

# Die Berufung in Zivilsachen

Kramer

9., neu bearbeitete Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78106-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## § 19. Entscheidungsspielraum und Prüfungsumfang

### I. Grundsatz

Im Berufungsverfahren ist – anders als im Revisionsverfahren – das angefochtene Urteil nicht nur auf **Rechtsfehler** hin zu überprüfen, sondern es gehört gemäß § 513 I ZPO zu den Aufgaben des Berufungsgerichts, das Urteil der Vorinstanz auch auf konkrete Anhaltspunkte für **Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Tatsachenfeststellungen** zu prüfen und etwaige Fehler zu beseitigen. Insofern bleibt die Berufungsinstanz eine – wenn auch eingeschränkte – Tatsacheninstanz.<sup>1</sup> Mit dem Rechtsmittel der Berufung gelangt grundsätzlich der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff der ersten Instanz, auch soweit ihn das erstinstanzliche Gericht für unerheblich gehalten und er im Tatbestand des Urteils keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat, ohne weiteres in die Berufungsinstanz,<sup>2</sup> wobei in tatsächlicher Hinsicht der Prüfungsumfang durch § 529 ZPO gewisse Einschränkungen erfährt (III.).

Gegenstand der berufsgerichtlichen Prüfung ist damit in den Grenzen der noch zu erörternden Anfallwirkung das gesamte erstinstanzliche Vorbringen der Parteien, wobei das Berufungsgericht an die Rechtsausführungen der Parteien nicht gebunden ist. Folglich ist es nicht erforderlich, dass die Parteien ihren erstinstanzlichen Sachvortrag, soweit sie auf ihm bestehen wollen, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen im zweiten Rechtszug erneut unterbreiten. Erstinstanzlich erfolgtes Bestreiten wirkt fort, es sei denn, aus dem Berufungsvorbringen geht hervor, dass die Partei das Bestreiten nicht aufrechterhalten will.<sup>3</sup> Gleichwohl bleibt es dem Anwalt unbenommen, vorsorglich – es kostet ja nur eine Zeile – durch Bezugnahme sein erstinstanzliches Vorbringen in der Berufungsinstanz zu „wiederholen“, soweit er daran festhalten will.

Notwendig ist eine Stellungnahme der Parteien zum Fortbestand ihres erstinstanzlichen Vorbringens in drei Fällen:

- (1) Wenn die Parteien die Beurkundung im Tatbestand des angefochtenen Urteils als unzutreffend nicht gegen sich gelten lassen wollen, wofür aber an sich der Weg der Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO vorgesehen ist.<sup>4</sup>
- (2) Wenn die Parteien im zweiten Rechtszug von ihrem erstinstanzlichen Vorbringen Abweichendes vortragen wollen, was sie allerdings nur in den Grenzen des Novenrechts<sup>5</sup> dürfen.
- (3) Wenn sie an erstinstanzlichem Vorbringen insbesondere im Hinblick auf das Wahrheitsgebot des § 138 I ZPO nicht festhalten wollen, was auch für im Sinne von § 529 I Nr. 1 ZPO festgestellte Tatsachen gilt.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> St. Rspr. zB *BGH NJW-RR* 2019, 1343; *NJW* 2016, 713 jeweils mwN; ebenso *BLHAG/Göertz ZPO* § 529 Rn. 2; *Zöller/Heßler ZPO* § 529 Rn. 2.

<sup>2</sup> Grundlegend: *BGHZ* 158, 269, 280 ff. = *BGH NJW* 2004, 1876, 1878; auch *BGH VersR* 2020, 379; *NJW-RR* 2020, 822; *NJW-RR* 2012, 429; *NJW-RR* 2010, 1287; *NJW* 2007, 342; *NJW* 2006, 767; *NJW* 2004, 2152; *Thomas/Putzo/Seiler ZPO* § 529 Rn. 1; *Stein/Jonas/Althammer ZPO* § 529 Rn. 3 mwN.

<sup>3</sup> *Stein/Jonas/Althammer ZPO* Vorb. § 529 Rn. 1 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *Zöller/Heßler ZPO* § 529 Rn. 2 sowie dazu → Rn. 483 ff. und § 314 ZPO.

<sup>5</sup> Vgl. dazu → Rn. 465 ff.

<sup>6</sup> So auch *MüKoZPO/Rimmelpacher* § 529 Rn. 7; insofern aA *Hannich/Meyer-Seitz/Meyer-Seitz ZPO* § 529 Rn. 17.

