

Oliver Elzer, Richter

Aktuelle Rechtsprechung zum  
Zivilprozessrecht  
26 Alltagsfälle – und etwas mehr ...

Berlin, den 15. September 2011

© Dr. Oliver Elzer



Teil 0

# Reformen

# Berufungsrecht

## § 522 Abs. 2, Abs. 3 ZPO n.F.

Das Berufungsgericht **soll** die Berufung durch Beschluss unverzüglich zurückweisen, wenn es einstimmig davon überzeugt ist, dass

1. die Berufung **offensichtlich** keine Aussicht auf Erfolg hat,
2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und
3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert,
4. **eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.**

[...].

**(3) Gegen den Beschluss nach Absatz 2 Satz 1 steht dem Berufungsführer das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre.**

# Offensichtlich?

Drucksache 17/6406, S. 11

Das Merkmal der Offensichtlichkeit wurde in Satz 1 Nummer 1 eingefügt, um den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift zu präzisieren. Eine Berufung ist offensichtlich aussichtslos, **wenn für jeden Sachkundigen ohne längere Nachprüfung erkennbar ist, dass die vorgebrachten Berufungsgründe das angefochtene Urteil nicht zu Fall bringen können** (vgl. BVerfG NJW 2002, 814 [815]).

Das Berufungsgericht muss die durch die Berufung aufgeworfenen Tat- und Rechtsfragen nicht nur einstimmig, sondern auch **zweifelsfrei** beantworten können und sich von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung **keine neuen Erkenntnisse** versprechen. Offensichtlichkeit setzt nicht voraus, dass die Aussichtslosigkeit gewissermaßen auf der Hand liegt; sie kann auch das Ergebnis **vorgängiger gründlicher Prüfung** sein (vgl. BVerfGE 82, 316 [319]).

# Mündliche Verhandlung geboten?

Drucksache 17/6406, S. 11

- Die Fälle, in denen eine mündliche Verhandlung der prozessualen Fairness entspricht, sollten dem Ermessen des Berufungsgerichts entzogen bleiben. Dadurch wird gewährleistet, dass **ohne Ansehung der Erfolgsaussichten** und der grundsätzlichen Bedeutung der Sache **stets mündlich verhandelt** wird, wenn
  - die Rechtsverfolgung für den Berufungsführer **existenzielle Bedeutung** hat, wie es etwa in Arzthaftungssachen der Fall sein kann, oder
  - wenn das Urteil erster Instanz zwar im Ergebnis richtig aber **unzutreffend begründet** ist.

## Tipp: Mündliche Verhandlung

- Möchte der Mandant eine mündliche Verhandlung, sollte die Berufung **Ausführungen** dazu enthalten,
  - warum die Rechtsverfolgung für den Berufungsführer **existenzielle Bedeutung** hat.

# Folgen

- Beschluss
  - Sachverhalt
  - Anträge
  - Vollstreckbarkeit (§ 708 Nr. 10 ZPO neu)
- Nichtzulassungsbeschwerde

# Rechtsmittel

# Rechtsbehelfsbelehrung

**§ 232 ZPO n.F.** Jede anfechtbare gerichtliche Entscheidung hat eine Belehrung über das statthafte Rechtsmittel, den Einspruch, den Widerspruch oder die Erinnerung sowie über das Gericht, bei dem diese Rechtsbehelfe einzulegen sind, dessen Sitz und über die einzuhaltende Form und Frist zu enthalten. Über die Möglichkeit der Sprungrevision ist nicht zu belehren.

**§ 233 ZPO n.F.** Ein Fehlen des Verschuldens wird vermutet, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft ist.

# FamFG

BGH, Beschluss vom 23. 6. 2010, XII ZB 82/10

Eine Rechtsbehelfsbelehrung nach § 39 FamFG muss neben der Bezeichnung des statthaften Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs das für die Entgegennahme zuständige Gericht und dessen vollständige Anschrift sowie die bei der Einlegung einzuhaltende Form und Frist angeben. Dazu gehört auch die Information über einen bestehenden Anwaltszwang. Sie muss mit diesem zwingenden Inhalt aus sich heraus verständlich sein.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen fehlender oder unzureichender Rechtsbehelfsbelehrung nach § 17 Abs. 2 FamFG setzt eine Kausalität zwischen dem Fehlen der Rechtsbehelfsbelehrung und der Fristversäumung voraus. Sie kann entfallen, wenn der Beteiligte wegen vorhandener Kenntnis über seine Rechtsmittel, **etwa bei anwaltlicher Vertretung**, keiner Unterstützung durch eine Rechtsmittelbelehrung bedarf.

# FamFG

BGH, Beschluss vom 17. 8. 2011, XII ZB 50/11, Rn. 18

[...] Im Übrigen war der Antragsteller **anwaltlich** vertreten, weshalb ein möglicher Rechtsirrtum **regelmäßig verschuldet** ist.

*Aber: „Wäre der fristgerechte Eingang der Beschwerdeschrift beim Amtsgericht bei der gebotenen Weiterleitung zu erwarten gewesen, ist dem Rechtsmittelführer bei unterbliebener Weiterleitung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Das gilt auch dann, wenn er vom Amtsgericht zutreffend über die Einlegung der Beschwerde belehrt worden ist.“*

# FamFG

BGH, Beschluss vom 15. 6. 2011, XII ZB 468/10

Die nach § 39 FamFG vorgeschriebene Rechtsbehelfsbelehrung muss sich auf das statthafte Rechtsmittel oder den statthaften Rechtsbehelf, das für die Entgegennahme zuständige Gericht und dessen vollständige Anschrift, die bei der Einlegung einzuhaltende Form und Frist und einen ggf. bestehenden Anwaltszwang erstrecken. **Zur Form und Frist der Beschwerdebegründung verlangt die Vorschrift hingegen keine Belehrung.**

Die Prüfung der notwendigen Formalien für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist Aufgabe des Beschwerdeführers. Bei dieser Prüfung kann er sich nicht mit einer unrichtigen Geschäftsstellenauskunft entlasten, wenn seine Verfahrensbevollmächtigte die Auskunft pflichtwidrig nicht auf ihre Richtigkeit überprüft hat.

# Bild und Ton

## § 128a ZPO

### Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung

(1) 1Im Einverständnis mit den Parteien kann das Gericht den Parteien sowie ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag gestatten, sich während einer Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. 2Die Verhandlung wird zeitgleich in Bild und Ton an den Ort, an dem sich die Parteien, Bevollmächtigten und Beistände aufhalten, und in das Sitzungszimmer übertragen.

(2) 1Im Einverständnis mit den Parteien kann das Gericht gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während der Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. 2Die Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an den Ort, an dem sich ein Zeuge oder ein Sachverständiger während der Vernehmung aufhalten, und in das Sitzungszimmer übertragen. 3Ist Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach Absatz 1 gestattet worden, sich an einem anderen Ort aufzuhalten, so wird die Vernehmung zeitgleich in Bild und Ton auch an diesen Ort übertragen.

(3) 1Die Übertragung wird nicht aufgezeichnet. 2Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 sind nicht anfechtbar.

# Berlin

Eine große Anlage steht im Saal B 306 des Kriminalgerichts. Sie hat 3 große Flachbildschirme. Die Anlage wird per iPad über Funk ferngesteuert (ersatzweise per Notebook oder eine andere Fernsteuerung). Die zweite, kleinere mit einem Flachbildschirm ausgestattete Anlage steht in einem Raum, der häufig für Kindes- oder Zeugenanhörungen bei Videokonferenzen genutzt wird.

