

Die ZPO in Fällen

Elzer

3., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-6969-1
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Rechtsmittels aufzuerlegen. K stimmt der Erledigungserklärung nicht zu, sondern beantragt, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, da bereits zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung das erstinstanzliche Urteil aufgrund der Klagerücknahme hinfällig gewesen sei und nicht Gegenstand einer Anfechtung sein könne. Er ist der Ansicht, die Kosten der zweiten Instanz habe B zu tragen. Wie ist die Rechtslage?

Problemstellung

Gemäß § 516 Abs. 1 ZPO kann die Berufung bis zur Verkündung des Berufungsurteils zurückgenommen werden. Die Rücknahme des Rechtsmittels ist vom Verzicht auf die Berufung nach § 515 ZPO und von der Rücknahme der Klage gemäß § 269 ZPO zu unterscheiden, die auch in zweiten Instanz möglich ist – dann aber nur mit Einwilligung des Beklagten, da in ersten Instanz bereits verhandelt wurde. Ferner ist die Berufungsrücknahme von einer Erledigungserklärung abzugrenzen. **397**

Hier kommt nur eine Rücknahme in Betracht. Hätte B, nachdem die wirksame Klagerücknahme feststand, die Berufung zurückgenommen, hätten ihm indes – zwingend – gemäß § 516 Abs. 3 ZPO die Kosten des Rechtsmittels auferlegt werden müssen. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hat B die Berufung für »erledigt« erklärt. Dies ist nicht ohne weiteres unproblematisch. Nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO können die Parteien nur den **Rechtsstreit** in der Hauptsache für erledigt erklären. Diese Erklärung kann auch im Berufungsverfahren abgegeben werden, sofern das Rechtsmittel zulässig ist.³⁹ Hiervon zu unterscheiden ist aber die Erklärung, das **Rechtsmittel habe sich erledigt**. Nach der Rechtsprechung ist diese Erklärung allerdings möglich, wenn sie von **beiden** Parteien abgegeben wird,⁴⁰ jedenfalls bei einem **Bedürfnis**;⁴¹ § 91a ZPO ist dann entsprechend anzuwenden. Umstritten ist hingegen, ob ein Rechtsmittel auch Gegenstand einer **einseitigen** Erledigungserklärung sein kann. **398**

Lösung Eine auf ein Rechtsmittel bezogene einseitige Erledigungserklärung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann zulässig, wenn hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, weil nur auf diese Weise eine angemessene Kostenentscheidung zu erzielen ist und zudem das erledigende Ereignis als solches außer Streit steht.⁴² **399**

K hat die Wirksamkeit der Klagerücknahme zu Unrecht bestritten. K hat dadurch B veranlasst, trotz der erklärten Klagerücknahme Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil einzulegen, was dem Gebot sachgemäßer Rechtsverteidigung entsprach. Bei dieser Sachlage erscheint es unbillig, B mit den Kosten der nunmehr gegenstandslos gewordenen Berufung zu belasten. Ließe man die Rechtsmittelerledigungserklärung nicht zu, könnte B der Belastung mit den Kosten des Berufungsverfahrens nicht entgehen. Ein sofortiges Anerkenntnis gemäß § 93 ZPO kommt von vornherein nicht in Betracht. Eine auf die Hauptsache bezogene einseitige Erledigungserklärung des B ist unzulässig. Danach bliebe also nur die Berufungsrücknahme mit der Kostenfolge des § 516 Abs. 3 ZPO. Es ist deshalb hier geboten, eine einseitige, auf die Berufung beschränkte Erledigungserklärung des B zuzulassen.⁴³ **400**

V. Ordnungsgemäße Begründung

Fall 131: Rüge einer Rechtsverletzung

Klägerin K nimmt den Beklagten B aus einer Gewährleistungsbürgschaft auf Zahlung von 200.000,00 EUR in Anspruch. Das Landgericht weist die Klage ab. B könne sich nach § 768 Abs. 1 S. 1 BGB mit Erfolg auf die Einrede stützen, die Hauptforderung sei verjährt. Im Übrigen sei aber auch die Bürgschaftsforderung verjährt. Hiergegen richtet sich K's Berufung. Sie legt in

