

**BMR** JURISTISCHE  
INTENSIVLEHRGÄNGE

# ASSESSORKURS

Dr. John Montag

Dr. Rainer Oberheim

# ZIVILPROZESSRECHT

Rechtsprechung  
und Aufsätze zum  
Zivilprozessrecht

2009

ERFOLGREICH LERNEN

## Die Rolle der Partei im Anwaltsprozess

*Aufsatz von Stackmann in JuS 2008, 509*

*Lehrbuch § 2, Rn. 1*

Zu Recht weist der Verf eingangs seiner Ausführungen darauf hin, dass der Umgang mit den unmittelbar Betroffenen, den Parteien, im Prozess und insbesondere in der mündlichen Verhandlung vornehmlich außerrechtliche Probleme aufwirft. Soziale, kommunikationstheoretische und psychologische Aspekte stehen hier im Vordergrund. Daneben aber enthält die ZPO aber auch eine Reihe von Vorschriften über die Rechte und Lasten der Partei neben ihrem Prozessbevollmächtigten, deren Darstellung die vorliegende Abhandlung trotz mangelnder Examensrelevanz lesenswert machen.

## Grundbuchfähigkeit der GbR

*OLG Stuttgart NJW 2008, 304*

*OLG Schleswig NJW 2008, 306*

*Lehrbuch § 2, Rn. 12*

Seit 2001 sieht der BGH (NJW 2001, 1056) in der Außen-GbR eine „teilrechtsfähige“ Gesamthandsgemeinschaft. Welche Teile der Rechtsfähigkeit ihr dabei konkret zukommen und welche nicht, ist bislang nicht abschließend geklärt. Bejaht wurde dies für die aktive und passive Parteifähigkeit. Unstreitig ist auch, dass die GbR Eigentum erwerben und veräußern kann. Dies gilt auch für Grundstücke (BGH NJW 2006, 2316) Streitig ist, ob ins Grundbuch als Eigentümerin auch die GbR selbst eingetragen werden kann. Die hM verneint dies, da mangels Registerpflichtigkeit Identität, Vertretungsbefugnis und Gesellschafterbestand nicht zuverlässig zu beurteilen seien (so vorliegend auch das OLG Schleswig), eine aA bejaht es (so das OLG Stuttgart). Die Entscheidung zeigt, dass die Frage nach der Rechtsfähigkeit der GbR keineswegs beantwortet ist und sich im Examen auch außerhalb des formellen Grundbuchrechts gut als Problem einbauen lässt.

Vgl. aber inzwischen:

*BGH Beschluss vom 04.12.2008, Az.: V ZB 74/08*

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.

Leitet die GbR ihr Recht aus einer Gerichtsentscheidung ab, genügt deren Rubrum als Nachweis ihrer Identität und der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters. Zusätzliche Nachweise können nur verlangt werden, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich nach Erlass der Gerichtsentscheidung Veränderungen bei Namen, Gesellschafterbestand oder Vertretungsbefugnissen ergeben haben; der bloße Zeitablauf genügt als Anhaltspunkt nicht.

**Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB?***Aufsatz von Köhler in NJW 2008, 177**Lehrbuch § 2, Rn. 24*

Nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) können zwar Verbände, nicht aber Mitbewerber gegen die Verwendung unwirksamer AGB vorgehen. Für Mitbewerber kommt allenfalls ein Vorgehen nach dem UWG in Betracht. Ob und inwieweit dieser Weg gangbar ist, ist in der OLG-Rechtsprechung noch umstritten. Der Verf. kommt zu dem Ergebnis, dass bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des UWG eine Konkurrentenklage uneingeschränkt zulässig ist.

**Abänderungsklage und Vollstreckungsgegenklage***BGH NJW 2008, 1446**Lehrbuch § 4, Rn. 10*

Nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung im Erkenntnisverfahren eintretende tatsächliche Umstände können für die Entscheidung grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden. Läuft die Rechtsmittelfrist noch, können die neuen Umstände mit der Berufung geltend gemacht werden (§ 529 I Nr. 2, 531 II Nr. 3 ZPO). Nach Eintritt der Rechtskraft stehen die Abänderungsklage (§ 323 ZPO) und die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) zur Verfügung. Erstere ist nur gegen die Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen vorgesehen. Eine analoge Anwendung auf (in die Zukunft wirkende) Unterlassungstitel wurde bislang verbreitet bejaht, nunmehr vom BGH aber ausdrücklich abgelehnt, weil mit § 767 ZPO ein statthafter Rechtsbehelf gegeben ist und es damit an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlt. Zudem sei die Interessenlage bei Urteilen auf künftige Leistung mit der bei Unterlassungsurteilen nicht vergleichbar, weil es bei letzteren an der für erstere grundsätzlich erforderlichen Prognoseentscheidung fehle.

**Bezugnahme auf andere Schriftstücke***BGH NJW 2008, 1740**Lehrbuch § 4, Rn. 22*

Grundsätzlich wird eine Partei der ihr obliegenden Darlegungslast nur durch den Vortrag normausfüllender Tatsachen gerecht. Nur in beschränktem Umfang lässt die Rechtsprechung eine Bezugnahme auf andere Schriftstücke zu. Unproblematisch ist regelmäßig eine bloß ergänzende, nur ausnahmsweise zulässig dagegen eine ersetzende Verweisung. Eine Berufungsbegründung kann sich in einer Bezugnahme auf andere Schriftsätze, zB solche im Prozesskostenhilfverfahren erschöpfen, wenn diese von einem postulationsfähigen Anwalt vorgenommen wird und den formellen Anforderungen des § 520 III ZPO genügt. Vorliegend nimmt der BGH eine solche Bezugnahme sogar konkludent an, weil im Allgemeinen keine Partei die mit einer Versäumung der Begründungsfrist verbundenen Nachteile in Kauf nehmen will. Allerdings bedarf es dazu konkreter Umstände, aus denen auf Bezugnahme geschlossen werden kann, bloßes Untätigbleiben alleine genügt nicht.

## Schriftform

*BGH NJW-RR 2008, 1020*

*Lehrbuch § 4, Rn. 24*

Verlangt die ZPO die Vornahme einer Prozesshandlung in Schriftform, setzt dies grundsätzlich eine eigenhändige Unterschrift voraus. Fehlt diese auf dem Schriftsatz selbst, ist diesem aber eine beglaubigte Abschrift beigelegt, bei der der Beglaubigungsvermerk vom Prozessbevollmächtigten handschriftlich vollzogen ist.

## Streitgegenstand bei Klage aus eigenem und aus abgetretenem Recht

*BGH NJW 2008, 2922*

*Lehrbuch § 4, Rn. 33*

Die Klägerin hatte den Beklagten in einem Vorprozess aus abgetretenem Recht in Anspruch genommen und vorgetragen, der Anspruch gegen den Beklagten stehe einem Dritten zu, der ihn ihr abgetreten habe. In diesem Vorprozess hat der Beklagte sich damit verteidigt, der Anspruch stehe – wenn überhaupt – der Klägerin selbst zu. Nach Abweisung der Klage macht die Klägerin denselben Anspruch erneut geltend und macht nunmehr geltend, er sei in ihrer Person entstanden. Der BGH sieht hierin (in Übereinstimmung mit der ganz hM) einen anderen Streitgegenstand, so dass die Rechtskraft der früheren Entscheidung der vorliegenden Klage nicht entgegen steht. Zwar habe das Vorgericht notwendig die Frage prüfen müssen, ob der Anspruch bei der Klägerin oder bei dem Dritten entstanden sei, was jetzt erneut entscheidungserheblich sei. Hierbei handele es sich indes nur um eine Vorfrage, die von der Rechtskraft nicht umfasst werde.

## Verlängerung einer sonntags ablaufenden Frist

*BGH NJW-RR 2008, 76*

*Lehrbuch § 6, Rn. 27*

Wird eine Frist um einen bestimmten Zeitraum („eine Woche“, „einen Monat“) verlängert und fällt der letzte Tag der ursprünglichen Frist auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so beginnt der verlängerte Teil der Frist erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

## Zugang elektronischer Dokumente

*BGH NJW 2008, 2649*

*Lehrbuch § 6, Rn. 30*

Fristwährend zugegangen ist ein schriftliche Erklärung, wenn sie körperlich in den Herrschaftsbereich des Gerichts gelangt. Für Telefax-Erklärungen hat der BGH früher (BGH NJW 1994, 2097) verlangt, dass das Fax vor Ablauf der Frist beim Empfänger vollständig ausgedruckt wurde. Neuerdings (BGH NJW 2006, 2263) genügt insoweit der vollständige Empfang (Speicherung) der gesendeten Signale durch das Empfangsgerät des Gerichts, ein Ausdruck ist nicht mehr erforderlich.

