

*Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht:*  
**Lösungen zum Thema „Berufung“**

**Fall 1 a (1)**

**Einzigste Frage: Zulässigkeit der Berufung**

1. Die Berufung ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**, denn sie richtet sich gegen ein **erstinstanzliches Endurteil**.
2. Fraglich ist, ob der Wert des **Beschwerdegegenstandes** die nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO maßgebliche Grenze von 600 Euro übersteigt. Dies hängt hier davon ab, wessen Interesse maßgeblich ist.
  - a) Richtet man sich nach dem Interesse des **Berufungsklägers**, hier also des erstinstanzlichen **Beklagten**, ist die Grenze überschritten. Bauer entstehen durch die in Rede stehenden Beseitigungsmaßnahmen Aufwendungen in Höhe von 1.500 Euro. Anhaltspunkte dafür, dass diese – nicht bestrittene – Angabe nicht zutrifft, lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.
  - b) Der **Streitwert** richtet sich gemäß § 2 und § 3 ZPO nach dem Interesse des Klägers. Er beträgt hier also 500 Euro. Dieser Wert bildet gemäß § 47 Abs. 2 GKG auch die Obergrenze für den Streitwert des Berufungsverfahrens.
  - c) § 47 Abs. 2 GKG ist jedoch nur für die Berechnung der Gerichtsgebühren und der Anwaltsvergütung maßgeblich. Der Wert des Beschwerdegegenstandes richtet sich nach §§ 3 ff. ZPO, die eine vergleichbare Regelung nicht enthalten. Deshalb ist auch eine das Klägerinteresse **übersteigende** Beschwerde des Beklagten und Berufungsklägers zu **berücksichtigen** (BGHZ 124, 313 = NJW 1994, 735 in Abkehr von älterer Rechtsprechung).
  - d) Im **Ergebnis** ist danach maßgeblich, welche Nachteile dem **Beklagten** aus der angefochtenen Entscheidung entstehen.  
Die Berufungssumme ist hier folglich überschritten.
  - e) **Ausblick:** Die Beschwerde des Beklagten kann im Einzelfall auch niedriger sein als das Interesse des Klägers. Typisches Beispiel dafür ist eine Klage auf **Auskunft**. Für den Kläger besteht das Interesse in solchen Fällen in einem Bruchteil der aufgrund der Auskunft erhofften Zahlungen. Die Beschwerde des Beklagten bestimmt sich dagegen grundsätzlich nur nach den Kosten, die ihm durch die Erteilung der Auskunft voraussichtlich entstehen. In solchen Fällen kommt es häufig vor, dass eine Berufung des Klägers zulässig ist, eine Berufung des Beklagten dagegen nicht.
3. Die **weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen** (Form, Frist, Berufungsbegründung) ergeben sich aus §§ 517, 519, 520 ZPO.  
Probleme sind hier insoweit nicht ersichtlich. Die nachfolgende Aufzählung dient allein zu Übungszwecken.
  - a) Die **Berufungsfrist** beträgt nach § 517 ZPO **einen Monat**. Sie beginnt mit **Zustellung** des (vollständig abgefassten) Urteils, spätestens fünf Monate ab Verkündung (letzteres sollte eigentlich nicht vorkommen ...). Die Berufungsfrist ist eine **Notfrist** (vgl. § 224 Abs. 1 Satz 2 ZPO).
  - b) Nach § 519 Abs. 1 ZPO muss die Berufung **schriftlich** eingelegt werden, und zwar **beim Berufungsgericht**.

Nach § 78 Abs. 1 ZPO herrscht **Anwaltszwang**. Berufungsgericht ist entweder das Landgericht oder das Oberlandesgericht.

- c) Nach § 520 ZPO muss die Berufung **begründet** werden. Die **Begründungsfrist** beträgt nach § 520 Abs. 2 ZPO **zwei Monate**. Sie beginnt ebenfalls mit der **Zustellung** des (vollständig abgefassten) Urteils, spätestens fünf Monate ab Verkündung. Diese Frist ist **keine Notfrist**. Bei unverschuldeter Versäumung ist dennoch gemäß § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich.

4. **Ergebnis:** Die Berufung ist **zulässig**.

#### 5. Weiteres Verfahren:

Das Landgericht hat zunächst zu prüfen, ob es die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch **einstimmigen Beschluss** zurückgewiesen wird. Das ist nach **§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4** ZPO (nur) möglich, wenn die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat (Nr. 1), kein Grund für eine Zulassung der Revision vorliegt (Nr. 2 und 3) und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist (Nr. 4).

Wird die Berufung nicht durch Beschluss zurückgewiesen, ist nach §§ 523 ff. ZPO **mündlich zu verhandeln** und durch **Urteil** zu entscheiden.

### Fall 1 a (2)

#### Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung

1. Nach § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO ist gegen einen **Beschluss**, mit dem die Berufung als unzulässig verworfen wird, die Rechtsbeschwerde **statthaft**.
2. **Form** und **Frist** richten sich nach § 575 ZPO:
  - a) Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb von **einem Monat** nach Zustellung des Beschlusses schriftlich einzulegen, und zwar beim Rechtsbeschwerdegericht. Dies ist gemäß § 133 GVG stets der **Bundesgerichtshof**.
  - b) Nach § 78 Abs. 1 Satz 3 ZPO muss die Rechtsbeschwerde durch einen **beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt** eingelegt werden.
  - c) Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb der Einlegungsfrist zu **begründen**.
3. Eine **Wertgrenze** gibt es für die Rechtsbeschwerde **nicht**.

Für die Anfechtung eines Berufungsurteils mit der Nichtzulassungsbeschwerde gilt gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO (derzeit befristet bis Ende 2014) eine Wertgrenze von 20.000 Euro. Diese Wertgrenze gilt nicht für Rechtsbeschwerden und gemäß § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO auch nicht, wenn die Berufung durch Urteil als unzulässig verworfen worden ist.
4. Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO ist die Rechtsbeschwerde nur zulässig, wenn die Sache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.
  - a) **Grundsätzliche Bedeutung** hat die Sache nicht mehr. Die entscheidende Frage (Klägerinteresse als Obergrenze der Beschwer) ist vom BGH bereits entschieden.
  - b) Zur **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** ist eine Entscheidung erforderlich, wenn das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des BGH oder eines Oberlandesgerichts abgewichen ist. Der gerügte Rechtsfehler darf sich aber nicht darin beschränken, dass das Berufungsgericht anerkannte Rechtsgrundsätze im Einzelfall

unrichtig angewendet hat. Vielmehr müssen schon die zur Entscheidung herangezogenen Grundsätze fehlerhaft sein, so dass die Gefahr besteht, dass auch in künftigen Fällen unrichtig entschieden wird. Letzteres wäre hier wohl erfüllt, wenn das LG in seiner Entscheidung davon ausgegangen ist, dass das Klägerinteresse generell die Obergrenze der Beschwer bildet.

### Fall 1 b (1)

#### I. Zulässigkeit der Berufung des Klägers

1. Die Berufung ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**.

2. Fraglich ist, ob der Kläger durch die angefochtene Entscheidung **beschwert** ist.

Nach allgemeinen, für alle Arten von Rechtsmitteln geltenden Grundsätzen kann der Kläger gegen eine Entscheidung nur dann ein Rechtsmittel einlegen, wenn die Entscheidung für ihn eine **formelle Beschwer** enthält, d.h. wenn die Entscheidung von dem abweicht, was er **beantragt** hat.

**Hier** könnte man zweifeln, ob eine formelle Beschwer vorliegt, denn der Kläger hat ja auf Zahlung von 800 Euro geklagt, und im Urteil ist ihm genau dieser Betrag zugesprochen worden. Bei der Frage, was erstinstanzlich beantragt worden ist, muss jedoch – ebenso wie bei der Bestimmung des **Streitgegenstandes** – auch der **Lebenssachverhalt** berücksichtigt werden, auf den die Klage gestützt ist.