Im **Wege der Amtshilfe** steht die Anlage allen Berliner Gerichten zur Verfügung. Das **AG Schöneberg** erhält bald eine Anlage.

Teil I

# ZULÄSSIGKEIT

## Als Startup: Fall „0“

Rechtsanwalt A legt eine Anschlussberufung ein. Er hat Pech.  
Rechtsanwalt B nimmt die Berufung zurück. Kann man A helfen?

## § 524 ZPO

(4) Die Anschließung **verliert ihre Wirkung**, wenn die Berufung zurückgenommen, verworfen oder durch Beschluss zurückgewiesen wird.

## BGH, Beschluss vom 29. 3. 2011 – VIII ZB 25/10

Bei der **Auslegung von Prozesserkklärungen** ist der Grundsatz zu beachten, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht.

## Fall 1

Die Klägerin ist eine **Anwaltssozietät in Form einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts**. In § 18 des Gesellschaftsvertrags ist vereinbart, dass der kündigende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters und Verbleibens nur eines Gesellschafters das Vermögen der Sozietät ohne Liquidation mit Aktiva und Passiva auf den verbleibenden Gesellschafter im Verhältnis der bisherigen Anteile übergeht. Unstreitig ist einer der Gesellschafter spätestens zum 31. 3. 2007 aus der Sozietät ausgeschieden. **Die GbR erhebt Mitte 2007 Klage.**

## § 50 ZPO

(1) Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.

# Zulässigkeit

- Eine Klage (oder ein Rechtsmittel) ist u.a. dann zulässig, wenn die Partei parteifähig ist.
- Ist eine Partei nach Ansicht des Erstgerichts **nicht existent** (= nicht parteifähig), kann sie ein Rechtsmittel führen, um darüber zu streiten, ob diese Bewertung zutreffend ist. Insoweit ist auch eine letztlich nicht existente Partei in der Lage, ein Rechtsmittel zu führen.
- Ist eine Partei nach Ansicht des Erstgerichts **existent** (= parteifähig), kann sie ein Rechtsmittel führen, um darüber zu streiten, ob diese Bewertung zutreffend ist. Insoweit ist auch eine letztlich ihrer Ansicht nach nicht existente Partei in der Lage, ein Rechtsmittel zu führen.

## BGH, Beschluss vom 31. 5. 2010 – II ZB 9/09

- Die Berufung einer **nicht existenten** oder aus anderen Gründen **parteiunfähigen Prozesspartei** gegen ein in erster Instanz ergangenes Sachurteil ist nicht nur zulässig, wenn die Partei mit der Berufung das **Fehlen der Parteifähigkeit** geltend macht, sondern auch dann,
  - wenn sie das Rechtsmittel mit dem Ziel eingelegt hat, ein **anderes**, ihrem Begehren entsprechendes **Sachurteil** zu erreichen.

# Fall

Ein Mandant bleibt einer als GbR organisierten Anwaltssozietät Honorar schuldig. Wer muss klagen?

## OLG Hamm, Urteil v. 31. 3. 2011, 28 U 63/10

Vertragspartner des Mandanten ist die Sozietät, die als Außengesellschaft rechts- und parteifähig ist. Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können nur von der Gesellschaft eingeklagt werden, nicht von den Gesellschaftern als Streitgenossen. Wird dennoch - wie hier - eine Honorarklage von den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erhoben, ist das Klagerubrum dahingehend zu berichtigen, dass Klägerin die Gesellschaft ist, die aus den in der Klageschrift aufgeführten Personen besteht.

## Fall 2

Die Parteien streiten darüber, ob für die Klage der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten oder zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben ist. Das von der Klägerin angerufene LG hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das ArbG Bremen verwiesen. Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin hat das OLG den erstinstanzlichen Beschluss aufgehoben und den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig erklärt. Mit seiner vom SchwGer. zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrte der Bekl. die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses.

# Doppelrelevante Tatsachen

- Von einer doppelrelevanten Tatsache spricht man, wenn
  - eine Tatsache sowohl für die Zulässigkeit als auch
  - für die Begründetheit einer Klage notwendigerweise erheblich ist (*Elzer, Prüfungswissen ZPO, 2010, Rdn. 545*).
- Etwa das Vorliegen einer **unerlaubten Handlung** kann sowohl die Zuständigkeit des Gerichts (§ 32 ZPO) als auch den eingeklagten Schadenersatzanspruch gem. §§ 823ff. BGB stützen.

## „Prüfungsstelle“

- Ob eine **doppelrelevante Tatsache** vom Gericht festgestellt werden kann, ist erst im Rahmen der Prüfung der **Begründetheit** zu klären. Für die Zulässigkeit reicht die **einseitige Behauptung** aller erforderlichen Tatsachen durch den Kläger aus. Beweise brauchen im Rahmen der Zulässigkeit nicht erhoben zu werden. Eine Klage ist also bereits dann zulässig, wenn der Kläger bloß schlüssig vorträgt = behauptet, dass das angerufene Gericht, z.B. wegen einer unerlaubten Handlung, zuständig ist.

## BGH, Beschluss vom 27. 10. 2009 – VIII ZB 42/08

- Auch bei der Prüfung der **Rechtswegzuständigkeit nach § 17a GVG** bedürfen die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen **keines Beweises**, wenn sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs selbst sind (**doppelrelevante Tatsachen**). Dann ist für die Zuständigkeitsfrage die **Richtigkeit des Klagevortrags** zu unterstellen.
- Handelt es sich **nicht um doppelrelevante Tatsachen**, so ist nicht allein der Sachvortrag der klagenden Partei Grundlage der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Vielmehr hat der Kläger die für die Begründung der Rechtswegzuständigkeit maßgeblichen Tatsachen zu **beweisen**, sofern der Beklagte diese bestreitet.

# Ausnahmen

- Die internationale (Anerkennungs-)Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist etwa auch dann selbstständig festzustellen, wenn die sie begründenden Tatsachen zugleich die Klageforderung inhaltlich stützen; die schlüssige Behauptung der doppelrelevanten Tatsachen genügt insoweit nicht.

## Fall 3

- Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung für einen Rettungsdiensteinsatz in Anspruch. Die Klägerin ist als **privatrechtliches gemeinnütziges Rettungsdienstunternehmen** mit der Durchführung der Notfallversorgung beauftragt. Auf Grund einer Anforderung der zentralen Leitstelle setzte sie im Februar 2007 zur notärztlichen Behandlung der nicht gesetzlich krankenversicherten Beklagten und zu ihrem Transport in ein Krankenhaus einen Rettungswagen und ein Notarzteinsatzfahrzeug ein. Hierfür stellte sie insgesamt 760 Euro in Rechnung.
- Wo ist zu klagen?

## § 13 GVG

Vor die ordentlichen Gerichte gehören die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zivilsachen) sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

## § 40 VwGO

(1) Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

# Zulässigkeit des Rechtswegs

Für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist der jeweilige **Streitgegenstand** maßgeblich; dieser wird ausschließlich durch den Kläger bestimmt.

Dabei kommt es für die Abgrenzung des Zivilrechtswegs einerseits (§ 13 GVG) und des Verwaltungsrechtswegs andererseits (§ 40 Abs. 1 VwGO) bei Fehlen einer ausdrücklichen Rechtswegzuweisung auf die **Natur des Rechtsverhältnisses** an, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Maßgeblich ist die **wahre Natur des Anspruchs**, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt, und nicht, ob der Kläger sich auf eine zivilrechtliche oder auf eine öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft.

