



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme  
der Bundesrechtsanwaltskammer  
zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des  
§ 522 der Zivilprozessordnung**

**erarbeitet vom Ausschuss ZPO/GVG  
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

Rechtsanwalt und Notar Horst Droit, Wallenhorst  
Rechtsanwalt Dr. Hans Eichele, Mainz  
Rechtsanwalt Dr. Gerold Kantner, Rostock  
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer, Köln  
Rechtsanwalt Lothar Schmude, Köln  
Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Bernhard von Kiedrowski, Berlin  
Rechtsanwalt Dr. Michael Weigel, Frankfurt/M. (Vorsitzender, Berichterstatter)  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Hans-Heinrich Winte, Hildesheim  
Rechtsanwältin Julia von Seltmann, BRAK, Berlin

**und vom Ausschuss Insolvenzrecht  
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

Rechtsanwalt Dr. Lucas F. Flöther, Vorsitzender (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Frank Kebekus  
Rechtsanwalt Markus M. Merbecks  
Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Wessel  
Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal  
Rechtsanwältin Friederike Lummel, BRAK, Berlin

**Dezember 2010**

**BRAK-Stellungnahme-Nr. 38**

Im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stellungnahmen)

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Rechtsanwaltskammern

Deutscher Anwaltverein  
Patentanwaltskammer  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Notarverein  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Richterbund e. V., Berlin

C.H. Beck Verlag  
Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG  
Redaktion Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht /  
GRUR  
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln  
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.  
ZAP Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 155.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat sich mit dem Referentenentwurf befasst, § 522 Abs. 2, Abs. 3 ZPO zu ändern. Das Anliegen des Entwurfs ist berechtigt. Der gegenwärtige Rechtszustand ist unbefriedigend.

## I.

Vorrangig ist die Prüfung, ob überhaupt am Beschlussverfahren festzuhalten ist oder ob die Berufungsgerichte künftig wieder über alle zulässigen streitigen Berufungen durch Urteil entscheiden müssen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält an ihrer Auffassung fest, dass die beste Lösung die Abschaffung der Berufungszurückweisung durch Beschluss ist. Die Abschaffung der in § 522 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Erledigungen durch Beschluss würde bei den Berufungsgerichten wenn überhaupt nur in geringem Umfang zu einer Mehrbelastung führen.

Auch das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO mit dem einstimmigen gerichtlichen Hinweisbeschluss, der Auswertung daraufhin neu erfolgenden Parteivortrags und der Abfassung des einstimmigen Zurückweisungsbeschlusses erfordert einen erheblichen Aufwand, der noch erhöht wird, wenn dem Zurückweisungsbeschluss eine Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO nachfolgt, wie es sich zunehmend einzubürgern scheint. Hinzu kommt noch die weitere Belastung des BVerfG mit einer erheblichen Anzahl von Verfassungsbeschwerden.

Vor allem entsteht bei den Berufungsgerichten durch das Verfahren gem. § 522 Abs. 2 ZPO insofern ein deutlicher Mehraufwand, als die Gerichte hierdurch – abweichend von ihrer normalen Arbeitsweise – gezwungen werden, unabhängig von der mündlichen Verhandlung und zum Teil lange vorher alle eingehenden Akten daraufhin durchzuarbeiten, ob die Voraussetzungen für eine Beschlusszurückweisung vorliegen.

Entfällt dieser Aufwand künftig, kann die Ersparnis für die mündliche Verhandlung selbst eingesetzt werden. Möchte das Berufungsgericht gleichwohl auch den Zeitaufwand für die mündliche Verhandlung sparen, kann es den Berufungsführer durch einen entsprechend fundierten Hinweis rechtzeitig vor dem Termin auf die Aussichtslosigkeit der Berufung hinweisen. Ein solcher Hinweis wird in sehr vielen Fällen, wie die Erfahrungen zeigen, dazu führen, dass die betroffene Partei, beraten durch ihren Anwalt, Einsicht zeigt und der Rücknahme der Berufung zustimmt.

Die übrigen Berufungsführer werden im Anschluss an einen dahingehenden Hinweisbeschluss meist ohnehin versuchen, Gegenargumente geltend zu machen, die sich allenfalls in einer mündlichen Verhandlung ausräumen lassen. Bei einer Zurückweisung des Rechtsmittels durch Beschluss nach bisherigem Muster ist in solchen Fällen demgegenüber mit zusätzlichem Mehraufwand durch anschließende Anhörungsprüfungen und sogar Verfassungsbeschwerden zu rechnen.

Der bisherige Rechtszustand ist auch deshalb unbefriedigend, weil er eine missbräuchliche Anwendung der Beschlusszurückweisung ermöglicht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits in einer ganzen Reihe von Fällen veranlasst gesehen, Zurückweisungsbeschlüsse gem. § 522 Abs. 2 ZPO aufzuheben, weil grundlegende Prinzipien des Verfahrensrechts nicht beachtet wurden.

## II.

Wird das Beschlussverfahren beibehalten, ist die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde ausdrücklich zu begrüßen. Auf einige Punkte sei noch ergänzend hingewiesen:

### 1. Zu Art. 1 Nr. 1 a):

Warum es notwendig sein soll, den zwingenden Charakter der Vorschrift durch die Formulierung: "hat ..... zurückzuweisen" zu verschärfen, wird in dem Referententwurf nicht ausgeführt. Vermutlich liegt der Neufassung – die teilweise sicher gerechtfertigte – Annahme zugrunde, dass einige Berufungsgerichte die Vorschrift nicht anwenden. Welche Auswirkungen sich durch die Änderung für die Berufungsgerichte und möglicherweise auch für den BGH konkret ergeben sollen, bleibt aber unklar.

Soweit in § 522 Abs. 2 S. 1 unter Ziff. 4 eine neue Voraussetzung für den Erlass eines Zurückweisungsbeschlusses eingeführt werden soll, ist dies zwar grundsätzlich zu befürworten. Deren konkrete Bedeutung bleibt jedoch im Gesetzestext ebenfalls undeutlich. Die Gründe, aus denen nach Auffassung der beteiligten Richter eine mündliche Verhandlung auch in aussichtslosen Sachen ausnahmsweise erforderlich sein kann, sind auch in der Gesetzesbegründung nicht abstrakt definiert, sondern lediglich anhand von Beispielen erläutert. Da diese Aufzählung offensichtlich nicht abschließend sein soll, sind Probleme mit der praktischen Handhabung jener Ausnahmegvorschrift zu erwarten.

2. Zu Art. 1 Nr. 1 b):

Die Einführung zusätzlicher Anforderungen an den Inhalt eines Zurückweisungsbeschlusses entsprechend § 540 ZPO soll sicherstellen, dass diejenigen Beschlüsse, die der Überprüfung durch den BGH unterliegen, die hierfür erforderlichen Angaben enthalten. Die als Anknüpfung hierfür gewählte Formulierung "ein anfechtbarer Beschluss" weicht von der Regelung für Urteile in den §§ 540 und 313 a) u. b) ZPO allerdings insofern deutlich ab, als die in den beiden letztgenannten Vorschriften gewährten Erleichterungen nur in dem Fall gelten, in dem ein Rechtsmittel "unzweifelhaft nicht zulässig ist". Diese Voraussetzung ist indessen für Zurückweisungsbeschlüsse ebenso angebracht. Daher spricht alles dafür, die Vorschrift des § 540 ZPO für entsprechend anwendbar zu erklären. Der anzufügende Satz könnte dann lauten:

„Im Übrigen gilt für den Beschluss nach Satz 1 § 540 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 entsprechend“

Damit wäre auf kürzestmögliche Art zum Ausdruck gebracht, dass die §§ 540 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 313a und 313b ZPO gelten. Die Formulierung „ein anfechtbarer Beschluss“ lässt die Entstehung von Missverständnissen befürchten, wenn § 522 Abs. 3 ZPO zwar die Anfechtbarkeit einführt, sie aber nur davon abhängig macht, ob eine außerhalb der ZPO geregelte Voraussetzung (§ 26 Nr. 8 EGZPO) erfüllt ist.

3. Zu Art. 1 Nr. 2

Die Nichtzulassungsbeschwerde, die § 522 Abs. 3 ZPO in den Grenzen des § 26 Nr. 8 EGZPO eröffnet, kann dieselben Angriffe führen, die gegen Berufungsurteile möglich sind. Das ist konsequent und richtig. Denn der „Gleichlauf“ bedeutet einerseits, dass die Nichtzulassungsbeschwerdebegründung sich zwar nicht auf die Darlegung

beschränken darf, die Berufung habe entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts doch Aussicht auf Erfolg. Der „Gleichlauf“ hat zum anderen aber eben auch zur Folge, dass mit der Nichtzulassungsbeschwerde vorgebracht werden kann, die Entscheidung des Berufungsgerichts – der nach § 522 Abs. 1 ZPO ergangene Beschluss – habe einen Obersatz zugrunde gelegt, der nicht hätte zugrunde gelegt werden dürfen (vgl. BGH, Beschluss v. 18.03.2004 – V ZR 222/03, BGH-Report 2004, 975, 976; Beschluss v. 09.11.2004 – VIII ZB 36/04, Umdruck, S. 4; Beschluss v. 08.09.2004 – V ZR 260/03, NJW 2005, 154, 155). Dieser Zulassungsgrund hat erhebliche Bedeutung.

### III.

#### Zu Art. 2 – Änderung der Insolvenzordnung

Die durch den Entwurf vorgesehene Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten in Insolvenzsachen wird von der Bundesrechtsanwaltskammer abgelehnt. Nach der Neuregelung soll die Möglichkeit der Rechtsbeschwerde nicht mehr generell zugelassen sein, so wie es § 7 InsO in der jetzigen Fassung vorsieht, sondern nur noch in bestimmten Fällen, nämlich jenen des § 574 ZPO.