39 BGH NJW-RR 2009, 422 Rn. 3; BGH NJW 1968, 1725.

40 BAG NJW 2008, 1979 Rn. 8; BAG 2007, 2993 Rn. 8.

41 BGH NJW-RR 2006, 142 (143); BGH NJW-RR 2001, 1007 (1008).

42 BGH DGVZ 2019, 79 Rn. 10.

43 Fall nach BGH NJW 1998, 2453.

der Berufungsbegründung dar, warum ihrer Ansicht nach die Bürgschaftsforderung nicht verjährt ist. Zur Hauptforderung heißt es, die Ansicht des Landgerichts »erschließt sich nicht und findet auch keine Stütze in Literatur oder Rechtsprechung.« Ist die Berufung zulässig?⁴⁴

Problemstellung

- 401 Nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Besondere formale Anforderungen bestehen nicht; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbes. ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Jedoch muss die Berufungsbegründung auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen.⁴⁵ Es soll hingegen reichen, wenn in der Berufungsbegründung lediglich bereits in erster Instanz vorgetragene rechtliche Argumente wiederholt werden.⁴⁶
- 402 Im Falle der uneingeschränkten Anfechtung muss die Berufungsbegründung geeignet sein, das **gesamte** Urteil in Frage zu stellen.⁴⁷ Ferner muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt (§ 513 Abs. 1 Fall 1 ZPO). Diese Anforderungen sind gewahrt, wenn die Berufungsbegründung erkennen lässt, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, und zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit die Umstände mitteilt, die das Urteil aus Sicht des Rechtsmittelführers in Frage stellen. Enthält die Berufungsbegründung immerhin zu einem Punkt eine § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO genügende Begründung, ist sie insgesamt zulässig, wenn dies geeignet ist, der angegriffenen Entscheidung **insgesamt** die Grundlage zu entziehen.⁴⁸ Ob Ausführungen schlüssig oder rechtlich haltbar sind, ist – für die Frage der Zulässigkeit – unerheblich.⁴⁹ In begründeten Einzelfällen, zum Beispiel bei einer Vielzahl von Klägern mit verschiedenen Angriffen, kann es sich empfehlen, vor der Begründung eine Gliederung bzw. ein Inhaltsverzeichnis zu fertigen bzw. einleitende Bemerkungen zu machen.
- 403 **Lösung** Die Berufung ist mangels ausreichender Begründung unzulässig. § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO verlangt, dass die Umstände **bezeichnet** werden, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Die erhobenen Rügen müssen zwar weder schlüssig noch inhaltlich vertretbar sein. Nicht zwingend ist es ferner, die verletzte Rechtsnorm zu nennen. Jedenfalls ist aber ist eine auf den Streitfall zugeschnittene Darstellung notwendig, die darlegt, in welchen Punkten und aus welchen materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen der Berufungsführer das angefochtene Urteil für unrichtig hält.⁵⁰ Diesem Anspruch wird die Berufungsbegründung nicht gerecht. Die Berufungsbegründung erfüllt zwar die Voraussetzungen von § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO, soweit sie sich gegen die Annahme der Verjährung der Bürgschaftsforderung wendet. Sie ist jedoch zur **Hauptbegründung unzureichend**. Auf die tragende Erwägung des Landgerichts bezieht sich allein der Hinweis, diese Rechtsansicht erschließe sich nicht und finde keine Stütze in Literatur und Rechtsprechung. Diese Darstellung ist **nicht auf den konkreten Streitfall zugeschnitten**, sondern erschöpft sich in einer konturenlosen Redewendung. Sie geht nicht über inhaltslose Kritik hinaus. Weder die

44 Fall nach BGH NJW 2013, 174.

45 BGH NJW 2013, 174 Rn. 10.

46 BGH NJW 2018, 2894 Rn. 10.

47 BGH NJW-RR 2007, 414 Rn. 10.

48 BGH NJW-RR 2012, 440 Rn. 7.

49 BGH NJW 2013, 174 Rn. 10.

50 BGH NJW 2013, 174 Rn. 10

konkrete Begründung noch einzelne Begründungselemente werden von der Klägerin in Zweifel gezogen. Statt sich konkret mit den die angegriffene Entscheidung tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen, beschränkt sich die Berufungsbegründung auf eine nichtssagende Beantwortung. Für das Berufungsgericht blieb danach unklar, aus welchen materiell- oder verfahrensrechtlichen Gründen das Urteil unzutreffend sein soll.

