

**„Kritische Gedanken zur Beschlusszurückweisung in der
Berufung nach § 522 II ZPO“**

**Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln**

vorgelegt von

Jan Möller

aus: Leverkusen

Referent:

Prof. Dr. Hanns Prütting

Korreferent:

Prof. Dr. Christian Katzenmeier

Tag der mündlichen Prüfung:

16.3.2009

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis:.....	VI
A) Einleitung.....	1
B) Der Zivilprozess.....	4
I) Abgrenzung Zivilrecht/Zivilprozessrecht.....	4
II) Prozesszweck.....	7
1) Individualrechtsschutz.....	8
2) Die Bewahrung des objektiven Rechts.....	10
3) Weitere Prozesszwecke.....	12
a) Rechtsfrieden und Konfliktlösung.....	12
b) Rechtsklarheit und Rechtsfortbildung.....	14
c) Rechtskonkretisierung.....	16
d) Wahrheitszweck.....	17
4) Verhältnis der grundlegenden Ansichten über den Prozesszweck in der heutigen ZPO.....	18
III) Die Geschichte des Zivilprozessrechts.....	21
1) Der römische Zivilprozess.....	23
a) Frühgeschichte.....	24
b) Legisaktionen- und Formularprozess.....	25
aa) Das Verfahren „in iure“.....	25
bb) Das Verfahren „apud iudicem“.....	27
cc) Das Kognitionsverfahren.....	27
2) Der germanische Prozess.....	29
3) Der italienisch-kanonische Zivilprozess.....	30
4) Die Rezeption und der gemeine deutsche Zivilprozess.....	33
5) Reformen der deutschen Einzelstaaten.....	36
6) Die Entstehung einheitlichen Prozessrechts durch die Reichsjustizgesetze.....	37
7) Änderungen der CPO durch verschiedene Novellen.....	39
8) Zwischenergebnis.....	42
C) Der durch das ZPO-RG neu eingefügte § 522 ZPO.....	42
I) Geschichtliche Entwicklung des Rechtsmittelrechts bis in das Jahr 2001.....	43

II) Rechtsmittelzwecke.....	49
III) Die Rechtslage der Berufung im Jahre 2001 und deren Reform durch das ZPO- RG	52
D) § 522 ZPO als „neue“ Norm in einem „neuen“ Rechtsmittel der Berufung.....	56
I) Entstehungsgeschichte des § 522 ZPO im speziellen.....	57
II) Die Verwerfung unzulässiger Berufungen nach § 522 Absatz I ZPO	59
1) Die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO	61
a) Das Verhältnis von Zulässigkeit und Begründetheit	61
b) Die Prüfung von Amts wegen	63
c) Beweisfragen.....	64
d) Die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen	66
aa) Statthaftigkeit	67
aaa) Berufungsfähige Entscheidungen.....	68
bbb) Zeitliche Grenzen der Statthaftigkeit.....	69
ccc) Berufungsfähige Beteiligte.....	70
bb) Beschwer	70
aaa) Grundsätzliches zur Beschwer	71
bbb) Zulässigkeitschranken.....	72
.1) Die wertmäßige Zulässigkeitschranke des § 511 Absatz II Nr.1 ZPO.....	72
.2) Die Zulassungsberufung des § 511 Absatz II Nr.2 ZPO iVm § 511 Absatz IV ZPO	73
cc) Form und Frist.....	74
aaa) Form	74
bbb) Frist.....	76
dd) Begründung	76
aaa) Berufungsanträge	77
bbb) Rechtliche und tatsächliche Berufungsgründe	78
ccc) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel	79
ee) Die besonderen Voraussetzungen des § 513 Absatz II ZPO und des § 514 Absatz II ZPO	80
ff) Das unter Umständen entfallende Rechtsschutzbedürfnis für die Berufung	82