## II. Schranken des berufungsgerichtlichen Entscheidungsspielraums

### 1. Grenzen der Zuständigkeitsprüfung

- 430 Hat das Berufungsgericht über ein Sachurteil erster Instanz zu befinden, steht es ihm nach § 17a V GVG grundsätzlich nicht mehr zu, die **Zulässigkeit des beschrifteten Rechtswegs** zu prüfen. Wenn das Erstgericht eine Entscheidung zur Sache getroffen hat, es also bei richtiger Sachbehandlung (→ Rn. 24 ff.) im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klage auch die Zulässigkeit des zu ihm beschrifteten Rechtswegs geprüft und bejaht hat, soll es dabei verbleiben. Zweck von § 17a V GVG ist es, das weitere Verfahren grundsätzlich<sup>7</sup> nicht mehr mit dem Risiko eines später erkannten Mangels des gewählten Rechtswegs zu belasten.<sup>8</sup> Voraussetzung ist eine formell rechtskräftige Entscheidung,<sup>9</sup> in der das Gericht den beschrifteten Rechtsweg für zulässig erklärt hat, entweder durch Vorabentscheidung, die nicht erfolgreich angefochten wurde,<sup>10</sup> oder im Endurteil.<sup>11</sup> Das Erstgericht muss nicht ausdrücklich die Zulässigkeit des Rechtswegs festgestellt haben. Es genügt die konkludente Billigung, wie sie in einer Entscheidung zur Sache, zu sehen ist.<sup>12</sup> § 17a GVG ist auch dann anwendbar, wenn weder das Gericht noch die Parteien vor der Entscheidung in der Hauptsache Rechtswegprobleme erkannt oder erörtert haben.<sup>13</sup> Eine Sachentscheidung in diesem Sinne liegt auch vor, wenn das Erstgericht die Klage nach Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs aus einem anderen Grunde als unzulässig abgewiesen hat, etwa wegen des Fehlens des Feststellungsinteresses im Sinne von § 256 ZPO.<sup>14</sup> Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs in erster Instanz gerügt, ein Beschluss nach § 17a III 2 GVG aber nicht gefasst worden ist. Dann ist die Überprüfung im Rechtsmittelverfahren nachzuziehen.<sup>15</sup>
- 431 Insofern haben es die Parteien in der Hand, eine Entscheidung des Berufungsgerichts und unter Umständen sogar des Bundesgerichtshofs über die Rechtswegfrage herbeizuführen: Eine von ihnen muss vor dem Erstgericht die Unzulässigkeit des Rechtswegs geltend machen. Dann muss das Erstgericht darüber vorab durch Beschluss entscheiden (§ 17a III, IV GVG). Dagegen ist die sofortige Beschwerde und, wenn das Beschwerdegericht<sup>16</sup> sie zulässt, auch die (Rechts)Beschwerde<sup>17</sup> zum Bun-

<sup>7</sup> Hierzu im Einzelnen *BGH GRUR* 2020, 755.

<sup>8</sup> *BGH NJW* 1994, 387.

<sup>9</sup> *BGH NJW-RR* 2018, 250; Musielak/Voit/Wittschier GVG § 17a Rn. 3; Thomas/Putzo/*Hüßtege* GVG § 17a Rn. 4.

<sup>10</sup> *BGH NJW-RR* 2018, 250; *FamRZ* 2013, 1302.

<sup>11</sup> *BGH NJW* 2008, 3572; *NJW* 1993, 388.

<sup>12</sup> *BGH NJW* 1994, 387; *OLG Düsseldorf OLG R* 2002, 415.

<sup>13</sup> *BGH MDR* 2020, 501; *NJW* 2008, 3572; Zöller/Lückemann GVG § 17a Rn. 18; aA *OLG Düsseldorf MDR* 2019, 184 für § 17a V/VI GVG; *OLG Rostock NJW* 2006, 2563; *BLHAG/Vogt-Beheim* GVG § 17a Rn. 20.

<sup>14</sup> *BGHZ* 119, 246.

<sup>15</sup> *BGH MDR* 2020, 501.

<sup>16</sup> Beschwerdegericht in diesem Sinne ist trotz § 17a IV 4 GVG auch das Landgericht, *BGHZ* 155, 365 = *BGH NJW* 2009, 1968; *NJW* 2017, 2619; Thomas/Putzo/Hüßtege GVG § 17a Rn. 19; MüKoZPO/Zimmermann GVG § 17a Rn. 39; Musielak/Voit/Wittschier GVG § 17a Rn. 16; aA Zöller/Lückemann GVG § 17a Rn. 16a; unklar *BLHAG/Vogt-Beheim* GVG § 17a Rn. 17.

<sup>17</sup> Für den Zivilprozess ist die Beschwerde nach § 17a IV 3 GVG als Rechtsbeschwerde iSd §§ 574 ff. ZPO ausgestaltet, *BGHZ* 152, 213, 214 f.; siehe auch *BGH NJW* 2003, 433 und 1192; *BGHReport* 2006, 189, 190 mwN.

desgerichtshof eröffnet (§ 17a IV 3 bis 5 GVG). Übergeht das Erstgericht verfahrensfehlerhaft eine Rechtsweggrüße, unterlässt es also vorab über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden, so hat das Berufungsgericht entgegen dem Wortlaut von § 17a V GVG über die Rechtswegfrage zu befinden, weil andernfalls die vom Gesetz gewollte Möglichkeit, die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs auch im Falle ihrer Bejahung durch das Gericht erster Instanz vom Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen, auf Grund eines Verfahrensfehlers des Gerichts abgeschnitten würde.<sup>18</sup> Hält das Berufungsgericht den beschrittenen Rechtsweg für nicht gegeben, so hat es unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Rechtsstreit gemäß § 17a II 1 GVG durch Beschluss an das erstinstanzliche Gericht des zulässigen Rechtszuges zu verweisen<sup>19</sup> und, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die (Rechts-)Beschwerde zum Bundesgerichtshof zuzulassen. Durch Urteil entscheiden darf das Berufungsgericht in einem solchen Fall nur, wenn es die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht und keinen Anlass für die Beschwerdezulassung sieht.<sup>20</sup> Zu beachten ist, dass gemäß § 17a VI GVG die Absätze 1 bis 5 für die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständigen Spruchkörper im Verhältnis zueinander entsprechend gelten,<sup>21</sup> und zwar auch in einem isolierten Prozesskostenhilfverfahren.<sup>22</sup>

Das Berufungsgericht hat nicht mehr der Frage nachzugehen, ob das Erstgericht seine örtliche oder sachliche Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat, § 513 II ZPO. Erfasst ist auch die ausschließliche<sup>23</sup> und die von den Parteien vereinbarte<sup>24</sup> örtliche ebenso wie die funktionelle Zuständigkeit.<sup>25</sup> Hingegen gilt § 513 II ZPO nicht für die Rüge der fehlenden internationalen Zuständigkeit.<sup>26</sup> Insoweit besteht die Pflicht zur Prüfung von Amts wegen in allen Instanzen.<sup>27</sup> Zur Zulässigkeit von Rügen der Unzulässigkeit der Klage im Übrigen siehe unter V.

