

## Teil VI

### Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz

#### A. Datenmaterial

##### 1. Definition und Verwendungsmöglichkeiten neuen Vorbringens

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel stehen im Gegensatz zu wiederholtem Vorbringen, das eine Partei schon in erster Instanz ins Verfahren eingeführt hatte. Dabei geht es in diesem Teil um Vorbringen zu einem bereits im ersten Rechtszug erhobenen Anspruch.

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel können die Parteien - vorbehaltlich der Präklusion - in jedem Stadium des Berufungsverfahrens bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung einführen. Teils geschieht dies zur Rechtfertigung der Berufung gem. § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, teils im späteren Zusammenhang. Letzteres gilt insbesondere für neues Vorbringen des Berufungsbeklagten.

##### 2. Fallzahlen

###### a) Neues Vorbringen als Berufungsgrund<sup>1</sup>

###### (1) OLG

Die Berufung wurde bei hier 1027 auswertbaren Verfahren nur in 16 Fällen (1,6%) ausschließlich auf neues Vorbringen gestützt. In weiteren 154 Verfahren (15,0%) wurde es zur Begründung des Rechtsmittels neben anderen Berufungsgründen verwendet, insgesamt also in 170 Fällen (16,6%).

Betrachtet man jene 154 Verfahren im einzelnen, so zeigt sich, daß neue Angriffs- und Verteidigungsmittel insbesondere im Verbund mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts (38 Fälle = 3,7%), der Feststellungsrüge (30 Fälle = 2,9%) sowie in Kombination mit diesen beiden Rügen (21 Fälle = 2,0%) vorkommen.

###### (2) LG

Bei 1019 auswertbaren Verfahren wurde die Berufung in 19 Fällen (1,9%) ausschließlich auf neues Vorbringen gestützt. In weiteren 111 Verfahren (10,9%) wurde diese neben anderen Berufungsgründen verwendet, insgesamt also in 130 Fällen (12,8%).

Bei den 111 Verfahren mit kombinierten Begründungen wurden Nova zusammen mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts (36 Fälle = 3,5%), der Feststellungsrüge (30 Fälle = 2,9%) sowie in Kombination mit diesen beiden Rügen (17 Fälle = 1,7%) geltend gemacht.

###### b) Neues Vorbringen insgesamt in der Berufungsinstanz<sup>2</sup>

###### (1) OLG

Die Anzahl aller Verfahren, in denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel überhaupt von den Parteien in zweiter Instanz vorgebracht wurden, ist gut doppelt so groß wie die zu 2a) genannte,

---

<sup>1</sup> Frage 15b/Var. 6.

<sup>2</sup> Frage 25.

nämlich 355 (34,5% bei hier auswertbaren 1030 Verfahren).

Die zeitliche Verteilung des Vorbringens ergibt sich aus folgender Tabelle (zu Frage 26b):

**Tabelle VI/1a**

Berufungskläger		Zeitpunkt des Vorbringens der Nova	Berufungsbeklagter	
Anzahl <sup>3</sup>	%-Anteil von 1030		Anzahl	%-Anteil von 1030
290	28,2	in der Berufungsbegründung/-erwiderung	140	13,6
80	7,8	in weiteren Schrifts. Vor mdl. Verhandlung	46	4,5
21	2,0	in mdl. Verhandlung vor Beweisaufnahme	9	0,9
8	0,8	in mdl. Verhandlung nach Beweisaufnahme	11	1,1
14	1,4	als unmittelbare Reaktion auf neues Vorbringen des Gegners	19	1,8
7	0,7	als spätere Reaktion	8	0,8
8	0,8	in einem anderen Verfahrensstadium	5	0,5

*(2) LG*

Die Gesamtzahl der Verfahren, in denen Nova vorgebracht wurden, beträgt 294 (28,9% bei hier auswertbaren 1018 Verfahren). Auch diese Menge ist weit mehr als doppelt so groß wie die zu 2a) genannte.

Die zeitliche Verteilung des Vorbringens zeigt folgende Tabelle:

**Tabelle VI/1b**

Berufungskläger		Zeitpunkt des Vorbringens der Nova	Berufungsbeklagter	
Anzahl <sup>4</sup>	%-Anteil von 1018		Anzahl	%-Anteil von 1018
233	22,9	in der Berufungsbegründung/-erwiderung	74	7,3
36	3,5	in weiteren Schrifts. Vor mdl. Verhandlung	22	2,2
5	0,5	in mdl. Verhandlung vor Beweisaufnahme	4	0,4
2	0,2	in mdl. Verhandlung nach Beweisaufnahme	1	0,1
5	0,5	als unmittelbare Reaktion auf neues Vorbringen des Gegners	9	0,9
6	0,6	als spätere Reaktion	7	0,7
5	0,5	in einem anderen Verfahrensstadium	4	0,4

*(3) Weitere Behandlung*

Da die Bedeutung neuen Vorbringens und seine Behandlung in der Berufungsinstanz, wenn das Rechtsmittel erst einmal zulässig ist, nicht davon abhängen, ob es zur Begründung der

<sup>3</sup> Die Summe ergibt mehr als 355, da in einzelnen Verfahren mehrere Varianten zutreffen konnten.

<sup>4</sup> In einzelnen Verfahren konnten mehrere Varianten zutreffen; deshalb ist die Summe größer als 294.

Berufung verwendet oder in anderem Zusammenhang in das Berufungsverfahren eingeführt wurde, wird im folgenden von dem hier unter b) dargelegten Datenmaterial ausgegangen.

### c) "Aktivität" der Berufungsparteien

#### *(1) OLG*

Die "Aktivität" von Berufungskläger und Berufungsbeklagtem im Hinblick auf neues Vorbringen unterscheidet sich stark. In den 355 Verfahren mit neuem Vorbringen (s. oben b) war es 329 mal die Seite des Berufungsklägers (31,9% von 1030 Verfahren), 167 mal die Seite des Berufungsbeklagten (16,2% von 1030 Verfahren), die neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbrachte.

#### *(2) LG*

Auch hier unterscheiden sich die "Aktivitäten" der Parteien. In den 294 Verfahren mit Nova war es 257 mal der Berufungskläger (25,2% von 1018 Verfahren), 95 mal der Berufungsbeklagten (9,3% von 1018), der Nova vorbrachte.

### d) Art des neuen Vorbringens<sup>5</sup>

#### *(1) OLG*

Die Verteilung zwischen neuen Tatsachenbehauptungen und neuen Beweismitteln ergibt sich aus folgender Tabelle:

**Tabelle VI/2a**

Berufungskläger		Art der Nova	Berufungsbeklagter	
Anzahl	%-Anteil von 1030		Anzahl	%-Anteil von 1030
244	23,7	Tatsachen	121	11,7
185	18,0	Zeugenbeweis	85	8,3
9	0,9	Amtliche Auskunft	1	0,1
73	7,1	Sachverständigengutachten	40	3,9
7	0,7	Augenschein	4	0,4
28	2,7	Urkunden	17	1,7
12	1,2	Parteivernehmung	2	0,2

#### *(2) LG*

Hier sieht die Verteilung folgendermaßen aus:

<sup>5</sup> Frage 26a. - In einzelnen Verfahren trafen mehrere Varianten zu.

Tabelle VI/2b

Berufungskläger		Art der Nova	Berufungsbeklagter	
Anzahl	%-Anteil von 1018		Anzahl	%-Anteil von 1018
159	15,6	Tatsachen	57	5,6
124	12,2	Zeugenbeweis	54	5,3
0	0,0	Amtliche Auskunft	2	0,2
56	5,5	Sachverständigengutachten	15	1,5
4	0,4	Augenschein	2	0,2
31	3,0	Urkunden	12	1,2
14	1,4	Parteivernehmung	1	0,1

### 3. Zulassung neuen Vorbringens

#### a) Zulässigkeitsbegründungen der Parteien<sup>6</sup>

##### (1) OLG

##### (a) Begründungen des Berufungsklägers

Geht man von den zu 2c) ermittelten 329 Verfahren mit neuem Vorbringen der Berufungskläger aus, so haben diese in 153 Fällen (46,5% von 329) Nova vollständig ohne Begründung für ihre Zulässigkeit vorgebracht. Soweit in 176 Verfahren (53,5%) vollständig oder teilweise Begründungen geliefert wurden, verteilen sich diese wie folgt:

Tabelle VI/3a

Begründung für Nova <sup>7</sup>	Einzig Begründung	Kombinierte Begründ'gen aus 1-4	Kombinierte Begründ'gen aus 1-5	Teilw.mit, teilw.ohneBegr ründung
1. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	19 / 5,8			
2. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwertbar geworden	27 / 8,2			
3. betreffen einen vom Erst- gericht nicht berücks.rechtl. Gesichtspunkt	44 / 13,4	11 / 3,3	15 / 4,6	14 / 4,3
4. Erstgericht hat Hinweis- u. Förderungspflicht nicht genügt	8 / 2,4			
5. Sonstige Begründungen <sup>8</sup>	34 / 10,3 <sup>9</sup>	---		4 / 1,2

<sup>6</sup> Frage 26c.

