# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZR 303/02

vom

13. August 2003

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO n.F. §§ 544 Abs. 1 Satz 1, 543 Abs. 2 Satz 1, 540 Abs. 1;
ZPO a.F. § 543 Abs. 1 und 2

a) Zu den Anforderungen an ein Berufungsurteil, gegen das die Nichtzulassungsbeschwerde stattfindet.

b) Zur Notwendigkeit eines Tatbestandes in einem der Nichtzulassungsbeschwerde unterliegenden Berufungsurteil, für das nach § 26 Nr. 5 EGZPO die am 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung weitergelten.

BGH, Beschluß vom 13. August 2003 - XII ZR 303/02 - LG Berlin
AG Schöneberg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. August 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Gerber, Sprick, Prof. Dr. Wagenitz und Dr. Ahlt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird die Revision gegen das Urteil der Zivilkammer 65 des Landgerichts Berlin vom 8. November 2002 zugelassen.

Beschwerdewert: 242.630,55 €.

Gründe:

I.

Das Berufungsgericht hat auf mündliche Verhandlung vom 8. November 2002 ein Urteil des Amtsgerichts, das auf mündliche Verhandlung vom 1. November 2001 ergangen ist, auf die Berufung der Klägerin geändert und die Beklagte zur Zahlung von weiteren 140.372,17 € nebst Zinsen verurteilt. Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Anschlußberufung hat es zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen.

Von der Darstellung des Tatbestandes hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 543 Abs. 1 ZPO a.F. abgesehen. Ferner enthält das Urteil weder eine Bezugnahme auf die erstinstanzliche Entscheidung oder auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen, noch gibt es die Berufungsanträge der Parteien wieder.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Die Beklagte hat rechtzeitig und formgerecht Nichtzulassungsbeschwerde erhoben, um mit der beabsichtigten Revision das Berufungsurteil in vollem Umfang anzugreifen.

II.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg.

1. § 26 Nr. 8 EGZPO steht ihrer Zulässigkeit nicht entgegen, weil das Berufungsgericht die Beklagte u.a. zur Zahlung weiterer 140.372,17 € verurteilt hat und die Beklagte das Urteil mit der Revision insgesamt angreifen möchte. Die mit der Revision geltend zu machende Beschwer übersteigt somit, wie auch ohne Kenntnis der Berufungsanträge festgestellt werden kann, jedenfalls 20.000 €.

2. Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Beschwerde, daß auf das Berufungsverfahren noch die am 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung anzuwenden waren. Denn die letzte mündliche Verhandlung vor dem Amtsgericht war noch vor dem 1. Januar 2002 geschlossen worden, so daß nach § 26 Nr. 5 EGZPO auch für die Abfassung des Berufungsurteils noch das alte Verfahrensrecht maßgebend war. Ferner trifft zu, daß für die Revision das neue Verfahrensrecht anzuwenden ist, weil die mündliche Verhandlung, auf die das Berufungsurteil erging, nicht vor dem 1. Januar 2002 stattfand (§ 26 Nr. 7 EGZPO).

Mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde macht die Beklagte in erster Linie grundsätzliche Bedeutung der Frage geltend, ob ein nach altem Verfahrens-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

recht abzufassendes Berufungsurteil, das die Revision nicht zuläßt und gemäß § 544 ZPO der Nichtzulassungsbeschwerde unterliegt, einen Tatbestand enthalten oder zumindest die Berufungsanträge wiedergeben muß, weil der vom Berufungsgericht vertretene rechtliche Standpunkt nur bei Kenntnis des tatsächlichen Streitstoffs nachvollzogen werden könne.

3. Ob die Nichtzulassungsbeschwerde begründet ist, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), mag fraglich sein, weil die aufgeworfene Rechtsfrage der Anwendung des § 543 ZPO a.F. in Fällen, auf die das neue Revisionsrecht anzuwenden ist, nur für die Form der Abfassung des Berufungsurteils erheblich ist, nicht aber für die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung in der Sache selbst (vgl. BGH, Beschluß vom 7. Januar 2003 - X ZR 82/02 - ZIP 2003, 1175).

Dies bedarf indes keiner Entscheidung, weil eine Entscheidung des Revisionsgerichts jedenfalls zur Fortbildung des Rechts erforderlich ist (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 1. Alternative ZPO). Der vorliegende Fall gibt Veranlassung, eine höchstrichterliche Leitentscheidung für die Auslegung einer Verfahrensvorschrift (hier: § 543 ZPO a.F.) zu erlassen (vgl. BGH, Beschluß vom 4. Juli 2002 - V ZB 16/02 - ZIP 2002, 1826, 1827 = BGHZ 151, 221), die zwar auslaufendes Recht betrifft, aber noch auf eine Vielzahl von im Berufungsrechtszug anhängigen Altverfahren anzuwenden ist und deren Handhabung für die Tätigkeit des Revisionsgerichts von allgemeiner Bedeutung ist.

