

fahrens- und Urteilkosten. Zu den Alternativen zur Rücknahme im Übrigen, vgl. direkt im Anschluss).

- 404 Den Verlust einer Instanz kann der Kläger in der beschriebenen Konstellation dagegen gut verkraften, der Beklagte muss dies, weil es in § 533 ZPO so vorgesehen ist.
- 405 Mit Sinn behaftet ist derartige Vorgehen also wohl allenfalls dann, wenn dem Berufungskläger daran gelegen ist, nicht sein Gesicht zu verlieren, weil er eine Berufung verloren hat.

#### **gg) Neue Schlussrechnungen**

- 406 Der Streitgegenstand einer Werklohnklage ändert sich aber nicht dadurch, dass eine neue Schlussrechnung vorgelegt wird.<sup>328</sup> Es geht deshalb weiter um das erstinstanzlich verfolgte Begehren. Die mit der Berufung vorgenommene Erweiterung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 ZPO wegen einer weitergehenden Schlussrechnungsforderung ist also keine Klageänderung im Sinne des § 533 ZPO.<sup>329</sup>

#### **hh) Einschränkung des Beschwerdegegenstandes im Rahmen der Beschwer**

##### **(1) Rücknahme: Billiger, aber immer noch teuer**

- 407 Es gibt Fälle, in denen zur Fristwahrung Berufung eingelegt werden muss, ohne dass man als Anwalt die Gelegenheit hat, sich mit den Erfolgsaussichten zu beschäftigen.<sup>330</sup> Der üblichen Bitte an die Gegenseite, dort bis zur Klärung der Frage, ob die Berufung auch tatsächlich durchgeführt wird, keine Bestellung vorzunehmen, *muss* diese nicht nachkommen.
- 408 Man kann sich tatsächlich auch die Frage stellen, ob man als Gegenanwalt einer solchen Bitte überhaupt nachkommen *sollte*. Begünstigt wird dadurch ja alleine die berufungseinlegende Seite, weil sie bei ihren Überlegungen keinem Kostendruck ausgesetzt ist. Je üblicher es wird, dass einer Berufungseinlegung sofort eine Bestellung auf der Gegenseite folgt, die auch bei anschließender Nichtdurchführung ohne Antragstel-

---

328 BGH v. 18.12.2003 – VII ZR 124/02, BGHReport 2004, 620 = MDR 2004, 587 = ProZRB 2004, 125 (*Moehren*); BGH v. 9.10.2003 – VII ZR 335/02, MDR 2004, 148 = ProZRB 2004, 64 (*Deichfuß*).

329 BGH v. 8.12.2005 – VII ZR 138/04 (im Anschluss an BGH v. 19.3.2004 – V ZR 104/03, BGHZ 158, 295).

330 Namentlich, wenn die Mandanten erstmals für das Berufungsverfahren zum Anwalt kommen oder diesen hierfür wechseln, gerne auch nur wenige Tage vor Ablauf der Einlegungsfrist, und außer dem Urteil nichts mit sich führen. Dass dies zu haftungsrelevanten Fehlern bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts führen kann, wurde schon oben bei Rz. 46 erläutert.

lung zu bezahlen ist (unter der Geltung der BRAGO mit 13/20, nach dem RVG mit 1,1, sofern nur ein Berufungsgegner vorhanden ist), umso eher wird man diesen Kostenfaktor bei der Einlegung einer Berufung überlegen.

Unterstellt, die Prüfung der Berufungsaussichten ergibt ein so schlechtes Ergebnis, dass man mit dem Mandanten zur Ansicht gelangt, es sei besser, die Berufung nicht durchzuführen, liegt es zunächst nahe, die Berufung einfach zurückzunehmen. Die Gerichtsgebühren ermäßigen sich dann. Hat sich nun aber schon jemand auf der Gegenseite bestellt, sind dessen Kosten mit einzurechnen. Gerade bei sehr hohen Streitwerten kann das richtig ins Geld gehen. 409

**Beispiel:**

Mit einer Klage sei ein Pflichtteilsanspruch über 280.000 Euro geltend gemacht worden. Die Klage wurde vollständig abgewiesen. Zur Fristwahrung wurde Berufung eingelegt. Sofort bestellt sich für den Beklagten und Berufungsbeklagten ein Anwalt. Wird nun nach Prüfung der Erfolgsaussichten die Berufung zurückgenommen, bevor die Schrift zur Begründung bei Gericht eingegangen ist, ergeben sich folgende Kosten (alle Anwaltskosten ohne USt und Pauschalen):