Elektronische Dokumente können frist- und schriftformwährend nach § 130a ZPO nur übermittelt werden, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage vorliegt. Dies ist flächendeckend bislang allein in Hessen der Fall. Bei allen anderen Gerichten können schriftliche Erklärungen als Anhang elektronischer Dokumente (e-mails) eingereicht werden. Für die Fristwahrung hält der BGH an dem Erfordernis des Ausdrucks fest,

**Bohnen · Montag · Rohde**

die Schriftform kann gewahrt werden, wenn der e-mail als Anhang eine Datei beigelegt ist, die auch die eingescannte Unterschrift wiedergibt (hier: PDF-Datei).

**Wiedereinsetzungsfrist**

*BGH NJW 2008, 1164*

*Lehrbuch § 6, Rn. 32*

Ist eine Notfrist oder eine andere in § 233 ZPO genannte Frist unverschuldet versäumt worden, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden. Der Antrag muss innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis von der Fristversäumung gestellt werden. Als Folge der ZPO-Reform wurde die Frist bei Versäumung einer Berufungsbegründungsfrist auf einen Monat verlängert. Erforderlich war dies, weil einer mittellose Partei, die die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens von der Gewährung von Prozesskostenhilfe abhängig machen will, nach der Entscheidung ein Monat zur Begründung der Berufung verbleiben muss. Da der Gesetzeswortlaut indes nicht auf diese PKH-Fälle beschränkt ist, findet die Monatsfrist Anwendung auch auf andere Fälle der Versäumung der Begründungsfrist.

**Wiedereinsetzung bei besetztem Faxanschluss**

*Aufsatz von Roth in NJW 2008, 785*

*Lehrbuch § 6, Rn. 33*

Scheitert die Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes per Fax an das Gericht, weil dessen Anschluss vor Mitternacht überlastet und belegt ist, gewährt die Rechtsprechung grundsätzlich keine Wiedereinsetzung, weil dies vorhersehbar und (durch frühere Absendung) vermeidbar ist (BVerfG NJW 2006, 1505; BVerfG NJW 2007, 2838). Verf. stellt zutreffend heraus, dass darin eine an sich nicht gerechtfertigte Abweichung von dem Grundsatz darstellt, dass die Partei eine Frist „bis zu letzten Minute“ ausschöpfen kann und das Gericht für eine Zugangsmöglichkeit verantwortlich ist. Er plädiert deswegen für eine (derzeit nicht absehbare) Änderung der Rechtsprechung.

**Wiedereinsetzung bei langen Postlaufzeiten**

*BGH NJW 2008, 587*

*Lehrbuch § 6, Rn. 33*

Eine Partei und ihr Prozessbevollmächtigter handeln nicht schuldhaft iSd § 233 ZPO, wenn sie sich auch vor und an Feiertagen auf die Einhaltung der von der Post angegebenen Briefflaufzeiten verlassen und deshalb keine besonderen Vorkehrungen treffen, um den Eingang eines fristwahrenden Schriftsatzes bei Gericht zu überwachen. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger die Berufungsbegründungsschrift am Donnerstag vor Ostern, dem 13.4.2006 gegen 19.30 Uhr in einen Postbriefkasten geworfen, der um 22.00 Uhr geleert wurde (Nachtleerung) und an dem der Hinweis angebracht war: „Alle Sendungen erreichen den Empfänger bundesweit mit der nächsten Zustellung. Bei Nachtleerungen gilt dies nur für den PLZ-Bereich 26“. Bei dem (nicht im PLZ-Bereich 26 liegenden) Gericht ging der Schriftsatz erst am 19.4.2006 ein. Gegen die Versäumung der am 14.4.2006 abgelaufenen Begründungsfrist hat der Kläger Wiedereinsetzung beantragt und vom BGH erhalten. Der Kläger habe auf eine Zustellung zwar nicht mehr am Folgetag 14.4., wohl aber am 15.4. erwarten dürfen. Da dies der Karfreitag gewesen sei, sei jedenfalls eine Zustellung am 16.4. realistisch gewesen.

Das Osterfest und die damit verbundene erhöhte Postaufkommen habe nicht dazu gezwungen, eine längere Laufzeit ins Kalkül zu ziehen.

### **Wiedereinsetzung bei privatem Kurierdienst**

*BGH NJW-RR 2008, 930*

*Lehrbuch § 6, Rn. 33*

Eine Prozesspartei darf auch bei Nutzung eines privaten Kurierdienstes (hier: Kölner Anwaltverein-Kurierdienst GmbH) darauf vertrauen, dass werktags aufgegebene Postsendungen am folgenden Werktag im regionalen Auslieferungsgebiet ausgeliefert werden. Anderes gilt nur, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass im Einzelfall mit längeren Postlaufzeiten zu rechnen ist. Erfolgt die Auslieferung später, ist dies ein die Wiedereinsetzung rechtfertigender Grund.

### **Keine Pflicht zur Wiederholung eines Hinweises**

*BGH NJW 2008, 2036*

*Lehrbuch § 6, Rn. 43*

Hat das Gericht eine Partei eindeutig und unmissverständlich auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH zu einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage hingewiesen, muss es den Hinweis nicht wiederholen, wenn die Partei ihren Sachvortrag nicht auf den rechtlichen Hinweis eingerichtet hat. Eine Wiederholung des Hinweises ist geboten, wenn anzunehmen ist, dass die Partei den Hinweis nicht, nicht vollständig oder nicht richtig verstanden hat. Dies gilt aber nur dann, wenn der ursprüngliche Hinweis eine missverständliche Deutung zulässt. Ist der Hinweis hingegen eindeutig, könnte sich ein weiterer Hinweis lediglich auf die Wiederholung des ursprünglichen Hinweises beschränken, was der Partei nicht weiterhelfen könnte.

### **Einzelrichterzuständigkeit**

*Aufsatz von Stackmann in JuS 2008, 129*

*Lehrbuch § 6, Rn. 54*

Während die ZPO zunächst alle Entscheidungen vor Kollegialgerichten dem Spruchkörper zuwies, ließ sie ab 1927 zu, dass der Einzelrichter an Stelle des Plenums vorberreitend tätig werden konnte. Eine Endentscheidungsbefugnis erhielt der Einzelrichter erst 1975, danach wurde sein Tätigwerden von einem „kann“ über ein „soll“ bis zum heutigen „muss“.

Verf. stellt die Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von Einzelrichtern in erster und zweiter Instanz dar, für Klausuraufgaben im zweiten Examen ist mit Problemen aus diesem Bereich indes eher nicht zu rechnen.

### **Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess**

*Aufsatz von Balthasar in JuS 2008, 35*

*Lehrbuch § 7, Rn. 13*

Die Frage, ob ein rechtswidrig erlangter Beweis erhoben oder später verwertet werden darf, beschäftigt in den letzten Jahren zunehmend die Zivilgerichte und gehört im Examen inzwischen zum Standardrepertoire. Der vorliegende Beitrag gibt mit praxisrelevanten Beispielfällen einen Überblick über wichtige Fallgruppen und die aktuelle Diskussion. Er gehört unbedingt zur sinnvollen Examensvorbereitung.

**Nichterscheinen von Zeugen***Aufsatz von Stackmann in JuS 2008, 974**Lehrbuch § 7, Rn. 25*

Erscheint ein vom Gericht geladener Zeuge nicht, ergeben sich Konflikte zwischen seinen und den Interessen der beweisführenden Partei. Der vorliegende Aufsatz („Prozessuale Konsequenzen des Fernbleibens von Zeugen im Zivilrechtsstreit“) stellt die Möglichkeit von der Anberaumung eines neuen Termins über den Kostentragungs- und Ordnungsgeldbeschluss bis hin zur Vorführungsanordnung dar. Examensrelevanz haben diese Fragen nicht.

**Parteivernehmung oder Parteianhörung***Urteilsbesprechung von Noethen in NJW 2008, 334**Lehrbuch § 7, Rn. 27*

Ausgelöst durch eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1991 wird seither diskutiert, ob der auch verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Waffengleichheit eine förmliche Vernehmung oder die Anhörung einer Partei gebietet, wenn diese ein „Vier-Augen-Gespräch“ mit einer Person geführt hat, die in einem späteren Prozess als Zeuge für den Gegner gehört werden kann. Der BGH hat eine Anhörung für geboten erachtet, wenn der gegnerische Zeuge vernommen wird (BGH NJW 1999, 363). Das BAG hat nunmehr (NJW 2007, 2427) eine Pflicht des Gerichts zur Parteianhörung oder -vernehmung über ein Vier-Augen-Gespräch bereits dann angenommen, wenn hieraus dem Gegner kein Beweisvorteil erwachsen ist. Zu Recht kritisiert Verf., dass hierdurch die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Parteivernehmung (§§ 447, 448 ZPO) ausgehebelt werden. Die Entscheidung des BAG ist deswegen abzulehnen.

