

Berlin, im Dezember 2010

Stellungnahme Nr. 73/10

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Zivilverfahrensausschuss**

**zu dem  
Referentenentwurf für ein  
Gesetz zur Änderung des § 522 der  
Zivilprozessordnung**

**R A 2 – zu 3700/26 – R1 744/2010**

Mitglieder des Zivilverfahrensausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Hirtz (Vorsitzender und Berichterstatter)

Rechtsanwalt Hartmut Braunschneider

Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling

Rechtsanwalt Curt Engels

Rechtsanwalt Dr. Carsten A. Salger

Rechtsanwalt am BGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

## Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Die Linke-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Steuerberaterverband
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V.
- Redaktion NJW
- ver.di, Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
- Deutsche Anwaltakademie

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## I.

Der DAV bleibt bei seiner grundsätzlichen Haltung, dass eine Abschaffung von § 522 Abs. 2 und 3 ZPO wünschenswert ist. Die Beobachtungen in der Praxis lassen einen Einsparungseffekt nicht erkennen. Die Einführung der Beschlusszurückweisung dürfte auch nicht zu einem Beschleunigungseffekt in diesem Verfahren geführt haben. Es entspricht vielmehr anwaltlicher Erfahrung, dass Verfahren gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zeitlich länger dauern als „normale“ Berufungsverfahren, weil der Berichterstatter nicht durch den anberaumten Verhandlungstermin zeitlich unter Druck gesetzt ist.

Mindestens ist eine Regelung erforderlich, die dem Berufungsführer die Möglichkeit gibt, nach Eingang des Hinweises gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO Antrag auf mündliche Verhandlung zu stellen, dem das Berufungsgericht folgen muss.

## II.

1. Der Entwurf führt für Zurückweisungsbeschlüsse mit einer Beschwer über € 20.000,00 das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde ein. Das wird ausdrücklich begrüßt. Das Einstimmigkeitskriterium war und ist kein taugliches Differenzierungskriterium für Rechtsmittelmöglichkeiten. Zu Recht weist die Entwurfsbegründung auf die unterschiedliche und uneinheitliche Handhabung des § 522 Abs. 2 ZPO hin. Zu Recht will der Entwurf im höheren Streitwertsegment die Anfechtbarkeit von Berufungsurteil und Zurückweisungsbeschluss in gleicher Weise ausgestalten.

2. Obwohl § 522 Abs. 2 ZPO bislang schon als zwingende Vorschrift ausgestaltet war, ist es zu der vom Entwurf erwähnten uneinheitlichen Handhabung gekommen. Der Ansatz des Entwurfs, den zwingenden Charakter zu unterstreichen, führt daher in die falsche Richtung, weil damit die uneinheitliche Handhabung ersichtlich nicht verhindert werden kann. Vielmehr sollte entsprechend der Rechtswirklichkeit § 522 Abs. 2 ZPO zu einer fakultativ anwendbaren Norm umgestaltet werden, um auch dann mündlich verhandeln zu können, wenn das Rechtsmittel auf erste Sicht als aussichtslos erscheint und eine Revision nicht zuzulassen ist.

Das im Entwurf vorgesehene Kriterium, „dass eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist“, wird in der Praxis nicht helfen. Denn nach dem Erfahrungshorizont vieler Richter ist eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich, wenn die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat. Es gibt Berufungsverfahren, in denen der Streit der Parteien über ihre Positionen als solcher von der ersten Instanz richtig entschieden worden ist, während gleichzeitig auf der Hand liegt, dass die Einbeziehung sonstiger Interessen der Parteien eine einvernehmliche Lösung nahe legt. Die Erreichung möglichst hoher Akzeptanz des gerichtlichen Verfahrens einerseits und die Wahrscheinlichkeit der Herbeiführung einer vergleichswisen Beilegung des Rechtsstreits andererseits sind aber Überlegungen, die für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung auch dann sprechen, wenn die Berufung als aussichtslos erscheint.

Es wird daher vorgeschlagen, § 522 Abs. 2 Satz 1 wie folgt zu formulieren:

„Das Berufungsgericht kann die Berufung durch einstimmigen Beschluss unverzüglich zurückweisen, wenn es davon überzeugt ist, dass

1. die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat,
2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat,
3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert und
4. eine mündliche Verhandlung nicht zweckmäßig ist.“

3. Der DAV hält es indessen für erforderlich, den Gesetzesentwurf um ein weiteres Element zu ergänzen. Dem Berufungsführer muss die Möglichkeit gegeben werden, Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu stellen, wenn bei ihm der Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür eingegangen ist. Einem solchen Antrag muss das Berufungsgericht alsdann Folge leisten.

Für eine solche Antragsmöglichkeit sprechen wesentliche Gründe:

- a) Das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde kann nur die beiden Revisionszulassungsgründe erfassen, nicht aber die schlichte Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung sowie eine etwa ergänzende Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht rügen. Die Erfahrung zeigt, dass im Rechtsgespräch solche Gründe eher zu vermitteln sind als in einem lediglich schriftlichen Verfahren.
- b) Der Berufungsführer, der durch den ersten Hinweis des Berufungsgerichts gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 BGB noch nicht überzeugt werden konnte, kann sich auch auf eine schriftliche Stellungnahme ohne Antrag auf mündliche Verhandlung beschränken. Ohnehin verbleibt wegen des Hinweises gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO der Vorteil einer kostengünstigen Beendigung des Berufungsrechtszugs durch Berufungsrücknahme.
- c) Kommt es auf Antrag des Berufungsführers zur mündlichen Verhandlung, kann diese zu einer einvernehmlichen Regelung des Rechtsstreits genutzt werden. Vielfach wird auch eine solche mündliche Verhandlung noch zur Rücknahme der Berufung führen. Damit wird zugleich das Revisionsgericht entlastet, da vor der Nichtzulassungsbeschwerde ein weiterer wirksamer Filter eingebaut wird.

Erfahrene Praktiker des Berufungsrechts aus Richterschaft und Anwaltschaft bevorzugen ohnehin die Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung, die sich im Rahmen einer mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ergeben können. Jenseits der Revisionszulassungsgründe wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung auf Antrag hin zu mehr Einzelfallgerechtigkeit führen.

Es wird vorgeschlagen, im Rahmen der erwogenen Neufassung des § 522 Abs. 2 ZPO die Sätze 3 bis 5 der Vorschrift wie folgt zu fassen:

„Das Berufungsgericht oder der Vorsitzende hat zuvor die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen und dem Berufungsführer binnen einer zu bestimmenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der Beschluss in Abs. 1 ist zu begründen, soweit die Gründe für die Zurückweisung nicht bereits in dem Hinweis nach Satz 2 enthalten sind. Stellt der Berufungsführer innerhalb der Stellungnahmefrist Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung, ist gemäß § 523 ZPO Termin zu bestimmen.“

4. Soweit eine Entlastung des BGH für erforderlich gehalten wird, kommen ergänzende Überlegungen im Bereich zulassungsfreier Rechtsbeschwerden in Betracht.