Hier hat der Kläger sein Zahlungsbegehren im Rahmen eines **Haupt-** und eines **Hilfsantrags** auf zwei unterschiedliche Sachverhalte (Beseitigung der Mauerkrone, hilfswise Zurückschneiden des Kirschbaumes) gestützt. Der Sache nach hat er damit **zwei Anträge** gestellt. Im Urteil ist der in erster Linie gestellte Antrag **zurückgewiesen** und nur der **Hilfsantrag** positiv beschieden worden.

Das kommt bei richtiger Handhabung auch im Tenor zum Ausdruck. Neben der Verurteilung zur Zahlung muss dort die Klage „im Übrigen“ abgewiesen werden (BGH NJW 1994, 2765, 2766). Die Kosten sind gegeneinander aufzuheben. Die Zulässigkeit der Berufung hängt freilich nicht davon ab, ob das erstinstanzliche Gericht diese Grundsätze bei der Tenorierung beachtet hat.

Nach allem ist der Kläger durch die Entscheidung **formell beschwert**.

3. Die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist **überschritten**. Dem Kläger ist ein Anspruch in Höhe von 800 Euro aberkannt worden.

4. **Ergebnis:** Die Berufung des Klägers ist **zulässig**.

#### II. Zulässigkeit der Berufung des Beklagten

1. Die Berufung ist nach § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**.

2. Der Beklagte ist **formell beschwert**, denn er hat Klageabweisung beantragt und ist zur Zahlung von 800 Euro verurteilt worden. Ob beim Beklagten eine nur materielle Beschwer ausreicht (dazu unten zu Fall 1 b (2)), braucht hier deshalb nicht erörtert zu werden.

3. Die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist **überschritten**.

4. **Ergebnis:** Die Berufung des Beklagten ist ebenfalls **zulässig**.

**Fall 1 b (2)****I. Zulässigkeit der Berufung des Klägers**

1. Die Berufung ist nach § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**.
2. Der Kläger ist **formell beschwert**, denn seine Klage ist abgewiesen worden.
3. Die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist **überschritten**.
4. **Ergebnis:** Die Berufung des Klägers ist **zulässig**.

**II. Zulässigkeit der Berufung des Beklagten**

1. Die Berufung ist nach § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**.
2. Fraglich ist, ob der Beklagte durch das erstinstanzliche Urteil **beschwert** ist, denn die Klage ist ja (entsprechend seinem Antrag) **abgewiesen** worden.
  - a) Nach der überwiegenden Auffassung kann der **Beklagte** unabhängig von einer formellen Beschwer schon dann Rechtsmittel einlegen, wenn er durch die angefochtene Entscheidung **materiell** beschwert ist, d.h. wenn ihm der rechtskraftfähige Teil der Entscheidung in irgendeiner Weise zum Nachteil gereicht.  
**Hier** liegt eine **materielle Beschwer** vor. Nach der Entscheidung des Gerichts ist der zur **Aufrechnung** gestellte **Gegenanspruch** des Beklagten infolge Aufrechnung **erloschen** und die Entscheidung, dass dieser Anspruch nicht (mehr) besteht, wird nach § 322 Abs. 2 ZPO von der **Rechtskraft** des Urteils umfasst.
  - b) Selbst wenn man mit der Gegenansicht auch für den Beklagten eine **formelle** Beschwer verlangt, ergibt sich nichts anderes. Entscheidend ist, dass der Beklagte seinen Abweisungsantrag nur **hilfsweise** auf die Aufrechnung gestützt und in erster Linie schon das Bestehen der Klageansprüche als solche gezeugnet hat. Ähnlich wie im Falle eines Haupt- und Hilfsantrags seitens des Klägers muss man darin der Sache nach **zwei** unterschiedliche **Anträge** sehen. Von diesen beiden Anträgen ist hier nur der Hilfsantrag erfolgreich gewesen, denn das Gericht hat das Bestehen des Klageanspruchs als solches ja bejaht und nur dessen Erlöschen infolge Aufrechnung angenommen. Danach ist der Beklagte hier auch **formell beschwert** (vgl. BGHZ 26, 295, 297).
  - c) Im Ergebnis ist der Beklagte nach beiden Ansichten hinreichend **beschwert**.
3. **Ergebnis:** Die Berufung des Beklagten ist ebenfalls **zulässig**.
4. **Ergänzungen:**
  - a) **Relevant** würden die unterschiedlichen Auffassungen zur Frage der **Beschwer**, wenn der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag in erster Instanz **allein** (also nicht nur hilfsweise) auf die **Aufrechnung** gestützt hätte. Dann hätte er durch das Urteil ja alles bekommen, was er verlangt hätte. Dass ihm auch in diesem Fall die Berufung offenstehen soll (etwa weil er den Klageanspruch nachträglich doch für nicht gegeben erachtet), erscheint nicht ohne weiteres einleuchtend. Der BGH hat in einem vergleichbaren Fall das Vorliegen einer Beschwer folgerichtig verneint (BGHZ 57, 301).

b) Die Frage, ob eine **materielle Beschwer** des Beklagten ausreicht, stellt sich noch in folgenden **Fällen**:

(1) **Anerkenntnis** des Beklagten

Wenn der Beklagte mit der Berufung geltend macht, er habe **nicht wirksam anerkannt**, macht er eine **formelle Beschwer** geltend. Die Berufung ist in dieser Konstellation nach beiden Auffassungen **zulässig**.

Von Bedeutung ist der Meinungsstreit nur, wenn der Beklagte die Berufung nutzen will, um sich von einem **wirksamen** Anerkenntnis zu **lösen**. Auch in dieser Konstellation führen beide Auffassungen zu demselben Ergebnis: Nach der einen Auffassung ist die Berufung mangels formeller Beschwer **unzulässig**. Nach der anderen Auffassung ist die Berufung zwar zulässig. Der Beklagte bleibt aber auch in zweiter Instanz an das Anerkenntnis **gebunden**, so dass die Berufung **unbegründet** ist (vgl. BGH NJW 1993, 1717, 1718).

(2) **Klageabweisung als unzulässig statt als unbegründet**

Nach BGHZ 28, 349, 350 ist ein Rechtsmittel in dieser Konstellation jedenfalls dann **zulässig**, wenn der Beklagte die Abweisung als unbegründet **beantragt** hatte. Ob dasselbe auch ohne entsprechenden Antrag gilt, erscheint eher zweifelhaft. Die Rechtsposition des Beklagten wird durch ein die Klage als unzulässig abweisendes Urteil materiell nicht verschlechtert; es werden ihm lediglich die noch vorteilhafteren Folgen eines abweisenden Sachurteils vorenthalten.

## Fall 2 a

### I. Zulässigkeit der am 15.07.2012 per Telefax eingelegten Berufung der Beklagten

1. Die Berufung ist nach § 511 ZPO **statthaft**.
2. Die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist **überschritten**.
3. Die **Berufungsfrist** des § 517 ZPO ist hier am 16.07.2012 abgelaufen. Die am Tag zuvor eingegangene Berufung war also **rechtzeitig**.
4. Die in § 519 ZPO vorgeschriebene **Schriftform** wird (wie bei allen prozessualen Vorschriften, die Schriftform vorsehen, und anders als nach § 126 BGB) auch durch Übersendung mittels Telefax **eingehalten**.
5. Gemäß § 520 Abs. 2 ZPO musste die Berufung innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung des Urteils **begründet** werden. Diese Frist ist hier am 16.08.2012 abgelaufen. Die erst am 17.08.2012 eingegangene Berufungsbegründung der Beklagten war folglich **verspätet**.
6. **Zwischenergebnis**: Bei isolierter Betrachtung wäre die Berufung der Beklagten unzulässig.