**Beweislast für Nichterfüllung Aufklärungspflicht***BGH NJW 2008, 371**Lehrbuch § 7, Rn. 54*

Wer einen Schadensersatzanspruch aus einer Pflichtverletzung geltend macht, muss die objektive Verletzung der Pflicht beweisen. Dies gilt auch, wenn die verletzte Pflicht eine Aufklärungspflicht ist. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache (hier: dass die Aufklärung nicht erfolgte) verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten und aufgeklärt worden sein soll. Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft. Eine Beweiserleichterung aus der Verletzung einer Dokumentationsobliegenheit kommt im Anwaltsvertrag nicht in Betracht, weil hier eine entsprechende Dokumentationspflicht nicht besteht.

**Bearbeitung der Assessorklausur***Aufsatz von Küpperfahrenheit/Lagadère**Lehrbuch § 8, Rn. 1*

Praktische Hinweise zur Bearbeitung einer Klausur im zweiten Examen bietet der vorliegende Aufsatz, der auf den Erfahrungen der beiden Autoren beruht. Dass diese damit erfolgreich waren; zwingt nicht zur Übernahme der vorgestellten Technik.

## Das zivilrechtliche Prüfungsgespräch im Assessorexamen

*Aufsatz von Carlitz/Klein/Walters in JA 2008, 621*

*Lehrbuch § 8, Rn. 1*

Der vorliegende Beitrag zeigt den möglichen Verlauf eines Prüfungsgesprächs auf. Er eignet sich aus meiner Sicht weder zur Darstellung der dabei behandelten Rechtsfragen noch als taugliche Einführung in die besonderen Probleme der mündlichen Prüfung.

## Vorrang der Zulässigkeit

*BGH NJW 2008, 1227*

*Lehrbuch § 9, Rn. 9*

Das Gericht ist grundsätzlich zum Erlass eines Sachurteils nur berechtigt, wenn zuvor die Zulässigkeit der Klage zweifelsfrei festgestellt wurde. Hat das Gericht die Zulässigkeit (fehlerhaft!) dahinstehen lassen und die Klage als unbegründet abgewiesen, handelt es sich um ein dennoch wirksames Sachurteil, das das Nichtbestehen des Anspruchs materiell rechtskräftig feststellt.

Ausnahmen vom Vorrang der Zulässigkeit stellt das OLG Köln dar. Sie gelten nach der Rechtsprechung zB für das Rechtsschutzbedürfnis (und dessen besonderer Ausprägung bei der Feststellungsklage) und für sog. doppelrelevante Tatsachen, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit von Bedeutung sind. Eine weitere Ausnahme will das OLG für die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung jedenfalls dann machen, wenn zur Begründetheit nach § 522 II ZPO entschieden wird.

## Zweckmäßigkeitserwägung bei aussichtsloser Prozesssituation

*Aufsatz von Kapitzka/Kammer in JuS 2008, 882*

*Lehrbuch § 9, Rn. 47*

Anwaltsaufgaben im zweiten Examen setzen in der Regel die Erstellung eines Gutachtens voraus, das auch Ausführungen zur Zweckmäßigkeit des weiteren prozessualen Vorgehens enthalten soll. Zu den dabei klassischerweise auftretenden Fragen gehört, wie sich ein Anwalt zu verhalten hat, der den Beklagten in einer materiell aussichtslosen Situation vertritt. Wenn eine Klageabweisung nicht zu erreichen ist, kann zumindest versucht werden, die Kostenlast des Beklagten möglichst gering zu halten. Ob hierbei (durch Untätigbleiben) ein Versäumnisurteil oder (durch Anerkenntnis) ein Anerkenntnisurteil die günstigere Alternative darstellt, untersucht der vorliegende Beitrag. Da beim Versäumnisurteil die Terminsgebühr der des gegnerischen Rechtsanwalts nur zur Hälfte anfällt (Ziff. 3104 RVG-VV) und beim Beklagtenvertreter ggf. völlig wegfällt, ist diese Alternative grundsätzlich billiger als das Anerkenntnis, bei dem beide Anwälte für ihre Teilnahme an der mündlichen Verhandlung eine 1,2-fache Terminsgebühr erhalten. Anders kann sich die Lage darstellen, wenn das Anerkenntnis des Beklagten die Voraussetzungen des § 93 ZPO erfüllt und so dem Kläger die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen sind. Unabhängig von den kostenrechtlichen Folgen können auch die unterschiedlichen Vollstreckungs- und Anfechtungsmöglichkeiten für die Entscheidung von Bedeutung sein. Ein kleiner, aber feiner Aufsatz.

**Forderungssicherungsgesetz**

*Aufsatz von Leinemann in NJW 2008, 3745*

*Aufsatz von Huber in JuS 2008, 23*

*Lehrbuch § 10, Rn. 3*

Mit dem Forderungssicherungsgesetz sollen Werklohnforderungen leichter durchsetzbar werden. Nach jahrelanger Diskussion tritt nun zum 1.1.2009 eine abgespeckte Version des ursprünglichen Entwurfs in Kraft (BGBl. I, 2009), die sich auf Änderungen des materiellen Rechts beschränkt. Diese sind Gegenstand der Darstellung der beiden Aufsätze. Ursprünglich vorgesehene Änderungen der §§ 302, 302a ZPO (Wegfall des Ermessens bei Teilurteilen, Einführung einer „vorläufigen Zahlungsanordnung“) sind wegen dogmatischen Bedenken zurückgestellt, sollen aber weiter verfolgt werden.

**Rechtskraft des Urteils bei Rücknahme der Berufung**

*BGH NJW 2008, 373*

*Lehrbuch § 10, Rn. 14*

Rechtskraft tritt nicht ein, wenn Berufung eingelegt ist oder noch eingelegt werden kann (§ 705 ZPO). Wird die Berufung nach Ablauf der Berufungsfrist zurückgenommen, tritt die Rechtskraft des angefochtenen Urteils mit der Rücknahme ein.

**Umfang der Rechtskraft**

*BGH NJW 2008, 1227*

*Lehrbuch § 10, Rn. 14*

Das Gericht ist grundsätzlich zum Erlass eines Sachurteils nur berechtigt, wenn zuvor die Zulässigkeit der Klage zweifelsfrei festgestellt wurde. Hat das Gericht die Zulässigkeit (fehlerhaft!) dahinstehen lassen und die Klage als unbegründet abgewiesen, handelt es sich um ein dennoch wirksames Sachurteil, das das Nichtbestehen des Anspruchs materiell rechtskräftig feststellt.

**Reichweite der Bindungswirkung**

*BGH NJW 2008, 2716*

*Lehrbuch § 10, Rn. 17*

Die Reichweite der Bindungswirkung eines Feststellungsurteils ist in erster Linie der Urteilsformel zu entnehmen. Nur wenn die Urteilsformel allein nicht ausreicht, die Reichweite der Bindungswirkung zu erfassen, sind der Tatbestand und die Entscheidungsgründe, erforderlichenfalls auch das Parteivorbringen, ergänzend heranzuziehen. Im vorliegenden Fall war durch ein früheres Urteil festgestellt worden, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist, dass die Beklagten unter (näher genannten) Bezeichnungen Produkte in Verkehr gebracht, angeboten oder vertrieben hat. Diesen Schadensersatzanspruch macht die Klägerin nunmehr geltend.

Der BGH hat ausgeführt, dass die Bindungswirkung des Feststellungsurteils sich aus dem Umfang der Rechtskraft ergibt. Vorliegend sei die Urteilsformel eindeutig und lasse nicht den Schluss zu, dass nur die Schäden ersetzt werden sollten, die tatsächlich auf einer Täuschung der Käufer über die Herkunft der Produkte beruhe. Eine solche zusätzliche Voraussetzung ergebe sich aus dem Tenor des Feststellungsurteils nicht,

eine Heranziehung der Gründe des Vorurteils sei in Anbetracht der klaren Tenorierung nicht möglich.

### **Rechtskraft bei Klage aus eigenem und aus abgetretenem Recht**

*BGH NJW 2008, 2922*

*Lehrbuch § 10, Rn. 19*

Die Klägerin hatte den Beklagten in einem Vorprozess aus abgetretenem Recht in Anspruch genommen und vorgetragen, der Anspruch gegen den Beklagten stehe einem Dritten zu, der ihn ihr abgetreten habe. In diesem Vorprozess hat der Beklagte sich damit verteidigt, der Anspruch stehe – wenn überhaupt – der Klägerin selbst zu. Nach Abweisung der Klage macht die Klägerin denselben Anspruch erneut geltend und macht nunmehr geltend, er sei in ihrer Person entstanden. Der BGH sieht hierin (in Übereinstimmung mit der ganz hM) einen anderen Streitgegenstand, so dass die Rechtskraft der früheren Entscheidung der vorliegenden Klage nicht entgegen steht. Zwar habe das Vorgericht notwendig die Frage prüfen müssen, ob der Anspruch bei der Klägerin oder bei dem Dritten entstanden sei, was jetzt erneut entscheidungserheblich sei. Hierbei handele es sich indes nur um eine Vorfrage, die von der Rechtskraft nicht umfasst werde.