gg) Verzicht auf die Berufung und Zurücknahme der Berufung.....	84
aaa) Der Verzicht auf die Berufung nach § 515 ZPO	84
bbb) Die Zurücknahme der Berufung nach § 516 ZPO.....	86
2) Die Beschlussverwerfung nach den § 522 Absatz I Satz 2 und Satz 3 ZPO	88
a) Rechtliches Gehör	88
b) Die Entscheidung über die Zulässigkeit	92
aa) Entscheidungsform.....	92
bb) Zuständigkeit	94
cc) Zeitpunkt und Rechtskraft der Entscheidung.....	95
dd) Bindungswirkung der Entscheidung und eine eventuelle Gegenvorstellung	96
3) Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss nach § 522 Absatz I Satz 4 ZPO	99
a) Die Anfechtung von Verwerfungsurteilen.....	99
b) Die Anfechtung von Verwerfungsbeschlüssen.....	100
III) Die Zurückweisung substanzloser Berufungen nach § 522 Absatz II ZPO	103
1) Spezielle Auslegungsmethode unbestimmter Rechtsbegriffe im Prozessrecht? .	103
a) Gebot einer materiell-rechtsfreundlichen Auslegung	105
b) Verbot von Wortformalismus	106
c) Verbot übertriebener Form- und Fristenstrenge	107
d) Gebot eines zweckmäßigen und kostengünstigen Verfahrens.....	107
e) Gebot einer verfassungskonformen, insbesondere grundrechtsfreundlichen Auslegung	108
f) Analogien im Prozessrecht.....	108
2) Ermessen des Berufungsgerichts hinsichtlich des Vorgehens nach § 522 Absatz II ZPO?.....	109
3) Voraussetzungen für die Zurückweisung nach § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 – 3 ZPO	114
a) Mangelnde Erfolgsaussicht gemäß § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1	114
aa) Auslegung der „mangelnden Erfolgsaussicht“	115
aaa) Rechtliche Gründe.....	119
bbb) Tatfragen.....	121
.1) Die Voraussetzungen des § 529 ZPO.....	122
(aa) Grundsätzliche Bindung gemäß § 529 Absatz I Nr.1 1.Halbs. ZPO	123

(bb) Wegfall der Bindung infolge von Zweifeln gemäß § 529 Absatz I Nr.1 2.Halbs. ZPO.....	127
(cc) Neue Tatsachen nach § 529 Absatz I Nr.2, 530, 531, 533 ZPO.....	136
(dd) Rügeabhängige und rügeunabhängige Fehlerprüfung gemäß § 529 Absatz II ZPO	146
.2) Auswirkungen der erläuterten berufsrechtlichen Systematik auf die Entscheidung des Berufungsgerichtes im Rahmen des Zurückweisungsverfahrens nach § 522 Absatz II ZPO.....	149
.3) Der Grundsatz des Verbotes von Beweisantizipationen	151
b) Keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß § 522 Absatz II Nr.2 ZPO.....	154
c) Kein Erfordernis einer berufsgerichtlichen Entscheidung wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung	155
4) Das Verfahren der Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO.	159
a) Einstimmigkeit des Beschlusses	160
b) Rechtliches Gehör.....	160
c) Anwendung der Grundsätze des Novenrechts auf das Verfahren nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO	162
d) Zeitpunkt für den Erlass der Entscheidung.....	164
e) Entscheidung im schriftlichen Verfahren	166
f) Teilzurückweisung	167
g) Kosten und Vollstreckbarkeit	169
IV) Die Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 Absatz III ZPO	170
1) Die Entstehung außerordentlicher Rechtsbehelfe bis 2001	170
2) Die Entwicklung dieser außerordentlichen Rechtsbehelfe von 2002 bis 2004 ...	173
3) Der momentane Entwicklungsstand der außerordentlichen Rechtsbehelfe ab 2005 und deren Anwendbarkeit auf Beschlüsse nach § 522 Absatz II ZPO	177
E) Stellungnahme und Ausblick.....	188
I) Verfassungsrechtliche Problematik	189
1) Die Rechtsprechung des BVerfG.....	190

2) Weitere verfassungsprozessuale Dimension.....	205
II) Systematische Gesichtspunkte	208
1) Allgemeine rechtsmittelzweckorientierte Betrachtung des Zurückweisungsverfahrens	209
2) Untersuchung der Unanfechtbarkeit des § 522 Absatz III ZPO aus revisionsrechtlichem Blickwinkel.....	216
a) Allgemeiner Zielkonflikt mit den Vorstellungen des Gesetzgebers bezüglich der Neustrukturierung der Revision	217
b) Konkrete Auswirkungen dieser systematischen Fehlsteuerungen durch unanfechtbare Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Absatz II, III ZPO.....	222
III) Verfahrensgerechtigkeit.....	225
IV) Zielkonflikt mit der gesetzgeberischen Vorstellung einer stärkeren Berücksichtigung gütlicher Streitbeilegung.....	229
V) Abschließende Bewertung der unanfechtbaren Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II, III ZPO	234