<sup>7</sup> Die jeweils erste Zahl in den folgenden Spalten gibt die Anzahl der Verfahren, die zweite den %-Anteil von 329 Verfahren an.

<sup>8</sup> Frage 26c/Variante 5-9.

<sup>9</sup> Darunter 12 / 3,6, in denen die Begründung allein oder u.a. lautete, es trete durch die Zulassung der Nova keine Prozeßverzögerung ein Frage 26c/Var.7.

*(b) Begründungen des Berufungsbeklagten*

Von den 167 Verfahren (oben 2c) mit neuem Vorbringen der Berufungsbeklagten waren 161 für die gegenwärtige Fragestellung auswertbar. Bei diesen wurde in 88 Fällen (54,7% von 161) keine Begründung für die Zulässigkeit gegeben. In den übrigen 73 Verfahren (45,3%) lauten die Begründungen wie folgt:

**Tabelle VI/4a**

Begründung für Nova <sup>10</sup>	Einzig Begründung	Kombinierte Begründ'gen aus 1-4	Kombinierte Begründ'gen aus 1-5	Teilw.mit, teilw.ohne Begründung
1. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	12 / 7,5	5 / 3,1	3 / 1,9	6 / 3,7 <sup>11</sup>
2. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder ...verwertbar geworden	3 / 1,9			
3. betreffen einen vom Erst- ...gericht nicht berücks.rechtl. Gesichtspunkt	18 / 11,2			
4. Erstgericht hat Hinweis- u. Förderungspflicht nicht genügt	1 / 0,6			
5. Sonstige Begründungen	24 / 14,9 <sup>12</sup>	---		1 / 0,6

*(2) LG**(a) Begründungen des Berufungsklägers*

Von den 257 Verfahren mit neuem Vorbringen der Berufungskläger (oben 2c) waren hier 255 auswertbar. Bei diesen wurde in 146 Fällen (57,3% von 255) überhaupt keine Begründung für die Zulässigkeit der Nova angeführt. In den übrigen 109 Verfahren (42,7%) lauten die Begründungen wie folgt:

<sup>10</sup> Die jeweils erste Zahl in den folgenden Spalten gibt die Anzahl der Verfahren, die zweite den %-Anteil von 161 Verfahren an.

<sup>11</sup> Darunter vier Fälle, in denen zusätzlich eine "sonstige Begründung" gegeben wurde.

<sup>12</sup> Darunter 9 / 5,6, in denen die Begründung lautete, es trete durch die Zulassung der Nova keine Prozeßverzögerung ein.

Tabelle VI/3b

Begründung für Nova <sup>13</sup>	Einzig Begründung	Kombinierte Begründ'gen aus 1-4	Kombinierte Begründ'gen aus 1-5	Teilw.mit, teilw.ohne Begründung
1. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	9 / 3,5	2 / 0,8	10 / 3,9	8 / 3,1 <sup>14</sup>
2. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwertbar geworden	27 / 10,6			
3. betreffen einen vom Erst- gericht nicht berücks.rechtl. Gesichtspunkt	18 / 7,1			
4. Erstgericht hat Hinweis- u. Förderungspflicht nicht genügt	9 / 3,5			
5. Sonstige Begründungen	24 / 9,4 <sup>15</sup>	---		2 / 0,8

## (b) Begründungen des Berufungsbeklagten

In den 95 Verfahren mit Nova des Berufungsbeklagten wurde 56 mal (58,9% von 95) überhaupt keine Begründung gegeben. In den übrigen 39 Verfahren (41,1%) verteilen sich die vollständigen oder teilweisen Begründungen wie folgt:

Tabelle VI/4b

Begründung für Nova <sup>16</sup>	Einzig Begründung	Kombinierte Begründ'gen aus 1-4	Kombinierte Begründ'gen aus 1-5	Teilw.mit, teilw.ohne Begründung
1. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	6 / 6,3	0 / 0,0	5 / 5,3	3 / 3,2
2. nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwertbar geworden	3 / 3,2			
3. betreffen einen vom Erst- gericht nicht berücks.rechtl. Gesichtspunkt	10 / 10,5			
4. Erstgericht hat Hinweis- u. Förderungspflicht nicht genügt	0 / 0,0			
5. Sonstige Begründungen	11 / 11,6 <sup>17</sup>	---		1 / 1,1

<sup>13</sup> In den nachfolgenden Spalten gibt die jeweils erste Zahl die Anzahl der Verfahren, die zweite den %-Anteil von 255 Verfahren an.

<sup>14</sup> Darunter 1 Fall, in dem zusätzlich eine "sonstige Begründung" gegeben wurde.

<sup>15</sup> Darunter 8 / 3,1, in denen die Begründung lautete, es trete durch die Zulassung der Nova keine Prozeßverzögerung ein.

<sup>16</sup> Die jeweils erste Zahl in den folgenden Spalten gibt die Anzahl der Verfahren, die zweite den %-Anteil von 95 Verfahren an.

## b) Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts<sup>18</sup>

### (1) OLG

#### (a) Zu Nova des Berufungsklägers

In den 329 (vgl. oben 2c) Verfahren mit Nova des Berufungsklägers wurden 324 mal Angaben darüber gemacht, ob die Nova zugelassen wurden.<sup>19</sup> Dabei wurde die Zulässigkeit in 7 Fällen (2,2% von 324) gem. § 528 Abs. 1 ZPO, in 9 Fällen (2,8%) gem. § 528 Abs. 2 ZPO und in 41 Fällen (12,7%) aus sonstigen Gründen verneint. Unter den Letztgenannten befanden sich 5 Fälle (1,5%) teilweiser Unzulässigkeit. Der häufigste "sonstige Grund" (5,9%) war "fehlende Entscheidungserheblichkeit". Fast genau so groß war freilich auch die Zahl der Fälle (5,2%), in denen die Nova des Berufungsklägers als "unzulässig" eingestuft wurden, weil keine Entscheidung zur Sache erging.

Zugelassen wurde das neue Vorbringen in 272 Verfahren (84,0% von 324), davon in 5 Fällen (1,5%) teilweise. Soweit das Vorbringen zugelassen wurde, geschah dies in 63 Fällen (19,4%) völlig ohne und in 7 Fällen (2,2%) teilweise ohne Begründung.

Die Zulassungsfälle im einzelnen ergeben sich aus folgender Tabelle:

**Tabelle VI/5a**

Berufungskläger		Zulassung von Nova <sup>20</sup>	Berufungsbeklagter	
Anzahl	%-Anteil von 324		Anzahl	%-Anteil von 157
19	5,9	weil erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	13	8,3
28	8,6	weil erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwendbar	6	3,8
136	42,0	weil sie in 2. Instanz nicht prozeßverzögernd wirken	64	40,8
2	0,6	weil die Partei die Verspätung entschuldigt hat (§ 528 Abs. 1 ZPO)	0	0,0
9	2,8	weil die Partei keine grobe Nachlässigkeit trifft (§ 528 Abs. 2 ZPO)	5	3,2
29	9,0	weil das Vorbringen sich auf einen vom Erstgericht nicht berücksichtigten rechtlichen Gesichtspunkt bezieht	15	9,6
12	3,7	weil das Erstgericht seiner Hinweis- und Förderungspflicht (§§ 139, 273, 278 ZPO) nicht genügt hat	4	2,5
13	4,0	aus sonstigem Grund	10	6,4
70	21,6	vollständig oder teilweise ohne Be-	41	26,1

<sup>17</sup> Darunter 4 / 4,2, in denen die Begründung lautete, es trete durch die Zulassung der Nova keine Prozeßverzögerung ein.

