

## Die zivilgerichtliche Assessorklausur

Bearbeitet von  
Von Ralf Stoffregen, Richter am Amtsgericht

3. Auflage 2018. Buch. VIII, 246 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 86752 607 4  
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## 1. Teil: Grundlagen der Arbeitsmethodik

### A. Einleitung

Die Klausuraufgaben im **Assessorexamen** verlangen nicht nur die Erarbeitung der materiell-rechtlichen Lösung, sondern auch die tatsächliche und verfahrensmäßige Aufbereitung der Aktenstücke aus der Sicht eines Praktikers. Um innerhalb der vorgegebenen Bearbeitungszeit eine **praxisgerechte Lösung** entwickeln und unter Beachtung der erforderlichen Formalien ausformulieren zu können, bedarf es eines soliden Zeitmanagements und des möglichst optimalen Einsatzes der von den **Landesjustizprüfungsämtern** zugelassenen **Kommentarliteratur**. Dies sind in der zivilrechtlichen Assessor Klausur in allen Bundesländern (zumindest) die Kommentare von Palandt<sup>1</sup> sowie Thomas/Putzo.<sup>2</sup> Zusätzlich darf in Bayern die **Formularsammlung** von Kroiß/Neurauter<sup>3</sup> als Hilfsmittel benutzt werden. Es ist ratsam, sich frühzeitig (z.B. im Internet) über die in der Prüfung zugelassenen Hilfsmittel zu informieren und diese bei der Prüfungsvorbereitung regelmäßig zu benutzen. Auf diese konzentrieren sich zur Erleichterung der Nacharbeit die **Fundstellennachweise** in den bewusst knapp gehaltenen Fußnoten. Soweit dies im jeweiligen Bundesland erlaubt ist, können die zitierten Kommentarstellen als handschriftliche Hinweise in die Gesetzes-sammlungen übertragen werden.

Anders als im Studium und im ersten Staatsexamen ist der dem Fall zugrunde liegende **Sachverhalt in aller Regel zumindest teilweise streitig**. Dies gilt sowohl für gerichtliche als auch für anwaltliche Aufgabenstellungen. Von daher ist der **Arbeit am Sachverhalt besondere Aufmerksamkeit** zu widmen. Bekanntlich wirken sich Fehler bei der Sachverhaltserfassung nahezu immer negativ auf die rechtliche Lösung aus, die das Kernstück der Klausuraufgabe darstellt.

Die Umsetzung der Lösung im Praxisteil der Klausur verlangt **praktisches Geschick**. Durch das Bestehen des ersten Staatsexamens ist der Nachweis der rechtswissenschaftlichen Qualifikation gelungen. Die im zweiten Staatsexamen erfolgende Prüfung der Praxiseignung hat eine andere Zielrichtung. Die **Kenntnis alltagstypischer Lösungsmuster** und eine große Zahl von **Formulierungshilfen** erleichtern die Bewältigung dieser Aufgabe nachhaltig und vermeiden unnötigen Zeitverlust.

Ein zentrales Anliegen dieses Skriptes besteht darin, dieses unentbehrliche Praxiswissen in **komprimierter Weise** unter weitestgehendem **Verzicht auf die Erörterung wissenschaftlicher Streitfragen** anschaulich darzustellen. Die Erörterung von Meinungsstreitigkeiten ist in den einschlägigen Lehrbüchern<sup>4</sup> und Skripten<sup>5</sup> zu finden. Deshalb hält sich der Umfang dieses Skriptes bewusst in einem überschaubaren Umfang und verzichtet auf ein gesondertes Literaturverzeichnis. Es geht nicht um die Vermittlung von Spezialwissen zu den zahllosen juristischen Streitfragen, sondern um eine praxisnahe Darstellung der methodischen Arbeitsgrundlagen. Damit richtet sich das Skript sowohl an **Referendare am Anfang** ihrer praktischen Ausbildung als auch an **Examenskandidaten**, die ihr im Referendariat erworbenes Wissen auffrischen und vertiefen möchten.

Literatur und Judikatur befinden sich auf dem Stand 31.07.2018.

1 BGB, 77. Aufl. 2018, zitiert: Palandt/Bearbeiter.

2 ZPO, 39. Aufl. 2018, zitiert: Thomas/Putzo/Bearbeiter.

3 Formularsammlung für Rechtspflege und Verwaltung, 26. Aufl. 2017.

4 Standardausbildungsliteratur sind insbesondere Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 13. Aufl. 2017, und Knöringer, Die Assessor Klausur im Zivilprozess, 16. Aufl. 2016.

5 Siehe AS-Skript ZPO (2018).

## B. Aufgabeninhalte von Examensklausuren

- 5 Die zivilrechtlichen Examensklausuren unterfallen in **Entscheidungsklausuren (Richterklausuren) und Anwaltsklausuren**. Die **Kernprobleme** liegen regelmäßig im Bereich des **materiellen Rechts**.<sup>6</sup> Anders als im ersten Staatsexamen bedarf es aber keiner wissenschaftlichen Abhandlung streitiger Rechtsfragen, vielmehr sollte die (im Kommentar nachzulesende und in der Praxis anerkannte) **h.M. zur Grundlage der Klausurlösung** gemacht werden. Der gleichen Arbeitsweise bedient sich das Justizprüfungsamt bei seinem Lösungsvorschlag, der den Prüfern übermittelt wird. **Prozessuale Fragestellungen** demgegenüber bilden zumeist nur den **Rahmen der Klausur**. Dies darf aber nicht dazu führen, das Prozessrecht bei der Examensvorbereitung zu vernachlässigen und dort den „Mut zur Lücke“ zum beherrschenden Prinzip werden zu lassen.

**Beachte:** Eine sachgerechte Examensvorbereitung erfordert eine solide Kenntnis sowohl des materiellen als auch des Prozessrechts. Bei umstrittenen Rechtsfragen sollte der Fokus auf die herrschende Praxisansicht gelegt werden, um sich nicht in der Auseinandersetzung mit Mindermeinungen zu verzetteln.