## BGH, Beschluss vom 17. 12. 2009 – III ZB 47/09

- Die Wahrnehmung der rettungsdienstlichen Notfallversorgung ist in Hessen **öffentlich-rechtlicher Natur**, auch wenn sie von einer privatrechtlichen Organisation ausgeführt wird.
- Für Streitigkeiten über das Entgelt für die Notfallversorgung ist der **Rechtsweg nicht zu den ordentlichen Gerichten**, sondern zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

## GmS-OGB, Beschluss vom 27. 9. 2010 – GmS-OGB 1/09

- Ob für eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten oder der zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben ist, bestimmt sich nach dem **prozessualen Streitgegenstand**.
- Klagt der Insolvenzverwalter gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners auf Rückgewähr vom Schuldner geleisteter Vergütung nach § 143 Absatz 1 InsO, ist daher der **Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen** eröffnet.

## BGH, Beschluss vom 24. 3. 2011 – IX ZB 36/09

- Für gegen Sozialversicherungsträger gerichtete Klagen des Insolvenzverwalters aus Insolvenzanfechtung sind die **ordentlichen Gerichte** zuständig.

## Fall 4

Eine Berufungsschrift zeigt im Kopf auf der linken Seite die Abkürzung DLA und den Eigennamen P; rechts oben steht der Name des Rechtsanwalts, der das Schriftstück unterschrieben hat, sowie darunter DLA P ... UK LLP und die Angabe der Adresse. Im Rubrum wird als Prozessbevollmächtigte der Beklagten angegeben „DLA P ... UK LLP“. Diese Bezeichnung findet sich noch einmal unmittelbar über der **abschließenden Unterschrift des Rechtsanwalts**. Unter seinem handschriftlichen Namenszug wird er als Partner, Rechtsanwalt und Solicitor (England & Wales) ausgewiesen. Im Text der Berufungsschrift heißt es: „In dem Rechtsstreit ... legen wir hiermit namens und in Vollmacht der Bekl. gegen das erstinstanzliche Urteil ... Berufung ein.“ Auf Anforderung des Gerichts legte der Beklagtenvertreter eine Vollmacht der Bekl. vom 9. 6. 2008 vor; darin wird als bevollmächtigt bezeichnet die „DLA P... UK LLP (Rechtsanwälte + Steuerberater)“.

## § 78 ZPO

(1) Vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten müssen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

## BGH, Beschluss vom 22. 4. 2009 – IV ZB 34/08

- Wird die Berufungsschrift von einem zugelassenen Rechtsanwalt sowohl unter Hinweis auf sein Amt als Rechtsanwalt als auch auf seine Zugehörigkeit zu einer deutschen Zweigniederlassung einer englischen Limited Liability Partnership unterzeichnet, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Prozesshandlung **nicht ausschließlich im Namen der Gesellschaft, sondern jedenfalls auch von dem handelnden Rechtsanwalt selbst vorgenommen worden ist**, wenn nicht besondere Anhaltspunkte entgegenstehen.

## Fall 5

- Die Klägerin ist ein zahnärztliches Rechenzentrum mit Sitz in **Stuttgart**. Sie macht aus abgetretenem Recht vor dem Landgericht **Landshut** gegen den Beklagten, der seinen Wohnsitz im Bezirk dieses Landgerichts hat, einen Zahlungsanspruch in Höhe von 12.999,83 EUR aus zahnärztlicher Behandlung in der Praxis des Drittwiderbeklagten (Zedenten) in **Regensburg** geltend. Der Beklagte hat gegen den Zedenten Drittwiderklage auf Feststellung erhoben, dass diesem Ansprüche aus zahnärztlicher Behandlung nicht zustehen.
- Der Drittwiderbeklagte hat die Unzuständigkeit des Landgerichts Landshut für die Widerklage gerügt.

Werkvertrag + §§ 631, 398 BGB

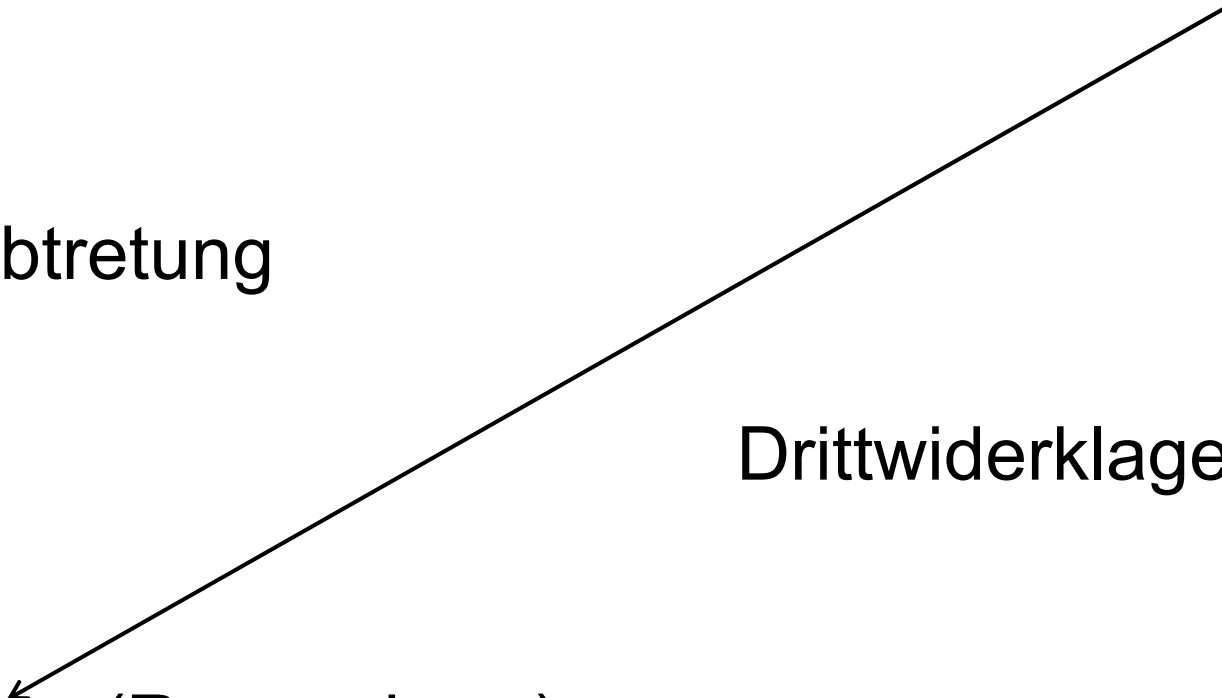
K



B (Landshut)



Abtretung



Drittwiderklage

D

(Regensburg)

## § 33 ZPO

(1) Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

(2) Dies gilt nicht, wenn für eine Klage wegen des Gegenanspruchs die Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts nach § 40 Abs. 2 unzulässig ist.

## BGH, Beschluss vom 30. 9. 2010 – Xa ARZ 191/10

- § 33 ZPO ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung **entsprechend** anzuwenden.
- Die Anwendbarkeit des § 33 ZPO auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung ist bislang vom VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs verneint worden (BGHZ 147, 220, 223; NJW 1993, 2120). Auf Anfrage hat der VII. Zivilsenat erklärt, er halte an dieser Rechtsauffassung **nicht mehr fest**.