Fall 132: Rüge der Beweiswürdigung

Kläger K verlangt vom Beklagten B – seinem Gewerberaummieter – Vorschuss für Reparaturen. Nach § 7 des Mietvertrags obliegt die laufende Instandhaltung einschließlich aller Reparaturen B. K behauptet, § 7 habe nach dem Willen der Vertragsparteien auch den bei Vertragsschluss bereits bestehenden Reparaturbedarf umfasst, der in einem zuvor erstellten Sachverständigen-gutachten festgestellt worden sei. Zum Beweis dafür beruft sich K auf das Zeugnis der S, der bei den Verhandlungen dabei gewesen sei. Das Landesgericht gibt der Klage nach Vernehmung des Zeugen, der K's Angaben bestätigt, statt. B legt gegen dieses Urteil über den beauftragten Rechtsanwalt R Berufung ein, der diese damit begründet, die Beweiswürdigung sei fehlerhaft. Die Aussage des C sei in der Sache falsch und damit nicht geeignet, zur richterlichen Überzeugungsbildung im Sinne des § 286 ZPO beizutragen. Ist die Berufung ordnungsgemäß begründet? Wie wäre es, wenn R in der Berufungsbegründung vorträgt, S sei beim Vertragsschluss nicht dabei, sondern – wie er erst nach Urteilsverkündung vom Onkel des S erfahren habe und erfahren konnte – in Australien gewesen und sich zum Beweis auf das Zeugnis des Onkels beruft?

Problemstellung

Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bei Zweifeln an Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist hingegen eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Zweifel im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO liegen vor, wenn aus Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der (erneuten) Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt.⁵¹ Wendet sich der Berufungsführer gegen eine ihm nachteilige Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts, genügt er den Anforderungen § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ZPO, wenn er deutlich macht, dass und aus welchen **Gründen** er die Beweiswürdigung für unrichtig hält. Eine **Auseinandersetzung** mit der (Beweis-)Würdigung durch das Erstgericht ist grundsätzlich nicht erforderlich.⁵² Das Berufungsgericht ist danach etwa verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will.⁵³ Unterlässt es dies, verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.⁵⁴ Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen (dh seine Glaubwürdigkeit) noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit (dh die Glaubhaftigkeit) seiner Aussage betreffen.⁵⁵

Im Fall stellt sich die Frage, welche Anforderungen an eine Berufungsbegründung zu stellen sind, wenn die Tatsachengrundlage des erstinstanzlichen Urteils erschüttert werden soll. 405

Lösung Die Berufung entspricht nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO und ist unzulässig. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO sieht vor, dass die Berufungsbegründung **die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte**, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Fest- 406

51 BT-Drs. 14/6036, 159; s. auch BGH NJW 2005, 1583 (1584); 2003, 3480.

52 BGH NJW 2012, 3581 Rn. 11.

53 BGH NJW 2021, 715 Rn. 7; BGH BKR 2013, 203 Rn. 13.

54 BGH BKR 2013, 203 Rn. 13.

55 BGH FD-ZVR 2012, 337112 Rn. 4; BGH NJW-RR 2012, 704 Rn. 7.

stellung gebieten, enthalten muss.⁵⁶ Dies kann hier nicht angenommen werden. Anhand der Ausführungen des R kann nicht nachvollzogen werden, warum B mit der Beweiswürdigung nicht einverstanden ist. So hätte beispielsweise dargelegt werden müssen, dass die protokollierte Zeugenaussage den Feststellungen im Urteil widerspricht und daher Zweifel an deren Richtigkeit bestehen. War S bei den Verhandlungen hingegen **nicht dabei**, bestehen ausreichende Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen. Die Berufung ist damit ordnungsgemäß begründet und insoweit zulässig. Die Benennung des neuen Zeugen ist auch nicht nachlässig. Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO ist grundsätzlich zu verneinen, wenn ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstanden ist.