Literaturverzeichnis:

- Baumbach, Adolf /
Lauterbach, Wolfgang „Zivilprozessordnung“
München, 66.Auflage 2008
(zit.: Bearbeiter in: Baumbach/Lauterbach; §, Rn.)
- Baumgärtel, Gottfried „Die Grenze für eine Zulassung der Gegenvorstellung
Gegen eine letztinstanzliche Beschwerdeentscheidung“
in: MDR 1968, S.970 – 973
(zit.: Baumgärtel in: MDR 1968, S.)
- Baumgärtel, Gottfried „Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffen-
Gleichheit und der fairen Prozeßführung im zivilprozessualen
Beweisrecht“
in: Festschrift für Matscher, S.29 – 47
Wien, 1993
(zit.: Baumgärtel in: FS Matscher 1993, S.)
- Baur, Fritz „Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im
Zivilprozess“
In: ZZP 66 (1953), S.209 – 224
(zit.: Baur in: ZZP 66 (1953), S.)
- Behrends, Okko „Der Zwölftafelprozess“
Göttingen, 1974
(zit.: Behrends; Der Zwölftafelprozess, S.)
- Benda, Ernst „Formerfordernisse im Zivilprozess und das Prinzip
der Fairneß“
in: ZZP 98 (1985), S.365 – 377
(zit.: Benda in: ZZP 98 (1985), S.)

- Bettermann, Karl August „Hundert Jahre Zivilprozessordnung“
in: ZZZP 91 (1978), S.365 – 397
(zit.: Bettermann in: ZZZP 91 (1978), S.)
- Blomeyer, Arwed „Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren“
Berlin, 2.Auflage 1985
(zit.: Blomeyer; Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, §)
- Bötticher, Eduard „Prozessrecht und materielles Recht“
in: ZZZP 85 (1972), S.1 – 29
(zit.: Bötticher in: ZZZP 85 (1972), S.)
- Bötticher, Eduard „Gleichbehandlung und Waffengleichheit. Überlegungen
zum Gleichheitssatz“
Heidelberg, 1979
(zit.:Bötticher; Gleichbehandlung und Waffengleichheit, S.)
- Brehm, Wolfgang „Rechtsfortbildungszweck des Zivilprozesses“
in: FS für Schumann, S.57ff
Tübingen, 2001
(zit.: Brehm in: FS Schumann 2001, S.)
- Busse, Felix „Reform des Zivilprozesses. Hier:Ergänzende Stellung-
nahme des Deutschen Anwalt Vereines (DAV)“
in: AnwBl 2000, S.518 – 523
(zit.: Busse in: AnwBl 2000, S.)
- Bülow, Oskar „Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozess-
voraussetzungen“
Aalen, 1868
(zit.: Bülow; Prozesseinreden und –voraussetzungen, S.)

- Bülow, Oskar
„Gesetz und Richteramt“
Leipzig, 1885
(zit.: Bülow; Gesetz und Richteramt, S.)
- Coing, Helmut
„Zur Geschichte des Privatrechtssystems“
Frankfurt a.M., 1962
(zit.: Coing in: Zur Geschichte des Privatrechtssystems, S.)
- Crückeberg, Harald
„Unstreitige neue Tatsachen in zweiter Instanz“
in: MDR 2003, S.10 – S.12
(zit.: Crückeberg in: MDR 2003, S.)
- Crückeberg, Harald
„Tatsachenfeststellungen im Urteil der ersten Instanz“
in: MDR 2003, S.199 -. S.201
(zit.: Crückeberg in: MDR 2003, S.)
- Däubler-Gmelin, Herta
„Justizreform“
in: ZRP 2000, S.457 – 463
(zit.: Däubler-Gmelin in: ZRP 2000, S.)
- de Boor, Hans-Otto
„Die Auflockerung des Zivilprozesses“
Tübingen 1939
(zit.: de Boor; Die Auflockerung des Zivilprozesses, S.)
- Deubner, Karl
„Aktuelles Zivilprozessrecht“
in: JuS 2005, S.223 - 228
(zit.: Deubner in: JuS 2005, S.)
- Endemann, Wilhelm
„Deutsches Zivilprozessrecht“
Heidelberg, 1868
(zit.: Endemann; Deutsches Zivilprozessrecht, S.)