## 2. Die „Anfallwirkung“

Der Rechtsstreit wird nur in den durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von neuem verhandelt, § 528 ZPO (sog. „Anfallwirkung“,<sup>28</sup> „Devolutiveffekt“).

**Beispiel:** Der Beklagte ist vom Erstgericht zur Zahlung von 10.000 EUR verurteilt worden, und zwar zu 6.000 EUR aus Darlehen und 4.000 EUR aus Kaufvertrag. Er legt nur hinsichtlich der 4.000 EUR aus Kaufvertrag Berufung ein. Hinsichtlich des Darlehensanspruchs ist der Rechtsstreit beim Berufungsgericht nicht angefallen.

<sup>18</sup> BGH MDR 2020, 501; NJW 1998, 231; WM 1993, 820 f.

<sup>19</sup> Vgl. BGH MDR 2020, 501; NJW 1999, 651; s. auch OLG Rostock NJW 2006, 2563.

<sup>20</sup> BGHZ 132, 245; 131, 169; BGH NJW 1999, 651; KG OLGR 2005, 435.

<sup>21</sup> Vgl. dazu → Rn. 42 aE.

<sup>22</sup> BGH MDR 2021, 51; MDR 2017, 1385.

<sup>23</sup> BGH NJW 2005, 1661; RGZ 110, 57; OLG Naumburg OLGR 2008, 965; Zöller/Hefßler ZPO § 513 Rn. 7.

<sup>24</sup> BGH NJW 2000, 2822; BLHAG/Göertz ZPO § 513 Rn. 3.

<sup>25</sup> Vgl. dazu → Rn. 41, 42.

<sup>26</sup> BGH NJW 2003, 426; MDR 2004, 407; BGHZ 157, 224, 227 ff.; Zöller/Hefßler ZPO § 513 Rn. 8 mwN; zum Verhältnis von internationaler und örtlicher Zuständigkeit unter dem Blickwinkel von § 513 II ZPO vgl. BGH NJW-RR 2015, 941.

<sup>27</sup> EuGH IPrax 1985, 92; OLG Celle IPrax 2003, 252; Stein/Jonas/Althammer ZPO § 513 Rn. 6.

<sup>28</sup> Zum Begriff vgl. Zöller/Hefßler ZPO Vorb. § 511 Rn. 4.

- 434 Ist zufolge der Anfechtung eines Teilurteils nur ein Teil des Streitgegenstandes in die Berufungsinstanz gelangt, der Rest dagegen noch vor dem Erstgericht anhängig, so hat sich das Berufungsgericht mit letzterem, insbesondere wenn es zulässigerweise ergeht, grundsätzlich nicht zu befassen.<sup>29</sup> Steht aber bei Abweisung des Teilanspruchs durch das Berufungsgericht fest, dass über den noch vor dem Erstgericht anhängigen Teil keine andere Entscheidung möglich ist, was in bestimmten Fällen zur Unzulässigkeit des Teilurteils führen kann,<sup>30</sup> so kann das Berufungsgericht, wenn der ihm angefallene Anspruch die Grundlage des weiteren Anspruchs bildet, so dass mit der Aberkennung beider Ansprüchen die Grundlage entzogen ist,<sup>31</sup> diesen Teil des Streitgegenstandes auch ohne das Einverständnis der Parteien, „heraufholen“ und mit entscheiden.<sup>32</sup>

**Beispiel:** Wegen einer Körperverletzung spricht das Landgericht dem Kläger durch Teilurteil ein Schmerzensgeld zu, ohne zugleich ein Grundurteil zu erlassen. Hinsichtlich des Anspruchs auf Erstattung von Verdienstausfall bleibt der Rechtsstreit beim Landgericht anhängig, weil es insoweit einer Beweisaufnahme bedarf. Im Berufungsverfahren über das – unzulässige – Teilurteil stellt sich heraus, dass der Beklagte in Notwehr gehandelt hat. Das Berufungsgericht weist nunmehr die Klage vollen Umfangs ab.

- 435 Hinsichtlich des nicht angefochtenen Teils des erstinstanzlichen Urteils hat der Berufungsbeklagte gemäß § 537 ZPO Anspruch darauf, dass das Berufungsgericht ein nicht oder nicht unbedingt – etwa nur gegen Sicherheitsleistung – für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil nunmehr durch Beschluss für unbedingt und unabwendbar vorläufig vollstreckbar erklärt. Erforderlich ist dies, weil nach herrschender Meinung<sup>33</sup> das Urteil auch insoweit noch nicht rechtskräftig wird, da der Berufungsführer seinen zunächst beschränkt gestellten Berufungsantrag nachträglich erweitern kann, sofern er nur von den Berufungsgründen gedeckt wird. Vor diesem Hintergrund bleibt für § 537 ZPO ein nicht unerheblicher Anwendungsbereich.<sup>34</sup> Diese Entscheidung kann auch der vorbereitende Einzelrichter treffen.<sup>35</sup> Der Beschluss ist erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zulässig (§ 537 I 2 ZPO). Er ist unanfechtbar (§ 537 II ZPO).

