zustellung sei unwirksam und könne als gegenstandslos betrachtet werden, trifft jedenfalls dann kein Verschulden, wenn die Auskunft nicht offensichtlich fehlerhaft ist. Eine Pflicht zu einer weiteren Nachfrage nach dem konkreten Grund der Unwirksamkeit trifft ihn nicht.

Fristwahrung durch Faxeingang in der Pressestelle

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 7. 2010 – 20 U 206/09, NJW-RR 2011, 495

Lehrbuch § 6, Rn. 30

Mit dem Eingang einer Fernkopie auf dem der Pressestelle des Oberlandesgerichts zugeordneten Empfangsgeräts ist eine Berufungsbegründung beim zuständigen Berufungsgericht eingegangen.

Der Berufungskläger hatte die Berufungsbegründung am letzten Tag der Frist per Telefax an der Empfangsgerät der Pressestelle des *OLG* gesandt. Von dort war es erst am Folgetag auf die Geschäftsstelle des zuständigen Senats gelangt

Mit dem Eingang der Fernkopie auf dem der Pressestelle des *OLG* zugeordneten Empfangsgerät ist die Berufungsbegründung beim zuständigen BerGer. eingegangen. Die Verwaltung des *OLG* unterhält mehrere Empfangsgeräte für Fernkopien in ihrer Verantwortung. Die Geräte sind regelmäßig nicht einzelnen Spruchkörpern zugeordnet, naturgemäß gerade auch das zentrale Empfangsgerät nicht. Was dort auf einem der Geräte eingeht, ist in die Verantwortung der Verwaltung des *OLG* gelangt. Die Eingänge auf den Geräten werden, wenn sie die Rechtsprechung betreffen, nicht anders als Eingänge auf sonstigem Wege, erst von der Verwaltung an die den Spruchkörpern zugeordneten Geschäftsstellen geleitet. Auf diese Verteilung kommt es für die Wahrung einer Frist niemals an. Bei dieser Sachlage wäre es nicht sachgerecht, aus der Zuordnung eines bestimmten Geräts zu einer bestimmten Verwaltungsaufgabe, hier der des Pressesprechers, die Konsequenz zu ziehen, Eingänge dort als von der allgemeinen Verteilung innerhalb des Gerichts ausgeschlossen zu betrachten und Eingänge,

Bohnen · Montag · Rohde

die die Rechtsprechungstätigkeit der Spruchkörper betreffen, wie „Irrläufer“ zwischen verschiedenen Behörden zu behandeln.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei fehlerhafter Telefax-Übermittlung fristgebundener Schriftsätze

Aufsatz von Klotz in MDR 2011, 581

Lehrbuch § 6, Rn. 32

Die Vorschrift des § 233 ZPO eröffnet unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie ist in der anwaltlichen Praxis von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Als besonders relevant erweist sich die Frage nach einer Wiedereinsetzungsmöglichkeit bei fehlgeschlagener oder verspäteter Übermittlung von Schriftsätzen an das Gericht unter Nutzung eines Faxgerätes. Die Zahl der hierzu in jüngster Vergangenheit ergangenen Entscheidungen ist hoch. Der nachfolgende Beitrag stellt die wesentlichen Aussagen der aktuellen Rechtsprechung dar, unterzieht diese einer kritischen Analyse und weist auf die Problematik neuerdings offen zu Tage getretener, divergierender Ansichten innerhalb der verschiedenen Senate des BGH hin.

Keine Wiedereinsetzung bei vorschnellem Aufgeben des Versuchs der Übermittlung eines Telefax

BGH, Beschl. v. 6. 4. 2011 – XII ZB 701/10, NJW 2011, 1972

Lehrbuch § 6, Rn. 32

Scheitert der Versuch, die Berufungsbegründung per Telefax an das Berufungsgericht zu übersenden, und lässt sich nicht ausschließen, dass der Grund hierfür ist, dass das Empfangsgerät mit anderen Telefaxsendungen belegt ist, darf der Berufungsführer seine Übermittlungsversuche nicht vorschnell aufgeben.

Der Kl. hatte am letzten Tag der Frist um 16:28 Uhr versucht, einen Schriftsatz per Fax an das Gericht zu senden. Nachdem er das Gericht auch telefonisch nicht erreichen können, sei er davon ausgegangen, dass sowohl die Telefaxleitung als auch die Telefonleitung beim Empfänger „zusammengebrochen“ sei bzw. dass jemand versucht habe, „mehrere hundert Seiten“ per Telefax zu übersenden. Jedenfalls sei der Anschluss blockiert gewesen.

Wiedereinsetzung (§ 233 ZPO) wurde dem Kläger nicht gewährt.

Zwar hat der Kläger mit der Wahl einer Telefaxübertragung bei ordnungsgemäßer Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfängernummer das seinerseits Erforderliche zur Fristwahrung getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übertragung beginnt, dass unter normalen Umständen mit deren Abschluss vor 24 Uhr zu rechnen ist. Wird die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze durch Telefax durch ein Gericht eröffnet, dürfen die aus den technischen Gegebenheiten dieses Kommunikationsmittels herrührenden besonderen Risiken nicht auf die Nutzer dieses Mediums abgewälzt werden. Das gilt im Besonderen für Störungen des Empfangsgeräts im Gericht. Denn in diesem Fall liegt die entscheidende Ursache für die Fristversäumung in der Sphäre des Gerichts.

Demgegenüber stellt die Belegung des Telefaxgerätes durch andere eingehende Sendungen keine technische Störung dar und ist daher grundsätzlich nicht als Wiedereinsetzungsgrund zu qualifizieren. Hierbei handelt es sich vielmehr um einen Umstand, dem der Absender zur Vermeidung eines Verschuldensvorwurfs durch geeignete Vorkehrungen, insbesondere durch Einplanung einer gewissen Zeitreserve, Rechnung tragen muss, um gegebenenfalls durch Wiederholung der Übermittlungsvorgänge einen Zugang des zu übermittelnden Schriftsatzes bis zum Fristablauf zu gewährleisten. Es gereicht ihm deshalb zum Verschulden, wenn er seine Übermittlungsversuche vor schnell aufgibt und die für ihn nicht aufklärbare Ursache der Übermittlungsschwierigkeiten dem Empfangsgericht zuschreibt.

Der Kläger hätte in der Zeit bis 24:00 Uhr nochmals versuchen müssen, das Telefax zu versenden.

Keine Wiedereinsetzung bei Ermittlung der Faxnummer aus einem Verzeichnis

BGH, Beschl. v. 17. 8. 2011 – VIII ZB 39/10, NJW-RR 2011, 1557

Lehrbuch § 6, Rn. 32

Das Verschulden des Prozessbevollmächtigten wird der Partei als eigens zugerechnet (§ 85 ZPO). Dies wirkt sich praktisch vor allem bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Fristen aus (§ 233 ZO), die nur erfolgen kann, wenn ein Verschulden der Partei nicht vorliegt. Vorliegend bejaht der BGH ein Anwaltsverschulden wenn dieser sein Büropersonalallgemein angewiesen hat, eine Telefaxnummer aus einem städtischen Verzeichnis zu entnehmen und erst dann mit dem letzten gerichtlichen Schreiben zu vergleichen, weil dadurch eine unnötige Fehlerquelle geschaffen wird.

Inhalt und Dokumentation gerichtlichen Hinweises

BGH, Beschl. v. 30. 6. 2011 – IX ZR 35/10, NJW-RR 2011, 1556

Lehrbuch § 6, Rn. 43

Das Gericht genügt seiner Hinweispflicht aus § 139 ZPO nicht, wenn es lediglich allgemeine oder pauschale Hinweise erteilt. Ausnahmsweise kann ein bloßer Protokollvermerk über die Erörterung der Sach- und Rechtslage als Dokumentation des Hinweises auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit ausreichen, wenn sich die Erteilung eines solchen Hinweises auch aus dem anschließenden Schriftsatz einer Prozesspartei ergibt (hier verneint).

Rechtliches Gehör – Schriftsatzrecht oder Wiedereröffnung der Verhandlung

BGH, Beschl. v. 20. 9. 2011 – VI ZR 5/11, NJW-RR 2011, 1558

Lehrbuch § 6, Rn. 45

Lehrbuch § 1, Rn. 42

Räumt das Gericht einer Partei ein Schriftsatzrecht zur Stellungnahme zu einem erst in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis ein und wird in einem daraufhin eingegangenen Schriftsatz neuer entscheidungserheblicher Prozessstoff eingeführt, so muss das Gericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen oder in das schriftliche Verfahren übergehen, um dem Gegner rechtliches Gehör zu gewähren (§§ 156, 296a ZPO).

Zeugenaussagen in anderem Rechtsstreit und Unmittelbarkeitsgrundsatz

BGH, Urt. v. 4. 11. 2010 – I ZR 190/08, NJW-RR 2011, 568

Lehrbuch § 7, Rn. 22

Es verstößt gegen den zivilprozessualen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweis- aufnahme, wenn ein Gericht Aussagen, die Zeugen vor ihm in einem anderen Verfahren gemacht haben, als gerichtsbekannt verwertet.

Die Kl. ist Transportversicherer und nimmt die Bekl., die einen Paketbeförderungsdienst betreibt, wegen Verlusts von Transportgut in Anspruch. Das BerGer. hat sein Beweisergebnis, hauptsächlich auf die Bekundungen der beiden Mitarbeiter der Bekl. *S* und *C* gestützt, die diese in einem anderen Verfahren, an dem die Bekl. beteiligt war, gemacht hatten. Es hat den Inhalt der Aussagen dieser Mitarbeiter als gerichtsbekannt angesehen und gemeint, diese Aussagen ebenso würdigen und verwerten zu können wie im vorliegenden Rechtsstreit erhobene Beweise.

Mit dieser Verfahrensweise hat das BerGer. gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO) verstoßen. Der Umstand, dass den Richtern des BerGer. bekannt war, was die Mitarbeiter der Bekl. *S* und *C* in einem anderen Verfahren ausgesagt hatten, ändert nichts an dem Grundsatz, dass die Beweisaufnahme nach § 355 ZPO Abs. 1 S. 1 ZPO vor dem ProzessGer. zu erfolgen hat. Die Ergebnisse der Beweisaufnahme in einem anderen Verfahren können zwar im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden, wenn dies von der beweispflichtigen Partei beantragt wird (*BGH*, *NJW* 2000, 1420). Einen solchen Antrag haben jedoch weder die Kl. noch die Bekl. gestellt. Die Bekl. hat vielmehr der Würdigung der Aussagen der in einem anderen Verfahren vernommenen Zeugen *S* und *C* ausdrücklich widersprochen und geltend gemacht, entweder sei eine erneute Beweisaufnahme (Gegenüberstellung) oder eine vollkommen neue Bewertung der Bekundungen notwendig. Es kommt hinzu, dass die in einem anderen Verfahren vernommenen Mitarbeiter *S* und *C* der Bekl. in diesem Verfahren von keiner Partei als Zeugen benannt worden sind. Auch deshalb durfte das BerGer. deren Bekundungen, die sie in einem anderen Rechtsstreit gemacht haben, nicht ohne Weiteres zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens machen.

Der Verstoß des BerGer. gegen § 355 ZPO ist nicht gem. § 295 ZPO geheilt worden. Zwar kann auch das Recht, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zu rügen, nach § 295 ZPO verlorengelassen (*BGH*, *NJW-RR* 1997, 506 m. w. Nachw.). Hier ist der Verstoß gegen § 355 ZPO jedoch erst durch das Urteil

selbst offengelegt worden. In einem solchen Fall ist kein Raum für eine Heilung des Mangels, weil die betroffene Partei keine Möglichkeit hatte, den Fehler zu rügen (BGH, NJW-RR 1997, 506).

Die Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme stellt einen Verfahrensfehler dar, der – soweit er nicht geheilt worden ist – dazu führt, dass ein dadurch gewonnenes Beweisergebnis nicht verwertet werden darf und eine darauf beruhende Entscheidung aufgehoben werden muss. So liegt der Fall hier. Das BerGer. hat seine Feststellungen zur Arbeitsweise der Bekl. im EDI-Verfahren maßgeblich auf die in diesem Verfahren nicht verwertbaren Aussagen der Mitarbeiter S und C der Bekl. in einem anderen Rechtsstreit gestützt. Ohne die verfahrensfehlerhaft verwerteten Bekundungen fehlt dem angefochtenen Urteil eine tragfähige Grundlage.