<sup>18</sup> Frage 26d.

<sup>19</sup> Eine Entscheidung erübrigte sich insbes. im Falle eines Prozeßvergleichs oder übereinstimmender Erledigungserklärungen.

<sup>20</sup> In den Anzahlen und Anteilen sind auch Überschneidungsfälle enthalten, weil in einzelnen Verfahren mehrere Varianten zutraten.

		gründung		
--	--	----------	--	--

*(b) Zu Nova des Berufungsbeklagten*

In den 167 Verfahren mit neuem Vorbringen des Berufungsbeklagten wurde 157 mal über die Zulässigkeit entschieden. Dreimal (1,9% von 157) wurde die Zulässigkeit gem. § 528 Abs. 1 ZPO, einmal (0,6%) gem. § 528 Abs. 2 ZPO und 16 mal (10,2%) aus sonstigen Gründen (davon in 4,5% wegen "fehlender Entscheidungserheblichkeit") verneint.

Zugelassen wurden die Nova des Berufungsbeklagten in 137 Fällen (87,3% von 157), davon 38 mal (24,2%) ohne Begründung und 3 mal (1,9%) teilweise ohne Begründung. Die Zulassungsfälle im einzelnen ergeben sich bereits aus obiger Tabelle.

*(2) LG*

*(a) Zu Nova des Berufungsklägers*

Über deren Zulässigkeit wurde 254 mal entschieden. Diese wurde in 4 Fällen (1,6% von 254) gem. § 528 Abs. 1 ZPO, in weiteren 4 Fällen (1,6%) gem. § 528 Abs. 2 ZPO und in 21 Fällen (8,3%) aus sonstigen Gründen verneint; darunter fanden sich 3 Fälle (1,2%) teilweiser Unzulässigkeit. Auch hier war mit 3,5% die "fehlende Entscheidungserheblichkeit" der häufigste "sonstige Grund".

Zugelassen wurden Nova in 228 Verfahren (89,8% von 254), davon in 3 Verfahren (1,2%) teilweise. Dabei wurde das Vorbringen in 46 Fällen (18,1%) völlig und in 8 Fällen (3,1%) teilweise ohne Begründung zugelassen.

Die Zulassungsfälle im einzelnen ergeben sich aus folgender Tabelle:

**Tabelle VI/5b**

Berufungskläger		Zulassung von Nova <sup>21</sup>	Berufungsbeklagter	
Anzahl	%-Anteil v. 254		Anzahl	%-Anteil v. 94
14	5,5	weil erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	6	6,4
16	6,3	weil erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwendbar	1	1,1
133	52,4	weil sie in 2. Instanz nicht prozeßverzögernd wirken	47	50,0
1	0,4	weil die Partei die Verspätung entschuldigt hat (§ 528 Abs. 1 ZPO)	0	0,0
6	2,4	weil die Partei keine grobe Nachlässigkeit trifft (§ 528 Abs. 2 ZPO)	0	0,0
17	6,7	weil das Vorbringen sich auf einen vom Erstgericht nicht berücksichtigten rechtlichen Gesichtspunkt bezieht	11	11,7
9	3,5	weil das Erstgericht seiner Hinweis- und Förderungspflicht (§§ 139, 273, 278 ZPO) nicht genügt hat	1	1,1

<sup>21</sup> In den Anzahlen und Anteilen sind auch Überschneidungsfälle enthalten, weil in einzelnen Verfahren mehrere Varianten zutrafen.



17	6,7	aus sonstigem Grund	13	13,8
54	21,3	Vollst. oder teilw. ohne Begründung	18	19,1

*(b) Zu Nova des Berufungsbeklagten*

Dazu wurden 94 Entscheidungen getroffen. Einmal (1,1% von 94) wurde das Vorbringen gem. § 528 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen, 10 mal (10,6%) aus sonstigem Grund (davon 6,38% wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit); unter Letzteren war ein Verfahren, in dem gleichzeitig ein zweites neues Vorbringen des Berufungsbeklagten zugelassen wurde. Zurückweisungen gem. § 528 Abs. 2 ZPO wurden nicht ausgesprochen.

Zugelassen wurden die Nova der Berufungsbeklagten in 84 Fällen (89,4% von 94), davon einmal teilweise; 18 mal (19,1%) erfolgte die Zulassung ohne Begründung. Die Zulassungsfälle ergeben sich im einzelnen bereits aus obiger Tabelle.

#### 4. Termins- und Beweisaufwand<sup>22</sup>

##### a) Terminsaufwand

Soweit erstinstanzliche Urteile ausschließlich mit neuem Vorbringen angegriffen wurden (oben 2a), hatten die Verfahren folgenden Terminsaufwand zur Folge:

**Tabelle VI/6**

Terminsaufwand	OLG		LG	
	Anzahl	%-Anteil von 1027	Anzahl	%-Anteil von 1019
1 Termin ohne Beweisaufnahme	10	1,0	13	1,3
>1 Termin ohne Beweisaufnahme	1	0,1	1	0,1
1 Termin mit Beweisaufnahme	3	0,3	3	0,3
>1 Termin mit Beweisaufnahme	1	0,1	1	0,1
1 Termin mit und 1 Termin ohne Beweisaufnahme	1	0,1	1	0,1
<b>Summen</b>	<b>16</b>	<b>1,6</b>	<b>19</b>	<b>1,9</b>

Da die Anzahl der Verfahren mit ausschließlicher Begründung "Neues Vorbringen" verhältnismäßig klein ist, werden im Folgenden alle Verfahren, in denen die Berufung (auch) mit Nova begründet wurde, zusammengefasst. Dabei wird dem Terminsaufwand in diesen Fällen (Spalte 1) zum Vergleich der Terminsaufwand gegenübergestellt:

- in den Verfahren, in denen die Berufung nicht mit Nova begründet wurde (Spalte 2);
- in den Verfahren, in denen (Frage 25 Var. 2) im zweiten Rechtszug überhaupt Nova vorgebracht (Spalte 3) oder
- in denen (Frage 25 Var. 1) keine Nova vorgetragen wurden (Spalte 4);
- in allen Verfahren (Spalte 5).

Die dabei angegebenen %-Anteile beziehen sich auf die Gesamtheit der Verfahren, die in der jeweiligen Fallgruppe unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt auswertbar waren und deren Anzahl in der letzten Zeile angegeben ist.

<sup>22</sup> Fragen 26e, 34, 35.

**Tabelle VI/7a (OLG)**

<b>Terminsaufwand</b>	<b>Sp. 1</b>	<b>Sp. 2</b>	<b>Sp. 3</b>	<b>Sp. 4</b>	<b>Sp. 5</b>
1 Termin ohne Beweisaufnahme	57,6	69,8	55,3	74,3	67,9
>1 Termin ohne Beweisaufnahme	7,3	8,1	8,9	7,4	7,9
1 Termin mit Beweisaufnahme	15,2	8,4	12,7	7,8	9,5
>1 Termin mit Beweisaufnahme	5,5	4,2	6,1	3,5	4,3
1 Termin mit und 1 Termin ohne Beweisaufnahme	8,5	5,1	8,6	4,2	5,7
>1 Termin mit und 1 Termin ohne Beweisaufnahme	3,0	1,7	4,3	0,6	1,9
1 Termin mit und >1 Termin ohne Beweisaufnahme	1,2	2,4	2,6	2,0	2,2
>1 Termin mit und >1 Termin ohne Beweisaufn.	1,8	0,5	1,4	0,3	0,7
<b>Summen (in absoluten Zahlen)</b>	<b>165</b>	<b>843</b>	<b>347</b>	<b>666</b>	<b>1014</b>

