

Die ZPO in Fällen

Elzer

4. Auflage 2026
ISBN 978-3-8006-7830-3
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.

beschränkt sich die Berufungsbegründung auf eine nichtssagende Beanstandung. Für das Berufungsgericht bleibt danach unklar, aus welchen materiell- oder verfahrensrechtlichen Gründen das Urteil unzutreffend sein soll.

Fall 132: Rüge der Beweiswürdigung

Der Kläger K verlangt vom Beklagten B – seinem Gewerberaummieter – Vorschuss für Reparaturen. Nach § 7 des Mietvertrages obliegt die laufende Instandhaltung einschließlich aller Reparaturen dem B. K behauptet, § 7 habe nach dem Willen der Vertragsparteien auch den bei Vertragsschluss bereits bestehenden Reparaturbedarf umfasst, der in einem zuvor erstellten Sachverständigengutachten festgestellt worden sei. Zum Beweis dafür beruft sich K auf das Zeugnis des S, der bei den Verhandlungen dabei gewesen sei. Das Landesgericht gibt der Klage nach Vernehmung des Zeugen, der die Angaben des K 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 Zeugen S 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.⁶⁰ 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.⁶¹ Das Berufungsgericht ist danach beispielsweise verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will.⁶² Unterlässt es dies, verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.⁶³ 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 (das heißt seine Glaubwürdigkeit) noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage (das heißt deren Glaubhaftigkeit) betreffen.⁶⁴

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

Lösung Die Berufung entspricht nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ZPO und ist unzulässig. Die Vorschrift 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 Feststellung gebieten, enthalten muss. Solche konkreten Anhaltspunkte können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind.

⁶⁰ BT-Drs. 14/6036, 159; s. auch BGH NJW 2005, 1583 (1584); BGH NJW 2003, 3480.

⁶¹ BGH NJW 2012, 3581 Rn. 11.

⁶² BGH NJW 2021, 715 Rn. 7; BGH BKR 2013, 203 Rn. 13.

⁶³ BGH BKR 2013, 203 Rn. 13.

⁶⁴ BGH FD-ZVR 2012, 337112 Rn. 4; BGH NJW-RR 2012, 704 Rn. 7.

Ein 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. 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 in dieser Konstellation ordnungsgemäß begründet worden 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

Der B war für die K als Rechtsanwalt tätig. Auf Anraten des B und zu seinen Gunsten bewilligt K die Eintragung von zwei Buchgrundschulden zu Lasten eines in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks. Zugleich gibt K für die Honorarforderungen des B 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 Honorarforderungen 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 gem. §§ 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 Gericht. K kann daher tatsächlich **einwenden**, dass ihre Unterwerfung von Anfang an zu Unrecht erfolgte.
- 408 Eine Widerklage in der Berufung ist gem. § 533 Nr. 1 ZPO zulässig, wenn der Gegner **einwilligt**⁶⁵ oder das Gericht sie für **sachdienlich** hält. Die Beurteilung der Sachdienlichkeit erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen.⁶⁶

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 anhängigen 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

⁶⁵ 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.

⁶⁶ BGH NJW 2007, 2414 Rn. 10.

die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien entscheidend. **Ausschlaggebend** ist, ob und inwieweit die Zulassung der Widerklage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹

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.⁷⁰ 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 unstreitiges Vorbringen gestützt wird. 409

Lösung Die Widerklage ist zulässig.⁷¹ 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

VII. Klageänderung

Fall 134: Übergang von einem Freistellungs- zu einem Zahlungsanspruch

Wohnungseigentümer beschließen im Jahr 2025, 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 nebst 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 die W verurteilt werde, ihn von dem noch verbliebenen Debetsaldo von 5.800,00 EUR freizustellen und an ihn 800,00 EUR zuzüglich Zinsen zu zahlen. Ist der Zahlungsantrag möglich?

Problemstellung

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** 411

⁶⁷ BGH NJW 2012, 2662 Rn. 20.

⁶⁸ BGH NJW 2011, 2796 Rn. 41.

⁶⁹ BGH NJW 2007, 2414 Rn. 10.