- 6 Von zentraler Bedeutung bei der Erarbeitung jeder Klausurlösung ist die richtige **Schwerpunktsetzung**. Von keinem Referendar, auch nicht von dem Examenskandidaten, kann erwartet werden, dass er sämtliche klausurrelevanten Rechtsfragen kennt. Gerade bei dem Referendar wenig vertrauten Rechtsgebieten ist deshalb die **Entschlüsselung des Aufgabentextes** von großer Wichtigkeit. Die maßgeblichen Rechtsprobleme sind in den Klausuraufgaben mehr oder weniger deutlich angesprochen. Deshalb sollten die von den Fallbeteiligten **angesprochenen Rechtsfragen markiert und gesammelt** werden. Nur wenn jedenfalls die meisten dieser Rechtsansichten in der vom Referendar erarbeiteten Lösung von Relevanz sind, befindet sich der Fallbearbeiter auf dem richtigen Weg. Dies ist grundlegend für die **Klausurtaktik**. Umgekehrt bedeutet dies: Spielen die im Aufgabentext problematisierten Rechtsprobleme für den Lösungsvorschlag des Referendars überhaupt keine oder nur eine untergeordnete Rolle, weicht die Lösung von der des Justizprüfungsamtes mit Sicherheit in zentralen Fragen ab und sollte dringend noch einmal auf ihre Richtigkeit überprüft werden. Dies geschieht **methodisch** durch eine konsequente Anwendung der **juristischen Subsumtionstechnik** (Obersatz – Untersatz – Schlussatz). Auf diese Weise ist es unter Einsatz der Kommentarliteratur jederzeit möglich, auch Fallprobleme aus unbekannten Rechtsgebieten zumindest vertretbar zu lösen und damit die im Assessorexamen im Vordergrund stehende **Praxistauglichkeit** des Bearbeiters unter Beweis zu stellen.

**Beachte:** Nur ein methodisch einwandfreier Lösungsweg ist ein Garant für das richtige Klausurergebnis.

## C. Klausurtypen

- 7 Gemeinsames Merkmal aller vorkommenden Klausurtypen ist, dass ein in aller Regel<sup>7</sup> streitige Tatsachen beinhaltendes Aktenstück **in prozessualer und materiell-rechtlicher Hinsicht** umfassend zu prüfen und das Ergebnis in einen **Praxisentwurf** umzusetzen ist.

<sup>6</sup> Siehe die zusammenfassende Darstellung im AS-Skript Materielles Zivilrecht in der Assessorklausur (2018).

<sup>7</sup> Ausnahmen bestehen insbesondere bei kautelarjuristischen Klausuren.

## I. Entscheidungsklausuren

Die Entscheidungsklausur besteht in einer **richterlichen Aufgabenstellung**. Zumeist ist ein **Urteil** zu entwerfen, seltener ein **Beschluss**. Bisweilen sind diese Aufgaben in eine einstweilige Rechtsschutzsituation eingebunden. Die dritte vom Gesetz vorgesehene gerichtliche Entscheidungsform (vgl. § 160 Abs. 3 Nr. 6 ZPO), eine richterliche **Verfügung**, ist zumindest bislang nicht Gegenstand zivilrechtlicher Examensaufgaben.<sup>8</sup>

8

Beide denkbaren Klausuraufgaben erfordern neben der unbedingten Beachtung der Entscheidungsformalien (vgl. § 313 Abs. 1 Nr. 1–4 ZPO) eine stilistisch saubere **Begründung** der rechtlichen Lösung (im „Urteils-Stil“) sowie (vorab) die Schilderung des der Entscheidung zugrunde liegenden **Sachverhaltes**. In aller Regel ist **kein zusätzliches Gutachten** verlangt. Anders ist dies, wenn die Lösung des Referendars zur Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens kommt. In Bayern verlangen die Aufgabenstellungen in aller Regel ein zusätzliches Hilfsgutachten und/oder Hilfsentscheidungsgründe zu den vom Referendar in seiner Lösung nicht behandelten Rechtsfragen des Falles.

9

Eine typische Aufgabenstellung (**Bearbeitervermerk**) lautet:

10

### Bearbeitervermerk:

Die Entscheidung des Gerichts ist zu entwerfen. Die Klage wurde der Beklagten am 28.03.2018 und der Schriftsatz vom 23.04.2018 am 30.04.2018 zugestellt.

Eine Streitwertfestsetzung ist nicht erforderlich.

Wird ein rechtlicher Hinweis für erforderlich angesehen, so ist zu unterstellen, dass dieser ordnungsgemäß erfolgt ist. Eine solche Vorgehensweise ist in einer Fußnote kenntlich zu machen.

Werden eine richterliche Aufklärung oder eine Beweiserhebung für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass diese ordnungsgemäß erfolgt und ohne Ergebnis geblieben sind. Eine solche Vorgehensweise ist in einer Fußnote kenntlich zu machen.

Kommt die Bearbeitung ganz oder teilweise zur Unzulässigkeit der Klage, so ist insoweit zur Begründetheit in einem Hilfsgutachten Stellung zu nehmen.

Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung.

Hannover hat ein eigenes Amts- und Landgericht, zuständiges Amtsgericht für Vlotho ist Bad Oeynhausen, zuständiges Landgericht Bielefeld.

Der Bearbeitung ist der zum Entscheidungszeitpunkt geltende Rechtszustand zugrunde zu legen. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

**Beachte:** Datenangaben und Kalenderabdrucken im Bearbeitervermerk ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Sie stellen zumeist für Fristberechnungen wichtige Ergänzungen des Sachverhaltes dar.

## II. Anwaltsklausuren

Anwaltliche Aufgabenstellungen werden in diesem Skript nur kurz zwecks **Abgrenzung zu den Entscheidungsklausuren** behandelt. Die Einzelheiten der Klausurtechnik bei anwaltlichen Aufgabenstellungen sind Gegenstand des **AS-Skriptes Die zivilrechtliche Anwaltsklausur**.

11

<sup>8</sup> Vgl. zu der Unterscheidung der gerichtlichen Entscheidungen Thomas/Putzo/Reichold Vorbem. § 300 ZPO Rn. 1–3.

