

# Handbuch Berufung im Zivilprozess

herausgegeben von

**Prof. Dr. Bernd Hirtz**

Rechtsanwalt i.R./Honorarprofessor an der Universität zu Köln

**Dr. Rainer Oberheim**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main a.D.

**Dr. Oliver Siebert, LL.M. (London)**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht und Versicherungsrecht, Mainz

7., überarbeitete Auflage

## Leseprobe

Luchterhand Verlag 2024

Zitiervorschlag: Hirtz/Oberheim/Siebert/*Bearbeiter*, Kap. 1 Rdn. 1

#### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-472-09794-5

[www.wolterskluwer.com](http://www.wolterskluwer.com)

Alle Rechte vorbehalten.

© 2024 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: Datagroup-Int SRL, Timisoara, Romania

Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier

# Leseprobe

## Vorwort zur 7. Auflage

Herausgeber und Autoren legen nunmehr bereits die 7. Auflage dieses Praxishandbuchs vor. Die Neuauflage berücksichtigt die Anforderungen, die das beA und der elektronische Rechtsverkehr an Anwaltschaft und Richterschaft stellen.

Der Gesetzgeber hat seit der Voraufgabe in das Berufungsverfahren im Zivilprozess erfreulicherweise nicht eingegriffen. Das Hauptaugenmerk dieser Neuauflage liegt in der Verarbeitung der nach wie vor zahlreichen Rechtsprechung des BGH zum Berufungsverfahren. Immer wieder erinnert der BGH die Instanzgerichte an die Grundsätze eines fairen Verfahrens und die Gewährung rechtlichen Gehörs. Die von den Verfassern seit der ersten Auflage dieses Werkes beklagte Tendenz, in der Berufungsinstanz Sachvortrag fehlerhaft nicht zu berücksichtigen, ist immer noch erkennbar.

Die Neuauflage will für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ebenso wie für Richterinnen und Richter ein Lotse in der durch die Flut von Entscheidungen unruhig gewordenen See des Berufungsrechts sein. Dem Ziel, den Anteil an unrichtigen Entscheidungen so gering wie möglich zu halten, dient eine Berufungsinstanz, die zur möglichst zutreffenden Sachverhaltsrekonstruktion einerseits und zur richtigen Rechtsanwendung andererseits führt. Dieses Buch will die Berufungsinstanz stärken. Gegenstand des Werkes ist die praktische Bewältigung des Prozessalltags in der Berufungsinstanz. Praxistipps, Formulierungsvorschläge, Entscheidungs-, Verfügungs- und Schriftsatzmuster geben der anwaltlichen und richterlichen Arbeit Hilfestellung. Typische Fehlerquellen und Haftungsfallen sind aufgezeigt. Das Berufungsrecht wird so praxisnah erläutert. Die Herausgeber begrüßen die Praxis einiger Oberlandesgerichte, den Richterinnen und Richtern in der Erprobungszeit dieses Werk zur Einarbeitung zur Verfügung zu stellen.

Auch diese Neuauflage hat das Ziel, die Qualität anwaltlicher und richterlicher Arbeit zu verbessern.

Köln, Kelkheim und Mainz im März 2023

Bernd Hirtz

Rainer Oberheim

Oliver Siebert

## Autorenverzeichnis

<b>Prof. Dr. Dr. h. c. Martin Ahrens</b> Universitätsprofessor an der Universität Göttingen	1, 13
<b>Dr. Oliver Siebert, LL.M. (London)</b> Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht und Versicherungsrecht, Mainz	2, 3, 5, 6, 10, 16, 17, 19
<b>Prof. Dr. Bernd Hirtz</b> Rechtsanwalt i.R./Honorarprofessor an der Universität zu Köln	7, 8, 9, 11, 12
<b>Dr. Stefan Luczak</b> Direktor des Arbeitsgerichts Kaiserslautern	24
<b>Dr. Rainer Oberheim</b> Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main a.D.	2, 4, 14, 15, 16, 18, 20, 22, 23
<b>Norbert Schneider</b> Rechtsanwalt in Neunkirchen-Seelscheid	21

## Kapitel 5: Die Zulässigkeit der Berufung

Übersicht	Rdn.		Rdn.
<b>A. Statthaftigkeit</b> . . . . .	2	q) Haupt- und Hilfsantrag . . . . .	104
I. Endurteil und gleichgestellte Urteile . .	5	r) Kosten . . . . .	105
1. Abtrennung . . . . .	9	s) Kostensicherheit . . . . .	106
2. Teilurteil . . . . .	10	t) Künftige und wiederkehrende Leistungen . . . . .	107
3. Gleichgestellte Urteile . . . . .	11	u) Miete/Pacht . . . . .	108
II. Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil . . . . .	13	v) Nebenforderungen . . . . .	111
1. Unverschuldete Säumnis . . . . .	17	w) Prozesstrennung und Prozessverbindung . . . . .	112
2. Keine Säumnis . . . . .	19	x) Prozessurteil . . . . .	113
3. Säumnis nach Vollstreckungsbescheid . . . . .	22	y) Streitgenossen . . . . .	114
4. Keine Schlüssigkeitsprüfung für das allgemeine zweite Versäumnisurteil . . . . .	26	z) Streithelfer . . . . .	116
III. Fortsetzung eines Mietverhältnisses . .	27	aa) Stufenklage . . . . .	117
IV. Formell fehlerhafte Urteile (Scheinurteile) . . . . .	29	ab) Teil- oder Schlussurteil . . . . .	118
1. Wirksamkeit fehlerhafter Urteile . .	33	ac) Unbezifferter Antrag . . . . .	120
2. Beispiele fehlerhafter anfechtbarer Urteile . . . . .	36	ad) Urkundenherausgabe . . . . .	123
V. Inkorrekte Entscheidungsform . . . . .	43	ae) Urteilsberichtigung . . . . .	124
1. Meistbegünstigung . . . . .	45	af) Versicherungsvertrag . . . . .	125
2. Besonderheiten bei Arrest und einstweiligen Verfügungen . . . . .	52	ag) Vollstreckungsgegenklage . . . . .	126
3. Kostenentscheidungen . . . . .	55	ah) Vorbehaltsurteil . . . . .	127
4. Verweisungsentscheidungen . . . . .	56	ai) Vorschuss statt Minderung oder Schadensersatz . . . . .	128
VI. Gemischte Urteile . . . . .	57	aj) Widerklage . . . . .	129
VII. Ausschluss der Berufung . . . . .	59	ak) Willenserklärung . . . . .	132
VIII. Zwischenurteil – grds. nicht anfechtbar . . . . .	62	al) Wirksamkeit eines Vergleichs . . . . .	133
<b>B. Beschwer</b> . . . . .	67	am) Zinsen . . . . .	134
I. <b>Wann muss die Beschwer vorliegen?</b> . .	69	an) Zug um Zug-Verurteilung, Zurückbehaltungsrecht . . . . .	135
II. Wer muss beschwert sein? . . . . .	72	ao) Zwischenurteil . . . . .	136
III. Formelle und materielle Beschwer . . .	73	3. Zuständigkeitsentscheidungen . . . . .	137
IV. Ist der Rechtsmittelkläger tatsächlich beschwert? . . . . .	75	4. Keine Beschwer durch positive Vorentscheidungen . . . . .	139
1. Haupt- und Hilfsbegehren . . . . .	76	V. Geltendmachung der Beschwer . . . . .	141
2. Einzelfälle . . . . .	82	VI. Kann die Beschwer nachträglich entfallen (Erfüllungsprobleme)? . . . . .	150
a) Antragserweiterung . . . . .	83	VII. Beschwer bei späterer Urteilsberichtigung? . . . . .	155
b) Aufrechnung . . . . .	84	VIII. Feststellung des Beschwerdegegenstandes . . . . .	157
c) Auskunft . . . . .	89	<b>C. Streitwert- oder Zulassungsberufung</b> . . . . .	158
d) Deckungsklage . . . . .	90	I. Zulassung der Berufung . . . . .	158
e) Duldungsklage . . . . .	91	II. Sonderfälle . . . . .	165
f) Eidesstattliche Versicherung . . . . .	92	1. Berufung gegen isolierte Kostenentscheidung . . . . .	166
g) Eigentumsstörung . . . . .	93	2. Scheinurteile . . . . .	168
h) Enteignung . . . . .	94	3. Berufung gegen ein »zweites Versäumnisurteil« . . . . .	169
i) Entschädigungsansprüche . . . . .	95	<b>D. Zuständiges Berufungsgericht</b> . . . . .	170
j) Erledigung der Hauptsache . . . . .	96	I. Regelmäßiger Weg vom Amts- zum Landgericht . . . . .	170
k) Ergänzungsurteil . . . . .	98	II. Noch kein einheitliches Berufungsgericht . . . . .	171
l) Feststellung . . . . .	99	III. Kein Zuständigkeitswechsel . . . . .	172
m) Gesamtschuldner . . . . .	100	IV. Sonderzuständigkeit des OLG . . . . .	173
n) Grenzregelung . . . . .	101		
o) Grunddienstbarkeit . . . . .	102		
p) Grundurteil . . . . .	103		