### **Vorgerichtliche Anwaltsgebühren als Nebenforderung**

*BGH NJW-RR 2008, 1095*

*BGH NJW 2008, 1323*

*BGH NJW 2008, 1888*

*BGH NJW 2008, 3641*

*Junglas MJW 2008, 2377*

*Lehrbuch § 10, Rn. 34*

Mit der RVG-Reform neu entstanden ist für den Kläger die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit, die Kosten außergerichtlicher Anwaltskosten seines Prozessbevollmächtigten als Verzugsschaden im Prozess geltend zu machen. Diese spielt derzeit in der Praxis und im Examen eine große Rolle.

Hat der Kläger seinen Anwalt zunächst nur mit der außergerichtlichen Tätigkeit beauftragt, schuldet er diesem nach Nr. 2400 RVG-VV eine 0,5 bis 2,5-fache Geschäftsgebühr, die anders als nach der BRAGO – gemäß Vorbem. 3 Abs. 4 RVG-VV nur noch zur Hälfte, höchstens jedoch bis 0,75 auf die gerichtliche Verfahrensgebühr angerechnet wird. Der BGH (BGH NJW 2007, 2049; BGH NJW 2007, 2050; BGH NJW 2007, 3500; BGH NJW 2008, 1323; BGH NJW-RR 2008, 1095) hat zu dieser neuen Regelung einige wichtige Grundsätze aufgestellt:

- Eine vorprozessual angefallene Geschäftsgebühr kann nicht Gegenstand einer Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff. ZPO sein.
- Die Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr führt dazu, dass erstere in voller, letztere nur in verminderter Höhe anfällt (und nicht umgekehrt!), weil die in Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG-VV vorgeschriebene Anrechnung auch den im Rahmen der Kostenfestsetzung zu berücksichtigenden Gebührenanspruch mindert.
- Der Gegenstandswert des Erstattungsanspruchs bestimmt sich (nur) nach der Höhe der berechtigten Forderung.

Der der Partei durch die vorgerichtliche anwaltliche Vertretung entstandene Schaden beläuft sich damit nicht bloß auf eine halbe, sondern auf die volle Geschäftsgebühr, weil die Verfahrensgebühr später im Rahmen der Kostenfestsetzung entsprechend herabgesetzt wird. Diesen Schaden kann der Kläger als materiellen Schadensersatzanspruch neben der Hauptforderung mit der Klage geltend machen

Einen materiellen Verzugsschadensersatzanspruch hat der Kläger nur, wenn die vorprozessuale Beauftragung des Rechtsanwalts zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem der Beklagte sich bereits in Verzug befand. Die durch die außergerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwalts anfallenden Kosten sind nach ständiger Rechtsprechung nicht erstattungsfähig, wenn der Schuldner die Erfüllung bereits ernsthaft und endgültig verweigert hat, es sich um einen einfachen Fall handelt, bei dessen Durchsetzung es anwaltlicher Hilfe nicht bedarf, oder dem Kläger aufgrund seiner Kenntnisse, Fähigkeiten und Ausstattung (Jurist, eigene Rechtsabteilung) die eigene Durchsetzung möglich ist.

Hat der Mandant die Rechnung des Anwalts über die außergerichtliche Geschäftsgebühr (zuzüglich Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer) bereits beglichen, kann er vom Gegner Zahlung verlangen; ist die Rechnung noch offen, geht sein Anspruch auf Freistellung.

Diese derzeitige Rechtslage wird allgemein als unbefriedigend empfunden. Die regelmäßige zusätzliche Forderung von außergerichtlichen Kosten kompliziert das Klageverfahren unnötig, im Kostenfestsetzungsverfahren muss jetzt festgestellt werden, ob und in welcher Höhe eine Geschäftsgebühr angefallen ist. Im Mahnverfahren ist eine maschinelle Berechnung der Kosten nicht mehr möglich, im Rahmen der Prozesskostenhilfe zu erstattende Gebühren müssen ggf. gekürzt werden. Zumindest möglich scheint, dass die Anrechnung durch eine Gebührenvereinbarung umgangen werden kann. All dies hat den Gesetzgeber bereits veranlasst, eine Änderung des RVG vorzubereiten. Diskutiert wird eine besondere Anrechnungsnorm in § 15a RVG n.F., die die gerichtliche Verfahrensgebühr in voller Höhe entstehen lässt. Wie genau die Regelung aussehen wird und wann mit ihr zu rechnen ist, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Andere in der Literatur erörterte Lösungsansätze (zB der von Junglas) dürften deswegen keine Chance auf Realisierung haben.

## **Anforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen**

*OLG München NJW-RR 2008, 1091*

*Lehrbuch § 10, Rn. 36*

Das LG hatte eine Aussetzung des Verfahrens durch Beschluss angekündigt. Zur Begründung wurde die Kopie eines in einem anderen Verfahren erstellten Beschlusses durch Streichungen und handschriftliche Ergänzungen abgeändert. In dem endgültigen Aussetzungsbeschluss heißt es in der Urschrift unter anderem „Bitte einsetzen wie anliegend“; die Ausfertigungen enthält an dieser Stelle eine vorformulierte „Musterbegründung“ ohne Sachverhaltsdarstellung und Bezugnahme auf dem Parteivortrag des konkreten Falles. Das OLG München hat beide Beschlüsse als nicht (ausreichend) begründet angesehen. Maßstab für den Begründungsumfang ist auch bei Beschlüssen § 313 Abs. 3 ZPO. Die Begründung muss deshalb die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des Gerichts erkennen lassen. Das bloße Hineinkopieren von Texten, das Ankreuzen von Textbausteinen oder das Verweisen auf außerhalb des geschlossenen Textkörpers liegende ergänzende, die Begründung der Entscheidung mittragende Textbauteile oder Teile eines anderen Beschlusses genügt für eine gerichtliche Ent-

scheidung ausnahmslos nicht. Unzureichend sei auch eine Begründung ohne Sachdarstellung und Bezugnahme auf den Parteivortrag, die sich in der weitgehend wörtlichen Übernahme fremder Texte aus anderen Verfahren erschöpft. Eine bloß pauschale, formularmäßige Begründung halte sich nicht innerhalb des dem Gericht eingeräumten Ermessensspielraums und stelle damit einen Ermessensfehlergebrauch dar.

### **Prozessfinanzierungsvertrag**

*OLG Köln NJW 2008, 589*

*Aufsatz von Kilian NJW 2008, 1905*

*Aufsatz von Fölsch MDR 2008, 728*

*Lehrbuch § 10, Rn. 45*

Seit einigen Jahren wird in Deutschland auch die gewerbliche Prozesskostenfinanzierung angeboten. Der Prozessfinanzierer lässt sich dabei am Erfolg des von ihm finanzierten Prozesses beteiligen. Üblich sind Abreden, nach denen der Finanzierer sämtliche Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung übernimmt, während den Anspruchsinhaber die Verpflichtung trifft, im Fall einer erfolgreichen Rechtsdurchsetzung dem Finanzierer einen Teil des erstrittenen Betrages, häufig 20 bis 30%, zu überlassen.

Eine Beteiligung des Anwalts an einer solchen Form der Finanzierung wurde vor dem 1.7.2008 nicht nur als standeswidrig, sondern gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO a.F. als unwirksam angesehen (so noch OLG Köln).

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NJW 2007, 979) hat das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare einschließlich des Verbotes der »quota litis« § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO) für mit Art 12 Abs 1 GG insoweit nicht vereinbar erklärt, als es keine Ausnahme für den Fall zulässt, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen.

Mit der zum 1.8.2008 in Kraft getretenen Änderung der §§ 3a, 4, 4a RVG (Kilian NJW 2008, 1905; Fölsch MDR 2008, 728) ist ein Erfolgshonorar künftig nicht nur dann zulässig, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse dem Rechtsuchenden gar keine Alternative lassen. Es kommt nicht allein auf die wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern auch auf das Kostenrisiko und seine Bewertung an. Im Rahmen so genannter »individueller und subjektiver Nutzen-Risiko-Erwägungen« erhalten die Beteiligten den Spielraum für eine Erfolgsvereinbarung. Zum Schutz des Rechtssuchenden wird eine Reihe von Aufklärungs- und Hinweispflichten festgelegt. So ist der Rechtsanwalt unter anderem verpflichtet, in der Honorarvereinbarung die Vergütung anzugeben, die er ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars verlangen könnte.