**Zusammenfassende Übersicht zur Begründetheitsprüfung:**

76

Schlüssigkeit	Erheblichkeit
<p>Das Klägervorbringen ist <b>schlüssig</b>, falls der Kläger <b>mindestens für eine</b> Anspruchsgrundlage sämtliche den Klageanspruch ergebenden Tatsachen vorgetragen hat.</p> <p>Es ist zu prüfen, ob sich der geltend gemachte Anspruch nach Grund und Höhe aus dem <b>unstreitigen Sachverhalt und den streitigen Behauptungen des Klägers</b> ergibt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Feststellung der in Betracht kommenden <b>Anspruchsgrundlagen</b>. Prüfung, ob <b>alle anspruchsbegründenden Tatsachen</b> vom Kläger vorgetragen sind.</li> <li>■ Falls sich aus Klägervortrag <b>anspruchsfeindliche (anspruchshindernde, anspruchvernichtende oder anspruchshemmende) Tatsachen</b> ergeben, ist der Klägervortrag unschlüssig, sofern nicht der Kläger <b>anspruchserhaltende Tatsachen</b> vorgebracht hat.</li> <li>■ Falls das Vorbringen des Klägers nicht schlüssig ist, ist die Klage als unbegründet abzuweisen, <b>ohne auf abweichenden Tatsachenvortrag des Beklagten einzugehen</b>.</li> <li>■ Bei nur <b>teilweiser Schlüssigkeit</b> ist die Klage ohne Prüfung des abweichenden Tatsachenvorbringens des Beklagten <b>im Übrigen unbegründet</b>.</li> </ul>	<p>Erheblich kann <b>nur vom Klägervorbringen abweichender Tatsachenvortrag</b> des Beklagten sein. Das Beklagtenvorbringen setzt sich aus dem <b>unstreitigen Sachverhalt und den streitigen Behauptungen des Beklagten</b> zusammen.</p> <p>Erheblichkeit ist zu bejahen, wenn der <b>Klageanspruch</b> auf der Grundlage des vom Klägervorbringen abweichenden Tatsachenvortrages des Beklagten, der sich aus dem <b>unstreitigen Sachverhalt und seinen streitigen Behauptungen</b> ergibt, <b>unbegründet</b> ist.</p> <p>Der <b>abweichende Tatsachenvortrag des Beklagten</b> kann erfolgen durch das</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Bestreiten von Anspruchsvoraussetzungen</b> (sog. <b>unselbstständige</b> Verteidigung): Das <b>Bestreiten</b> ist <b>erheblich</b>, falls es <b>prozessual wirksam ist und</b> anspruchsbegründende <b>Tatsachen</b> betrifft.</li> <li>■ <b>Vorbringen von Tatsachen, die Gegennormen ausfüllen</b> (sog. <b>selbstständige</b> Verteidigung), <ul style="list-style-type: none"> <li>– die die <b>Entstehung</b> des Klageanspruches hindern, sog. <b>anspruchshindernde</b> Einwendungen,</li> <li>– den entstandenen Klageanspruch <b>vernichten</b>, sog. <b>anspruchvernichtende</b> Einwendungen,</li> <li>– die Geltendmachung des entstandenen Klageanspruches dauernd oder auf Zeit <b>hemmen</b>, sog. <b>anspruchshemmende</b> Einreden.</li> </ul> </li> </ul>

**f) Einspuriger Aufbau**

Ein **einspuriger Gutachtenaufbau** bedeutet, dass (anders als bei einer Relation) bei der **Anspruchsprüfung** nicht nur der Vortrag des Anspruchstellers, sondern **auch der streitige Tatsachenvortrag des Anspruchsgegners bei jedem Normmerkmal** zu berücksichtigen ist (bis hin zu einer ggf. erforderlichen **Prognose zur Beweisführung**).

77

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass für eine einspurige Gutachtenprüfung keine eingehenden Kenntnisse der relationsmäßigen Fallbearbeitung mehr erforderlich sind. Trotz einspurigen Gutachtenaufbaus muss der Referendar die juristische **Relationstechnik** auch bei der Fertigung eines einspurigen Gutachtens beherrschen.

So kann Prozesskostenhilfe nach § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO nur gewährt werden, wenn die Rechtsverfolgung oder -verteidigung Aussicht auf Erfolg bietet (d.h. das Vorbringen des Antragstellers schlüssig oder die Verteidigung des Antragsgegners erheblich ist). Beim Erlass eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten ist nach § 331 Abs. 2 ZPO eine schlüssige Klagebegründung erforderlich.

**lut** (auch) für und gegen Dritte eintritt (z.B. bei der Auflösung einer OHG nach § 133 HGB oder beim Ausschluss eines Gesellschafters nach § 140 HGB).<sup>330</sup>

### 3. Feststellungsklage

- 353** Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann durch eine **Feststellungsklage** das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses prozessual geltend gemacht werden. Das Klageziel beschränkt sich auf eine **rechtsbezeugende Feststellung ohne Leistungsinhalt**,<sup>331</sup> reicht also nicht so weit wie eine Leistungsklage. Ebenso wie Gestaltungsurteile haben Feststellungsurteile keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.<sup>332</sup> Einen Sonderfall stellt die **Musterfeststellungsklage** nach § 606 Abs. 1 ZPO dar, die der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung für Verbraucher dient.
- 354** Es sind **positive und negative Feststellungsklagen** zu unterscheiden. Wegen ihrer geringeren Rechtsschutzintensität im Vergleich zu Leistungs- und Gestaltungsclagen sind sie **subsidiär** und bedürfen als besondere Prozessvoraussetzung eines Feststellungsinteresses (§ 256 Abs. 1 ZPO). § 256 Abs. 2 ZPO ermöglicht eine **Zwischenfeststellungsklage**.

