

## Aktuelle Rechtsprechung zum neuen Berufungsrecht (Teil 2)



RA  
Hartmut Braunschneider,  
Overath

*Im ersten Teil des Beitrags wurde die aktuelle Rechtsprechung zur Zuständigkeit (insbesondere im Hinblick auf § 119 GVG), zu den Fristen (insbesondere im Hinblick auf PKH-Konstellationen) und zur Wiedereinsetzung dargestellt. Hier knüpft der vorliegende Teil an. Er behandelt des Weiteren Fragen der Einlegungsform und des Begründungsinhaltes. In einem späteren Teil werden dann Prüfungsumfang und Präklusionsfragen dargestellt werden. – Der Beitrag ist derzeit auf dem Stand der Veröffentlichungen (nicht: Verkündungen) bis zur 50. KW 2004.*

### II. Fristen

#### 4. Wiedereinsetzung (unabhängig von PKH)

##### d) Versäumte Begründungsfrist

Wird die Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist auf die **Unkenntnis vom wahren Zeitpunkt der Berufungseinlegung** gestützt, so muss zur Wahrung der zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist des § 234 Abs. 1 ZPO<sup>1</sup> dargelegt werden, warum nicht bereits vor Zugang der gerichtlichen Mitteilung über den Zeitpunkt der Berufungseinlegung der wahre Zeitpunkt hätte erkannt werden können.<sup>2</sup> (Es handelte sich um einen Fall des § 111 Abs. 2 S. 2 PatG, nach dem die Berufung in einer Frist von einem Monat zu begründen ist, die mit der Einlegung der Berufung beginnt.)

Eine Versäumung der Berufungsbegründungsfrist, weil ein Prozessbevollmächtigter erst am Tage ihres Ablaufs das **Fehlen einer** an das Berufungsgericht „mit der Bitte

um Rückgabe“ übersandten **Abschrift des angefochtenen Urteils** bemerkt hat und deshalb keine Begründung anfertigen kann, ist regelmäßig nicht unverschuldet i. S. v. § 233 ZPO.<sup>3</sup>

Bei einem auf **Erkrankung des Prozessbevollmächtigten** gestützten Wiedereinsetzungsantrag muss das Gericht eine anwaltliche Versicherung nicht ungeprüft hinnehmen, sondern hat sie daraufhin zu prüfen und zu würdigen, ob ihr Inhalt in Anbetracht der sonstigen Umstände des Einzelfalls überwiegend wahrscheinlich ist. Unklarheiten gehen zu Lasten des Klägers, weil er gem. § 236 Abs. 2 S. 1 ZPO das Fehlen eines (ihm zuzurechnenden) Verschuldens seines Anwalts an der Fristversäumung darzulegen und glaubhaft zu machen hat. Bleibt die Möglichkeit einer verschuldeten Fristversäumung offen, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden.<sup>4</sup>

Ein Rechtsanwalt, der das Mandat nur **vier Tage vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist** erhält, beachtet die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht, wenn er die Akten, ohne die sofortige Rückgabe anzuordnen, noch in den Geschäftsgang gibt, obwohl zu diesem Zeitpunkt die in seinem Büro praktizierte einwöchige Vorfrist bereits abgelaufen ist.<sup>5</sup>

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist kann aber auch dann gewährt werden, wenn nur eine **erkennbar unvollständige Berufungsbegründung** vorliegt und eine ergänzende Begründung beabsichtigt ist. **Stürzt eine Textdatei**, die die Berufungsbegründung enthält, knapp eine Stunde vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist unverschuldet **ab**, rechtfertigt dies eine Wiedereinsetzung.<sup>6</sup>

Wiedereinsetzung bei **Versäumung der absoluten Begründungsfrist** des § 517 Hs. 2 ZPO gibt es jedenfalls dann nicht, wenn dem Prozessbevollmächtigten der Verkündungstermin bekannt war, wenn weiter die Entscheidung 10 Tage vor Ablauf der absoluten Berufungsfrist zugestellt wurde und wenn sich aus ihr zuletzt das Verkündungsdatum ersehen ließ.<sup>7</sup>

### III. Einlegungsform: in einem Schriftsatz gemäß § 519 Abs. 1 ZPO

Man sollte an sich meinen, dass die Einreichung einer Berufungsschrift keine besonderen Anforderungen stellt.

<sup>1</sup> Seit den zum 1.9.2004 wirksamen Änderungen durch das JuMoG gelten differenziertere Fristen, vgl. § 234 Abs. 1 S. 1 und S. 2 ZPO.

<sup>2</sup> BGH v. 16.9.2003 – X ZR 37/03, BGHReport 2004, 57 = MDR 2004, 349 = ProZRB 2004, 96 (Kramer).