	Rdn.		Rdn.
1. Entscheidungen des Familiengerichts . . . . .	174	<b>H. Berufungsbegründung</b> . . . . .	256
2. Auslandsberührung . . . . .	175	I. Gegenstand des Begründungsschriftsatzes . . . . .	257
3. Sonstige Sonderzuständigkeiten des OLG . . . . .	177	II. Verantwortender Rechtsanwalt . . . . .	261
V. Handlungssache in der Berufung vor dem LG . . . . .	179	III. Eigenhändige Unterschrift . . . . .	262
<b>E. Berufungsfrist</b> . . . . .	180	IV. Berufungsantrag . . . . .	263
I. Berufungsfrist mangels Zustellung . . . . .	191	1. Einschränkung der Berufung . . . . .	269
II. Fristwahrung . . . . .	194	2. Erweiterung der Berufung vorbehalten . . . . .	270
1. Nachweis der Fristwahrung . . . . .	194	V. Anfechtungsgründe . . . . .	272
2. Berufung zur Fristwahrung . . . . .	195	1. Rechtsfehler . . . . .	276
III. Individueller Fristablauf . . . . .	197	2. Angriffe gegen Tatsachenfeststellungen . . . . .	278
IV. Berufungsfrist bei Urteilsergänzung . . . . .	198	3. Neuer Sachvortrag . . . . .	280
V. Berufungsfrist nach Urteilsberichtigung . . . . .	199	VI. Zusätzlicher Berufungsinhalt . . . . .	282
VI. Ausnutzen der Berufungsfrist? . . . . .	200	<b>I. Berufungsverzicht (§ 515 ZPO)?</b> . . . . .	287
<b>F. Berufungsschrift</b> . . . . .	202	I. Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, insbesondere bei Prozesskostenhilfe . . . . .	293
I. Eindeutige Bezeichnung der Berufungsparteien . . . . .	204	1. Fristbeginn . . . . .	296
II. Übermittlungsmedium . . . . .	206	2. Prozesshandlung nachholen . . . . .	299
III. Unterschrift des Anwalts . . . . .	215	3. Inhalt des Gesuchs . . . . .	303
IV. Beifügen des Urteils . . . . .	222	4. Entscheidung . . . . .	307
V. Unbedingtheit der Berufung . . . . .	223	5. Anfechtung . . . . .	311
<b>G. Berufungsbegründungsfrist</b> . . . . .	227	II. Mittellosigkeit der Partei als Wiedereinsetzungsgrund . . . . .	313
I. Vorfrist . . . . .	229	III. Wiedereinsetzung bei Hinderniswegfall vor Fristablauf . . . . .	320
II. Fristablauf mangels Zustellung . . . . .	230	IV. Sonstige Wiedereinsetzungsgründe . . . . .	323
III. Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist . . . . .	232	<b>J. Verwerfung der unzulässigen Berufung durch Beschluss oder Urteil</b> . . . . .	326
IV. Entscheidung über das Verlängerungsgesuch . . . . .	250		
V. Versäumung der Antragsfrist . . . . .	255		

Eine Berufung ist zulässig,

- wenn sie statthaft ist, sich nämlich gegen ein Urteil erster Instanz richtet (unten A.),
- der Berufungskläger durch das Urteil beschwert ist (unten B.),
- sie zugelassen oder die erforderliche Beschwer gegeben ist (unten C.),
- die förmlichen Anforderungen an eine Berufung(–schrift) erfüllt sind (unten D. – F).

## A. Statthaftigkeit

Das Rechtsmittel der Berufung ist nach § 511 Abs. 1 ZPO nur »gegeben« gegen ein im ersten Rechtszug ergangenes Endurteil. Entsprechend der – durch die ZPO-Reform amtlichen – Überschrift zu § 511 ZPO ist die Berufung nur unter dieser Voraussetzung statthaft. Der Begriff »statthaft« besagt, dass überhaupt ein und welches Rechtsmittel gegeben ist.<sup>1</sup> Die Berufung ist dann statthaft, wenn das Urteil überhaupt anfechtbar ist. Sind die Statthaftigkeitsvoraussetzungen nicht gegeben, so wird ein Urteil sofort mit seiner Wirksamkeit (durch Verkündung, § 311 ZPO oder mangels Verkündung durch Zustellung – vgl. § 310 Abs. 3 ZPO) rechtskräftig, im Falle der Berufungsfähigkeit erst mit Ablauf der Rechtsmittelfrist (§ 705 ZPO).

<sup>1</sup> Mu/Ball vor § 511 Rn. 13.

- 3 Eine Berufung ist demgemäß nur dann statthaft, wenn entweder das Amtsgericht oder in erster Instanz das LG entschieden hat. Die Berufung ist also nicht statthaft, wenn in einem Berufungsverfahren im Wege der Klageänderung oder auch Klageerweiterung
- erstmals ein Anspruch dort geltend gemacht wird,<sup>2</sup>
  - der Kläger oder der Beklagte erstmals im zweiten Rechtszug Prozesspartei geworden ist.<sup>3</sup>

Entgegen dem Wortlaut des § 511 ZPO ist, auch wenn es um »im ersten Rechtszug erlassene Endurteile« geht, die Berufung nicht statthaft, wenn das OLG in einem Entschädigungsverfahren wegen unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens entscheidet (vgl. § 201 GVG); hier gibt es allein die regulären Rechtsmittel gegen OLG-Urteile, also die Revision oder die Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH (§ 201 Abs. 2 Satz 3 GVG).

- 4 Entscheidend für die Statthaftigkeit der Berufung ist, dass das Gesamtverfahren erstinstanzlich ist; ohne Bedeutung ist, ob erstmals ein Einzelereignis auftritt, das eigentlich in die erste Instanz gehören würde.

### I. Endurteil und gleichgestellte Urteile

- 5 Im Regelfall macht es keine Schwierigkeit, ein Urteil als Endurteil zu erkennen. Es wird üblicherweise allerdings nicht als Endurteil, sondern lediglich als »Urteil« bezeichnet, das im Namen des Volkes ergeht (§ 311 Abs. 1 ZPO). Grds. ist es jedoch diejenige Entscheidung, die einen streitigen Prozess endgültig durch Urteil beendet (§ 300 Abs. 1 ZPO).
- 6 Ein solches Endurteil muss nicht ein streitiges Urteil im vorgenannten engen Sinn sein; die Berufung ist auch statthaft gegen ein
- Anerkenntnisurteil, § 307 ZPO,
  - Verzichtsurteil, § 306 ZPO,
  - Ergänzungsurteil nach § 321 ZPO, das letztlich ein Teilurteil ist (Rdn. 10).
- 7 In letzterem Fall hatte das Gericht ursprünglich einen Antrag übersehen und darüber dann aufgrund eines entsprechenden (auf 2 Wochen nach Zustellung befristeten – § 321 Abs. 2 ZPO) Ergänzungsbegehrens entschieden: Sind für das Ergänzungsurteil die Voraussetzungen einer Berufung gegeben, kann es selbständig angefochten werden.<sup>4</sup> Dasselbe gilt für das Anerkenntnis-<sup>5</sup> wie das Verzichtsurteil.<sup>6</sup>
- 8 Dem Endurteil stellt das Gesetz allerdings auch bestimmte Urteile gleich, die nicht ein gesamtes Verfahren einheitlich beenden:

#### 1. Abtrennung

- 9 Hatte das Gericht mehrere Prozesse miteinander verbunden (vgl. § 147 ZPO), dann ist möglicherweise nur einer der verbundenen Prozesse entscheidungsreif und wird allein dieser entschieden; eine solche Entscheidung ist nach § 300 Abs. 2 ZPO als Endurteil anzusehen. Tatsächlich lässt sich diese Vorschrift nicht als Ausnahmeregelung verstehen. Denn mit dem Urteil wird der insoweit verbundene Prozess abgetrennt und wieder verselbständigt, sodass – anders als bei einem Teilurteil über einen selbständigen von mehreren einheitlich geltend gemachten Anspruch –<sup>7</sup> eine Kostenentscheidung ebenfalls zwingend ergeht, deshalb wird äußerlich wie vom Inhalt her tatsächlich ein selbständiger Prozess abgeschlossen.<sup>8</sup>