#### a) Positive Feststellungsklage

- 355** Das **Feststellungsinteresse** als spezielle Ausgestaltung des Rechtsschutzinteresses<sup>333</sup> für eine positive Feststellungsklage erfordert ein eigenes **rechtliches** und nicht ausschließlich wirtschaftliches Interesse.<sup>334</sup> Es ist beispielsweise bei einem Schadensersatzanspruch zu bejahen, wenn dieser noch nicht bezifferbar ist und Verjährung droht.<sup>335</sup>

*... wird beantragt*

*festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin zur Erstattung ihres gesamten materiellen und immateriellen Schadens aus dem Verkehrsunfall vom 07.03.2018 um 13.26 Uhr in der Zeitzer Allee 24 in Naumburg verpflichtet ist.*

- 356** Regelmäßig fehlt ein Feststellungsinteresse, wenn das Klageziel durch eine Leistungsklage erreicht werden kann (**Vorrang der Leistungsklage**).<sup>336</sup> Dies gilt aber beispielsweise nicht, wenn bei Klageerhebung ein Teil des Schadens bereits entstanden, die Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten ist. In diesem Fall ist der Kläger nicht gehalten, seine Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage aufzuspalten, vielmehr kann er in diesem Fall insgesamt eine Feststellungsklage erheben.<sup>337</sup>
- 357** Ein weiteres examensrelevantes Beispiel ist das **Feststellungsinteresse** bei einem **Zug-um-Zug-Anspruch** für die Feststellung von **Annahmeverzug**<sup>338</sup> (vgl. §§ 756, 765 ZPO).

<sup>330</sup> Thomas/Putzo/Reichold Vorbem. § 253 ZPO Rn. 6.

<sup>331</sup> Thomas/Putzo/Reichold Vorbem. § 253 ZPO Rn. 4.

<sup>332</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 1.

<sup>333</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 13.

<sup>334</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 13.

<sup>335</sup> BGH NJW-RR 2010, 750, 751; Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 14.

<sup>336</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 18.

<sup>337</sup> BGH RÜ2 2016, 193.

<sup>338</sup> Vgl. Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 10; Thomas/Putzo/Seiler § 756 ZPO Rn. 10.

... wird beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.634 € zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und gegen Rückübereignung des Pkw XYZ mit der Fahrzeugidentifikations-Nr. 123456789,

2. festzustellen, dass die Beklagte sich im Annahmeverzug befindet.

Wegen der Vorzugsbehandlung von Schadensersatzansprüchen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung in den §§ 393 BGB, 850 f Abs. 2 ZPO, 301 Nr. 2 InsO besteht auch ein **Feststellungsinteresse** für die Feststellung eines Vorsatzdeliktes.<sup>339</sup> **358**

... wird beantragt

festzustellen, dass der Schadensersatzanspruch ... auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruht.

Auch die **einseitige Erledigungserklärung**<sup>340</sup> stellt einen Feststellungsantrag dar.<sup>341</sup> Im Arbeitsrecht ist die **Kündigungsschutzklage** nach § 4 KSchG ein Fall der Feststellungsklage. **359**

Für die Zulässigkeit der positiven Feststellungsklage genügt der schlüssige Vortrag des festzustellenden Rechtsverhältnisses (**doppelrelevante Tatsache**);<sup>342</sup> ob das Rechtsverhältnis besteht, ist eine Frage der Begründetheit.<sup>343</sup> Die Beweislastverteilung bei einer positiven Feststellungsklage folgt allgemeinen Regeln. **360**

Der **Zuständigkeitsstreitwert** ist nach § 3 ZPO am **wirtschaftlichen Interesse** des Klägers an der begehrten Feststellung zu orientieren, er ist nie höher als der einer entsprechenden Leistungsklage aus dem gesamten Rechtsverhältnis.<sup>344</sup> Die Praxis macht einen Abschlag von 20% von der entsprechenden Leistungsklage,<sup>345</sup> da kein Vollstreckungstitel ergeht. **361**

## b) Negative Feststellungsklage

Bei der **negativen Feststellungsklage** ist das klägerische Begehren darauf gerichtet festzustellen, dass ein Anspruch oder Rechtsverhältnis, dessen sich der Beklagte **berühmt**, nicht besteht.<sup>346</sup> **362**

... wird beantragt

festzustellen, dass dem Beklagten kein Anspruch auf Nebenkostenerstattung aus dem Mietverhältnis über die Erdgeschosswohnung in der Magdeburger Allee 23 in Köthen für das Kalenderjahr 2017 zusteht.

Das **Feststellungsinteresse** (§ 256 Abs. 1 ZPO) ergibt sich daraus, dass dem Kläger nicht zuzumuten ist, auf eine Klageerhebung des Beklagten zu warten. Demzufolge **entfällt** das Feststellungsinteresse, wenn der Beklagte verbindlich erklärt, seinen bisherigen Rechtsstandpunkt nicht aufrechtzuerhalten.<sup>347</sup> Ein Wegfall des Feststel- **363**

<sup>339</sup> BGH RÜ2 2017, 103, 104; Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 14.

<sup>340</sup> Siehe dazu Rn. 639.

<sup>341</sup> Thomas/Putzo/Hüßtege § 91 a Rn. 32.

<sup>342</sup> Siehe dazu Rn. 308.

<sup>343</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 21.

<sup>344</sup> Thomas/Putzo/Hüßtege § 3 ZPO Rn. 65.

<sup>345</sup> BGH NZM 2009, 51; Thomas/Putzo/Hüßtege § 3 ZPO Rn. 65.

<sup>346</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 15.

<sup>347</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 19.



lungsinteresses ist auch dann anzunehmen, wenn der Beklagte seinerseits Leistungsklage (ggf. im Wege der Widerklage) erhebt und diese nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann.<sup>348</sup> Dadurch wird die negative Feststellungsklage nachträglich unzulässig.<sup>349</sup> Aus dieser prozessualen Folge resultiert, dass es zur Vermeidung einer umfangreichen **Inzidentprüfung** sachgerecht ist, aufbaumäßig mit der Prüfung der Widerklage zu beginnen.<sup>350</sup>

- 364** Die **Umkehr der Parteirollen** bei einer negativen Feststellungsklage (Kläger ist der Anspruchsgegner, Beklagter der Anspruchsinhaber) ändert an der **Darlegungs- und Beweislast** nichts, da diese sich ausschließlich nach dem materiellen Recht richtet.<sup>351</sup>

**Merke:** Bei der negativen Feststellungsklage hat der Beklagte als (angeblicher) Anspruchsinhaber anspruchsbegründende (und anspruchserhaltende) Tatsachen vorzutragen, der Kläger als Anspruchsgegner demgegenüber anspruchshindernde, anspruchsvernichtende und anspruchshemmende Tatsachen. Bleibt der Beklagte beispielsweise für die Anspruchsentstehung beweisfällig, ist der Klage stattzugeben.