4. Die Frage, wann ein Berufungsurteil einen Tatbestand enthalten oder zumindest die Berufungsanträge wiedergeben muß, hat der Bundesgerichtshof für zwei Fallgestaltungen, in denen das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, bereits geklärt:

a) War die Zivilprozeßordnung in der am 1. Januar 2002 geltenden Fassung bereits auf das Berufungsverfahren anzuwenden, reicht nach § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für die Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes die Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil anstelle des Tatbestandes aus. Diese kann sich aber naturgemäß nicht auf die im zweiten Rechtszug gestellten Anträge erstrecken. Die Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil ist daher erforderlich. Soweit das Berufungsgericht auf die wörtliche Wiedergabe der Berufungsanträge verzichtet, muß es wenigstens erkennen lassen, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat. Darüber hinaus müssen die tatbestandlichen Darstellungen in den Gründen des Berufungsurteils ausreichen, um eine revisionsrechtliche Nachprüfung zu ermöglichen. Das ist nicht der Fall, wenn tatbestandliche Darstellungen in einem Berufungsurteil fehlen oder derart widersprüchlich, unklar oder lückenhaft sind, daß sich die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung des Berufungsgerichts nicht mehr zweifelsfrei erkennen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2003 - V ZR 392/02 - zur Veröffentlichung bestimmt).

Fehlt es an diesen Mindestvoraussetzungen, ist das Urteil bereits wegen dieses von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangels aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2003 - VIII ZR 262/02 - FamRZ 2003, 747, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; BGH, Urteil vom 6. Juni 2003 aaO).

b) Richtet sich ein Berufungsverfahren noch nach altem Recht, während auf eine vom Berufungsgericht zugelassene Revision das neue Verfahrensrecht anzuwenden ist, kann von der Darstellung des Tatbestandes grundsätzlich schon deshalb nicht nach § 543 Abs. 1 ZPO a.F. abgesehen werden, weil kraft der vom Berufungsgericht selbst ausgesprochenen Zulassung die Revision ge-

gen dieses Urteil stattfindet (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO a.F.). Auch wenn die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F. vorliegen und deshalb Bezugnahmen auf das angefochtene Urteil, Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen zulässig sind, soweit sie die Beurteilung des Parteivorbringens durch das Revisionsgericht nicht wesentlich erschweren, ist jedenfalls eine wenigstens sinngemäße Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil unerläßlich (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2003 - VIII ZR 205/02 - NJW-RR 2003, 1006).

5. Die Frage, ob derartige Anforderungen auch an ein Berufungsurteil zu stellen sind, das die Revision nicht zuläßt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Sie ist zu bejahen.

a) Richtet sich das Berufungsverfahren - wie hier - nach dem am 31. Dezember 2001 geltenden Verfahrensrecht, bedarf es der Wiedergabe der Berufungsanträge und außerdem der Darstellung des Tatbestandes, zumindest aber der Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F.), wenn gegen die Nichtzulassung der Revision nach neuem Recht die Nichtzulassungsbeschwerde stattfindet, von deren Erfolg die Statthaftigkeit der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO a.F.) abhängt.

Dies bestätigt ein Vergleich mit der Regelung des § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO:

Soweit es um die Statthaftigkeit der Revision geht, besteht kein sachlicher Unterschied zwischen den Voraussetzungen, unter denen nach § 543 ZPO a.F. von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen werden darf, und den Voraussetzungen, unter denen nach § 161 Abs. 1 ZPO Feststellungen nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 und 5 ZPO (Aussagen von Zeugen, Sachverständigen oder vernommenen Parteien sowie das Ergebnis eines Augenscheins) nicht in das

Protokoll aufgenommen zu werden brauchen - beides setzt nämlich voraus, daß das Berufungsurteil der Revision nicht unterliegt.

Im Rahmen des § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kommt es für die Frage, ob die Revision voraussichtlich statthaft sein wird, auf den Zeitpunkt der ordnungsmäßigen Herstellung des Protokolls an; die Statthaftigkeit dieses Rechtsmittels muß insoweit auch dann vorerst unterstellt werden, wenn sie von einer Zulassung abhängt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 61. Aufl. § 161 Rdn. 4). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Revision demnächst vom Berufungsgericht selbst oder auf Nichtzulassungsbeschwerde vom Revisionsgericht zugelassen wird. Denn die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 161 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Feststellungen nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 und 5 ZPO nicht in das Protokoll aufgenommen werden müssen, sind auch dann nicht gegeben, wenn das zu erlassende Urteil des Berufungsgerichts der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO unterliegt (vgl. BGH, Beschluß vom 24. Juni 2003 - VI ZR 309/02 -, zur Veröffentlichung bestimmt).