2 BGH, NJW-RR 1994, 61.

3 BGH, NJW 1999, 62.

4 BGH, NJW 2000, 3008.

5 BGH, Beschl. vom 15.01.1992 – XII ZB 135/91, NJW 1992, 1513; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1514.

6 Th/P/Seiler, § 307 Rn. 14.

7 BGH, NJW 2000, 1406 oder 959.

8 Mu/Musielak § 300 Rn. 11.

## 2. Teilurteil

Wenn von vornherein, also ohne eine Verbindung mehrerer Prozesse durch das Gericht (§ 147 ZPO), mehrere selbständige Ansprüche in einem einzigen Verfahren geltend gemacht werden und ein Urteil über einen oder auch mehrere (jedoch nicht alle) dieser Ansprüche entscheidet, dann ergeht dies durch Teilurteil (§ 301 ZPO), das zwar üblicherweise<sup>9</sup> keine Kostenentscheidung enthält, die erst im Schlussurteil ergeht; das Teilurteil urteilt jedoch über die entschiedenen Ansprüche endgültig. Folgerichtig bezeichnet das Gesetz (im Klammerzusatz von § 301 Abs. 1 Satz 1 ZPO) das Teilurteil ausdrücklich als Endurteil, gegen das deshalb die Berufung statthaft ist – und dies unabhängig davon, ob das Schlussurteil angefochten wird oder nicht: Beide Urteile sind je für sich zu behandeln und die jeweilige Berufung ist nur zulässig, wenn für sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind.<sup>10</sup>

## 3. Gleichgestellte Urteile

Während in den bisher behandelten Fällen das Endurteil tatsächlich einen »Streitgegenstand« (nämlich einen im Prozess geltend gemachten selbständigen Anspruch) endgültig erledigt, ist dies nicht der Fall beim

- Grundurteil, das lediglich den Grund eines geltend gemachten Anspruchs bejaht (§ 304 Abs. 1 ZPO), sowie beim
- Vorbehaltsurteil, bei dem im Falle einer bestrittenen Aufrechnungsforderung eine Entscheidung lediglich über die Klageforderung ergeht (§ 302 Abs. 1 ZPO),
- Zwischenurteil, das die Klage als zulässig erklärt (§ 280 ZPO).<sup>11</sup>

Obwohl also in diesen Fällen das Urteil keinen selbständigen Streitgegenstand erledigt, stellt das Gesetz es »in Betreff der Rechtsmittel« einem Endurteil gleich (§§ 280 Abs. 2, 302 Abs. 3, 304 Abs. 2 ZPO): Gegen solche Urteile ist demgemäß die Berufung statthaft.

## II. Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil

Gegen ein Versäumnisurteil ist allein unter den Voraussetzungen des § 514 Abs. 2 ZPO die Berufung statthaft.

Gegen ein Versäumnisurteil gibt es grds. nur den an dasselbe Gericht gerichteten Einspruch (§ 338 ZPO), der zwar als Rechtsbehelf, nicht jedoch als Rechtsmittel eingeordnet wird. Ein Rechtsmittel ist nach der gesetzlichen Systematisierung lediglich dort gegeben, wo das übergeordnete Gericht eine Entscheidung überprüft.<sup>12</sup> Der Einspruch ist selbst dann als einziger Rechtsbehelf gegeben, wenn ein Fall der Säumnis (vgl. §§ 330, 331, 333 ZPO) tatsächlich nicht vorlag, das Gericht jedoch die Partei, gegen die es das Versäumnisurteil erlässt, als säumig erachtet hat: Dann ist zwar das Versäumnisurteil unberechtigt ergangen, die Entscheidung durch Versäumnisurteil jedoch formell richtig, weil das Gericht die Säumnis (wenn auch unrichtig) angenommen hat. Die unrichtige Annahme der Säumnisvoraussetzungen macht zwar das Versäumnisurteil angreifbar. Das Urteil ist jedoch nicht in inkorrekt Form ergangen; allein die inkorrekte Form würde die Möglichkeit eröffnen, das Rechtsmittel (auch) in der Form einzulegen, die für die formal korrekt ergangene Entscheidung gegeben wäre.<sup>13</sup>

Während gegen ein erstes Versäumnisurteil allein der Einspruch zulässig ist, gibt es gegen ein zweites Versäumnisurteil keinen weiteren Einspruch (§ 345 ZPO). Will aber die Partei, gegen die ein zweites Versäumnisurteil ergangen ist, das Fehlen der Säumnis geltend machen, so ist dies nur mit der Berufung möglich (§ 514 Abs. 2 ZPO). Weil eine solche Berufung allein mangels Säumnis zulässig ist, muss sie gerade im Hinblick auf diese besondere Zulässigkeitsvoraussetzung begründet werden.

<sup>9</sup> Zu den Ausnahmen: MüKoll/Elzer § 310 Rn. 68; Th/P/Seiler § 301 Rn. 5.

<sup>10</sup> BGH, NJW 2000, 217 f.

<sup>11</sup> BGHZ 102, 234.

<sup>12</sup> StJ/Grunsky vor § 511 Rn. 1, oben Rdn. 2 f.

<sup>13</sup> Vgl. dazu unten Rdn. 43 ff.



Geschieht dies nicht und insb. nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist, ist eine solche Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil unzulässig.<sup>14</sup>

- 16 Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil bedarf also einer gegen die Säumnis geführten Begründung, um sie überhaupt zulässig zu machen. Nach der Rechtsprechung sind verschiedene Zulassungsgründe für die Berufung gegen ein derartiges zweites Versäumnisurteil möglich – und dann in der Berufungsbegründung entsprechend vorzutragen:

### 1. Unverschuldete Säumnis

- 17 Nach dem Gesetzeswortlaut könnte lediglich eine tatsächliche Säumnis entschuldigt werden (§ 514 Abs. 2 ZPO: »... dass der Fall der schuldhaften Versäumnis nicht vorgelegen habe«). Nach allgemeiner Auffassung kann jedoch nicht allein die schuldlose, sondern auch die fehlende Versäumung geltend gemacht werden. Als Entschuldigungsgründe kommen nach der Rechtsprechung unter anderem folgende Umstände in Betracht:
- Krankheit,<sup>15</sup>
  - Verkehrsstau.<sup>16</sup>
- 18 Nach LG Münster, MDR 1991, 160 soll der Berufungsführer sich darauf berufen dürfen, dass trotz frühzeitigen Antrages erst verspätet über die PKH entschieden worden sei. Darauf sollte sich jedoch eine Partei (geschweige deren Anwalt) nicht verlassen: Es hat sich einfach eingebürgert, über die PKH erst im Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung zu entscheiden und dadurch eine gesonderte Vorbereitung der Angelegenheit zu sparen. Die richterliche Begründung lautet regelmäßig dahin, dass die arme Partei nicht auch insoweit noch Vorteile erwarten dürfe, dass sie schon vor der mündlichen Verhandlung über die Auffassung des Gerichts unterrichtet werde. Deshalb erhält sie dann im Verhandlungstermin regelmäßig keine Überlegungsfrist, wenn dort erst die PKH abgelehnt wird: ein genereller Ablaufvorrang des PKH-Prüfverfahrens vor dem Hauptsacheverfahren wird in der Rechtsprechung verneint.<sup>17</sup> Deshalb sollte der Anwalt sich nicht auf die Auffassung von *Schneider*<sup>18</sup> verlassen, die Partei sei dann nicht schuldhaft säumig, wenn sie nach versagter PKH Beschwerde eingelegt habe und vor der Beschwerdeentscheidung die mündliche Verhandlung durchgeführt sei, in der dann mangels Antragstellung das zweite Versäumnisurteil ergangen sei. Wegen weiterer Beispielsfälle wird verwiesen auf die Kommentierung.<sup>19</sup>

### 2. Keine Säumnis

- 19 In der bis zur ZPO-Reform gültigen Fassung bestimmte der entsprechende § 513 Abs. 2 ZPO a.F., dass die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil darauf gestützt werden könne, »dass der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe«. Die heute geänderte Formulierung ändert nach Auffassung der Literatur nichts daran, dass auch nach der ZPO-Reform noch geltend gemacht werden kann, dass überhaupt keine Säumnis vorgelegen habe; die heutige Formulierung sei verunglückt.<sup>20</sup>
- 20 Nach der Rechtsprechung fehlt es in folgenden Fällen an der Säumnis:
- Bis 15 Minuten nach dem Ladungszeitpunkt,<sup>21</sup>
  - keine oder verspätete Ladung,
  - unwirksame Zustellung der Ladung,

14 BGH, Beschl. vom 23.02.2017 – III ZB 137/15, NJW-RR 2017, 638; Beschl. vom 26.11.2015 – VI ZR 488/14, NJW 2016, 642; NJW 1999, 2120 ff.