- 365** Der **Zuständigkeitsstreitwert** einer negativen Feststellungsklage ist genauso hoch wie der einer Leistungsklage des Beklagten wäre,<sup>352</sup> da die Rechtskraft eines stattgebenden negativen Feststellungsurteils genau so weit wie die Abweisung einer Leistungsklage reicht.<sup>353</sup>

### c) Zwischenfeststellungsklage

- 366** Der Zweck einer **Zwischenfeststellungsklage** nach § 256 Abs. 2 ZPO besteht in einer **Ausdehnung der materiellen Rechtskraft auf präjudizielle Urteilsfeststellungen**.<sup>354</sup> Da bei einem stattgebenden Urteil **nur der Tenor** in Rechtskraft erwächst, erstreckt sich die Rechtskraft nicht auf vorgreifliche Fragestellungen und erfasst die Urteilsbegründung nicht.<sup>355</sup> So kann bei einem Streit um die Rechtsnatur einer ausgesprochenen Kündigung bei Vorgreiflichkeit für die mit der Klage verfolgten Ansprüche eine Zwischenfeststellungsklage zulässig sein.<sup>356</sup> Der Kläger kann, wenn der Beklagte **nachträglich** ein Rechtsverhältnis streitig stellt, von dem die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt, seinen Klageantrag erweitern (oder der Beklagte Feststellungswiderklage erheben). Die **Vorgreiflichkeit** tritt an die Stelle eines Feststellungsinteresses i.S.d. Abs. 1, das somit nicht zusätzlich bestehen muss.<sup>357</sup>

*... wird zusätzlich beantragt  
festzustellen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Kreditvertrag vom  
16.01.2018 nicht wegen Sittenwidrigkeit unwirksam ist.*

- 367** Über die Zwischenfeststellungsklage wird im **Endurteil** über die (bisherige) Klage mit entschieden, es ergeht somit **kein Zwischenurteil** nach § 303 ZPO.<sup>358</sup>

<sup>348</sup> BGH NJW 1999, 2516, 2717; Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 19.

<sup>349</sup> Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen liegt ein Erledigungsfall vor, siehe dazu Rn. 642.

<sup>350</sup> Einzelheiten siehe Rn. 605.

<sup>351</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 21.

<sup>352</sup> Thomas/Putzo/Hüßtege § 3 ZPO Rn. 65.

<sup>353</sup> Siehe dazu Rn. 952.

<sup>354</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 Rn. 26.

<sup>355</sup> Siehe dazu Rn. 958 ff.

<sup>356</sup> BGH RÜ2 2015, 101, 102.

<sup>357</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 32.

<sup>358</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 256 ZPO Rn. 35.



Der **Zuständigkeitsstreitwert** einer Zwischenfeststellungsklage ist ebenso wie der **368**  
Gebührenstreitwert nach denselben Grundsätzen wie bei einer Feststellungsklage zu  
ermitteln.<sup>359</sup> Da der Streitgegenstand der Zwischenfeststellungsklage aber nur Vor-  
fragen der (übrigen) Klage betrifft, erfolgt wegen Vollidentität keine Addition mit  
dem Klagestreitwert.<sup>360</sup>

## II. Objektive Klagehäufung

Die Mehrheit von Streitgegenständen führt zu einer **(objektiven)**<sup>361</sup> **Klagehäufung**<sup>362</sup> (auch Klagemehrheit genannt), die das Gesetz in § 260 ZPO **Anspruchsmehrheit** nennt. Zu unterscheiden sind die **anfängliche** Klagehäufung und die **nachträgliche**,<sup>363</sup> die eine Klageänderung<sup>364</sup> (§§ 263 ff. ZPO) darstellt. **369**

Eine **Klagehäufung** liegt auf der Basis des **zweigliedrigen Streitgegenstandsbe-** **370**  
**griffs**<sup>365</sup> zum einen vor, wenn der Kläger entweder **mehrere Anträge** stellt, die er  
aus einem oder mehreren Lebenssachverhalten ableitet.<sup>366</sup>

*Der Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen,*

- 1. den Pkw ... mit der Fahrzeugidentifikations-Nr. ... an den Kläger zurückzugeben,*
- 2. an den Kläger 850 € zu zahlen.*

Zum anderen ist eine Klagehäufung auch dann gegeben, wenn der Kläger nur **einen** **371**  
**Antrag** stellt und diesen auf **mehrere Lebenssachverhalte** stützt (sog. **versteckte**  
**Klagehäufung**).<sup>367</sup>

Formulierungsbeispiel für eine Kaufpreisklage, die auf einen Anspruch aus eigenem  
Recht und aus abgetretenem Recht (zwei unterschiedliche Lebenssachverhalte) ge-  
stützt wird:

*Der Kläger beantragt,*

*den Beklagten zu verurteilen, an ihn 3.800 € zu zahlen.*

**Beachte:** Die Klagehäufung durch Vortrag mehrerer Lebenssachverhalte ist von  
der **Mehrfachbegründung** eines einzigen Anspruchs zu unterscheiden.

Keine Klagehäufung ist gegeben, wenn der Kläger seinen auf einem Lebenssachver- **372**  
halt beruhenden Antrag auf **mehrere Anspruchsgrundlagen** gründet.<sup>368</sup> Stützt der  
Kläger seine Klageforderung beispielsweise auf eine vertragliche Grundlage und er-  
satzweise auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, dann handelt es  
sich lediglich um eine **Hilfsbegründung** ein und desselben Klagebegehrens aus  
demselben Sachverhalt.<sup>369</sup> Die Abgrenzung, ob es sich um denselben Lebenssach-

359 Thomas/Putzo/Hüßtege § 3 ZPO, Rn. 65, 189.

360 Thomas/Putzo/Hüßtege § 3 ZPO Rn. 189, § 5 ZPO Rn. 8.

361 In Abgrenzung zur subjektiven Klagehäufung (Streitgenossenschaft); siehe dazu Rn. 452 ff.

362 Vgl. dazu Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 1.

363 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 4.