Bislang sorgte der BGH mit seinen Entscheidungen über Rechtsbeschwerden für eine einheitliche Rechtsprechung in Insolvenzsachen. Nach der geplanten Neuregelung werden durch eine Vielzahl von Landgerichten rechtskräftige Entscheidungen getroffen werden, wodurch eine Zersplitterung der Rechtsprechung droht. Gerade auch in verfahrensrechtlichen Fragen, in denen es zum Beispiel um die Zulässigkeit von Insolvenzanträgen geht, ist es wichtig, dass nicht nach der zweiten Instanz das Verfahren beendet wird. In Insolvenzverfahren, die für die Betroffenen von wesentlicher persönlicher und wirtschaftlicher Bedeutung sind, sollte die generelle Rechtsschutzmöglichkeit durch die uneingeschränkte Rechtsbeschwerdemöglichkeit zum BGH erhalten bleiben.

Das Problem der starken Belastung des BGH in Insolvenzsachen wurde dadurch geschaffen, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit der OLG in Beschwerdesachen in Insolvenzverfahren abgeschafft hatte. Falls an der geplanten Neuregelung festgehalten werden sollte, müsste zumindest bei Beschwerden in Insolvenzsachen der Instanzenzug zum OLG wieder eröffnet werden.

**Anlagen:** Referate von Prof. Greger und RA Dr. Schultz, die anlässlich des ZPR-Symposiums der BRAK im Frühjahr 2010 gehalten wurden. Die Referate werden in Kürze in einem Sonderdruck der BRAK-Mitteilungen veröffentlicht.

\* \* \* \* \*

# Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO

Prof. Dr. Reinhard Greger, Erlangen-Nürnberg

Während sich die Turbulenzen um das 2002 reformierte Berufungsrecht, insbesondere die Tatsachenbindung und die Präklusion neuen Vorbringens, weitgehend gelegt haben, erregt eine Vorschrift immer noch die Gemüter: § 522 Abs. 2 ZPO, der es dem Berufungsgericht gebietet, in einem Vorprüfungsverfahren unbegründete Rechtsmittel auszusondern und durch einen unanfechtbaren Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen. Diese Vorschrift soll nachstehend auf den Prüfstand gestellt werden.

## I. Die Erwartungen des Gesetzgebers

Die Vorschrift wurde 2001 im Zuge der Neugestaltung des Rechtsmittelsystems durch das ZPO-Reform-Gesetz geschaffen. Laut Begründung des Regierungsentwurfs<sup>1</sup> wurde mit ihr das Ziel verfolgt, die Berufungsverfahren zu verkürzen und zu vereinfachen: Wenn bereits nach Eingang der Schriftsätze für alle Mitglieder des Berufungsgerichts eindeutig ersichtlich ist, dass die Berufung keinerlei Aussicht auf Erfolg bietet, soll der Aufwand einer mündlichen Verhandlung vermieden werden, um eine unnötige Bindung richterlicher Arbeitskraft zu verhindern und einen schnelleren Verfahrensabschluss zu ermöglichen.

Der Gesetzgeber ging, wie sich ebenfalls aus der amtlichen Begründung ergibt,<sup>2</sup> davon aus, dass es nach der Neuregelung des Berufungsverfahrens vermehrt zu Fällen kommen wird, in denen die Unbegründetheit des Rechtsmittels schon nach den Schriftsätzen beurteilt werden kann: Da neues Vorbringen nur noch sehr beschränkt zulässig sein und das Berufungsgericht statt der Neuverhandlung nur noch eine Fehlerkontrolle durchführen soll, wäre es bei Fehlen schlüssiger Angriffe gegen das Ersturteil nicht sinnvoll, eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Damit aber bei Sachen von übergeordneter Bedeutung gleichwohl der Weg in die Revisionsinstanz offen steht, machte der Gesetzgeber die Zurückweisung durch Beschluss davon abhängig, dass die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine obergerichtliche Entscheidung auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.

Dies war ein durchaus nachvollziehbares Regelungskonzept. Wenn sich die Berufung in ein Rechtsmittel mit einem eng begrenzten Prüfungsumfang verwandelt, also einer Revision annähert, ist auch eine Vorprüfung der Erfolgsaussichten, wie sie vom früheren Revisionsannahmeverfahren nach § 554b ZPO<sup>3</sup> oder von der Revision in Strafsachen (§ 349 Abs. 2 StPO) her bekannt ist, durchaus systemgerecht.

Übersehen wurde dabei allerdings, dass die Berufung auch nach ihrer beabsichtigten Metamorphose zwar revisionsähnlich, aber nicht revisionsgleich geworden wäre. Sie sollte nicht die letzte Instanz sein, die Aufgabe der Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung sollte vielmehr dem BGH als dritte Instanz vorbehalten bleiben; und hierin liegt nun ein gravierender Systembruch: Der mit der ZPO-Reform für alle Fälle mit übergeordneter rechtlicher Bedeutung eröffnete Weg zum BGH kann durch den Beschluss nach § 522 Abs. 2, 3 ZPO in unanfechtbarer Weise verstellt werden.

Im Gesetzgebungsverfahren fand dieser Systembruch nur geringe Beachtung. Der Widerstand gegen die vorgesehene Beschlusszurückweisung wurde eher mit pragmatischen Erwägungen geführt.

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 96 f.

<sup>2</sup> A.a.O. S. 97.

<sup>3</sup> In der Ausprägung durch BVerfGE 54, 277.

So begründete der Bundesrat seinen Antrag, auf die Vorschrift zu verzichten, damit, dass sie nur eine geringe Entlastungswirkung haben werde.<sup>4</sup> Nur 10 – 15 % der Berufungen könnten in diesem Verfahren erledigt werden. In allen anderen führe die Vorprüfung zu zusätzlichem Aufwand: Das Berufungsgericht werde gezwungen, jede Berufung sogleich nach ihrem Eingang in voller Spruchkörperbesetzung durchzuprüfen, d.h. aufgrund eines Votums des Berichterstatters müsse die Kammer bzw. der Senat über die Voraussetzungen des § 522 II ZPO beraten und entscheiden.

Bei positiver Entscheidung müsse ein mit Gründen versehener Hinweis auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung abgefasst und nach Eingang der Stellungnahme hierzu erneut beraten werden.

In den 85 – 90 % der Fälle, in denen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung verneint würden, erweise sich der Aufwand für das Vorprüfungsverfahren als sinnlose Vergeudung richterlicher Arbeitskraft, da bis zur mündlichen Verhandlung so viel Zeit vergehe, dass eine erneute Vorberatung, evtl. über weiteres Vorbringen und in veränderter personeller Zusammensetzung des Spruchkörpers, erforderlich werde. Substanzlose Berufungen ließen sich auch ohne dieses Verfahren in kurzer Zeit erledigen; auf entsprechende Hinweise des Gerichts in oder vor der mündlichen Verhandlung werde häufig die Berufung zurückgenommen. Zudem böte die mündliche Verhandlung die Möglichkeit, Missverständnisse auszuräumen und gütliche Einigungen herbeizuführen. Auch werde eine nach mündlicher Verhandlung ergehende negative Entscheidung vom Berufungsführer eher akzeptiert als eine Zurückweisung durch Beschluss.

Die Bundesregierung hielt demgegenüber an ihrer Einschätzung fest, dass es aufgrund der Neuregelung des Berufungsrechts zu einer erheblichen Zunahme erfolgloser Berufungen kommen wird.<sup>5</sup> Da nach dem bisherigen Recht zahlreiche Berufungen allein aufgrund neuen Vorbringens Erfolg hätten und ein solches durch die neue Präklusionsregelung weitgehend ausgeschlossen sei, werde die Erfolgsquote spürbar sinken. In mehr als der Hälfte der anfallenden Berufungsverfahren werde daher eine Zurückweisung in Betracht zu ziehen sein. Der Entlastungseffekt sei daher wesentlich höher als vom Bundesrat angenommen. Zu Berufungsrücknahmen werde es auch aufgrund der Hinweise auf die beabsichtigte Zurückweisung kommen. Auf die atmosphärischen Argumente – Ermöglichen gütlicher Lösungen, Förderung der Akzeptanz – ging die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung nicht ein. Ihr Entwurf passierte dann, im Wesentlichen unverändert, das Gesetzgebungsverfahren.

## **II. Die tatsächliche Entwicklung**

### *1. Objektive Befunde:*

Der Blick in die bundesweite Erledigungsstatistik<sup>6</sup> zeigt, dass die Prognose des Bundesrates, es würden ca. 10 – 15 % der Berufungsverfahren durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt, zutreffend war. Die Quote betrug im Jahre 2008 bei den Landgerichten 13,8 %, bei den Oberlandesgerichten 15,3 %. Die Annahme der Bundesregierung, in mehr als der Hälfte der anfallenden Berufungsverfahren werde eine Zurückweisung in Betracht zu ziehen sein, hat sich dagegen nicht bestätigt.

Ebenso unerfüllt blieb die Erwartung des Regierungsentwurfs, die Zahl der unbegründeten Berufungen werde sich infolge des neuen Berufungsrechts deutlich erhöhen. Bei den Landgerichten wurden im letzten Jahr vor der Reform (2001) 27,1 % der Berufungen durch Urteil zurückgewiesen, im Jahre 2008 machten die Zurückweisungen durch Urteil und durch Beschluss nach § 522 II ZPO nur 26,3 % aus; etwas erhöht hat sich lediglich die Zahl der Berufungsrücknahmen (von 26,9 auf 31,5 %).