- Eisenhardt, Ulrich „Deutsche Rechtsgeschichte“
München, 4.Auflage 2004
(zit.: Eisenhardt; Deutsche Rechtsgeschichte, Rn.)
- Fasching, Hans W. „Lehr- und Handbuch des österreichischen Zivilprozess-
rechts für Studium und Praxis“
Wien, 2.Auflage 1990
(zit.: Fasching; Lehrbuch des österreichischen Zivilprozess-
rechts, S.)
- Fölsch, Peter „Die Berufungszurückweisung durch Beschluss im
Blickpunkt aktueller Rechtsprechung“
in: NJW 2006, S.3521 – S.3524
(zit.: Fölsch in: NJW 2006, S.)
- Fölsch, Peter „ZPO-Änderungen durch das 1. Justizmodernisierung-
gesetz 2004“
in: MDR 2004, S.1029 - 1034
(zit.: Fölsch in: MDR 2004, S.)
- Gaier, Reinhard „Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung
des BGH“
in: NJW 2004, S.2041 – S.2046
(zit.: Gaier in: NJW 2004, S.)
- Gaier, Reinhard „Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens“
in: NJW 2004, S.110 – S.113
(zit.: Gaier in: NJW 2004, S.)
- Gaul, Friedhelm „Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses“
in: AcP 168 (1968), S.27 – 62
(zit.: Gaul in: AcP 168 (1968), S.)

- Grunsky, Wolfgang „Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO“
in: NJW 2002, S.1700 - S.1702
(zit.: Grunsky in: NJW 2002, S.)
- Hahn, Carl /
Mugdan, Benno „Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Abteilung 1 und 2: Materialien zur Zivilprozessordnung“
Berlin, 2.Auflage 1881 (Neudruck Aalen, 1983)
(zit.: Hahn; Materialien zur CPO, Band I, S.)
- Hahne, Meo-Micaela „Die große Zivilprozessrechtsreform – ein Lagebericht“
in: ZRP 1999, S.356 – 358
(zit.: Hahne in: ZRP 1999, S.)
- Hannich, Rolf /
Meyer-Seitz, Christian /
Engers, Martin „ZPO-Reform“
Köln, 2001
(zit.: Hannich/Meyer-Seitz; §, Rn.)
- Heiderhoff, Bettina „Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform“
in: JZ 2003, S.490 – S.496
(zit.: Heiderhoff in: JZ 2003, S.)
- Henckel, Wolfram „Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen“
Rektoratsrede Göttingen, 1966
(zit.: Henckel; Vom gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, S.)
- Henckel, Wolfram „Gedanken zur Entstehung und Geschichte der Zivilprozessordnung“
in: Gedächtnisschrift für Bruns, S.111 – 128
(zit.: Henckel in: GS Bruns 1980, S.)

- Henke, Horst-Eberhard „Ein Mann – ein Wort? Die Auslegung von Prozesshandlungen“
in: ZZP 112 (1999), S.397 – 438
(zit.: Henke in: ZZP 112 (1999), S.)
- Hirtz, Peter „Verhandlungen des Deutschen Juristentages (65.) in Bonn 2004; Band I: Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle“
München, 2004
(zit.: Hirtz; Verhandlungen des 65. DJT 2004, Band I, S.)
- Hommerich, Christoph /
Prütting, Hanns /
Ebers, Thomas /
Lang, Sonja /
Traut, Ludger „Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechtes auf die gerichtliche Praxis – Evaluation ZPO-Reform“
Köln, 2007
(zit.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.)
- Isensee, Josef /
Kirchhof, Paul „Handbuch des Staatsrechts Band III – Demokratie – Bundesorgane“
Heidelberg, 2.Auflage 2005
(zit.: Bearbeiter in: HStR III, §, Rn.)
- Jauernig, Othmar „Materielle Rechtskraft oder innerprozessuale Bindungswirkung eines Verwerfungsbeschlusses nach § 519b II ZPO
in: MDR 1982, S.286
(zit.: Jauernig in: MDR 1982, S.)
- Kahlke, Gerhard „Beschwer und Rechtsschutzbedürfnis im Rechtsmittelverfahren“
in: ZZP 94 (1981), S.413 - 443
(zit.: Kahlke in: ZZP 94 (1981), S.)