VI. Widerklage

Fall 133: Neues Vorbringen

B war für K als Rechtsanwalt tätig. Auf Anraten B's und zu seinen Gunsten bewilligt K die Eintragung von zwei Buchgrundschulden zu Lasten eines in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks. Zugleich gibt K für B's Honorarforderungen abstrakte Schuldanerkenntnisse ab und unterwirft sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. B betreibt später die Zwangsvollstreckung aus einer der Grundschuldbestellungsurkunden. Die dagegen gerichtete Vollstreckungsabwehrklage der K weist das Landgericht ebenso wie die weiteren, auf Herausgabe der zweiten vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde und der einfachen Abschriften beider Grundschuldbestellungsurkunden gerichteten Klageanträge ab. Im Verfahren streiten die Parteien um die Honorarforderung und die Aufträge, die ihr zugrunde liegen. K legt Berufung ein. B erhebt nunmehr vor dem Berufungsgericht Widerklage auf Zahlung von Anwaltshonorar. K trägt zur Widerklage vor, diese könne nur auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen hat. Ist die Widerklage zulässig?

Problemstellung

- 407 Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung grundsätzlich auch aus Urkunden statt, die von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden sind. Eine solche notarielle Urkunde ist – unterwirft sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung – »Urteil« iSv § 767 Abs. 1 ZPO. Einwendungen gegen diese Urkunde sind daher auch gemäß §§ 795 S. 1, 767 ZPO geltend zu machen. Eine **Präklusion** im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO findet nach § 797 Abs. 4 ZPO nicht statt – der Notar ist kein Richter. K kann daher tatsächlich **einwenden**, dass ihre Unterwerfung von Anfang an zu Unrecht erfolgte.
- 408 Eine Widerklage in der Berufung ist gemäß § 533 Nr. 1 ZPO zulässig, wenn der Gegner **einwilligt**⁵⁷ oder das Gericht dies für **sachdienlich** hält. Die Beurteilung der Sachdienlichkeit erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen.⁵⁸

Für die Frage der Sachdienlichkeit kommt es allein auf die objektive Beurteilung an, ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung den sachlichen Streitstoff im Rahmen des anhängen-

56 Konkrete Anhaltspunkte können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind, BGH NJW 2004, 1876. Ein solcher Verfahrensfehler liegt namentlich vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 Abs. 1 ZPO entwickelt worden sind. Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.

57 Wegen der Verweisung des § 525 ZPO auch auf § 267 ZPO kann die Einwilligung stillschweigend erteilt werden, indem er sich rügelos auf die Widerklage einlässt: BGH NJW-RR 2012, 429 Rn. 14.

58 BGH NJW 2007, 2414 Rn. 10.

gigen Rechtsstreits ausräumt und einem anderenfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt. Maßgebend ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt ist nicht die **beschleunigte Erledigung des anhängigen Prozesses**, sondern die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien entscheidend. **Ausschlaggebend** ist, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt.⁵⁹ Deshalb steht der Sachdienlichkeit einer Klageänderung zum Beispiel nicht entgegen, dass im Falle ihrer Zulassung Beweiserhebungen nötig werden und dadurch die Erledigung des Prozesses verzögert würde.⁶⁰ Die Sachdienlichkeit kann vielmehr 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.⁶¹

Als zweite Voraussetzung darf eine Widerklage nur auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). Nach der Rechtsprechung gelangt durch eine Berufung der gesamte in erster Instanz vorgetragene Tatsachenstoff in die Berufungsinstanz, auch wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich ansieht und es daher keine Feststellungen trifft.⁶² Dies gilt in gleicher Weise für die in zweiter Instanz erhobene Widerklage. Wird sie auf Vorbringen gestützt, das bereits in erster Instanz erfolgt ist, sind die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt. Dies gilt ebenso, wenn die Widerklage auf neues unstrittiges Vorbringen gestützt wird. 409

Lösung Die Widerklage ist zulässig.⁶³ K hat sich rügelos auf die Widerklage eingelassen und damit in sie stillschweigend eingewilligt, § 533 Nr. 1 ZPO. Auch die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO liegen vor. Gegenstand der Widerklage sind die Honoraransprüche des B aus der von ihm behaupteten anwaltlichen Tätigkeit. Diese Ansprüche waren in erster Instanz Tatsachenstoff, weil B aus ihnen die Wirksamkeit der abstrakten Schuldanerkenntnisse hergeleitet hat. 410