## Fall 6

Eine Klage geht vor Ablauf der Verjährung bei Gericht ein. Die Zustellung erfolgt allerdings erst nach Ablauf.

## § 167 ZPO

- Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden oder die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt werden, tritt diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt.

# Überblick

- Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dieser Begriff **ohne eine absolute zeitliche Grenze** im Wege einer **wertenden Betrachtung** auszulegen (BGH BeckRS 2011, 07105).
- Für die Frage, ob ein Zustellung „demnächst“ erfolgt, darf **nicht auf eine rein zeitliche Betrachtungsweise** abgestellt werden, da die Parteien vor Nachteilen durch Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs bewahrt werden sollen (BGH NJW 2006, 3206, 3207).

# Überblick

- Eine Anfechtungsklage ist **demnächst** zugestellt worden, wenn es zwar eine Verzögerung gibt, diese Verzögerung aber vom Anfechtungskläger **unverschuldet** ist oder wenn die vom Anfechtungskläger verschuldete Verzögerung der Zustellung **geringfügig** ist (BGH NJW 2000, 2282; BGH NJW 1992, 1820; OLG Hamm MDR 2002, 1211).

## KG, Beschluss vom 13. 9. 2010 - 2 W 111/10

- Die von der Rechtsprechung zu § 167 ZPO entwickelte und in der Rechtspraxis seit langem etablierte Zwei-Wochen-Frist ist im **Regelfall streng** anzuwenden. Ist die Zustellung der gerichtlichen Gebühreneinzahlungsaufforderung beim Kläger und damit der Ablauf der Zwei-Wochen-Frist **von vornherein nicht exakt berechenbar**, ist die Fristregelung allerdings mit einer gewissen Großzügigkeit zu Gunsten des Klägers anzuwenden. Für die Anwendung von § 167 ZPO ist unerheblich, ob die etwaige Fristüberschreitung zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führt.

# Überblick

- Zustellungsverzögerungen
  - im Bereich des Gerichts
  - im Bereich des Klägers
- Gerichtskostenvorschuss
  - wie lange abwarten?

## Fall 7

- Mit der Klage nimmt die Klägerin den Beklagten auf **Unterlassung** der Nutzung der angemieteten Räume „zu *gewerblichen Zwecken, insbesondere als Lager und Verkaufsräume*“ in Anspruch.

## § 253 Abs. 2 ZPO

(2) Die Klageschrift muss enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.

## BGH, Urteil vom 8. 12. 2010 – VIII ZR 93/10

- Angesichts ihrer sehr weiten, einen konkreten Verletzungstatbestand nicht einmal ansatzweise beschreibenden Fassung ist fraglich, ob die gestellten Prozessanträge im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO noch **hinreichend bestimmt** sind. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein **Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst** sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was ihm verboten ist, dem Vollstreckungsverfahren überlassen bliebe.

## OLG Naumburg, Urteil vom 9. 9. 2010 – 1 U 13/10

- Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO dürfen ein Verbotsantrag – und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidung des Gerichts nicht erkennbar abgegrenzt sind.
- Diese Grundsätze auf den Fall angewendet, beanstandet das OLG Naumburg unter anderem die Formulierung
  - **„deutlich und unübersehbar“**.

# Teil II

# **KOSTEN**

## Fall 8

Der Kläger nimmt im aktienrechtlichen Anfechtungsprozess im Rahmen eines Vergleichs die Klage zurück. Wer trägt die Kosten des Nebenintervenienten?

## § 269 ZPO

(3) 1 Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind. Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen; dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.

## § 101 ZPO

(1) Die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten sind dem Gegner der Hauptpartei aufzuerlegen, soweit er nach den Vorschriften der §§ 91 bis 98 die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat; soweit dies nicht der Fall ist, sind sie dem Nebenintervenienten aufzuerlegen.

## BGH, Beschluss vom 16. 6. 2010 – II ZB 15/09

- Nimmt der Kläger im **aktienrechtlichen Anfechtungsprozess** im Rahmen eines Vergleichs die **Klage zurück**, hat er – vorbehaltlich der Ausnahmeregelung des § 269 Abs. 3 2 Halbs. 2 ZPO – auch die außergerichtlichen Kosten der auf Beklagtenseite beigetretenen, am Vergleich nicht beteiligten streitgenössischen Nebenintervenienten gem. § 269 ZPO Abs. 3 2 Halbs. 1 ZPO zu tragen.

## Ähnlich liegende Fälle

- Rücknahme der Berufung und Kosten der Anschlussberufung
- § 522 ZPO und Kosten der Anschlussberufung

## Fall 9

- In einem Verfahren mit Klage und Widerklage schließen die Parteien einen Vergleich. Die Kostenverteilung nehmen sie **nach Verfahrensgegenständen** vor.

# Einheitlichkeit der Kostenentscheidung

Gebot der Kosteneinheit des Prozesses (§ 91 Abs. 1 S. 1: „Kosten des Rechtsstreits“): es sind die in sämtlichen Verfahrensabschnitten und Rechtszügen angefallenen sowie alle Streitgegenstände (einschließlich etwaiger Teilrücknahmen) und Verfahrensbeteiligte (zB ausgeschiedene Streitgenossen, Nebenintervenienten) betreffende Kosten einzustellen. Bezogen auf diese Gesamtheit von Personen und Gegenständen ist eine einheitliche Quotelung vorzunehmen. Hierauf baut das für gerichtliche und außergerichtliche Kosten maßgebende gesetzliche Pauschgebührensysteem auf.

## OLG Naumburg, Beschluss vom 1.9.2010 – 10 W 45/10 (KfB)

- Einer Gebührenberechnung können **nicht zwei getrennte Verfahren** zugrunde gelegt werden.
- Die Vereinbarung ist nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass die Parteien die außergerichtlichen Gesamtkosten nach dem Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens unter Berücksichtigung der Streitwertanteile der Klage und Widerklage und der jeweiligen Beteiligung der Parteien verteilen wollten.

## Fall 10

Der spätere Beklagte kündigt auf eine Rechnung vom 17.11.2009 mit Schreiben vom 18.01.2010 an, zu zahlen. Hierauf antwortet der spätere Kläger mit Schreiben vom 20.01.2010, in welchem er der Beklagten eine Frist bis zum 22.01.2010 setzt. Das Schreiben vom 20.01.2010 geht dem Beklagten am 22.01.2010 zu. **Am 25.01.2010, einem Montag, erfolgt Zahlung.** Ebenfalls am 25.01.2010 reicht der Kläger Klage ein. Die Klage wird am 03.02.2010 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 23.02.2010 nimmt der Kläger seine Klage zurück und beantragt, die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten aufzuerlegen.

## § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO

1 Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind. **Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen; dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.**

## OLG Jena, Beschluss vom 3. 6. 2011 – 4 W 248/11

- Eine Entscheidung nach billigem Ermessen ist auch möglich, wenn die Erledigung (des Klageanlasses) schon **vor Einreichung der Klage** eingetreten ist (vgl. Zöller-Greger, ZPO-Komm., 28 Aufl. § 269 Rz 18 d mit Hinw. auf OLG München OLGR 2004, 218; Elzer NJW 2002, 2008).
- Auch in diesem Fall bleibt die Auferlegung der Kosten auf den Beklagten jedoch die Ausnahme und muss besonders begründet werden.