---

4 BT-Drs. 14/4722, S. 150 f.

5 BT-Drs. 14/4722, S. 158 f.

6 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1.

Bei den Oberlandesgerichten wurden 2001 20,2% der Berufungen zurückgewiesen, 2008 waren es 25,9 %; dafür blieb dort die Zahl der Berufungsrücknahmen nahezu unverändert (30,6 statt 29,6 %).

## 2. Bewertung:

Die in diesen Befunden zutage tretende Fehleinschätzung des Entwurfs ist seinen Verfassern nicht anzulasten. Dem Vorprüfungsverfahren hätte sich wohl tatsächlich ein breiterer Anwendungsbereich erschlossen, wenn das Berufungsverfahren, den ursprünglichen Vorstellungen entsprechend, in eine Art Mini-Revision umgestaltet worden wäre, die nicht mehr als Neuverhandlungs-, sondern als Fehlerkontrollinstanz fungiert, neues Vorbringen strikt präkludiert und grundsätzlich an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen gebunden ist. Die Entwicklung ist aber anders verlaufen:<sup>7</sup> Während der Referentenentwurf noch eine strikte Bindung an die rechtsfehlerfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz vorsah, lockerte bereits der Regierungsentwurf diese Bindung für den Fall „ernstlicher Zweifel“ an deren Richtigkeit auf. Der Rechtsausschuss des Bundestags strich dann auch noch das Adjektiv „ernstlich“, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Bindung an die in der ersten Instanz festgestellten Tatsachen auch schon dann entfällt, „wenn aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird“. Den damit ermöglichten Erhalt der Berufung als zweite Tatsacheninstanz hat der BGH sodann durch seine Rechtsprechung verfestigt, die den Wiedereinstieg in die Tatsachenfeststellung im Ergebnis zur Disposition des Berufungsgerichts stellt.<sup>8</sup> Auch die Präklusion neuen Vorbringens ist vom BGH sehr entschärft worden.<sup>9</sup>

Wie immer man diese Entwicklung beurteilen mag, fest steht jedenfalls, dass sie mit dem Bild, welches die amtliche Begründung zu § 522 Abs. 2 ZPO von der neugestalteten Berufungsinstanz zeichnet, wenig gemein hat.

§ 522 Abs. 2 ZPO erscheint damit als ein Relikt aus einer früheren, nicht verwirklichten Reformkonzeption. Er blieb stehen, obwohl sich die Bedingungen, aus denen er seine Daseinsberechtigung zog, grundlegend gewandelt haben.

Derartige Normrudimente, derer es viele in unserem nicht planvoll gewachsenen Gesetzesrecht gibt, sind nicht per se schädlich. Meistens laufen sie einfach leer. Im Falle des § 522 Abs. 2 ZPO liegt es aber anders. Hier besteht die Problematik vor allem darin, dass er gerade nicht leer läuft, sondern ein bedenkliches Eigenleben entfaltet. Der oben genannte Systembruch entfaltet infolgedessen schädliche Wirkungen erheblichen Ausmaßes.

## III. Der Fehlgebrauch des § 522 Abs. 2 ZPO

Bei einer näheren Analyse der Statistik ergibt sich, dass die Vorschrift von vielen Berufungsgerichten in einer Art und Weise gehandhabt wird, die nicht den Intentionen des Gesetzgebers und nicht den Anforderungen an eine rechtsstaatliche Justiz entspricht.

Der vorgenannte Anteil der Zurückweisungsbeschlüsse an den Gesamterledigungen von ca. 15 %, der durchaus moderat erscheint, bezieht sich nämlich auf die Gesamtheit der deutschen Berufungsgerichte. Betrachtet man die Ergebnisse einzelner OLG-Bezirke, ergibt sich für das Jahr 2008 eine Schwankungsbreite von 6,5 % (OLG Bremen) bis 26,3 % (OLG Zweibrücken) bzw. 5,3 % (Landgerichte im OLG-Bezirk Karlsruhe) bis 25,1 % (Landgerichte im OLG-Bezirk Bamberg). Schlüsselt man die Statistik noch weiter auf, indem man bis zu den einzelnen Landgerichten heruntergeht, ergeben sich noch größere Divergenzen.

---

<sup>7</sup> Wiedergabe bei *Hannich/Meyer-Seitz*, ZPO-Reform 2002, § 529 Rdn. 4 ff.

<sup>8</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2007, 2919, wonach das Berufungsgericht an die erstinstanzliche Beweiswürdigung, die es aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht für richtig hält, nicht gebunden ist.

<sup>9</sup> Vgl. zur Klageerweiterung BGH, MDR 2006, 565 = NZBau 2006, 254; zur Zulassung unstreitigen Vorbringens BGH, NJW 2005, 291; zur Erhebung der Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434, zum Nacherfüllungsverlangen in der Berufungsinstanz BGH, NJW 2009, 2532.

So wurden z.B. an einem bayerischen Landgericht im Jahr 2009 36,5 % der Berufungen durch einen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt, an einem anderen nur 5,2 %. Setzt man die Zahl der Zurückweisungsbeschlüsse in Relation zur Zahl der streitigen Berufungsurteile, so ergibt sich für die bayerischen Landgerichte im Jahr 2009, dass auf 10 Urteile 4,7 Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO fallen. Bei einem großen Landgericht entfallen auf 10 Urteile nur 1,5 Beschlüsse, bei einem anderen Landgericht vergleichbarer Größe 10,2 (d.h. es wurde etwa genauso oft durch Beschluss wie durch Urteil entschieden). Bei kleineren Landgerichten gehen die Zahlen noch wesentlich weiter auseinander: 14,2 oder 19,1 Beschlüsse pro 10 Urteile wurden hier erlassen, in einem Fall ergingen sogar fast dreimal so viele Zurückweisungsbeschlüsse wie Urteile (10 : 26,3).<sup>10</sup>

Dass diese erheblichen Abweichungen nicht auf örtliche Besonderheiten, sondern auf eine unterschiedliche Verfahrensgestaltung der Berufungsgerichte zurückgehen, zeigt die nachfolgende Detailauswertung der (unveröffentlichten) bayerischen Justizstatistik für 2009. Sie gibt wieder, in welchem Umfang die Landgerichte vollständig unbegründete Berufungen nach wie vor durch streitiges Urteil (statt durch Beschluss) zurückweisen.

Von den streitigen Urteilen der bayerischen Landgerichte (n = 1194) lauteten 2009 auf **volle Zurückweisung der Berufung als unbegründet**

Bayern insgesamt:	48,6 %	(2001: 62,5 %)
OLG-Bez. München	52,8 %	
OLG-Bez. Nürnberg	44,4 %	
OLG-Bez. Bamberg	30,0 %	
LG X	73,0 %	
LG Y	11,9 %	

Während also im OLG-Bezirk München mehr als die Hälfte der Berufungsurteile auf Zurückweisung der Berufung lauten, sind es im OLG-Bezirk Bamberg weniger als ein Drittel, weil dort in wesentlich größerem Umfang (s. oben) von § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht wird. Bei den einzelnen Landgerichten schwankt die Quote der zurückweisenden Urteile sogar zwischen 73 und knapp 12 %.

Noch deutlichere Unterschiede ließen sich nach (durchaus plausiblen) Schilderungen aus Anwaltskreisen beim Herunterbrechen auf einzelne Spruchkörper feststellen.<sup>11</sup>

Diese krassen/extremen Divergenzen lassen sich nicht mit einer unterschiedlichen Rechtsmitteleinlegungs- oder -begründungspraxis der örtlichen Anwaltschaft erklären, sondern ausschließlich mit einer nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Verfahrensweise der Gerichte. Für ein richterliches Verfahrensermessen ist nämlich hier, wo über den Zugang zur nächsten Instanz entschieden wird, kein Raum.<sup>12</sup> Das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO steht demzufolge, was vielfach verkannt wird,<sup>13</sup> nicht im Ermessen des Gerichts. Wenn es um den Zugang zu gesetzlich vorgesehenen Rechtsmitteln geht, verstieße die Einräumung eines Ermessensspielraums gegen die im Rechtsstaatsprinzip

<sup>10</sup> Die Zahlen sind der nicht veröffentlichten bayerischen Justizstatistik (ZP) entnommen.

<sup>11</sup> *Reinelt*, ZRP 2009, 203 (Fußn. 8) berichtet von gleich gelagerten Parallelverfahren, die vom einen Senat nach § 522 Abs. 2 ZPO, vom anderen mit Beweisaufnahme und Urteil erledigt wurden. Weitere Extrembeispiele bei *Knops*, ZRP 120 (2007), 403, 407.

<sup>12</sup> *Nassall*, NJW 2008, 3390, 3392 sieht in der unterschiedlichen Praxis einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG; ebenso *Reinelt*, ZRP 2009, 203; a.A. *Trimbach*, NJW 2009, 401, 403.