<sup>3</sup> BGH v. 17.5.2004 – II ZB 14/03, BGHReport 2004, 1381 = MDR 2004, 1195.

<sup>4</sup> BGH v. 17.5.2004 – II ZB 14/03, BGHReport 2004, 1381 = MDR 2004, 1195.

<sup>5</sup> LAG Köln v. 25.10.2002 – 11 Sa 534/02, NZA-RR 2003, 493.

<sup>6</sup> OLG Celle v. 30.6.2003 – 14 U 49/03, OLGReport Celle 2003, 353 = CR 2004, 18.

<sup>7</sup> OLG Stuttgart v. 7.5.2003 – 16 UF 22/03, OLGReport Stuttgart 2003, 363 = MDR 2003, 1312.

Zwingende Bestandteile des § 519 Abs. 2 ZPO sind ja nur die **Benennung** des angefochtenen Urteils und die **Erklärung**, dass Berufung eingelegt wird. Nimmt man dann noch § 519 Abs. 3 ZPO hinzu, wonach mit der Berufungsschrift eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden soll, kann eigentlich nicht mehr viel schief gehen. In der Praxis sieht das aber anders aus.

### 1. Was wird angefochten?

Soweit es die **Identifizierung des Anfechtungsgegenstandes** angeht, macht der BGH es dem Berufungsführer trotzdem leicht. In der Berufungsschrift müsse das angefochtene Urteil mindestens hinsichtlich des Gerichts und des Aktenzeichens richtig bezeichnet werden.<sup>8</sup>

### 2. Wer ist Berufungsführer?

Problematisch ist aber offenkundig häufig, **für wen** der Anwalt eigentlich in die Berufung gehen will, wer also Berufungsführer sein soll.

- Der fünfte Zivilsenat verwarf eine Rechtsbeschwerde als unzulässig. In einem Berufungseinlegungsschriftsatz waren lediglich die Nachnamen der Parteien **ohne Parteibezeichnungen** und ohne Beifügung des angefochtenen Urteils sowie die Erklärung enthalten, für die Klägerin Berufung einzulegen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Berufung unzulässig sei, weil es an einer ordnungsgemäßen Bezeichnung des Berufungsführers in der Berufungsschrift fehle, sei in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geklärt. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts sei auch nicht im Hinblick auf die durch das Grundgesetz gewährleisteten Verfassungsgarantien zur Fortbildung des Rechts erforderlich. Namentlich sei nicht zu beanstanden, dass eine Konkretisierung bis zum Ablauf der Einlegungsfrist verlangt werde.<sup>9</sup>
- Wird in der Berufungsschrift eine Partei **fälschlich** als Klägerin und Berufungsführerin **bezeichnet**, so ist nach einer Entscheidung des sechsten Zivilsenates<sup>10</sup> bei den gebotenen strengen Anforderungen an eine eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers regelmäßig davon auszugehen, dass die so bezeichnete Partei der Rechtsmittelführer ist, **wenn sich nicht** aus anderen Umständen **Gegenteiliges** mit der erforderlichen Klarheit ergibt.
- Der sechste Senat stellt andererseits aber auch klar, dass **trotz unrichtiger Parteibezeichnung** die Berufung nicht als unzulässig verworfen werden dürfe, **wenn** bei dem Berufungsgericht **keine vernünftigen Zweifel** über die Person des Rechtsmittelklägers aufkommen könnten.<sup>11</sup>
- Das OLG Brandenburg entschied, dass die Berufung unzulässig sei, wenn die Person des Berufungsklägers bis Ablauf der Berufungsfrist nicht zweifelsfrei feststehe. Habe für die erstinstanzlich unterlegene Partei zunächst ein Rechtsanwalt, dessen fehlende Postulationsfähigkeit nicht erkennbar sei, eine Berufung eingelegt, so könne für eine sodann von einem anderen

Rechtsanwalt eingelegte weitere Berufung nicht ohne weiteres angenommen werden, dass jene für dieselbe Partei erfolgen solle.<sup>12</sup>

### 3. Vertretungsmacht trotz Kollision

Namentlich in **überörtlichen Sozietäten** gibt es – besonders bei Wechsel im Mitgliederbestand – Probleme, nachzuhalten, ob der bei einem einzelnen Sozietätsmitglied um Vertretung Anfragende nicht in einem früheren Verfahrensstand auf der Gegenseite war. Nötig wäre ein gemeinsamer, über alle Mitglieder gehender Informationspool zur **Kollisionsprüfung**.