### II. Zulässigkeit der am 16.07.2012 von der Stocker KG eingelegten Berufung

1. Die **Berufungsfrist** des § 517 ZPO ist auch bei diesem Schriftsatz noch **gewahrt**. Die Frist beginnt auch für den Streithelfer mit Zustellung des Urteils an die unterstützte Hauptpartei – auch dann, wenn der Streithelfer bereits in erster Instanz beteiligt war und ihm das Urteil ebenfalls zugestellt worden ist. Eine selbständige Berufungsfrist läuft nur bei Zustellung an einen streitgenössischen Nebenintervenienten im Sinne von § 69 ZPO.

2. Auch ein einfacher Streithelfer kann **Berufung** einlegen (vgl. § 66 Abs. 2, § 67 und § 70 Satz 1 ZPO), es sei denn, die Hauptpartei widerspricht dem. Letzteres ist hier schon deswegen nicht anzunehmen, weil die Beklagte selbst Berufung eingelegt hat.
3. Ob die materiellen **Voraussetzungen** für eine Nebenintervention (§ 66 Abs. 1 ZPO) vorliegen, wird nur auf **Rüge** der Gegenseite hin geprüft.  
Hier sind diese Voraussetzungen ohnehin erfüllt: Die Stocker KG könnte von der Beklagten in Regress genommen werden, wenn die Klage erfolgreich ist.
4. Die Frist für die **Berufungsbegründung** lief nach § 520 Abs. 2 ZPO bis zum 16.08.2012. Die an diesem Tag eingegangene Berufungsbegründung war also noch **rechtzeitig**.
5. **Zwischenergebnis:** Bei isolierter Betrachtung ist die von der Streithelferin eingelegte Berufung zulässig.

### III. Verhältnis der beiden Berufungen

1. Haben Hauptpartei und Streithelfer Berufung eingelegt, so wird dies grundsätzlich als **einheitliches Rechtsmittel** behandelt (siehe dazu BGH NJW 1993, 2944). Dieses ist **insgesamt** zulässig, wenn **einer** der Teilakte den formellen Anforderungen der §§ 517 ff. ZPO genügt.
2. Im **vorliegenden** Fall ist also von einer **mehrfach** eingelegten, aber nur **einheitlich** zu beurteilenden Berufung auszugehen. Diese ist hier insgesamt **zulässig**, weil durch die Berufungsbegründung des Streithelfers die Frist nach § 520 ZPO gewahrt ist.
3. **Ergebnis:** Die Berufung ist insgesamt **zulässig**. Es ist einheitlich durch Sachurteil zu entscheiden.
4. **Ergänzung:** Die Berufung wäre selbst dann zulässig, wenn nur die Beklagte fristgerecht Berufung eingelegt und nur die Streithelferin das Rechtsmittel fristgerecht begründet hätte.

## Fall 2 b

### I. Zulässigkeit der Berufung

1. Die Berufung ist nach § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**.
2. Die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist **überschritten**.
3. Die (am 15.07.2012 abgelaufene) **Berufungsfrist** ist **eingehalten**.
4. Fraglich ist, ob eine ausreichende **Berufungsbegründung** vorliegt.
  - a) Die (am 15.08.2012 abgelaufene) **Frist** des § 520 Abs. 2 ZPO ist eingehalten.
  - b) **Inhaltlich** muss die Berufungsbegründung gemäß § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO zunächst erkennen lassen, inwieweit eine **Änderung** des angefochtenen Urteils beantragt wird. Diese **Berufungsanträge** müssen auf eine Entscheidung in der **Sache** selbst gerichtet sein; bloße **Verfahrensanträge** genügen **nicht**.  
**Hier** begehrt die Berufungsklägerin in ihren ausdrücklich gestellten Anträgen nur die **Aufhebung** und **Zurückverweisung**. Dies ist nur ein – für § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO **nicht** ausreichender – Verfahrensantrag.  
Berufungsanträge brauchen indes nicht ausdrücklich gestellt zu werden. Sie können sich auch **konkludent** aus dem übrigen Inhalt der Berufungsbegründung ergeben.  
Begehrt die in erster Instanz unterlegene Partei die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung des Rechtsstreits und lässt sich ihren Ausführungen entnehmen, dass

sie ihren erstinstanzlich vertretenen Standpunkt weiterhin aufrecht erhält, so ist im Zweifel **anzunehmen**, dass sie ihre erstinstanzlichen Sachanträge **weiter verfolgen** will. Die Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO sind nur dann nicht erfüllt, wenn sich den Ausführungen entnehmen lässt, dass die beantragte Aufhebung und Zurückverweisung nur um ihrer selbst willen angestrebt wird (BGH NJW-RR 1995, 1154 f.). **Hier** kann dem Vorbringen der Berufungsklägerin entnommen werden, dass sie ihren erstinstanzlichen Sachantrag weiterverfolgen will. Dies reicht aus.

- c) Gemäß § 520 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 ZPO muss in der Berufungsbegründung angegeben werden, aus welchen **Gründen** das erstinstanzliche Urteil angefochten wird. Hat das erstinstanzliche Gericht die Abweisung eines einheitlichen Klageanspruchs auf mehrere rechtlich voneinander unabhängige Gründe gestützt, ist dieses Erfordernis nur dann erfüllt, wenn sich der Berufungskläger mit **sämtlichen** das Urteil **tragenden** Erwägungen auseinandersetzt und hinreichend konkret darlegt, weshalb diese Erwägungen unzutreffend sind. Dass diese Darlegungen **schlüssig** sind, ist für die Ordnungsmäßigkeit der Berufungsbegründung **nicht** erforderlich.

- (1) Im vorliegenden Fall beruht die erstinstanzliche Klageabweisung auf **zwei** selbständig nebeneinander stehenden Gründen: Der Anspruch des Klägers ist schon dann unbegründet, wenn eine der beiden vom Gericht bejahten Einwendungen (**Mängelfreiheit** und **Verjährung**) begründet ist. Zwar hätte sich das Gericht darauf beschränken können, nur eine der beiden Einwendungen zu bejahen und die Begründetheit der anderen offenzulassen. Wenn es seine Entscheidung aber wie hier auf zwei nebeneinander stehende Gründe stützt, gehören beide Erwägungen unabhängig voneinander zu den tragenden Gründen der Entscheidung. Die Berufungsbegründung muss sich dann mit **beiden** Erwägungen auseinandersetzen (BGH NJW 1990, 1184; NJW 1998, 3126).

- (2) Zur vom Gericht verneinten Frage der **Mangelhaftigkeit** enthält die Berufungsbegründung **hinreichende** Ausführungen.

- (3) Fraglich ist, ob sich die Ausführungen zur **Verjährung** auf eine **Bezugnahme** auf den erstinstanzlichen Vortrag beschränken durften.

In einer **Berufungsbegründung** ist eine schlichte Bezugnahme auf andere Schriftstücke, insbesondere auf erstinstanzliches Vorbringen, grundsätzlich **nicht ausreichend** (BGH NJW 1994, 1481). Die Berufungsbegründung soll sich mit dem angefochtenen Urteil auseinandersetzen. Die Bezugnahme auf erstinstanzliche Schriftsätze ist dafür schon deshalb ungeeignet, weil diese zu einem Zeitpunkt erstellt worden sind, als es das angefochtene Urteil noch nicht gab.

**Hier** hätte der Berufungskläger also darlegen müssen, weshalb er die Annahme des Amtsgerichts, die Berufung sei verjährt, für unzutreffend hält. Weil er dies nicht getan hat, entspricht seine Berufungsbegründung **nicht** den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.