Damit liegen in einem solchen Fall auch nicht die Voraussetzungen vor, unter denen nach § 543 Abs. 1 ZPO a.F. von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen werden kann.

b) Dem steht nicht entgegen, daß es das Bestreben der Zivilprozeßreform war, die Berufungsgerichte bei der Urteilsabfassung weitgehend zu entlasten (vgl. Musielak/Ball ZPO 3. Aufl. § 540 Rdn. 1).

Wie die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend ausführt, kann der vom Berufungsgericht in der Sache vertretene rechtliche Standpunkt nämlich nur bei Kenntnis des tatsächlichen Streitstoffes nachvollzogen werden. Ist aus dem Urteil nicht ersichtlich, von welchem Sach- und Streitstand das Gericht ausgegangen ist, welches Rechtsmittelbegehren die Parteien verfolgt haben und wel-

che tatsächlichen Feststellungen der Entscheidung zugrunde liegen, kann auch nicht überprüft werden, ob diese frei von Verfahrensfehlern getroffen wurden und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen des Berufungsgerichts im Einklang mit den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen stehen. Damit fehlt es an den notwendigen Voraussetzungen, die dem Revisionsgericht auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin die Prüfung ermöglichen, ob das Berufungsgericht aus einem der in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO genannten Gründe die Revision hätte zulassen müssen.

Ist dem Urteil nicht zuverlässig zu entnehmen, um welchen Sachverhalt es geht, kann dem Revisionsgericht insbesondere nicht angesonnen werden, diesen selbst zu ermitteln und festzustellen, um abschließend beurteilen zu können, ob die Nichtzulassungsbeschwerde begründet ist. Die Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts war bisher nicht Aufgabe des Revisionsgerichts (vgl. BGHZ 73, 248, 252) und kann es auch nach neuem Recht nicht sein. Denn auch nach dem ab 1. Januar 2002 geltenden Verfahrensrecht müssen die tatsächlichen Grundlagen, von denen das Berufungsgericht ausgegangen ist, aus dem Berufungsurteil ersichtlich sein, um dem Revisionsgericht im Falle der Nichtzulassung der Revision die Überprüfung auf die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO zu erlauben (vgl. Zöller/Gummer ZPO 23. Aufl. § 540 Rdn. 6).

Grundlage der Prüfung des Revisionsgerichts ist gemäß § 559 ZPO - wie auch schon nach § 561 ZPO a.F. - prinzipiell nur der Tatsachenstoff, der sich aus dem Berufungsurteil einschließlich der in ihm enthaltenen wirksamen Bezugnahmen sowie aus dem Sitzungsprotokoll erschließt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2003 aaO).

c) Damit verwehrt der Senat den Berufungsgerichten in Fällen, in denen sich das Berufungsverfahren noch nach altem Zivilprozeßrecht richtet, auch nicht ohne zwingenden Grund einen Teil der Entlastung, die die Zivilprozeßreform für Berufungsverfahren nach neuem Recht bezweckt haben mag. Abgesehen davon, daß das Berufungsurteil sowohl nach altem als auch nach neuem Recht zumindest die Berufungsanträge wiedergeben muß (vgl. BGH, Beschluß vom 19. Februar 2003 aaO), beschränkt sich diese Entlastung im Rahmen des § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nämlich nur darauf, daß das Urteil anstelle eines Tatbestandes stets auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen Bezug nehmen darf.

Was die Darstellung der Entscheidungsgründe betrifft, wird zum Teil die Ansicht vertreten, an die "Dichte" der Gründe von Berufungsurteilen, die die Revisionszulassung versagen, seien geringere Anforderungen zu stellen als an diejenige von Urteilen, die die Revision zulassen, da die Gründe im ersten Fall nur eine Überprüfung des Revisionsgerichts auf die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO erlauben müßten (vgl. Zöller/Gummer ZPO 23. Aufl. § 540 Rdn. 6). Ob dem zu folgen ist, kann hier dahinstehen. Jedenfalls läßt sich dieser auf die Gründe bezogene Gedanke nicht auf den Tatbestand übertragen, da für den erforderlichen Umfang der Darstellung des Sach- und Streitstandes dieser Maßstab nicht gelten kann.