## OLG Naumburg, Beschluss vom 28. 9. 2010 – 1 W 49/10

- Zwar ist bei Klagerücknahme in § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO ein **Sonderfall** der Kostentragungspflicht geregelt. Dieser setzt aber voraus, dass ein **Anlass** zur Klageerhebung bestand, der **vor Rechtshängigkeit** weggefallen ist. Hiervon unabhängig ist ein Kläger nicht gezwungen, sich nur deshalb durch Klagerücknahme in die Rolle des Unterlegenen zu begeben, weil das erledigende Ereignis vor Rechtshängigkeit eintrat.
- In einem solchen Fall kann er **an der Klage festhalten** und **seinen Antrag auf Erstattung der durch die Klageerhebung entstandenen Kosten umstellen**. Kann er diese noch nicht beziffern, ist auch ein entsprechender **Feststellungsantrag** zulässig.

Teil III

# SÄUMNISVERFAHREN

## Fall 11

Im Termin stellt der Klägervertreter seinen Antrag. Anschließend stellt der Beklagtenvertreter seinen Antrag. Anschließend erklärt, der Klägervertreter „er korrigiere sich, er stelle keine Anträge“.

## § 333 ZPO

Als nicht erschienen ist auch die Partei anzusehen, die in dem Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

## OLG München

Urteil vom 26. 10. 2010 – 5 U 2320/10

- Ein Fall der Säumnis i. S. v. § 333 ZPO liegt nicht vor, wenn
  - Anträge zur Sache gestellt werden, also verhandelt wird (§ 137 Abs. 1 ZPO), und anschließend das Verhandeln "zurückgenommen", "widerrufen" oder "korrigiert" werden soll.
  - **Nicht widerrufenlich** sind Prozesshandlungen, durch die der Prozessgegner, hier also der Kläger, eine Rechtsstellung erlangt. Eine solche liegt hier in dem durch die beiderseitige Antragsstellung entstandenen Recht auf eine Endentscheidung.

Teil IV

# URKUNDENVRFAHREN

## Fall 12

Ein Vermieter klagt im Urkundenprozess Miete ein. Der Mieter ist der Auffassung, die Geltendmachung der Mietrückstände im Urkundenprozess sei nicht möglich. Die Mietforderungen seien wegen anfänglich bestehender Mängel nicht begründet. Der Mieter hatte bei der Übergabe der Mietsache Mängel im Übergabeprotokoll vermerkt.

## § 592 ZPO

Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, kann im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn die **sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können**. Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld, einer Rentenschuld oder einer Schiffshypothek

## OLG München, Urteil vom 6. 10. 2010 – 7 U 2734/10

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

## BGH, Urteil vom 20. 10. 2010 – VIII ZR 111/09

- Eine Mietzahlungsklage ist im Urkundenprozess unstatthaft, wenn die Mietsache unstreitig mit einem anfänglichen Mangel behaftet war und der Vermieter die Beseitigung des Mangels nicht urkundlich zu beweisen vermag.

## KG, Urteil vom 28. 6. 2010 – 8 U 167/09

- Auch bei Nebenkostennachforderungen kann ein Urkundenprozess statthaft sein.

# Fall

Der Kläger nimmt in der Berufung vom Urkundsverfahren Abstand.

## § 596 ZPO

Der Kläger kann, ohne dass es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise absteigen, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

## § 596 ZPO

Der Kläger kann, ohne dass es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise abstehen, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

## BGH, Urteil vom 13. 4. 2011 – XII ZR 110/09

- Auch nach der Neugestaltung des Berufungsverfahrens durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZivilprozessreformG – ZPO-RG) vom 27. 7. 2001 ist das Abstehen im Urkundenprozess zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet.

Teil V

# MAHNVERFAHREN

## Fall 13

Zur Hemmung der Verjährung beantragt der Kläger einen Mahnbescheid, in dem als Hauptforderung bezeichnet wird: “Schadenersatz aus Unfall/Vorfall gemäß Schreiben vom 28.06.2006: 4.300 Euro“. Dieses Schreiben ist dem Mahnbescheid nicht beigefügt. Es wird auch im Rechtsstreit nicht vorgelegt. Tatsächlich bezieht sich der Kläger auf ein Schreiben vom 02.08.2006.

## § 690 ZPO

(1) Der Antrag muss auf den Erlass eines Mahnbescheids gerichtet sein und enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Prozessbevollmächtigten;
2. die Bezeichnung des Gerichts, bei dem der Antrag gestellt wird;
3. die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung; Haupt- und Nebenforderungen sind gesondert und einzeln zu bezeichnen, Ansprüche aus Verträgen gemäß den §§ 491 bis 509 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, auch unter Angabe des Datums des Vertragsabschlusses und des gemäß § 492 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzugebenden effektiven Jahreszinses;
4. die Erklärung, dass der Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängt oder dass die Gegenleistung erbracht ist;
5. die Bezeichnung des Gerichts, das für ein Streitiges Verfahren zuständig ist.

## BGH, Urteil vom 14. 6. 2010 – VIII ZR 229/09

Die Zustellung eines Mahnbescheids hemmt die Verjährung, wenn dieser Anspruch im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids in einer den Anforderungen des § 690 I Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise **hinreichend individualisiert** ist. Dazu ist erforderlich, dass der Anspruch durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen **so unterschieden und abgegrenzt** wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann **nicht allgemein und abstrakt** festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab.

## BGH, Urteil vom 14. 6. 2010 – VIII ZR 229/09

- Die im **Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids** enthaltene Falschangabe des Datums eines vorprozessualen Anspruchsschreibens, auf das der Antragsteller, ohne es dem Antrag beizufügen, zur Individualisierung seines Anspruchs Bezug nimmt, ist unschädlich, wenn
  - für den Antragsgegner **ohne weiteres** ersichtlich ist, um welches Schreiben es sich handelt.

## Fall 14

Die Kläger erwirkt einen Mahnbescheid und auf dessen Grundlage einen Vollstreckungsbescheid. Den gegen den Mahnbescheid verspätet erhobenen Widerspruch wertet das Mahngericht als **Einspruch**. Nach Abgabe der Sache ordnet das AG das schriftliche Verfahren an und nach Ausbleiben einer Erwiderung der Beklagten Verhandlungstermin. Über die Möglichkeit des Erlasses eines Versäumnisurteils für den Fall eines unentschuldigtem Nichterscheinens belehrt das AG nicht.

## § 215 ZPO

(1) In der Ladung zur mündlichen Verhandlung ist über die Folgen einer Versäumung des Termins zu belehren (§§ 330 bis 331a). Die Belehrung hat die Rechtsfolgen aus den §§ 91 und 708 Nr. 2 zu umfassen.

(2) In Anwaltsprozessen muss die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung enthalten, einen Anwalt zu bestellen.

## BGH, Urteil vom 22. 9. 2010 – VIII ZR 182/09

- Eine ordnungsgemäße Ladung im Sinne des § 215 ZPO setzt **nicht voraus**, dass
  - eine Partei, gegen die ein Vollstreckungsbescheid erwirkt worden ist, in der Terminladung **zusätzlich** zu den in § 215 Abs. 1 ZPO aufgeführten Hinweisen darüber belehrt worden ist, dass ein im Falle ihrer Säumnis gegen sie ergehendes (zweites) Versäumnisurteil (§§ 345, 700 Abs. 6 ZPO) nur im Wege der Berufung angefochten werden kann.