Vorrangigkeit der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges

OLG Stuttgart, Beschl. v. 8. 4. 2011 – 10 W 2/11, NJW-RR 2011, 1502

Lehrbuch § 9, Rn. 9

Wenn mit dem Prozesskostenhilfeantrag gleichzeitig die Hauptsache vom Kläger anhängig gemacht wird, ist vor Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag über die Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtsweges zu entscheiden und gegebenenfalls das Verfahren an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges gem. §§ 17, 17 a GVG zu verweisen.

Der Verkehrsunfall im zweiten Staatsexamen in der Anwaltsklausur aus Klägersicht

Aufsatz von Sarimehmetoglu in JA 2011, 127

Lehrbuch § 9, Rn. 12

Der Beitrag befasst sich mit dem Verkehrsunfall aus Klägersicht.

Zu Beginn geht der Autor auf die besondere Wichtigkeit der Verkehrsunfälle für die Klausur des zweiten Staatsexamens.

Nachfolgend wird die Schadensposition des durch den Unfall verletzten dargelegt. Gem. § 249 Abs. 2 BGB kann der Geschädigte, der den Sachschaden selbst repariert hat, vom Verursacher eine Entschädigungssumme verlangen. Bei der Höhe ist nur der objektiv erforderliche Geldbetrag anzusetzen. Der Schaden kann auch mittels Sachverständigengutachtens berechnet und damit fiktiv bestimmt werden. Zudem ist auch eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis denkbar.

Geläufig ist ebenso die Berechnung eines Merkantilen Minderwerts gem. § 251 BGB. Zudem sind aus dem Unfall resultierende Sachschäden an beschädigten Gegenständen ersetzbar.

Es wird zudem erörtert, ob Mietwagenkosten über den Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. Sachverständigenkosten unterliegen dem § 249 Abs. 1 BGB und der Schadenersatzforderung. In der Regel ist zusätzlich von einem Schmerzensgeldanspruch des Klägers auszugehen.

Abschließend werden die prozessualen Besonderheiten bei Verkehrsunfällen betrachtet, wobei insbesondere auf die Möglichkeit der Teilklage hingewiesen wird.

Der juristische Vermerk - Praktische Hinweise zu Inhalt, Aufbau und Form*Aufsatz von Hombrecher in JA 2011, 367**Lehrbuch § 9, Rn. 58*

Vor dem Hintergrund, dass das Erstellen eines Vermerks für Referendare und Berufsanfänger in Behörden, Kanzleien und Unternehmen häufig zur Tätigkeit gehört, geben die Verfasser des Aufsatzes praktische Hinweise zu Inhalt, Aufbau und Form eines juristischen Vermerks. Einleitend beschreiben sie verschiedene Formen eines Vermerks, z.B. als Aktenvermerk oder als Vermerk über das Ergebnis einer rechtlichen Prüfung. Auch der Zweck eines Vermerks wird angesprochen. Im Weiteren beleuchten die Autoren Aufbau und Inhalt. Sie nennen die drei Abschnitte eines Vermerks und behandeln jeden der genannten Abschnitte ausführlich. Im Einzelnen gehen sie also auf die Zusammenfassung von Sachverhalt und Rechtsfragen, auf die Zusammenfassung des Ergebnisses und des Lösungsvorschlages sowie auf die Begründung des Ergebnisses und des Lösungsvorschlages ein. Den nächsten Abschnitt widmen die Verfasser der Darstellung der äußeren Form und der Sprache. Es wird hier der „Kopf“ eines Vermerks, die Betreffzeile, sowie eine sinnvolle Gliederung und der Sprachstil erläutert. Danach sprechen die Autoren noch Fundstellennachweise und weitere Aspekte an, mit denen der Verfasser des Vermerks dem Auftraggeber die Arbeit mit dem Vermerk erleichtern kann. Es seien hier z.B. das Beifügen von Kopien zitierter Entscheidungen oder das Beifügen von Gesetzestexten erwähnt. Abschließend beschreiben die Verfasser kurz das Formulieren eines Vermerks in der Form eines Anschreibens.

Rechtsverfolgungskosten in der Assessorklausur*Aufsatz von Kovacevic/Wichardt in JA 2011, 131**Lehrbuch § 10, Rn. 27*

Der Beitrag befasst sich mit der Ersatzfähigkeit vorprozessualer Kosten der Rechtsverfolgung im Zivilprozess. Dies erfolgt vor allem im Hinblick auf die Assessorklausur.

Zunächst wird hierbei die Kostenerstattung für den aktiv Rechtssuchenden erörtert. Es entstehen Kosten durch das Tätigwerden des Rechtsanwalts. Vom Anspruchsgegner können diese als Verzugsschaden verlangt werden. Hierfür ist ein Verzug des Anspruchsgegners notwendig, bevor ein Rechtsanwalt in Anspruch genommen wird. Zudem gehen die Autoren auf die streitwertabhängige sachliche Zuständigkeit des Prozessgerichts in Anbetracht der Haupt- und Nebenforderung gem. §§ 4 ZPO, 23 Nr. 1 GVG ein. Sie nehmen alsdann Bezug auf die Kostenentscheidung der §§ 91 ff. ZPO. Zudem sind die korrekte Formulierung des Antrags und die Prozessstandschaft nach § 86 Abs. 1 VVG Gegenstand der Arbeit. Des Weiteren wird der Problembereich der unberechtigten Inanspruchnahme beleuchtet. Ebenso erfährt die Anrechnung von Geschäfts- und Verfahrensgebühr einer näheren Erörterung. Abschließend raten die Urheber dazu, bei Klausuren der Ansicht des BGH zu folgen.

Das anwaltliche Erfolgshonorar

Aufsatz von Vogeler in JA 2011, 321

Lehrbuch § 10, Rn. 37

Seit 2008 dürfen als Folge einer Entscheidung des BVerfG und einer Änderung des Gesetzes Anwälte unter bestimmten Voraussetzungen Erfolgshonorare vereinbaren. Der vorliegende Aufsatz stellt diese Voraussetzungen dar und zeigt einige für das zweite Staatsexamen klausurrelevante Problemstellungen auf.

Grundzüge der Kostenentscheidung im Assessorexamen

Aufsatz von Breidenstein in JA 2011, 771

Lehrbuch § 10, Rn. 45

Der Beitrag gibt einen Überblick über die examensrelevanten Konstellationen der Kostenentscheidung. Dabei wird sowohl die konkrete Tenorierung als auch die rechtliche Begründung anhand von Beispielsfällen mit steigendem Schwierigkeitsgrad vorgestellt. Daher eignet sich der Beitrag gleichermaßen zur Einarbeitung in die Problematik und zur gezielten Examensvorbereitung.

Der materiell-rechtliche Anspruch auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten

Aufsatz von Bauerschmidt in JuS 2011, 601

Lehrbuch § 10, Rn. 56

In der jüngsten Vergangenheit hatte der BGH mehrfach über die Angemessenheit von Honorarvereinbarungen zwischen Anwalt und Mandant zu entscheiden. Dabei hat er zuletzt auf Druck des BVerfG die Rechte von Anwälten gestärkt, in schwierigen und umfangreichen Fällen auch Honorare fordern zu dürfen, die deutlich über den gesetzlichen Gebühren des RVG liegen. Eine ähnliche Frage stellt sich, wenn der Rechtsanwalt nicht selbst seine Gebühren beansprucht, sondern die obsiegende Partei eines Rechtsstreits ihre Anwaltskosten vom Schädiger erstattet verlangt. Auch in diesem Fall ist zu entscheiden, ob der Anspruchsteller nur die gesetzlichen Gebühren oder sein tatsächlich gezahltes Honorar geltend machen kann.

Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Prozesskostenhilfe

Aufsatz von Nickel in MDR 2011, 1334

Lehrbuch § 10, Rn. 76

Die Übersicht schließt an den Bericht des Autors in MDR 2010, 1227 an. Schwerpunkte sind in diesem Jahr u.a. die aktuelle Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Erfolgsaussichten, Mutwilligkeit, einzusetzendes Vermögen bzw. Einkommen sowie Beiordnung. Nur in Grenzbereichen examensrelevant.

Mahnverfahren oder ordentliches Klageverfahren

Aufsatz von Nistler in JuS 2011, 990

Lehrbuch § 11, Rn. 1

In dem Beitrag wird erörtert, welche Überlegungen anzustellen sind, wenn zu entscheiden ist, ob ein Titel im Wege des ordentlichen Klageverfahrens oder des Mahnverfahrens zu erwirken ist. Um die richtige Wahl treffen zu können, ist es erforderlich, die Besonderheiten jeder Verfahrensart zu kennen und darüber hinaus an eine möglicherweise erforderlich werdende Zwangsvollstreckung zu denken.

Prozesskostenhilfe für einstweiligen Rechtsschutz und Hauptsache?

Aufsatz von Frank O. Fischer in MDR 2011, 642

Lehrbuch § 12, Rn. 3

Gemäß § 114 S. 1 kann Prozesskostenhilfe (PKH) für alle gerichtlichen Verfahren bewilligt werden. Dies gilt auch für das einstweilige Verfügungs- und das einstweilige Anordnungsverfahren (den einstweiligen Rechtsschutz). Grundsätzlich dürfen das Hauptsacheverfahren und das einstweilige Rechtsschutzverfahren nebeneinander betrieben werden. Nach allgemeiner Auffassung kann nämlich das Rechtsschutzinteresse für ein Hauptsacheverfahren selbst dann nicht verneint werden, wenn der Anspruch bereits durch eine einstweilige Verfügung tituliert ist. (Ganz h.M. vgl. nur z.B. OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.9.2007 - 11 W 48/07, NJW-RR 2008, 779 m.w.N.; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.7.2008 - 4 W 60/08, BeckRS 2009 08976). Da der Streitgegenstand jeweils ein anderer ist, besteht auch keine doppelte Rechtshängigkeit (§ 261 III Nr. 2). Es fragt sich aber, ob bei einem derartigen Vorgehen auch PKH für beide Verfahren zu bewilligen ist.

Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren

BGH, Urt. v. 13. 4. 2011 – XII ZR 110/09, NJW 2011, 2796

Lehrbuch § 13, Rn. 15

Das Abstehen im Urkundenprozess (§ 596 ZPO) im Berufungsverfahren ist als Klageänderung (§ 263 ZPO) anzusehen und damit nur zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet (§ 533 ZPO).

Zwei Jahre Reform des familiengerichtlichen Verfahrens: Eine Zwischenbilanz

Aufsatz von Fest in NJW 2011, 2611

Lehrbuch § 14, Rn. 1

Vor zwei Jahren ist mit dem Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine der umfangreichsten Neuordnungen seit Jahrzehnten im Bereich des Verfahrensrechts in Kraft getreten. Am 1. 9. 2011 feiert das FamFG seinen zweiten Geburtstag – nach Auffassung des Verf. Zeit, eine Zwischenbilanz zu ziehen.

Das „kränkelnde“ Adhäsionsverfahren – Indikator struktureller Probleme der Strafjustiz

Aufsatz von Haller in NJW 2011, 970

Lehrbuch § 14, Rn. 83

Das seit gut 60 Jahren in den §§ 403 ff. StPO normierte Adhäsionsverfahren führt seit jeher ein Schattendasein. Es eröffnet dem Geschädigten einer Straftat die Möglichkeit, im Strafverfahren materielle Kompensation für erlittene Schäden zu erlangen. Für Opfer von Straftaten spielt das Wiedergutmachungsbedürfnis, auch finanzieller Art, generell eine große Rolle. Umso erstaunlicher erscheint die Tatsache, dass sich das Adhäsionsverfahren in der Praxis bislang nicht zum Regelinstrument entwickelt hat. Den Gründen hierfür soll im Folgenden ebenso nachgegangen werden wie den Möglichkeiten der Abhilfe. Dabei muss die Realität dieser Verfahrensart allerdings in einem größeren Kontext, möglicherweise als Beleg breiter angelegter Probleme der Strafjustiz, betrachtet werden.

Verteilung der Nebeninterventionskosten entsprechend Vergleichsquote

BGH, Beschl. v. 8. 9. 2011 – VII ZB 24/09, NJW 2011, 3721

Lehrbuch § 16, Rn. 47

Die durch eine unselbstständige Nebenintervention entstandenen Kosten (§§ 98, 101 Absatz I ZPO) sind nach dem Maßstab zu verteilen, den die Parteien in einem ohne Beteiligung des Nebenintervenienten geschlossenen Vergleich für die Verteilung der übrigen Kosten des Rechtsstreits festgelegt haben. Für den sich daraus ergebenden Kostenerstattungsanspruch des Nebenintervenienten kommt es nicht darauf an, inwieweit die von ihm unterstützte Hauptpartei dem Prozessgegner außergerichtliche Kosten erstatten muss.