Legt dann ein zuvor (über die Sozietätszurechnung) für die Gegenseite tätiger Rechtsanwalt aufgrund einer ihm erteilten Prozessvollmacht Berufung ein, so ist zwar der dieser Vollmacht zugrunde liegende Anwaltsvertrag nichtig. Die Vollmacht bleibt davon aber unberührt, und die Berufung ist wirksam eingelegt.<sup>13</sup>

### IV. Begründungsinhalt – zwingend

Die zwingenden Bestandteile der Berufungsbegründung sind in § 520 Abs. 3 ZPO enthalten. Fakultatives findet sich in § 520 Abs. 4 ZPO.

#### 1. Bestimmter Antrag, § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1

Die Berufungsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten. Dieser muss erkennen lassen, welchen Teil der für ihn nachteiligen Entscheidung des Ausgangsgerichtes (Beschwer) der Berufungsführer angreift (Beschwerdegegenstand). Ohne Beschwer kann es demnach keinen Beschwerdegegenstand geben.

Die möglichen Berufungsziele des Mandanten und die daraus resultierenden Anträge müssen mit den Anträgen und dem Vortrag in erster Instanz abgestimmt sein, ggf. müssen besondere Erwägungen zu § 533 ZPO gemacht werden. Die anwaltliche Beratung über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels muss stets Chancen und Risiken des Rechtsmittels umfassen und abwägen und auch die Kostenrisiken berücksichtigen. All dies ist dem Mandanten darzustellen, damit dieser eine vernünftige Entscheidung treffen kann, ob er die Risiken eingehen will.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> BGH v. 24.4.2003 – III ZB 94/02, BGHReport 2003, 825 = MDR 2003, 948 = ProZRB 2003, 269 (Kieserling).

<sup>9</sup> BGH v. 19.9.2002 – V ZB 31/02, BGHReport 2002, 1112 = MDR 2003, 46.

<sup>10</sup> BGH v. 13.1.2004 – VI ZB 53/03, BGHReport 2004, 619 = MDR 2004, 703.

<sup>11</sup> BGH v. 20.1.2004 – VI ZB 68/03, BGHReport 2004, 686 = MDR 2004, 643.

<sup>12</sup> OLG Brandenburg v. 27.4.2004 – 7 U 250/03.

<sup>13</sup> OLG Brandenburg v. 28.1.2003 – 2 U 14/02, OLGReport Brandenburg 2003, 482 = MDR 2003, 1024 = ProZRB 2003, 358 (Teubel).

<sup>14</sup> OLG Schleswig v. 30.6.2004 – 11 U 47/03, ProZRB 2005, 1 (Braunschneider).

**a) Umfang der Anfechtung (Beschwerdegegenstand)**

Problematisch sind oft die Anträge im Zusammenhang mit einer Schmerzensgeldklage.

**aa) Keine Beschwer**

Hat der Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld unter Angabe einer Betragsvorstellung verlangt<sup>15</sup> und hat das Gericht ihm ein Schmerzensgeld in eben dieser Höhe zuerkannt, so ist er durch dieses Urteil nicht beschwert und kann es nicht mit dem alleinigen Ziel eines höheren Schmerzensgeldes anfechten.<sup>16</sup>

**bb) Klageerhöhung in der Berufung**

Für den Berufungsführer, der mit der nötigen Beschwer weniger bekommt, als er erstinstanzlich an Schmerzensgeld mindestens verlangt hat, könnte die **mit der Berufung (auch<sup>17</sup>) vorgenommene Erhöhung** der erstinstanzlichen Forderung zu einem **Verjährungsproblem** führen. Der BGH hilft hier weiter: Hat der Geschädigte in erster Instanz ohne Angabe einer Obergrenze im Rahmen seines unbezifferten Leistungsantrags ein Schmerzensgeld in einer bestimmten Größenordnung begehrt und erhöht er seine Angaben zur Größenordnung des Schmerzensgeldes im Berufungsrechtszug, soll der die ursprüngliche Größenordnung übersteigende Betrag nicht verjährt sein, weil dies **keine Änderung des Streitgegenstandes** darstelle.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> „Einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag, wenigstens aber 4000 DM...“

<sup>16</sup> BGH v. 30.3.2004 – VI ZR 25/03, BGHReport 2004, 1054 = GesR 2004, 323 = MDR 2004, 1077 = ProZR 2004, 212 (Kieserling).

<sup>17</sup> Wenn der Berufungsführer in erster Instanz alles bekommen hätte, was er dort verlangt hatte, wäre die Berufung jedenfalls mangels Beschwer unzulässig, vgl. die vorstehende Entscheidung.

<sup>18</sup> BGH v. 10.10.2002 – III ZR 205/01, BGHReport 2003, 64 = MDR 2003, 26 = ProZR 2003, 116 (Bürgermeister).

<sup>19</sup> Dazu ausführlich: Braunschneider, ProZR 2004, 166ff. und 199ff.