Beachte: Eine Bezugnahme ist im Berufungsverfahren nicht schlechthin unzulässig, sondern nur insoweit, als es um die Einhaltung der formellen Anforderungen aus § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO geht. Genügt die Berufungsbegründung diesen Anforderungen, kann der Berufungskläger **ergänzend** auf seinen erstinstanzlichen Vortrag Bezug nehmen.

## 5. Ergebnis: Die Berufung ist **unzulässig**.

## II. Weiteres Verfahren

Die Berufung ist als unzulässig zu **verwerfen**. Dies kann gemäß § 522 Abs. 1 Satz 3 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch **Beschluss** geschehen.

Die Entscheidung lautet sowohl im Falle eines Urteils als auch im Falle eines Beschlusses:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Amtsgerichts Weinheim vom ... (Az: ...) wird verworfen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

*Beim Urteil kommt noch hinzu:*

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nur im Falle des Urteils.

Ein Beschluss ist grundsätzlich auch vor Eintritt der formellen Rechtskraft ohne weiteres vollstreckbar (vgl. § 570 Abs. 1 ZPO: eine Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung).

Gegen ein Berufungsurteil kann Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt werden. Bei Verwerfung der Berufung als unzulässig gibt es keine Wertgrenze (vgl. § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO). Bis zur Entscheidung über eine eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ist die Rechtskraft gehemmt (§ 544 Abs. 5 ZPO).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10 und § 711 ZPO.

### Fall 3 a

#### I. Zulässigkeit der Berufung

1. Die Berufung ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO **statthaft**.
2. Die **Berufungssumme** des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist auch mit den ursprünglichen Berufungsanträgen **überschritten**.
3. Die **Fristen** für Berufungseinlegung (15.10.2012) und -begründung (15.11.2012) sind **eingehalten**. Die **Berufungsbegründung** ist auch im Übrigen nicht zu beanstanden.
4. **Sonstige** Gründe, die der Zulässigkeit der Berufung entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

#### II. Zulässigkeit der Erweiterung der Berufungsanträge

1. Eine **Klageänderung** im Berufungsrechtszug ist nach § 533 ZPO nur zulässig, wenn der Gegner **einwilligt** oder das Gericht es für **sachdienlich** hält **und** wenn die Klageänderung auf **Tatsachen** gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung **ohnehin** nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass der Streitstoff in der Berufungsinstanz ausgedehnt wird.  
**Ob** eine Klageänderung vorliegt, richtet sich nach den § 263 und § 264 ZPO. Eine Erweiterung des Klageantrags in der Hauptsache ohne Änderung des zu Grunde liegenden Lebenssachverhalts gilt gemäß § 264 Nr. 2 ZPO **nicht** als Klageänderung. § 533 ZPO steht der Erweiterung hier mithin nicht entgegen.

2. Die mit dem neuen Antrag verbundene Änderung der **Berufungsanträge** könnte daran scheitern, dass die Frist für die Berufungsbegründung bereits abgelaufen ist.
  - a) Nach § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO sind die Berufungsanträge grundsätzlich an die **Frist** für die **Berufungsbegründung** gebunden.
  - b) Die Rechtsprechung versteht die genannte Vorschrift aber nur dahin, dass innerhalb der Berufungsbegründungsfrist zumindest **ein** zulässiger Berufungsantrag gestellt werden muss. Ist dies geschehen und ist die Berufungsbegründung auch sonst nicht zu beanstanden, ist eine **spätere Erweiterung** der Berufungsanträge **zulässig**. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Erweiterung **inhaltlich** im Rahmen der **Berufungsbegründung** hält. Hatte etwa das erstinstanzliche Urteil noch über gänzlich anders gelagerte Ansprüche zu entscheiden und geht die Berufungsbegründung auf diese nicht ein, so ist eine darauf bezogene Erweiterung der Berufung unzulässig.
  - c) **Hier** hält sich die Erweiterung im Rahmen der Berufungsbegründung. Der Kläger stützt den jetzt geltend gemachten höheren Anspruch auf dieselben Erwägungen.
3. **Ergebnis:** Die Erweiterung des Berufungsantrags ist **zulässig**.

### Fall 3 b

#### Einzigste Frage: Zulässigkeit der Anschlussberufung

1. Eine **Anschlussberufung**, d.h. ein Antrag des Berufungsgegners, die Berufung nicht nur zurückzuweisen, sondern das angefochtene Urteil zu **seinen** Gunsten zu ändern, ist nach § 524 Abs. 1 ZPO **statthaft**.
2. Die **Form** des § 524 Abs. 3 ZPO ist eingehalten.
3. Die Anschlussberufung muss gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO innerhalb der **Frist für die Berufungserwiderung** eingelegt werden. Diese Frist ist hier gewahrt.
4. **Ergebnis:** Die Anschlussberufung ist **zulässig**.

### Fall 3 c

#### I. Zulässigkeit der Berufung

Gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen nach den Ausführungen zu Fall 3 a **keine Bedenken**. **Fraglich** ist nur, ob der Kläger im Rahmen seiner zulässigen Berufung **neue Anträge** in das Verfahren einführen darf

#### II. Zulässigkeit der Klageerweiterung

1. Zunächst ist wieder zu prüfen, ob die Änderung des Antrags eine Klageänderung im Sinne des § 533 ZPO darstellt. Wie oben bei Fall 3 a bereits erörtert, bestimmt sich der Begriff der Klageänderung nach § 263 und § 264 ZPO.
  - a) Der Übergang von einer **Feststellungsklage** zu einer auf denselben Sachverhalt gestützten und auf **dasselbe Ziel** gerichteten **Leistungsklage** stellt grundsätzlich eine **Klageerweiterung** im Sinne von § 264 Nr. 2 ZPO dar (BGH NJW 1992, 2296). **Hier** betraf der erstinstanzlich gestellte Feststellungsantrag **alle** weiteren **Schäden**, die dem Kläger aus dem **Unfall** entstanden sind. Zu diesen Schäden gehört auch der

nunmehr geltend gemachte **Verdienstaussfall**. Damit handelt es sich nicht um eine Klageänderung im Sinne des Gesetzes.

- b) Fraglich ist, ob der Feststellungsantrag zum Zeitpunkt der Erweiterung noch **rechtshängig** war.

Eine Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO kommt nur in Betracht, solange der ursprüngliche Antrag rechtshängig ist. Rechtshängig ist ein Anspruch vom Zeitpunkt seiner gerichtlichen Geltendmachung an so lange, bis über ihn **rechtskräftig** entschieden ist.

Hier könnte die vom Landgericht antragsgemäß ausgesprochene **Feststellung in Rechtskraft** erwachsen sein, weil das erstinstanzliche Urteil insoweit **nicht angefochten** worden ist. Andererseits hatte der Beklagte bis zum Ende der in § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO bestimmten Frist in der Berufungsinstanz die Möglichkeit, diesen Teil des Urteils im Wege der **Anschlussberufung** doch noch anzugreifen (vgl. dazu oben Fall 3 b). Solange diese Möglichkeit bestand, war die Rechtskraft des Urteils auch insoweit gemäß § 705 Satz 2 ZPO **gehemmt**. Folglich war der Feststellungsantrag zum Zeitpunkt des neuen Antrags noch **rechtshängig**; der Übergang zur Zahlungsklage war noch **möglich** (vgl. BGH NJW 1992, 2296).

2. **Ergebnis:** Der neu gestellte Zahlungsantrag ist gemäß § 264 Nr. 2 ZPO **zulässig**.
3. **Ergänzung:** Für die Prüfung der Begründetheit kann gemäß § 529 ZPO nur auf den erstinstanzlichen Vortrag zurückgegriffen werden, sofern nicht die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO erfüllt sind (BGH NJW-RR 2006, 390 Rn. 19). Dies kann dazu führen, dass die erweiterte Klage als unbegründet abzuweisen ist, wenn der Kläger die zur Begründung erforderlichen Tatsachen wie hier erst in zweiter Instanz vorgetragen hat. **Hier** ist die Berücksichtigung des neuen Vortrags nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zulässig, weil der Kläger erst jetzt die erforderlichen Informationen hat, um den Verdienstaussfall beziffern zu können.