Die unterbliebene Kostengrundentscheidung in Fällen einer Nebenintervention

Aufsatz von Jungemeyer/Teichmann in MDR 2011, 1019

Lehrbuch § 16, Rn. 47

Wer als Streithelfer einem Prozess beigetreten ist, an dessen Ende es durch Urteil (gemeint sind Endurteile) zu einem Obsiegen der von ihm unterstützten Hauptpartei kommt, hat häufig Grund zur Freude, da ihm andernfalls meist eine Regressklage gedroht hätte. Ohne sorgfältige Überprüfung des Kostenspruchs des Gerichts besteht aber ein ungeahntes Risiko, seine Verfahrenskosten trotz eines darauf gerichteten Antrags in der Beitrittserklärung nicht ersetzt zu bekommen.

Keine Zuständigkeitsbestimmung bei objektiver Klagehäufung

OLG München, Beschl. v. 14. 2. 2011 – 31 AR 15/11, NJW-RR 2011, 1002

Lehrbuch § 17, Rn. 11

Die Bestimmung eines gemeinsam zuständigen Gerichts für mehrere Streitgegenstände (objektive Klagehäufung), die zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte gehö-

Bohnen · Montag · Rohde

ren, ist im Gesetz nicht vorgesehen §§ 36, 260 ZPO; § 17 Absatz II GVG) und nicht zulässig.

Grenzen der Gerichtsstandsbestimmung wegen Streitgenossenschaft bei Klageanhängigkeit

BGH, Beschl. v. 23. 2. 2011 – X ARZ 388/10, NJW-RR 2011, 929

Lehrbuch § 17, Rn. 11

Die Bestimmung eines zuständigen Gerichts für eine Klage gegen mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben und als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen (§ 36 Absatz I Nr. 3 ZPO), ist nicht mehr möglich, wenn der Antragsteller gegen die Beklagten bereits vor verschiedenen Gerichten Klage erhoben hat.

Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses

OLG Brandenburg, Beschl. v. 14. 3. 2011 – 1 AR 8/11, NJW-RR 2011, 1213

Lehrbuch § 17, Rn. 17

Die Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses gem. § 281 Absatz II 4 ZPO kann nur ausnahmsweise infolge der Verletzung höherrangigen (Verfassungs-) Rechts, namentlich bei der ungenügenden Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Absatz I GG) oder bei objektiv willkürlicher Entziehung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Absatz I 2 GG) entfallen. Einfache Rechtsfehler wie das Übersehen einer die Zuständigkeit begründenden Rechtsnorm rechtfertigen die Annahme einer objektiv willkürlichen Verweisung demzufolge grundsätzlich nicht. Hinzu kommen muss dafür vielmehr, dass die Verweisung offenbar gesetzwidrig oder sonst grob rechtsfehlerhaft ist, also gleichsam jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Die Stufenklage gem. § 254 ZPO

Aufsatz von Schäuble in JuS 2011, 506

Lehrbuch § 20, Rn. 1

Der Beitrag stellt die Grundzüge der Stufenklage nach § ZPO § 254 vor. Mit der Stufenklage kann der Kläger die Erteilung von Auskünften einklagen, um anschließend ein genau bestimmtes Leistungsverlangen geltend zu machen. Der Kläger stellt mehrere Klageanträge, über die stufenweise entschieden wird. Die Stufenklage gemäß § 254 ZPO ist damit ein Sonderfall der objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO), wird aber als einheitliche Leistungsklage angesehen. Gleichzeitig ist die Stufenklage ein Anwendungsfall des unbezifferten Klageantrags und des Teilurteils. Die Stufenklage hat hohe praktische Relevanz, weshalb sie auch die prozessuale Einkleidung einer Examenklausur bilden kann.

Die isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten – Zulässigkeit und anwaltliche Hinweispflichten

Aufsatz von Skusa in NJW 2011, 2697

Lehrbuch § 24, Rn. 17

Die Widerklage als negative Feststellungsklage im Falle der Teilklage ist ein in der Rechtspraxis allgemein bekanntes prozesstaktisches Vorgehen, um eine abschließende Klärung der Rechtslage zwischen den Parteien herbeizuführen. Eine vergleichbare Situation stellt sich für den Beklagten, wenn ein Zessionar Klage aus derivativem Recht erhebt. Wie kann der Beklagte eine endgültige Rechtssicherheit auch gegenüber dem Zedenten herbeiführen? Die (isolierte) Drittwiderklage gegen den Zedenten ist nach der zuletzt erfolgten Rechtsprechung des BGH prozessökonomisch geboten. Dann aber sind die anwaltlichen Vertreter verpflichtet, ihre Mandanten auf diese Möglichkeit und die damit verbundenen Konsequenzen hinzuweisen, insbesondere im Rahmen einer Abtretungsvereinbarung.

Die isolierte Drittwiderklage als legitimes Instrument der Prozesstaktik

Aufsatz von Schöler in MDR 2011, 522

Lehrbuch § 24, Rn. 17

Die Widerklage ist ein probates Mittel, mit dem der in einem Rechtsstreit Beklagte eigene Ansprüche gegen den Kläger vor demselben Gericht und in demselben Verfahren geltend machen kann. Richtet sich dieser Gegenangriff gegen eine formal an dem Rechtsstreit nicht beteiligte Person, wird gemeinhin von einer isolierten Drittwiderklage gesprochen. Deren Anwendungsbereich dehnte der BGH in seiner jüngsten Rechtsprechung deutlich aus. Nunmehr soll auch die isolierte Drittwiderklage in der Form einer negativen Feststellungsklage zulässig sein. Mit diesem Instrument kann nicht nur prozesstaktisch motivierten Abtretungen wirksam begegnet werden. Vielmehr wurde den Parteien damit ein legitimes Werkzeug auch für die Fälle an die Hand gegeben, in denen die Verbindung von Verfahren durch das Gericht nach § 147 ZPO zu einer Störung der prozessualen Waffengleichheit führt.

Zulässigkeit der Drittwiderklage und die örtliche Zuständigkeit des Gerichts der Klage für den Drittwiderbeklagten

Aufsatz von Fellner in MDR 2011, 146

Lehrbuch § 24, Rn. 17

Der Aufsatz thematisiert anlässlich des Beschlusses des BGH vom 30.9.2010 (Xa ARZ 191/10, MDR 2010, 1483) die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Drittwiderklage und zur örtlichen Zuständigkeit in analoger Anwendung des § 33 Abs. 1 ZPO bei der isolierten Drittwiderklage.

Zunächst erläutert der Autor das Wesen der Drittwiderklage und unterscheidet die drei Arten: die streitgenössische Drittwiderklage, die isolierte Drittwiderklage und die Widerklage durch einen Dritten. Sodann beschreibt er die Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit der Drittwiderklage und untersucht die Darstellung die örtliche Zuständigkeit des Gerichts der Klage für den Drittwiderbeklagten. Dabei geht er näher auf

Bohnen · Montag · Rohde

die Rechtsprechungsänderung des BGH im Beschluss vom 30.9.2010 ein, welcher nun die analoge Anwendbarkeit des § 33 Abs. 1 ZPO auf die isolierte Drittwiderklage bejaht.

In seinem Fazit befürwortet der Verfasser die Entscheidung des BGH als interessen- und praxisgerecht und zeigt auf, dass andernfalls nur unter sehr schwierigen Voraussetzungen doppelte Sachverständigenkosten und widerstreitende Entscheidungen zu vermeiden gewesen wären.

**Gerichtsstand der Widerklage bei isolierter Drittwiderklage nach Forde-
rungsabtretung**

*BGH, Beschluss vom 30. 9. 2010 - Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 460 m. Anm. Vossler
Lehrbuch § 24, Rn. 17 f.*

Die Bestimmung über den besonderen Gerichtsstand der Widerklage ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung entsprechend anzuwenden (Abweichung von BGH NJW 2001, 2094).

Die Kl. ist ein zahnärztliches Rechenzentrum mit Sitz in Stuttgart. Sie macht aus abgetretenem Recht vor dem *LG Landshut* gegen den Bekl., der seinen Wohnsitz im Bezirk dieses *LG* hat, einen Zahlungsanspruch in Höhe von 12999,83 Euro aus zahnärztlicher Behandlung in der Praxis des Drittwiderbekl. (Zedenten) in Regensburg geltend. Der Bekl. hat gegen den Zedenten Drittwiderklage auf Feststellung erhoben, dass diesem Ansprüche aus zahnärztlicher Behandlung nicht zustehen. Der Drittwiderbekl. hat die Unzuständigkeit des *LG Landshut* für die Widerklage gerügt. Der Bekl. hat beantragt, das *LG Landshut* als gemeinsam zuständiges Gericht für Klage und Drittwiderklage zu bestimmen. Der Drittwiderbekl. hat beantragt, den Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts zurückzuweisen. Das *OLG München* hat mit Beschluss vom 1. 6. 2010 die Sache gem. § 36 Abs. 3 ZPO dem *BGH* zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt. Der *Senat* hat den Antrag auf Gerichtsstandsbestimmung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

III. Der Gerichtsstandsbestimmungsantrag ist unbegründet. Für eine Gerichtsstandsbestimmung ist kein Raum, da das Gericht der Klage auch für die Widerklage zuständig ist. § 33 ZPO ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung entsprechend anzuwenden. An der abweichenden bisherigen Rechtsprechung des *BGH* hält der *Senat* nicht fest.

1. In der Rechtsprechung des *BGH* ist das Institut der parteierweiternden Widerklage anerkannt.

a) Erhebt der Beklagte eine mit der Klage im rechtlichen Zusammenhang stehende Widerklage sowohl gegen den Kläger als auch gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten als Streitgenossen i.S. der §§ 59, 60 ZPO, ist diese streitgenössische Drittwiderklage unter den Voraussetzungen der als Klageänderung behandelten Parteierweiterung zulässig (BGH NJW 1964, 44; BGHZ 131, BGH NJW 1996, 196; BGH, NJW 1991, 2838). Hierdurch sollen die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden, zusammengehörige Ansprüche einheitlich verhandelt und entschieden werden (BGH NJW 1964, 44).

b) Nach der Rechtsprechung des *BGH* ist eine Drittwiderklage hingegen grundsätzlich unzulässig, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht betei-

lichten Dritten richtet (*BGH*, NJW 1971, 466). Unter Berücksichtigung des prozessökonomischen Zwecks der Widerklage, eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen über einen einheitlichen Lebenssachverhalt und die damit einhergehende Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden und eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung über zusammengehörende Ansprüche zu ermöglichen, hat der *BGH* jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen. Die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage ist in der Rechtsprechung des *BGH* unter anderem dann bejaht worden, wenn sie gegen den Zedenten der Klageforderung gerichtet ist und die Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind: Die isoliert gegen den am Prozess bislang nicht beteiligten Zedenten erhobene Drittwiderklage ist auch dann zulässig, wenn sich deren Gegenstand mit dem Gegenstand einer hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt (*BGH* NJW 2001, 2094) oder wenn die abgetretene Klageforderung und die mit der Drittwiderklage geltend gemachte Forderung aus einem einheitlichen Schadensereignis resultieren (*BGH*, NJW 2007, 1753). Schließlich ist sie auch dann zulässig, wenn mit ihr die Feststellung begehrt wird, dass dem Zedenten keine Ansprüche zustehen (*BGH*, NJW 2008, 2852). Ausschlaggebend ist demnach stets, dass die zu erörternden Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und durch die Einbeziehung des Drittwiderbeklagten in den Rechtsstreit dessen schutzwürdige Interessen nicht verletzt werden.

c) Nach der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* begründet die den besonderen Gerichtsstand für die Widerklage regelnde Vorschrift des § 33 ZPO für den bisher am Verfahren nicht beteiligten Drittwiderbeklagten keinen Gerichtsstand am Gericht der Klage; das Gericht der Klage ist danach für eine Drittwiderklage örtlich nur zuständig, wenn ein allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand bei dem Gericht der Drittwiderklage besteht, durch rügelose Einlassung begründet wird oder das übergeordnete Gericht den Gerichtsstand nach § ZPO § 36 ZPO § 36 Absatz I Nr. 3 ZPO bestimmt (*BGH* NJW-RR 2008, 1516 m. Nachw.). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung wird die mit der Anerkennung der Drittwiderklage angestrebte Verfahrenskonzentration in den Fällen nicht erreicht, bei denen ein allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand des Drittwiderbeklagten bei dem Gericht der Klage weder besteht noch durch rügelose Einlassung begründet wird und eine Gerichtsstandsbestimmung durch das übergeordnete Gericht nicht möglich ist. Bei einer Streitgenössischen Drittwiderklage kommt eine Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht in Betracht, sofern die widerbeklagten Streitgenossen einen anderweitigen gemeinsamen Gerichtsstand haben (*BGH*, NJW 2000, 1871). Der Beklagte hat dann nur die Wahl, auf die Widerklage zu verzichten, um beide Streitgenossen in einem weiteren Rechtsstreit gemeinsam in Anspruch zu nehmen, oder von der gemeinsamen Klage gegen beide Streitgenossen Abstand zu nehmen, um gegen den Kläger mit der Widerklage und in einem weiteren Verfahren gegen den Dritten vorzugehen. Bei einer isolierten Drittwiderklage ist dem übergeordneten Gericht nach dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO eine Gerichtsstandsbestimmung versagt, weil es an einer gegen mehrere Streitgenossen gerichteten Widerklage fehlt (*BGH*, NJW 2000, Seite 1871; NJW 1993, 2120). Die Rechtsprechung, nach der eine isolierte Drittwiderklage ausnahmsweise zulässig ist, liefe daher in einer Vielzahl von Fällen leer.