### **Materieller Kostenerstattungsanspruch**

*Aufsatz von N. Schneider in NJW 2008, 3317*

*Lehrbuch § 10, Rn. 56*

Die obsiegende Partei hat gegen die unterliegende grundsätzlich einen sich aus dem Prozessrecht (§§ 91 ff. ZPO) ergebenden Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten. Dieser verdrängt den daneben regelmäßig auch bestehenden Kostenerstattungsanspruch aus materiellem Recht (Verzug, Vertragsverletzung, Delikt). Besteht ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch ausnahmsweise nicht, kann und muss auf den materiellen Erstattungsanspruch zurückgegriffen werden. Ein praktisch wichtiger Fall besteht in der Geltendmachung außergerichtlicher Anwaltskosten, derzeit häufig als Nebenforde-

---

**Bohnen · Montag · Rohde**

rung bezüglich der Geschäftsgebühr, die anteilig auf die Verfahrensgebühr angerechnet wird (dazu unten). Die dabei auftretenden Probleme bei der Forderungsberechnung stellt Verf. vorliegend dar.

**Kostenerstattung nicht existenter Partei**

*BGH NJW 2008, 527*

*Lehrbuch § 10, Rn. 63*

Wird die Klage gegen eine nicht existierende Partei abgewiesen, weil sich diese auf ihre fehlende rechtliche Existenz beruft (hier: eine durch Verschmelzung erloschene GmbH), sind zugunsten der beklagten Partei die Aufwendungen festzusetzen, die demjenigen entstanden sind, der einen Rechtsanwalt mit der Vertretung der nicht existenten Partei beauftragt hat.

**Verjährungshemmung durch PKH-Antrag**

*BGH NJW 2008, 1939*

*Lehrbuch § 10, Rn. 76*

Gemäß § 204 I Nr. 14 BGB kann die Verjährung gehemmt werden durch Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe. Im vorliegenden Fall hatte der Gläubiger mit am 25.6.2003 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Prozesskostenhilfe für eine Klage beantragt, mit der eine am 19.9.2003 verjährende Forderung eingeklagt werden sollte. Das Gericht wies den Antrag – ohne ihn zuvor der Beklagten bekannt zu geben – zurückgewiesen. Gegen die am 7.11.2005 erhobene Klage hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. Mit Recht! Eine Hemmung der Verjährung ist mit dem PKH-Antrag nur verbunden, wenn dieser dem Beklagten bekannt gegeben wird. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 204 I Nr. 14 BGB ist einer Verjährungshemmung schon durch Eingang des Antrags bei Gericht hat der BGH ausdrücklich abgelehnt. Eine Bekanntgabe des Antrags an den Gegner ist prozessrechtlich nur für den Fall der Gewährung der PKH zwingend geboten (§ 118 I 1 ZPO), bei Zurückweisung des Antrags steht die Anhörung des Gegners im Ermessen des Gerichts. Allerdings hält der BGH das Gericht zu einer solchen Bekanntgabe für verpflichtet, wenn der Gläubiger auf die Notwendigkeit einer Verjährungshemmung ausdrücklich hinweist und um Bekanntgabe des Antrags ersucht.

**Anwaltsklausur aus Klägersicht**

*Aufsatz von Kaiser in JA 2008, 721*

*Lehrbuch § 10, Rn. 101*

Im Klausurexamen aus Anwaltsicht zu erbringende praktische Leistungen kommen in unterschiedlichen Formen vor. Klassische Fallgruppe ist die Tätigkeit eines Prozessbevollmächtigten für den Kläger. Die vorliegende Darstellung zeigt auf, wie Sachverhalt, Gutachten und Schriftsatz aufgebaut werden können und welche praktischen Probleme dabei auftauchen. Unbedingt lesenswert.

## Das Mahnverfahren

*Aufsatz von Conrad in JuS 2008, 12*

*Lehrbuch § 11, Rn. 1*

In neun von zehn Fällen erfolgt die Titulierung eines zivilrechtlichen Anspruchs nicht durch ein Urteil nach einem vorausgegangenem allgemeinen zivilprozessualen Verfahrens mit mündlicher Verhandlung, sondern durch einen Vollstreckungsbescheid im Mahnverfahren. Das Mahnverfahren stellt damit praktisch keine Ausnahme, sondern den Regelfall dar. Auch wenn dies im Examen anders ist, lohnt es, sich mit dem Mahnverfahren zu befassen. Hierzu eignet sich der vorliegende Aufsatz, obwohl er an sich für Studenten gedacht ist und deswegen wichtige praktische Schnittstellen zum streitigen Verfahren zu kurz kommen.

## Das neue europäische Mahnverfahren

*Verordnung (EG) Nr. 1896/2006*

*Lehrbuch § 11, Rn. 1*

Das Europäische Mahnverfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 bietet einem Gläubiger die Möglichkeit, schnell und kostengünstig einen Titel zu bekommen, wenn der Schuldner die Forderung voraussichtlich nicht bestreiten wird. Anwendbar ist die Verordnung bei Geldforderungen. Es muss außerdem ein grenzüberschreitender Fall vorliegen, d.h. die Parteien müssen grundsätzlich in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU ansässig sein. Das Formular des Europäischen Mahnverfahrens ist durch Ankreuzfelder anwenderfreundlich gestaltet. Es ist in der Sprache oder einer der Sprachen auszufüllen, die das zu befassende Gericht anerkennt. Das Formblatt ist in allen Amtssprachen der EU erhältlich, so dass es auch ohne Sprachkenntnisse in der verlangten Sprache ausgefüllt werden kann.

Ist der Antrag nicht offensichtlich unbegründet, erlässt das Gericht den Zahlungsbefehl. Zuständig ist grundsätzlich das Gericht, in dessen Bezirk der Antragsgegner seinen Aufenthalt hat. Diesen Zahlungstitel stellt das Gericht dem Antragsgegner zu. Er hat dann die Möglichkeit, den Zahlungsbefehl entweder zu akzeptieren oder Einspruch einzulegen. Legt der Antragsgegner innerhalb von 30 Tagen keinen Einspruch ein, erklärt das Gericht den Zahlungsbefehl automatisch für vollstreckbar. Der Zahlungstitel ist dann in jedem EU-Mitgliedstaat zwangsweise durchsetzbar. Im Fall eines Einspruchs des Antragsgegners beginnt ein gewöhnlicher Zivilprozess nach dem Recht des Staates, in dem dieser seinen Aufenthalt hat.

Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung vom 30.10.2008 (BGBl. 2008, 2122) enthält die erforderlichen nationalen Durchführungsvorschriften für die vorgenannte EG-Verordnung und tritt am 12.12.2008 in Kraft. Hiernach ist in Deutschland für die Bearbeitung von Anträgen im Europäischen Mahnverfahren allein das Amtsgericht Berlin-Wedding zuständig, soweit es nicht um arbeitsrechtliche Ansprüche geht. Anträge sollen im Europäischen Mahnverfahren weitgehend automatisiert bearbeitet werden, soweit es sich nicht um arbeitsrechtliche Ansprüche handelt. Das Land Berlin schafft derzeit die dafür erforderlichen technischen Voraussetzungen. Die verbindliche Einführung der maschinellen Bearbeitung wird durch eine Verordnung des Landes Berlin erfolgen. Der Text der EG-Verordnungen zum Europäischen Mahnverfahren ist über das Portal "EUR-Lex" (<http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>) abrufbar.

Zum europäischen Bagatellverfahren § 14 Rn. 1.

**Urkundenprozess mit Ersatzurkunde***BGH NJW 2008, 523**Lehrbuch § 13, Rn. 9*

Der Urkundenprozess ist nur dann zulässig, wenn der Kläger alle (streitigen) anspruchsbegründenden Voraussetzungen mit Urkunden belegt. Möglich sind dabei neben den den Anspruch selbst verkörpernden Urkunden (z.B. Vertrag) auch bloße Indizurkunden (Lieferschein, Rechnung), nicht indes bloße Ersatzurkunden. Letztere sollen allein andere, an sich unzulässige Beweismittel ersetzen. Im vorliegenden Fall stützte der Kläger seine Urkundsklage auf ein im selbstständigen Beweissicherungsverfahren eingeholtes schriftliches Sachverständigengutachten. Dies hat der BGH in Übereinstimmung mit der bisherigen hM für unzulässig gehalten.

**Das neue europäische Verfahren zur Beitreibung geringfügiger Forderungen***Aufsatz von Hau in JuS 2008, 1056**Lehrbuch § 14, Rn. 1*

Ein weiteren Schritt zu einer einheitlichen europäischen Zivilprozessordnung stellt die Einführung eines europäischen Verfahrens zur grenzüberschreitenden Beitreibung von Forderungen bis 2.000,- € dar.

Die Verordnung (EG) Nr. 861/2007 schafft ein einheitliches europäisches Zivilverfahren, das vor den Gerichten der Mitgliedstaaten der EU – mit Ausnahme Dänemarks – Anwendung findet. Forderungen bis 2.000 Euro können damit leichter durchgesetzt werden. Die Verordnung gilt – wie das Europäische Mahnverfahren – nur für grenzüberschreitende Fälle. Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen ist einfach, effizient und kostengünstig. Für die Verfahrenseinleitung durch den Kläger und die Erwidern des Beklagten stehen standardisierte Formulare mit Ausfüllhinweisen zur Verfügung. Die Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist nicht vorgeschrieben. Das Verfahren wird grundsätzlich schriftlich geführt. Eine mündliche Verhandlung findet nur statt, wenn das Gericht sie für notwendig erachtet.

Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung vom 30.10.2008 (BGBl. 2008, 2122) enthält die erforderlichen nationalen Durchführungsvorschriften für die vorgenannte EG-Verordnung und tritt am 12.12.2008 in Kraft. Zum Europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen enthält das nationale Gesetz nur einige Anpassungen und Klarstellungen sowohl für das Verfahren bis zum Urteil als auch für die Zwangsvollstreckung. Sie betreffen insbesondere die Regelungen über die Beweisaufnahme und zum Gang des Verfahrens. Zugleich wird die Geltendmachung grenzüberschreitender Forderungen bis 2.000 Euro nach dem europäischen Verfahren in den deutschen Zivilprozess eingebettet. Der Text der EG-Verordnung zum Europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen ist über das Portal "EUR-Lex" (<http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>) abrufbar.

Zum europäischen Mahnverfahren § 11 Rn.1.

**Schiedsverfahrensrecht***Aufsatz von Wolff in JuS 2008, 108**Lehrbuch § 14, Rn. 2*

In der Schiedsgerichtsbarkeit entscheiden Privatpersonen zivilrechtliche Streitigkeiten an Stelle staatlicher Gerichte. Gerade für internationale Streitigkeiten und

Streitigkeiten zwischen Gewerbetreibenden ist dies heute eher die Regel als die Ausnahme. Der vorliegende Beitrag führt in das Schiedsverfahrensrecht ein und weist gleichzeitig auf Gestaltungen und Probleme der Praxis hin. Einen besonderen Schwerpunkt legt der Verfasser dabei auf die auch im zweiten Examen relevanten Verknüpfungen des Schiedsverfahrens mit dem Prozess vor einem staatlichen Gericht, insbesondere die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung und der Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen. Zumindest unter diesem Gesichtspunkt handelt es sich um einen lesenswerten Beitrag.

## **Kapitalanleger-Musterverfahren**

*BGH NJW 2008, 2187*

*Lehrbuch § 14, Rn. 89*

Eine neue Klage kann nicht unmittelbar im Kapitalanleger-Musterverfahren erhoben werden. Ein Musterfeststellungsantrag kann nach § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KapMuG sowohl vom Kläger als auch Beklagten in einem erstinstanzlichen Verfahren gestellt werden, in dem entweder ein Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation oder ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem WpÜG beruht, geltend gemacht werden. Ein zulässiger Musterfeststellungsantrag ist vom Prozessgericht mit unanfechtbarem Beschluss im elektronischen Bundesanzeiger öffentlich bekannt zu machen (§ 2 Abs. 1 KapMuG). Damit wird das Verfahren unterbrochen (§ 3 KapMuG). Werden innerhalb von vier Monaten nach Bekanntmachung eines zeitlich ersten Musterfeststellungsantrages in neun weiteren Verfahren (ggf. auch vor anderen Gerichten) gleichgerichtete, auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhende Musterfeststellungsanträge gestellt, so legt das zuerst befassende Prozessgericht die Sache nach Anhörung des Antragsgegners durch Beschluss seinem im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts vor (§ 4 Abs. 1 KapMuG). Entgegen der bisher hM hat der BGH nun entschieden, dass es nicht erforderlich ist, dass die Anträge aus zehn getrennten Verfahren herrühren, es vielmehr ausreicht, wenn zehn Streitgenossen aus demselben Verfahren diesen Antrag stellen.

## **Formeller Parteibegriff, Parteiänderung und Parteiberichtigung**

*BGH NJW-RR 2008, 582*

*Lehrbuch § 15, Rn. 2*

Die Klägerin macht Gewährleistungsansprüche Kauf einer Ozon Anlage geltend, die sie von einer GmbH gekauft hatte. In der Klageschrift gab sie als Namen der Beklagte den der Muttergesellschaft der GmbH, einer AG, und die Anschrift der GmbH an. Für die die bestellte sich ein Prozessbevollmächtigter und beantragte Abweisung der Klage mangels Passivlegitimation. Den Antrag der Klägerin auf Berichtigung des Rubrums hat das Landgericht abgelehnt, mit Zwischenurteil auf Antrag der AG aber festgestellt, dass diese mit dem Beklagten identisch sei. Im Urteil wurde die Klage als unbegründet abgewiesen, weil die Klägerin nicht in schadenersatzpflichtigen – die GmbH – in Anspruch genommen habe. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen, weil eine unrichtige oder mehrdeutige Parteibezeichnung zwar der Auslegung zugänglich sei, eine solche hier aber an der Eindeutigkeit der unterschiedlichen juristischen Personen AG und GmbH scheitere. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin die Feststellung, dass die GmbH mit der AG identisch und zur Zahlung verpflichtet sei.

Nach Auffassung des BGH ist bezeichnend hier zu berichtigen.

„Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist eine Parteibezeichnung als Teil einer Prozesshandlung grundsätzlich der Auslegung zugänglich. Dabei ist maßgeblich, wie die Bezeichnung bei objektiver Deutung aus der Sicht der im Empfänger (Gericht und Gegenpartei) zu verstehen ist. Es kommt darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Bezeichnung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts beizulegen ist. Bei objektiv unrichtiger oder auch mehrdeutiger Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei anzusprechen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll. Bei der Auslegung der Parteibezeichnung sind nicht nur die im Rubrum der Klageschrift enthaltenen Angaben, sondern auch der gesamte Inhalt der Klageschrift einschließlich etwaiger beigefügter Anlagen zu berücksichtigen. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Klageerhebung gegen die in Wahrheit gemeinte Person nicht an deren fehlerhafter Bezeichnung scheitern darf, wenn diese Mängel in Anbetracht der jeweiligen Umstände letztlich keine vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten aufkommen lassen, auch dann, wenn statt der richtigen Bezeichnung irrtümlich die Bezeichnung einer tatsächlich existierenden (juristischen oder natürlichen) Personen gewählt wird, solange nur aus dem Inhalt der Klageschrift und etwaigen Anlagen unzweifelhaft deutlich wird, welche Partei tatsächlich gemeint ist. Von der fehlerhaften Parteibezeichnung zu unterscheiden ist die irrtümliche Benennung der falschen, am materiellen Rechtsverhältnis nicht beteiligten Person als Partei; diese wird Partei, weil es entscheidend auf den Willen des Klägers, so wie er objektiv geäußert ist, ankommt.“

Vorliegend ergab eine Einbeziehung der Anlagen zur Klageschrift in die Auslegung, dass die GmbH und nicht die AG gemeint war. Die für die Parteiwerdung der GmbH erforderliche Zustellung (Lehrbuch § 2 Rdnr. 7) hätte nachgeholt werden müssen. Nach Auffassung des BGH war die AG nur Scheinbeklagte, so dass die ihr entstandenen Kosten von der Klägerin zu tragen sind, die durch die Falschbezeichnung die Zustellung veranlasst hat

## **Parteiwechsel auf Klägerseite**

*Aufsatz von Fischer in JuS 2008, 38*

*Lehrbuch § 15, Rn. 9*

Der gewillkürte Parteiwechsels ist eine in der gerichtlichen Praxis nicht seltene Erscheinung und kann im Einzelfall erhebliche prozessuale Probleme aufwerfen. Der vorliegende Beitrag stellt einen praktischen Fall exemplarisch vor.

## **Rechtsmissbräuchliche Versagung der Zustimmung zur Parteiänderung**

*BGH NJW-RR 2008, 176*

*Lehrbuch § 15, Rn. 12*

Eine Parteiänderung in zweiter Instanz bedarf der Zustimmung des Gegners. Die Versagung der Zustimmung zur Parteierweiterung durch einen in der Berufungsinstanz erstmals mit einer Widerklage überzogenen Architekten ist nicht missbräuchlich, wenn die Widerklage wegen Bauaufsichtsfehlern einer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätigen Architektengemeinschaft zunächst nur gegen einen Gesellschafter erhoben wird und sodann nach mehreren Jahren der Prozessführung zu einem geringen Teil auch gegen den anderen, bisher am Prozess nicht beteiligten Gesellschafter, nachdem dieser als Zeuge geladen worden ist.

## Prozessaufrechnung

*Aufsatz von Chr. Wolf in JA 2008, 673, 753*

*Aufsatz von Feser in JA 2008, 525*

*Aufsatz von Huber in JuS 2008, 1050*

*Lehrbuch § 23, Rn. 1*

Die Prozessaufrechnung stellt eine Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Prozessrecht dar. Der vorliegende, lesenswerte Aufsatz von Wolf stellt neben der dogmatischen Doppelnatur und notwendigen Abgrenzungen zu verwandten Instituten (Anrechnung, Widerklage, vorprozessuale Aufrechnung) auch die verschiedenen Erscheinungsformen (Haupt- und Hilfsaufrechnung) und die Rechtsfolgen vor.