**Tabelle VI/7b (LG)**

<b>Terminsaufwand</b>	<b>Sp. 1</b>	<b>Sp. 2</b>	<b>Sp. 3</b>	<b>Sp. 4</b>	<b>Sp. 5</b>
1 Termin ohne Beweisaufnahme	65,9	76,4	59,9	81,3	75,1
>1 Termin ohne Beweisaufnahme	1,6	4,6	7,2	2,9	4,2
1 Termin mit Beweisaufnahme	16,3	7,2	13,4	6,1	8,3
>1 Termin mit Beweisaufnahme	2,3	3,8	5,8	2,6	3,6
1 Termin mit und 1 Termin ohne Beweisaufnahme	8,5	5,7	9,9	4,5	6,0
>1 Termin mit und 1 Termin ohne Beweisaufnahme	2,3	0,7	1,4	0,7	0,9
1 Termin mit und >1 Termin ohne Beweisaufnahme	3,1	1,1	2,1	1,3	1,4
>1 Termin mit und >1 Termin ohne Beweisaufn.	0	0,6	0,3	0,6	0,5
<b>Summen (in absoluten Zahlen)</b>	<b>129</b>	<b>878</b>	<b>292</b>	<b>717</b>	<b>1011</b>

**b) Beweisaufwand***(1) Beweiserhebung zu Nova insgesamt**(a) OLG*

Neues Vorbringen des Berufungsklägers, das zur Berufungsbegründung diene, hat in zweiter Instanz in 112 Verfahren (31,5% von 355<sup>23</sup> oder 10,9% von 1030 Verfahren) Anlaß zu Beweisaufnahmen gegeben.

In allen Fällen hat die Beweisaufnahme stattgefunden zu Tatsachenbehauptungen, deren Wahrheit bereits das Erstgericht geprüft hatte und die auch in der Berufungsinstanz noch erheblich und streitig waren.

---

<sup>23</sup> Vgl. oben A.2b (1).

Neues Vorbringen des Berufungsbeklagten hat in 54 Verfahren (15,2% von 355 oder 5,2% von 1030 Verfahren) zu Beweisaufnahmen geführt.

Insgesamt waren es - Überschneidungen herausgerechnet - 117 Verfahren (33,0% von 355 oder 11,4% von 1030 Verfahren), in denen auf Grund neuen Vorbringens der Parteien Beweis erhoben wurde.

Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

**Tabelle VI/8a**

Berufungskläger			Beweisaufnahmen	Berufungsbeklagter		
Anzahl <sup>24</sup>	%-Anteil von 355	%-Anteil von 1030		Anzahl <sup>25</sup>	%-Anteil von 355	%-Anteil von 1030
81	22,8	7,9	Zeuge	39	11,0	3,8
3	0,8	0,3	Amtliche Auskunft	1	0,3	0,1
35	9,9	3,4	Sachverständiger	15	4,2	1,5
0	0,0	0,0	Augenschein	0	0,0	0,0
8	2,3	0,8	Urkunde	4	1,1	0,4
6	1,7	0,6	Parteivernehmung	1	0,3	0,1

Faßt man die Verfahren zusammen, in denen in zweiter Instanz überhaupt Beweisaufnahmen mit neuen Beweismitteln stattfanden (Frage 35a, Spalte 3), so sind dies 132 Fälle (37,2% von 355 oder 12,8% von 1030 Verfahren), darunter 16 mit zwei oder mehr Beweismittelarten.

*(b) LG*

Neues Vorbringen des Berufungsklägers hat hier in 82 Verfahren (27,9% von 294<sup>26</sup> oder 8,1% von 1018 Verfahren) zu Beweisaufnahmen geführt.

In allen Fällen wurde Beweis erhoben zu Tatsachenbehauptungen, deren Wahrheit bereits das Erstgericht geprüft hatte und die auch im zweiten Rechtszug noch streitig waren.

Neues Vorbringen des Berufungsbeklagten hat in 22 Verfahren (7,5% von 294 oder 2,2% von 1018 Verfahren) Beweisaufnahmen veranlaßt.

Insgesamt gab es - auch hier Überschneidungen abgerechnet - 86 Verfahren (29,3% von 294 oder 8,4% von 1018 Verfahren), in denen neues Vorbringen Beweisaufnahmen veranlaßte.

Im einzelnen bedeutet dies:

<sup>24</sup> Darunter 18 Fälle von Beweisaufnahmen mit mehr als einem Beweismittel.

<sup>25</sup> Darunter 6 Fälle von Beweisaufnahmen mit mehr als einem Beweismittel.

<sup>26</sup> Vgl. oben A.2b (2).

Tabelle VI/8b

Berufungskläger			Beweisaufnahmen	Berufungsbeklagter		
Anzahl <sup>27</sup>	%-Anteil von 294	%-Anteil von 1018		Anzahl <sup>28</sup>	%-Anteil von 294	%-Anteil von 1018
51	17,3	5,0	Zeuge	16	5,4	1,6
1	0,3	0,1	Amtliche Auskunft	1	0,3	0,1
19	6,5	1,9	Sachverständiger	4	1,4	0,4
2	0,7	0,2	Augenschein	0	0,0	0,0
10	3,4	1,0	Urkunde	4	1,4	0,4
8	2,7	0,8	Parteivernehmung	0	0,0	0,0

Rechnet man hier alle Berufungsverfahren mit Beweisaufnahmen auf Grund neuer Beweismittel zusammen (Frage 35a, Spalte 3), kommt man auf 90 Fälle (30,6% von 294 oder 8,8% von 1018 Verfahren), darunter 8 mit zwei Beweismittelarten.

(2) Beweiserhebung zu Nova mit ausgewählten Zulassungsgründen

(a) OLG

Schält man die Beweisaufnahmen zu Nova, die mit ausgewählten Gründen zugelassen wurden, aus allen Beweiserhebungen zu neuem Vorbringen heraus, so ergibt sich folgendes Bild:

Tabelle VI/9a

Berufungskläger			Beweisaufnahmen zu Nova	Berufungsbeklagter		
Anzahl	%-Anteil von 355	%-Anteil von 1030		Anzahl	%-Anteil von 355	%-Anteil von 1030
19	5,4	1,8	nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	10	2,8	1,0
28	7,9	2,7	nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwertbar geworden	5	1,4	0,5
27	7,6	2,6	Betreffen einen vom Erstgericht nicht berücksichtigten rechtlichen Gesichtspunkt	11	3,1	1,1
10	2,8	1,0	Erstgericht hat Hinweis- und Förderungspflicht nicht genügt	4	1,1	0,4
<b>84</b>	<b>23,7</b>	<b>8,1</b>	<b>Summen</b>	<b>30</b>	<b>8,4</b>	<b>3,0</b>

<sup>27</sup> Darunter 9 Fälle von Beweisaufnahmen mit mehr als einem Beweismittel.

<sup>28</sup> Darunter 2 Fälle von Beweisaufnahmen mit mehr als einem Beweismittel.

**(b) LG**

Hier ergibt sich folgendes Zahlenbild:

**Tabelle VI/9b**

Berufungskläger			Beweisaufnahmen zu Nova	Berufungsbeklagter		
Anzahl	%-Anteil von 294	%-Anteil von 1018		Anzahl	%-Anteil von 294	%-Anteil von 1018
13	4,4	1,3	nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	1	0,3	0,1
14	4,8	1,4	nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder verwertbar geworden	1	0,3	0,1
17	5,8	1,7	Betreffen einen vom Erstgericht nicht berück- sichtigten rechtlichen Gesichtspunkt	6	2,0	0,6
8	2,7	0,8	Erstgericht hat Hinweis- und Förderungspflicht nicht genügt	1	0,3	0,1
<b>52</b>	<b>17,7</b>	<b>5,2</b>	<b>Summen</b>	<b>9</b>	<b>2,9</b>	<b>0,9</b>

**5. Dauer der Berufungsverfahren<sup>29</sup> mit neuem Vorbringen****a) OLG**

Im Hinblick auf die Dauer der Berufungsverfahren mit Nova im Vergleich zu solchen ohne Nova waren 1025 Verfahren auswertbar. Unter diesen waren 354 (34,5%) mit Nova, 671 (65,5%) ohne Nova.

Ein Vergleich der mittleren Verfahrensdauer und der Medianwerte in Tagen ergibt folgendes Bild:

<sup>29</sup> Vom Tag des Eingangs der Berufung bis zum Tag des Verhandlungsabschlusses in zweiter Instanz.