### Fall 3 d

#### Zulässigkeit der Berufung

1. Anders als im Fall 3 c ist hier schon fraglich, ob die Berufung **zulässig** ist.
  - a) Ein Rechtsmittel ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der Rechtsmittelführer die angefochtene Entscheidung in irgendeinem Punkt als **unrichtig** und ihm nachteilig **angreift** (so z. B. BGH NJW 1990, 2683).
  - b) **Hier** ist der Kläger durch das erstinstanzliche Urteil zwar **beschwert**, weil ihm der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld aberkannt worden ist. Insoweit **greift** der Kläger das Urteil mit der Berufung jedoch **nicht an**. Er verfolgt mit der Berufung vielmehr **ausschließlich** einen **neuen** Antrag, über den in erster Instanz nicht zu entscheiden war. Dies reicht für die Zulässigkeit einer Berufung **nicht** aus. **Anders** wäre es, wenn der Kläger in erster Instanz auch mit seinem **Feststellungsantrag** unterlegen wäre. Dann würde er sich mit seinem nunmehr gestellten Zahlungsantrag implizit auch gegen das erstinstanzliche Urteil wenden, das ihm ja jeglichen weiteren Schadensersatzanspruch aberkannt hätte. Im vorliegenden Fall will der Kläger dagegen auf dem ihm (in diesem Punkt) günstigen Urteil aus der

ersten Instanz aufbauen und ein weitergehendes Ziel erreichen. Dafür steht das Rechtsmittel der Berufung nicht zur Verfügung. Der Kläger muss vielmehr eine **neue Klage** anstrengen.

2. **Ergebnis:** Die Berufung ist als **unzulässig** zu **verwerfen**.

#### Fall 4 a

### I. Zulässigkeit der Berufung

1. Die **Berufung** ist nach § 511 Abs. 1 ZPO statthaft.
2. Die **Anforderungen an die Berufungsbegründung** richten sich gemäß § 520 Abs. 3 ZPO nach der Art des Berufungsangriffs.
  - a) Ein **Berufungsantrag** (§ 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) ist ausdrücklich gestellt.
  - b) Inhaltlich beanstandet Keller hier, dass das Landgericht die Klage als un schlüssig ansieht. Damit rügt er eine **Rechtsverletzung** (§ 513 Abs. 1 Fall 1 ZPO). Gemäß § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO reicht hierfür aus, wenn er in der Berufungsbegründung darlegt, dass sich aus dem von ihm erstinstanzlich vorgetragenen Sachverhalt ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 und § 241 Abs. 2 BGB ergibt.
  - c) Angriffe gegen die Richtigkeit der erstinstanzlichen **Tatsachenfeststellungen** (§ 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO) erhebt Keller hier nicht. Dies ist auch nicht erforderlich, weil schon die unter b behandelte Rüge das Urteil des Landgerichts insgesamt in Frage stellt.
3. **Zwischenergebnis:** Die Berufung ist **zulässig**.

### II. Begründetheit der Berufung

Die Berufung ist begründet, wenn der Vortrag des Klägers schlüssig ist.

1. Ein **Gewährleistungsanspruch** (§ 437 Nr. 2 und § 441 BGB) dürfte ausscheiden. Die fehlende Absicht des Nachbarn, viergeschossig zu bauen, ist keine Beschaffenheit der verkauften Sache im Sinne von § 434 BGB.
2. Ein Anspruch wegen **Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen** aus § 280 und § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist auf der Grundlage des Klägervortrags aber gegeben (vgl. BGH NJW-RR 1997, 144, 145; NJW 1998, 302).
3. **Zwischenergebnis:** Das erstinstanzliche Urteil ist unrichtig. Über die streitige Behauptung des Klägers hätte Beweis erhoben werden müssen.

### III. Weiteres Verfahren des Berufungsgerichts

Es bleibt die Frage, welches Gericht die erforderliche **Beweisaufnahme** durchzuführen hat.

1. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrunde zu legen, den das erstinstanzliche Gericht festgestellt hat. Dies gilt nach der genannten Vorschrift aber nur, soweit keine konkreten Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen bestehen. **Hier** steht fest, dass die Feststellungen des Landgerichts unvollständig sind, denn es hat zu einer entscheidungserheblichen Frage nicht die angebotenen Beweise erhoben.
2. Nach § 538 Abs. 1 ZPO muss das **Berufungsgericht** die notwendigen Beweise erheben. Ausnahmen von dieser Regel sind in § 538 Abs. 2 ZPO bestimmt. In den dort aufgezählten Fällen kann - nicht muss - das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aufheben und

die Sache an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen. **Hier** liegt keiner der in § 538 Abs. 2 ZPO aufgeführten Gründe für eine Zurückverweisung vor.

3. Dem Berufungsgericht bleibt also nichts anderes übrig, als die Beweisaufnahme, die an sich Sache des Landgerichts gewesen wäre, selbst durchzuführen.

#### Fall 4 b

##### I. Zulässigkeit der Berufung

1. Die Berufung ist nach § 511 Abs. 1 ZPO statthaft.
2. Fraglich ist, ob die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügt.
  - a) Ein **Berufungsantrag** (§ 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) ist gestellt.
  - b) Inhaltlich wendet sich Keller hier gegen die **Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen**. Gemäß § 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO muss er **konkrete Anhaltspunkte** bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen begründen. Hierfür genügt nicht, dass der Anwalt seine abweichende Beweiswürdigung aus der ersten Instanz wiederholt. Vielmehr muss er Fehler oder Unstimmigkeiten in der Beweiswürdigung des Landgerichts aufzeigen.

Fehlerhaft ist die Beweiswürdigung unter anderem dann, wenn das Gericht aus einer Indiztatsache bestimmte Schlüsse gezogen hat, ohne zu berücksichtigen, dass dieses Indiz auch anders gedeutet werden kann.

**Hier** macht Keller geltend, das Landgericht habe die Tatsache, dass Rummler sich nicht bei der Stadt erkundigt hat, zu dessen Ungunsten ausgelegt, ohne zu berücksichtigen, dass die Nichteinholung von Erkundigungen auch andere Gründe gehabt haben kann. Damit zeigt Keller hinreichend konkrete Anhaltspunkte auf.
3. **Zwischenergebnis:** Die Berufung ist **zulässig**.

##### II. Weiterer Gang des Berufungsverfahrens

1. Bei zutreffender Würdigung kann die Aussage des Rummler nicht mit der vom Landgericht gegebenen Begründung als unglaubwürdig angesehen werden. Das Oberlandesgericht muss die einander widersprechenden **Zeugenaussagen** deshalb selbst **würdigen**.
2. Das Berufungsgericht ist in der Beweiswürdigung **frei** (§ 286 ZPO). Sofern es die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder den Inhalt von dessen Aussage anders bewerten will als das Landgericht, muss es die betreffenden Zeugen aber noch einmal vernehmen (BGH NJW 1997, 466; BGH NJW 1998, 2222, 2223).
3. Zudem stellt sich die Frage, ob das Berufungsgericht auch die **weiteren** von Keller in erster Instanz benannten Zeugen vernehmen muss.
  - a) Die in das Wissen dieser Zeugen gestellten Äußerungen von Lauer sind als Indizien **erheblich**. Wenn Lauer auch anderen gegenüber von einer nur zweigeschossigen Bebauung gesprochen hat, spräche dies gegen die Glaubwürdigkeit der Aussage Lauer.
  - b) Nach Inkrafttreten der ZPO-Reform wurde zum Teil die Auffassung vertreten, der Berufungskläger müsse – entsprechend den Bestimmungen der für die Revisionsinstanz (§ 559 Abs. 1, § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b ZPO) – in der Berufungsbegründung

- genau angeben**, auf welcher Seite welchen Schriftsatzes erster Instanz er die Zeugen benannt habe.
- c) Nach der Rechtsprechung des BGH sind solche konkreten Angaben nicht erforderlich. Sofern die Berufung zulässig ist, hat das Berufungsgericht das angefochtene Urteil **von Amts wegen** auf konkrete Anhaltspunkte für Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Tatsachenfeststellungen zu prüfen und etwaige Fehler zu beseitigen (BGH NJW 2004, 1876).
4. **Ergebnis:** Das Oberlandesgericht muss nicht nur Lauer und Rummler erneut vernehmen, sondern darüber hinaus auch die weiteren Zeugen, die Keller in erster Instanz benannt hat.