2. Dieses Ergebnis könnte durch eine entsprechende Anwendung des § 36 Abs.1 Nr. 3 ZPO, wie sie das vorlegende *OLG* für geboten hält, vermieden werden. Dazu wäre bei

Drittwiderklagen eine Gerichtsstandsbestimmung durch das übergeordnete Gericht auch dann zuzulassen, wenn sich die Drittwiderklage ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtete oder wenn widerbeklagte Streitgenossen einen anderweitigen gemeinsamen Gerichtsstand hätten. Die Anwendung der genannten Bestimmung führte jedoch dazu, dass regelmäßig eine gerichtliche Bestimmung des zuständigen Gerichts erforderlich wäre, obwohl nur die Bestimmung des Gerichts der Klage als zuständiges Gericht auch für die Drittwiderklage in Betracht kommt. Die Zuständigkeit eines anderen Gerichts für Klage und Widerklage kann nicht bestimmt werden, weil § 36 ZPO keine Handhabe dafür bietet, dem Kläger auf den Antrag des Beklagten den von ihm gewählten Gerichtsstand zu entziehen.

3. Deshalb erscheint es dem *Senat* sachgerecht, in diesen Fällen an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr festzuhalten und § 33 ZPO entsprechend jedenfalls dann auf die Drittwiderklage anzuwenden, wenn sich diese gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung richtet.

a) Die Vorschrift des § 33 ZPO findet auf Drittwiderklagen keine unmittelbare Anwendung, da sich diese nicht gegen den Kl. richten. Eine Widerklage setzt begrifflich eine anhängige Klage voraus, ein Widerkläger muss ein Beklagter und ein Widerbeklagter ein Kläger sein.

b) Die Vorschrift des § 33 ZPO ist aber entsprechend auf eine Drittwiderklage anzuwenden, die sich gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung richtet. Der besondere Gerichtsstand des § 33 ZPO hat seinen Grund darin, dass bei Bestehen eines Sachzusammenhangs die Verfahrenskonzentration gefördert und zugleich ein prozessuales Gleichgewicht hergestellt werden sollen (*Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rdnr. 1 m. w. Nachw.).

Zum einen sollen zusammenhängende Ansprüche einheitlich verhandelt und entschieden werden, um eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen über einen einheitlichen Lebenssachverhalt und die damit einhergehende Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden (BGH NJW 1964, 44). Dieses Bedürfnis besteht auch und gleichermaßen in den Fällen, in denen der BGH schon bisher eine Drittwiderklage für zulässig gehalten hat.

Zum anderen kann der Beklagte seine Gegenansprüche in einem laufenden Prozess auch dann geltend machen, wenn das Gericht bei isolierter Klage dafür örtlich unzuständig wäre. Hierdurch wird zwar der dem Schutz eines Beklagten dienende Grundsatz der §§ 12ff. ZPO eingeschränkt, wonach eine Klage grundsätzlich an seinem Wohn- oder Geschäftssitz zu erheben ist. Diese Einschränkung ist aber sachlich dadurch gerechtfertigt, dass der Kläger den Beklagten vor dem Gericht der Klage angegriffen hat und es für ihn daher zumutbar ist, sich dort auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen. Ob dieser Grund auch generell die Gewährung eines besonderen Gerichtsstands für eine Drittwiderklage gegen nur materiell beteiligte Dritte trägt (so *OLG Dresden*, OLG-NL 2003, 65; *Vollkommer/Vollkommer*, WRP 2000, 1062; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., § 33 Rdnr. 24), bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Er rechtfertigt jedenfalls die Gewährung eines besonderen Gerichtsstands für eine Drittwiderklage gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung (*Zöller/Vollkommer*, § 33 Rdnr. 24). Für den Zedenten einer Klageforderung ist es zumutbar, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen. Ohne die Abtretung der Klageforderung hätte der Zedent selbst Klage gegen den Beklagten erheben und mit der Erhebung einer Widerklage am Ge-

richtsstand der Klage rechnen müssen. Erst die Abtretung der Klageforderung schafft für den Beklagten einen Anlass, zur umfassenden Entscheidung aller zusammenhängenden Ansprüche eine Drittwiderklage gegen den Zedenten zu erheben. Für diesen ist es daher zumutbar, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung der damit zusammenhängenden Ansprüche einzulassen. Hierdurch werden lediglich der vorherige Rechtszustand und damit das prozessuale Gleichgewicht wiederhergestellt. Dass der Zessionar nach § 35 ZPO einen Gerichtsstand gewählt haben mag, der dem Zedenten nicht genehm ist, ändert hieran nichts. Mit der Abtretung hat der Zedent die Ausübung des Wahlrechts nach § 35 ZPO durch den Zessionar in Kauf genommen.

IV. Die Anwendbarkeit des § 33 ZPO auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung ist bislang vom *VII. Zivilsenat* des *BGH* verneint worden (*BGH NJW* 2001, 2094; *BGH, NJW* 1993, 2120). Auf Anfrage hat der *VII. Zivilsenat* erklärt, er halte an dieser Rechtsauffassung nicht mehr fest.

V. Sowohl für die Klage als auch für die Drittwiderklage ist deshalb hier das LG Landshut örtlich zuständig, ohne dass es zur Herbeiführung der Zuständigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.

In seiner Urteilsanmerkung weist Vossler darauf hin, dass der *BGH* mit dem vorliegenden Beschluss zu seiner Rechtsprechung aus den 60er Jahren (*BGH, NJW* 1966, 1028) zurückkehrt. Die Abwägung zwischen dem Interesse des Klägers, zusammenhängende Ansprüche, einheitlich zu verhandeln und sich widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, und dem Interesse des Dritten, nicht an entlegenen Gerichten verklagt zu werden, führt nicht zwingend zu dem einen oder anderen Ergebnis.

Für die isolierte Drittwiderklage gegen den Zedenten, auf die die Entscheidung beschränkt ist, ist das Ergebnis gut vertretbar. Dieser ist nicht unbeteiligt und ohne die Abtretung mit einer Widerklage rechnen müssen.

Andeutungen in der Entscheidung ist zu entnehmen, dass der *BGH* die Anwendung des § 33 ZPO auch befürwortet, wenn die Widerklage sich gegen den Zedenten und den bisherigen Kläger richtet.

Ausdrücklich offen gelassen hat der *BGH* die Anwendung des § 33 ZPO in den Fällen, in denen der Dritte nicht Zedent der Klageforderung ist. Dies dürfte darauf hindeuten, dass hier eine Anwendung ausscheiden soll.

Selten folgenschwer: verspätetes Vorbringen

Aufsatz von Stackmann in JuS 2011, 133

Lehrbuch § 25, Rn. 1

Die Frage nach dem Umgang mit verspätetem Vorbringen stellt sich in der Praxis ständig. Gleichzeitig eignet sich das Thema besonders für Prüfungsfragen, weil es wegen seiner Schnittstelle zum Verfassungsrecht Gelegenheit gibt, das Grundverständnis des Prozessrechts zu hinterfragen.

Einleitend trifft Verf. allgemeine Aussagen zu dem Einwand der Verspätung. Im Anschluss daran werden Angriffs- und Verteidigungsmittel, die Gegenstand der Zurückweisung nach § 296 Abs. 1 und 2 ZPO sein können, definiert. Weiter wird erläutert, dass eine Zurückweisung von Vorbringen grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn dessen Berücksichtigung zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde. Der Verfasser beschäftigt sich danach mit der Kenntnispflicht des Gerichts und

der Äußerungspflicht des Gegners. Im Rahmen des Vortrags vor dem Termin werden Aussagen zu den Pflichten des Gerichts und dem Antrag auf Einholung eines Gutachtens getroffen. Im Anschluss daran widmet sich der Autor dem Vortrag im Termin und dem Vortrag nach dem Termin. Zuletzt folgt die Darstellung eines Prüfungsschemas, das die Problematik des verspäteten Vorbringens umfasst.

Erneute Zustellung eines bereits rechtskräftig gewordenen Versäumnisurteils

OLG Stuttgart, Beschl. v. 11. 5. 2011 – 5 W 8/11, NJW-RR 2011, 1631

Lehrbuch § 26, Rn. 16

Wird ein rechtskräftiges Versäumnisurteil im Ausland (hier: Türkei) nicht für vollstreckbar erklärt, weil es nur im Wege der Aufgabe zur Post gem. §§ 183, 184 ZPO zugestellt worden ist, so hat der Kl. unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes auf Antrag Anspruch auf eine zusätzliche Zustellung des Urteils im förmlichen Rechthilfewege. Eine – nochmalige – Einspruchsfrist wird dadurch jedoch nicht ausgelöst.

Rechtsmittel gegen ein zu Unrecht erlassenes zweites Versäumnisurteil

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 10. 8. 2010 - 9 U 61/08, NJW-RR 2011, 216

Lehrbuch § 26, Rn. 19

Gegen ein vom Landgericht zu Unrecht erlassenes zweites Versäumnisurteil (statt erstem Versäumnisurteil) ist nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz Einspruch und/oder Berufung möglich. Wird Berufung eingelegt, kann das BerGer. nach § 538 Abs. 2 Nr. 6 ZPO den Rechtsstreit unter Aufhebung des II. Versäumnisurteils an das Landgericht zurückverweisen, weil dort gemäß § 342 ZPO weiterzuverhandeln ist.

Die Beklagte hatte gegen ein klagestattgebendes Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und im darauf anberaumten Termin streitig verhandelt. Nach Erlass eines Beweisbeschlusses war die Beklagte Beweistermin erneut säumig. Das LG erlies daraufhin ein zweites Versäumnisurteil. Auf die Berufung der Bekl. wurde dieses aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen..

Die Bekl. haben mit der Berufung das statthafte Rechtsmittel gewählt.

Nachdem auf den Einspruch hin verhandelt worden war, durfte aufgrund der erneuten Säumnis kein den Einspruch der Bekl. verwerfendes zweites Versäumnisurteil erlassen werden. Lediglich ein das vorhergegangene Versäumnisurteil aufrechterhaltendes weiteres erstes Versäumnisurteil nach § 331 ZPO hätte ergehen dürfen. Zwar waren die Bekl. Im Beweistermin (wieder) säumig. Das macht jedoch ein Verhandeln in früherer Sitzung nicht gegenstandslos (vgl. *Zöller/Herget*, ZPO, 28. Aufl., § 345 Rdnr. 1).

Wäre – wie geboten – ein erstes Versäumnisurteil ergangen, hätte den Bekl. wieder der Einspruch zugestanden. Gegen die tatsächlich erlassene Entscheidung war dagegen nach §§ 345, 514 Abs. 2 S. 1 ZPO nur noch die Berufung möglich. Auf Grund des so genannten Meistbegünstigungsgrundsatzes können die Bekl. in einem solchen Fall das Versäumnisurteil mit dem Einspruch und/oder der Berufung angreifen (*BGH*, NJW 1997, NJW Jahr 1997 Seite 1448).