364 Siehe dazu Rn. 408 ff.

365 Siehe dazu Rn. 317.

366 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 2.

367 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 3.

368 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 5.

369 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 10.

verhalt oder einen anderen handelt, unterliegt im Einzelfall Schwierigkeiten, die Inhalte umfangreicher Judikatur<sup>370</sup> sind. Beispielsweise begründet eine Klage aus eigenem und aus abgetretenem Recht eine objektive Klagehäufung, da sie auf zwei Lebenssachverhalte gestützt ist.<sup>371</sup>

## 1. Zulässigkeitsvoraussetzungen

- 373** Nach § 260 ZPO ist eine Klagehäufung zulässig, wenn Parteiidentität besteht, der Rechtsstreit in derselben Prozessart geführt wird und das Gericht für alle Ansprüche zuständig ist. Außerdem darf kein Verbindungsverbot (z. B. nach § 578 Abs. 2 ZPO) bestehen.

### a) Parteiidentität

- 374** **Parteiidentität** meint, dass auf Kläger- und Beklagtenseite jeweils dieselben Parteien bestehen. Dies ist auch in Fällen der Streitgenossenschaft möglich. Dann liegt sowohl eine subjektive als auch eine objektive Klagehäufung vor, sodass zum einen die Voraussetzungen der §§ 59 ff. ZPO und zum anderen die des § 260 ZPO zu prüfen sind.

### b) Prozessartsidentität

- 375** **Prozessartsidentität** meint, dass für den Verfahrensablauf dieselben Prozessregeln Anwendung finden. Dies ist **nicht** mit **Klageartsidentität** zu verwechseln. Es kann durchaus eine Leistungsklage mit einer Gestaltungs- oder Feststellungsklage verbunden werden. An derselben Prozessart fehlt es beispielsweise bei der Verbindung einer (dem FamFG unterliegenden) Familiensache und einer Nicht-Familiensache, bei der Verbindung einer Urkundenklage<sup>372</sup> (§§ 592 ff. ZPO) mit einer allgemeinen Klage,<sup>373</sup> ebenso bei der Verbindung der Hauptsacheklage mit dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren (Arrest oder einstweilige Verfügung).<sup>374</sup>

### c) Zuständigkeit des Prozessgerichts für alle Einzelansprüche

- 376** Bei diesem Erfordernis ist zu beachten, dass sich die **Zuständigkeit** des Prozessgerichts erst durch Addition der Einzelansprüche nach § 5 S. 1 ZPO ergeben kann.<sup>375</sup> Klagt der Kläger beispielsweise einen Zahlungsanspruch im Wert vom 4.000 € und einen Herausgabeanspruch im Wert von 2.000 € (nebeneinander) ein, ist für jeden Einzelanspruch isoliert betrachtet das Amtsgericht sachlich zuständig, durch die Klagehäufung wird aber die Zuständigkeit des Landgerichts insgesamt begründet.

## 2. Arten der Klagehäufung

- 377** Zu unterscheiden sind **drei Arten** der **Klagehäufung**, nämlich die **kumulative**, die **alternative** und die **eventuelle**.<sup>376</sup>

370 Siehe die Fallbeispiele in Thomas/Putzo/Seiler Einl. II ZPO Rn. 31–32.

371 BGH NJW 2007, 2414, 2415; Thomas/Putzo/Seiler Einl. II ZPO Rn. 32.

372 Siehe dazu Rn. 784 ff.

373 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 13.

374 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 13.

375 Thomas/Putzo/Hüßtege § 5 ZPO Rn. 1.

376 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 6–8.

### a) Kumulative Klagehäufung

Bei einer **kumulativen** Klagehäufung macht der Kläger mehrere prozessuale Ansprüche **nebeneinander** geltend.<sup>377</sup> Über alle Streitgegenstände wird **gemeinsam** verhandelt und (regelmäßig)<sup>378</sup> durch **Endurteil** entschieden. **378**

Im **Urteil** sind die Voraussetzungen des § 260 ZPO nur näher zu erörtern, wenn sie problematisch sind. In der Regel wird im **Zulässigkeitsteil** der Entscheidungsgründe nur kurz erwähnt, dass die Voraussetzungen des § 260 ZPO erfüllt sind. Anders ist dies beispielsweise, falls die sachliche Zuständigkeit von einer Streitwertaddition nach § 5 S. 1 ZPO abhängt und der Beklagte die Unzuständigkeit gerügt hat. **379**

Der **Gebührenstreitwert** ist wie der Zuständigkeitswert bei der kumulativen Klagehäufung durch **Addition** der Einzelwerte zu ermitteln (§ 39 Abs. 1 GKG). **380**

### b) Alternative Klagehäufung

Im Falle einer **alternativen** Klagehäufung stellt der Kläger mehrere Streitgegenstände zur Entscheidung, ohne klarzustellen, in welchem Verhältnis sie zu einander stehen. Ein solches Vorgehen verstößt gegen das **Bestimmtheitserfordernis** des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und ist **unzulässig**.<sup>379</sup> **381**

#### Entscheidungsgründe:

*Die Klage ist unzulässig.*

*Der Antrag des Klägers ist zu unbestimmt. Es handelt sich um einen Fall der unzulässigen alternativen Klagehäufung. Der Kläger hat seine Klageforderung auf einen Anspruch aus dem Kaufvertrag vom 11.10.2017 und das dem Beklagten gewährte Darlehen vom 27.10.2017 gestützt ohne zu verdeutlichen, in welchem Verhältnis diese beiden Streitgegenstände zueinander stehen.*

Ein Alternativantrag ist nur bei einer echten **Wahlschuld** (§ 262 BGB) zulässig, bei der nur ein Anspruch mit alternativem Inhalt besteht. Anders ist dies bei einer **Ersetzungsbefugnis**<sup>380</sup> des Beklagten (z.B. nach § 251 Abs. 2 BGB) und bei der gesetzlich nicht geregelten **elektiven Konkurrenz**<sup>381</sup> (z.B. dem Gläubigerwahlrecht nach § 439 Abs. 1 BGB auf Mangelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien Sache). Bei einer Ersetzungsbefugnis handelt es sich **nicht** um eine alternative Klagehäufung, da der Kläger nur einen Antrag aus einem Lebenssachverhalt zur Entscheidung stellt,<sup>382</sup> bei der elektiven Konkurrenz handelt es sich um inhaltlich verschiedene Rechte, bei denen sich der Gläubiger zu entscheiden hat, welches er verfolgt.<sup>383</sup> **382**