<sup>13</sup> *Reinelt*, ZRP 2009, 204; *Krüger*, NJW 2008, 945, 946 m.w.N. Aufschlussreich der a.a.O. (S. 947, Fußn. 34) geschilderte Fall, in dem das OLG zunächst einen Hinweis nach § 522 Abs. 2 ZPO gab, dann aber doch zur mündlichen Verhandlung lud „um dem Kläger den Weg in die Nichtzulassungsbeschwerde zu ermöglichen“. Starken Ermessenscharakter tragen auch die Verfahrensschilderungen von *Trimbach*, NJW 2009, 401, 404 f. Explizit von Kann-Bestimmung ausgehend OLG Koblenz, NJW 2003, 2100.

verankerte Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes.<sup>14</sup> Zu Recht ist § 522 Abs. 2 ZPO daher als zwingendes Recht ausgestaltet.<sup>15</sup> Es ist ebenso verfahrensfehlerhaft, ohne die Vorprüfung der Erfolgsaussichten oder trotz erkannter Aussichtslosigkeit der Berufung mündliche Verhandlung anzuberaumen,<sup>16</sup> wie es gegen das Gesetz verstößt, eine Berufung durch Beschluss zurückzuweisen, obwohl die Sache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Rechtseinheit ein Urteil erfordert. Der letztere Rechtsverstoß ist hierbei wesentlich gravierender, weil den Parteien durch ihn der Zugang zur Revisionsinstanz abgeschnitten wird. Infolge der Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses (§ 522 Abs. 3 ZPO) musste das BVerfG schon wiederholt solche Beschlüsse aufheben, weil sie den durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG garantierten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz verletzen.<sup>17</sup>

So ist z.B. im Fall BVerfG NJW 2007, 3118 das OLG von Beweislastgrundsätzen des BGH abgewichen, ohne sich mit diesen auseinanderzusetzen (Verkennung des Erfordernisses der Rechtsvereinheitlichung). In BVerfG NJW 2009, 572 ging es um eine Rechtsfrage, die sich in einer Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und damit von grundsätzlicher Bedeutung war. In der Sache NJW 2005, 1931 musste dem OLG aufgrund einer Presseerklärung des BGH bekannt sein, dass ein Senat des BGH in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage inzwischen eine von anderen Senaten abweichende Rechtsauffassung vertreten hat, weshalb es die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht mehr hätte verneinen dürfen.

Die erheblichen Abweichungen bei der Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO lassen befürchten, dass einzelne Berufungsgerichte in erheblichem Umfang Verfahrens- und sogar Verfassungsverstöße begehen, sicherlich nicht bewusst oder zielgerichtet, sondern weil die Vorschrift dazu verleitet, die Verfahrensgestaltung von persönlichen Präferenzen, dem Geschäftsanfall oder der Terminlage abhängig zu machen.<sup>18</sup> Die Unanfechtbarkeit der Zurückweisungsbeschlüsse (§ 522 Abs. 3 ZPO) verhindert das Entstehen einer gesetzeskonformen, einheitlichen Praxis.

#### IV. Widerspruch zu den Zielen der Reform

Hauptziele der ZPO-Reform waren es, die Bürgernähe der Justiz zu fördern, das Verfahren kommunikativer und transparenter gestalten, gütliche Lösungen zu fördern und die Akzeptanz der Entscheidungen zu erhöhen.<sup>19</sup> § 522 Abs. 2 ZPO erreicht, selbst wenn er sachgerecht angewendet wird, die gegenteiligen Wirkungen. Der rechtsuchende Bürger versteht es nicht, wenn sein vom Rechtsanwalt in zulässiger Weise eingelegtes Rechtsmittel ohne Verhandlung zurückgewiesen wird, weil es keine Aussicht auf Erfolg hat und er dafür noch dazu dieselben Gebühren entrichten muss wie für ein volles Berufungsverfahren. Man wird Derartiges dem Bürger noch verständlich machen können, wenn es sich um ein Verfahren handelt, in dem eine reine Rechtsprüfung stattzufinden hat (wie bei der Nichtzulassung der Revision). Mit einem Verfahren, in dem auch die Tatsachenfeststellungen nochmals zur Disposition gestellt werden können, die Beweiswürdigung des Erstrichters hinterfragt werden kann und in erheblichem Umfang einvernehmliche Lösungen herbeigeführt werden (die Vergleichsquote betrug 2008 bei den Landgerichten 11,5 % und bei den Oberlandesgerichten 17,1 %), Mit einem solchen Verfahren verbindet die Prozesspartei zu Recht die Vorstellung, dass der eigene Standpunkt in einer mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht werden kann.<sup>20</sup> Ein revisionsähnliches Verfahren ist die Berufung jedenfalls auch in ihrer derzeitigen Gestalt

<sup>14</sup> BVerfGE 54, 277, 293 = NJW 1981, 39, 41; NJW 2003, 281.

<sup>15</sup> BGH, NJW 2007, 2644; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 138 Rdn. 8; *Heßler*, in *Zöller*, ZPO, 29. Aufl. 2010, § 522 Rdn. 31 m.w.N.

<sup>16</sup> BGH, NJW 2007, 2644.

<sup>17</sup> BVerfG, NJW 2005, 1931; 2007, 3118; 2009, 572. Die Unanfechtbarkeit an sich verstößt jedoch nicht gegen Verfassungsrecht; BVerfG, NJW NJW 2008, 3419; 2009, 137.

<sup>18</sup> *Bornkamm*, in *Festschrift Krämer*, 2009, S. 425, 437 f.; *Hirtz*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags 2004, A 65 f.; *Gottwald*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags 2004, A 117 f.

<sup>19</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 58.

<sup>20</sup> Nach *Knops*, ZP 120 (2007), 423 f. ist dies sogar nach Art. 6 EMRK geboten, sofern das Berufungsgericht nicht nur über Rechtsfragen zu befinden hat.

nicht – vielleicht abweichend von den ursprünglichen Vorstellungen der Reformbetreiber, auf denen das Fossil des § 522 Abs. 2 ZPO beruht.

Die Entscheidungsfindung in offener mündlicher Verhandlung hat auch den Vorzug, dass das Gericht sich, anders als in dem Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO, noch nicht auf eine beabsichtigte Zurückweisung der Berufung festgelegt hat. Es ist sicherlich schwieriger, das Gericht mit einer schriftlichen Stellungnahme von dieser Festlegung abzubringen als mit einem nach außen hin noch völlig offenen Spruchkörper den juristischen Diskurs in mündlicher Verhandlung zu pflegen.<sup>21</sup>

Zu Recht hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf die Auffassung vertreten, dass der Ausschluss der Möglichkeit, in der mündlichen Verhandlung den Berufungsführer anzuhören, eventuelle Missverständnisse aufzuklären und eine gütliche Einigung zu erreichen, die Befriedungswirkung des Gerichtsverfahrens schwächen und die Akzeptanz der Entscheidung deutlich beeinträchtigen würde.<sup>22</sup> Leider ist dieser Aspekt weder in der Gegenäußerung der Bundesregierung noch im weiteren Gesetzgebungsverfahren gewürdigt worden.

Stattdessen wurden mit § 522 Abs. 2 ZPO in erheblichem Umfang Frustration und Verärgerung bei der Anwaltschaft<sup>23</sup> und den Rechtsuchenden<sup>24</sup> sowie massenhafte Nachfolgegefechte in Form von Gegenvorstellungen, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerden, Presse- und Internet-Kampagnen gezüchtet. In der Fachliteratur wird massive Kritik, auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten, geübt.<sup>25</sup>

Den durch § 522 Abs. 2 ZPO verbauten Zugang zu gütlichen Lösungen versuchen manche Berufungsgerichte dadurch wieder zu eröffnen, dass sie das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO – eindeutig contra legem – durch ein gerichtliches Mediationsverfahren ersetzen.<sup>26</sup>

All dies lässt nur einen Schluss zu: Abhilfe tut Not.

## V. Abhilfe

Jüngste Äußerungen der Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger<sup>27</sup> lassen hoffen, dass die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens nun auch in der Bundesregierung gesehen wird, nachdem ihre Vorgängerin Zypries noch am 5. März 2009 in der Bundestagsdebatte über einen Entwurf der FDP-Fraktion zur Änderung des § 522 ZPO<sup>28</sup> den gegenteiligen Standpunkt vertreten hat.<sup>29</sup>

Fraglich ist jedoch, wie diese Abhilfe aussehen sollte.

### 1. Eröffnung der Rechtsbeschwerde?

Der genannte Fraktionsentwurf hatte vorgeschlagen, die Unanfechtbarkeit des Beschlusses zu beseitigen, indem gegen ihn die Rechtsbeschwerde eröffnet wird. Damit würde zwar der systemwidrige Abbruch des Rechtswegs zum BGH beseitigt, das eigentliche, vorstehend herausgearbeitete Problem aber nicht gelöst. § 522 Abs. 2 ZPO hat, wie aufgezeigt, infolge der Inkompatibilität mit der bestehenden Konzeption des Berufungsverfahrens auch bei gesetzmäßiger Anwendung negative Wirkungen, weil er die Vorzüge der mündlichen Verhandlung zunichte macht. Es macht daher wenig Sinn, die Berufungsgerichte durch

<sup>21</sup> Reinelt, ZRP 2009, 203, 204 verweist in diesem Zusammenhang auf das psychologische Phänomen der Selbstpräjudikation.

<sup>22</sup> S. oben Fn. 4.

<sup>23</sup> S. dazu Reinelt, ZRP 2009, 205.

<sup>24</sup> Debusmann, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags 2004, A 47, berichtet von einem erheblichen Akzeptanzverlust.

<sup>25</sup> Lindner, ZIP 2003, 192 ff.; Barbier/Arbert, ZRP 2007, 257; Baumert, MDR 2008, 954 ff.; Krüger, NJW 2008, 945 ff.; Nassall, NJW 2008, 3390 ff.; Reinelt, ZRP 2009, 203 ff. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Unanfechtbarkeit bei Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 522 Rdn. 35.

<sup>26</sup> Vgl. zu den dabei entstehenden Verwicklungen BGH NJW 2009, 149 und Alpes, SchlHA 2007, 150. Knops, ZRP 120 (2007) 403, 417 f. will zum Zwecke gütlicher Lösungen Ermessensentscheidungen zulassen.