Die Berufung ist auch nicht deshalb unstatthaft, weil sie nach § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO nur darauf gestützt werden könnte, dass im Beweistermin kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe. Auf das Vorbringen der Bekl. hierzu kommt es nicht an, denn der – ebenfalls statthafte – Einspruch hätte der Beschränkung des § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht unterlegen. Zwar entbindet auch der Meistbegünstigungsgrundsatz nicht von der Einhaltung der für ein Rechtsmittel vorgesehenen Formen und Fristen. Geht es hingegen – wie hier – um eine Voraussetzung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels überhaupt, würde es keine „Meist“-Begünstigung mehr darstellen, wenn bereits der Zugang zur nächsten Instanz durch Voraussetzungen behindert würde, die bei dem wahlweise statthafte Rechtsmittel oder Rechtsbehelf nicht eingreifen (in diesem Sinne *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15. 3. 2001 – 10 U 189/99; *LAG Sachsen*, Urt. v. 24. 11. 2004 – 2 Sa 263/04).

Nach § 538 Abs. 2 Nr. 6 ZPO kann das BerGer. die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen, wenn das angefochtene Urteil – wie hier – ein Versäumnisurteil ist und eine Partei – wie hier die Bekl. – die Zurückverweisung beantragt hat.

Auch die Notwendigkeit der weiteren Verhandlung ist gegeben. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die von dem LG vorgesehene weitere Beweisaufnahme aus Sicht des BerGer. überhaupt notwendig ist. Die Notwendigkeit der weiteren Verhandlung ergibt sich nämlich schon daraus, dass der Rechtsstreit – wäre in Verhandlung vom 2. 6. 2008 zutreffend Versäumnisurteil nach § 331 ZPO ergangen – durch den dann zulässigen Einspruch der Bekl. gem. § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt worden wäre, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand. Dies wäre hier der Zeitpunkt unmittelbar nach der Beweisaufnahme vor dem LG am 2. 6. 2008, also noch vor der sich daran anschließenden – gem. § 370 ZPO notwendigen – Fortsetzung der mündlichen Verhandlung.

Eine – grundsätzlich mögliche – eigene Sachentscheidung des BerGer. erscheint bei dieser Sachlage unzweckmäßig, schon weil jedwede Tatsachenfeststellung der ersten Instanz fehlt.

Das LG hat die sich an die Beweisaufnahme anschließende mündliche Verhandlung des Beweistermins zu wiederholen. Dass die damals bestehende Prozesslage – die Säumnis der Bekl. – nicht wiederhergestellt werden kann und demnach auch keine Möglichkeit besteht, auf Grund der damaligen Sachlage ein Versäumnisurteil nach § 331 ZPO gegen die Bekl. zu erlassen, ist prozessual unvermeidlich und deshalb hinzunehmen. Teilweise vertretene andere Lösungsansätze hält der Senat nicht für überzeugend (vgl. dazu *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1993, 383: Umdeutung des II. Versäumnisurteils in ein Versäumnisurteil; *LAG Sachsen*, v. 24. 11. 2004 – 2 Sa 263/04,; Nichtladen des Bekl. zum neuen Termin, um ein Versäumnisurteil zu ermöglichen).

Voraussetzungen der Zulässigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens

OLG Nürnberg, Beschl. v. 7. 3. 2011 – 12 W 456/11. NJW-RR 2011, 1216

Lehrbuch § 27, Rn. 6

Ein rechtliches Interesse als Voraussetzung der Zulässigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens (§ 485 Absatz II ZPO) besteht nicht, wenn klar auf der Hand liegt, dass der Anspruch, dessen der Antragsteller sich berührt, nicht bestehen kann. In ei-

nem derartigen Fall steht fest, dass das Ergebnis des Beweisverfahrens in einem sich etwa anschließenden Prozess keine Bedeutung hat und damit die Beweiserhebung unnütz wäre.

§ 839 a BGB statuiert eine Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Schäden, die einem Verfahrensbeteiligten auf Grundlage eines unrichtigen Gutachtens des Sachverständigen durch eine gerichtliche Entscheidung entstehen. Eine solche gerichtliche Entscheidung liegt nicht vor, wenn die Parteien unter dem Eindruck eines unrichtigen Gutachtens des Sachverständigen das gerichtliche Verfahren durch Prozessvergleich beenden. Die Motivation für den Vergleichsschluss spielt insoweit keine Rolle.

Verjährungshemmung durch selbstständiges Beweisverfahrens

BGH, Urteil vom 28. 10. 2010 - VII ZR 172/09, NJW 2011, 594

Lehrbuch § 27, Rn. 10

Haben die Parteien rechtzeitig Einwendungen gegen das im selbstständigen Beweisverfahren erstattete Gutachten erhoben, ist – sofern nicht eine weitere Beweisaufnahme stattfindet – das selbstständige Beweisverfahren jedenfalls dann beendet, wenn der mit der Beweisaufnahme befasste Richter zum Ausdruck bringt, dass eine weitere Beweisaufnahme nicht stattfindet und dagegen innerhalb angemessener Frist keine Einwände erhoben werden.

Der Kl. begehrt vom Bekl. Schadensersatz wegen fehlerhaft ausgeführter Reparaturarbeiten seines Pkw im Juni 2004. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob ein Anspruch des Kl. verjährt ist. Vom 23. 9. 2004 bis zum 2.11. 2004 verhandelten die Parteien über einen Schadensersatzanspruch. Mit Schriftsatz vom 26. 10. 2004, eingegangen am selben Tag und zugestellt an den Bekl. am 2. 11. 2004, beantragte der Kl. die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Das hier eingeholte Sachverständigengutachten wurde den Prozessbevollmächtigten der Parteien am 7. 4. 2005 zugestellt, wobei ihnen eine Frist bis 12. 5. 2005 für etwaige Einwendungen und Anträge eingeräumt wurde. Der Beklagte rügte das Gutachten als verfahrensfehlerhaft. Mit Verfügung vom 20. 7. 2005, ausgefertigt und abgesandt am 27. 7. 2005, wies das AG darauf hin, dass es einen Verfahrensverstöß nicht erkennen könne. Am 17. 8. 2005 verfügte es die Schlussbehandlung der Sache. Mit Schriftsatz vom 8. 9. 2005, eingegangen am 9. 9. 2005, rügte der Bekl., dass eine Stellungnahme des Sachverständigen T nicht vorliege und beantragte, diesen zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Mit Beschluss vom 26.10.2005 stellte das AG fest, dass das selbstständige Beweisverfahren beendet sei. Die Beschwerde des Bekl. dagegen wurde vom LG mit Beschluss vom 18.1.2006, dem Beklagtenvertreter zugestellt am 26.1.2006, zurückgewiesen. Eine Gegenvorstellung des Bekl. blieb erfolglos. Die Hauptsacheklage ist am 3. 3. 2008 eingegangen und dem Bekl. am 26.3.2008 zugestellt worden.

AG und LG haben eine Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB verneint. Die Verjährungsfrist habe gem. § 634a BGB Abs. 1 Nr. 1 BGB zwei Jahre betragen und mit der Abnahme, also mit der Abholung des Fahrzeugs am 22.6. 2004, begonnen. Vom 23.9.2004 bis zum 2.11.2004 sei sie gem. § 203 BGB gehemmt gewesen. Sodann sei von der Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens am 2.11.2004 bis zur Bekanntgabe des verfahrensbeendenden Beschlusses des LG vom 18.1.2006 am 26.1.2006 die Verjährung gem. § 204 Abs.1

Nr. 7 BGB gehemmt gewesen. Dieser Zeitpunkt bedeute bei rückschauender Betrachtung die sachliche Erledigung des selbstständigen Beweisverfahrens, da bis dahin noch eine Fortsetzung der Beweissicherung in der Sache möglich gewesen wäre. Formale Anknüpfungspunkte für die Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens hätten sich regelmäßig daran zu orientieren, den Zeitpunkt der Verjährung möglichst eindeutig zu bestimmen.

Der BGH ist dagegen davon ausgegangen, dass das selbstständige Beweisverfahren bereits am 29. 7. 2005 mit dem Zugang der amtsgerichtlichen Mitteilung vom 20. 7. 2005 bei den Prozessbevollmächtigten der Parteien beendet war, weil der mit der Beweisaufnahme befasste Richter dadurch zum Ausdruck brachte, dass eine weitere Beweisaufnahme nicht stattfindet und dagegen innerhalb angemessener Frist keine Einwände erhoben werden. Eine Fortsetzung des Selbstständigen Beweisverfahrens habe nur dann stattfinden können, wenn die Parteien innerhalb angemessener Zeit einen weiteren Verfahrensantrag gestellt hätten. Der erst sechs Wochen nach Zustellung des Gutachtens gestellte Antrag auf Anhörung des Sachverständigen sei nicht in angemessener Zeit gestellt worden. Allein die Möglichkeit der Fortsetzung durch Beschwerde und Gegenvorstellung hindere die Beendigung des Selbstständigen Beweisverfahrens nicht.

Auslandszeugen im Zivilprozess

Aufsatz von Dötsch in MDR 2011, 169

Lehrbuch § 27, Rn. 16

In seinem Beitrag beschäftigt sich der Autor mit der Vernehmung von Auslandszeugen, wobei auch eine Entscheidung des OLG Stuttgart vom 24.03.2010 (AZ: 3 U 214/09) besprochen wird. Zunächst wird geschildert, wie die Vernehmung eines Auslandszeugen im Zivilprozess von statten geht. Dabei wird unter anderem die Vernehmung durch deutsche Konsularbeamte im Ausland nach § 363 Abs. 2 ZPO, sowie die BeweisaufnahmeVO (Verordnung (EG) Nr. 1206/2001; juris: EGV 1206/2001) des Rates vom 28.05.2001 besprochen. Sodann skizziert er die bisherige zivilgerichtliche Rechtsprechung, wobei er auf das „Recht auf Beweis“, welches über Art. 6 EMRK (juris: MRK) abgesichert ist, und die Analogie zu § 244 Abs. 3 StPO, eingeht. Im Anschluss daran befasst er sich mit der Entscheidung des OLG und merkt diesbezüglich die Möglichkeit zur Teilnahme an der Beweisaufnahme durch das ersuchte Gericht nach § 363 Abs. 3 S. 2, 1073 ZPO an. Auch erläutert der Urheber seine Auffassung. Hierbei finden Ausführungen dazu Eingang, wie Auslandszeugen strafrechtlich behandelt werden. Er beschäftigt sich mit der Übertragbarkeit dessen auf den Zivilprozess, bevor er die Schwierigkeiten im nationalen Prozess hinsichtlich der Videovernehmung, mit Verweis auf § 128a Abs. 2 ZPO verdeutlicht. Zum Ende werden alle wesentlichen Punkte nochmals kurz zusammengefasst, wobei beschrieben wird, dass die eventuelle Zunahme von „Auslandseinsätzen“ der Justiz unter anderem durch genau vorbereitete Rechtshilfeersuche gemildert werden kann.

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht - Beweislastumkehr, Arbeitsteilung, Verjährung

Aufsatz von Martis/Winkhart-Martis in MDR 2011, 709

Lehrbuch § 27a, Rn. 62

Im Anschluss an die Vorjahresberichte (MDR 2009, 611-617; MDR 2009, 1082-1090) und die Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Aufklärungsproblematik (MDR 2011, 402) stellen die Autoren des Standardwerkes "Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010" die aktuelle Rechtsprechung zu den Fallgruppen der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht, den Dokumentationsversäumnissen, dem Umfang des Vertrauensschutzes bei der "horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung" und zur Verjährung im Arzthaftungsrecht dar. Interessant, aber nicht unbedingt examensrelevant.

Klagerücknahme und materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch

BGH, Urt. v. 16. 2. 2011 – VIII ZR 80/10, NJW 2011, 2368

Lehrbuch § 28, Rn. 28

Im Falle einer Klagerücknahme kommt ein der Kostenentscheidung nach § 269 Absatz III 2 Halbs. 1 ZPO entgegen gerichteter materiell-rechtlicher Anspruch auf Kostenerstattung nicht in Betracht, wenn der Sachverhalt, der zu dieser Kostenentscheidung geführt hat, unverändert bleibt (Anschluss an BGHZ 45, 251 = NJW 1966, 1513 sowie BGH, NJW-RR 1995, 495 = GRUR 1995, 169 und NJW 2002, 680 = WM 2002, 396).