- Kaufmann, Horst „Zur Geschichte des actionenrechtlichen Denkens“
in: JZ 1964, S.482 – 489
(zit.: Kaufmann in: JZ 1964, S.)
- Kaser, Max /
Hackl, Karl „Das römische Zivilprozessrecht“
München, 2.Auflage 1997
(zit.: Kaser/Hackl; Das römische Zivilprozessrecht, S.)
- Kelsen, Hans „Reine Rechtslehre“
Aalen, 2.Auflage 1960
(zit.: Kelsen; Reine Rechtslehre, S.)
- Kissel, Otto Rudolf /
Mayer, Herbert „Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar“
München, 5.Auflage 2008
(zit.: Bearbeiter in: Kissel/Mayer; §, Rn.)
- Klein, Franz „Zeit- und Geistesströmungen im Prozess“
Frankfurt, 1901
(zit.: Klein; Zeit- und Geistesströmungen im Prozess, S.)
- Knauer, Christoph /
Wolf, Christian „Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch
das Erste Justizmodernisierungsgesetz – Teil 1: ZPO“
in: NJW 2004, S.2857 – 2865
(zit.: Knauer/Wolf in: NJW 2004, S.)
- Kroeschell, Karl „Rechtsgeschichte – Bad II (1250 – 1650)“
Weimar, 9.Auflage 2007
(zit.: Kroeschell; Rechtsgeschichte, Band II, S.)
- Krüger, Wolfgang „Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 II ZPO –
Ein Zwischenruf“ in: NJW 2008, S.945 – S.947
(zit.: Krüger in: NJW 2008, S.)

- Larenz, Karl
„Methodenlehre der Rechtswissenschaft“
Berlin, 5. Auflage 1983
(zit.: Larenz; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.)
- Leipold, Dieter
„Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen“
in: Festschrift für Fasching, S.329ff.
Wien, 1988
(zit.: Leipold in: FS Fasching 1988, S.)
- Lindacher, Walter
„Nachprüfung fehlerhafter Urteile von Amts wegen“
in: NJW 1967, S.1389
(zit.: Lindacher in: NJW 1967, S.)
- Lindner, Richard
„Ist § 522 Abs.III ZPO verfassungswidrig?“
in:ZIP 2003, S.192 – S.199
(zit.: Lindner in: ZIP 2003, S.)
- Lipp, Volker
„Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit nach
Nach der ZPO Reform 2002“
in: NJW 2002, S.1700 – 1702
(zit.: Lipp in: NJW 2002, S.)
- Lüke, Gerhard /
Wax, Peter
„Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung“
Band 1 (§§ 1 – 354); München, 3.Auflage 2007
Band 2 (§§ 511 – 945); München, 3.Auflage 2007
(zit.: Bearbeiter in: MK; §, Rn.)
- Maunz, Theodor /
Dürig, Günter
„Grundgesetz-Kommentar“
(Loseblattsammlung)
Band III (Art.17 – 27)
Band V (Art.70 – 99)
Band VI (Art.100 – 146)
(zit.: Bearbeiter in: Maunz/Dürig; Art., Rn.)

- Maurer, Hartmut „Rechtsstaatliches Prozessrecht“
in: Festschrift BVerfG 2001
(zit.: Maurer in: FS BVerfG, S.)
- Musielak, Hans-Joachim „Kommentar zur Zivilprozessordnung“
München, 5.Auflage 2007
(zit.: Bearbeiter in: Musielak; §, Rn.)
- Musielak, Hans-Joachim „Neue Fragen im Zivilverfahrensrecht“
in: JuS 2002, S.1203 – 1207
(zit.: Musielak in: JuS 2002, S.)
- Müller, Hans-Friedrich „Abhilfemöglichkeiten bei der Verletzung des Anspruches
auf rechtliches Gehör nach der ZPO Reform“
in: NJW 2002, S.2743 – 2747
(zit.: Müller in: NJW 2002, S.)
- Meller-Hannich, Caroline „Zur Präklusion der Verjährungseinrede in der Berufungs-
Instanz“
in: NJW 2006, S.3385 – S.3388
(zit.: Meller-Hannich in: NJW 2006, S.)
- Nassall, Wendt „Irrwege.Wege Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH“
in: NJW 2003, S.1345 – S.1350
(zit.: Nassall in: NJW 2003, S.)
- Nörr, Knut Wolfgang „Hauptthemen legislatorischer Zivilprozessreformen
Im 19. Jahrhundert“
in: ZZP 87 (1974), S.277 – 283
(zit.: Nörr in: ZZP 87 (1974), S.)