15 LG Düsseldorf, MDR 1988, 326.

16 BGH, NJW 1999, 724.

17 BGH, NJW 2016, 3248.

18 MDR 1985, 377.

19 Zum Beispiel Mu/*Stadler* § 337 Rn. 6; PG/*Lemke* § 514, 10.

20 Zö/*Heßler* § 514 Rn. 6; MüKo/*Rimmelspacher* § 514 Rn. 16; PG/*Lemke* § 514, 10.

21 BGH, NJW 1999, 724.

- fehlender Aufruf zur Sache,<sup>22</sup>
- Unterbrechung des Verfahrens, etwa nach § 249 ZPO,
- fehlender Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils,
- bei unberechtigter Entfernung der Partei oder ihres Vertreters von der Verhandlung (§ 158 ZPO).

In allen Fällen reicht es für die Zulässigkeit der Berufung jedenfalls nicht aus, dass etwa die Voraussetzungen für das erste Versäumnisurteil nicht vorlagen. Vielmehr muss der Berufungsangriff sich darauf beziehen, dass für ein zweites Versäumnisurteil die Voraussetzungen nicht gegeben waren. Insoweit ist die Rechtsprechung des BGH eindeutig und durchgehend.<sup>23</sup> Deshalb erscheint es wenig erfolgreich, sich auf die zahlreichen Gegenstimmen gegen die Auffassung der Rechtsprechung zu verlassen.<sup>24</sup>

### 3. Säumnis nach Vollstreckungsbescheid

Besonderheiten gelten jedoch für das Mahnverfahren: Der Vollstreckungsbescheid ist dem Versäumnisurteil gleichgestellt (§ 700 Abs. 1 ZPO). Erscheint nach Einspruch der Beklagte zur Verhandlung nicht, kann unter den Voraussetzungen des § 700 Abs. 6 ZPO ein Versäumnisurteil ergehen – und das gilt als ein zweites Versäumnisurteil.

Ein solches zweites Versäumnisurteil darf aber nach § 700 Abs. 6 ZPO nur dann ergehen, wenn das Klägervorbringen den Klageantrag rechtfertigt; das ergibt sich durch die Verweisung auf § 331 Abs. 2 Hs. 1 ZPO. Das Gericht muss also aufgrund von § 700 Abs. 6 ZPO auf jeden Fall eine Schlüssigkeitsprüfung vornehmen und darf erst daraufhin den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid durch ein (zweites) Versäumnisurteil verwerfen.

Daraus leitet sich die Frage her, ob im Falle eines Vollstreckungsbescheids Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil selbst im Falle schuldhafter Säumnis des Beklagten allein darauf gestützt werden darf, das Gericht habe die Schlüssigkeit der Klageforderung nicht oder fehlerhaft geprüft. Im Hinblick auf § 700 Abs. 6 ZPO erachtet der BGH die Berufung als zulässig, wenn sie eine solche fehlende Schlüssigkeitsprüfung geltend macht.<sup>25</sup>

Es gibt durchaus beachtliche Stimmen, die eine solche Ausdehnung der Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil über den Wortlaut des § 514 Abs. 2 ZPO hinaus als unzulässig erachten.<sup>26</sup>

### 4. Keine Schlüssigkeitsprüfung für das allgemeine zweite Versäumnisurteil

Die Rechtsprechung zum zweiten Versäumnisurteil beim Vollstreckungsbescheid führt allerdings nicht zur Zulässigkeit einer Berufung, die sich darauf stützt, das erste Versäumnisurteil hätte bei ordnungsgemäßer Prüfung nach § 331 Abs. 2 ZPO nicht ergehen dürfen, weil der Klage materielle oder prozessuale Voraussetzungen fehlten. Hier steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, ein solcher Angriff könne lediglich mit dem Einspruch gegen das erste Versäumnisurteil erhoben werden. Das übliche zweite Versäumnisurteil fordere keine Schlüssigkeitsprüfung, sondern dürfe bereits dann ergehen, wenn die Partei wiederum säumig ist. Von dieser Rechtsprechung des BGH wird auszugehen sein.<sup>27</sup> Es wird deshalb in der Praxis wenig helfen, dass es gewichtige Gegenstimmen gibt.<sup>28</sup>

22 BVerfG, Beschl. vom 05.10.1976 – 2 BvR 558/75, NJW 1977, 1443; LG Hamburg, NJW 1977, 1459.

23 BGHZ 97, 341, 343; 141, 351 ff.; BGH, NJW-RR 2011, 1692: Nicht einmal auf einen vorweggenommenen Restitutionsanspruch (§ 580 Nr. 7 lit. b ZPO) kann eine solche Berufung gestützt werden.

24 Vgl. die Nachweise zur a.A. bei Mu/Ball § 514 ZPO unter Fn. 10.

25 BGHZ 112, 367, 373.

26 MüKo/Rimmelpacher § 514 Rn. 18; OLG Hamm, NJW 1991, 1067.

27 BGH, NJW 1999, 2599.

28 B/L/A/H/Hartmann, 77. Aufl., § 514 Rn. 6; Th/P/Reichold § 345 Rn. 4.

### III. Fortsetzung eines Mietverhältnisses

- 27 § 308a Abs. 2 ZPO macht eine Berufung statthaft, wenn ohne besonderen Antrag der Parteien das Urteil mit der Abweisung des Begehrens auf Räumung von Wohnraum eine Fortsetzung des eigentlich durch Kündigung abgelaufenen Mietverhältnisses für einen bestimmten Zeitraum ausspricht und hierfür die Vertragsbedingungen regelt.
- 28 Die Berufung – des Vermieters als Klägers oder auch des Mieters als Beklagten – braucht sich in diesem besonderen Fall nicht auf die »Hauptsache« zu erstrecken, also das Räumungsbegehren. Vielmehr kann sie beschränkt werden auf die Dauer oder die Vertragsbedingungen der Verlängerungszeit. Allerdings muss die ausreichende Beschwer (mehr als 600,00 € – § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) gegeben sein.<sup>29</sup>

### IV. Formell fehlerhafte Urteile (Scheinurteile)

- 29 Es gibt Entscheidungen, die nicht nur inhaltlich problematisch sind und gegen die deshalb aus materiellen Gründen die Berufung eingelegt wird. Zuweilen ist außerdem unklar, ob eine (gerichtliche) Entscheidung als Urteil anzusehen ist; denn grds. kann nur in diesem Fall die Berufung statthaft sein, weil sie ein Endurteil voraussetzt (§ 511 Abs. 1 ZPO).
- 30 So bedarf ein Urteil, das aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergeht, zu seiner Wirksamkeit der Verkündung (§ 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Welche Folge hat es, wenn (versehentlich oder aus Unkenntnis) die Verkündung unterbleibt und ein nicht verkündetes Urteil den Parteien zugestellt wird (§ 317 Abs. 1 ZPO)?
- 31 Es kann geschehen, dass ein Urteil noch gar nicht verkündet werden sollte, etwa weil es noch nachberaten werden musste; wenn es trotzdem durch ein Versehen der Geschäftsstelle hinausgeht und den Parteien zugestellt wird (etwa mit einem fehlerhaften oder auch keinem Verkündungsvermerk), dann steht die durch eine solche Entscheidung belastete Partei vor der Frage, ob sie das Urteil anfechten kann – und auch muss, um etwaigen negativen Folgen zu entgehen.<sup>30</sup>
- 32 In der Literatur wird schließlich das »Scheinurteil« diskutiert, das äußerlich wie ein Urteil aussieht, aber gar nicht vom Gericht stammt: Selbstverständlich ist ein solches »Scheinurteil« ein Nichturteil, das keine Wirkung entfalten kann. Trotzdem stellt sich für eine betroffene Partei die Frage, ob sie nicht zur Klarstellung eine Berufung einlegen kann.