Tabelle VI/10a

Verfahren ...	Anzahl	Mittelwert	Median
Gesamtheit der Verfahren	1025	311	233
... ohne Nova	671 <sup>30</sup>	295	223
... mit Nova	354	342	267
... mit Nova, die nicht zugelassen wurden	58	233	209
... ohne Nova und ohne Beiweisaufnahme	540	259	214
... mit zugelassenen Nova ohne Beweisaufn.	171	290	235
... ohne Nova mit Beweisaufnahme	122	449	223
... mit zugelassenen Nova mit Beweisaufn.	119	475	336

## b) LG

Hier waren 1017 Verfahren auswertbar; darunter 294 (28,9%) mit Nova, 723 ohne Nova (71,1%). Die Vergleichsdaten ergeben sich aus folgender Tabelle:

Tabelle VI/10b

Verfahren ...	Anzahl	Mittelwert	Median
Gesamtheit der Verfahren	1017	192	160
... ohne Nova	723 <sup>31</sup>	184	156
... mit Nova	294	215	174
... mit Nova, die nicht zugelassen wurden	33	165	132
... ohne Nova und ohne Beiweisaufnahme	603	165	150
... mit zugelassenen Nova ohne Beweisaufn.	170	189	157
... ohne Nova mit Beweisaufnahme	114	281	210
... mit zugelassenen Nova mit Beweisaufn.	94	281	219

6. Berufungsergebnisse<sup>32</sup>a) Beruhender Endentscheidung auf zugelassenen Nova<sup>33</sup>

## (1) OLG

Bei der Frage, ob die Entscheidung des Berufungsgerichts zumindest auch auf dem zugelassenen Vorbringen beruht, konnten 326 Verfahren ausgewertet werden (von 355, in denen Nova eingeführt wurden, vgl. oben 2b). Dabei ergaben sich folgende Daten:

<sup>30</sup> Darunter 9 Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Beweisaufnahme stattgefunden hat. Bleiben diese hier unberücksichtigt, ändert sich der Mittelwert nur unwesentlich, der Median überhaupt nicht.

<sup>31</sup> Darunter 6 Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Beweisaufnahme stattgefunden hat. Bleiben diese hier unberücksichtigt, ändert sich der Mittelwert nur unwesentlich, der Median überhaupt nicht.

<sup>32</sup> Fragen 26f, 36, 45.

<sup>33</sup> Ergebnisse der Grundausswertung zu 26f.

**Tabelle VI/11a**

<b>Die Berufungsentscheidung beruht auf zugelassenem neuen Vorbringen:</b>	<b>Anzahl</b>	<b>%-Anteil von 326</b>	<b>%-Anteil von 1030<sup>34</sup></b>
auf Tatsachenvorbringen	53	16,3	5,1
auf Beweisvorbringen	22	6,7	2,1
auf Tatsachen- und Beweisvorbringen	70	21,5	6,8
Nein	101	31,0	9,8
es erging keine Entscheidung zur Sache	80	24,5	7,8

**(2) LG**

Hier waren 271 Verfahren auswertbar (von 294, in denen Nova vorgebracht wurden, vgl. oben 2b). Die Einzelheiten ergeben sich aus folgender Tabelle:

**Tabelle VI/11b**

<b>Die Berufungsentscheidung beruht auf zugelassenem neuen Vorbringen:</b>	<b>Anzahl</b>	<b>%-Anteil von 271</b>	<b>%-Anteil von 1018<sup>35</sup></b>
auf Tatsachenvorbringen	47	17,3	4,6
auf Beweisvorbringen	35	12,9	3,4
auf Tatsachen- und Beweisvorbringen	42	15,5	4,1
Nein	97	35,8	9,5
es erging keine Entscheidung zur Sache	50	18,5	4,9

**b) Endentscheidung<sup>36</sup>****(1) OLG**

In den 145 Fällen, in denen die Berufungsentscheidung auf dem zugelassenen neuen Vorbringen beruht,<sup>37</sup> ergibt sich bei der Endentscheidung folgendes Bild:

<sup>34</sup> Anzahl der Verfahren, die für die Frage auswertbar waren, ob Nova vorliegen.

<sup>35</sup> Anzahl der Verfahren, die für die Frage auswertbar waren, ob Nova vorliegen.

<sup>36</sup> Frage 36.

<sup>37</sup> Summe der ersten drei Zeilen der Tabelle VI/11a.

Tabelle VI/12a

	Anzahl <sup>38</sup>	%-Anteil von 145	%-Anteil von 326 <sup>39</sup>	%-Anteil von 355 <sup>40</sup>	%-Anteil von 1030 <sup>41</sup>
Volle Zurückweisung der Berufung	47	32,4	14,4	13,2	4,6
Volle Zurückweisung der Anschlußberufung	9	6,2	2,8	2,5	0,9
Abänderung und/oder eigene Sachentscheidung durch ganz/teilw. Stattg. Urteil auf Grund der Berufung	80	55,2	24,5	22,5	7,8
Abänderung und/oder eigene Sachentscheidung durch ganz/teilw. Stattg. Urteil auf Grund der Anschlußberufung	9	6,2	2,8	2,5	0,9
Aufhebung und Zurückverweisung auf Grund der Berufung	3	2,1	0,9	0,8	0,3

## (2) LG

Hier ergibt sich in den 124 Fällen,<sup>42</sup> in denen das Berufungsurteil auf den zugelassenen Nova beruht, folgendes Bild:

<sup>38</sup> "Sonstige" Fallgestaltungen sind hier nicht aufgeführt; die Summe ergibt mehr als 145, weil in einzelnen Verfahren mehrere Varianten zuträfen.

<sup>39</sup> Anzahl der Verfahren, die für die Frage auswertbar waren, ob die Entscheidung auf dem zugelassenen Vorbringen beruht, vgl. oben A.6a).

<sup>40</sup> Anzahl der Verfahren, in denen Nova in der Berufungsinstanz eingeführt wurden, vgl. oben A.2b).

<sup>41</sup> Anzahl der Verfahren, die für die Frage auswertbar waren, ob Nova vorliegen, vgl. oben A.2b).

<sup>42</sup> Summe der ersten drei Zeilen der Tabelle VI/11b.



Tabelle VI/12b

	Anzahl <sup>43</sup>	%-Anteil von 124	%-Anteil von 271 <sup>44</sup>	%-Anteil von 294 <sup>45</sup>	%-Anteil von 1018 <sup>46</sup>
Volle Zurückweisung der Berufung	43	34,7	15,9	14,6	4,2
Volle Zurückweisung der Anschlußberufung	6	4,8	2,2	2,0	0,6
Abänderung und/oder eigene Sachentscheidung durch ganz/teilw. Stattg. Urteil auf Grund der Berufung	69	55,6	25,5	23,5	6,8
Abänderung und/oder eigene Sachentscheidung durch ganz/teilw. Stattg. Urteil auf Grund der Anschlußberufung	3	2,4	1,1	1,0	0,3
Aufhebung und Zurückverweisung auf Grund der Berufung	1	0,8	0,4	0,3	0,1

## c) Endentscheidung in Verfahren mit speziellen Nova

## (1) OLG

Unterscheidet man in den zu b) ermittelten 145 Verfahren, in denen die Berufungsentcheidung auf dem zugelassenen neuen Vorbringen beruht, nach speziellen Gesichtspunkten für die Zulassung der Nova, so ergibt sich folgendes Bild:

Tabelle VI/13a

Nova zugelassen, weil ...	Berufungskläger			Berufungsbeklagter		
	Anzahl	%-Anteil von 145	%-Anteil von 1030	Anzahl	%-Anteil von 145	%-Anteil von 1030
... erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	13	9,0	1,3	9	6,2	0,9
... erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder benutzbar	15	10,3	1,5	5	3,4	0,5
... auf einen vom Erstgericht nicht berücksicht.rechtl. Gesichtspunkt bezogen	17	11,7	1,7	10	6,9	1,0
... das Erstgericht seiner Hinweis- und Förderungspflicht nicht genügt hat	5	3,4	0,5	1	0,7	0,1

<sup>43</sup> "Sonstige" Fallgestaltungen sind hier nicht aufgeführt; in einzelnen Verfahren trafen mehrere Varianten zu.