Die Nichtzulassung der Revision setzt unter anderem voraus, daß das Berufungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der Sache im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verneint. Ob zu Recht, soll auf Nichtzulassungsbeschwerde hin überprüft werden können. Dieser Beurteilung darf das Berufungsgericht auch nicht teilweise die Grundlage entziehen, indem es etwa davon absieht, in seinem Urteil auch solche tatsächliche Entscheidungsgrundlagen und darauf bezogene Erwägungen darzustellen, von denen es der Ansicht ist, diesen kön-

ne zweifelsfrei und unter keinem denkbaren Gesichtspunkt grundsätzliche Bedeutung zukommen. Denn auch diese Ansicht muß der Überprüfung im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde zugänglich und deshalb aus dem Urteil ersichtlich sein.

Richtig ist zwar, daß die Kriterien, unter denen das Revisionsgericht das Urteil auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin zu überprüfen hat, weniger umfangreich sind als die Kriterien, die - im Falle der Zulassung der Revision - für die revisionsrechtliche Prüfung selbst gelten, bei der unter anderem auch die Erfolgsaussicht zu prüfen ist. Nur in diesem Sinne wäre es zu rechtfertigen, verkürzt zu formulieren, das Berufungsurteil unterliege im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde nur einer eingeschränkten Überprüfung. Keinesfalls bedeutet dies jedoch, daß der Gegenstand dieser Überprüfung weniger umfangreich ist und deshalb auch an die Darstellung des Sach- und Streitstandes im Berufungsurteil geringere Anforderungen zu stellen sind als im Falle der Revisionszulassung durch das Berufungsgericht selbst. Nicht anders als bei der revisionsrechtlichen Prüfung ist Prüfungsgegenstand im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde (entsprechende Darlegungen in der Beschwerdeschrift vorausgesetzt) stets die Gesamtheit der tatsächlichen Grundlagen, von denen das Berufungsgericht ausgegangen ist, sowie der rechtlichen Folgerungen, die es daraus gezogen hat. Lediglich der Blickwinkel, unter dem das Revisionsgericht diese Prüfung vorzunehmen hat, ist im Falle der Nichtzulassungsbeschwerde enger als im Falle der Revision.

6. Ob nach alledem einer Nichtzulassungsbeschwerde unter den Voraussetzungen des § 26 Nr. 8 EGZPO stets schon dann stattzugeben ist, wenn sie sich gegen ein Berufungsurteil richtet, aus dem die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung für das Revisionsgericht nicht in vollem Umfang ersichtlich sind (offen gelassen von BGH, Beschluß vom 24. Juni 2003 aaO), etwa weil

es keinen Tatbestand enthält oder unter der Geltung des neuen Verfahrensrechts den Mindestanforderungen des § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht genügt (und deshalb auf eine zulässige Revision hin ohne weiteres aufzuheben wäre), oder ob auch dann die weiteren Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO vorliegen und mit der Nichtzulassungsbeschwerde dargelegt werden müssen, bedarf zur Zeit noch keiner Entscheidung.

Die vorliegende Entscheidung des Senats, die sich erstmals mit der aufgeworfenen Rechtsfrage befaßt, ist jedenfalls, wie dargelegt, zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) erforderlich. Ob ein Zulassungsgrund auch noch gegeben sein wird, wenn dem Bundesgerichtshof künftig weitere Fälle dieser Art vorgelegt werden, mag fraglich sein, weil für Beurteilung der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO der Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde maßgeblich ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. November 2002 - IV ZR 197/02 - WM 2003, 554 m.N. und vom 8. April 2003 - XI ZR 193/02 - ZIP 2003, 1082, 1083) und eine höchstrichterlich bereits geklärte Rechtsfrage jedenfalls weder grundsätzlich ist noch zur Fortbildung des Rechts einer erneuten Entscheidung bedarf.

Andererseits dürfte es schwerlich hinnehmbar erscheinen, daß ein Berufungsurteil Bestand hat, weil es zum einen die Revision nicht zuläßt und zum anderen mangels Wiedergabe der tatsächlichen Feststellungen die Prüfung der Voraussetzungen einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde erschwert oder gar vereitelt.

Noch weniger verständlich wäre es, wenn eine statthafte Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein solches Urteil nur deshalb keinen Erfolg hätte, weil der Bundesgerichtshof die Frage, ob derartige Urteile prozeßordnungswidrig sind, bereits positiv beantwortet hat.

Hahne Gerber Sprick

Wagenitz

Bundesrichter Dr. Ahlt ist urlaubsbedingt verhindert zu unterschreiben.

Hahne