Teil VI

# EILVRFAHREN

## Fall 15

A beantragt beim LG den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das LG weist den Antrag zurück. Hiergegen legt A sofortige Beschwerde ein. Ein Gegner ist durch das Gericht bislang nicht herangezogen worden. Allerdings ist ihm durch die Geschäftsstellenbeamtin des OLG versehentlich das Aktenzeichen mitgeteilt worden. Auf diese Mitteilung hin hat sich ein Verfahrensbevollmächtigter zum Verfahren unter Vorlage einer Vollmacht legitimiert und beantragt ohne weitere Begründung die Gewährung von Akteneinsicht.

## § 299 ZPO

(1) Die Parteien können die Prozessakten einsehen und sich aus ihnen durch die Geschäftsstelle Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen.

## OLG Rostock, Beschluss vom 23. 9. 2010 – 3 W 159/10

- Im einstweiligen Verfügungsverfahren kann dem Antragsgegner auch dann, wenn er zum Verfahrensbeteiligten geworden ist, abweichend vom Grundsatz des § 299 Abs. 1 ZPO **Akteneinsicht zu verweigern** sein, wenn ansonsten der Verfahrenszweck (hier Überraschungseffekt) gefährdet würde.

# Teil VII

# **BEWEIS**

## Fall 16

Nach einem Richterwechsel vernimmt der erkennende Richter **einen** von insgesamt sechs Zeugen. Im Urteil führt er aus, er sei überzeugt, dass die Aussage des Zeugen A nicht richtig sein könne, weil er die entgegen stehenden Angaben der Zeugen B, C, D, E und F für glaubhaft und diese Zeugen für glaubwürdig halte.

## § 355 ZPO

(1) 1Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozessgericht.2Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitglied des Prozessgerichts oder einem anderen Gericht zu übertragen.

(2) Eine Anfechtung des Beschlusses, durch den die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

## KG, Urteil vom 11. 10. 2010 – 12 U 79/09

Hat **nach einem Richterwechsel** der erkennende Richter lediglich einen von insgesamt sechs Zeugen selbst vernommen und im Urteil ausgeführt, er sei überzeugt, dass die Aussage des Zeugen A nicht richtig sein könne, weil er die entgegen stehenden Angaben der Zeugen B, C, D, E und F für glaubhaft und diese Zeugen für glaubwürdig halte, ohne zu begründen, warum die Aussage des Zeugen A nicht glaubhaft sei, beruht das Urteil auf einem **wesentlichen Verfahrensmangel** i.S.d. § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

## § 531 ZPO

(1) Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszuge zu Recht zurückgewiesen worden sind, bleiben ausgeschlossen.

(2) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nur zuzulassen, wenn sie

1. einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist,
2. infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder
3. im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht.

Das Berufungsgericht kann die Glaubhaftmachung der Tatsachen verlangen, aus denen sich die Zulässigkeit der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel ergibt.

## OLG Stuttgart, Urteil vom 7. 12. 2010 - 10 U 140/09

Es ist **nachlässig** im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO, wenn ein Unternehmer, der sich auf eine streitige Weisung des Bauleiters an seine Mitarbeiter auf der Baustelle beruft, bei einer überschaubaren Anzahl der in Betracht kommenden Mitarbeiter (hier: drei bis vier) nicht bereits während des Verfahrens erster Instanz innerhalb seines Unternehmens nachforscht, ob diese eine solche Weisung bezeugen können.

## § 411a ZPO

Die schriftliche Begutachtung kann durch die Verwertung eines gerichtlich oder staatsanwaltschaftlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden.

## OLG Naumburg, Urteil vom 12.01.2010 - 1 U 77/09

1. Die Verwertung eines Gutachtens aus einem anderen Verfahren nach § 411aZPO ist nicht vom Einverständnis der Prozessparteien abhängig.
2. Bei der Ausübung des diesbezüglichen Ermessens des Gerichts ist maßgeblich, ob die Einholung eines neuen Gutachtens **bessere Erkenntnisse** über die Beweisfragen verspricht oder nicht.

## OLG Hamm, Beschluss vom 8. 9.2010 - 1 W 59/10

Der vom Gericht bestellte Sachverständige will auf dem Grundstück des Klägers Beweis erheben und setzt einen Ortstermin fest. Der Kläger äußert sich gegenüber dem Sachverständigen dahingehend, dass er "den Beklagten eher erschießen, als ihn auf das Grundstück lassen" würde.

## OLG Hamm, Beschluss vom 8. 9.2010 - 1 W 59/10

Wendet sich der gerichtliche Sachverständige wegen Schwierigkeiten, die mit der beabsichtigten Durchführung eines von ihm angesetzten Ortstermins aufgetreten sind (hier: Verlegungsantrag einer Partei einerseits, Ankündigung der anderen Partei andererseits, den Gegner nicht auf das zu besichtigende Hausgrundstück zu lassen), an das Gericht, ist dieses gem. § 404 a Abs. 1 ZPO gehalten, die zur Durchführung der Beweisaufnahme notwendigen Anordnungen zu treffen.

Führen die daraufhin vom erkennenden Richter ausgesprochenen und vom Sachverständigen befolgten "Empfehlungen" dazu, dass der Anspruch einer Partei auf prozessuale Gleichbehandlung und Gewährung rechtlichen Gehörs schwerwiegend verletzt wird, kann dies die Besorgnis der Befangenheit des erkennenden Richters begründen.

## OLG Köln, Beschluss vom 25.3.1992 – 27 W 16/92

Im Arzthaftungsprozess hat der beklagte Arzt nicht das Recht, bei der Untersuchung des klagenden Patienten durch den Sachverständigen anwesend zu sein.

Teil VIII  
**Berufung**

## Fall 17

Der Berufungsführer greift die erstinstanzliche Beweiswürdigung an.

## § 529 ZPO

(1) Das Berufungsgericht hat seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen:

1. die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten;

2. neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist.

(2) 1 Auf einen Mangel des Verfahrens, der nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, wird das angefochtene Urteil nur geprüft, wenn dieser nach § 520 Abs. 3 geltend gemacht worden ist. 2 Im Übrigen ist das Berufungsgericht an die geltend gemachten Berufungsgründe nicht gebunden.

## KG Berlin, Urteil vom 3. 12. 2010 – 7 U 50/10

- Die Beweiswürdigung der ersten Instanz kann **nur daraufhin überprüft** werden, ob sie
  - in sich widersprüchlich ist,
  - den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen **zuwiderläuft** oder
  - Teile des Beweisergebnisses **ungewürdigt** lässt.
- Eine fehlerhafte Beweiswürdigung liegt danach u.a. dann vor, wenn das erstinstanzliche Gericht sich die Ausführungen eines Sachverständigen zu eigen macht, **ohne** die allein dem Gericht obliegende rechtliche Wertung zu treffen, ob die mit sachverständiger Hilfe festgestellten Tatsachen einen Mangel darstellen.