### Fall 5 a

#### I. Berufung der Beklagten

1. Über die Berufung ist nicht mehr zu entscheiden, wenn sie wirksam zurückgenommen worden ist.
- a) Nach § 516 Abs. 1 ZPO ist eine Zurücknahme der Berufung **bis zur Verkündung des Berufungsurteils** möglich.
- Die Rücknahme kann spätestens zu dem Zeitpunkt erklärt werden, zu dem das Berufungsgericht mit der Verlesung der Urteilsformel beginnt. Eine nach diesem Zeitpunkt erklärte Rücknahme wird aber wirksam, wenn das Gericht (fehlerhaft) die Verkündung abbricht (BGH NJW 2011, 2662 Rn. 8 und 14).
- b) Eine **Zustimmung** des Gegners ist – anders als bei einer Klagerücknahme – auch nach Beginn der mündlichen Verhandlung **nicht erforderlich**.
- c) Die **Form** des § 516 Abs. 2 ZPO (Erklärung gegenüber dem Gericht) ist eingehalten.
2. **Ergebnis:** Die Berufung der Beklagten ist wirksam zurückgenommen.

#### II. Berufung der Klägerin

1. Die Berufung der Klägerin könnte nach § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung verloren haben.
- a) Dazu müsste es sich um eine **Anschlussberufung** handeln.
- Die Anschlussberufung ist eine **besondere Art der Berufung**, für die besondere (dem Anschlussberufungskläger meist günstigere) formelle Anforderungen gelten, deren weiteres Schicksal aber vom Bestand der ersten Berufung abhängen.
- Soweit ein Berufungsbeklagter durch das erstinstanzliche Urteil selbst beschwert ist, hat er grundsätzlich die **Wahl**, ob er seinerseits **selbständige Berufung** einlegt **oder** sich nur der Berufung des anderen Teils **anschießen** will. Welcher der beiden Rechtsbehelfe im Einzelfall gewollt ist, muss durch **Auslegung** ermittelt werden (hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2003, 2388).
- (1) Der **Wortlaut** der Rechtsmittelschrift führt hier zu keinem eindeutigen Ergebnis. Eine „selbständige Anschlussberufung“ gibt es nach dem seit 01.01.2002 geltenden Verfahrensrecht nicht mehr.
- (2) Der **Zeitpunkt der Einreichung** spricht eher für eine selbständige Berufung. Als der Beklagte sein Rechtsmittel einreichte, war die Frist für eine selbständige Berufung noch nicht abgelaufen.

- (3) Für eine selbständige Berufung spricht auch, dass der Beklagte das Rechtsmittel erst einen Monat **später begründet** hat. Eine Anschlussberufung wäre nach § 524 Abs. 3 ZPO sofort zu begründen gewesen.
- b) Ergebnis: Die Klägerin hat eine selbständige Berufung eingelegt. § 524 ZPO ist nicht anwendbar.

### III. Weiteres Verfahren

1. Gemäß § 516 Abs. 3 ZPO ist durch **Beschluss** auszusprechen, dass die **Beklagte** des Rechtsmittels der Berufung **verlustig** geworden ist.
2. Über die Berufung der **Klägerin** ist inhaltlich zu entscheiden, und zwar durch **Urteil**.
3. Über **Kosten** des Berufungsverfahrens ist **einheitlich** im Urteil zu entscheiden.  
Ein separater Beschluss über die Kosten der von der Beklagten eingelegten Berufung ist hier wegen des Grundsatzes der **Einheit der Kostenentscheidung** nicht möglich, weil die Rücknahme nicht den gesamten Rechtsstreit betrifft.

## Fall 5 b

### I. Berufung der Beklagten

Die Berufung der Beklagten ist zulässig.

### II. Anschlussberufung der Klägerin

1. Die Anschlussberufung entspricht der in § 524 Abs. 1 ZPO vorgeschriebenen **Form**.
2. Die **Frist** für die Anschlussberufung deckt sich gemäß § 524 Abs. 2 Abs. 2 ZPO mit der Frist zur Berufungserwiderung. Diese ist hier **eingehalten**.
3. Die Anschlussberufung wurde auch **sofort begründet**, wie dies § 524 Abs. 3 ZPO vorschreibt.
4. Fraglich ist, ob die Anschlussberufung wegen des erklärten **Rechtsmittelverzichts** unzulässig ist.
  - a) **Formell** ist der Verzicht auf die Berufung wirksam.
    - (1) Eine besondere **Form** ist weder in § 515 ZPO noch in sonstigen Vorschriften vorgesehen.
    - (2) Die Verzichtserklärung kann sowohl gegenüber dem **Gericht** als auch gegenüber dem **Gegner** erfolgen, und zwar sowohl **schriftlich** als auch **mündlich**. Nur eine Erklärung gegenüber dem **Berufungsgericht** unterliegt dem **Anwaltszwang**.
    - (3) Eine gegenüber dem Gegner abgegebene Erklärung ist nur auf **Einrede** hin zu berücksichtigen. Diese Einrede ist hier erhoben worden.
    - (4) Der Verzicht bedarf gemäß § 515 ZPO nicht der Zustimmung des Gegners.
  - b) Gemäß § 524 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist eine **Anschlussberufung** grundsätzlich auch dann zulässig, wenn der Berufungsbeklagte auf eine (selbständige) Berufung verzichtet hat.
  - c) Unzulässig könnte die Anschließung allenfalls dann sein, wenn die Erklärung der Beklagte dahin zu verstehen wäre, dass diese auch auf eine **Anschlussberufung** verzichtet wollte.  
Die Ankündigung, man werde kein Rechtsmittel einlegen, hat in der Regel den Zweck, den Gegner gleichfalls von einer Berufung abzuhalten. Wenn der Gegner dennoch

Berufung einlegt, kann er redlicherweise nicht darauf vertrauen, dass die Gegenseite dann auch von einem Anschlussrechtsmittel absieht. Ein Verzicht auch auf Anschlussrechtsmittel kann einer Erklärung nur dann entnommen werden, wenn dies aus der Erklärung **unmissverständlich** hervorgeht. Dies ist **hier nicht** der Fall.

- d) Selbst wenn die Beklagte auf Anschlussrechtsmittel verzichtet hätte, wäre fraglich, ob ein solcher Verzicht wirksam abgegeben werden kann, **bevor** das **Hauptrechtsmittel** eingelegt ist.

Für das **familienrechtliche Verbundverfahren** hat der BGH die Frage mit Rücksicht auf die Besonderheiten dieser Verfahrensart **bejaht** (BGH NJW 1984, 2829 f.) Diese Regelung ist später in § 629a Abs. 4 ZPO (jetzt § 144 FamFG) übernommen worden. Für alle übrigen Verfahren liegt es nahe, den **Gegenschluss** zu ziehen und die Möglichkeit eines vorzeitigen Verzichts zu verneinen.