<sup>27</sup> So beim Neujahrsempfang des DAV am 20.1.2010; vgl. AnwBl. 2010, 186.

<sup>28</sup> BT-Drs. 16/11457.

<sup>29</sup> Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Protokoll der 208. Sitzung, S. 22448 f.

Schaffen einer Beschwerdemöglichkeit zu einer strikteren Beachtung der gesetzlichen Vorgaben anzuhalten.

Zudem würde die Eröffnung eines neuen Rechtsmittels neuen Verfahrensaufwand und neuen Unfrieden hervorrufen. Das Verfahren wäre äußerst beschwerlich und unpraktikabel: Der zurückgewiesene Berufungsführer müsste – durch einen beim BGH zugelassenen Anwalt – dorthin Rechtsbeschwerde erheben, mit der er nach § 574 Abs. 2 ZPO geltend machen müsste, dass das Berufungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der Sache oder das Erfordernis der Rechtsfortbildung oder Rechtsvereinheitlichung verkannt hat.<sup>30</sup> Nur dies könnte er zur Entscheidung des BGH stellen, nicht etwa die Kontrolle des Ersturteils (auf die es ihm doch alleine ankommt). Der BGH müsste dann darüber entscheiden, ob das Berufungsgericht über die (von ihm bereits einstimmig als aussichtslos beurteilte) Berufung mündlich verhandeln muss, um den Weg zu ihm zu eröffnen.<sup>31</sup> Zu diesem Zweck müsste er dann an das Berufungsgericht zurückverweisen.

Von der Etablierung eines solchen Meta-Rechtsmittels – eines Rechtsmittels, mit dem über die verfahrensmäßige Behandlung eines Rechtsmittels entschieden werden soll – ist dringend abzuraten. Der dadurch eröffnete Instanzen-Ping-Pong liefe den Bestrebungen zur Straffung des Rechtsmittelsystems krass zuwider. Zu Recht sieht unser Verfahrensrecht solche Meta-Rechtsmittel bisher nur für die Fälle vor, in denen der Zugang zu einer Instanz verwehrt wurde (Rechtsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung als unzulässig, § 522 Abs. 1 S. 4 ZPO; Beschwerde gegen Nichtzulassung der Revision, § 544 ZPO).

## 2. Eröffnung der Nichtzulassungsbeschwerde?

Mit dem Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO verneint das Berufungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der Sache sowie das Erfordernis von Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung. Seine Entscheidung wirkt wie ein Berufungsurteil, in dem die Revision nicht zugelassen wurde. Es könnte deshalb daran gedacht werden, gegen Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO zu eröffnen. Dies wäre jedenfalls systemgerechter als der umständliche Weg, über eine Rechtsbeschwerde zum BGH die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht erzwingen zu wollen. Die Sache gelangte dann sogleich in das Verfahren, in dem die gebotene grundsätzliche, rechtsfortbildende oder rechtsvereinheitlichende Entscheidung zu ergehen hätte, nämlich in das Revisionsverfahren vor dem BGH.

Dergleichen ist von der Sprungrevision her bekannt (§ 566 ZPO), nur würde das Überspringen der Berufungsinstanz hier nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf einem Rechtsirrtum des Berufungsgerichts beruhen. Zudem geht es dem Berufungsführer, der gegen eine a-limine-Zurückweisung seines Rechtsmittels vorgehen will, nicht darum, durch eine Grundsatzentscheidung des BGH einen Beitrag zur Rechtsentwicklung zu leisten, sondern er will sich die Chance einer Überprüfung seines Einzelfalles in rechtlicher und – weitgehend – auch tatsächlicher Hinsicht verschaffen, eine Chance, auf die er ein gesetzliches Anrecht hat und die ihm nicht durch eine fehlerhafte Vorprüfungsentscheidung des Berufungsgerichts genommen werden darf.

Zudem wäre dieser Zugang zur Revisionsinstanz wohl aus Gründen der Systemgerechtigkeit auch nur bei Beschwerdewerten über 20.000 Euro (§ 26 Nr. 8 EGZPO) zu eröffnen.

## 3. Fazit

Vor einer Rechtsmittellösung, gleich welcher Art, ist zu warnen.<sup>32</sup> Die ZPO-Reform war zu Recht bestrebt, das überbordende Rechtsmittelsystem, vor allem in den Nebenverfahren, einzudämmen. Die Schaffung neuer Rechtsmittel, noch dazu von Meta-Rechtsmitteln, die sich auf die Behandlung von Rechtsmitteln beziehen, würde dieser Tendenz krass/extrem

---

<sup>30</sup> Nach BGHZ 155, 21 = NJW 2003, 2172 unterliegt auch die Rechtsbeschwerde gegen Verwerfungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 1 ZPO dieser Einschränkung.

<sup>31</sup> Ebenso *Reinelt*, ZRP 2009, 203, 205.

<sup>32</sup> Bedauerlicherweise scheinen die Überlegungen im Bundesministerium der Justiz (s. dazu oben Fn. 27) in diese Richtung zu gehen.

zuwiderlaufen. Es macht keinen Sinn, an dem Vorprüfungsverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO herumzubasteln. Dieses Verfahren ist systemwidrig und lädt zum Fehlgebrauch ein; es verbaut den Weg zu gütlichen Lösungen, beeinträchtigt die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen und damit das Ansehen der Justiz. Den mit ihm verfolgten Zweck der Gerichtsentlastung erfüllt es kaum: Die Entlastung durch den Wegfall der mündlichen Verhandlung wird vielmehr aufgezehrt durch die zusätzlichen Beratungserfordernisse, die Hinweisbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie die zahllosen Gegenvorstellungen, Anhörungsrügen und Verfassungsbeschwerden. Die teilweise sehr ausführlichen Begründungen der Hinweis- und Zurückweisungsbeschlüsse werfen die Frage auf, worin der Entlastungseffekt gegenüber einer straffen Urteilsbegründung nach § 540 ZPO liegen soll.<sup>33</sup>

Es bleibt daher nur eine Lösung: Das Vorprüfungsverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO muss abgeschafft werden.<sup>34</sup>

Wer die Zahl mündlicher Berufungsverhandlungen reduzieren will, muss andere Wege gehen. Er könnte an ein schriftliches Berufungsverfahren nach Art des § 130a VwGO denken, welches in klaren Fällen eine Sachentscheidung über die Begründetheit der Berufung ermöglicht, die wie ein Berufungsurteil wirkt und angefochten werden kann (§ 130a Satz 2 i.V.m. § 125 Abs. 2 Satz 4 VwGO).

Man könnte auch erneut die Frage aufwerfen, ob der Zugang zur Berufungsinstanz durch ein Zulassungs- oder Annahmeerfordernis<sup>35</sup> oder durch strengere Präklusionsregeln generell erschwert werden sollte – ein Gedanke, der freilich erst weiterverfolgt werden darf, wenn die mit der ZPO-Reform intendierte Qualitätssicherung der ersten Instanz<sup>36</sup> Realität geworden ist.

Vielleicht ließen sich unnötige Berufungsverhandlungen aber am einfachsten dadurch vermeiden, dass die Berufungsgerichte, wenn sie nach der Vorberatung die fehlende Erfolgsaussicht der Berufung erkennen, dem Berufungsführer einen entsprechenden Hinweis erteilen und die Rücknahme des Rechtsmittels anregen. Ein solches Vorgehen war schon vor Einführung des § 522 Abs. 2 ZPO weithin gebräuchlich, ist aber offenbar durch das formalisierte Vorprüfungsverfahren in den Hintergrund gedrängt worden.<sup>37</sup> Dabei entspräche es dem Reformziel einer offenen, transparenten Prozessleitung wesentlich besser und beließe die Entscheidung darüber, ob ein (ggf. anfechtbares) Berufungsurteil erwirkt werden soll, ganz dem Rechtsmittelführer. Die Abschaffung des § 522 Abs. 2 ZPO, eventuell verbunden mit der Normierung eines solchen Hinweises, könnte damit den Weg zu einem entformalisierten, kommunikativeren und damit bürgernäheren Zivilprozess ebnen.

---

<sup>33</sup> *Reinelt*, ZRP 2009, 203, 204; Trimbach, NJW 2009, 401, 404 sieht ihn vor allem im Wegfall der mündlichen Verhandlung, der intensiveren Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Urteils erster Instanz und der organisatorischen Flexibilität, ohne festen Termin zu entscheiden, sowie in der Entlastung der Geschäftsstellen von Terminaufgaben.

<sup>34</sup> Ebenso die Stellungnahme der BRAK Nr. 5/2009 zum Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, abrufbar unter <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2009/Stn5.pdf>. Nur hilfsweise wird dort eine Rechtsmittellösung befürwortet. Dem grundsätzlich folgend *Reinelt*, ZRP 2009, 203, 206.

<sup>35</sup> So § 522 ZPO i.d.F. des Referentenentwurfs des ZPO-Reformgesetzes; s. dazu *Hannich/Meyer-Seitz/Engers*, ZPO-Reform, S. 60 f.; *Hannich/Meyer-Seitz*, ZPO-Reform 2002, § 522 Rdn. 7 ff.; Lindner, ZIP 2003, 192, 193.

<sup>36</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 61 f.

<sup>37</sup> Bei den OLG hat sich jedenfalls die Quote der Berufungsrücknahmen trotz der nunmehr gebotenen Hinweise nach § 522 Abs. 2 ZPO kaum erhöht (s. oben II 1).