#### 1. Wirksamkeit fehlerhafter Urteile

- 33 Wer sich auf den Standpunkt stellt, ein Urteil sei nicht wirksam, wenn es den formellen Anforderungen – an Verkündung, festgesetztem Verkündungstermin, Zustellung usw. – nicht genügt, wird leicht der Auffassung zuneigen, gegen ein solches Scheinurteil sei eine Berufung nicht zulässig; es entfalte ja keine Rechtswirkung. Notfalls lasse sich dies durch eine Feststellungsklage klären. Der BGH hat sich bereits im Jahre 1954<sup>31</sup> im Großen Senat für Zivilsachen (vgl. § 132 GVG) mit den prozessualen Folgen befasst, wenn ein Urteil nicht im anberaumten Verkündungstermin, sondern zu einem anderen den Parteien nicht bekannt gegebenen Termin (entgegen § 310 ZPO) verkündet wurde. Während das Reichsgericht eine formale Haltung eingenommen und eine solche Entscheidung als ein (nicht erlassenes) Nichturteil angesehen hat,<sup>32</sup> schließt der BGH aus den Wiederaufnahmevorschriften (§§ 578 ff. ZPO), Urteile seien auch bei absoluten Verstößen materieller oder verfahrensrechtlicher Art in ihrem Bestand zunächst nicht infrage zu stellen. Grobe Verfahrensverstöße seien dem Urteil selbst nicht ohne Weiteres anzumerken. So bestünde eine unvertretbare Rechtsunsicherheit, wenn formale Fehler mitunter erst zufällig nach mehreren Jahren festgestellt

29 PG/Thole § 308a ZPO, Rn. 7.

30 Mu/Ball vor § 511 Rn. 30 ff.

31 BGHZ 17, 39.

32 RG, JW 1915, 592.

würden, die bei Nichtigkeit zu Verwicklungen führen könnten, so etwa bei einem Scheidungsurteil, dem die Verkündung fehle. Die Zivilprozessordnung wolle im Gegensatz zum formaleren Gemeinen Prozessrecht fehlerhafte Urteile selbst bei schweren Verfahrensverstößen nicht als nichtig, sondern lediglich als anfechtbar und aufhebbar erklären und erleichtere dadurch den Rechtsfrieden wie die Rechtssicherheit. Daraus folgt:

Grds. ist ein Urteil selbst bei groben formellen oder inhaltlichen Fehlern als Urteil zu behandeln und deshalb die Berufung statthaft. 34

Für unseren Zusammenhang ist wesentlich: Eine als Urteil verkündete Entscheidung erster Instanz kann mit der Berufung angefochten werden, auch wenn sie nicht oder nicht so hätte ergehen dürfen. 35

## 2. Beispiele fehlerhafter anfechtbarer Urteile

Die Rechtsprechung hat für einen recht bunten Strauß solcher Fehler die Statthaftigkeit der Berufung bejaht – in diesem Zusammenhang erfolgen die Beispiele ohne gleichzeitige Prüfung der Frage, ob derartige Fehler ausreichen, bereits ohne eine materielle Beschwerde (vgl. unten Rdn. 52 f.) die Zulässigkeit der Berufung zu bejahen. Eine Berufung ist zulässig, wenn das LG durch Urteil ein Versäumnisurteil aufrechterhalten hat, das noch gar nicht wirksam geworden war:<sup>33</sup> Zwar sei mangels wirksamen Versäumnisurteils auch das aufrechterhaltende streitige Urteil wirkungslos – könne aber die unterlegene Partei gefährden und beschwere sie deshalb, sodass es mit denselben Rechtsmitteln anfechtbar sei wie ein rechtswirksames Urteil. 36

Dem entsprechend sei ein überhaupt nicht verkündetes Urteil zwar ein bloßer Entwurf und nicht existent, könne aber wegen seiner Gefährdung angefochten werden.<sup>34</sup> 37

Wird dagegen ein nicht (von allen berechtigten Richtern) unterschriebenes Urteil verkündet und den Parteien zugestellt, ist es rechtlich zwar lediglich ein Entwurf, aber trotzdem ausreichend, ihn als endgültigen verbindlichen hoheitlichen Ausspruch erscheinen zu lassen, der ein Rechtsmittel zulässig macht, das zur Aufhebung führt.<sup>35</sup> Zwar kann die fehlende Unterschrift auch noch nach Einlegung des Rechtsmittels nachgeholt werden, jedoch lediglich innerhalb der für die Einlegung eines Rechtsmittels längsten Frist von 5 Monaten nach der Verkündung.<sup>36</sup> Ist allerdings der Richter verhindert, etwa weil er zwischenzeitlich bei einem anderen Gericht tätig ist, kann er wegen Verhinderung nicht mehr unterschreiben und ist der formelle Mangel nicht mehr zu heilen<sup>37</sup> und das angefochtene »Urteil« aufzuheben.

Nach einem Urteil des OLG Frankfurt am Main<sup>38</sup> soll die Berufung sogar dann zulässig sein, wenn der Richter fernmündlich der Prozesspartei als Ergebnis seines Verkündungstermins ein Urteil mitgeteilt hat, das aber weder verkündet ist noch in der Folgezeit ergeht oder der Partei zugeht. Hier gibt es also mangels entsprechender Urkunde nicht einmal den äußeren Schein eines Urteils. Trotzdem erscheint die Überlegung richtig und für den seine Partei verantwortungsvoll beratenden Rechtsanwalt bedeutsam: Bekanntlich beginnt die einmonatige Berufungsfrist nicht allein mit der Zustellung des Urteils – sondern spätestens mit dem Ablauf von 5 Monaten nach der Verkündung (§ 517 ZPO). Die Berufungsfrist kann also abgelaufen sein, ohne dass die Partei ein Urteil in der Hand hat oder überhaupt kennt. Der verantwortungsbewusste Rechtsanwalt muss sich also erkundigen, wenn er nach dem ihm mitgeteilten Verkündungstermin vom Gericht nichts hört. Er ist auf die Information angewiesen, die er dann – hoffentlich – erhält. Er hat keine gesetzliche Handhabe, Verlässliches zu 38

33 BGH, NJW 1996, 1969.

34 BGH, MDR 1964, 43; NJW 1995, 404.

35 BVerfG, NJW 1985, 788.

36 BGH, NJW 2006, 1881.

37 BGH, VersR 1981, 552.

38 MDR 1991, 63.

erfahren. Deshalb ist es folgerichtig, wenn er formal ordnungsgemäß auf das reagiert, was ihm mitgeteilt wird. Allerdings gibt es Gegenmeinungen.<sup>39</sup>

- 39 Wenn die Berufung statthaft ist, wird nach den Überlegungen des BGH<sup>40</sup> bei einem derart grob fehlerhaften »Scheinurteil« auf weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Berufung zu verzichten sein, also auch auf die materielle Beschwer (vgl. unten B., Rdn. 67). Allein die Gefährdung dadurch, dass niemand zuverlässig weiß, was in dem angeblichen Verkündungstermin geschehen ist, macht eine Berufung statthaft – und auch sonst zulässig. Sie muss zur Aufhebung dessen führen, was der BGH an anderer Stelle als bloßen »Rechtsakt« bezeichnet hat.<sup>41</sup> Das Rechtsmittel der Berufung ist nach einer weiteren Entscheidung des BGH<sup>42</sup> auch dann zulässig, wenn den Parteien in derselben Rechtsache zwei entgegengesetzte Urteile zugehen, nämlich das verkündete (und rechtskräftig gewordene), das die Klage abweist, während das zweite Urteil dieselbe Klage zuspricht: Das Rechtsmittel gegen dieses zweite Urteil sei zulässig, obwohl es mangels Verkündung nicht wirksam und das entgegengesetzte Urteil bereits rechtskräftig sei: Für die Statthaftigkeit sei ausreichend, dass das schutzwürdige Interesse der nach dem Inhalt eines solchen »Rechtsaktes« betroffenen Partei beeinträchtigt sei.
- 40 Die Berufung ist überdies statthaft, wenn
- ein Urteil in einem (gemäß § 249 ZPO) unterbrochenen Verfahren ergeht,<sup>43</sup> also gar kein Urteil mehr ergehen durfte,
  - ein Urteil in einem besonders angesetzten Verkündungstermin entsprechend § 310 Abs. 2 ZPO verkündet wird, ohne dass jedoch – entgegen der gesetzlichen Anforderung an ein derart zu verkündendes Urteil – Tatbestand und Entscheidungsgründe abgesetzt sind.<sup>44</sup>
- 41 Für alle Urteile, die grob verfahrensfehlerhaft ergangen sind und sich deshalb möglicherweise lediglich als Entwurf oder als Scheinurteil darstellen, ist grds. von der Statthaftigkeit der Berufung auszugehen: Staatliche Hoheitsakte haben grds. den Schein des Bestandes für sich – und machen deshalb das Rechtsmittel statthaft.
- 42 Das bedeutet umgekehrt, dass von einem solchen Rechtsschein nicht bereits dann ausgegangen werden kann, wenn schon nach dem äußeren Aussehen das als Urteil aufgemachte Schriftstück nicht von der Justiz kommt, sondern auf einen privaten Urheber hinweist. Wenn insoweit Unklarheiten bestehen, ist die Klage auf Feststellung zulässig, dass der Gegner kein Recht aus dem »Scheinurteil« herleiten darf.<sup>45</sup>