Der Aufsatz von Feser behandelt die Probleme der Aufrechnung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 II ZPO.

Der Aufsatz von Huber ist eine auf wenige Grundzüge beschränkte Kurzdarstellung.

## Aufrechnung mit rechtswegsfremden Forderungen

*BAG NJW 2008, 1020*

*Lehrbuch § 23, Rn. 6*

Der Kläger war für das beklagte Land tätig und bewohnte eine Dienstwohnung. Das Land kündigte diese, bot aber einen normalen Mietvertrag an. Diesen unterzeichnete der Kläger nicht, bewohnte die Wohnung aber weiter und zahlte die Dienstwohnungsmiete. Das Land verlangte den höheren ortsüblichen Mietzins und rechnete diese mit den Lohnzahlungsansprüchen des Klägers auf. Der Kläger erhob Klage auf Zahlung des vollen Lohns vor dem ArbG. Dieser Anspruch blieb unstrittig, gestritten wurde lediglich über die vom Land geltend gemachte Aufrechnungsforderung aus Miete. Für den Klageanspruch ist unzweifelhaft die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig, für den Mietanspruch die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Während die zivilprozessual hM diese Fälle über § 148 ZPO löst (der Rechtsstreit wird ausgesetzt, bis das Bestehen der Aufrechnungsforderung vor den zuständigen Gerichten rechtskräftig festgestellt ist), haben die Arbeitsgerichte hier gleich zwei neue, einfachere Möglichkeiten ins Auge gefasst.

Auf die Zuständigkeitsrüge des Landes hin stellte das ArbG seine Zuständigkeit nach § 17a III, 17 I 1 GVG fest. Es sei zur Entscheidung auch über die Aufrechnungsforderung nach § 17 II GVG zuständig.

Auf die sofortige Beschwerde (§ 17a IV 3 GVG) des Landes verwies das LAG den Rechtsstreit an das Amtsgericht. Das BAG hat die zugelassene Rechtsbeschwerde mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Verweisung erst nach rechtsbeständiger Erledigung der Vergütungsansprüche wirksam werden soll. Das BAG will eine Entscheidung über die arbeitsrechtliche Forderung durch Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO) und danach eine Verweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Der vom BAG vorgeschlagene Weg ist nach § 17a GVG an sich nur möglich, wenn anfänglich das unzuständige Gericht angerufen wurde, was vorliegend nicht der Fall ist. Versteht man unter den „in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten“ iSd § 17 II 1 GVG auch Aufrechnungsforderungen (wie das ein Teil der Literatur tut: Thomas/Putzo/Hüßtege § 17 GVG Rn. 9 mwN), ist der Weg des ArbG der einfachste. Die hM sieht diesen Weg aus verfassungsrechtlichen Gründen versperrt (Lehrbuch § 3 Rn. 8).

**Negative Drittwiderfeststellungsklage gegen Zedenten***BGH NJW 2008, 2852**Aufsatz von Dräger in MDR 2008, 1373**Lehrbuch § 24, Rn. 17, 23*

Die Klägerin hat mit ihrem Ehemann eine Eigentumswohnung als Kapitalanlage erworben und will diesen Vertrag schadensersatzrechtlich rückabwickeln. Sie hat sich die Ansprüche ihres Mannes abtreten lassen und klagt nun alleine. Die Beklagte hat Widerklage nur gegen den Ehemann mit dem Antrag erhoben, festzustellen, dass diesem Ansprüche aus dem Kaufvertrag nicht zustehen.

Diese Widerklage hat der BGH für zulässig erklärt. Zwar richte sie sich nur gegen einen Dritten und nicht auch gegen die gegnerische Partei, dies sei aber ausnahmsweise möglich, weil die geltend gemachten Ansprüche auf einem Vertragsverhältnis beruhen, an dem die Klägerin und der Widerbeklagte in gleicher Weise beteiligt gewesen seien. Die bei der Sachentscheidung zu berücksichtigenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seien damit in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche dieselben. Die Aufspaltung in zwei Prozesse wäre prozessökonomisch unsinnig und trüge das Risiko sich widersprechender Sachentscheidungen.

Ein Feststellungsinteresse gegen den Dritten ergebe sich nicht aus § 256 II ZPO, der nur für die bisherigen Parteien gelte, wohl aber daraus, dass die Beklagte nur bei wirksamer Abtretung vor einer neuen Klage des Dritten geschützt sei, der dann nach § 325 I 1 ZPO an die Rechtskraft des Urteils gebunden sei. Stelle sich die Abtretung dagegen als unwirksam heraus, sei dem Dritten eine eigene Klage möglich, gegen die die Beklagte sich mit der negativen Feststellungswiderklage schützen könne.

Die Entscheidung hat große Bedeutung in der Praxis. Der verbreiteten Anwaltsstrategie, den Rechtsinhaber als Zeugen zu gewinnen, wenn er den Anspruch abtritt und vom Zessionar einklagen lässt, kann der Beklagte nun mit der als isolierte Drittwiderklage erhobenen negativen Feststellungsklage entgegen treten. Damit wird der Dritte Partei und steht als Zeuge nicht mehr zur Verfügung.

**Doppelsäumnis nach Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid***Aufsatz von Siemon in JuS 2008, 605**Lehrbuch § 26, Rn. 24, 28*

V erwirkt einen Mahnbescheid gegen M über 5.800,- €. Als Anspruchsbezeichnung ist darin „Dienstleistungsvertrag gemäß Mahnung“ angegeben. Der Mahnbescheid wird M zugestellt, der darauf nicht reagiert. Auf Antrag des V erlässt das Mahngericht nun einen Vollstreckungsbescheid. Zwei Tage nach dessen Zustellung legt M Widerspruch ein. Nach Abgabe des Verfahrens fordert die Geschäftsstelle des Landgerichts dem V zur Anspruchsbegründung binnen zweier Wochen auf. V lässt die Frist ohne Reaktion verstreichen. Daraufhin beraumt der Einzelrichter Termin zur mündlichen Verhandlung an und setzt dem V abermals eine Anspruchsbegründungsfrist. Auch diesmal reagiert V nicht. In der mündlichen Verhandlung erscheint für V niemand. M erscheint ohne Anwalt und erklärt, bei einer Kneipentour sei ihm, als er schon betrunken gewesen sei, ein Partnerschaftsvermittlungsvertrag aufgeschwatzt worden. Vermutlich solle er deshalb zahlen, was er ablehne.

Ein wunderschöner Fall zu den bei der Säumnis beider Parteien und der wiederholten Säumnis auftretenden Problemen. Wegen der Lösung sei auf den Aufsatz verwiesen.

**Kostenentscheidung nach Erledigung des selbstständigen Beweisverfahrens***Aufsatz von Looff in NJW 2008, 24**Lehrbuch § 27, Rn. 11*

Die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens gehören grundsätzlich zu den Kosten des anschließenden Hauptsacheverfahrens. Nur ausnahmsweise (etwa, wenn es zu einem Hauptsacheverfahren nicht kommt) ist eine Kostengrundentscheidung im Rahmen des Beweisverfahrens möglich (§ 494a ZPO).

Erledigt sich die Hauptsache bereits im selbstständigen Beweisverfahren, ist fraglich, ob hier eine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO zu ergehen hat. Der BGH hat dies abgelehnt (NJW 2007, 3721). So sei die Erledigung des selbstständigen Beweisverfahrens nicht vergleichbar mit der der Hauptsache. Zudem sei im selbstständigen Beweisverfahren die sachliche Prüfung des hypothetischen Unterliegens nicht möglich. Nach Auffassung des BGH ist also entweder eine Kostenentscheidung zu unterlassen oder nach § 269 III 2 ZPO zu Lasten des Antragstellers zu treffen.

Da dies nicht in allen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen führt, schlägt Loof – gegen den BGH – eine Kostenentscheidung analog §§ 494a, 91a ZPO vor.

**Anscheinsbeweis im Straßenverkehrsrecht***Aufsatz von Metz in NJW 2008, 2806**Lehrbuch § 27a, Rn. 21*

Ein Anscheinsbeweis kommt in Betracht, wenn bei einem typischen, in einer Vielzahl immer gleich gelagerter Fälle gleiche Ursachen gleiche Folgen haben oder umgekehrt. Er ermöglicht bei typischen Geschehensabläufen den Schluss von einer bestimmten Ursache auf eine bestimmte Folge oder von einer bestimmten Folge auf eine bestimmte Ursache, wobei sowohl Kausalität als auch Verschulden erfasst werden können. Der vorliegende Aufsatz stellt das Institut des Anscheinsbeweises und seinen wichtigsten Anwendungsbereich, den Verkehrsunfall dar. Hier gibt es im Bereich des klassischen heckseitigen Auffahrens zahlreiche besondere Fallgestaltungen (Zurückrollen, Fahrspurwechsel, plötzliches Abbremsen oder mangelnde Beleuchtung des Vordermannes, Kettenunfälle) deren Voraussetzungen und Ausnahmen auseinander zu halten sind. Hinzu kommen unterschiedliche Reichweiten der Beweiserleichterung bei Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Absolut lesenswert!