<sup>44</sup> Anzahl der Verfahren, die für die Frage auswertbar waren, ob die Entscheidung auf dem zugelassenen Vorbringen beruht, vgl. oben A.6a).

<sup>45</sup> Anzahl der Verfahren, in denen Nova in der Berufungsinstanz eingeführt wurden, vgl. oben A.2b).

<sup>46</sup> Anzahl der Verfahren, die für die Frage auswertbar waren, ob Nova vorliegen, vgl. oben A.2b).

Insgesamt (Berufungskläger und Berufungsbeklagter zusammen- und Überschneidungen herausgerechnet) handelt es sich dabei um 52 Verfahren. In 30 Verfahren davon (57,7% von 52 oder 2,9% von 1030) hatte die Berufung, in 4 (7,7% von 52 oder 0,4% von 1030) die Anschlußberufung in Form einer abändernden Sachentscheidung vollen oder teilweisen Erfolg.

(2) LG

Hier ergibt sich bei den 124 Fällen (oben b) folgendes spezielles Bild:

**Tabelle VI/13b**

Nova zugelassen, weil ...	Berufungskläger			Berufungsbeklagter		
	An- zahl	%-Anteil von 124	%-Anteil von 1018	An- zahl	%-Anteil von 124	%-Anteil von 1018
... erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz entstanden	7	5,6	0,7	4	3,2	0,4
... erst nach Verhandlungsschluß in 1. Instanz bekannt oder benutzbar	8	6,5	0,8	1	0,8	0,1
... auf einen vom Erstgericht nicht berücksicht.rechtl. Gesichtspunkt bezogen	13	10,5	1,3	9	7,3	0,9
... das Erstgericht seiner Hinweis- und Förderungspflicht nicht genügt hat	6	4,8	0,6	1	0,8	0,1

Insgesamt handelt es sich um 43 Verfahren. Davon hatte die Berufung in 21 Fällen (48,8% von 43 oder 2,1% von 1018) vollen oder teilweisen Erfolg in Form einer abändernden Sachentscheidung. Erfolgreiche Anschlußberufungen gab es hier nicht.

## **B. Analyse**

### **1. Gewicht der Verfahren**

#### a) Neues Vorbringen als Berufungsbegründung

Die Berufung kann gem. § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO auch mit neuen Tatsachen, Beweismitteln und Beweiseinreden gerechtfertigt werden. Als einzige Art der Berufungsbegründung wird dieser Weg jedoch sowohl beim OLG wie beim LG nur in weniger als 2% aller Verfahren beschritten. Dagegen wird diese Art der Berufungsrechtfertigung verhältnismäßig häufig mit anderen Berufungsgründen verbunden. Beim OLG geschieht dies in gut einem Siebtel, beim LG in gut einem Zehntel aller Fälle. Zumeist wird neues Vorbringen zusammen mit den Rügen der Verletzung materiellen Rechts, der "reinen" Feststellungsrüge oder in Kombination mit diesen beiden Rügen vorgebracht. Das zeigt, daß die Angriffe gegen das erstinstanzliche Urteil sich vor allem gegen die Feststellungen des Sachverhalts und gegen dessen rechtliche Bewertung richten, während Verfahrensfehler seltener moniert werden.

Zusammengenommen werden Berufungen beim OLG in einem Sechstel aller Verfahren (16,6%), beim LG in einem Achtel (12,8%) ausschließlich oder auch auf neues Vorbringen gestützt (vgl. oben A.2.a).

#### b) Neues Vorbringen insgesamt in der Berufungsinstanz

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel werden von den Rechtsmittelparteien nicht nur als eigentlicher "Berufungsgrund", sondern auch in sonstigen Zusammenhängen zu den schon in erster Instanz erhobenen Ansprüchen eingeführt. Die Zahl der Verfahren, in denen Nova überhaupt im zweiten Rechtszug vorgebracht werden, verdoppelt sich damit stark. Das heißt: beim OLG sind es gut ein Drittel aller Verfahren (34,5%), beim LG fast drei Zehntel (28,9%) (vgl. oben A.2.b).

Dafür, daß die Zahl der Verfahren mit neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln gut doppelt so groß ist wie diejenige der Verfahren, in denen Nova als "Berufungsgrund" genannt werden, gibt es mehrere Erklärungen. Zum einen ist es nicht nur der Berufungskläger, sondern auch der Berufungsbeklagte, der neues Vorbringen im zweiten Rechtszug einführen kann. Zum anderen dient neues Vorbringen dem Kläger nicht immer nur als Berufungsgrund; er kann dieses vielmehr im Rahmen und zur Unterstützung eines anderen Berufungsgrundes verwenden (so wenn er beispielsweise rügt, das angefochtene Urteil beruhe auf der Verletzung materiellen Rechts, bei zutreffender rechtlicher Beurteilung müßten aber noch diese oder jene neuen Tatsachen oder Beweismittel berücksichtigt werden). Schließlich kann der Berufungskläger auch noch nach der Berufungsbegründung neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen.

#### c) "Aktivität" der Berufungsparteien

Nicht verwunderlich ist, daß die Berufungskläger etwa doppelt so häufig neue Angriffs- und Verteidigungsmittel einführen wie die Berufungsbeklagten. Dabei gibt es auch einige Fälle (vgl. Tabellen VI/1), in denen Nova der einen Seite neues Vorbringen der anderen Seite gleichsam herausfordern.

#### d) Art des neuen Vorbringens

Was die Art der Nova angeht, so stehen fast durchweg neue Tatsachenbehauptungen im Vordergrund (vgl. Tabellen VI/2). Lediglich in landgerichtlichen Berufungsverfahren werden vom Rechtsmittelbeklagten nahezu so viele Zeugen benannt wie neue Tatsachenbehauptungen vorgetragen.

Bei den Beweismitteln überwiegt ganz deutlich der angebotene Zeugenbeweis. An zweiter Stelle folgt mit weniger als der Hälfte der Zeugenangebote der Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Was die neuen Beweismittel angeht, so ist zu beachten, daß ein Teil davon auch erstinstanzliche Tatsachenbehauptungen betrifft, die in zweiter Instanz noch streitig und entscheidungserheblich waren. Zu solchen "alten" Tatsachenbehauptungen wurden beim OLG in 133 Fällen<sup>47</sup>, beim LG in 104 Fällen<sup>48</sup> neue Beweise erhoben. Dazu wurden sowohl erstinstanzlich schon benannte, aber nicht genutzte Beweismittel wie neu benannte Beweismittel verwendet. Letzteres traf beim OLG in 80, beim LG in 56 Fällen zu.<sup>49</sup> Zieht man diese Fälle von der Summe aller Verfahren mit Beweisaufnahmen mit neu vorgebrachten Beweismitteln ab (112 beim OLG, 82 beim LG), so bleiben für die Fallgruppe der neuen Beweismittel für neue Tatsachenbehauptungen beim OLG noch 32 Verfahren und beim LG noch 26. Dies zeigt, daß sich die Beweismittel-Nova im Verhältnis 2,5 zu 1 beim OLG und 2,2 zu 1 beim LG auf "alte" und "neue" Tatsachenbehauptungen verteilen.

#### 2. Zulässigkeit neuen Vorbringens

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind in zweiter Instanz nicht ohne weiteres, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen (§§ 528 Abs. 1, 2; 527; 523, 296 ZPO) zulässig.<sup>50</sup> Daher ist an sich zu erwarten, daß eine Partei die Zulässigkeit ihrer Nova besonders begründet und das Gericht für die Zulassung eine Begründung nennt. Diese Erwartung wird nur teilweise erfüllt.

##### a) Zulässigkeitsbegründungen der Parteien

(1) Was die Begründung der Berufungskläger für ihr neues Vorbringen angeht, so fehlt es hieran beim OLG in nahezu der Hälfte (46,5%) aller einschlägigen Verfahren vollständig. Nimmt man die weiteren 5,5% hinzu, in denen Nova teilweise ohne Begründung für deren Zulässigkeit vorgetragen werden, so kommt man auf mehr als die Hälfte der Verfahren (52,0%) ohne zureichende Begründung von Seiten der Berufungskläger (Tabelle VI/3a). Bei den Berufungsbeklagten sieht die Situation noch düsterer aus, weil hier in 59,0% der einschlägigen Verfahren die Zulässigkeit von Nova nicht (54,7%) oder nur unvollständig (4,3%) begründet wird (Tabelle VI/4a).