## BGH, Beschluss v. 21. 6. 2011 – II ZR 103/10

- Grundsätzlich steht es im Ermessen des BerGer., ob es Zeugen nach § 398 ZPO Absatz 1. ZPO **erneut vernimmt**. Das BerGer. ist zur nochmaligen Vernehmung jedoch **verpflichtet**, wenn es die protokollierten Zeugenaussagen **anders verstehen** oder **würdigen** will. Eine erneute Vernehmung kann in diesem Fall allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das BerGer. auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen.
- Insbesondere wenn das erstinstanzliche Gericht über streitige Äußerungen und die Umstände, unter denen sie gemacht worden sind, Zeugen vernommen hat und es auf Grund einer Würdigung der Aussagen zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist, kann das BerGer. diese Auslegung nicht verwerfen und zum gegenteiligen Ergebnis kommen, ohne zuvor die Zeugen erneut vernommen zu haben.
- So hat der BGH etwa eine Pflicht zur nochmaligen Vernehmung eines Zeugen angenommen, wenn das erstinstanzliche Gericht die Worte „es war besprochen worden“ dahin verstanden hat, der Zeuge habe damit ausdrücken wollen, die Parteien seien sich im Gespräch über den besprochenen Punkt einig geworden, während das BerGer. diese Äußerung lediglich im Sinne einer ergebnislosen Erörterung werten will.

## Fall 18

Der Beklagte zu 1 – der Berufungskläger – erweitert seine Widerklage erstmals im Berufungsrechtszug auf die im Einzelnen bezeichneten Kl. zu 57 ff.

Der Widerklage ist erstinstanzlich **uneingeschränkt** stattgegeben worden.

## BGH, Urteil vom 2. 7. 2007 – II ZR 111/05

Eine Berufung darf nicht lediglich zum Zwecke der Klageerweiterung eingelegt werden.

## Fall 19

Der Beklagte rechnet erstmals in der Berufung auf.

Wann ist das zulässig?

Wann kann der Kläger in der Berufung die Klage ändern?

## § 533 ZPO

- Klageänderung, Aufrechnungserklärung und Widerklage sind nur zulässig, wenn
  - 1. der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und
  - 2. diese auf Tatsachen gestützt werden können, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 zugrunde zu legen hat.

## BGH, Urteil 30. 3. 2011 – IV ZR 137/10

Maßgebend ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit. Für die Zulassung einer **Aufrechnung** kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob und inwieweit diese zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung desjenigen Streitstoffes führt, der den Gegenstand des anhängigen Verfahrens bildet und damit einem anderenfalls zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt.

Das "Abschneiden einer Tatsacheninstanz" steht einer Sachdienlichkeit der Aufrechnung in zweiter Instanz nicht entgegen. Ebenso wenig kommt es auf den Widerspruch des Gegners an, da § 533 Nr. 1 ZPO gerade für diesen Fall die Sachdienlichkeitsprüfung fordert. Schließlich ist nicht bedeutsam, ob es dem Beklagten zum Vorwurf gemacht werden kann, die Aufrechnung nicht schon erstinstanzlich geltend gemacht zu haben, weil sich die Zulässigkeitsfrage nicht nach den Präklusionsvorschriften der §§ 530, 531 ZPO, sondern nach § 533 Nr. 1 ZPO richtet. Vielmehr kann die Sachdienlichkeit bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise **im Allgemeinen nur dann verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann.**

## BGH, Urteil vom 18. 2. 2011 – V ZR 197/10

§ 533 ZPO ändert nichts daran, dass der in erster Instanz erfolgreiche Berufungsbeklagte eine Klageänderung nach § 263 ZPO in der Berufungsinstanz **nur im Wege einer Anschlussberufung** herbeiführen kann, die er innerhalb der Ausschlussfrist in § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO einlegen muss.

§ 533 ZPO ist jedoch nicht einschlägig, weil der Übergang vom Freistellungs- zum Zahlungsanspruch keine Klageänderung nach § 263 ZPO, sondern eine denselben Anspruch betreffende Erweiterung des Klageantrags nach § 264 Nr. 2 ZPO ist.

# Leitsätze

Eine Partei ist auch nach Ablauf einer gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO gesetzten Frist nicht gehindert, bis zum Erlass des Zurückweisungsbeschlusses neue Beweismittel vorzulegen.

KG, Beschluss vom 12.05.2011 – 23 U 72/11

Teil IX

# Sonstiges

## Fall 20

Ein Kläger erklärt seine Klage hilfsweise für erledigt.

## § 91a ZPO

(1) 1Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss. 2Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

BGH, Urteil vom 8. 2. 2011 – II ZR 206/08

BGH, Beschluss vom 16. 8. 2010 – II ZR 105/09

Die **hilfsweise Erledigungserklärung** ist unzulässig. Eine günstige Kostenfolge nach § 91a Abs. 1 ZPO ist mit einem entsprechenden Hilfsantrag, selbst wenn der Gegner der Erledigungserklärung zustimmt, regelmäßig nicht zu erreichen, weil im Rahmen der Kostenentscheidung stets zu berücksichtigen ist, dass die Klage mit dem Hauptantrag abgewiesen worden ist.

Auch für den Feststellungsantrag, der in einer einseitigen Erledigungserklärung enthalten ist, fehlt das erforderliche rechtliche Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO), das regelmäßig in einer günstigen Kostenfolge liegt. Außerdem wäre es widersprüchlich, nach einer Abweisung des Hauptantrags als unbegründet auf den Hilfsantrag die Erledigung festzustellen.

## Fall 21

In einem nach § 278 Abs. 6 ZPO geschlossenen Vergleich wird festgestellt, dass eine der Parteien die Löschung einer bestimmten Eigentumsverschaffungsvormerkung bewilligt. Kann eine Ausfertigung des Feststellungsbeschlusses dem GBA vorgelegt werden?

## § 278 ZPO

(6) 1Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. 2Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. 3§ 164 gilt entsprechend.

## § 29 GBO

(1) 1Eine Eintragung soll nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. 2Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.

(3) Erklärungen oder Ersuchen einer Behörde, auf Grund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, sind zu unterschreiben und mit Siegel oder Stempel zu versehen.

## KG, Beschluss vom 6. 1. 2011 – 1 W 430/10

Wird in einem Beschluss gemäß § 278 Abs. 6 ZPO als Inhalt des geschlossenen Vergleichs festgestellt, dass eine der Parteien die **Löschung einer bestimmten Eigentumsverschaffungsvormerkung bewilligt**, so kann diese Bewilligung dem Grundbuchamt durch Vorlage einer **Ausfertigung des Feststellungsbeschlusses** formgerecht i.S.d. § 29 GBO nachgewiesen werden.

## Fall 22

Eine Vollmacht ist blanko ausgestellt. Sie wird vom Rechtsanwalt weisungsgemäß mit einer auf den Rechtsstreit lautenden Betreffsbezeichnung ergänzt.

## § 80 ZPO

1Die Vollmacht ist schriftlich zu den Gerichtsakten einzureichen. 2Sie kann nachgereicht werden; hierfür kann das Gericht eine Frist bestimmen.

## KG, Urteil vom 30. 12. 2010 – 2 U 16/06

Wird eine Prozessvollmacht blanko ausgestellt und später von dem Prozessbevollmächtigten weisungsgemäß mit einer auf einen bestimmten Rechtsstreit lautenden Betreffsbezeichnung ergänzt, so ist die Prozessvollmacht für diesen Rechtsstreit wirksam erteilt. Das Formerfordernis des § 80 Satz 1 ZPO ist **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** der Vollmacht selbst, sondern **lediglich eine Ordnungsvorschrift** betreffend den Nachweis der Vollmacht im Prozess. Bei der Prüfung, ob eine Vollmacht mündlich erteilt wurde, kann sich das Gericht zumindest aller verschriftlichten Mittel des sog. Freibeweises bedienen und demgemäß auch Schriftstücke von dritten Personen, wie z.B. eine eidesstattliche Versicherung, verwerten.