Klägeranwalt	
1,6 Verfahrensgebühr aus 280.000 Euro	<b>3.472,00 Euro</b>
Beklagtenanwalt	
1,1 Verfahrensgebühr aus 280.000 Euro	<b>2.387,00 Euro</b>
Gericht	
1,0 Verfahrensgebühr, <sup>331</sup> begünstigt von KV-GKG Nr. 1220 auf 1221	<b>1.906,00 Euro</b>
zusammen also:	<b>7.765,00 Euro</b>

**(2) Alternativen zur Rücknahme**

**(a) Kleiner ist feiner**

Angesichts dessen, dass der Beschwerdegegenstand der Berufung (und an dem hängen die Kosten) aber durch die Anträge bestimmt wird (§ 14 Abs. 1 S. 1 GKG), kann man auf die Idee kommen, vor der Rücknahme zunächst einfach einen niedrigen („kleinen“) Antrag zu stellen und erst dann zurückzunehmen. 410

**Beispiel:**

Statt der vollen 280.000 Euro wird nur noch ein Antrag über 2.800 Euro gestellt.

Auf diese Idee sind in der Tat schon Anwälte gekommen. Sie mussten sich aber frühzeitig vom Großen Senat für Zivilsachen sagen lassen, dass es als rechtsmissbräuchlich empfunden wird, allein und evident aus Kos- 411

<sup>331</sup> Nach dem GKG i.d.F. vom 5.5.2004 (BGBl. I S. 718), zuletzt geändert durch Artikel 12f des Gesetzes vom 24.8.2004 (BGBl. I S. 2198) (1. JuMoG). – Vorher ging die Ermäßigung auf 0,5.

tengründen einen geringen Antrag zu stellen. Der Gegenstandswert wurde in diesen Fällen dann auf die volle Höhe der Beschwer aus dem erstinstanzlichen Urteil festgesetzt:

„Ein eingeschränkter Rechtsmittelantrag des Rechtsmittelklägers ist bei der Streitwertberechnung im Rechtsmittelverfahren gemäß § 14 Abs. 1 GKG dann nicht zu berücksichtigen, wenn er offensichtlich nicht auf die Durchführung des Rechtsmittels gerichtet ist.“<sup>332</sup>

Es sei nicht Sinn und Zweck des § 14 Abs. 1 GKG, einem Rechtsmittelkläger, der sein Rechtsmittel überhaupt nicht mehr durchführen wolle, zu einer Verringerung der Kostenlast zu verhelfen, welche über die im Gesetz für die Rechtsmittelrücknahme vorgesehene Kostenermäßigung nach dem KV GKG hinausgehe.<sup>333</sup>

**Beim Beispiel:**

Der Gegenstandswert lag damit bei 280.000 Euro.

- 412 Die Literatur kommentiert das so:

„Viel zu verlieren hat der Berufungskläger bei dem Versuch, den Streitwert zunächst gering zu halten, aber nicht: Gelingt dies nicht, wird – wie ohne Beschränkung auch – der volle Wert der Beschwer zugrunde gelegt.“<sup>334</sup>

Das klingt nicht besonders motivierend.

- 413 Nun mag aber ein findiger Anwalt auch einmal etwas anderes probieren. Er könnte sich vornehmen, nicht das Geld, sondern die Gerechtigkeit in den Vordergrund zu stellen. Er sollte dieses Anliegen dann noch in geeigneter Weise im Berufungsverfahren *nachvollziehbar* kommunizieren.<sup>335</sup> (Auch) er würde dann nur einen kleinen Teil der Beschwer zum Beschwerdegegenstand machen (z.B. 2.800 Euro), den aber durchziehen. Nimmt er seine eigene (interne!) Erfolgsprognose ernst, wird er dabei natürlich scheitern. Wie viel das kostet, hängt davon ab, an welcher Stelle er scheitert und wie viel er vorher dafür unternimmt.

**(b) Zu spät wird billiger**

- 414 Strategisch möglich wäre, dass er im Rahmen der Berufungsbegründungsfrist zunächst nur eine Fristverlängerung beantragt. Die bekommt er. Dann stellt er kurz vor Fristablauf den „kleinen“ Sachantrag, behält sich

---

332 BGH v. 14.2.1978 – GSZ 1/77, BGHZ 70, 365 (Leitsatz).

333 BGH v. 14.2.1978 – GSZ 1/77, BGHZ 70, 365 (369).

334 *Oberheim*, Der Anwalt im Berufungsverfahren, Rz. 212 a.E.