### 3. „Ne ultra petita“ und das Verbot der „reformatio in peius“

#### a) Grundsatz

- 436 Das Urteil des ersten Rechtszuges darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung desselben beantragt ist. Es darf also über den Antrag des Berufungsführers hinaus weder zu seinen Gunsten („ne ultra petita“) noch zu seinen Ungunsten

<sup>29</sup> BGHZ 30, 213; 97, 280, 281; anders im Einvernehmen der Parteien: BGH NJW 1995, 1350, 1351.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu die st. Rspr.: zB BGH NJW 2013, 1009; BGHZ 189, 356 = BGH NJW 2011, 2736; BGHZ 157, 133, 142 f.; BGH NJW 2001, 78.

<sup>31</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Fallkonstellationen Zöller/Heßler ZPO § 528 Rn. 16.

<sup>32</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2011, 2802 (zur Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlussurteil); BGH NJW 2001, 78; NJW 1994, 381; OLG München BB 2016, 2130; so auch schon RGZ 171, 131.

<sup>33</sup> Vgl. zB BGH NJW-RR 2005, 714, 715; NJW 1983, 1063; BGHZ 12, 52, 67; BGH NJW-RR 2009, 853; nicht mehr nach Schluss der mündlichen Verhandlung; aA (überzeugend) Stein/Jonas/Althammer ZPO § 520 Rn. 54: nur innerhalb der Begründungsfrist.

<sup>34</sup> Stein/Jonas/Althammer ZPO § 537 Rn. 1.

<sup>35</sup> Zöller/Heßler ZPO § 537 Rn. 12; BLHAG/Göertz ZPO § 537 Rn. 7.

(Verbot der „reformatio in peius“) entschieden werden, § 528 S. 2 ZPO. Letzteres gilt selbstverständlich nicht, wenn auch der Gegner Berufung oder Anschlussberufung eingelegt hat.

Was als „reformatio in peius“ und damit als verbotene Verschlechterung anzusehen ist, kann im Einzelfall durchaus fraglich sein. 437

#### Beispiele:

(1) Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Darf das Oberlandesgericht die Berufung mit der Begründung zurückweisen, dass die Klage zwar zulässig, jedoch sachlich nicht gerechtfertigt sei? In vielen Fällen würde der Kläger dadurch schlechter gestellt. Denn seine unzulässige Klage hätte er bei heilbaren Mängeln wiederholen können. Bei einer Zurückweisung als unbegründet steht dem die Rechtskraft der Entscheidung in der Sache entgegen. Dennoch sieht die herrschende Meinung hierin keine verbotene „reformatio in peius“,<sup>36</sup> weil der Kläger durch seine Berufung gegen das Prozessurteil zu erkennen gebe, dass er nach wie vor auf einer Sachentscheidung bestehe, und durch ihr Ergehen folglich nicht beschwert sein könne.

(2) Das Landgericht hat die Klage einer Firma auf Zahlung von Mietzins für eine Computeranlage als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen, weil die Anlage noch nicht vollständig installiert sei. Die Klägerin legt Berufung ein. Das Oberlandesgericht, das den Vertrag wegen seiner Preisgestaltung für unwirksam hält, ist nicht daran gehindert, die Klage nunmehr als endgültig unbegründet abzuweisen.<sup>37</sup>

(3) Ein Kaufmann ist zur Zahlung einer geringen Geldsumme zwecks Erfüllung eines von ihm bestrittenen Vertrages verurteilt worden. Auf seine Berufung wird die Klage abgewiesen. In den Gründen des Berufungsurteils heißt es, der bestrittene Vertrag sei zwar geschlossen worden, jedoch wegen eines beiderseitigen Sittenverstoßes nichtig. Ungeachtet des damit für den Berufungsführer möglicherweise verbundenen geschäftlichen oder gesellschaftlichen Schadens handelt es sich hier um keine verbotene „reformatio in peius“, weil sich dieses Verbot nach herrschender Meinung nicht auf die Gründe des Berufungsurteils und deren Auswirkungen erstreckt.

#### b) Ausnahmen vom Grundsatz „ne ultra petita“ und vom Verbot der „reformatio in peius“

Eine wichtige Ausnahme von den genannten Grundsätzen gilt beim Fehlen einer nicht verzichtbaren Prozessvoraussetzung. Legt der Kläger nach teilweisen Obsiegen im ersten Rechtszug Berufung ein und stellt sich nunmehr heraus, dass für die Klage insgesamt eine nicht behebbare, von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzung fehlt, so kann das zur Abweisung der Klage als insgesamt unzulässig führen, wobei allerdings entgegen früherer Ansicht<sup>38</sup> nach der neueren Rechtsprechung<sup>39</sup> über den Vorrang eine Abwägung zwischen der verletzten Verfahrensnorm und dem Verschlechterungsverbot entscheidet. Das Verschlechterungsverbot tritt danach beispielsweise zurück, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden, die eine Wiederaufnahme begründeten.<sup>40</sup> 438

<sup>36</sup> BGHZ 23, 36, 50; BGH NJW 1988, 1982, 1983; NJW-RR 2003, 931, 933; OLG Celle MDR 2014, 1228; OLG Rostock MDR 2003, 828 (im Beschlussverfahren nach § 522 II ZPO); BLHAG/Göertz ZPO § 528 Rn. 16; Zöller/Heßler ZPO § 528 Rn. 32; Stein/Jonas/Althammer ZPO § 528 Rn. 20; Wieczorek/Schützel/Gerken ZPO § 528 Rn. 51.