Das System der Rechtsbehelfe im Zivilprozess

Aufsatz von Pils in JA 2011, 451

Lehrbuch § 30, Rn. 1

Der Beitrag befasst sich mit der Struktur der Rechtsbehelfe im Zivilprozessrecht. Einleitend gibt der Autor eine Übersicht über die Rechtsbehelfe der ZPO. Es sei zwischen Rechtsbehelfen gegen die Beteiligung von Personen am Prozess, gegen Fristablauf und gegen Entscheidungen zwecks Fortsetzung des Verfahrens zu unterscheiden. Im Hinblick auf Rechtsbehelfe gegen die Beteiligung von Personen am Verfahren können z.B. Verfahrensbeteiligte abgelehnt werden. Bei Richtern könne eine Überschreitung des Neutralitätsgebots zu deren Ablehnung führen. Nachfolgend werden Rechtsbehelfe gegen Versäumnisse von Fristen dargestellt. Insbesondere wird hierbei auf die Möglichkeit der Wiedereinsetzung gem. §§ 233 ff. ZPO bei versäumter Anspruchsfrist hingewiesen. Fristversäumnisse seien zudem häufige Anwaltsfehler und treten in Anwaltsklausuren oft mit Fragen der Fristberechnung auf. Im Anschluss daran wird die Verhinderung der Fristeinhaltung diskutiert. Zudem werden die Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen im Hinblick auf den Einspruch erörtert. Generell lässt sich zwischen dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gem. § 340 ZPO und dem Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid gem. § 700 ZPO unterscheiden. Ersterer sei sowohl bei echten Versäumnisurteilen gem. § 338 ZPO als auch bei Vollstreckungsbescheiden gem. § 700 Abs. 1 ZPO statthaft. Zudem werden die Voraussetzungen für einen Einspruch ausgeführt. Alsdann befasst sich der Autor mit den diversen Rechtsbehelfen im Eilverfahren. Zudem werden die Erinnerung gem. § 573 ZPO, die

Klauselerinnerung nach § 732 ZPO und die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO dargestellt. Des Weiteren wird das Rechtsmittel der Berufung untersucht. Abschließend befasst sich der Autor mit der sofortigen Beschwerde gem. §§ 567 ff. ZPO.

Beschwer bei gesamtschuldnerischer Verurteilung – Einseitige Begleichung der Klageforderung

BGH, Beschl. v. 7. 12. 2010 – VI ZB 87/09, NJW-RR 2011, 488

Lehrbuch § 30, Rn. 17

Ist eine Partei zusammen mit einer anderen Partei als Gesamtschuldner verurteilt worden, entfällt ihre Beschwer nicht schon dadurch, dass die andere Partei den Urteilsbetrag zahlt.

Das *AG* hat die früheren *Bekl.* zu 1 und 2 und die *Bekl.* zu 3 und 4 als Gesamtschuldner zur Zahlung von 796,82 Euro an den *Kl.* verurteilt. Gegen dieses Urteil haben die *Bekl.* zu 3 und 4 (künftig: *Bekl.*) Berufung eingelegt und beantragt, die Klage gegen sie abzuweisen. Der *Kl.* hat zunächst beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Nachdem sich ergeben hatte, dass die *Bekl.* zu 1 und 2 unstreitig vor Einlegung der Berufung die Klageforderung ausgeglichen hatten, hat der *Kl.* den Rechtsstreit für erledigt erklärt und beantragt, die Kosten des Berufungsverfahrens den Berufungsführern aufzuerlegen. Diese haben der Erledigungserklärung widersprochen und ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. Das *LG* hat mit dem angefochtenen Beschluss die Berufung der *Bekl.* als unzulässig verworfen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgten die *Bekl.* ihren Klageabweisungsantrag weiter. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das *BerGer.*

Das *BerGer.* durfte die Berufung der *Bekl.* nicht als unzulässig verworfen.

Die Berufung ist gem. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO grundsätzlich statthaft und zulässig, weil das *BerGer.* selbst einen Gegenstandswert von 1365,41 Euro angenommen hat. Dies ist nicht zu beanstanden. Für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist grundsätzlich der Zeitpunkt seiner Einlegung maßgebend (§ 4 Abs. 1 ZPO; *BGH* *NJW* 1951, 195). Spätere Verminderungen des Beschwerdegegenstands bleiben außer Betracht, soweit sie nicht auf willkürlicher Beschränkung des Rechtsmittels durch den Rechtsmittelkläger beruhen (vgl. *BGH* *NJW* 1951, 195; *BGH*, *NJW* 1983, 1063) oder der Rechtsmittelkläger durch freiwillige Befriedigung des Gegners die Verminderung des Beschwerdegegenstands herbeigeführt hat und dadurch zu einer entsprechenden Einschränkung seiner Rechtsmittelanträge genötigt ist (vgl. *BGH*, *NJW* 1951, 274 [275]). Die Voraussetzungen für eine Ausnahme liegen hier nicht vor, weil die *Bekl.* als Rechtsmittelkläger den *Kl.* nicht durch eine freiwillige Zahlung befriedigt haben und auch nichts dafür ersichtlich ist, dass die Zahlung durch die *Bekl.* zu 1 und 2 im Einverständnis mit den *Bekl.* erfolgt ist.

Entgegen der Auffassung des *BerGer.* sind die *Bekl.* auch dadurch weiterhin beschwert, dass sie als Gesamtschuldner mit den früheren *Bekl.* zu 1 und 2 verurteilt worden sind.

Nach der Rechtsprechung des *BGH* entfällt die Beschwer einer zur Zahlung verurteilten Partei, wenn sie nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung und vor Einlegung eines Rechtsmittels den Urteilsbetrag vorbehaltlos zahlt (vgl. *BGH*, *NJW* 1994, 942 [943]; *LM* § 511 ZPO Nr. 31; *NJW* 2000, 1120). Dem steht gleich, wenn ein berechtigter Dritter mit Billigung der verurteilten Partei den Urteilsbetrag zahlt und da-

mit das Schuldverhältnis der Parteien zum Erlöschen bringt (vgl. *BGH*, LM § 91a ZPO Nr. 4; NJW 2000, 1120). In diesen Fällen geht die Rechtsprechung von einer materiellen Erledigung der Hauptsache zwischen den Instanzen aus, so dass ein rechtsschutzwürdiges Interesse der verurteilten Partei an der Beseitigung des Urteilsausspruchs nicht mehr besteht. Diese Voraussetzungen liegen hinsichtlich der Bekl. nicht vor.

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann diesen auch nicht die Befriedigung der Kl. durch Zahlung der Bekl. zu 1 und 2 zugerechnet werden, durch die der Anspruch der Kl. gem. § 362 BGB erfüllt worden ist. Auch wenn die Kl. auf Grund der von den Bekl. zu 1 und 2 unstreitig erbrachten Leistung keinen Zahlungsanspruch mehr gegen die Bekl. hat, hätte die Zahlung der Bekl. zu 1 und 2 nur zu einer Erfüllung der von der Kl. behaupteten Forderung gegenüber den Bekl. führen können, wenn diese ebenfalls Schuldner des Urteilsbetrags waren (§ 422 Abs. 1 BGB). Dies haben die Bekl. aber nicht nur im ersten Rechtszug, sondern auch im Berufungsverfahren in Abrede gestellt und demgemäß dem zuletzt im Berufungsverfahren angekündigten Antrag der Kl., den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, widersprochen und die Klageabweisung beantragt. Bei dieser Sachlage steht nicht fest, dass die Zahlung der Bekl. zu 1 und 2 geeignet war, den Rechtsstreit zwischen der Kl. und den Bekl. in der Hauptsache zu erledigen. Vielmehr ist es gerade Gegenstand des Berufungsverfahrens zu klären, ob die gesamtschuldnerische Verurteilung der Bekl. zu Recht erfolgt ist. Im Hinblick darauf ist ein rechtsschutzwürdiges Interesse der Bekl. an der Beseitigung des gegen sie ergangenen Urteils im Rechtsmittelverfahren nicht auszuschließen (vgl. *BGH*, NJW 2000, 1120). Eine Beschwer der Bekl. ergibt sich unter diesen Umständen bereits daraus, dass die ergangene Entscheidung des *AG* ihrem Inhalt nach für sie nachteilig ist und für sie die Möglichkeit besteht, im höheren Rechtszug eine abweichende Entscheidung zu ihren Gunsten zu erlangen (vgl. *BGH*, NJW 1955, 545 [546]; NJW 1975, 539; LM § 511 ZPO Nr. 31). Eine solche abweichende Entscheidung ist zu Gunsten der Bekl. möglich, weil nach den in der Rechtsprechung des *BGH* entwickelten Grundsätzen die Erledigung der Hauptsache auf den einseitigen Antrag der klagenden Partei hin nur festgestellt werden kann, wenn die eingereichte Klage zulässig und begründet war, aber durch ein nach Anhängigkeit eingetretenes Ereignis gegenstandslos geworden ist (vgl. *BGHZ* 155, 392 [395] = NJW 2003, 3134 m.w. Nachw.). Dies ist nach dem Vortrag der Bekl. nicht der Fall.

Ogleich es nicht mehr darauf ankommt, weist der *Senat* darauf hin, dass der Beschluss des BerGer. auch deswegen fehlerhaft ist, weil es vor seiner Entscheidung nicht der richterlichen Hinweispflicht entsprochen hat und deswegen eine unzulässige Überraschungsentscheidung vorliegt. Vor der Entscheidung, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, ist nämlich den Parteien insoweit rechtliches Gehör zu gewähren.

Berechnung der Berufungssumme

BGH, Beschl. v. 12. 4. 2011 – BGH VI ZB 58/10, NJW-RR 2011, 1285

Lehrbuch § 30, Rn. 18

1. Zur Beschwer des Berufungsklägers (§ 511 ZPO), wenn im Urteil über einen erstinstanzlichen Antrag nicht ausdrücklich entschieden worden ist.
2. Äußert sich ein Gericht zu einem gestellten Antrag nicht, bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass das Gericht den Antrag versehentlich übergangen hat, sondern es kann auch bedeuten, dass das Gericht den ausdrücklich nicht beschiedenen Antrag, als

eine den Streitwert nicht erhöhende Nebenforderung behandelt hat und es daher eine besondere Begründung für entbehrlich hielt.

Kosten einer wirkungslos gewordenen Anschlussberufung

OLG Hamm, Beschl. v. 11. 1. 2011 – 7 U 40/10, NJW 2011, 1520

Lehrbuch § 30, Rn. 27

Es geht um die Frage, wer die Kosten der Anschlussberufung zu tragen hat, wenn die Berufung mangels Erfolgsaussichten im Beschlusswege zurückgewiesen wird. Dies ist nach wie vor sehr Streitig. Das OLG Hamm hat (gegen die h.M.) der Berufungsklägerin die Kosten der Berufung und der Anschlussberufung auferlegt.

Grenzen der Berufung gegen zweites Versäumnisurteil – Vorweggenommener Restitutionsgrund

BGH, Beschl. v. 6. 10. 2011 – IX ZB 148/11, NJW-RR 2011, 1692

Lehrbuch § 30, Rn. 31

Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil nach § 514 Absatz II ZPO kann nicht auf den Restitutionsgrund des nachträglichen Auffindens einer Urkunde (§ 580 Nummer 7 lit. b ZPO) gestützt werden.

Bezeichnung des Rechtsmittelgegners – Streitgenossen als Rechtsmittelbeklagte

BGH, Beschluss vom 11. 5. 2010 - VIII ZB 93/09, NJW-RR 2011, 281

BGH, Urteil vom 15. 12. 2010 - XII ZR 18/09, NJW-RR 2011, 359

Lehrbuch § 30, Rn. 32

An die Bezeichnung des Rechtsmittelgegners sind weniger strenge Anforderungen als an die Bezeichnung des Rechtsmittelklägers zu stellen. Jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen besteht, richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung und somit gegen alle gegnerischen Streitgenossen, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen (im Anschl. an BGH, NJW-RR 2006, 1569; NJW-RR 2009, 208).