335 Das OLG Hamburg v. 20.10.2004 – 5 U 153/04, OLG Hamburg 2005, 181, etwa formuliert: „Beschränkt der Berufungsführer seinen Berufungsantrag in der Begründungsfrist **ohne nachvollziehbare Angabe von Gründen** unzulässigerweise auf die Kosten und nimmt einen Tag nach der Beschränkung seine Berufung zurück, so ist die Beschränkung des Antrags als missbräuchlich anzusehen mit der Folge, dass sich der Streitwert nach der Beschwer durch die erstinstanzliche Verurteilung richtet.“

die Begründung und eventuelle Weiterungen ausdrücklich vor, beantragt dabei eine weitere (also die zweite) Fristverlängerung und bittet zugleich das Gericht, die Zustimmung des Gegners hierzu einzuholen. Es wird sich aber weder das Gericht zum Handlanger des Berufungsführers machen wollen, noch wird der Berufungsgegner zustimmen. Die Berufung ist damit ohne weiteres als unzulässig zu verwerfen, weil sie nicht innerhalb der Frist begründet worden ist (§ 522 Abs. 1 S. 2, S. 1 ZPO). Bei einer so klaren Sachlage wird das Berufungsgericht regelmäßig durch Beschluss entscheiden (§ 522 Abs. 1 S. 3 ZPO). Eine kostenträchtige Stellungnahme der Gegenseite gibt es in diesem Fall nicht. Es bleibt dort bei der 1,1 Gebühr (Nr. 3201 VV RVG).<sup>336</sup> Für das Gericht entsteht eine 4,0 Verfahrensgebühr (Nr. 1220 KV GKG). Ermäßigungstatbestände (Nrn. 1221 bis 1223 KV GKG) liegen nicht vor.

(Nach altem GKG galt: Die Verfahrensgebühr lag bei 1,5. Ein Verwerfungsbeschluss löste keine weitere Gebühr aus.<sup>337</sup> Ein Verwerfungsurteil löste demgegenüber eine Urteilsgebühr aus, je nachdem, ob es eine Begründung enthielt oder nicht, eine 1,5-fache oder eine 3-fache.) 415

### (c) Schlecht wird billiger

Strategisch möglich ist auch, dass unter Stellung des „kleinen“ Antrages sofort eine Begründung abgeliefert wird, welche sich in einer phrasenhaften Anhäufung beschränkt, in der dem Erstgericht Rechtsfehler und insgesamt fehlerhafte und/oder einseitige Beweiswürdigung, etc. vorgeworfen werden. Hier wird das Berufungsgericht aller Wahrscheinlichkeit nach einen Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erlassen. Nimmt die Gegenseite in diesem Zusammenhang Stellung und stellt ihrerseits Zurückweisungsantrag, fällt dort eine 1,6 Gebühr an. Für das Gericht entsteht eine 4,0 Verfahrensgebühr (Nr. 1220 KV GKG). Ermäßigungstatbestände (Nrn. 1221 bis 1223 KV GKG) liegen nicht vor. 416

(Nach altem GKG galt: Es entstand eine 1,5 Verfahrensgebühr und die 1,5 oder 3,0 Entscheidungsgebühr Gerichtsgebühren [Nrn. 1227 oder 1226 KV-GKG]). 417

In solchen Fällen ist es auch möglich, dass das Gericht schon aus erzieherischen Gründen auf ein Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO verzichtet und Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt. Dort mag der Anwalt aber vielleicht gar nicht auftreten, er lässt Versäumnisurteil gegen sich ergehen und legt dagegen keinen Einspruch ein. Hier entstehen für die Gegenseite die 1,6 und die 0,5 Gebühr. Für das Gericht entsteht wieder die 4,0 Verfahrensgebühr. 418

---

<sup>336</sup> N. Schneider in Schneider/Wolf, RVG, 3. Aufl., VV 3201 Rz. 24.

<sup>337</sup> Rimmelspacher in MünchKomm.ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsband, § 522 Rz. 37.

419 ☞ **Praxistipp:** Wer an weiteren taktischen Varianten interessiert ist, kann sich die Rechtsprechung zur Wiedereinsetzung bei versäumten Berufungsbegründungsfristen vielleicht mal unter einem etwas anderen Blickwinkel ansehen. Namentlich die dort genannten Fälle, in denen es *keine* Wiedereinsetzung gab, eröffnen ungeahnte Möglichkeiten. Aber immer beachten: Anders als üblich muss der „kleine“ Antrag schon vor der vermässelten Begründung fristgerecht (!) gestellt worden sein.