(2) Beim LG verschlechtert sich die Begründungssituation weiter: in 61,2% der Verfahren geben Berufungskläger (Tabelle VI/3b), in 63,2% der Verfahren Berufungsbeklagte keine oder keine vollständige Begründung für die Zulässigkeit ihrer Nova (Tabelle VI/4b).

##### b) Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts

<sup>47</sup> 64 Fälle bei Frage 39c/Var. 1, 69 Fälle bei Frage 39d/Var. 1.

<sup>48</sup> 42 Fälle bei Frage 39c/Var. 1, 62 Fälle bei Frage 39d/Var. 1.

<sup>49</sup> Beim OLG waren es 39 Fälle bei Frage 39c/Var. 1, 41 Fälle bei Frage 39d/Var. 1, beim LG 25 Fälle bei Frage 39c/Var. 1, 31 Fälle bei Frage 39d/Var. 1.

<sup>50</sup> Näher MünchKomm/Rimmelspacher § 527 RdNr. 6ff.

Die fehlenden oder mangelhaften Begründungen bleiben jedoch weithin ohne negative Auswirkungen bei den Zulassungsentscheidungen der Gerichte.

(1) So wurden beim OLG<sup>51</sup> Nova des Berufungsklägers nur in wenigen Entscheidungen über die Zulässigkeit gem. § 528 Abs. 1, 2 zurückgewiesen (5,0%); die Zurückweisungsquote bei den "sonstigen Gründen" betrug immerhin 12,7%. Setzt man die Nichtzulassungsfälle ins Verhältnis zur Gesamtzahl der Fälle, die für das Vorbringen von neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln auswertbar waren (1030), so sind Nova in 1,6% der Verfahren gem. § 528 Abs. 1, 2 ZPO, in 4,0% der Verfahren aus sonstigen Gründen zurückgewiesen worden.

Noch seltener wurden Nova des Berufungsbeklagten zurückgewiesen: gem. § 528 Abs. 1, 2 ZPO in 2,5% der Entscheidungsfälle (0,4% aller Verfahren), aus sonstigen Gründen in 10,2% der Entscheidungen (1,6% aller Verfahren).

(2) Auch beim LG<sup>52</sup> mußten die Parteien kaum mit Zurückweisung ihrer Nova rechnen. Den Berufungskläger traf dies gem. § 528 Abs. 1, 2 ZPO in 3,2% der Entscheidungen (0,8% aller hier ausgewerteten 1018 Verfahren), aus sonstigen Gründen in 8,3% (2,1% aller Verfahren). Nova des Berufungsbeklagten wurden vom LG in 1,1% der Entscheidungen (0,1% aller Verfahren) gem. § 528 Abs. 1 ZPO und in 10,6% (1,0% aller Verfahren) aus sonstigen Gründen zurückgewiesen.

(3) Diese Ergebnisse zeigen, daß Nova nur selten zurückgewiesen werden, daß insbesondere die als "Hauptürde" konzipierte Regelung des § 528 Abs. 1, 2 ZPO nahezu bedeutungslos ist. Rechnet man alle negativen Entscheidungen nach dieser Norm zusammen, so liegt die Nichtzulassungsquote, gemessen an der Gesamtheit der ausgewerteten Verfahren (OLG und LG zusammen), bei Berufungsklägern bei 1,2% und bei Berufungsbeklagten bei 0,2%.

### c) Gründe für die Zulassung

Die Gründe für die Wirkungslosigkeit des § 528 Abs. 1, 2 ZPO werden deutlich, wenn man sich die Umstände ansieht, unter denen Nova zugelassen wurden.

(1) Beim OLG (Tabelle VI/5a) wurden Nova des Berufungsklägers nämlich in 272 Fällen zugelassen, davon in 136 Fällen (50,0% von 272), weil sie in zweiter Instanz nicht prozeßverzögernd wirkten, in 70 Fällen (25,7%) ohne Begründung. Unter diesen Fällen waren 6 Verfahren (2,2%), in denen diese beiden Ursachen kombiniert vorlagen. Rechnet man die beiden Fallgruppen zusammen, so zeigt sich, daß diese mit 73,5% die Zulassungen weitgehend dominieren.

Ein ähnliches Bild ergibt sich beim OLG für den Berufungsbeklagten. In den 137 Zulassungsfällen erfolgte 41 mal (29,9% von 137) keine (oder nur eine teilweise) Begründung, 64 mal (46,7%) wurde die Zulassung mit fehlender Prozeßverzögerung begründet. Kombinationen beider Ursachen lagen in 2 Fällen (1,5%) vor. Beide Fallgruppen zusammen ergeben daher 75,2% aller Zulassungsfälle beim Berufungsbeklagten.

Noch etwas größeres Gewicht kommt den beiden hervorgehobenen Zulassungsursachen beim LG (Tabelle VI/5b) zu. Von den 228 Zulassungsfällen beim Berufungskläger sind 54 (23,7%)

<sup>51</sup> Vgl. Daten A.3b(1).

<sup>52</sup> Vgl. Daten A.3b(2).

nicht begründet, 133 Fälle (58,3%) als nicht prozeßverzögernd eingestuft; davon sind 8 Überschneidungsfälle (3,5%). Zusammen ergeben beide Gruppen 78,5%.

Beim Berufungsbeklagten zeigt sich folgendes Bild: 84 Zulassungsfälle, davon 18 (21,4%) ohne Begründung, 47 (56,0%) mit der Begründung "keine Prozeßverzögerung". Das ergibt zusammen 77,4% (Überschneidungsfälle lagen hier nicht vor).

Wenn man berücksichtigt, daß auch in den Verfahren, in denen Nova ohne Begründung zugelassen wurden, wohl sehr viele Fälle enthalten sind, in denen das neue Vorbringen nicht prozeßverzögernd wirkte, die Gerichte sich aber die entsprechende Begründung ersparten, so wird der Eindruck bestätigt, daß das Tatbestandsmerkmal der prozeßverzögernden Wirkung in § 528 Abs. 1, 2 ZPO die Norm für die Praxis zu einem "zahnlosen Tiger" degradiert hat.

(2) Das wird spiegelbildlich bestätigt durch die ganz geringe Zahl von Fällen, in denen eine Partei der Zurückweisung ihrer Nova entgangen ist, weil sie die Verspätung entschuldigt (§ 528 Abs. 1 ZPO) oder sie keine grobe Nachlässigkeit getroffen hat (§ 528 Abs. 2 ZPO).<sup>53</sup>

(3) Neben den eben zu (1) und (2) genannten Zulässigkeitsgründen stehen solche, bei denen die Partei von vornherein die jetzt eingeführten Nova im ersten Rechtszug entweder noch nicht vorbringen konnte oder infolge eines Rechtsfehlers des Erstgerichts nicht vorgebracht hat.<sup>54</sup> Diese 88 Fälle zusammengenommen machen beim OLG für den Berufungskläger immerhin 32,4% (von 272) aus, für den Berufungsbeklagten ergeben sich bei 38 von 137 Fällen 27,7%. Beim LG lauten die entsprechenden Daten: Berufungskläger 24,6% (56 von 228 Fällen), Berufungsbeklagter 22,6% (19 von 84 Fällen).

Bezogen auf alle hier auswertbaren Verfahren (OLG: 1030; LG: 1018), ergeben sich folgende %-Anteile:

- Berufungskläger beim OLG 8,5; beim LG 5,5;
- Berufungsbeklagter beim OLG 3,7; beim LG 1,9.

### **3. Termins- und Beweisaufwand**

#### a) Terminsaufwand

Verfahren, in denen die Berufung mit neuem Vorbringen begründet oder überhaupt Nova in der Rechtsmittelinstanz vorgetragen wurden, führten weit häufiger zu Beweisterminen als Verfahren ohne Nova. Das gilt - bei unterschiedlich hohem Niveau - gleichermaßen für das OLG wie das LG.