## Zur Reform der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2, 3 ZPO

Dr. Michael Schultz, Karlsruhe

Die Diskussion um § 522 Abs. 2, 3 ZPO hat an Fahrt zugelegt. Inzwischen wird nicht mehr nur über eine Anfechtungsmöglichkeit nachgedacht, sondern über die völlige Abschaffung. Was die Rückkehr zum alten Rechtszustand bedeuten würde, ist klar: Die Berufungsgerichte würden in allen Fällen wieder mündlich verhandeln, wenn die Parteien dem schriftlichen Verfahren nicht zustimmen. Außerdem gäbe es dann zwar noch die unanfechtbaren Verwerfungsentscheidungen der Berufungsgerichte, aber keine unanfechtbaren Beschlusszurückweisungen der Berufungsgerichte in der Sache mehr. Käme es tatsächlich so, würde in Kürze wieder die Diskussion um die Neugestaltung der Berufung insgesamt aufflammen. Eine solche Diskussion sollten wir nicht wieder führen. Vor allem deshalb muss nach einer anderen Lösung als der völligen Abschaffung der Regelungen in § 522 Abs. 2, Abs. 3 ZPO gesucht werden.

### Vor der Reform

Der alte Rechtszustand lässt sich anhand der Erfahrungen bei den Oberlandesgerichten illustrieren. Unter ihnen hat das Oberlandesgericht Zweibrücken nun eine Vorreiterrolle eingenommen, soweit es um die Möglichkeit geht, von § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch zu machen: Während im Bundesdurchschnitt der Jahre 2004 bis 2008 ca. 14 % aller erledigten Verfahren durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt wurden, waren es beim OLG Zweibrücken ca. 26 % aller Verfahren.<sup>1</sup>

Vor der Reform war es üblich, dass die Oberlandesgerichte substanzlose Berufungen oder solche, die die Senate dafür hielten, erledigten, indem sie den Anwalt des Berufungsklägers schriftlich, durch ein Telefonat oder in der mündlichen Verhandlung darauf hinwiesen, was der Senat von der Berufung halte. In sehr vielen Fällen kam es zur Rücknahme, weil der Anwalt seinen Mandanten informieren und ihm sagen musste, mit was für einer Entscheidung man zu rechnen habe. Die übrigen Fälle wurden durch Urteil erledigt, für das das Votum des Berichterstatters genügte und das meist keinen weiteren Beratungsbedarf auslöste.

Hatte der Mandant sich nach Beratung vor der Verhandlung für die Rücknahme der Berufung entschieden, war er zwar mit dem Prozessergebnis unzufrieden, konnte mit „der Justiz“ aber nur insofern hadern, als er den Richtern meinte vorhalten zu können, sie hätten ihm, den sie nicht einmal mündlich anhören wollten, gegenüber ein Vorurteil gehabt und es durchgesetzt. Als Anwalt hatte man es in der Hand, dem Eindruck eines Vorurteils entgegenzuwirken und die Praxis der Senate zu schildern, einen Berichterstatter zu bestimmen, der die Sache anhand des gesamten Akteninhalts zu votieren hatte.

Hatte der aufgeklärte Mandant sich hingegen entschieden, standhaft zu bleiben, hatte er ebenfalls „nur“ Anlass, mit dem Prozessergebnis unzufrieden zu sein, das in den meisten dieser Fälle in der Zurückweisung der Berufung bestand. Aber diese Berufungsurteile waren eben anfechtbar. Aus Sicht der Berufungskläger war das ein Vorteil.

Natürlich muss man auch die andere Seite sehen. Die Berufungsbeklagten wünschten sich unter der Geltung des alten Rechts, die deutlichen Hinweise des Senats mögen ihren Eindruck auf den Berufungskläger nicht verfehlen, damit der Prozess ein Ende habe und nicht noch weiter in die Länge gezogen werde. Kaum ein Berufungsbeklagter hätte aber kein Verständnis dafür gehabt, dass der Berufungskläger nicht gezwungen werden konnte, seine Berufung zurückzuneh-

<sup>1</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte, Tabelle 8.1.2 – eigene Auswertung der Jahre 2004-2008.

men. Zusätzlich beruhigen konnte man solche Berufungsbeklagten, indem man auf § 708 Nr. 10 ZPO verwies, der die Möglichkeit gab – und heute noch gibt –, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Sicherheitsleistung zu vollstrecken.

Der frühere Rechtszustand brachte es allerdings mit sich, dass der Senat immer eine mündliche Verhandlung terminieren musste. Bei kleinen Oberlandesgerichten war das – noch dazu zu Zeiten der Singularzulassung – kein ins Gewicht fallendes Problem. Denn der Vorsitzende oder die Vorsitzende konnte zeitnah zur Beratung ohne Abstimmungsprobleme die mündliche Verhandlung ansetzen. Heute ist das anders: Die Vorsitzenden müssen auf die Zeitplanungen der Anwälte aus der gesamten Republik Rücksicht nehmen. Vor allem kann es viel häufiger zu Terminverlegungen kommen. Muss man sich dann mehrfach vorbereiten, ist das auch in vermeintlich oder tatsächlich klar liegenden Fällen ärgerlich.

## **Reform der Reform?**

Nach diesem Blick in die Vergangenheit ist zu beantworten, ob der gegenwärtige Rechtszustand so bleiben kann, wie er ist. Um die Antwort vorweg zu geben: Er kann es nicht. § 522 ZPO enthält zwei - jedenfalls in ihrer Kombination für das Rechtsmittelsystem - so schädliche Bestandteile, dass etwas getan werden muss. Welche Kritikpunkte gemeint sind, liegt auf der Hand:

### *1. Ansätze der Kritik*

Zunächst einmal entfällt in vielen Fällen die mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz. Das ist für jeden ein Nachteil, der dem Prinzip der Mündlichkeit überhaupt etwas abgewinnen kann. Ob dieser Nachteil hinnehmbar ist, muss an dieser Stelle noch nicht bewertet werden.

Ein zweiter Nachteil ist die Unanfechtbarkeit des Beschlusses, mit dem das Berufungsgericht substanzlose Berufungen erledigen kann. Für den Berufungsbeklagten ist sie natürlich ein Vorteil. Blickt man aber – wie geboten – auf das System insgesamt, ist die Unanfechtbarkeit ein Nachteil. Diese Bewertung müsste und sollte ebenfalls konsensfähig sein: Ein Rechtssystem, das sich die Anfechtbarkeit von gerichtlichen Entscheidungen in großem Umfang leisten kann, ist unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit besser als ein System, das sich diese Größe, sich selbst in Frage stellen zu wollen, nicht leistet oder nicht leisten kann.

Ein dritter Nachteil ist sicher die statistisch belegte regional ungleiche Handhabung der Regelung in § 522 Abs. 2, Abs. 3 ZPO. So erledigten etwa das Oberlandesgericht Zweibrücken durchschnittlich rund 26 %, das Oberlandesgericht Rostock 22 % und das Oberlandesgericht Bamberg 20 % aller anhängigen Verfahren durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO, während andere Oberlandesgerichte deutlich seltener von dieser Möglichkeit Gebrauch machten, so etwa das Oberlandesgericht Karlsruhe in rund 8,9 %, das Oberlandesgericht Düsseldorf in 6,5 % und das Oberlandesgericht Bremen nur in knapp 4 % aller anhängigen Verfahren.<sup>2</sup>

Als Nachteil aufzulisten sind auch die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen die Neuregelung erhoben worden sind, die die ZPO-Reform gebracht hat. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit bestätigt.<sup>3</sup> Die Diskussion ist aber nicht verstummt.

### *2. Erwartungen des Gesetzgebers*

<sup>2</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.2 – eigene Auswertung der Jahre 2004-2008.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss v. 18.06.2008 – 1 BvR 1336/08, NJW 2008, 3419 f.

Bevor die beiden Hauptnachteile beleuchtet werden, die das neue Recht gebracht hat, ist in Erinnerung zu rufen, welche Erwartungen der ZPO-Reformgeber des Jahres 2000 hatte:

Er wollte eine vereinfachte Erledigung substanzloser Berufungen und empfand mündliche Verhandlungen in solchen Fällen als überflüssig.<sup>4</sup> Und er wollte die richterliche Arbeitskraft den nicht substanzlosen Berufungen zukommen lassen, sie also nicht vergeuden.<sup>5</sup>

Außerdem wollte der Gesetzgeber damals eine Beschleunigung der Erledigung jedenfalls dieser Berufungen erreichen. Nach seiner Vorstellung sollte nicht nur die mündliche Verhandlung entfallen, sondern auch die Notwendigkeit, den Fall sowohl bei Eingang der Sache als auch bei der Terminsvorbereitung zu bearbeiten.<sup>6</sup> Diese – nach einer neueren Untersuchung auch eingetretene –<sup>7</sup> Beschleunigung sollte nicht nur dem öffentlichen Interesse an der Entlastung der Gerichte dienen, sondern auch dem Interesse des Berufungsbeklagten, den der Gesetzgeber ebenfalls vor substanzlosen Berufungen schützen wollte.