Im ersten Fall war Klägerin war eine GbR, die im Rubrum bezeichnet war als

„1. ... TG, handelnd unter der Firma AGH-GbR,

2. ... KH, handelnd unter der Firma AGH-GbR,“

Der Bekl. legte Berufung ein gegen „TG“. In den nachfolgenden Schriftsätzen ist die Kl. mit „TG und KH“ bezeichnet worden. Das LG hat die Berufung als unzulässig verworfen. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde des Bekl. führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Im zweiten Fall klagten die Ehefrau und zwei Kinder gegen den Ehemann auf Zahlung von Kindesunterhalt. Der Beklagte legte Berufung nur gegen die Ehefrau ein. In der Berufungsbegründung waren alle drei Kl. als Berufungsbekl. bezeichnet, dort bean-

tragte der Beklagte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils „die Klage insgesamt abzuweisen“ und erklärte, das Urteil „in vollem Umfang“ anzufechten.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Bekl. zu Unrecht nach § 522 Absatz I ZPO als unzulässig verworfen.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass zum notwendigen Inhalt der Berufungsschrift nach § 519 Abs. 2 ZPO neben den weiteren, gesetzlich normierten Voraussetzungen auch die Angabe gehört, für und gegen welche Partei das Rechtsmittel eingelegt wird. Die Berufungsschrift muss entweder für sich allein betrachtet oder mit Hilfe weiterer Unterlagen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eindeutig erkennen lassen, wer Berufungskläger und wer Berufungsbeklagter sein soll (vgl. etwa *Senat*, Beschl. v. 12. 1. 2010 – BGH 12.01.2010 VIII ZB 64/09; *BGH FamRZ* 2007, 903 m. w. Nachw.).

An die eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers sind strenge Anforderungen zu stellen; bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmitteleinlegung muss jeder Zweifel an der Person des Rechtsmittelklägers ausgeschlossen sein (st. Rspr.; vgl. etwa *BGH*, *BGH-Report* 2002, 655; *Senat*, Beschl. v. 6. 12. 2005 – VIII ZB 30/05; *NJW-RR* 2008, 1161). Dabei sind, wie auch sonst bei der Ausdeutung von Prozesserkklärungen, alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen.

An die Bezeichnung des Rechtsmittelgegners sind dagegen weniger strenge Anforderungen zu stellen. Jedenfalls in denjenigen Fallgestaltungen, in denen der in der Vorinstanz obsiegende Gegner aus mehreren Streitgenossen besteht, richtet sich das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung und somit gegen alle gegnerischen Streitgenossen, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen (*BGH*, *NJW-RR* 2006, 1569; *BGH NJW-RR* 2009, 208; vgl. ferner *NJW* 2002, 831 unter II 1; jeweils m. w. Nachw.).

Eine solche Beschränkung kann sich, wenn auf der Gegenseite mehrere Streitgenossen stehen, daraus ergeben, dass in der Rechtsmittelschrift nur einige von ihnen angegeben werden (*BGH*, *NJW-RR* 2009, 208). Dies ist jedoch nicht zwingend. Der *BGH* hat eine unbeschränkte Berufungseinlegung auch in Fällen bejaht, in denen als Rechtsmittelgegner nur einer von mehreren Streitgenossen, und zwar der im Urteilsrubrum an erster Stelle Stehende genannt wurde (*BGH*, *NJW* 2002, 831; *NJW* 1984, 58; jeweils m. w. Nachw.). Letztlich kommt es für die Frage, ob eine Beschränkung der Anfechtung gewollt ist, auf eine verständige Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmitteleinlegung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist an. Dabei können sich aus einer beigefügten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des angefochtenen Urteils häufig entscheidende Hinweise auf den Umfang der Anfechtung ergeben. Hierbei kommt insbesondere der Frage Bedeutung zu, ob eine Beschränkung des Rechtsmittelangriffs auf einen Teil der bisherigen Prozessgegner in Anbetracht des der Vorinstanz unterbreiteten Streitstoffs ungewöhnlich oder gar fernliegend erscheint (vgl. etwa *BGH*, *NJW-RR* 2009, 208 Rdnr. 7; *NJW* 2003, 3203).

Gemessen an diesen Maßstäben hat das BerGer. in beiden Fällen zu Unrecht angenommen, es sei innerhalb der Berufungsfrist nicht hinreichend zu erkennen gewesen, gegen welche Personen sich das Rechtsmittel richten sollte (wird ausgeführt).

Erster Fristverlängerungsantrag

BGH, Beschluss vom 10. 6. 2010 - V ZB 42/10, NJW-RR 2011, 285

Lehrbuch § 30, Rn. 33

Bei einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sind keine hohen Anforderungen an die erforderliche Darlegung der erheblichen Gründe für die Notwendigkeit der Fristverlängerung zu stellen.

Das AG hat mit Urteil vom 28. 7. 2009 zum Nachteil der Kl. entschieden. Das Urteil ist den Kl. am 31. 7. 2009 zugestellt worden. Mit am 6. 8. 2009 eingegangenem Schriftsatz haben die Kl. gegen das Urteil des AG Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 29. 9. 2009 haben sie die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 15. 10. 2009 beantragt. Zur Begründung haben sie ausgeführt, auf Grund der starken Arbeitsbelastung ihres Prozessbevollmächtigten habe eine Besprechung mit diesem nicht stattfinden und die Berufung nicht begründet werden können. Mit Verfügung vom 1. 10. 2009 hat der Vorsitzende der Kammer des LG die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist abgelehnt und die Kl. darauf hingewiesen, dass die Verwerfung ihrer Berufung beabsichtigt sei. Hiergegen haben sich die Kl. mit Schriftsatz vom 6. 10. 2009 gewandt und Ausführungen zur Begründung der Berufung gemacht. Mit Beschluss vom 8. 10. 2009 hat das LG die Berufung verworfen. Mit am 13. 10. 2009 eingegangenem Schriftsatz haben die Kl. die Berufung ausführlich begründet und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Mit Beschluss vom 17. 12. 2009 hat das LG die beantragte Wiedereinsetzung zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Kl. hatte Erfolg.

Der angegriffene Beschluss verletzt die Kl. in ihrem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verbürgten Recht auf eine faire Verfahrensgestaltung.

Das BerGer. hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Unrecht verweigert. Die Kl. waren ohne ihr Verschulden gehindert, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten; denn dem Antrag ihres Prozessbevollmächtigten auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist hätte stattgegeben werden müssen.

Das BerGer. meint, den Kl. sei die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist vorzuwerfen, weil sie nicht darauf hätten vertrauen dürfen, dass ihrem Fristverlängerungsantrag stattgegeben werde. Sie hätten keine erheblichen Gründe für eine Verlängerung der Frist vorgetragen. Die Sache sei einfach gelagert. Der formelhafte, nicht durch Einzelheiten untersetzte Verweis auf die Überlastung ihres Prozessbevollmächtigten reiche nicht aus, einen erheblichen Grund für die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist darzutun, zumal die Kl. schon im erstinstanzlichen Verfahren mehrfach mit ähnlicher oder gleichlautender Begründung Fristverlängerungsanträge gestellt hätten.

Das ist mit den Anforderungen, die das BVerfG und der BGH an die Begründung eines erstmaligen Antrags auf Fristverlängerung stellen, nicht vereinbar.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind bei einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist keine hohen Anforderungen an die erforderliche Darlegung der erheblichen Gründe für die Notwendigkeit der Fristverlängerung zu stellen. Der Anwalt kann vielmehr grundsätzlich erwarten, dass dem Antrag entsprochen wird, wenn einer der im Gesetz genannten Gründe vorgebracht wird (BGH, VersR 1993, 771; NJW 1999, 3051; VersR 2006, 568; NJW-RR 2008, 76). Auf diese

höchstrichterliche Rechtsprechung darf der Anwalt vertrauen; die unteren Instanzen dürfen aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit nicht zum Nachteil der betroffenen Parteien strengere Maßstäbe anlegen (vgl. *BVerfG*, NJW 1998, 3703; NJW 2001, 812; NJW 2007, 3342).

Die Entscheidung des BerGer. weicht in entscheidungserheblicher Weise von dieser Rechtsprechung ab.

Zu dem als „erheblich“ anzusehenden Verlängerungsgrund der beruflichen Überlastung ist anerkannt, dass eine ins Einzelne gehende Darlegung dieser Überlastungsgründe nicht zu verlangen ist (vgl. *BGH*, VersR 1985, 972; VersR 1993; *BVerfG*, NJW 1998, 3703). Der bloße Hinweis auf eine solche Arbeitsüberlastung reicht zur Feststellung eines erheblichen Grundes aus, ohne dass es einer weiteren Substanziierung bedarf (vgl. *BGH*, VersR 1993, 771 m. w. Nachw.; ferner *BVerfG* NJW 1989, 1147; *BVerfG*, NJW 2001, 812 [813]; NJW-RR 2002, 1007 [1008]; NJW 2007, 3342).

Ein Prozessbevollmächtigter darf mit der Bewilligung der beantragten Fristverlängerung auch dann rechnen, wenn die von ihm für notwendig erachtete Rücksprache mit seiner Partei wegen seiner Arbeitsbelastung nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfolgen kann. Dass das Ber-Ger. die Sache für rechtlich einfach gelagert und eine Rücksprache des Prozessbevollmächtigten mit seiner Partei daher für nicht notwendig hält, ändert hieran weder etwas, noch führt dies dazu, dass der Fristverlängerungsantrag weiter substantiiert oder glaubhaft gemacht werden müsste (vgl. *BGH*, NJW 1994, 2957 [2958]; NJW-RR 2000, 799; VersR 2002, 1576 [1577] = NJW 2001, 3552; *BVerfG*, NJW 1998, 3703)

Im Ergebnis ohne Bedeutung ist auch, ob in dem Verfahren schon mehrfach mit gleicher oder ähnlicher Begründung die Verlängerung von Fristen beantragt worden ist. Dies ändert an der Notwendigkeit der neuerlichen Fristverlängerung nichts, sondern ist allenfalls geeignet, die Glaubhaftigkeit des angegebenen Grundes in Frage zu stellen. Hierum geht es vorliegend jedoch nicht. Das BerGer. hat die in dem Antrag der Kl. vom 29. 9. 2009 als Verlängerungsgrund angegebenen Tatsachen nicht in Zweifel gezogen. Auch der Senat sieht hierzu keinen Anlass.

Der Prozessbevollmächtigte der Kl. durfte mithin auf eine positive Bescheidung seines Fristverlängerungsantrags vertrauen. Die Kl. hat die Berufungsbegründungsfrist deshalb ohne ein ihr gem. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten versäumt.

Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und der Wiedereinsetzungsantrag form- und fristgerecht gestellt worden ist, hat der *Senat* die beantragte Wiedereinsetzung bewilligt. Der die Berufung der Kl. als unzulässig verwerfende Beschluss des *LG Dessau-Roßlau* vom 8. 10. 2009 ist damit hinfällig (vgl. *BGH* NJW 1966, 1753; *BGH* NJW 1987, 327).

Klageänderung in der Berufungsinstanz

BGH, Beschl. v. 29. 9. 2011 – IX ZB 106/11, NJW 2011, 3653

Lehrbuch § 30, Rn. 34

Wird die gegen einen Rechtsanwalt gerichtete Regressklage darauf gestützt, dass ein Vorprozess infolge pflichtwidriger Prozessführung des Rechtsanwalts verloren wurde, ist mangels Bekämpfung der erstinstanzlichen Beschwer (§ 511 ZPO) eine Berufung

unzulässig, mit der erstmals geltend gemacht wird, der Rechtsanwalt habe mangels Erfolgsaussichten bereits von der Einleitung des Vorprozesses abraten müssen.

Zuständigkeit Berufungsgericht – Prüfungspflicht Anwalt

BGH, Beschl. v. 14. 7. 2011 – BGH V ZB 67/11, NJW 2011, 3306

Lehrbuch § 30, Rn. 35

Wird die Klage einer Wohnungseigentümergeinschaft gegen einen Dritten in dem erstinstanzlichen Urteil fälschlich als „Wohnungseigentumssache“ bezeichnet, darf sich der Rechtsanwalt bei Einlegung der Berufung nicht darauf verlassen, dass die besondere Rechtsmittelzuständigkeit gem. § 72 Absatz II GVG eingreift.

Erneute Zeugenvernehmung im Berufungsverfahren

BGH, Beschl. v. 10. 11. 2010 – IV ZR 122/09, NJW 2011, 1364

Lehrbuch § 30, Rn. 41

Würdigt das Berufungsgericht die Aussage eines in erster Instanz vernommenen Zeugen anders als die Vorinstanz, ohne den Zeugen erneut zu vernehmen, so verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.

Der Kl. nimmt die Bekl. aus einer Kraftfahrzeug-Teilversicherung wegen Entwendung eines Motorrads in Anspruch. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kl. Eigentümer des versicherten Motorrads ist und ob es entwendet wurde.