<sup>37</sup> So die hM: BGHZ 104, 212, 214; BGHZ 116, 278, 292; BGH WM 1996, 1862 (zur Revision); OLG Düsseldorf OLG R 2003, 449; Zöller/Heßler ZPO § 528 Rn. 25; aA Stein/Jonas/Althammer ZPO § 528 Rn. 22 ff. mN zum Streitstand.

<sup>38</sup> So noch BGHZ 18, 98, 106; differenzierend bereits BGH NJW 1986, 1494, 1495.

<sup>39</sup> Ausführlich mit Nachweisen aus Rspr. und Literatur BGH NJW 2013, 1009 f.; vgl. auch Stein/Jonas/Althammer ZPO § 528 Rn. 21; BLHAG/Göertz ZPO § 528 Rn. 17.

<sup>40</sup> BGHZ 105, 270, 276; BGH NJW 1986, 1494, 1496; Zöller/Heßler ZPO § 528 Rn. 33.

#### 4. Selbstbindung des Berufungsgerichts

- 439 **Beispiel:** Das Landgericht weist erstinstanzlich eine Klage ohne Vernehmung der vom Kläger zahlreich benannten Zeugen als nicht schlüssig ab. Das Berufungsgericht ist anderer Ansicht und verweist die Sache auf Antrag des Klägers wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels gemäß § 538 II Nr. 1 ZPO an das Landgericht zurück, das die Klage nach Beweiserhebung erneut abweist. Der Kläger legt wieder Berufung ein, mit der er die Beweiswürdigung angreift. Das Berufungsgericht in seiner neuen Besetzung hält die Klage nunmehr für nicht schlüssig und weist mit dieser Begründung die Berufung zurück.

Das ist rechtlich unzulässig, weil in solchen Fällen § 563 II ZPO sinngemäß anzuwenden ist. Entsprechend der Rechtslage in der Revisionsinstanz ist das Berufungsgericht an die von ihm vertretene Rechtsauffassung, die der Aufhebung des landgerichtlichen Urteils zugrunde liegt und nicht mit aufgehoben worden ist, nach § 318 ZPO auch selbst gebunden.<sup>41</sup>

Diese Selbstbindung gilt selbstverständlich nur in derselben Sache. Ein Berufungsgericht ist nicht gehindert, in einer bestimmten Rechtsfrage einmal so und einmal anders zu entscheiden. Das kommt zur Verwirrung und Verunsicherung der Erstgerichte und der Rechtsuchenden zuweilen in überbesetzten Spruchkörpern mit entsprechend wechselnder Besetzung der Richterbank vor.

### III. Die Bedeutung der Tatsachenfeststellung erster Instanz

- 440 Die Behauptung, die Berufung eröffne eine völlig neue Tatsacheninstanz, ist in dieser Allgemeinheit schon früher unzutreffend gewesen und hat mit dem durch das ZPO-RG eingefügten § 529 I ZPO, dessen Tragweite umstritten ist (dazu 1.), eine zusätzliche Beschränkung erfahren. Allerdings gibt es typische Fallgestaltungen, in denen eine Verpflichtung des Gerichts zur Wiederholung der Beweisaufnahme besteht (dazu 2.) Von der Bindung des Berufungsgerichts an rechtfehlerfrei festgestellte Tatsachen zu unterscheiden ist das dem Berufungsgericht als Tatsacheninstanz gesetzlich eingeräumte Ermessen (dazu 3.).

#### 1. Die Reichweite der Bindungswirkung des § 529 I Nr. 1 ZPO

- 441 Nach § 529 I Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Der Frage, was „festgestellte Tatsachen“ im Sinne dieser Vorschrift sein können (wertende Tatsachenfeststellungen im Sinne von § 286 ZPO, tatbestandliche Feststellungen in Form der reinen Darstellung des Sach- und Streitstandes im Sinne von § 313 I 1 Nr. 5, II 1 ZPO auch unter dem Blickwinkel der Einordnung als streitig oder unstreitig, sonstiges weder aus dem Sitzungsprotokoll noch aus dem Urteil ersichtliches zu den Prozessakten gelangtes Parteivorbringen),<sup>42</sup> soll hier nicht weiter vertieft werden, auch wenn dies im Einzelnen Bedeutung gewinnen kann, und zwar nicht nur für Inhalt und Umfang der Bindungswirkung, sondern auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines Tatbestandsberichtigungsantrages (vgl. dazu → Rn. 486 ff.).

<sup>41</sup> So BGH NJW 1992, 2831, 2832; Zöllner/Heßler ZPO § 563 Rn. 3.

<sup>42</sup> Vgl. dazu ausführlich Stein/Jonas/Althammer ZPO § 529 Rn. 4 ff.

Die Bindungswirkung erfasst nur Feststellungen über **Tatsachen**, nicht betroffen sind Rechtsansichten. Auch bei der Auslegung von Willenserklärungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist das Berufungsgericht nicht auf die Rechtsfehlerkontrolle beschränkt, sondern hat diese, wenn es die erstinstanzliche Auslegung bei Würdigung allernormgeblichen Umstände für sachlich nicht überzeugend hält, selbst vorzunehmen.<sup>43</sup>