<sup>20</sup> OLG Celle v. 13.6.2002 – 11 U 281/01, OLGReport Celle 2002, 290 = ProZR 2003, 38 (Kramer).

<sup>21</sup> BGH v. 25.11.1993 – IX ZR 51/93, MDR 1994, 1145 = NJW 1994, 944 (945).

<sup>22</sup> BGH v. 9.10.2003 – VII ZR 81/02, BGHReport 2004, 188 = MDR 2004, 225 = ProZR 2004, 37 (Kramer).

<sup>23</sup> OLG Brandenburg v. 5.3.2002 – 6 U 175/01, OLGReport Brandenburg 2002, 448 = MDR 2002, 1087 = ProZR 2003, 12 (Reichling).

<sup>24</sup> BGH v. 15.3.2002 – V ZR 39/01, BGHReport 2002, 850 = MDR 2002, 1085 = ProZR 2002, 10 (Bürgermeister).

<sup>25</sup> BGH v. 18.12.2003 – VII ZR 124/02, BGHReport 2004, 620 = MDR 2004, 587 = ProZR 2004, 125 (Moehren); v. 9.10.2003 – VII ZR 335/02, BGHReport 2004, 186 = MDR 2004, 148 = ProZR 2004, 64 (Deichfuß).

<sup>26</sup> BGH v. 20.9.2004 – II ZR 264/02.

**cc) Erweiterung des Beschwerdegegenstandes im Rahmen der Beschwer**

Taktische Gründe kann es geben, Anträge in ihrem Umfang zu erweitern oder einzuschränken.<sup>19</sup> Dabei ist aber Vorsicht geboten.

Greift die erstinstanzlich unterlegene Partei ihre Verurteilung zunächst nur teilweise an, so kann sie nach einer Entscheidung des OLG Celle nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist ihre Berufung in zulässiger Weise nicht mehr auf den zunächst nicht angegriffenen Teil der Verurteilung erstrecken, wenn es sich hierbei um einen abtrennbaren **Teil des Streitgegenstandes** handelt.<sup>20</sup>

**b) Ziel der Anfechtung (Abänderung)**

Die Berufungsinstanz dient in erster Linie der Fehlerkontrolle und -korrektur. Die Berufung muss deshalb **mindestens auch** das Ziel verfolgen, die erstinstanzliche Beschwer (ganz oder teilweise) zu beseitigen.<sup>21</sup> Dass sie daneben zusätzlich dem Ziel dienen kann, prozesswirtschaftlich sinnvoll eigentlich Berufungsfremdes zu integrieren, ändert daran nichts. (Die ZPO-Reform hat dieses prozesswirtschaftlich Sinnvolle allerdings auf das beschränkt, was jedenfalls tatsächlich schon in erster Instanz festgestellt wurde.)

**aa) Völlig neue Ziele**

Der 7. Zivilsenat des BGH entschied, dass die Berufung gegen ein Prozessurteil, mit welchem die Zahlungsklage einer Partei, die über eine vollstreckbare Urkunde verfügte, abgewiesen wurde, unzulässig sei, wenn mit dieser Berufung **allein ein Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel** nach § 731 ZPO verfolgt werde.<sup>22</sup>

Eine Berufung mit welcher der in erster Instanz erhobene Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiter verfolgt, sondern lediglich im Wege der Klageänderung **ein neuer, bislang nicht geltend gemachter Anspruch** zur Entscheidung gestellt wird, ist auch nach Auffassung des OLG Brandenburg unzulässig. Dies gelte auch dann, wenn die Berufung allein mit dem Ziel eingelegt werde, eine subjektive Klageänderung vorzunehmen.<sup>23</sup>

Entscheidender Zeitpunkt ist dabei der **Schluss der mündlichen Verhandlung** vor dem Berufungsgericht. Dient das mit der Berufung verfolgte Begehren dann nicht mehr (auch) der Beseitigung der in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwer, ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.<sup>24</sup>

**bb) Neue Schlussrechnungen**

Der Streitgegenstand einer Werklohnklage ändert sich aber nicht dadurch, dass eine neue Schlussrechnung vorgelegt wird.<sup>25</sup> Es geht deshalb weiter um das erstinstanzlich verfolgte Begehren.