⁷⁰ BGH NJW-RR 2012, 429 Rn. 11; BGH NJW 2011, 2796 Rn. 35.

⁷¹ Fall nach BGH NJW-RR 2012, 429.

(§ 524 Abs. 1 S. 1 ZPO) einlegen.⁷² 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.⁷³

Eine Anschließung ist in der Regel nur bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserweiterung 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.⁷⁴

- 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.⁷⁵ Die Zulässigkeit einer Klageerweiterung soll aber an § 531 Abs. 2 ZPO scheitern können.⁷⁶

- 413 **Lösung** Der Übergang von einem Freistellungs- zu einem Zahlungsanspruch ist keine Klageänderung, sondern eine denselben Klagegrund betreffende **Erweiterung des Klageantrags**.⁷⁷ Solche den 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.⁷⁸ 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

Der K macht gegen den B vor dem Amtsgericht einen Schadensersatzanspruch 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 Klageerweiterung damit, er habe mit K vereinbart, dass zur Abgeltung ein möglicher Schadensersatzanspruch mit streitigen Vergütungsansprüchen des B aus dem letzten Jahr verrechnet werden sollte. Man sei sich einig gewesen, dass keine Schadensersatzansprüche 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 des K mündlich bestätigt. Deren Name und ladungsfähige Anschrift könne gegebenenfalls nachgereicht werden;

⁷² BGH NJW 2015, 1296 Rn. 15; BGH NJW 2015, 1296 Rn. 22.

⁷³ BGH NJW 2008, 1953 Rn. 13.

⁷⁴ BGH NJW 2008, 1953 Rn. 13.

⁷⁵ BGH NJW 2015, 2812 Rn. 24; BGH NJW-RR 2006, 390 Rn. 13; vgl. auch BGH NJW 2017, 491 Rn. 18.

⁷⁶ BGH ZMR 2019, 517 Rn. 16 – was nicht überzeugt: Die klagende Partei hatte keinen Anlass vorzutragen.

⁷⁷ Fall nach BGH ZWE 2011, 209.

⁷⁸ BGH NJW-RR 2006, 669 Rn. 9.

insoweit behalte sich B ein Beweisangebot vor. Der zuständige Amtsrichter lädt den F gem. § 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 Amtsgericht 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 bezüglich seiner Einwendung beweisfällig geblieben. B legt Berufung ein und beantragt die Vernehmung der Sekretärin als Zeugin unter genauer Angabe ihrer Personalien. Was wird die für die Berufung zuständige Kammer des Landgerichts tun?

Problemstellung

Eine Berufung ist begründet, wenn die Entscheidung auf einer **Rechtsverletzung** beruht⁷⁹ – 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 oder für unerheblich gehalten worden ist, infolge eines **Verfahrensmangels**⁸⁰ 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 die Sekretärin als Zeugin zu vernehmen. Das entsprechende Vorbringen des B mit Beweisantritt ist gem. § 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. 415

Stellt sich in diesem Sinne die Vernehmung eines Zeugen über ein ohne Einwilligung des Gesprächspartners **mitgehörtes Telefonat als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes** dar, gilt grundsätzlich ein **absolutes Verwertungsverbot** dieser Aussage.⁸¹ Nur im Falle einer notwehrähnlichen Situation überwiegt das Interesse an einer funktionsfähigen Zivilrechtspflege und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners tritt zurück, so dass die Vernehmung des Zeugen möglich ist.⁸² Anhaltspunkte dafür, dass K über das Mithören des F informiert war bzw. zumindest konkludent eingewilligt hat, liegen nicht vor. Auch eine notwehrähnliche Situation des B ist nicht gegeben, 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.⁸³

Allerdings hätte der Amtsrichter gem. § 139 ZPO zwingend darauf hinweisen müssen, dass er 416 die Aussage des F nicht zu verwerten beabsichtigt, und die mündliche Verhandlung gem. § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO neu eröffnen müssen, als er beim Abfassen der Entscheidung auf die 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

⁷⁹ Ein Recht ist nach § 546 ZPO verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

⁸⁰ Ein Verfahrensmangel liegt vor, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges unter Verstoß gegen eine Verfahrensnorm entscheidet und dies für das Ur. ursächlich ist.