Der bisher in der Praxis geltende Grundsatz, dass die Wiederholung einer **Beweisaufnahme** im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts stehe, erfährt durch die Bindungswirkung im Sinne von § 529 I Nr. 1 ZPO eine gewisse Einschränkung, deren Tragweite in der gerichtlichen Praxis allerdings Unsicherheiten auslöst. Die Regelung in § 529 I Nr. 1 ZPO hat nichts daran ändert, dass die erstinstanzlich vorgenommene Tatsachenfeststellung einer **umfassenden Rechtsfehlerkontrolle** unterliegt. Solche Rechtsfehler liegen vor, wenn die Beweisaufnahme unvollständig ist, weil eine Zeugenvernehmung zu Unrecht unterblieben<sup>44</sup> oder eine erheblicher Beweisanspruch übergangen worden ist,<sup>45</sup> wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungsgesetze verstößt. Gleiches gilt, wenn das erstinstanzliche Gericht Tatsachenvortrag der Parteien übergangen oder von den Parteien nicht vorgetragene Tatsachen verwertet hat.<sup>46</sup> Sind dem Erstgericht bei der Tatsachenfeststellung Fehler unterlaufen, die dazu führen, dass das Urteil auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO beruht, so sind die entscheidungserheblichen Tatsachen erneut und diesmal rechtsfehlerfrei festzustellen,<sup>47</sup> und zwar grundsätzlich durch das Berufungsgericht, § 538 I ZPO, und nur ausnahmsweise nach Zurückverweisung gemäß § 538 II Nr. 1 ZPO durch das erstinstanzliche Gericht. Die Rechtsverletzungsrüge des § 513 I 1. Alt. ZPO iVm § 546 ZPO betrifft nicht nur die fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts, sondern auch die falsche Handhabung von Rechtsregeln zum Beweisverfahren und zur Beweiswürdigung.

Im Berufungsverfahren ist daher stets zu überprüfen, ob die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt<sup>48</sup> oder wesentliche Teile des Beweisergebnisses unberücksichtigt lässt. Auch muss aus den Entscheidungsgründen erkennbar sein, dass eine sachgemäße Beweisbewertung stattgefunden hat. Die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises unterfallen der Rechtskontrolle ebenso wie die Beweislastregeln. Auch kann der Berufungsführer rügen, dass verfahrensrechtliche Vorschriften bei der Beweiserhebung verletzt worden sind, etwa die rechtzeitig beantragte Anhörung eines Sachverständigen unterblieben ist.<sup>49</sup> In all diesen Fällen rechtserheblicher Fehler bei der Tatsachenfeststellung ist die Beweiserhebung, soweit es auf die Tatsachen für den Ausgang des Rechtsstreits ankommt, erneut vorzunehmen. Die Gründe, die gemeinhin dafür angeführt werden,<sup>50</sup> dass eine Beweisaufnahme im Berufungs-

---

<sup>43</sup> BGH NJW 2016, 3015; FamRZ 2010, 459; BGHZ 160, 83 = BGH NJW 2004, 2751; Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 529 Rn. 1; Musielak/Voit/Ball ZPO § 529 Rn. 8.

<sup>44</sup> BGH MDR 2021, 185.

<sup>45</sup> BGH MDR 2021, 616.

<sup>46</sup> BGH NJW-RR 2017, 219; NJW 2014, 2797; BGHZ 159, 254, 258 = BGH NJW 2004, 2828; BGHZ 158, 295, 300 = BGH NJW 2004, 2152; BGHZ 158, 269, 272 = BGH NJW 2004, 1876.

<sup>47</sup> So zB BGH NJW-RR 2019, 1343.

<sup>48</sup> BGH NJW 2004, 1876, 1877.

<sup>49</sup> BGH NJW-RR 2009, 1193.

<sup>50</sup> Vgl. zB MüKoZPO/Rimmelspacher § 529 Rn. 20 ff.; Stein/Jonas/Althammer ZPO § 529 Rn. 19 mwN.



rechtszug zu wiederholen ist, sind überwiegend Verfahrensfehler und sind damit ein Unterfall der Rechtsverletzungsrüge im Sinne von § 513 I 1. Alt. ZPO.<sup>51</sup>

§ 529 I Nr. 1 ZPO regelt, unter welchen Voraussetzungen das Berufungsgericht, wenn sich ein **Rechtsfehler nicht** feststellen lässt, die **Tatsachenfeststellung gleichwohl erneut** vornimmt. Das Gesetz geht im Grundsatz davon aus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis der erstinstanzlich rechtsfehlerfrei durchgeführten Beweisaufnahme seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Dadurch, dass es nicht mehr dem freien Ermessen des Berufungsgerichts überlassen wird, die Beweisaufnahme zu wiederholen, soll dem erstinstanzlich gefundenen Ergebnis größeres Gewicht zukommen und letztlich die Stärkung der ersten Instanz gefördert werden.