**c) Hilfsanträge des Klägers in erster Instanz**

Ein wegen Zuerkennung des Hauptantrags nicht beschiedener Hilfsantrag des Klägers wird allein durch die Rechtsmitteleinlegung des Beklagten Gegenstand des Berufungsverfahrens.<sup>26</sup>

#### d) Teilangriffe und Teilrechtskraft

Greift die Beklagte ein Urteil, das in falscher Besetzung ergangen ist, mit der Berufung nur teilweise an, so verfällt nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe der nicht angegriffene Teil des landgerichtlichen Urteils nicht der Aufhebung, wenn er selbstständig beurteilbar sei. Eine Aufhebung des Urteils auch insoweit würde gegen § 528 ZPO verstoßen und die obsiegende Klägerin ohne Not der Gefahr von Nachteilen in der Vollstreckung aussetzen, obwohl die Beklagte diesen Teil des Urteils akzeptiert habe (Abweichung von BGH, Urt. v. 19.10.1988 – IVb ZR 10/88, NJW 1989, 229 [230]).<sup>27</sup>

Das OLG Oldenburg entschied in die gleiche Richtung: Das neue Berufungsrecht erfordere eine Modifizierung der bisherigen Rechtsprechung zur Hemmung des Eintritts der Rechtskraft bei Teilanfechtung eines Urteils. Der Teil des Urteils, der mit der Berufung nicht angegriffen werde, auf den der Berufungskläger (etwa mangels Beschwer) die Berufung nicht (mehr) erweitern könne und der nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist auch vom Berufungsbeklagten nicht mehr angegriffen werden könne, erwachse in Teilrechtskraft.<sup>28</sup>

Bei der letztgenannten Entscheidung spielt eine wesentliche Rolle, dass das neue Berufungsrecht auch die Fristen für eine Anschlussberufung geändert hat (jüngst allerdings wieder neu und verlängert durch das JuMoG) und dass die Einwilligungsregeln für die Berufungsrücknahmen modifiziert wurden.<sup>29</sup>

#### 2. Bezeichnung mindestens eines Grundes nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 3 oder 4

Für die **Zulässigkeit der Berufung** genügt es, wenn einer der drei Fälle von Nr. 2 bis Nr. 4 als einschlägig **bezeichnet** wird – solange dies nur das gesamte Urteil im angefochtenen Umfang in Frage stellt (es schadet aber natürlich auch nicht, wenn man mehrere Fälle findet). Ob sich das als einschlägig Bezeichnete bei späterer **Begründetheitsprüfung** auch tatsächlich als einschlägig erweist, ist dabei nicht von Bedeutung.

Soweit ein (1) Grund in zulässiger Weise bezeichnet wurde, ist das Berufungsgericht im Übrigen in den von § 529 Abs. 2 gezogenen Grenzen frei, im Rahmen der Begründetheitsprüfung auch Weiteres zu prüfen.

#### a) Allgemein

Wie auch schon zum alten Recht (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F.) gilt:

Formulärmäßige Sätze und allgemeine Redewendungen genügen nicht. Die Berufung muss auf den zur Entscheidung stehenden Streitfall zugeschnitten sein und erkennen lassen, aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das angefochtene Urteil unrichtig ist.<sup>30</sup>

Weder die Schlüssigkeit noch auch nur die Vertretbarkeit der Begründung sind Zulässigkeitsvoraussetzungen.<sup>31</sup> Dass die Ausführungen in der sonst formell ordnungsgemäßen Berufungsbegründung tatsächlich oder rechtlich neben der Sache liegen, macht die Berufung nicht unzulässig.

Wird in der Berufungsbegründung gerügt, das erstinstanzliche Gericht habe Parteivorbringen übergangen, so ist eine genaue Bezeichnung unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Vorinstanz nicht erforderlich.<sup>32</sup>

Hat der Berufungskläger seinen Sachvortrag in der Berufungsinstanz nicht beschränkt, so sind Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in den Tatbestand des angefochtenen Urteils eingegangen sind, durch die auch stillschweigend mögliche Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil vorgetragen; ihre **ausdrückliche Wiederholung ist entbehrlich**.<sup>33</sup>

#### b) Rechtsfehler (Nr. 2)

Bezeichnet werden müssen die Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Der Verweis in § 513 Abs. 1 auf § 546 ZPO klärt, dass Recht verletzt ist, wenn eine Norm entweder gar nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Zu § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO stellte der VIII. Zivilsenat<sup>34</sup> fest, dass der Berufungskläger diejenigen **Punkte rechtlicher Art** darzulegen habe, die er als unzutreffend ansehe, und dazu die **Gründe** anzugeben habe, aus denen er die **Fehlerhaftigkeit** jener Punkte und deren **Erheblichkeit** für die angefochtene Entscheidung herleitet. Dieses Anfordernis begründe sich daraus, dass die Berufungsbegründung erkennen lassen solle, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig halte.

Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit sei somit **lediglich die Mitteilung der Umstände** erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsklägers in Frage stellten.

Besondere formale Anforderungen würden nicht gestellt. Es werde weitgehend an den bisherigen Rechtszustand angeknüpft, wobei die Anforderungen an die Darlegung der Rechtsverletzung und ihrer Entscheidungserheblichkeit nach der Vorstellung des Gesetzgebers (BT-Drucks. 14/4722, S. 95) sogar noch etwas herabgesetzt worden seien.