⁸¹ BGH NJW-RR 2010, 1289.

⁸² BGH NJW-RR 2010, 1289 Rn 28.

⁸³ BVerfG NJW 2002, 3619 (3623).

- 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 Sekretärin des K, 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 Sekretärin als Zeugin veranlasst ist, ist dieses Verteidigungsvorbringen gem. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen.
- 417 Das Landgericht hat gem. § 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 aus § 538 Abs. 1 ZPO folgenden 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.⁸⁴ Dieses ist hier ersichtlich nicht der Fall.


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

⁸⁴ BGH NJOZ 2011, 720 Rn. 8; BGH NJW-RR 2010, 1048 Rn. 11.

Kapitel 4: Sofortige Beschwerde

Fall 136: Erlass einer einstweiligen Verfügung

A stellt beim Amtsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. B soll es unterlassen, in einem Zivilrechtstreit bestimmte Äußerungen zu wiederholen. Das Amtsgericht weist den Antrag ohne mündliche Verhandlung (§ 937 Abs. 2 Fall 2 ZPO) zurück. A fragt sich, welches Rechtsmittel gegeben und wie es zu erheben ist.

Problemstellung

Die Entscheidung über das Gesuch, eine einstweilige Verfügung anzuordnen, ergeht nach §§ 936, 922 Abs. 1 ZPO im Falle einer mündlichen Verhandlung durch Endurteil, andernfalls, wie im Fall, durch **Beschluss**. Fasst das Gericht diesen Beschluss, steht dem Antragsteller die **sofortige Beschwerde** offen. Denn die sofortige Beschwerde findet nach § 567 Abs. 1 ZPO statt gegen **sämtliche** im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte, wenn dies im Gesetz **ausdrücklich bestimmt** ist oder es sich um solche **eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist**. Gegen Entscheidungen über Kosten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 300,00 EUR übersteigt (§ 567 Abs. 2 ZPO).¹ Der Beschwerdegegner kann sich der Beschwerde nach § 567 Abs. 3 ZPO anschließen, selbst wenn er auf die Beschwerde verzichtet hat oder die Beschwerdefrist verstrichen ist. 418

Die sofortige Beschwerde ist, soweit keine andere Frist bestimmt ist, nach § 569 Abs. 1 ZPO binnen einer **Notfrist von zwei Wochen** bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die Notfrist beginnt, soweit nichts anderes bestimmt ist, mit der Zustellung der Entscheidung, spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses. Die Beschwerde wird durch **Einreichung einer Beschwerdeschrift** eingelegt. Die Beschwerdeschrift muss die Bezeichnung der **angefochtenen Entscheidung** sowie die Erklärung enthalten, dass **Beschwerde** gegen diese Entscheidung eingelegt werde. 419

Die Beschwerde kann nach § 569 Abs. 3 ZPO auch durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, wenn der Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess zu führen ist oder war, die Beschwerde die Prozesskostenhilfe betrifft oder sie von einem Zeugen, Sachverständigen oder Dritten im Sinne der §§ 142, 144 ZPO erhoben wird. Im Beschwerdeverfahren über eine nicht erlassene Anordnung nach §§ 935, 940 ZPO besteht nach heute herrschender Meinung trotz § 569 Abs. 3 ZPO allerdings **Anwaltszwang**.² 420

Die Beschwerde soll nach § 571 Abs. 1 ZPO begründet werden, dies kann aber auch unterbleiben. Sie darf gem. § 571 Abs. 2 S. 1 ZPO auf **neue Angriffs- und Verteidigungsmittel** gestützt werden. Die Beschwerdeinstanz ist mithin eine **vollwertige zweite Tatsacheninstanz**. Legt der Antragsteller in einem Verfügungsverfahren gegen einen zurückweisenden Beschluss sofortige Beschwerde ein, ohne diese entgegen seiner Ankündigung zu begründen, ist im Rahmen der erforderlichen Gesamtschau der maßgeblichen Umstände der Verfügungsgrund **regelmäßig zu verneinen**, weil der Antragsteller dadurch zu erkennen gibt, dass es ihm mit der Durchsetzung seiner Ansprüche nicht eilig ist.³ 421

Über die Frage, ob die Beschwerde begründet ist, muss zunächst das **Ausgangsgericht** entscheiden (§ 572 Abs. 1 Hs. 1 ZPO), wenn die Beschwerde statthaft und auch im Übrigen 422

¹ Dieser Wert dürfte hier überschritten sein. Das wäre aber näher anhand des Gebührenstreitwertes zu prüfen.

² OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2025, 829 Rn. 2 ff.; BeckOK ZPO/Elzer § 922 Rn. 126; aA Zöller/Vollkommer § 922 Rn. 19.

³ OLG Nürnberg MDR 2023, 722.

zulässig ist.⁴ Die Prüfung dient der **Entlastung des Beschwerdegerichts**, ist jedoch keine Verfahrensvoraussetzung des Beschwerdeverfahrens, so dass das Beschwerdegericht zu einer eigenen Sachentscheidung ohne Abhilfeentscheidung befugt ist.⁵ Das Ausgangsgericht muss prüfen, ob der Antrag sich jetzt, gegebenenfalls mit neuen Angriffsmitteln, als zulässig und begründet erweist. Verneint es die Frage **ganz oder teilweise**, ist die Beschwerde **unverzüglich** dem Beschwerdegericht vorzulegen. Beispiel: »Der sofortigen Beschwerde des Klägers vom ... gegen den Beschluss vom ..., ... (Aktenzeichen ...), wird nicht abgeholfen. Die Beschwerde wird zur Entscheidung über Beschwerde vorgelegt«.

423 Das Beschwerdegericht hat anschließend gem. § 572 Abs. 2 S. 1 ZPO von Amts wegen zu prüfen, ob die Beschwerde **an sich statthaft** (§ 567 ZPO) und ob sie in der **gesetzlichen Form und Frist** eingelegt ist (§ 569 ZPO). Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde nach § 572 Abs. 2 S. 2 ZPO als **unzulässig** zu verwerfen. Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde als statthaft, zulässig und begründet, hat es ihr **ganz oder teilweise** stattzugeben. Das Beschwerdegericht kann aber auch dem Gericht oder Vorsitzenden, von dem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen (§ 572 Abs. 3 ZPO).

424 **Lösung A** kann durch einen Rechtsanwalt **binnen einer Notfrist von zwei Wochen** beim Amts- oder Landgericht sofortige Beschwerde durch **Einreichung einer Beschwerdeschrift** einlegen. Diese Beschwerde hätte voraussichtlich aber **keine Aussicht auf Erfolg**. Denn einem Antrag auf Unterlassung oder Beseitigung von Äußerungen, die der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem zivilgerichtlichen Verfahren dienen, fehlt regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis und er ist **unzulässig**. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass auf den Ablauf eines rechtsstaatlich geregelten Verfahrens nicht dadurch Einfluss genommen werden und seinem Ergebnis nicht dadurch vorgegriffen werden soll, dass ein an diesem Verfahren Beteiligter durch Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche in seiner Äußerungsfreiheit eingeengt wird. Vielmehr müssen die Parteien in einem Gerichtsverfahren grundsätzlich alles vortragen dürfen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich halten. Ob das Vorbringen wahr und erheblich ist, soll allein in dem seiner eigenen Ordnung unterliegenden Ausgangsverfahren geklärt werden.⁶ Ein Antrag kann aber zulässig sein, wenn ein Bezug der beanstandeten Äußerungen zum Ausgangsrechtsstreit nicht erkennbar ist, wenn – im Fall von wertenden Äußerungen – eine unzulässige Schmäherung vorliegt oder wenn – im Fall einer Tatsachenbehauptung – die Äußerung auf der Hand liegend falsch ist.

⁴ S. auch BGH NJW 2021, 553 Rn. 11 ff.

⁵ BGH NJW-RR 2017, 707 Rn. 13.

⁶ BGH GRUR 2025, 493 Rn. 13 ff.; BeckOK ZPO/Elzer § 920 Rn. 12a.