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

VII. Klageänderung

Fall 134: Übergang von einem Freistellungs- zu einem Zahlungsanspruch

Wohnungseigentümer beschließen im Jahr 2023, Erhaltungsmaßnahmen durchzuführen. Dabei gehen sie von einem Kostenvolumen von 4.000,00 EUR aus. Bei der Durchführung gibt der Verwalter V weitere Arbeiten in Auftrag und zahlt auf die daraus entstandenen Rechnungen von über 8.000,00 EUR aus einem von ihm im eigenen Namen geführten Konto insgesamt 5.800,00 EUR. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer W ist nicht bereit, diesen Betrag zu ersetzen. V beantragt daraufhin beim Amtsgericht, die W zu verurteilen, ihn vom Negativsaldo zzgl. entstehender Zinsen und Bankgebühren freizustellen. Das Amtsgericht gibt der Klage statt. V zahlt danach an die Bank Zinsen und Gebühren in Höhe von 800,00 EUR, weil die Bank eine Erhöhung der Kreditlinie über 6.000,00 EUR hinaus nicht zulassen will. W legt Berufung ein. Das Landgericht setzt dem V eine Berufungserwiderungsfrist, die dieser ungenutzt verstreichen lässt. In der Berufungsverhandlung beantragt V, die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass diese verurteilt werde, ihn von dem noch verbliebenen Debetsaldo von 5.800,00 EUR freizustellen und 800,00 EUR zzgl. Zinsen zu zahlen. Ist der Zahlungsantrag möglich?

⁵⁹ BGH NJW 2012, 2662 Rn. 20.

⁶⁰ BGH NJW 2011, 2796 Rn. 41.

⁶¹ BGH NJW 2007, 2414 Rn. 10.

⁶² BGH NJW-RR 2012, 429 Rn. 11; BGH NJW 2011, 2796 Rn. 35.

⁶³ Fall nach BGH NJW-RR 2012, 429.

Problemstellung

- 411 V stellt in der Berufung einen **neuen** Antrag: er verlangt nicht nur Freistellung, sondern auch – zusätzlich – Zahlung. Die hierin liegende Klageänderung ist **grundsätzlich nicht möglich**. V ist durch das Urteil nicht beschwert. Den Gegenstand der Berufung bestimmt allein die W. Will ein Berufungsbeklagter die vor dem erstinstanzlichen Gericht erfolgreiche Klage in der Berufungsinstanz auf eine andere Grundlage stellen, muss er daher eine **Anschlussberufung** (§ 524 Abs. 1 S. 1 ZPO) einlegen.⁶⁴ Ein Anschluss an die fremde Berufung ist nämlich erforderlich, wenn der Berufungsbeklagte das erstinstanzliche Urteil nicht nur verteidigen, sondern die von ihm im ersten Rechtszug gestellten Anträge erweitern oder – wie hier – einen **neuen**, in erster Instanz nicht vorgebrachten Anspruch geltend machen will.⁶⁵

Eine Anschließung ist in der Regel allerdings nur bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwidmung zulässig, § 524 Abs. 2 S. 1 ZPO. Diese Frist hätte V **versäumt**. Die Bestimmung des § 533 ZPO führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Vorschrift ändert nichts daran, dass der in erster Instanz erfolgreiche Berufungsbeklagte eine Klageänderung in der Berufungsinstanz nur im Wege einer Anschlussberufung herbeiführen kann, die er innerhalb der Ausschlussfrist in § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO einlegen muss.⁶⁶

- 412 Etwas anderes würde gelten, wenn V – prozessrechtlich betrachtet – seine Klage **nicht geändert** hätte. § 533 ZPO knüpft in seinem Einleitungssatz an den allgemeinen Begriff der Klageänderung im Sinne von § 263 ZPO an. Danach ist eine objektive Klageänderung gegeben, wenn sich der Streitgegenstand verändert, insbesondere, wenn bei gleichbleibendem oder geändertem Klagegrund ein anderer Klageantrag gestellt wird. Handelt es sich allerdings um eine Antragsänderung, die, wie die Umstellung des Klageantrags auf Leistung an den Abtretungsempfänger, den Bestimmungen des § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO unterfällt, ist sie kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung **nicht als eine Klageänderung anzusehen**. Auf eine solche Modifizierung des Klageantrags sind daher diejenigen Vorschriften, die die Zulässigkeit einer Klageänderung regeln, nicht anzuwenden.⁶⁷ Die Zulässigkeit einer Klageerweiterung soll aber an § 531 Abs. 2 ZPO scheitern können.⁶⁸