<sup>27</sup> OLG Karlsruhe v. 7.4.2004 – 7 U 26/03.

<sup>28</sup> OLG Oldenburg v. 22.6.2004 – 1 U 3/04, OLGReport Oldenburg 2004, 543 = MDR 2004, 1199.

<sup>29</sup> Dazu Braunschneider, ProZRB 2005, 19.

<sup>30</sup> BGH v. 28.5.2003 – XII ZB 165/02, BGHReport 2003, 968 = MDR 2003, 1192.

<sup>31</sup> BGH v. 21.5.2003 – VIII ZB 133/02, BGHReport 2003, 971 = MDR 2003, 1130; v. 28.5.2003 – XII ZB 165/02, BGHReport 2003, 968 = MDR 2003, 1192; v. 26.6.2003 – III ZB 71/02, BGHReport 2003, 1031 = MDR 2003, 1246.

<sup>32</sup> BGH v. 12.3.2004 – V ZR 257/03, BGHReport 2004, 833 = MDR 2004, 954 = ProZRB 2004, 212 [Braunschneider].

<sup>33</sup> BGH v. 25.11.2003 – X ZR 159/00, BGHReport 2004, 693 = MDR 2004, 829.

<sup>34</sup> BGH v. 21.5.2003 – VIII ZB 133/02, BGHReport 2003, 971 = MDR 2003, 1130.

Der III. Zivilsenat<sup>35</sup> führt kurz danach zur selben Vorschrift aus, dass § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO nur wenig hinter den heutigen Voraussetzungen einer Revisionsbegründung nach § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a ZPO zurückbleibe, die dem Revisionskläger zusätzlich lediglich die „bestimmte“ Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt, abverlangte. Wie dort sei deshalb – insoweit in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht – die **auf den Streitfall zugeschnittene Darlegung** notwendig, in welchen Punkten und aus welchen materiellrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig halte

Eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung setze **nicht** voraus, dass die inhaltlich als verletzt gerügten **Normen konkret benannt** seien oder dass die rechtlichen Angriffe eindeutig von der – nicht notwendigen, aber auch nicht schädlichen – Wiederholung des Sachverhalts abgesetzt würden.

Der XII. Zivilsenat<sup>36</sup> stellt unter Hinweis auf die nach altem Recht geltenden Mindestanforderungen noch fest: Wurden nur Rechtsausführungen angegriffen, dann musste die eigene Rechtsansicht dargelegt werden. Es reichte nicht aus, die Auffassung des Erstrichters als **falsch** oder die Anwendung einer bestimmten Vorschrift als **irrig** zu rügen. Auch wenn der XII. Zivilsenat dazu nichts ausdrücklich sagt, dürfte sich daran nichts geändert haben.<sup>37</sup>

### c) Alte-Tatsachen-Fehler (Nr. 3)

Nr. 3 kümmert sich um Tatsachen, die – angeblich oder wirklich – bereits in der ersten Instanz Gegenstand des Verfahrens waren. Insoweit werden sie hier als alte Tatsachen benannt. Demgegenüber geht es bei § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 ZPO um neue Tatsachen.

Bezeichnet werden müssen nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ZPO die konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel begründen an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachen-

<sup>35</sup> BGH v. 26.6.2003 – III ZB 71/02, BGHReport 2003, 1031 = MDR 2003, 1246.

<sup>36</sup> BGH v. 28.5.2003 – XII ZB 165/02, BGHReport 2003, 968 = MDR 2003, 1192.

<sup>37</sup> Er spricht nur davon, dass die Anforderungen **nicht gestiegen** sind. Ob es Auswirkungen der Formulierung in der Gesetzesbegründung („sogar noch etwas **herabgesetzt**“) gibt, ist nicht erkennbar.

<sup>38</sup> Anders natürlich, wenn es gar keine mündliche Verhandlung gibt, namentlich in den Fällen der Säumnis nach § 276 Abs. 1 und 2 ZPO mit der Folge des § 331 Abs. 3 ZPO.

<sup>39</sup> BGH v. 2.2.1999 – VI ZR 25/98, BGHZ 140, 335 (339) = MDR 1999, 545.

<sup>40</sup> BGH v. 25.5.1984 – V ZR 199/82, MDR 1984, 924 = NJW 1984, 2463; v. 27.5.1981 – IVa ZR 55/80, MDR 1981, 828 = NJW 1981, 1848; v. 3.11.1982 – IVa ZR 39/81, MDR 1983, 384 = NJW 1983, 885 (886); v. 16.5.1990 – IV ZR 64/89, MDR 1991, 36.