## V. Inkorrekte Entscheidungsform

- 43 In der Praxis kommt es vor, dass ein Gericht die EntschlieÙungsform verwechselt: In Landwirtschaftssachen wird oft verkannt, wann eine echte Streitsache (etwa ein Streit zwischen Pächter und Verpächter um die Zahlung des Pachtzinses nach § 1 Nr. 1a LwVG) und wann im FamFG-Verfahren (vgl. § 9 LwVG) zu entscheiden ist: Im letzteren Falle ist durch Beschluss, nur bei Streitsachen durch Urteil zu entscheiden. Das wird – trotz der Spezialzuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts – oft verwechselt.
- 44 Ist (in einem Beschlussverfahren) durch Urteil endgültig entschieden worden, so ist die Entscheidung zwar in falscher Form ergangen. Auf diese Form dürfen sich die betroffenen Parteien jedenfalls insoweit verlassen, als sodann dasjenige Rechtsmittel statthaft ist, das für diese Form der Entscheidung gegeben ist. So hat für das Landwirtschaftsverfahren der BGH entschieden, dass der Partei kein

39 VGH Baden-Württemberg, DVBl. 1975, 381.

40 BGH, NJW 1995, 404.

41 BGH, NJW 1999, 1192.

42 NJW 1999, 1192.

43 BGH, NJW 1995, 2563.

44 BGH, Beschl. vom 12.02.2015 – IX ZR 156/14, NJW-RR 2015, 508.

45 Anders/Gehle/Göertz vor § 511 Rn. 26.

Nachteil daraus entstehen darf, wenn das Gericht in unzulässiger Weise das Verfahren fehlerhaft (etwa als echte Streitsache) betrieben und demgemäß ein Urteil erlassen hat, obwohl richtigerweise im damaligen FGG-Verfahren hätte verfahren und durch Beschluss entschieden werden müssen. Deshalb ist die Berufung statthaft, wird jedoch das Rechtsmittelverfahren als FGG-Verfahren weitergeführt.<sup>46</sup> Das ist deshalb bedeutsam, weil die Berufungsfrist einen Monat beträgt, während die sofortige Beschwerde innerhalb von 2 Wochen einzulegen ist (§ 569 Abs. 1 ZPO) und für diese die Frist abgelaufen sein könnte, bis die fehlerhafte Entscheidungsform bemerkt wird.

### 1. Meistbegünstigung

Der Grundsatz der Meistbegünstigung beschränkt jedoch die Art des Rechtsmittels nicht auf das für die gewählte Entscheidungsform grds. gegebene Rechtsmittel. Vielmehr darf außerdem dasjenige Rechtsmittel gewählt werden, das bei der gesetzlich geforderten Form der Entscheidung vorgesehen ist. Der BGH drückt diese allgemeine Auffassung dahin aus, dass

»die Parteien dadurch, dass das Gericht seine Entscheidung in einer falschen Form verlautbart, keinen Rechtsnachteil erleiden (dürfen). Ihnen steht deshalb sowohl derjenige Rechtsbehelf zu, der nach der Art der tatsächlich ergangenen Entscheidung statthaft ist, als auch dasjenige Rechtsmittel, das bei einer in der richtigen Form ergangenen Entscheidung zulässig wäre (Grundsatz der Meistbegünstigung).«<sup>47</sup>

Das erleichtert dem Rechtsanwalt die Überlegung, welches Rechtsmittel statthaft ist: Er darf sich grds. auf die Form der ergangenen Entscheidung verlassen; ist dies ein Urteil, dann ist grds. die Berufung statthaft. Insoweit geht er kein Risiko ein, wenn er die Berufung einlegt. Entsprechend hat der Richter die Berufung als zulässig zu erachten; der Richter allerdings ist dann nicht der Aufgabe enthoben, von Amts wegen zu prüfen, ob das weitere Verfahren ein Urteils- oder aber ein Beschlussverfahren ist.<sup>48</sup> Das Rechtsmittelverfahren hat in dem rechtlich vorgesehenen Verfahren zu erfolgen, unabhängig von der Form der angefochtenen Entscheidung.

Selbstverständlich ist der Rechtsanwalt nicht daran gehindert, die Entscheidung dahin zu überprüfen, ob sie wirklich in Urteilsform hätte ergehen dürfen. Glaubt er dann, die Urteilsform sei falsch, wird er die Beschwerde einlegen (entweder die sofortige Beschwerde innerhalb von 2 Wochen, § 569 ZPO, oder etwa in einer Familiensache die innerhalb eines Monats einzulegende Beschwerde). Dann allerdings trägt der Rechtsanwalt das Risiko, dass seine Einschätzung unrichtig sein könnte. Für diesen Fall wäre das gewählte Rechtsmittel unzulässig. Der Rechtsanwalt geht deshalb das geringere Risiko ein, wenn er von der tatsächlichen Form der Entscheidung ausgeht und das für die tatsächliche Form gegebene Rechtsmittel einlegt (allerdings können dann Mehrkosten entstehen, wenn es zur Verweisung kommt, weil ja nie das Gericht die Folgen seiner fehlerhaften Tätigkeit trägt).

In Zweifelsfällen wird der Anwalt innerhalb von 2 Wochen nach Zustellung der Entscheidung die Anfechtung durch ein neutral als »Rechtsmittel« bezeichnetes Schriftstück an das übergeordnete Gericht erklären – die genaue Bezeichnung der Rechtsmittelart ist für die Zulässigkeit bedeutungslos.

Grds. sollte aber der Rechtsanwalt dasjenige Rechtsmittel einlegen, das der Entscheidungsform entspricht, also gegen ein Urteil die Berufung, gegen einen Beschluss die Beschwerde – darin liegt für ihn das geringere Risiko. Der Grundsatz der Meistbegünstigung führt aber nicht zu einer dem korrekten Verfahren widersprechenden Erweiterung des Instanzenzuges: So kann bspw. die Statthaftigkeit einer Rechtsbeschwerde nicht aus dem Grundsatz der Meistbegünstigung hergeleitet werden, wenn diese nach § 70 Abs. 4 FamFG ausgeschlossen ist.<sup>49</sup>

46 BGHZ 115, 162, 165; BGH, BGHR LwVG § 48 Abs. 1 Satz 1, Rechtsmittel 1.

47 BGH, NJW 1999, 583, 584.

48 Vgl. BGH, MDR 1966, 232.

49 BGH, Beschl. vom 08.07.2015 – XII ZB 586/14, NJW-RR 2015, 1346.



- 51 Verwechslungen in der Entscheidungsform waren bei Familiensachen und sind bei Landwirtschaftsachen von der Zahl her am häufigsten. Sie können aber in anderen Bereichen ebenso geschehen – und für diese gilt dann ebenfalls regelmäßig der Grundsatz der Meistbegünstigung.