- Pantle, Norbert „Zur Einheitlichkeit des Verfahrens bei mehrfacher
Berufungseinlegung“
in: NJW 1988, S.2773 – 2776
(zit.: Pantle in: NJW 1988, S.)
- Pawlowski, Hans-Martin „Die Aufgabe des Zivilprozesses“
in: ZJP 80 (1967), S.345 – 391
(zit.: Pawlowski in: ZJP 80 (1967), S.)
- Piekenbrock, Andreas „Nichtannahme der Berufung? – Kritische Gedanken zu
§ 522 ZPO“ in: JZ 2002, S.540 – S.548
(zit.: Piekenbrock in: JZ 2002, S.)
- Peters, Egbert „Die Bestandskraft von Beschlüssen – ein Problem auch
nach der Reform der ZPO“
in: Festschrift für Geimer
München, 2002
(zit.: Peters in: FS Geimer 2002, S.)
- Peukert, Wolfgang „Verfahrensgarantien und Zivilprozeß (Art.6 EMRK)“
in: RabelsZ 63 (1999), S.600 – S.624
(zit.: Peukert in: RabelsZ 63 (1999), S.)
- Prütting, Hanns „Die Zulassung der Revision“
Erlangen, 1977
(zit.: Prütting in: Die Zulassung der Revision, S.)
- Prütting, Hanns „Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung –
Überlegungen zur Zulässigkeit und zu den Grenzen der
Rechtsfortbildungen mit einem Vorschlag an den Gesetz-
geber“ in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakul-
tät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln 1988
(zit.: Prütting in: FS Uni Köln 1988, S.)

- Prütting, Hanns „Auf dem Weg zu einer europäischen ZPO – dargestellt
am Beispiel des Mahnverfahrens“
in: Festschrift für Gottfried Baumgärtel, S.457ff.
Köln, 1990
(zit.: Prütting in: FS Baumgärtel 1990, S.)
- Prütting, Hanns „Verfahrensgerechtigkeit – Ein Diskurs über materiale
und prozedurale Gerechtigkeit“
in: Festschrift Schiedermaier 2001, S.445 – S.456
(zit.: Prütting in: FS Schiedermaier 2001, S.)
- Prütting, Hanns „Die Strukturen des Zivilprozesses unter Reformdruck
und europäische Konvergenz“
in: Festschrift für Schumann, S.309ff.
Tübingen, 2001
(zit.: Prütting in: FS Schumann 2001, S.)
- Prütting, Hanns „Grundsatzfragen des deutschen Rechtsmittelrechts“
in: Festschrift für Nakamura, S.457ff.
Tokio, 1996
(zit.: Prütting in: FS Nakamura 1996, S.)
- Prütting, Hanns „Die materielle Prozessleitung“
in: Festschrift für Musielak, S.397ff.
München, 2004
(zit.: Prütting in: FS Musielak 2004, S.)
- Prütting, Hanns „Kurzkommentar zu BGH, Beschl. vom 7.3.2002
- IX ZB 11/02“
in: EWiR 2002, S.835 – S.836
(zit.: Prütting in: EWiR, § 574 ZPO 1/02, S.)

- Prütting, Hanns „Anmerkung zum Beschluss des Plenums des BVerfG vom
11.6.1980“ in: ZZP 95 (1982), S.76 – S.84
(zit.:BVerfG ZZP 95 (1982), S. mit Anmerkung von
Prütting)
- Prütting, Hanns „Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der
Gesetzgebung“
in: NJW 1980, S.361ff.
(zit.: Prütting in: NJW 1980, S.)
- Putzo, Hans „Die Vereinfachungsnovelle“
in: NJW 1977, S.1 – 10
(zit.: Putzo in: NJW 1977, S.)
- Rein, Wilhelm „Das Privatrecht und der Zivilprozess der Römer“
Leipzig, 1858
(zit.: Rein; Das Privatrecht und der Zivilprozess der
Römer, S.)
- Rimmelpacher, Bruno „Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz“
in: ZZP 107 (1994)
(zit.: Rimmelpacher in: ZZP 107 (1994), S.)
- Rimmelpacher, Bruno „Von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrensmängel im Zivilprozess“
in: Festschrift Beys 2003, S.1333 – S.1351
(zit.: Rimmelpacher in: FS Beys 2003, S.)
- Rimmelpacher, Bruno „Anmerkung zum BGH Beschl. vom 27.3.2003 V-ZR
291/02“
in: JZ 2003, S.797 – 799
(zit.: Rimmelpacher in: JZ 2003, S.)