- 413 **Lösung** Der Übergang von einem Freistellungs- zu einem Zahlungsanspruch ist keine Klageänderung, sondern eine denselben Anspruch betreffende Erweiterung des Klageantrags.⁶⁹ Solche zuerkannten Anspruch unberührt lassende Anpassungen des Klageantrags an die während des Berufungsverfahrens eingetretenen Änderungen sind nach § 264 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO zulässig, **ohne** dass es einer Anschlussberufung bedarf, wenn der Berufungsbeklagte mit den modifizierten Anträgen nicht mehr erreichen will, als ihm in der Sache mit der erstinstanzlichen Entscheidung zugesprochen worden ist.⁷⁰ So ist es hier in Bezug auf die von V geleisteten Zahlungen auf Zinsen und Gebühren in Höhe von 800,00 EUR. V hat damit nicht mehr verlangt, als ihm erstinstanzlich zugesprochen worden ist, weil der von dem Amtsgericht zuerkannte Freistellungsanspruch die von dem Kläger gezahlten Zinsen und Gebühren einschloss.

B. Begründetheit der Berufung

Fall 135: Verfahrensmangel

K macht gegen B vor dem Amtsgericht einen Schadenersatzanspruch geltend. B war regelmäßig als selbständiger Kurier für K tätig und wird für den Verlust von drei Paketen mit wertvollem Inhalt verantwortlich gemacht. B verteidigt sich in der Klageerwidmung damit, er habe mit K

64 BGH NJW 2015, 1296 Rn. 15; BGH NJW 2015, 1296 Rn. 22.

65 BGH NJW 2008, 1953 Rn. 13.

66 BGH NJW 2008, 1953 Rn. 13.

67 BGH NJW 2015, 2812 Rn. 24; BGH NJW-RR 2006, 390 Rn. 13; vgl. auch BGH NJW 2017, 491 Rn. 18.

68 BGH ZMR 2019, 517 Rn. 16 – was nicht überzeugt: Die klagende Partei hatte insoweit keinen Anlass vorzutragen.

69 Fall nach BGH ZWE 2011, 209.

70 BGH NJW-RR 2006, 669 Rn. 9.

vereinbart, dass zur Abgeltung der gegenseitigen Ansprüche ein möglicher Schadenersatzanspruch mit streitigen Vergütungsansprüchen des B aus dem letzten Jahr verrechnet werden sollte. Man sei sich einig gewesen, dass keine Schadenersatzansprüche mehr bestünden. Dies habe B während einer Kurierfahrt mit seinem Kleintransporter mit K geregelt. F, ein Bekannter des B, der bei dieser Fahrt zufällig dabei gewesen sei, habe die Absprache ohne Kenntnis des K über die Freisprechanlage mitgehört und könne dies bezeugen. Außerdem hätten B und K diese Vereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt im Büro des K im Beisein der damaligen Sekretärin S des K mündlich bestätigt. Deren Name und ladungsfähige Anschrift könne gegebenenfalls nachgereicht werden; insoweit behalte sich B ein Beweisangebot vor. Der zuständige Amtsrichter lädt den F gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO zum frühen ersten Termin und vernimmt ihn nach erfolgloser Güteverhandlung und Überleitung in das streitige Verfahren als Zeugen. F bestätigt den Vortrag des B, und im Rahmen der Erörterung der Beweisaufnahme erklärt B, eine Vernehmung der ehemaligen Sekretärin des K habe sich nach der überzeugenden Aussage des F wohl erübrigt. Das Arbeitsgericht verurteilt den B mit der Begründung, durch das verborgen gebliebene Mithören des Telefonats durch F sei K in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt, was zu einem Verwertungsverbot führe; die in der Sache glaubhafte Aussage des F könne bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigt werden. B sei daher bzgl. seiner Einwendung beweisfällig geblieben. B legt Berufung ein und beantragt die Vernehmung der Sekretärin S als Zeugin unter genauer Angabe ihrer Personalien. Was wird die für die Berufung zuständige Kammer des Landesgericht tun?