### c) Eventuelle Klagehäufung

Eine **eventuelle** Klagehäufung zeichnet sich dadurch aus, dass der Kläger entweder einen Hilfsantrag stellt **oder** einen Antrag auf verschiedene Lebenssachverhalte im **Eventualverhältnis** zueinander stützt.<sup>384</sup> Im letztgenannten Fall handelt es sich um eine **verdeckte Eventualklagehäufung (Hilfsklagehäufung)**, da aus dem Antrag nicht ersichtlich ist, dass eine Klagehäufung vorliegt. **383**

<sup>377</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 6.

<sup>378</sup> Es kann nach § 301 ZPO über einen der Streitgegenstände durch Teilurteil entschieden werden: Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 16.

<sup>379</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 7.

<sup>380</sup> Vgl. dazu Palandt/Grüneberg § 262 BGB Rn. 6–8.

<sup>381</sup> Siehe dazu Palandt/Grüneberg § 262 BGB Rn. 5.

<sup>382</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 7.

<sup>383</sup> Palandt/Grüneberg § 262 BGB Rn. 5.

<sup>384</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 8.

- 384 Der **Hilfsstreitgegenstand** ist mit dem **Hauptstreitgegenstand** über eine innerprozessuale Bedingung verknüpft. Über ihn soll das Gericht nur abhängig vom Ergebnis der Hauptklage eine Entscheidung treffen. Die Begehren können sich widersprechen.<sup>385</sup> Das Gericht ist an die vom Kläger vorgegebene Prüfungsreihenfolge aufgrund der Dispositionsmaxime gebunden.<sup>386</sup> Es kann den Erfolg der Hauptklage nicht dahingestellt lassen.

**Merke:** Die Prüfung der Hilfsklage setzt die Entscheidungsreife der Hauptklage voraus.

- 385 Zu unterscheiden sind die **echte** und die **unechte Eventualklagehäufung**.

#### aa) Echte Eventualklagehäufung

- 386 Die **echte** Eventualklagehäufung stellt den **Regelfall** eines hilfsweisen Vorgehens des Klägers dar. Bei ihr soll über das Hilfsbegehren nur entschieden werden, wenn das **Hauptbegehren erfolglos** bleibt. Beispielsweise beantragt der Kläger, den Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises zu verurteilen, hilfsweise zur Rückgabe und Rückübereignung des Kaufgegenstandes.
- 387 Der **Zuständigkeitsstreitwert** einer echten Eventualklage ist **nicht** nach § 5 S. 1 ZPO durch Addition der Einzelwerte zu ermitteln; vielmehr ist bei streitwertabhängiger sachlicher Zuständigkeit der **höhere Einzelwert** maßgebend.<sup>387</sup>
- 388 Mit der Klagezustellung werden nach § 261 Abs. 1 ZPO sowohl der Haupt- als auch der Hilfsstreitgegenstand **rechtshängig**. Deshalb hemmt die Rechtshängigkeit des Hilfsstreitgegenstandes auch die Verjährung des Hilfsanspruchs.<sup>388</sup>
- 389 Die Rechtshängigkeit des Hilfsstreitgegenstandes steht unter der **auflösenden Bedingung des Erfolges der Hauptklage**. Tritt dieser Erfolg ein, wird über das Hilfsbegehren nicht entschieden. Mit der **Rechtskraft** des Urteils über die Hauptklage erlischt die **Rechtshängigkeit des Hilfsstreitgegenstandes rückwirkend**.<sup>389</sup>

**Merke:** Nur wenn das Hauptbegehren scheitert, sind die Zulässigkeit und Begründetheit des Hilfsbegehrens zu prüfen.

#### (1) Erfolgreiches Hauptbegehren

- 390 Beim **erfolgreichen Hauptbegehren** ergeht **keine Entscheidung** über das Hilfsbegehren. Letzteres taucht im **Urteilstenor** nicht auf. Im **Tatbestand** ist es mitzuteilen, in den **Entscheidungsgründen** bedarf es keiner Erörterung. Allenfalls klarstellend kann darauf hingewiesen werden, dass aufgrund des erfolgreichen Hauptbegehrens die Rechtshängigkeit des Hilfsbegehrens weggefallen ist.

*Aufgrund des Erfolges der Hauptklage ist über die Hilfsklage nicht mehr zu entscheiden. Ihre Rechtshängigkeit ist entfallen.*

385 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 8.

386 BGH NJW-RR 1989, 650.

387 Thomas/Putzo/Hüßtege § 5 ZPO Rn. 6.

388 BGH NJW 1997, 3164, 3165; Palandt/Ellenberger § 204 BGB Rn. 13.

389 Thomas/Putzo/Reichold § 260 ZPO Rn. 17.

### e) Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

Die Zulässigkeit der Berufung erfordert des Weiteren, dass die **allgemeinen Prozess-handlungsvoraussetzungen**<sup>1091</sup> (insbesondere Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit) vorliegen.<sup>1092</sup> **905**

### f) Kein Verzicht

Schließlich darf der Berufungskläger nicht auf die Berufung verzichtet haben (§ 515 ZPO). Ein solcher Verzicht ist schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung gegenüber dem Prozessgericht zu erklären,<sup>1093</sup> er bedarf nicht der Einwilligung des Berufungsgegners. **906**

## 2. Verwerfungsentscheidung bei Unzulässigkeit

**Zusammenfassend** sind bei der Zulässigkeit der Berufung folgende Voraussetzungen zu prüfen: **907**

- Statthaftigkeit
- Zuständigkeit
- Form und Frist der Einlegung
- Form und Frist der Begründung
- Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen
- Kein Verzicht