## Fall 23

Das persönliche Erscheinen einer Partei ist angeordnet worden, um Möglichkeiten einer konsensualen Streitbeilegung zu erörtern. Die Partei erscheint nicht. Ihr Prozessbevollmächtigter beruft sich auf eine Vollmacht nach § 141 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Gleichzeitig erklärt er, **allenfalls zur Einräumung von Ratenzahlungen** ermächtigt zu sein.

## § 141 ZPO

(1) 1Das Gericht soll das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts geboten erscheint. 2Ist einer Partei wegen großer Entfernung oder aus sonstigem wichtigen Grund die persönliche Wahrnehmung des Termins nicht zuzumuten, so sieht das Gericht von der Anordnung ihres Erscheinens ab. (2) 1Wird das Erscheinen angeordnet, so ist die Partei von Amts wegen zu laden. 2Die Ladung ist der Partei selbst mitzuteilen, auch wenn sie einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat; der Zustellung bedarf die Ladung nicht. (3) 1Bleibt die Partei im Termin aus, so kann gegen sie Ordnungsgeld wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen festgesetzt werden. **2Dies gilt nicht, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist.** 3Die Partei ist auf die Folgen ihres Ausbleibens in der Ladung hinzuweisen.

## OLG Naumburg, Beschluss vom 1. 2. 2011 – 2 W 91/10

Ist das persönliche Erscheinen einer Prozesspartei zum Termin der mündlichen Verhandlung nach § 141 ZPO vor allem im Hinblick darauf angeordnet worden, um Möglichkeiten einer konsensualen und auf eine nachhaltige Wiederherstellung des Rechtsfriedens gerichtete Streitbeilegung gemeinsam zu erörtern, und erscheint gleichwohl allein der Prozessbevollmächtigte, so erfüllt er die Voraussetzungen des § 141 III 2 ZPO nur dann, **wenn er bei funktionaler Betrachtung ein - im Vergleich zu der vertretenen Partei - gleichwertiger Gesprächs- und Ansprechpartner ist. Das ist nicht der Fall, wenn er vor Beginn der Erörterung im Termin erklärt, dass er unabhängig vom Verlauf des Termins nicht bzw. nahezu nicht zu Zugeständnissen an die Gegenpartei ermächtigt worden ist.**

## Fall 24

Eine Partei wendet sich im Wege der Beschwerde gegen eine Abtrennung eines Verfahrensteils.

**§ 145 Abs. 1 ZPO**

**§ 20 FamFG**

**§ 145 Prozesstrennung.** (1) Das Gericht kann anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

**§ 20 Verfahrensverbinding und -trennung.** Das Gericht kann Verfahren verbinden oder trennen, soweit es dies für sachdienlich hält.

## OLG Stuttgart, Beschluss vom 3. 3. 2011 – 3 W 12/11

Eine sofortige Beschwerde gegen einen Abtrennungsbeschluss nach § 145 Abs. 1 ZPO ist nicht statthaft. Als bloße prozessleitende Entscheidung ist ein Trennungsbeschluss jedoch nicht selbständig anfechtbar. Vielmehr kann die Rechtmäßigkeit eines Trennungsbeschlusses nur im Rahmen der Anfechtung des Endurteils durch das Rechtsmittelgericht überprüft werden. Dies gilt selbst dann, wenn vor der Verfahrenstrennung kein rechtliches Gehör gewährt wurde.

## Fall 25

Ein Gericht erteilt erst in der Sitzung einen wichtigen Hinweis.  
Rechtsanwalt R meint, sich darauf nicht einlassen zu müssen

## § 139 ZPO

(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.

## BGH, Beschluss vom 10. 3. 2011 – VII ZR 35/08

Wenn es offensichtlich ist, dass die Partei sich in der mündlichen Verhandlung nicht abschließend erklären kann, so muss das Berufungsgericht - wenn es nicht in das schriftliche Verfahren übergeht - **auch ohne einen Antrag** auf Schriftsatznachlass die mündliche Verhandlung **vertagen**, um Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Erlässt das Berufungsgericht in diesem Fall ein Urteil, ohne die Sache vertagt zu haben, verstößt es gegen den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG.

## Fall 26

Wann liegt ein rechtliches Interesse im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO vor?

## § 66 ZPO

(1) Wer ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

## BGH, Beschluss vom 10. 2. 2011 – I ZB 63/09

Allein die Möglichkeit, dass ein Urteil in einem ersten Prozess für nachfolgende Prozesse eine **faktische Präzedenzwirkung** entfaltet und zu erwarten ist, dass sich die Gerichte in den nachfolgenden Verfahren an der im ersten Prozess ergangenen Entscheidung **orientieren** werden, vermag ein rechtliches Interesse im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO nicht zu begründen.

Das gilt auch im Fall der Nebenintervention von „Parallel-Verwendern“ inhaltsgleicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

## § 256 ZPO

(2) Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

## BGH, Urteil 5. 5. 2011 – VII ZR 179/10

Dass die Beklagte an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligt ist, steht der Erhebung der Zwischenfeststellungsklage nicht entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann auch ein Drittrechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Das gilt ebenso für die Zwischenfeststellungsklage.

## KG, Urteil vom 1. 3. 2011 –14 U 122/08

Das LG weist die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit als unzulässig ab. Auf den erstmals in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag verweist das KG den Rechtsstreit durch Urteil entsprechend § 281 ZPO an das örtlich zuständige erstinstanzliche Gericht verwiesen.

**Begründung.** Die Verweisung durch Urteil sei auch auf den erstmals in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag möglich. Dem stehe § 513 Abs. 2 ZPO nicht entgegen, denn diese Vorschrift betreffe nur den Fall, dass das erstinstanzliche Gericht seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen habe. Die Unzulässigkeit der Verweisung lasse sich ferner nicht aus dem Umstand ableiten, dass der Kläger den Verweisungsantrag erstmals in zweiter Instanz gestellt habe. Hätte er den Hilfsantrag bereits in erster Instanz gestellt, hätte er die Entscheidung des für die Berufung zuständigen KG in der Sache selbst von vornherein nicht erreichen können. Durch die in zweiter Instanz ausgesprochene Verweisung seien keine Nachteile für die Parteien zu erkennen.

## Sonstiges im Alltag

- Bestimmtheit von Anträgen
- Anforderungen § 520 ZPO

## ... noch ein Wort zu Richtern

BFH, Beschluss vom 17. 2. 2011 – IV B 108/09



Ein Gericht ist nicht vorschriftsmäßig besetzt, wenn ein Richter während der mündlichen Verhandlung schläft. Dass diese Voraussetzungen vorliegen, kann im Allgemeinen angenommen werden, wenn sichere Anzeichen für das Schlafen wie beispielsweise tiefes, hörbares und gleichmäßiges Atmen oder gar Schnarchen oder eindeutige Anzeichen von fehlender Orientierung gerügt werden. Ein Richter kann dem Vortrag während der mündlichen Verhandlung hingegen auch mit (vorübergehend) geschlossenen Augen und geneigtem Kopf folgen. Dass ein Richter die Augen bei zur Seite geneigtem Kopf geschlossen hält und teilnahmslos wirkt, reicht in der Regel nicht zur Rüge.

... Ende



Danke für Ihre Aufmerksamkeit.