5. **Ergebnis:** Die Anschlussberufung ist zulässig.

## Fall 6

### I. Zulässigkeit der Berufung

1. Hinsichtlich Form und Frist der **Berufungseinlegung** ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Bedenken.
2. Die **Berufungsbegründung** macht geltend, aufgrund **neuer** (d. h. in erster Instanz noch nicht vorgetragener) **Tatsachen sei** eine andere Entscheidung zu treffen. Gemäß § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO muss der Berufungskläger in diesem Fall (auch) darlegen, aus welchem Grund der neue Vortrag zuzulassen ist.  
**Hier** macht der Berufungskläger geltend, unstreitiger Vortrag sei stets zuzulassen. Damit ist den formalen Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO genügt. Ob die Argumentation inhaltlich zutrifft ist, eine Frage der Begründetheit der Berufung.
3. **Zwischenergebnis:** Die Berufung ist **zulässig**.

### II. Begründetheit der Berufung

Die Berufung ist begründet, wenn dem Kläger der begehrte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zusteht. Als Anspruchsgrundlage kommen § 346 Abs. 1 und § 437 Nr. 2 BGB in Betracht.

1. Die **Verjährungsfrist** beträgt gemäß § 438 Abs. 2 Nr. 3 BGB **zwei Jahre ab Übergabe**.
  - a) Diese Frist wäre hier im Jahr **2012** abgelaufen, wenn sie nicht zuvor unterbrochen oder gehemmt worden ist.
  - b) **Hemmung** durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) ist erst im Jahr 2013 eingetreten.
  - c) Wenn der Beklagte, wie vom Kläger behauptet, auf die Verjährungseinrede **verzichtet** hätte, dürfte er diese aber nicht geltend machen.  
Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO dürfen neue Tatsachen in der **Berufungsinstanz** nur berücksichtigt werden, wenn dies im Gesetz zugelassen wird.

- (1) **Neu** in diesem Sinne sind alle Tatsachen, die in erster Instanz (genauer: bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz) nicht vorgetragen worden sind. Letzteres ist hier der Fall.
  - (2) **Zulassen** darf das Gericht derartigen Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nur unter engen Voraussetzungen. Diese sind hier nicht erfüllt. Insbesondere ist weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, weshalb der Vortrag nicht bereits in erster Instanz erfolgt ist (vgl. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).
  - (3) Nach der Rechtsprechung gelten die Schranken der §§ 529 und 531 ZPO jedoch nicht, wenn der in Rede stehende Vortrag **unstreitig** ist (BGHZ 161, 138, 141 ff. = NJW 2005, 291, 292 f.).
  - (4) **Hier** ist der Tatsachenvortrag zum Verjährungsverzicht **unstreitig**. Allerdings führt seine Berücksichtigung dazu, dass über den bereits in erster Instanz erfolgten und streitigen Vortrag zur Vorliegen von **Mängeln** Beweis erhoben werden muss. Letzteres ist nach der Rechtsprechung indes unerheblich (so BGHZ 161, 138, 144 f. = NJW 2005, 291, 293; offengelassen vom Großen Senat für Zivilsachen in BGHZ 177, 212 Rn. 10).
  - (5) Nach allem muss der Vortrag zum Verjährungsverzicht **berücksichtigt** werden.
- d) **Zwischenergebnis:** Der Anspruch ist nicht verjährt.
2. **Weiteres Verfahren:** Über die Mängelbehauptungen ist **Beweis** zu erheben. Eine Zurückverweisung nach § 538 ZPO scheidet aus, weil keiner der darin aufgeführten Tatbestände erfüllt ist.

## Fall 7 a

### I. Revision des Klägers

#### 1. Zulässigkeit

##### a) Statthaftigkeit

- (1) Die Voraussetzungen des § 542 Abs. 1 ZPO liegen vor. Die Revision richtet sich gegen ein in der **Berufungsinstanz** erlassenes **Endurteil**.
- (2) Die nach § 543 Abs. 1 ZPO erforderliche **Zulassung** liegt vor.  
Die Revision wurde hier durch das Oberlandesgericht **zugelassen**. Daran ist das **Revisionsgericht gebunden** (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Ob die Zulassung zu Recht erfolgte, ist unerheblich.

b) Der Kläger ist **formell beschwert**. Das Oberlandesgericht hat das vom Kläger beantragte (der Klage stattgebende) Sachurteil nicht erlassen.

c) Die sonstigen formalen Anforderungen ergeben sich aus § 548 ff. ZPO.

#### 2. Begründetheit

Der Erfolg der Revision hängt davon ab, ob das Oberlandesgericht den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverweisen durfte, anstatt selbst in der Sache zu entscheiden.

a) **Grundsätzlich** hat das Berufungsgericht nach § 538 Abs. 1 ZPO die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache **selbst** zu entscheiden. Eine Aufhebung und Zurückverweisung ist nur zulässig, wenn einer der in § 538 Abs. 2 ZPO aufgeführten Gründe vorliegt.

- b) Nach § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO kann zurückverwiesen werden, wenn das Landgericht nur über die Zulässigkeit der Klage entschieden hat.  
Die hier vom Landgericht bejahte **Verjährung** begründet eine **materiellrechtliche** Einrede, die zur **Unbegründetheit** der Klage führt. § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ist folglich **nicht** unmittelbar anwendbar.  
Eine **analoge** Anwendung der Vorschrift kommt wegen des **abschließenden** Charakters der in § 538 Abs. 2 ZPO enthaltenen Aufzählung allenfalls in **Sonderfällen** in Betracht. Die Abweisung einer Klage wegen Verjährung rechtfertigt eine solche Analogie **nicht** (BGH NJW 1999, 3125).
- c) Nach § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO kann zurückverwiesen werden, wenn nur über den Grund der Forderung entschieden worden ist.
- (1) Der geltend gemachte Anspruch ist hier **nach Grund und Betrag streitig**.
  - (2) In seiner die Klage abweisenden Entscheidung hat das Landgericht nur über den Grund entschieden.
  - (3) Der Streit über den **Betrag** ist noch **nicht zur Entscheidung reif**.
  - (4) Über den Gesetzeswortlaut hinaus ist eine Zurückverweisung aber nur zulässig, wenn das **Berufungsgericht** zugleich über den **Grund** des Anspruchs **abschließend** entscheidet, also ein **Zwischenurteil** im Sinne von § 304 Abs. 1 ZPO erlässt und den Rechtsstreit nur zur Verhandlung über den Betrag an das erstinstanzliche Gericht zurückverweist (BGHZ 71, 226).  
Dies ist **hier nicht** geschehen.
- d) Nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wäre eine Zurückverweisung möglich, wenn die Nichterhebung der erforderlichen Beweise ein **wesentlicher Verfahrensmangel** wäre. Für die Beurteilung, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, ist der **materiellrechtliche Standpunkt des erstinstanzlichen Gerichts** maßgeblich. Die Nichterhebung von Beweisen ist allenfalls dann ein Verfahrensfehler, wenn die Beweiserhebung auch vom Rechtsstandpunkt des erstinstanzlichen Gerichts aus erforderlich gewesen wäre. **Hier** war eine Beweisaufnahme entbehrlich, wenn man die Klageforderung mit dem Landgericht für verjährt hielt.
3. **Ergebnis:** Das Oberlandesgericht durfte **nicht** in der beschriebenen Weise verfahren. Es hätte zumindest ein **Zwischenurteil** gemäß § 304 Abs. 1 ZPO erlassen müssen.

## II. Revision des Beklagten

### 1. Zulässigkeit

Die Revision des Beklagten ist aus den unter I genannten Gründen ebenfalls zulässig. Der Beklagte ist durch die angefochtene Entscheidung ebenfalls beschwert, weil das OLG nicht die von ihm begehrte (die Klage abweisende) Sachentscheidung getroffen hat.