Nach § 522 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Berufungsgericht die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung von Amts wegen zu überprüfen. Fehlt es auch nur an einer Zulässigkeitsvoraussetzung, ist die Berufung **als unzulässig zu verwerfen** (§ 522 Abs. 1 S. 2 ZPO). Dies erfolgt ohne mündliche Verhandlung per Beschluss (§ 522 Abs. 1 S. 3 ZPO), nach mündlicher Verhandlung per Urteil. Die Rechtsmittelkosten hat nach § 97 Abs. 1 ZPO der erfolglose Rechtsmittelführer zu zahlen. **908**

#### Beschluss

*Die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Wernigerode 6 C 521/15 vom 01.02.2016 wird als unzulässig verworfen.*

*Die **Kosten der Berufung** trägt der Beklagte.*

## 3. Begründetheit der Berufung

Die Berufung ist begründet, soweit das erstinstanzliche Urteil **rechtsfehlerhaft** ist, sei es **aus prozessualen oder materiellen Gründen**.<sup>1094</sup> Das angefochtene Urteil kann prozessual unzulässig oder inhaltlich falsch sein. Im **Umfang der Anfechtung** (§ 528 ZPO) des erstinstanzlichen Urteils sind vom Berufungsgericht die **Zulässigkeit und die Begründetheit der Klage** neu zu prüfen. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz (§§ 296 a S. 1, 525 S. 1 ZPO). Eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils ist nur im beantragten Umfang möglich (§ 528 S. 2 ZPO). **909**

<sup>1091</sup> Vgl. dazu Thomas/Putzo/Seiler Einl. III ZPO Rn. 10.

<sup>1092</sup> Thomas/Putzo/Reichold Vorbem. § 511 ZPO Rn. 35.

<sup>1093</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 515 ZPO Rn. 10.

<sup>1094</sup> Thomas/Putzo/Reichold Vorbem. § 511 ZPO Rn. 12.

- 910** Das Berufungsverfahren dient der **Fehlerkontrolle und der Fehlerbeseitigung**.<sup>1095</sup> Tatsachengrundlage sind grundsätzlich die **erstinstanzlich festgestellten Tatsachen** (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Anders ist dies nur, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und eine neue Feststellung gebieten.
- 911** **Neuen Tatsachenstoff** darf das Berufungsgericht nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zulassen (§ 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). **Neu** ist der Vortrag, wenn er im ersten Rechtszug bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gar nicht gebracht worden ist; davon abzugrenzen ist die nicht als neu i.S.d. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO anzusehende Konkretisierung, Erläuterung und Verdeutlichung von bereits erstinstanzlich schlüssigem Vortrag.<sup>1096</sup>
- 912** Praxisrelevant ist insbesondere die Regelung des § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO. Danach kommt es darauf an, ob das Angriffs- oder Verteidigungsmittel (§ 282 Abs. 1 ZPO) erstinstanzlich **nachlässig** nicht geltend gemacht worden ist. Darunter fällt nicht Vorbringen, das erst nach Schluss der (erstinstanzlichen) mündlichen Verhandlung entstanden ist.<sup>1097</sup> Für **Nachlässigkeit** genügt **leichte Fahrlässigkeit**; Verschulden des Prozessbevollmächtigten ist der Partei nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen.<sup>1098</sup>
- 913** Der Berufungsführer muss die **Tatsachen vortragen**, aufgrund deren nach seiner Ansicht das neue Vorbringen zuzulassen ist.<sup>1099</sup> Erstinstanzliche Nachlässigkeit bei zweitinstanzlichem Neu Vortrag ist allerdings unschädlich, wenn er einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt betrifft, der vom erstinstanzlichen Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wurde (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO).<sup>1100</sup>
- 914** **Unstreitiges neues Vorbringen** wird nach dem Zweck des Präklusionsrechts<sup>1101</sup> nicht von § 531 Abs. 2 ZPO erfasst.<sup>1102</sup>
- 915** Erstinstanzliche **Verfahrensfehler** sind nach § 529 Abs. 2 ZPO nur zu berücksichtigen, wenn sie in der Berufungsbegründung **ordnungsgemäß gerügt** worden sind, soweit sie nicht von Amts wegen Beachtung finden müssen.<sup>1103</sup> Nicht gerügt werden kann die **Unzuständigkeit** des erstinstanzlich tätigen Gerichts (§ 513 Abs. 2 ZPO).
- 916** Die materielle **Rechtsanwendung** erfolgt ohne Bindung an die Berufungsbegründung unter Heranziehung **aller in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen**.<sup>1104</sup> Die Entscheidung über die Begründetheit der Berufung ergeht im Regelfall durch **eigenes Sachurteil** des Berufungsgerichts (§ 538 Abs. 1 ZPO).

### a) Offensichtlich unbegründete Berufung

- 917** Unter den Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO kann eine **offensichtlich aussichtslose Berufung** durch **einstimmigen Beschluss** des Berufungsgerichts auf Kosten des Rechtsmittelführers (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückgewiesen werden. Bestätigt das Berufungsgericht dadurch ein erstinstanzliches Urteil, das nach § 709 S. 1 ZPO nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, wird im Zurückweisungsbe-

<sup>1095</sup> BGH NJW 2010, 376, 377; Thomas/Putzo/Reichold Vorbem. § 511 ZPO Rn. 46; § 529 ZPO Rn. 1.

<sup>1096</sup> BGH RÜZ 2015, 69, 71; Thomas/Putzo/Reichold § 531 ZPO Rn. 13.

<sup>1097</sup> BGH NJW-RR 2010, 1478; Thomas/Putzo/Reichold § 531 ZPO Rn. 16.

<sup>1098</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 531 ZPO Rn. 16.

<sup>1099</sup> BGH RÜZ 2015, 69, 71.

<sup>1100</sup> BGH RÜZ 2016, 9, 10.

<sup>1101</sup> Siehe dazu Rn. 846 hinsichtlich der Präklusion nach § 296 ZPO.

<sup>1102</sup> BGH (GS) NJW 2008, 3434; Thomas/Putzo/Reichold § 531 ZPO Rn. 1.

<sup>1103</sup> Beispiele siehe Thomas/Putzo/Reichold § 529 ZPO Rn. 8, 9.

<sup>1104</sup> Thomas/Putzo/Reichold § 529 ZPO Rn. 10.