Ein weiterer Vorteil wurde im Gesetzgebungsverfahren möglicherweise mitgedacht; er findet sich aber nicht in den Motiven. Gemeint ist die Entlastung des Bundesgerichtshofs, die natürlich eintritt, wenn ein großer Teil der Entscheidungen der Berufungsgerichte nicht mehr mit der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde anzugreifen ist. Aus den Motiven<sup>8</sup> ergibt sich der Wunsch nach Entlastung des Bundesgerichtshofs nicht; vielmehr war grundsätzlich Ziel des Entwurfs, „für mehr gerichtliche Entscheidungen als bisher grundsätzlich den Weg zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu öffnen und damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Rechtsgebiete zugänglich zu machen, die [derzeit] nicht zum höchsten Gericht gelangen können“.<sup>9</sup>

## **Ziel der Reform**

Besteht also überhaupt Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? Von allen Zielen des Reformgesetzgebers ist lediglich eines anzuerkennen, nämlich das Bedürfnis der Berufungsgerichte, sich auf substanzvolle Berufungen zu konzentrieren und andere schnell und mit möglichst geringem Arbeitsaufwand zu erledigen. Weil aber nur dieses Bedürfnis gerechtfertigt ist, ist der gegenwärtige Rechtszustand viel zu teuer erkaufte:

### *1. Anfechtbarkeit*

Der einfachste und zugleich wichtigste Anlass für eine Änderung des Gesetzes ist die Unanfechtbarkeit der Beschlussentscheidungen der Berufungsgerichte in der Sache. Letztlich ist gar nicht einzusehen, wieso ein solcher Beschluss des Berufungsgerichts, dem keine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist, unanfechtbar sein muss. Das wird anhand der vom Gesetzgeber formulierten Ziele<sup>10</sup> deutlich:

Die Entlastung der Berufungsgerichte ist sicher kein solcher Grund für die Unanfechtbarkeit. Die Anfechtbarkeit belastet nämlich die Berufungsgerichte nicht in relevanter Weise:

---

<sup>4</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 60.

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 64.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 64.

<sup>7</sup> Vgl. Postel, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, 2009, S. 76-82.

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 96 bis 98.

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 97.

<sup>10</sup> Zu ihnen oben II. 2.

Das ist klar, falls der Berufungskläger seine Berufung zurücknimmt. Nimmt er nach der Androhung des Berufungsgerichts, nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren zu wollen, seine Berufung dagegen nicht zurück, wird er sich – Anfechtbarkeit hin oder her – ohnehin häufig schriftsätzlich äußern. Der Berichterstatter und die anderen Mitglieder des Spruchkörpers werden sich die Sache dann noch einmal vornehmen müssen, ehe sie die Entscheidung absetzen, auch wenn sie unanfechtbar ist. Diese Arbeit wird kaum aufwändiger, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts anfechtbar wäre. Vielmehr hält der Arbeitsaufwand sich in ganz engen Grenzen, nachdem die Sache votiert und beraten ist. Votiert muss die Sache schon sein, um den Hinweis nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO zu erteilen. Ist sie es nicht, darf von § 522 Abs. 2 ZPO bei richtigem Verständnis ohnehin kein Gebrauch gemacht werden.

Ist die Sache also votiert, fehlt der Entscheidung des Berufungsgerichts, damit sie im Fall ihrer Anfechtbarkeit die Grundlagen der Entscheidung erkennen ließe, noch das, was heute anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen ausreicht, um nach § 540 Abs. 1 ZPO ein Berufungsurteil darzustellen. Das ist nicht sehr viel: Das Berufungsgericht könnte sich mit der Bezugnahme auf die tatsächlichen Darstellungen im angefochtenen Urteil begnügen. Außerdem müsste es noch die in zweiter Instanz formulierten Anträge nennen. Zusätzlich könnte es auf den Hinweisbeschluss verweisen oder ihn wiederholen.

bb) Eine relevante Mehrbelastung der Berufungsgerichte wäre allenfalls noch denkbar, wenn künftig mit weniger Berufungsrücknahmen zu rechnen wäre. So könnten Berufungskläger sich künftig von einem Hinweis des Berufungsgerichts, nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren zu wollen, weniger beeindrucken lassen, eben weil sie auf das Rechtsmittel vertrauen. Aber von einem solchen Rückgang des Anteils der Berufungsrücknahmen als Folge einer Anfechtungsmöglichkeit ist nicht auszugehen. Denn die Statistik belegt, dass auch die Einführung der Unanfechtbarkeit – § 522 Abs. 3 ZPO – zu keinem wesentlichen Anstieg des Anteils der Berufungsrücknahmen geführt hat: Während 1996 der Anteil der Berufungsrücknahmen – im Verhältnis zu allen erledigten Verfahren – bei den Oberlandesgerichten 28,2 % und 25,7 % bei den Landgerichten betrug, erhöhte sich der Anteil bis 2008 bei den Oberlandesgerichten nur auf 30,6 % und bei den Landgerichten auf 30,8 %.<sup>11</sup> Also führt die Abschaffung der Unanfechtbarkeit voraussichtlich zu keinem wesentlichen Rückgang der Zahl der Berufungsrücknahmen.

cc) Festzuhalten ist also: Um die Berufungsgerichte zu entlasten, muss man die Zurückweisungsbeschlüsse der Berufungsgerichte nicht jeder Anfechtbarkeit entziehen.

Die Beschleunigung der Verfahren, die die vermeintlich substanzlosen Berufungen betreffen, ist ebenfalls kein überzeugender Grund, um die Unanfechtbarkeit zu halten. Denn nach einem Hinweis, nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren zu wollen, kann das Berufungsgericht das Verfahren zügig betreiben. Das gilt jedenfalls dann, wenn es keine mündliche Verhandlung ansetzen und abstimmen muss.

Die Belastung des Berufungsbeklagten, der die Anfechtbarkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts ertragen muss, ist ebenfalls kein Argument für die Unanfechtbarkeit. Denn dem Interesse des Berufungsbeklagten an einem ein ebenso zügigen Berufungsverfahren, wie es jetzt möglich ist, ist mit der Möglichkeit ausreichend Rechnung getragen, ohne Sicherheitsleistung aus dem Berufungsurteil vollstrecken zu können.

Was letztlich bleibt, ist die Belastung des Bundesgerichtshofs, der die Beschwerden abarbeiten müsste, die die erfolglosen Berufungskläger gegen die Entscheidungen der Berufungsgerichte richten, die sich von der Zurückweisung der Berufung nicht haben abhalten lassen. Diese Thematik der Belastung des Bundesgerichtshofs kann – worauf noch zurückzukommen sein wird –

<sup>11</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 6.1.2 und Tabelle 8.1.2.

<sup>12</sup> kein Argument für die Unanfechtbarkeit sein. Wenn sie wirklich zu befürchten sein sollte, muss man ihr mit anderen Mitteln begegnen.

## 2. *Mündliche Verhandlung*

Was ist nun zur mündlichen Verhandlung zu sagen, die nach § 522 Abs. 2 ZPO auch auf der Strecke bleibt? Das Anliegen des ZPO-Reformgesetzgebers, die Arbeitskraft der Richter auf substanzvolle Berufungen zu konzentrieren, wenn es um wirklich aussichtslose und klar liegende Fälle geht, ist verständlich. Das Bedürfnis der Berufungsgerichte, nicht in allen Fällen wertvolle Arbeitskraft auf Terminsabstimmung zu verwenden, ist nicht von der Hand zu weisen. Darin liegt auch die eigentliche Entlastung. Denn man muss davon ausgehen, dass die Berufungsgerichte in allen Fällen die Berufungsaussichten schulmäßig und vollständig durchprüfen; diese Arbeit kann ihnen niemand ersparen. Deswegen kann die Belastung, die einzusparen oder zu mindern wäre, nur in der mündlichen Verhandlung und der für sie notwendigen Abstimmung liegen. Immerhin müsste in etwa 8.000 zusätzlichen Fällen mündlich verhandelt werden, wenn man nur auf die Oberlandesgerichte blickt.<sup>13</sup>

Unter den in § 522 ZPO formulierten Voraussetzungen ist eine mündliche Verhandlung verzichtbar. Wenn man die Anfechtbarkeit erreichen möchte, muss man sich für diese Lösung entscheiden. Betrüblerweise ist wenig wahrscheinlich, dass man als Anwalt in einer mündlichen Verhandlung das durchsetzen kann, was einem mit schriftsätzlichen Darlegungen nicht durchzusetzen gelungen ist. Das, was man in einem solchen Fall zu sagen und zu schreiben hat, ist in der nächsten Instanz besser aufgehoben.

Schließlich: Die Diskussion um die Zulassungsberufung wird leider ganz schnell wieder aufleben, wenn den Berufungsgerichten nicht die Möglichkeit verbleibt, in manchen Fällen "robuster" zu verfahren. Diese Zweiklassengesellschaft in der Berufung ist zwar nicht schön, sie ist aber hinnehmbar, wenn die Angehörigen der „zweiten Klasse“ überhaupt eine Anfechtungsmöglichkeit haben.

## **Gestaltung der Reform**

Wie soll also die Lösung aussehen, die in bestimmten Fällen den Verzicht auf die mündliche Verhandlung akzeptiert, nicht aber die Unanfechtbarkeit?

### 1. *Nichtzulassungsbeschwerde statt Rechtsbeschwerde*

In der Diskussion ist die Eröffnung der Rechtsbeschwerde mit der dazugehörigen Anpassung von § 26 EGZPO.<sup>14</sup> Das ist der erste Vorschlag. Andere schlagen vor – das ist der zweite Vorschlag –, die Regelung der VwGO zu übernehmen.<sup>15</sup> Denn im Verwaltungsprozessrecht kann das Oberverwaltungsgericht die Berufung gemäß § 130a S. 1 VwGO durch Beschluss erledigen, wenn es sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung für nicht erforderlich hält. Der unterlegenen Partei steht dann nach §§ 130a S. 2, 125 Abs. 2 S. 3 VwGO das Rechtsmittel zu, das zulässig wäre, wenn das Gericht durch Urteil entschieden hätte. Da man hinzudenken darf, dass das Berufungsgericht in einem solchen Fall die Revision nicht zugelassen hätte, wäre die Nichtzulassungsbeschwerde eröffnet.