420 Alle Gebühren (der Gegenseite und des Gerichtes) in diesen Varianten entstehen aber auf der Basis des durch den Antrag bestimmten Gegenstandswertes, im Beispiel also auf der Basis von 2.800 Euro. Ein Rechtsmissbrauch wie in den Fällen der Antragsenkung zum Zwecke der Rücknahme liegt nicht vor, denn das Verfahren soll ja durchgeführt werden. Es scheitert eben nur an alltäglichen Fehlern (Fristsäumnis, unsaubere Begründung). Für den Berufungsführer bleibt es bei der Prozessgebühr aus der vollen Summe.

421 Rechnerisch sieht es dann so aus:

**Beispiel – verfristet eingereichte Begründung:**

Klägeranwalt (3200 VV RVG)	
1,6 Verfahrensgebühr aus 280.000 Euro	3.472,00 Euro
Beklagtenanwalt (von 3200 auf 3201 VV RVG)	
1,1 Verfahrensgebühr aus 2.800 Euro	207,90 Euro
Gericht	
4,0 Verfahrensgebühr aus 2.800 Euro	356,00 Euro
zusammen also:	<b>4.035,90 Euro</b>

**Beispiel – nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesene Berufung:**

Klägeranwalt (3200 VV)	
1,6 Verfahrensgebühr aus 280.000 Euro	3.472,00 Euro
Beklagtenanwalt (von 3200 auf 3201 VV RVG)	
1,1 Verfahrensgebühr aus 2.800 Euro (oder auch 1,6 – s. Text)	207,90 Euro
Gericht	
4,0 Verfahrensgebühr aus 2.800 Euro	356,00 Euro
zusammen also:	<b>4.035,90 Euro</b>

**Beispiel – nach VU zurückgewiesene Berufung:**

Klägeranwalt (3200 VV RVG)	
1,6 Verfahrensgebühr aus 280.000 Euro	3.472,00 Euro
Beklagtenanwalt (3200 VV RVG)	
1,6 Verfahrensgebühr aus 2.800 Euro	302,40 Euro
Beklagtenanwalt (von 3202 auf 3203 VV RVG)	
0,5 Terminsgebühr aus 2.800 Euro	94,50 Euro

Gericht	
4,0 Verfahrensgebühr aus 2.800 Euro	356,00 Euro
zusammen also:	<b>4.224,90 Euro</b>

**(d) Mehr kostet weniger als Weniger**

Jetzt ist es keine große Kunst mehr, auszurechnen, dass alle Varianten, in denen man weiter macht (Mehr), erheblich günstiger sind als die schlichte Rücknahme (Weniger). 422

Dort waren es 7.765,00 Euro Gesamtkosten (zzgl. USt und Pauschalen), hier sind es zwischen 4.035,90 Euro und 4.224,90 Euro.

**(3) Vorsichtsmaßnahmen**

Es versteht sich, dass man den „kleinen“ Antrag stets mit Blick auf die **Streitwertsprünge** festlegt. Es versteht sich auch, dass man ihn nicht unbedingt in exakter **Quote der Beschwerde** festlegt, wenn es eine irgendwie geartete anderweitige Plausibilität gibt. Es versteht sich weiter, dass man sich vom **Mindestwert** von 600 Euro gehörig fernhält, um keine unliebsamen Vermutungen aufkommen zu lassen.<sup>338</sup> 423

Es versteht sich zuletzt, dass man mit dem Mandanten offen redet. Und das bedeutet, dass man ihm alles vorrechnet, dass man ihm klarmacht, dass es hier um ein taktisches Vorgehen handelt und dass derartige immer mit Risiken behaftet ist. Das muss schriftlich geschehen und am Besten vom Mandanten bestätigt werden (mit Einverstanden-Vermerk zurückschicken lassen), sonst könnte ein böswilliger Mandant auf Regressideen kommen. Das bedeutet aber auch, dass man zunächst mal dafür Sorge zu tragen hat, dass die eigene Prozessgebühr/Verfahrensgebühr aus der vollen Summe **vorschussweise** auf dem eigenen Konto landet. 424

Gut vorstellbar ist es ja in der Praxis, dass der Mandant den schlauen Anwalt noch übertrumpfen will, indem er zu guter Letzt behauptet, er selbst habe ohnehin immer (!) schon nur den „kleinen“ Antrag stellen wollen. Und demgemäß will er dann auch die Prozessgebühr/Verfahrensgebühr nur aus diesem kleinen Streitwert zahlen. 425

---

338 Lehrreich OLG Koblenz v. 22.12.2004 – 5 U 1332/04: Ein erheblich eingeschränkter Berufungsantrag ist für den Streitwert nicht maßgeblich, wenn die Reduzierung des Begehrens deutlich macht, dass statt einer Sachentscheidung des Rechtsmittelgerichts nur noch eine Reduzierung der Kostenlast erstrebt wird.