442 War die Tatsachenfeststellung der ersten Instanz rechtsfehlerfrei, ist eine erneute Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht nach § 529 I Nr. 1 ZPO nur dann zulässig, wenn **konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen** begründen. Die hierfür in der Gesetzesbegründung gegebenen Beispiele (Übergehen von Beweisanträgen, unzureichend vorgenommene Beweiserhebung oder Beweiswürdigung)<sup>52</sup> treffen zwar nicht den eigentlichen Anwendungsbereich von § 529 I Nr. 1 ZPO, weil es sich bei ihnen um Rechtsfehler handelt, die ohnehin, wenn die Entscheidung darauf beruht, eine erneute Feststellung erfordern. An diesen Beispielen wird aber deutlich, dass in § 529 I Nr. 1 ZPO solche Umstände gemeint sind, die zwar keinen Rechtsfehler im revisionsrechtlichen Sinne zu begründen vermögen, die aber hinreichende Aussagekraft haben, um beim Berufungsrichter ernsthafte Zweifel an den erstinstanzlich getroffenen Feststellungen aufkommen zu lassen.<sup>53</sup> Dabei wird es sich zumeist um Gesichtspunkte handeln, die einen Rechtsfehler bei der Tatsachenfeststellung nicht ausschließen, ihn allerdings auch nicht in revisionsrechtlich beachtlicher Weise zu belegen vermögen.<sup>54</sup> Häufig wird sich nämlich auf Grund der Aktenlage, insbesondere der Entscheidungsgründe und der Protokolle über die Zeugen- und Sachverständigenanhörung oder über die Augenscheinseinnahme, nicht mit der erforderlichen Sicherheit sagen lassen, ob das Gericht erster Instanz den Zeugen oder den Sachverständigen in dem für die Tatsachenermittlung nötigen Umfang befragt, ob es das richtige Beweismaß zugrunde gelegt und ob es alle für die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Sachkunde eines Gutachters bedeutsamen Umstände beachtet oder den Augenschein umfassend und sachgerecht ausgewertet hat. Auch wenn sich kein Rechtsfehler feststellen lässt, so können doch bestimmte Umstände das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme derart in Frage stellen, dass das Berufungsgericht eine erneute Tatsachenfeststellung vorzunehmen hat. Insofern gehen die Prüfungspflichten des Berufungsgerichts, ohne dass es hierfür einer Verfahrensrüge des Berufungsführers bedarf, über die Rechtsfehlerkontrolle hinaus.<sup>55</sup>

Nach der Rechtsprechung liegen Zweifel im Sinne der Regelung in § 529 I Nr. 1 ZPO schon dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im

<sup>51</sup> Zustimmend Stein/Jonas/Althammer ZPO § 529 Rn. 20.

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, 100.

<sup>53</sup> So auch Stein/Jonas/Althammer ZPO § 529 Rn. 15.

<sup>54</sup> Vgl. zB BGH NJW 2004, 2828, wo die unterlassene Anhörung des erstinstanzlichen Sachverständigen allerdings zumindest auch als fehlerhafte Rechtsanwendung beanstandet wird.

<sup>55</sup> St. Rspr.; vgl. schon BGHZ 158, 269, 278 = BGH NJW 2004, 1876; BGHZ 159, 254, 258 = BGH NJW 2004, 2828; BGHZ 160, 83 = BGH NJW 2004, 2751; BGHZ 162, 313 = BGH NJW 2005, 1583; NJW 2006, 152.

Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt.<sup>56</sup> Die eine erneute Feststellung gebietenden konkreten Zweifel können in zwischen den Instanzen unterschiedlichen Wertungen begründet liegen. Solche sind zB anzunehmen, wenn das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als die Vorinstanz, und zwar gilt das sowohl für die Bewertung von Zeugenbeweis<sup>57</sup> als auch für das Verständnis von Ausführungen eines Sachverständigen<sup>58</sup> und kann auch bei die Einordnung einer (Wissens-)Erklärung<sup>59</sup> der Fall sein. Werden von einer Partei plausible Einwendungen gegen die Überzeugungsbildung des Erstgerichts und damit gegen das Ergebnis der Tatsachenfeststellung erhoben, können diese nicht mit der Begründung als unbeachtlich angesehen werden, die Partei „ersetze in ihrer Berufungsbegründung im Wesentlichen die Überzeugungsbildung des Landgerichts nur durch ihre eigene“,<sup>60</sup> oder sie setze „in unzulässiger Weise ihre abweichende Bewertung an die Stelle des Gerichtssachverständigen und des Landgerichts“<sup>61</sup> bzw. die Partei trage lediglich ihre „eigenen von den Beurteilungen des gerichtlichen Sachverständigen abweichende Einschätzung vor, ohne damit Rechtsfehler des Erstgerichts aufzeigen zu können“.<sup>62</sup> Ein Verstoß gegen das Gebot der erneuten Tatsachenfeststellung ist auch dann anzunehmen, wenn das Berufungsgericht den wesentlichen Kern des Vorbringens einer Partei nicht erfasst hat und deswegen unter Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs nicht zu der Erkenntnis gelangt ist, dass die erstinstanzlichen Feststellungen einer Neubewertung bedürfen.<sup>63</sup> Kommt das Berufungsgericht angesichts der konkreten Zweifel zu dem Ergebnis, dass im Falle der erneuten Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, so ist es zu einer erneuten Tatsachenfeststellung verpflichtet.<sup>64</sup>

Anhaltspunkte, die eine erneute Tatsachenfeststellung erforderlich machen, können auch in Umständen begründet liegen, die erstmals im Berufungsrechtszug vorgebracht werden. Trägt der Berufungsführer neue Tatsachen im Sinne des § 529 I Nr. 2 ZPO vor und ist deren Berücksichtigung nach den §§ 530, 531 ZPO zulässig,<sup>65</sup> so kann das dazu führen, dass in Ansehung dieser neuen Umstände die erstinstanzlich vorgenommene Tatsachenfeststellung zu hinterfragen und vom Berufungsgericht erneut vorzunehmen ist.<sup>66</sup>

Die Bindungswirkung des § 529 I Nr. 1 ZPO ist zunächst einmal für die Frage der Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO von Bedeutung, weil diese voraussetzt, dass das Berufungsgericht eine erneute Beweisaufnahme nicht für erforderlich hält. Allerdings haben unabhängig davon Berufungsgerichte auch bisher Tatsachenfeststellungen in aller Regel nur dann wiederholt oder ergänzt, wenn es dafür aus ih-

<sup>56</sup> St. Rspr.: *BGH NJW-RR* 2019, 1331; *NJW-RR* 2018, 651; *NJW-RR* 2017, 75; *NJW* 2014, 2797.