<sup>41</sup> BGH v. 12.3.2004 – V ZR 257/03, BGHReport 2004, 833 = MDR 2004, 954 = ProZR 2004, 244 (Braunschneider).

feststellungen im angefochtenen Urteil und die deshalb eine erneute Feststellung gebieten.

Das funktioniert demnach nur, wenn das angefochtene Urteil überhaupt irgendwelche Tatsachenfeststellungen enthält. Wo diese getroffen wurden, ist dabei nicht so wichtig. Es kann sich um den Tatbestand handeln oder um die Entscheidungsgründe.

### aa) Auch Parteivorbringen kann festgestellte Tatsache sein

Mit den festgestellten Tatsachen i. S. v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO sind nicht nur (wie in § 559 Abs. 2 ZPO) die vom Ausgangsgericht getroffenen Feststellungen von der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung, sondern auch das Parteivorbringen gemeint, einerlei ob streitig oder unstreitig.

Das lädt direkt zu der Auffassung ein, dass das Berufungsgericht auch alles, was die Parteien im Laufe der ersten Instanz in irgendwelchen Schriftsätzen dem Gericht zur Kenntnis gebracht haben, berücksichtigen muss. Dem steht aber zunächst entgegen, dass es sich auch im Berufungsrecht um ein Parteivorbringen handeln muss, dass sich entweder aus dem Urteil (Tatbestand oder Entscheidungsgründe) oder aus dem Sitzungsprotokoll ersehen lässt.

### bb) Beweiskraft des Tatbestandes

Nur der Tatbestand eines Urteils liefert Beweis für das mündliche Parteivorbringen, § 314 S. 1 ZPO. Der Tatbestand beweist demnach, dass die Parteien etwas mündlich zum maßgeblichen Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses vorgetragen haben. Er beweist dann aber auch, dass die Parteien etwas **nicht** vorgetragen haben. Als Schlagwort dient hier stets die **negative Beweiskraft** des Tatbestandes.

Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll, § 314 S. 2 ZPO, nicht aber durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden. Vorher eingereichte Schriftsätze sind durch den Tatbestand, der für das Vorbringen am Schluss der mündlichen Verhandlung Beweis erbringt, überholt. Dabei ist zu bedenken, dass die Einreichung eines Schriftsatzes noch keinen Vortrag darstellt, sondern nur dessen Ankündigung. Zum Vortrag wird der Inhalt erst in der mündlichen Verhandlung, dort in der Regel durch Bezugnahme (§ 137 Abs. 3 S. 1 ZPO).<sup>38</sup>

Bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Wiedergabe des Parteivorbringens im Urteilstatbestand sind jedenfalls die Ausführungen im Tatbestand maßgeblich.<sup>39</sup>

Über diese Grundsätze herrschte bislang Konsens.<sup>40</sup>

Nun aber hat der V. Zivilsenat **anders entschieden**. In einem obiter dictum, das (gleichwohl) als Leitsatz formuliert wurde, heißt es: Für schriftsätzlich angekündigtes Vorbringen kommt dem Urteilstatbestand **keine negative Beweiskraft** zu.<sup>41</sup>

Erläutert wird dies damit, dass mit der Antragstellung und der mündlichen Verhandlung **im Zweifel** eine Bezug-

nahme der Parteien auf den Inhalt der zur Vorbereitung vorgelegten Schriftstücke verbunden sei und sich der Prozessstoff auch aus dem Inhalt der Gerichtsakten ergebe. Eine Begründung hierfür enthält die Entscheidung nicht, nur einen Verweis auf eine Entscheidung des IV. Zivilsenates.<sup>42</sup>

Dort stellte sich die Sache aber ganz anders dar. Die Entscheidung des IV. Zivilsenates verzichtete nämlich zum einen auf die entscheidende Wendung „im Zweifel“ und behandelte zum anderen den Fall, dass im dortigen Tatbestand „auf die in erster wie in zweiter Instanz gegenseitig gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen“ wurde. Wörtlich heißt es dann dort: „Jedenfalls über diese Bezugnahme ist das Klägervorbringen zu dem gem. § 286 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigenden Inhalt der Verhandlung geworden.“

Gleichwohl bedurfte es im konkreten Fall des V. Zivilsenates weder einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen (§ 132 GVG) noch an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (§ 2 RsprEinhG). Die Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfrage war für die Entscheidung des konkreten Falles nicht entscheidungserheblich.