## 2. Besonderheiten bei Arrest und einstweiligen Verfügungen

- 52 Bei Arrest und einstweiliger Verfügung ist ohne mündliche Verhandlung nur durch Beschluss, nach mündlicher Verhandlung jedoch durch Urteil zu entscheiden, § 922 ZPO. Kommt es zur Verwechslung in der Entscheidungsform, gilt auch hier der Grundsatz der Meistbegünstigung. Ergeht der Arrest durch Beschluss, ist Widerspruch einzulegen (§ 924 Abs. 1 ZPO), über den dasselbe Gericht nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil zu entscheiden hat (§ 925 Abs. 1 ZPO). Dagegen ist die Berufung zulässig. Hat fehlerhaft in einem Widerspruchsverfahren das Gericht wiederum durch Beschluss entschieden, ist deshalb auf jeden Fall die Berufung statthaft, da durch Urteil hätte entschieden werden müssen. Was geschieht jedoch, wenn der Rechtsanwalt unter Berufung auf den Grundsatz der Meistbegünstigung (nochmals) Widerspruch unter Hinweis auf § 924 ZPO einlegt? Das muss nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung statthaft sein. Während die Literatur diesen Standpunkt teilt,<sup>50</sup> hält das OLG Karlsruhe einen solchen Widerspruch nicht für statthaft; es hilft jedoch dem Widerspruchsführer insoweit, als es auf die Möglichkeit verweist, eine Berufung mit einem Wiedereinsetzungsgesuch vorzulegen.<sup>51</sup> Diese Entscheidung überzeugt nicht, weil nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung der Widerspruch »statthaft« sein müsste, das weitere Verfahren dann aber selbstverständlich als Berufungsverfahren vor dem übergeordneten Gericht weitergeführt werden müsste: Hier greifen die Überlegungen ein, dass eine inkorrekte Entscheidungsform zwar das darauf abgestimmte Rechtsmittel statthaft macht, nicht aber das weitere Verfahren bestimmen kann (vgl. oben Rdn. 44, 47).
- 53 Nach mündlicher Verhandlung ist über einen Arrest durch Endurteil zu entscheiden (§ 922 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Für ein Arrestverfahren ist nach § 919 ZPO auch das Gericht der Hauptsache zuständig. Ist die Hauptsache bereits in der Berufung, so ist das Berufungsgericht zuständig für die (Erst-) Entscheidung über ein Arrestgesuch (§ 943 Abs. 1 ZPO). Obwohl alsdann durch dieses Berufungsgericht eine Erstentscheidung ergeht, die nach mündlicher Verhandlung ein Urteil ist, soll der Charakter der Hauptsache als Berufungsverfahren auch dieses Arrestverfahren bestimmen. Wenn also das LG als Gericht der Hauptsache im Berufungsverfahren über ein dort eingebrachtes Arrestgesuch durch Urteil erstmals entschieden hat, soll dagegen keine Berufung statthaft sein. Begründet wird dies mit der Überlegung, im Eilverfahren könne ein Rechtsmittel dort nicht statthaft sein, wo ein solches Rechtsmittel im Verfahren der Hauptsache nicht gegeben ist.<sup>52</sup>
- 54 Auf andere Art kann ebenfalls, und zwar unabhängig von dem Schicksal der Hauptsache, ein erstes Endurteil im Arrestverfahren durch das zweitinstanzliche Gericht ergehen: Wenn ein Arrestgesuch durch Beschluss zurückgewiesen wird, ist dagegen die sofortige Beschwerde nach § 567 ZPO (innerhalb von 2 Wochen – § 569 Abs. 1 ZPO) gegeben. Das Beschwerdegericht kann mündliche Verhandlung anordnen und wird dann durch Urteil entscheiden (entsprechend § 922 ZPO). Ist dieses Endurteil nunmehr ein Urteil erster Instanz, das durch die Berufung anfechtbar ist? Die herrschende Meinung verneint dies, weil es die Entscheidung einer zweiten Instanz ist und die Berufung nur statthaft sein soll gegen Endurteile aus der ersten Instanz.<sup>53</sup> *Stein/Jonas/Grunsky*<sup>54</sup> hält dieses Ergebnis deshalb für unbefriedigend, weil der Arrestschuldner regelmäßig von einem das Arrestgesuch zurückweisenden Beschluss gar keine Kenntnis erhält und dann erst durch die Ladung des Beschwerdegerichts zur mündlichen Verhandlung etwas von dem Arrestverfahren hört. Er sei dann gegenüber dem Gläubiger ohne sachlichen Grund offensichtlich benachteiligt. Deshalb solle § 511

50 St/J/Grunsky § 922 Rn. 11, 30; ZöV/Vollkommer § 922 Rn. 17.

51 OLG Karlsruhe, NJW 1987, 509; ebenso P/G/Fischer § 922, Rn. 12.

52 ZöV/Vollkommer § 922 Rn. 17; Th/P/Seiler § 922 Rn. 6; St/J/Grunsky § 922 Rn. 11.

53 So ZöV/Vollkommer § 922 Rn. 14; Th/P/Seiler § 922 Rn. 7.

54 § 922 Rn. 9; § 511 Rn. 6.

Abs. 1 ZPO dahin ausgelegt werden, dass eine Berufung immer gegen »das erste Urteil in der Sache« statthaft sei. Rechtsprechung zu dieser Streitfrage war nicht zu finden; insoweit könnte es um eine eher akademische Rechtsfrage gehen.

### 3. Kostenentscheidungen

Über Kosten ist nach Erledigung der Hauptsache (§ 91a ZPO) durch Beschluss, nicht durch Urteil 55 zu entscheiden; wird jedoch fehlerhaft ein Urteil gefällt, dann ist die Berufung statthaft.<sup>55</sup> Sie ist außerdem zulässig, wenn nach einem (mit der Berufung dann angefochtenen) Teilurteil das Schlussurteil über die Kosten des Teilurteils entscheidet,<sup>56</sup> während grds. eine Berufung gegen eine Kostenentscheidung unzulässig ist (§ 99 ZPO).

Damit ist allerdings nicht gesagt, Kostenentscheidungen seien nicht rechtsmittelfähig; wegen der möglichen Angriffe sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.<sup>57</sup>

### 4. Verweisungsentscheidungen

Ist der Rechtsweg zum ordentlichen Gericht unzulässig, darf die Klage nicht durch Urteil als unzu- 56 lässig abgewiesen werden, sondern ist an das zuständige Gericht durch Beschluss zu verweisen (§ 17a GVG): Gegen eine fehlerhaft als Urteil bezeichnete Entscheidung (die etwa sachlich fehlerhaft die Klage als unzulässig abweist und die gebotene Verweisung unterlässt), kann das gegen ein Urteil statthafte Rechtsmittel eingelegt werden – das alsdann als sofortige Beschwerde zu behandeln ist.<sup>58</sup>

### VI. Gemischte Urteile

Nicht immer kann das Gericht ein einheitliches Urteil erlassen: Stellt bei Klage und Widerklage 57 bspw. der Kläger zur Widerklage keinen Antrag und ist seine Klage nach streitiger Verhandlung unbegründet, dann wird die Widerklage durch Teilversäumnisurteil und die Klage durch streitiges Endurteil abgewiesen. Entsprechend ist zu entscheiden, wenn eine der Parteien im Verhältnis zum gesamten Streitgegenstand den Antrag nur teilweise stellt, so nach entsprechendem richterlichen Hinweis der Kläger nur für einen Teil des Klagegegenstandes oder der Beklagte den Abweisungsantrag nur für den einen bestimmten Betrag übersteigenden Klageantrag.

In solchen Fällen gibt es kein einheitliches Rechtsmittel: Vielmehr ist gegen das Versäumnisurteil 58 der Einspruch gegeben (§ 338 ZPO), gegen das streitige Urteil die Berufung (§ 511 ZPO), deren Zulässigkeitsvoraussetzungen allein nach dem Gegenstand des streitigen Urteils zu prüfen sind. Das Verfahren läuft dann unabhängig voneinander weiter, das Einspruchsverfahren bleibt in der bisherigen Instanz, die Berufung kommt vor das Berufungsgericht. In der Praxis wird das Berufungsverfahren ruhen, bis das Einspruchsverfahren abgeschlossen ist: Es gibt nur eine Gerichtsakte und aus praktischen Gründen sollte die Kostenentscheidung einheitlich ergehen.

### VII. Ausschluss der Berufung

Selbst wenn gegen ein erstinstanzliches Urteil eine Berufung statthaft ist, kann sie im Einzelfall unzu- 59 lässig sein; das gilt insb. dort, wo für bestimmte Ziele die Berufung ausgeschlossen wird:

So kann eine Berufung nicht mit dem Ziel eingelegt werden, lediglich die Kostenentscheidung zu 60 ändern (§ 99 Abs. 1 ZPO).

55 Anders/Gehle/Göertz vor § 511 Rn. 30; BGH, MDR 1959, 554; 1966, 232.

56 BGHZ 29, 126.

57 Zö/Herget zu § 99; PG/Schneider zu § 99.

58 Vgl. OLG Naumburg, NJW-RR 2002, 791 – dort war fälschlich sogar ein Versäumnisurteil ergangen, gegen das ein Einspruch eingelegt und richtigerweise als statthaft erachtet wurde.