Das BerGer. hat den Anspruch des Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es die erstinstanzlich vernommenen Zeugen nicht erneut gehört hat, obwohl es deren Aussagen anders als das LG gewürdigt hat. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das BerGer. grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszugs gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Das gilt insbesondere für die erneute Vernehmung von Zeugen, die grundsätzlich gem. § 398 Abs. 1 ZPO im Ermessen des BerGer. steht. Es ist aber verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es seine Glaubwürdigkeit anders als der Erstrichter beurteilen oder die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will. Würdigt das BerGer. eine Zeugenaussage anders als das erstinstanzliche Gericht, ohne den Zeugen erneut selbst zu vernehmen, so verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei. Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das BerGer. auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen (d. h. seine Glaubwürdigkeit) noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit (d. h. die Glaubhaftigkeit) seiner Aussage betreffen.

Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO bei Klageerweiterung und Widerklage

Aufsatz von Bub in MDR 2011, 84

Lehrbuch § 30, Rn. 45

§ 522 Abs. 2 ZPO eröffnet dem Berufungsgericht die Möglichkeit, das Rechtsmittel als unbegründet zurückzuweisen, wenn es keine Aussicht auf Erfolg hat. Fraglich ist, wies sich dies auf Erweiterungen des Streitgegenstands auswirkt. Während die h.M. über sie bei einem Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht entscheidet, hält eine Mindermeinung eine Entscheidung darüber auch dann für erforderlich, wenn die Berufung selbst erfolglos war.

Die Neufassung von § 522 ZPO – Unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessen und ein neuartiges Rechtsmittel

Aufsatz von Meller-Hannich NJW 2011, 3393

Lehrbuch § 30, Rn. 45

Seit der Zivilprozessrechtsreform vor knapp zehn Jahren regelt § 522 ZPO unter anderem die Berufungszurückweisung durch Beschluss. Diese Norm war Gegenstand einer – in jüngster Zeit mit zunehmender Intensität geführten – prozessrechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion. Die seit 27. 10. 2011 geltende Neuregelung (BGBl I 2011, 2082) wird Aufsatz dargestellt und bewertet.

Die Neuregelung des § 522 ZPO hat versucht, den Beschleunigungsgedanken der Beschlusszurückweisung nicht ganz aus den Augen zu verlieren, ihren Kritikern aber entgegenzukommen. Diese Unentschlossenheit führt dazu, dass letztlich beides nicht gelungen ist:

Einerseits erhöht § 522 Absatz II ZPO die Voraussetzungen der Beschlusszurückweisung und relativiert damit den von ihr erstrebten Gewinn an Prozessbeschleunigung. Insgesamt wird die Beschlusszurückweisung wohl seltener werden. Andererseits ist wegen der neuen unbestimmten Rechtsbegriffe „offensichtlich“ und „geboten“ und der Eröffnung eines gebundenen Ermessens bei der Entscheidung eine Vereinheitlichung der Praxis nicht zu erwarten; auf die Behebung dieses Problems wurde bewusst verzichtet.

Schließlich kann das neue Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde gegen Zurückweisungsbeschlüsse nur in wenigen Fällen und auf umständlichem Weg zum Erfolg führen, was sowohl den angestrebten Beschleunigungseffekt verringert als auch den Bedürfnissen der betroffenen Rechtsmittelführer an einer mündlichen Verhandlung ihrer Angelegenheit kaum gerecht wird.

Die Neufassung des § 522 Abs. 2, 3 ZPO - Rechtsmittelfähigkeit und enger Anwendungsbereich der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss

Aufsatz von Baumert in MDR 2011, 1145

Lehrbuch § 30, Rn. 45

Mit § 522 Abs. 2, 3 ZPO (in der bisherigen Fassung) hat das Berufungsgericht nach erteiltem schriftlichen Hinweis die Möglichkeit, die Berufung unter den dort bestimm-

ten Voraussetzungen der Unverzüglichkeit, Einstimmigkeit des Beschlusses und des Nichtvorliegens von Revisionszulassungsgründen unanfechtbar als unbegründet zurückzuweisen. Der Gesetzgeber ordnet in der vorgesehenen Neufassung nicht nur die Anfechtbarkeit durch Nichtzulassungsbeschwerde an, sondern verschärft zudem die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung.

Die Reform des § ZPO § 522 ZPO

Aufsatz von Stackmann in JuS 2011, 1087

Lehrbuch § 30, Rn. 45

Mit dem im Oktober 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des § 522 ZPO hat der Gesetzgeber die Beschlusszurückweisung der Berufung, die bisher bei Vorliegen der Voraussetzungen zwingend war, zur Regel herabgestuft und von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht. Außerdem besteht nun bei einer Beschwer von über 20000 Euro die Möglichkeit, Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH einzulegen. Geändert wurde auch die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bei Berufungsentscheidungen (§ 708 Nr. 10 ZPO).

Zurückverweisung wegen Verfahrensmangel in der Berufungsinstanz und Anspruch auf Justizgewährung

Aufsatz von Baumert in MDR 2011, 893

Lehrbuch § 30, Rn. 47

Mit § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht die Möglichkeit, die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen, soweit das Verfahren im ersten Rechtszug an wesentlichen Verfahrensmängeln entscheidungserheblich leidet, eine Partei die Zurückverweisung beantragt und eine aufwändige oder umfangreiche Beweisaufnahme notwendig ist. Nach altem Recht (bis 31.12.2001) hatte dem ggü. § 539 ZPO a.F. für eine Zurückverweisung im Rahmen des eingeräumten Ermessens keine weiteren Voraussetzungen gefordert, insbesondere also nicht die Frage einer Beweisaufnahme oder des Antrages einer Partei. Die Handhabung des neuen Rechts wurde in neuerer Zeit durch höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert (BGH, Urt. 1.2.2010 - II ZR 209/08, MDR 2010, 650 = NJW-RR 2010, 1048; Urt. 1.3.2011 - II ZR 83/09, MDR 2011, 675 = ZIP 2011, 806). Die Vorschrift wird restriktiv ausgelegt. Die Zurückverweisung soll nur ausnahmsweise erfolgen. Die restriktive Handhabung soll nachfolgend unter Berücksichtigung des Anspruchs auf Justizgewährung beleuchtet werden.

Zurückverweisung nach fehlerhafter Zurückweisung verspäteten Vorbringens

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 22. 12. 2010 – 19 U 190/10, NJW-RR 2011, 1001

Lehrbuch § 30, Rn. 47

Eine Zurückverweisung durch das Berufungsgericht ist nur ausnahmsweise möglich, vor allem, wenn ein Verfahrensfehler vorliegt und eine aufwändige Beweisaufnahme

Bohnen · Montag · Rohde

erforderlich wird (§ 538 Absatz II Nr. 1 ZPO). Beides hat das OLG hier bejaht: Eine Fristsetzung für die schriftliche Stellungnahme auf die Klageerwiderung ist ohne Belehrung gem. § 277 Absatz II ZPO und ohne Unterschrift mit dem vollständigen Namen des Richters nicht wirksam. Eine Beweisaufnahme, zu deren Durchführung drei Zeugen im Ausland (Usbekistan, Russland) zu laden und zwei weitere Zeugen erneut zu vernehmen sind, ist aufwändig.

Berufungsgerichtliche Ermessensausübung vor Zurückverweisung

BGH, Urt. v. 5. 7. 2011 – II ZR 188/09, NJW-RR 2011, 1365

Lehrbuch § 30, Rn. 47

Bei der vor einer Zurückverweisung der Sache durch das Berufungsgericht an das Gericht des ersten Rechtszugs nach § 538 Absatz II ZPO erforderlichen Ermessensausübung sind der Umstand, dass die Sache bereits einmal an das Landgericht zurückverwiesen worden war, und die damit einhergehende Verzögerung des Rechtsstreits gebührend zu berücksichtigen.

Die Berichtigung des Tatbestands nach § 320 ZPO

Aufsatz von Einsiedler in MDR 2011, 1454

Lehrbuch § 30, Rn. 86

In dem Aufsatz werden zunächst Sinn und Zweck der Vorschrift des § 320 ZPO sowie das Verfahren und die Formalien einer Tatbestandsberichtigung angesprochen. Sodann wird erörtert, was genau (und nur) Gegenstand einer Berichtigung nach § 320 ZPO sein kann. Wichtig ist insbesondere die Frage, inwieweit eine Tatbestandsberichtigung zur Vermeidung der Bindungswirkung in der Berufungsinstanz (§ 529 Abs. 1 ZPO) geboten ist.

Beginn der Frist für die Erhebung der Anhörungsrüge

OLG Jena, Beschl. v. 17. 8. 2011 – 4 U 144/11, NJW-RR 2011, 1694

Lehrbuch § 30, Rn. 88

1. Die Notfrist zur Anhörungsrüge nach § 321 a Absatz II 1 ZPO beginnt mit der „Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs“.
2. Aus der Anlehnung der Vorschrift an § 586 Absatz II 1 ZPO folgt aus dessen Auslegung und nach den Motiven des Gesetzes, dass das bewusste Verschließen vor der Kenntnis (z.B. durch eine bewusste Nichtkenntnisnahme) einer Kenntnis i. S. von § 321 a Absatz II 1 ZPO gleichzusetzen ist. Eine tatsächliche Kenntnis ist daher nicht erforderlich. Im Regelfall fällt daher die Kenntnis mit der Zustellung des vollständig abgefassten Entscheidung zusammen, da ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit bestehe, etwaige Gehörsverletzungen in der zugestellten Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen.
3. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, dass ein Zustellungsadressat den Beginn der Einlegungsfrist nach Gutdünken hinauszuschieben kann, indem er den Inhalt der zugestellten Entscheidung nicht liest. Die Zustellung nach § 166 ZPO soll nämlich dem Adressaten Gelegenheit zur Kenntnisnahme von einem Dokument ver-

schaffen. Sie schützt das Vertrauen des Zustellungsbetreibers, eine durch Fristablauf erlangte Rechtsposition nicht zeitlich unbegrenzt wieder verlieren zu können. Dabei ist die hier vorgenommene Zustellung gegen Empfangsbekanntnis nach § 174 ZPO eine Form der Zustellung, bei der der Prozessbevollmächtigte bei Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses nicht nur bestätigt, vom Zugang des Schriftstücks Kenntnis erlangt, sondern auch den Willen zu haben, es als zugestellt anzusehen.

Praxishinweise zur zivilprozessualen Anhörungsrüge

Aufsatz von Zuck in MDR 2011, 399

Lehrbuch § 30, Rn. 88

Der Verfasser gibt in seinem Beitrag Hinweise für eine sachgerechte Handhabung der Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO. Zunächst beschreibt er die Anhörungsrüge als ein in der Praxis häufig erfolgloses Rechtsmittel. Weiterhin weist er darauf hin, dass eine Anhörungsrüge nur dann in einem aussichtslosen Verfahren Sinn mache, wenn es sich hierbei um die notwendige Etappe in einem Rechtsstreit auf dem Weg zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde handle. Der Autor nennt eine Voraussetzung der Verfassungsbeschwerde, nämlich die Erschöpfung des Rechtsweges gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Er stellt heraus, dass die Anhörungsrüge ein notwendiges Element auf dem Weg zu einer Verfassungsbeschwerde sein könne. Im Weiteren setzt sich der Verfasser mit den Anforderungen an eine Anhörungsrüge detailliert auseinander. So wird darauf eingegangen, dass diese nur dann zum Rechtsweg nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gehöre, wenn sie nicht offensichtlich unzulässig sei. Hier komme es auf die Sicht einer „verständigen Prozesspartei“ an. Danach spricht der Autor die Prüfung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes durch das BVerfG bei einer Verfassungsbeschwerde hinsichtlich des Vortrags einer Gehörsverletzung im Instanzengericht an. Auch das Erfordernis, eine eigenständige Gehörsverletzung in der letztentscheidenden Instanz vorzutragen, wird problematisiert. Den zweiten Teil des Aufsatzes widmet der Verfasser nun den Sachvoraussetzungen der Gehörsrüge. Er bespricht die wichtigsten Fallgruppen, also das Übergehen eines Vortrags und die Überraschungsentscheidung, im Detail. Zuletzt setzt er sich noch mit der Pflicht des Antragstellers zur Darlegung der Entscheidungserheblichkeit des Gehörverstoßes auseinander. In einer abschließenden Zusammenfassung wird deutlich gemacht, dass eine erfolgreiche Gehörsrüge erhebliche Anforderungen an den Vortrag des Antragstellers stelle.

→ 12/11 (JA-JuS-MDR-NJW-NJWRR)