Am Rande sei bemerkt, dass es angesichts dessen befremdet, wenn ein Mitglied eben dieses V. Zivilsenates in einem Aufsatzbeitrag<sup>43</sup> die nunmehr angeblich grundsätzliche Nutzbarkeit allen Schriftsatzvortrages als Tatsache i. S.v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als durch den BGH abgeklärt bezeichnet („Der BGH hat die [...] Rechtsprechung zur negativen Beweiskraft des Urteilstatbestandes nunmehr auch ausdrücklich aufgegeben.“<sup>44</sup>), ohne deutlich zu machen, dass es sich zunächst mal nur um ein obiter dictum dieses einen Zivilsenates handelt, dem er angehört.

#### c) Neue-Tatsachen-Fehler (Nr. 4)

Wenn eine Tatsache in erster Instanz noch nicht in den Rechtsstreit eingeführt worden ist, handelt es sich – bezogen auf den Rechtsstreit – bei ihrer Einführung in der Berufungsinstanz um eine neue Tatsache. Unabhängig von der Entstehung dieser Tatsachen handelt es sich dabei um solche, die wirklich oder aufgrund von Fehlern erstinstanzlich noch nicht Gegenstand des Verfahrens waren. Bezeichnet werden müssen nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 ZPO aus der **Sicht des Berufungsführers** zum ersten die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel, sowie zum zweiten die Tatsachen, aufgrund derer diese neuen Mittel nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind. § 529 Abs. 1 Nr. 2 formuliert dies für die **Sicht des Berufungsgerichtes** als „neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist“.

Es bedarf also einer gesonderten Zulassung neuer Mittel (= Tatsachen) und diese ist nur in den drei Fällen des § 531 Abs. 2 ZPO möglich.

Im Kontext aller drei Berufungsgründe stellte der XII. Zivilsenat<sup>45</sup> fest, dass § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO

gegenüber § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F. die **inhaltlichen Anforderungen an die Berufungsgründe konkretisieren**, was der verstärkten Funktionsdifferenzierung zwischen erster und zweiter Instanz Rechnung trage. Da die Berufung – abweichend von ihrer bisherigen Funktion als vollwertige zweite Tatsacheninstanz – nunmehr in erster Linie ein Instrument zur Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung sein solle, müsse sich sinnvollerweise auch der Inhalt der Berufungsbegründung an dieser Zielsetzung orientieren.

Nachdem das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen **grundsätzlich** gebunden sei (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), müsse die Berufung, die den festgestellten Sachverhalt angreifen wolle, eine Begründung dahin enthalten, warum die Bindung an die festgestellten Tatsachen **ausnahmsweise** nicht bestehen solle. § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und 4 ZPO regelten diese Anforderungen näher.

Die Ausrichtung der Begründung am jeweiligen Berufungsangriff bedeute aber **keine qualitative Erhöhung, sondern lediglich eine Präzisierung der Berufungsanforderungen, soweit es die Zulässigkeit der Berufung** betreffe. Eine Verschärfung könne weder dem Gesetzestext noch den Materialien entnommen werden. Eher sei das Gegenteil der Fall.

Auch der XII. Zivilsenat kommt deshalb zu der Auffassung, dass sich die **Begründungsanforderungen nicht erhöht** haben, soweit es um die **Zulässigkeit** der Berufung geht.

#### 3. Notwendige Bezeichnung mehrerer Gründe

Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage hinsichtlich eines prozessualen Anspruchs auf **mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen** gestützt, muss die Berufungsbegründung das Urteil in allen diesen Punkten angreifen. Sie hat daher für jede der Erwägungen darzulegen, warum sie die Entscheidung nicht trägt; andernfalls ist das Rechtsmittel unzulässig.<sup>46</sup>

Ein in den Entscheidungsgründen gegebener „**Hinweis**“, dem sich nicht ohne weiteres entnehmen lässt, weshalb die Klage (zum Teil) ebenfalls unbegründet sein könnte, stellt aber in der Regel **keine** die Klageabweisung **tragende Erwägung** dar, die mit der Berufungsbegründung selbständig angegriffen werden müsste.<sup>47</sup>

**Hinweis der Redaktion:** Zu diesem Beitrag wird im Februar der 3. und letzte Teil erscheinen.

<sup>42</sup> Konkret auf BGH v. 28.11.2001 – IV ZR 309/00, NJW-RR 2002, 381 „m.w.N.“.

<sup>43</sup> Gaier, NJW 2004, 2041 ff.

<sup>44</sup> Gaier, NJW 2004, 2041 (2044).

<sup>45</sup> BGH v. 28.5.2003 – XII ZB 165/02, BGHReport 2003, 968 = MDR 2003, 1192.

<sup>46</sup> BGH v. 27.11.2003 – IX ZR 250/00, BGHReport 2004, 318 = MDR 2004, 405.

<sup>47</sup> BGH v. 18.12.2003 – I ZR 195/01, BGHReport 2004, 691 = MDR 2004, 768.