**Prozessanerkennnis***Aufsatz von Huber in JuS 2008, 313**Lehrbuch § 28, Rn. 4*

Komprimiert auf eine Seite werden hier Voraussetzungen und Folgen des Anerkenntnisses nach § 307 ZPO dargestellt. Kaum zum Erlernen des Institut geeignet, wohl aber zur Wiederholung und zur Lernkontrolle.

**Klagerücknahme bei Erledigung vor Rechtshängigkeit***Aufsatz von Fritzsche-Brandt in JA 2008, 365**Lehrbuch § 29, Rn. 36*

Hat sich die Hauptsache vor Zustellung der Klage an den Beklagten erledigt, kommt eine Erledigungserklärung nicht in Betracht. § 269 III 3 ZPO sieht hierfür eine Klagerücknahmeerklärung vor, in deren Folge eine dem § 91a ZPO entsprechende Kosten-

entscheidung des Gerichts ergeht. Dass die Klagerücknahme in diesen Fällen nach mündlicher Verhandlung von einer Zustimmung des Beklagten abhängt, hält die Autorin für verzichtbar. Mit dieser Ansicht steht sie bislang indes alleine.

### **Prozesskostenhilfe im Berufungsverfahren**

*BGH NJW 2008, 2855*

*Lehrbuch § 30, Rn. 19*

Will eine Partei Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren, stehen ihr verschiedene Möglichkeiten offen:

Die Partei kann unbedingt Berufung einlegen und begründet diese fristgerecht. Parallel dazu beantragt sie Prozesskostenhilfe. Wird diese gewährt, trägt die Staatskasse die Kosten des Berufungsklägers, wird sie versagt, muss er sie selbst tragen, unabhängig davon, ob er das Berufungsverfahren jetzt noch weiterbetreibt oder nicht.

Will die Partei die Durchführung des Berufungsverfahrens von der Bewilligung der Prozesskostenhilfe abhängig machen, darf sie zunächst nur diese beantragen. Wird sie bewilligt und ist (wie regelmäßig) zu diesem Zeitpunkt die Berufungsfrist bereits verstrichen, kann sie (binnen eines Monats: § 234 I 2 ZPO) Wiedereinsetzung beantragen, da sie aufgrund ihrer Vermögenslage an der rechtzeitigen Einlegung verhindert war. Wird die Prozesskostenhilfe versagt, kommt ein Berufungsverfahren nicht zustande.

Im Fall des BGH hatte die Partei einen dritten Weg gewählt, nämlich unbedingt Berufung eingelegt, erst danach Prozesskostenhilfe beantragt und angekündigt, die Begründung von der Bewilligung abhängig zu machen. Zur Begründung des Prozesskostenhilfeantrags hatte die Partei einen „Entwurf“ der Berufungsbegründung vorgelegt, der den Anforderungen des § 520 II ZPO entsprach. Hier hat der BGH eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Begründungsfrist versagt, weil die Vermögenslosigkeit nicht kausal für die Fristversäumung war. Der Partei wäre es möglich gewesen, die vorliegende Begründung unbedingt einzureichen. Diese Fallgestaltung ist praktisch außerordentlich selten und wohl eher als Anwaltsfehler zu bezeichnen.

### **Anschließung für Klageänderung durch Berufungsbeklagten**

*BGH MDR 2008, 463*

*Lehrbuch § 30, Rn. 24*

Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen. Erforderlich ist dies immer, wenn er mehr erreichen will, als die bloße Zurückweisung der Berufung. Im vorliegenden Fall wollte der Berufungsbeklagte mit der Anschlussberufung eine zu Unrecht zu seinen Gunsten ergangene erstinstanzliche Entscheidung aufrechterhalten wissen will, indem er die Klage nach einem nach Fristablauf erteilten Hinweis des Berufungsgerichts auf einen anderen Klagegrund stützt.

### **Fehlervermeidung im Berufungsverfahren**

*Aufsatz von Stackmann in NJW 2008, 3665*

*Lehrbuch § 30, Rn. 30*

Das zivilprozessuale Berufungsverfahren ist in Hessen nicht klausurrelevant. Die vorliegend vorgestellten Fehlerquellen sind deswegen allenfalls für die Wahlstation von Bedeutung.

## Zulässigkeit der Berufung

*OLG Köln NJW 2008, 3649*

*Lehrbuch § 30, Rn. 31*

Abweichend von der hM will das OLG Köln eine Sachentscheidung in zweiter Instanz zumindest nach § 522 II ZPO auch dann zulassen, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels nicht vorliegen.

## Kein Vertrauenstatbestand in erste Verlängerung der Begründungsfrist bei unbegründetem Antrag

*BGH MDR 2008, 41*

*Lehrbuch § 30, Rn. 33*

Die Frist zur Begründung beträgt zwei Monate ab Zustellung des Urteils und kann auf Antrag verlängert werden. Die erste Verlängerung um bis zu einem Monat erfolgt so regelmäßig, dass der Berufungskläger darauf vertrauen darf, er im Fall der Verweigerung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die im Vertrauen auf die Verlängerung versäumte Frist bekommen muss. Dies gilt allerdings nur, wenn der Verlängerungsantrag begründet wurde. Ein unbegründeter Antrag kann abgelehnt werden. Der Vorsitzende, der eine erste Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist ablehnt, weil dafür kein erheblicher Grund dargelegt worden war, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, diese Entscheidung dem Rechtsmittelführer noch vor Fristablauf notfalls per Telefon oder Telefax mitzuteilen. Vielmehr hat dieser sich rechtzeitig bei Gericht zu erkundigen, weil er mit einer Ablehnung des unbegründeten Antrags rechnen musste.

## Erstmalige Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz

*BGH NJW 2008, 3434*

*Lehrbuch § 30, Rn. 42*

In der Berufungsinstanz ist den Parteien der Vortrag neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel grundsätzlich verwehrt (§§ 529 I, 531 II ZPO). Dies gilt nicht für unstrittige Tatsachen, diese sind vom Gericht in jedem Fall zu berücksichtigen. Ob dies auch für die Erhebung einer Verjährungseinrede gilt, wenn sowohl die Erhebung der Verjährungseinrede als auch die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände unstrittig sind, war zwischen den Senaten des BGH streitig. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der Große Zivilsenat eine solche unstrittige Einrede zugelassen.

## Beschlusszurückweisung der Berufung

*Aufsatz von Krüger in NJW 2008, 945*

*BVerfG NJW 2008, 3419*

*Aufsatz von Nasall in NJW 2008, 3390*

*Lehrbuch § 30, Rn. 46*

Eine erkennbare aussichtslose Berufung kann vom Gericht durch einstimmigen Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen werden (§ 522 II ZPO). Von ihrer Einführung durch die ZPO-Reform an ist hierbei insbesondere die Unanfechtbarkeit dieser Entscheidung (§ 522 III ZPO) heftig umstritten. Trotz mehrerer Entscheidungen des BVerfG und des BGH wird in der Literatur immer wieder Kritik daran laut, dass das Berufungsgericht mit der Wahl der Entscheidungsform auch die Wahl der Anfechtbarkeit hat. Dass der Aufsatz von Krüger diese Kritik aufgreift und teilt

wäre an sich nicht bemerkenswert, wenn es sich beim Autor nicht um den Vorsitzenden des V. Zivilsenats am BGH handelte.

Zu Recht vermutet Nasall, dass die unmittelbar darauf ergangene erneute Entscheidung des BVerfG nur deswegen ergangen ist, um klarzustellen, dass das BVerfG an seiner Auffassung festhält und damit den BGH von einer abweichenden Entscheidung abhalten will („verfassungsgerichtliche Lawinensprengung“).

## **Gegenvorstellung**

*BFH NJW 2008, 543*

*Lehrbuch § 30, Rn. 93*

Die Gegenvorstellung wird in allen Bereichen der Rechtsordnung als rechtlich nicht geregelter, außerordentlicher Rechtsbehelf anerkannt, mit dem der Entscheidungsträger veranlasst werden kann, seine eigene Entscheidung zu überdenken und diese – soweit dem nicht zB eine Bindungswirkung oder die Rechtskraft entgegensteht – abzuändern. Der BFH hält die Gegenvorstellung nach Einführung der Gehörsrüge nicht mehr für möglich und hat zur Entscheidung hierüber den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes angerufen.