### 2. Begründetheit

a) Die Revision des Beklagten wäre begründet, wenn dem Kläger schon dem Grunde nach kein durchsetzbarer Pflichtteilsanspruch zustünde.

- (1) Gemäß § 2303 Abs. 2 BGB ist der Kläger **pflichtteilsberechtig**. Dass er durch **Testament** von der **gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen** worden ist, steht aufgrund des vorangegangenen Rechtsstreits über das Erbrecht fest.

- (2) Der Pflichtteilsanspruch unterliegt der Regelverjährung nach § 195 BGB. Die Verjährungsfrist beträgt mithin **drei Jahre** und beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von Anspruch und Schuldner erlangt hat.
- Hier** hat der Kläger schon im **April 2002** erfahren, dass seine verstorbene Frau den Beklagten als Alleinerben eingesetzt hat. Damit wäre die Verjährungsfrist grundsätzlich mit dem **Ende** des Jahres **2005** abgelaufen.
- Der Kläger hatte hier freilich spätestens von der Erteilung des **Erbscheins** im April 2004 an begründeten Anlass zu der Annahme, dass er doch Erbe geworden sei. Damit konnte die Kenntnis von dem früheren Testament zwar nicht im eigentlichen Sinne entfallen. Solange sich der Kläger mit einiger Berechtigung als **Miterbe** ansehen durfte, konnte es ihm aber kaum **zugemutet** werden, dennoch Pflichtteilsansprüche geltend zu machen, um eine drohende Verjährung zu verhindern. Um dieser besonderen Situation gerecht zu werden, hat der BGH die bis 31.12.2009 maßgebliche, weitgehend inhaltsgleiche Verjährungsvorschrift (§ 2332 Abs. 1 BGB a.F.) korrigierend ausgelegt: Ergeben sich **nachträglich Zweifel** am Bestand der beeinträchtigenden Verfügung, die sich nicht ohne besondere Schwierigkeiten beheben lassen, wird der Pflichtteilsberechtigte (wieder) so gestellt, als habe er noch keine Kenntnis von der Verfügung. Eine bereits begonnene Verjährung hört dann zu laufen auf; der bereits abgelaufene Teil der Verjährung ist als nicht abgelaufen anzusehen (BGHZ 95, 76; BGH NJW 2000, 288.). Für den jetzt einschlägigen § 199 BGB kann kaum etwas anderes gelten.
- (3) Nach allem ist der Verjährungsbeginn im Jahr 2002 **nicht** zu berücksichtigen. Die Verjährung begann erst, nachdem der Kläger aufgrund des endgültigen Unterliegens im Vorprozess wusste, dass er nicht Erbe geworden ist. Damit ist der Anspruch des Klägers noch **nicht** verjährt.
- (4) **Sonstige Umstände**, die einem Anspruch des Klägers schon dem Grunde nach entgegenstünden, sind **nicht** ersichtlich.
- (5) **Ergebnis:** Die auf eine endgültige Abweisung der Klage gerichtete Revision des Beklagten ist **nicht begründet**.
- b) **Ergänzung:** Sofern sich auch der Beklagte gegen die Aufhebung und Zurückverweisung wendet, ist seine Revision ebenfalls begründet.

**Fall 7 b**

Lässt das Berufungsgericht die Revision nicht zu, ist hiergegen die Nichtzulassungsbeschwerde statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO)

**I. Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers****1. Zulässigkeit****a) Statthaftigkeit**

(1) Die Nichtzulassungsbeschwerde ist an Stelle der Revision eröffnet. Sie ist mithin gegen **Endurteile** in der **Berufungsinstanz** statthaft, sofern das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat.

Gemäß § 522 Abs. 3 ZPO ist die Nichtzulassungsbeschwerde ferner statthaft, wenn das Berufungsgericht die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückgewiesen hat.

(2) Gemäß § 26 Nr. 8 ZPO ist (befristet derzeit bis Ende 2014) die Nichtzulassungsbeschwerde nur statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes **20.000 Euro** überschreitet. Dies ist hier der Fall.

b) Die **Frist** beträgt gemäß § 544 Abs. 1 Satz 2 ZPO einen Monat ab Zustellung des angefochtenen Urteils, spätestens sechs Monate nach Verkündung (Notfrist).

c) Die **Beschwerdeschrift** ist gemäß § 544 Abs. 1 Satz 2 ZPO bei Revisionsgericht einzulegen, also beim **Bundesgerichtshof** (§ 133 GVG).

d) Gemäß § 78 Abs. 1 Satz 3 ZPO kann die Nichtzulassungsbeschwerde wirksam nur von einem **beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt** eingelegt werden.

e) Gemäß § 544 Abs. 2 ZPO muss die Nichtzulassungsbeschwerde **begründet** werden. Die Begründungsfrist beträgt zwei Monate ab Zustellung des angefochtenen Urteils, höchstens sieben Monate ab Verkündung.

**2. Begründetheit**

Das Revisionsgericht entscheidet zunächst nur über die Frage, ob ein Grund für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO vorliegt.

a) **Grundsätzliche Bedeutung** dürfte die vorliegende Sache nicht haben. Die Auslegung des § 538 ZPO ist durch die Rechtsprechung des BGH bereits weitgehend geklärt. Ergänzende Fragen, die einer grundsätzlichen Klärung bedürften, sind anhand des mitgeteilten Sachverhalts nicht ersichtlich.

b) Zur **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** ist die Revision unter anderem dann zuzulassen, wenn das Berufungsgericht von an sich zutreffenden Grundsätzen ausgegangen ist und diese nur im Einzelfall fehlerhaft angewendet hat. Erforderlich ist vielmehr, dass schon die zur Entscheidung herangezogenen Maßstäbe unrichtig waren und deshalb zu besorgen ist, dass das Berufungsgericht auch in zukünftigen Fällen in derselben Weise entscheiden wird.

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, lässt sich im Einzelfall nur schwer beurteilen. Die hier mitgeteilten Informationen zum Sachverhalt und zum Inhalt der Berufungsentscheidung erlauben keine abschließende Beurteilung.

### 3. Weiteres Verfahren

- a) Hat die Nichtzulassungsbeschwerde **Erfolg**, wird das Beschwerdeverfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt. In diesem zweiten Verfahrensabschnitt wird wie bei einer zugelassenen Revision die Richtigkeit des Berufungsurteils überprüft.
- b) Wird die Nichtzulassungsbeschwerde **zurückgewiesen**, wird das Urteil des Berufungsgerichts rechtskräftig.

## II. Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten

### 1. Zulässigkeit

Hier gelten die Ausführungen zu I entsprechend.

Auch hinsichtlich des Beklagten ist die **Wertgrenze** des § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO überschritten: Er will Klageabweisung, das angefochtene Urteil lässt dagegen immer noch die Möglichkeit offen, dass er in voller Höhe von 60.000 Euro verurteilt wird.

### 2. Begründetheit

Soweit der Beklagte seine Nichtzulassungsbeschwerde ebenfalls auf die fehlerhafte **Zurückverweisung** stützen will, gilt das zu I Gesagte entsprechend.

Soweit der Beklagte weiterhin **Verjährung** geltend macht, dürfte kein Zulassungsgrund vorliegen. Die Frage der Verjährung in entsprechenden Konstellationen ist vom Bundesgerichtshof bereits entschieden. Das Oberlandesgericht ist von dieser Rechtsprechung nicht abgewichen. In Betracht käme allenfalls eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts. Der Beklagte könnte versuchen darzulegen, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht (mehr) überzeugend ist und der Änderung bedarf. Ob er damit Aussicht auf Erfolg hat, ist eine andere Frage.