Problemstellung

Eine Berufung ist begründet, wenn die Entscheidung auf einer **Rechtsverletzung** beruht⁷¹ – 414 der Regelfall – oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. 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 ZPO geltend gemacht worden ist. Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nach § 531 Abs. 2 ZPO nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen und für unerheblich gehalten worden ist, infolge eines **Verfahrensmangels**⁷² im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer **Nachlässigkeit** der Partei beruht.

Lösung Das Landgericht hat S als Zeugin zu hören. Das entsprechende Vorbringen des B mit Beweisanzug ist gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Zwar hat das Amtsgericht mit Recht ein Verwertungsverbot angenommen. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung schützt das aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht unter anderem das Recht am gesprochenen Wort, das sich auch auf die Reichweite und die Zugänglichkeit der Kommunikation bezieht. Dieses Recht auf Vertraulichkeit gilt unabhängig davon, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder sogar um besonders persönlichkeitsensible Daten handelt. Stellt sich in diesem Sinne die Vernehmung eines Zeugen über ein ohne Einwilligung des Gesprächspartners **mitgehörtes Telefonat als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes** dar, gilt ein **absolutes Verwertungsverbot** dieser Aussage.⁷³ Anhaltspunkte dafür, dass K über das Mithören des F informiert war bzw. zumindest konkludent eingewilligt hat, liegen nicht vor, so dass die erstinstanzliche Entscheidung in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden ist. Grundsätzlich kann die Annahme einer Einwilligung nicht allein auf den Umstand gestützt werden, dass Mithörgeräte, Freisprecheinrichtungen und Ähnliches mittlerweile eine gewisse Verbreitung gefunden haben.⁷⁴

71 Ein Recht ist nach § 546 ZPO verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

72 Ein Verfahrensmangel liegt vor, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges unter Verstoß gegen eine Verfahrensnorm entscheidet und dies für das Urteil ursächlich ist.

73 BGH NJW 2003, 1727.

74 BVerfG NJW 2002, 3619 (3623).

- 416 Allerdings hätte der Amtsrichter gemäß § 139 ZPO zwingend darauf hinweisen müssen, dass er die Aussage des F nicht zu verwerten beabsichtigt, und die mündliche Verhandlung gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO neu eröffnen müssen, als er beim Abfassen der Entscheidung auf die o. g. höchstrichterliche Rechtsprechung stieß (die ihm wohl bei der Terminvorbereitung nicht bekannt war, weil dann eine Ladung und Vernehmung des F ohnehin hätte unterbleiben müssen). Hier durfte B nach Vernehmung des F davon ausgehen, dass er den Prozess gewinnt, so dass sich das Urteil der 1. Instanz für ihn als Überraschungsentscheidung darstellt und unter einem wesentlichen Verfahrensmangel leidet. B hätte prozessordnungsgemäß über das Verwertungsverbot aufgeklärt werden müssen, wobei ihm dann hätte aufgegeben werden müssen, innerhalb einer bestimmten Frist die S, auf die er sich bereits berufen hatte, unter Angabe ihrer genauen Personalien und der ladungsfähigen Anschrift als Zeugin zu benennen. Da das erstinstanzliche Urteil somit unter einem Verfahrensmangel leidet und aus Sicht des B erst in der zweiten Instanz die Benennung der Zeugin S veranlasst ist, ist dieses Verteidigungsvorbringen gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen.
- 417 Das Landgericht hat gemäß § 538 Abs. 1 ZPO selbst die Beweisaufnahme durchzuführen und auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen. § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen. Eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kommt als Ausnahme von der in § 538 Abs. 1 ZPO statuierten Verpflichtung des Berufungsgerichts, die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden, nur in Betracht, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leidet, dass es keine Grundlage für eine Instanz beendende Entscheidung sein kann.⁷⁵ Dieses ist hier ersichtlich nicht der Fall.


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

⁷⁵ BGH NJOZ 2011, 720 Rn. 8; BGH NJW-RR 2010, 1048 Rn. 11.