<sup>57</sup> *BGH NJW-RR* 2017, 75; *NJW-RR* 2017, 219.

<sup>58</sup> *BGH NJW-RR* 2019; 1343; *NJW-RR* 2017, 725; *BauR* 2010, 1095.

<sup>59</sup> *BGH NJW* 2016, 3015.

<sup>60</sup> *BGH NJW-RR* 2019, 1343.

<sup>61</sup> *BGH NJW* 2016, 713.

<sup>62</sup> *BGH NJW-RR* 2017, 725.

<sup>63</sup> Vgl. *BGH NJW-RR* 2018, 651.

<sup>64</sup> *BGH NJW-RR* 2017, 725; *NJW-RR* 2017, 231; *NJW-RR* 2010, 3675; *NJW* 2007, 2919; *BGHZ* 162, 313 = *BGH NJW* 2005, 1583.

<sup>65</sup> Vgl. dazu → Rn. 455 ff.

<sup>66</sup> *BGH NJW-RR* 2018, 651; *NJW-RR* 2012, 430; *NJW* 2007, 2414; *BVerfG NJW* 2017, 3218.

rer Sicht triftige Gründe, insbesondere Rechtsfehler, gegeben hat. Auch wenn das auf die erneute Vernehmung in derselben Instanz zugeschnittene Ermessen im Sinne von § 398 I ZPO für das Berufungsgericht durch § 529 I Nr. 1 ZPO eine gewisse Einschränkung erfährt, so verbleibt dem Gericht bei der Einschätzung der Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen doch ein Spielraum, so dass jenseits der Rechtsfehlerkontrolle ein gesetzeswidriger Gebrauch von § 529 I Nr. 1 ZPO nur schwer zu belegen sein wird.

- 443 Hat das Berufungsgericht, ohne dass die Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO gegeben waren, die Beweisaufnahme wiederholt und ist zu einem anderen Ergebnis gelangt als die erste Instanz, so kann dies mit der Revision nicht erfolgreich dahin gerügt werden, dass die erneute Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht hinweg zu denken und der Rechtsstreit auf der Grundlage des erstinstanzlichen Beweisergebnisses zu entscheiden sei.<sup>67</sup> Ebenso wie bei der gesetzeswidrigen Berücksichtigung verspäteten Vorbringens<sup>68</sup> ist auch hier der materiellen Richtigkeit der Entscheidung der Vorrang vor der Einhaltung von Verfahrensvorschriften zu geben.<sup>69</sup>

Allerdings unterliegt die Begründung des Berufungsgerichts dafür, dass seine abweichend vorgenommene Würdigung eines Zeugen- oder Sachverständigenbeweises zutreffend ist und nicht die der ersten Instanz, einer revisionsrechtlichen Überprüfung.

## 2. Fälle notwendiger Wiederholung der Beweisaufnahme

- 444 Unter bestimmten Voraussetzungen ist das Berufungsgericht nicht nur berechtigt, sondern **verpflichtet**, eine erneute Beweisaufnahme durchzuführen.

Das Berufungsgericht muss einen im ersten Rechtszug vernommenen **Zeugen** erneut vernehmen, wenn es dessen im ersten Rechtszug bejahte Glaubwürdigkeit in Zweifel zieht oder umgekehrt.<sup>70</sup>

**Beispiel:** In einem Kfz-Haftpflichtprozess hat der Zeuge Z. bekundet, der Beklagte habe dem Kläger die Vorfahrt genommen. Das Landgericht hat dem Zeugen geglaubt. Dem Berufungsgericht ist aber aus einer Vielzahl anderer Verfahren bekannt, dass der Kläger und Z. zu einem kriminellen Kreis gewerbsmäßiger Unfallverursacher gehören. An sich undenkbar, den Beklagten auf eine solche Aussage hin zu verurteilen. Gleichwohl darf das Berufungsgericht Z. nicht als unglaubwürdig einstufen, ohne ihn erneut zu vernehmen. Auch ein bekanntermaßen „doloser Unfallfahrer“ kann einmal unbeabsichtigt und schuldlos in einen Verkehrsunfall verwickelt werden.

- 445 Das Berufungsgericht darf die protokollierte Aussage eines in erster Instanz vernommenen Zeugen nicht anders verstehen oder ihr ein anderes Gewicht beimessen, ohne den Zeugen erneut zu vernehmen.<sup>71</sup> Unterlässt es dies, verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> So aber MüKoZPO/Rimmelspacher § 529 Rn. 37 f.; Wieczorek/Schützel/Gerken ZPO § 529 Rn. 38; Ebel ZRP 2001, 309, 312.

<sup>68</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 1458; NJW NJW-RR 2010, 664.

<sup>69</sup> Stein/Jonas/Althammer ZPO § 529 Rn. 39; Musielak/Voit/Ball ZPO § 529 Rn. 26; Zöller/Heßler ZPO § 529 Rn. 15.

<sup>70</sup> St. Rspr.: BGH MDR 2021, 897; MDR 2021, 506; NJW-RR 2019, 134; NJW-RR 2017, 1101; NJW 2011, 49; NJW-RR 2009, 1291; BVerfG NJW 2005, 1487.

<sup>71</sup> Vgl. BVerfG NJW 2011, 49; BGH NJW 2011, 989; BGHReport 2003, 453; BGH NJW-RR 2001, 1430; NJW 1999, 2972.

<sup>72</sup> BGH MDR 2021, 897; MDR 2021, 506; MDR 2021, 115; NJW-RR 2012, 704.