- 61 Ein Wohnraum-Räumungsurteil kann nicht durch Berufung mit dem beschränkten Ziel angefochten werden, lediglich eine Räumungsfrist zu erreichen oder diese zu verlängern: Für diesen Fall ist allein die sofortige Beschwerde gegeben (§ 721 Abs. 6 Nr. 1 ZPO).<sup>59</sup>

### VIII. Zwischenurteil – grds. nicht anfechtbar

- 62 Zwischenurteile ergehen nach § 303 ZPO über einen Zwischenstreit, wenn der Rechtsstreit insgesamt noch nicht entscheidungsreif ist. Das Zwischenurteil ergeht zu Vorfragen, die im Prozess aufgetreten sind und dort geklärt werden müssen, ohne sich jedoch unmittelbar auf den Streitgegenstand selbst zu beziehen. Deshalb sind sie grds. nicht isoliert durch eine Berufung anfechtbar, sondern erst zusammen mit dem Endurteil.<sup>60</sup> Von diesem Grundsatz werden jedoch dann Ausnahmen gemacht, wenn das Zwischenurteil seinem Inhalt nach ein Teilendurteil darstellt und mit seiner Rechtskraft eine weitergehende Verbindlichkeit mit sich bringen würde. Die Rechtsprechung hat deshalb die Zulässigkeit von Rechtsmitteln, und damit auch einer Berufung, in folgenden Fällen bejaht:
- 63 In einem Klageverfahren hat das Gericht durch Zwischenurteil festgestellt, dass das Verfahren durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unterbrochen sei. Wäre das Zwischenurteil unanfechtbar, hätte der Kläger keine Möglichkeit mehr, seinen Anspruch durchzusetzen. Deshalb eröffnet der BGH ihm die Möglichkeit, über die Berufung geltend zu machen, dass sein Klageanspruch gar nicht in die Insolvenzmasse falle, dies auch im Falle einer Anfechtung nach § 17 Anfechtungsgesetz; denn nach dieser Vorschrift ist das Verfahren unterbrochen, wenn der Anfechtungsanspruch im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch rechtshängig ist.<sup>61</sup>

Entsprechendes gilt, wenn trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens und gesetzlicher Verfahrensunterbrechung ein Urteil ergeht – das kann mit dem Ziel, die Aufhebung dieses Urteils auszusprechen, angefochten werden und darüber ist durch Zwischenurteil zu entscheiden, das wie ein Endurteil anfechtbar ist.<sup>62</sup>

- 64 Ebenso hat der BGH die Berufung eröffnet, wenn einer Person, die einen Rechtsstreit während der Unterbrechung aufgenommen hat, durch Zwischenurteil die Befugnis versagt wurde, als Kläger aufzutreten. Denn damit scheidet eine Partei gegen ihren Willen aus dem Prozess aus.<sup>63</sup>
- 65 Schließlich sieht der BGH es wie ein Endurteil an, wenn durch Zwischenurteil eine Person gegen ihren Willen aus einem Prozess entlassen wird. Hier leitet der BGH die Anfechtbarkeit aus einer entsprechenden Anwendung von § 280 Abs. 2 ZPO her: Letztlich werde über die Zulässigkeit der Klage gegen eine Partei entschieden.<sup>64</sup>
- 66 Lehnt ein Zwischenurteil den Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung einer Notfrist ab, kann dieses Urteil ebenfalls wie ein Endurteil angefochten werden. Das begründet der BGH damit, dass mangels einer erfolgreichen Anfechtung die Entscheidung rechtskräftig und alsdann für die Gerichte und Parteien bindend werde.<sup>65</sup> Allgemein kann gesagt werden, dass ein Zwischenurteil mit der Berufung dann angefochten werden kann,

»wenn es sich nicht, wie § 303 ZPO voraussetzt, auf die Klärung einer prozessualen Vorfrage beschränkt, sondern tatsächlich eine Entscheidung über den materiellen Streitgegenstand trifft (und somit) ein (Teil-)

<sup>59</sup> Wegen der vielfältigen Probleme, die im Räumungsverfahren beim ersten wie zweiten Versäumnisurteil, beim Zusammentreffen von Berufung und sofortiger Beschwerde auftreten können, vgl. *StJ/Münzberg* § 721 Rn. 36 ff.; *PG/Kroppenberg* § 721 Rn. 12.

<sup>60</sup> *Mu/Musielak* § 303 Rn. 7.

<sup>61</sup> BGH, WM 2005, 43.

<sup>62</sup> BGH, MDR 2009, 1000 – mit den Besonderheiten, dass es ursprünglich ein (unzulässiges) Versäumnisurteil gab, über das dann fehlerhaft durch Beschluss statt eines Zwischenurteils entschieden wurde.

<sup>63</sup> BGH, WM 2004, 1656; NJW-RR 2006, 288.

<sup>64</sup> BGH, NJW 1981, 989.

<sup>65</sup> BGHZ 47, 298.

Endurteil darstellt und (deshalb) in diesem Fall wie ein Sachurteil uneingeschränkt anfechtbar ist.« (so BGH, NJW-RR 2006, 565).

## B. Beschwer

Eine statthafte Berufung ist nur zulässig, wenn der Berufungskläger durch das erstinstanzliche Urteil beschwert ist. Während für die Statthaftigkeit lediglich zu fragen ist, ob eine Entscheidung überhaupt mit einer Berufung anfechtbar ist, bestimmt sich aus der Beschwer, ob im konkreten Fall die – allgemein statthafte – Berufung auch zulässig ist. Für die »Wert-Berufung« ergibt sich dies unmittelbar aus dem Gesetz: Nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO muss nämlich der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € übersteigen – und einen Wert soll deshalb die Berufungsbegründung angeben, wenn nicht eine bestimmte Geldsumme den Beschwerdegegenstand bildet (§ 520 Abs. 4 Nr. 1 ZPO). Zu unterscheiden ist allerdings einerseits die Beschwer, mit der das Urteil den Rechtsmittelkläger benachteiligt – und auf der anderen Seite der Beschwerdegegenstand, mit dem der Berufungskläger in die Berufung geht. Wenn bspw. die Klage wegen eines Betrages von 1.000 € abgewiesen wird, ist die Beschwer 1.000 €; wird dagegen im Berufungsverfahren der Antrag nur i.H.v. 700 € weiter verfolgt, ist der Beschwerdegegenstand lediglich 700 €. Der in § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO genannte Wert besagt, dass zur Zulässigkeit der Berufung zumindest um den Wert von mehr als 600 € gestritten werden muss; demgegenüber kann die Beschwer durch das Urteil durchaus höher sein.

Eine im erstinstanzlichen Urteil nach § 511 Abs. 4 ZPO zugelassene Berufung ist nur dann zulässig, wenn das Urteil den Berufungskläger beschwert. Beschwert ist eine Prozesspartei allein dann, wenn sie in der Sache selbst unterlegen ist und nicht voll das erreicht hat, was sie – grds. mit ihrem Sachantrag – erstrebt hat und wenn sie ihr Ziel mit der Berufung zumindest teilweise weiter verfolgt. Das ist zu unterscheiden von der Situation, dass etwa das Urteil im Ergebnis dem Kläger folgt, jedoch mit einer anderen Begründung – und sei diese falsch. Das neue Rechtsmittelrecht eröffnet zwar die höhere Instanz unabhängig vom Beschwerdewert für die Lösung grundsätzlicher Rechtsfragen (§ 511 Abs. 4 Nr. 1, § 543 Abs. 2 Nr. 1, § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO) oder zur Fortbildung des Rechts wie der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 511 Abs. 4 Nr. 2, § 543 Abs. 2 Nr. 2, § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO). Diese Zulassung des Rechtsmittels ändert aber nichts daran, dass die Partei dieses zugelassene Rechtsmittel nur dann einlegen kann, wenn das Urteil gegenüber ihrem Begehren im Ergebnis nachteilig ist. Insoweit wird die Beschwer als »ungeschriebenes Zulässigkeitsmerkmal« bezeichnet.<sup>66</sup> Der BGH sieht einen Kläger nicht als beschwert an, wenn das Gericht ihm den geltend gemachten Anspruch zugesprochen, ihn jedoch rechtlich anders eingeordnet hat, als es in der Klage geschehen ist; dann liege lediglich eine formale Beschwer vor, die für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht ausreicht.<sup>67</sup>

### I. Wann muss die Beschwer vorliegen?

Das Urteil selbst muss den Berufungskläger beschweren und dies im Vergleich zu seinem erstinstanzlichen Begehren. Unabhängig davon, wie die Beschwer zu ermitteln ist, kann eine Beschwer nicht dadurch geschaffen werden, dass erstmals mit der Berufung ein weitergehendes Begehren gestellt wird: War eine Teilklage über 3.000 € voll erfolgreich, kann ein Berufungsbegehren über (den gesamten behaupteten Anspruch von) 5.000 € nicht die erforderliche Beschwer begründen, weil diese allein durch den Urteilsausspruch verursacht sein muss. Der Kläger ist auch dann nicht beschwert und seine Berufung deshalb unzulässig, wenn er mit der Berufung etwas anderes fordert als im ersten Rechtszug. Ein im Wege der Klageänderung neuer, bisher nicht gestellter Anspruch kann nicht das alleinige Ziel eines Rechtsmittels sein. Vielmehr muss der Berufungskläger die Beseitigung einer in der angefochtenen Entscheidung liegenden Beschwer anstreben. Dies erfordert, dass der im ersten Rechtszug erhobene Anspruch wenigstens teilweise weiterverfolgt wird.<sup>68</sup> Wer auf Zahlung geklagt

<sup>66</sup> Mu/Ball vor § 511 Rn. 16.

<sup>67</sup> BGHZ 50, 261, 263 f.

<sup>68</sup> BAG, Urt. vom 15.11.2016 – 9 AZR 125/16, NJW 2017, 748 (749).