Nimmt man die Verfahren zusammen, in denen kein Beweistermin stattfand, so kommt man bei den Verfahren ohne berufungsbegründende Nova (Tabellen VI/7a und b, jeweils Sp. 2) beim OLG auf 77,9%, beim LG auf 81,0% gegenüber 64,9% und 67,5% bei Verfahren mit berufungsbegründenden Nova (Sp. 1). Stellt man die entsprechenden Werte für Verfahren, in denen überhaupt Nova in der Berufungsinstanz vorgetragen oder überhaupt nicht vorgetragen wurden, einander gegenüber (Sp. 4 und 3), so kommt man auf vergleichbare Relationen: 81,7% gegenüber 64,2% beim OLG, 84,2% gegenüber 67,1% beim LG. Die Durchschnittswerte für alle Verfahren liegen näher bei den erstgenannten Daten: 75,8% beim OLG, 79,3% beim LG.

#### b) Beweisaufwand

<sup>53</sup> Vgl. die Tabellen VI/5.

<sup>54</sup> Vgl. Daten zu A.3b und Tabellen VI/5.

Neues Vorbringen des Berufungsklägers hat beim OLG in fast 11%, beim LG in rund 8% aller Verfahren Beweisaufnahmen veranlaßt. Bei Nova des Berufungsbeklagten war dies weniger häufig der Fall: beim OLG in gut 5%, beim LG in gut 2%. Etwa zwei Drittel der genannten Beweisaufnahmen hat Nova betroffen, welche die Partei im ersten Rechtszug noch nicht einführen konnte oder infolge eines Rechtsfehlers des Gerichts nicht eingeführt hat.

In allen Fällen stand dabei der Zeugenbeweis ganz eindeutig im Vordergrund. Das zeigt sich auch, wenn man alle Verfahren zusammenrechnet, in denen zweitinstanzlich benannte Zeugen vernommen wurden. Dann kommt man beim OLG auf 9,6%, beim LG auf 6,0% aller Verfahren,<sup>55</sup> während der Anteil der Verfahren, in denen überhaupt in zweiter Instanz Beweisaufnahmen mit neuen Beweismitteln stattfanden, sich beim OLG auf 12,8%, beim LG auf 8,8% aller Verfahren beläuft.

Daß die Verfahren mit Nova einen deutlich größeren Aufwand an Beweisterminen verursachen als der Durchschnitt aller Verfahren sowie der Durchschnitt der Verfahren ohne Nova, zeigen die Tabellen VI/7. Das ist am augenfälligsten bei den Verfahren, in denen einerseits jeweils nur 1 Termin ohne Beweisaufnahme und andererseits 1 Termin mit Beweisaufnahme erforderlich waren. Während der Anteil der ersten Fallgruppe (1 Termin ohne Beweisaufnahme) im Durchschnitt aller Verfahren deutlich (rund 9 bis 10%-Punkte) höher liegt als bei den Verfahren mit Novenbegründung, verhält es sich bei der zweiten Fallgruppe (1 Termin mit Beweisaufnahme) gerade umgekehrt (etwa 7 bis 8%-Punkte). Noch gravierender sind die Verhältnisse, wenn man zum Vergleich die Verfahren heranzieht, in denen keine Nova zur Berufungsbegründung vorgetragen, oder die Verfahren, in denen im zweiten Rechtszug insgesamt keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht wurden.

Insgesamt kann daher zwar nicht gesagt werden, daß der Zivilprozeß - was die Beweisaufnahmen angeht - üblicherweise erst in zweiter Instanz beginne. Gleichwohl stellen Berufungsverfahren mit Nova einen nicht geringen Belastungsfaktor dar, insbesondere Verfahren mit Vernehmungen von Zeugen, die erst im Berufungsrechtszug benannt werden.

#### **4. Verfahrensdauer**

Was die Dauer der Berufungsverfahren angeht, so sind Verfahren mit Nova im Durchschnitt deutlich länger als Verfahren ohne neues Vorbringen. Während der Mittelwert aller Verfahren beim OLG bei 311, beim LG bei 192 Tagen liegt, beträgt er bei Verfahren ohne Nova beim OLG 295, beim LG 184 Tage, bei Verfahren mit Nova dagegen beim OLG 342, beim LG 215 Tage.

Auch bei einem Spezialvergleich der Verfahren ohne Nova und ohne Beweisaufnahme einerseits, mit zugelassenen Nova ohne Beweisaufnahme andererseits sowie der Verfahren ohne Nova mit Beweisaufnahme und mit zugelassenen Nova mit Beweisaufnahme<sup>56</sup> bestätigt sich dieses Bild mit Ausnahme der zuletzt genannten Fallgruppe beim LG; hier besteht kein Unterschied.

Schließlich liegen die Werte für die Dauer der Verfahren, in denen Nova zwar vorgetragen, aber nicht zugelassen wurden, unter allen anderen Durchschnittswerten.

#### **5. Erfolgchancen**

Die Aussichten, mit neuem Vorbringen eine günstige Rechtsmittelentscheidung zu erreichen, halten sich in Grenzen.

---

<sup>55</sup> Ergebnisse zu Frage 35a, Spalte 3.

<sup>56</sup> Vgl. die Tabellen VI/10a und b.

Zwar beruht, wenn eine Entscheidung des Berufungsgerichts erging,<sup>57</sup> diese in der überwiegenden Zahl der Fälle auf dem zugelassenen neuen Vorbringen: beim OLG in 145 von 246 Fällen (58,9%), beim LG in 124 von 221 (56,1%).<sup>58</sup>

Das bedeutet jedoch nicht, daß das Rechtsmittel in diesen Fällen auch immer Erfolg hat. Das trifft vielmehr, rechnet man die Fälle der abändernden Sachentscheidung des Berufungsgerichts und der Zurückverweisung zusammen, bei der Berufung nur in weniger als zwei Drittel dieser Fälle zu; Anschlußberufungen waren beim OLG in etwas mehr als der Hälfte der einschlägigen Fälle, beim LG in deutlich weniger als der Hälfte dieser Fälle erfolgreich.<sup>59</sup>

Entsprechende Daten ergeben sich, wenn man die Zahl der Berufungsentscheidungen, die auf zugelassenem neuen Vorbringen beruhen, ins Verhältnis zur Gesamtzahl der Verfahren setzt. Dann zeigt sich, daß die Berufung nur in etwas über 8% aller Verfahren beim OLG, in knapp 7% beim LG zu einer für den Rechtsmittelkläger günstigen Entscheidung führte, während positive Entscheidungen über eine Anschlußberufung nicht einmal 1% ausmachen.

Von besonderem Interesse ist, daß von den 80 Verfahren beim OLG, in denen die Berufungsentscheidung auf zugelassenen Nova beruht und zugunsten des Berufungsklägers ein ganz oder teilweise dem Rechtsmittel stattgebendes Urteil erging, 30 Fälle sind, in denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht wurden, die in erster Instanz noch nicht vorgebracht werden konnten oder infolge eines Rechtsfehlers des Gerichts nicht vorgebracht wurden. Die entsprechenden Zahlen für das LG lauten: 69 / 21.<sup>60</sup>

Das heißt, daß beim OLG in 50 und beim LG in 48 Verfahren für den Rechtsmittelkläger, der "andere" als die im vorigen Absatz genannten Nova vorgetragen hat, eine positive Berufungsentscheidung erging, mithin jeweils nur in knapp 5% aller Prozesse oder - gemessen an der Zahl der Verfahren, in denen überhaupt Nova vorgebracht wurden - beim OLG in 14,1%, beim LG in 16,3%.

Insgesamt ist festzuhalten, daß - auf der Basis aller Verfahren - die Zahl der Berufungsverfahren, in denen die Parteien Nova vorbringen, verhältnismäßig groß, die Zahl der damit erfolgreichen Rechtsmittel aber verhältnismäßig gering ist.

---

<sup>57</sup> Unberücksichtigt bleiben daher die 80 OLG- und 50 LG-Fälle, in denen keine Entscheidung zur Sache erging, vgl. Tabellen VI/11a und b.

<sup>58</sup> Vgl. Tabellen VI/11a und b.

<sup>59</sup> Vgl. Tabellen VI/12a und b.

<sup>60</sup> Vgl. Tabellen VI/13a und b.