<sup>12</sup> Dazu unten IV. 2.

<sup>13</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.1 – eigene Auswertung für 2005-2008.

<sup>14</sup> So der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag, BT-Drs.16/11457.

<sup>15</sup> Vgl. etwa Krüger, NJW 2008, 945, 947; Bornkamm, FS Krämer, 2009, S. 425, 438.

Der zweite Vorschlag ist vorzugswürdig. Er ist schon deshalb stimmiger, weil er daran anknüpft, dass der Beschluss, um dessen Anfechtbarkeit es geht, urteilsvertretenden Charakter hat. Außerdem sind die Nichtzulassungsbeschwerde und das dafür vorgesehene Verfahren besser geeignet, dem Bundesgerichtshof eine abschließende Sachentscheidung zu ermöglichen, wenn die Sache ansonsten entscheidungsreif ist.

Mit einer „Verdoppelung“ der Verfahren wäre nämlich niemandem gedient. Dass eine solche Verdoppelung einträte, war ja gerade ein Einwand gegen die bloße Einführung der Rechtsbeschwerde. Man ging davon aus, dass der Bundesgerichtshof nur die Entscheidung des Berufungsgerichts korrigieren könne, nicht durch mündliche Verhandlung entschieden zu haben, und dass das Berufungsgericht darum nach einer Aufhebung seines Beschlusses durch den Bundesgerichtshof durch Urteil entscheiden müsse, das dann mit der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde anfechtbar wäre.<sup>16</sup> Wenn man die Nichtzulassungsbeschwerde wie in der VwGO eröffnet, wäre einer solchen Verdoppelung der Verfahren wirkungsvoll zu begegnen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>17</sup> müssen urteilsvertretende Beschlüsse nämlich erkennen lassen, welche Überlegungen für die richterliche Überzeugungsbildung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht maßgebend gewesen sind. Sie müssen also dem Rechtsmittelgericht die Nachprüfung der Entscheidung auf ihre inhaltliche Richtigkeit in prozessrechtlicher und materiellrechtlicher Hinsicht ermöglichen.

Die Erwartung, dass der Bundesgerichtshof die Dinge für den Zivilprozess ebenso sehen wird, scheint sehr realistisch. Deshalb kann man auf eine gesetzliche Regelung verzichten, welche Anforderungen ein urteilsvertretender Beschluss enthalten muss. Fehlt einem solchen urteilsvertretenden Beschluss das, was zur Überprüfung im Beschwerdeverfahren notwendig ist, kann darin auch ein Grund für die Zulassung der Revision liegen. Das entspricht jedenfalls der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Anforderungen an ein Berufungsurteil.<sup>18</sup>

## 2. *Ausblick*

Wer die Beschlusszurückweisung anfechtbar gestalten möchte, muss sich der Frage nach den Auswirkungen stellen, auch wenn die denkbare Mehrbelastung des Bundesgerichtshofs – wie bereits angesprochen –<sup>19</sup> kein Grund sein kann, es bei der Unanfechtbarkeit zu belassen.

Daher interessiert, mit was für einer Fallzahl der Bundesgerichtshof es voraussichtlich zu tun hätte.

Im Streitwertsegment oberhalb von 20.000 € werden schätzungsweise im Bundesdurchschnitt gerade einmal 4.000 Verfahren jährlich durch Beschlusszurückweisung erledigt. Durchschnittlich werden nämlich von allen Berufungsverfahren<sup>20</sup> etwa 14 % nach § 522 Abs. 2 ZPO behandelt.<sup>21</sup> Wenn man die Anfechtbarkeit nur für diejenigen Berufungskläger vorsieht, die mit mehr als

<sup>16</sup> Vgl. etwa BRAK, Stellungnahme Nr. 5/2009 zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Änderung der ZPO (§ 522) v. 17.12.2008 (BT-Drs. 16/11457), abrufbar über [www.brak.de](http://www.brak.de), S. 4, 5; Bornkamm, FS Krämer, 2009, S. 425, 438.

<sup>17</sup> BVerwG, Beschluss v. 09.06.2008 – 10 B 149/07, Umdruck, Rn. 3, m.w.N.

<sup>18</sup> Vgl. etwa BGH, Beschluss v. 26.01.2006 – V ZR 119/05, Umdruck, S. 2; Beschluss v. 12.02.2004 – V ZR 125/03, WM 2004, 2223, 2225.

<sup>19</sup> Vgl. oben unter III. 1. d).

<sup>20</sup> Bei den Oberlandesgerichten sind dies insgesamt – in allen Streitwertsegmenten – durchschnittlich etwa 58.000 Verfahren jährlich, vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.1 – eigene Auswertung für 2002-2008.

<sup>21</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.2 – eigene Auswertung für 2004-2008.

20.000 € beschwert sind und daher die Beseitigung einer Beschwer erstreben können, die 20.000 € übersteigt, hat man es mit etwa 50 % aller durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigten Verfahren<sup>22</sup> zu tun oder – in absoluten Zahlen – mit etwa 4.000 Verfahren,<sup>23</sup> wobei zugrunde gelegt ist, dass der Anteil aller Beschlusszurückweisungen über die Streitwerte hinweg in etwa gleich ist.

Was bedeuten diese Zahlen für den Bundesgerichtshof? Derzeit werden aus durchschnittlich etwa 29.000 Verfahren,<sup>24</sup> die als Revisionen oder Nichtzulassungsbeschwerden zum Bundesgerichtshof gelangen könnten, ca. 2.900 Verfahren;<sup>25</sup> das entspricht einem Anteil von 10 %. Mit mehr als 10 % der durch Beschlusszurückweisung erledigten Verfahren – in absoluten Zahlen: 400 –<sup>26</sup> ist also von vornherein nicht zu rechnen. Tatsächlich dürfte von einem noch wesentlich geringeren Anteil auszugehen sein. Denn der Berufungskläger, dessen Berufung durch Beschluss zurückgewiesen worden ist, wird nicht in dem Umfang von der Anfechtungsmöglichkeit Gebrauch machen, wie es Berufungskläger und Berufungsbeklagte tun, die durch ein Berufungsurteil beschwert werden. Wenn man danach von der Hälfte ausgeht, käme auf den Bundesgerichtshof eine sehr überschaubare Anzahl von weiteren Fällen zu. Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwälte sicher in vielen Fällen der Beschlusszurückweisungen, die zu ihnen gelangen, von der Durchführung des Verfahrens abraten müssen.

Nach allem sind jedenfalls derzeit keine weiteren Maßnahmen erforderlich, um der Belastung des Bundesgerichtshofs entgegenzuwirken. Insbesondere wäre es verfrüht, die Anfechtbarkeit inhaltlich zu beschränken<sup>27</sup> oder sie erst ab einer bestimmten – möglicherweise höheren als der in § 26 Nr. 8 EGZPO genannten – Wertgrenze zu eröffnen.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Schätzung, basierend darauf, dass durchschnittlich 56,4 % aller Verfahren im Streitwertsegment oberhalb von 15.000 € liegen, vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O. Tabelle 8.2 – eigene Auswertung für 2002-2008.

<sup>23</sup> 50 % der rund 8.000 (14 % von 58.000) durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigten Verfahren.

<sup>24</sup> Anzahl der Berufungsverfahren im Streitwertsegment oberhalb von 20.000 €, also 50 % der jährlich etwa 58.000 Verfahren, vgl. oben Fn. 20, 22.

<sup>25</sup> Vgl. Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2008; ders., Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2009.

<sup>26</sup> 10 % der 4.000 nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigten Verfahren im Streitwertsegment oberhalb von 20.000 €, vgl. Fn. 23.

<sup>27</sup> Die damit verbundenen Schwierigkeiten liegen auf der Hand; etwa wurde vorgeschlagen, die beschwerte Partei solle nur rügen können, dass das Gericht den Anspruch auf rechtliche Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat oder dass es die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO willkürlich bejaht hat; vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 5/2009, a.a.O., S. 7.

<sup>28</sup> Mit einer Anhebung der Wertgrenze auf 40.000 € wäre nicht besonders viel gewonnen; sie würde nur dazu führen, dass der Bundesgerichtshof mit etwa 3 % weniger Fällen belastet wäre: Denn der Anteil der Verfahren mit einem Streitwert über 20.000 € bis 40.000 € macht geschätzt etwa 20 % aus; diese Schätzung basiert darauf, dass nach dem verfügbaren statistischen Material der prozentuale Anteil der Verfahren mit einem Streitwert bis 15.000 € etwa 45 % und der Anteil der Verfahren mit einem Streitwert zwischen 15.000 € und 50.000 € etwa 30 % beträgt (vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.2 – eigene Auswertung für 2002-2008). Wenn man die Grenze auf 40.000 € heraufsetzten würde, könnten also in weiteren 20 % der Fälle zwar immer noch Beschlusszurückweisungen ergehen, die aber nicht mehr anfechtbar wären. Geht man davon aus, dass die Beschlusszurückweisungen sich auf alle Streitwerte gleichmäßig verteilen, würde der Bundesgerichtshof mit etwa 14 % (vgl. Fn. 21) dieser 20 % weniger belastet – das sind die genannten 3 %.

### **III. Ergebnis**

Die Unanfechtbarkeit der Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO muss daher abgeschafft werden. Die Anfechtbarkeit kann sich das System leisten, ohne ernsthaft in Bedrängnis zu geraten. Die volle Wiederherstellung des früheren Rechtszustands ist ohnehin nicht erreichbar. Daher sollten wir uns auf das Wesentliche konzentrieren, das auch machbar ist.