- Rimmelspacher, Bruno „Verspätet aber zugestanden: Nova in der Berufungsinstanz
in: Festschrift für Schlosser, S.748 – 759
Tübingen, 2005
(zit.: Rimmelspacher in: FS Schlosser 2005, S.)
- Ritter, Christian „Zur Teleologie der zivilprozessualen Rechtsmittel“
in: JZ 1975, S.360 – 363
(zit.: Ritter in: JZ 1975, S.)
- Roth, Herbert „Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit“ in: JZ 2006, S.9 – S.18
(zit.: Roth in: JZ 2006, S.)
- Roth, Wolfgang „Der Anspruch auf öffentliche Verhandlung nach Art. 6
EMRK im verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelverfahren
in: EuGRZ 1998, S.495 – S.507
(zit.: Roth in: EuGRZ 1998, S.)
- Sauer, Wilhelm „Allgemeine Prozessrechtslehre“
Stuttgart, 1951
(zit.: Sauer; Allgemeine Prozessrechtslehre, S.)
- Schellenberg, Frank „Berufungsverfahren – Der Zurückweisungsbeschluss
Nach § 522 Abs.II ZPO in der gerichtlichen Praxis“
in: MDR 2005, S.610 – S.615
(zit.: Schellenberg in: MDR 2005, S.)
- Schiedermaier, Gerhard „Vereinbarungen im Zivilprozess“
Frankfurt, 1935
(zit.: Schiedermaier, Vereinbarung im Zivilprozess, S.)
- Schneider, Egon „Verfassungswidrigkeit des § 522 Abs.III ZPO“
in: AnwBl 2003, S.193 – S.194
(zit.: Schneider in: AnwBl 2003, S.)

- Schneider, Egon „Die zivilprozessuale Beweisantizipation in der neueren
Rechtsprechung“
in: MDR 1969, S.268 – S.269
(zit.: Schneider in: MDR 1969, S.)
- Schneider, Egon „Beiträge zum neuen Zivilprozessrecht (Teil 1)“
in: MDR 1977, S.793 – 797
(zit.: Schneider in: MDR 1977, S.)
- Schneider, Hans-Peter „Verspätungsrecht im Berufungsverfahren“
in: NJW 2003, S.1434ff.
(zit.: Schneider in: NJW 2003, S.)
- Schumann, Ekkehard „Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess“
in: ZZZ 96 (1983), S.137 – 253
(zit.: Schumann in: ZZZ 96 (1983), S.)
- Schumann, Ekkehard „Die Gegenvorstellung im Zivilprozessrecht“
in: Festschrift für Gottfried Baumgärtel, S.491 - 502
Köln, 1990
(zit.: Schumann in: FS Baumgärtel 1990, S.)
- Schumann, Ekkehard „Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Pro-
zessgesetzes“
in: Festschrift für Larenz
München, 1983
(zit.: Schumann in: FS Larenz 1983, S.)
- Schumann, Ekkehard „Menschenrechtskonvention und Zivilprozess“
in: Festschrift für Schwab
München, 1990
(zit.: Schumann in: FS Schwab 1990, S.)

- Schumann, Claus /
Kramer, Wolfgang
„Die Berufung in Zivilsachen“
München, 6.Auflage 2002
(zit.: Schumann/Kramer; Rn.)
- Sellert, Wolfgang
„Die Reichsjustizgesetze von 1877 – ein gedenkwürdiges
Ereignis ?“
in: JuS 1977, S.781 – 789
(zit.: Sellert in: JuS 1977, S.)
- Sendler, Horst
„Kammermusik II – Kammerrechtsprechung und
gesetzlicher Richter“
in: NJW 1995, S.3291 – 3293
(zit.: Sendler in: NJW 1995, S.)
- Siegel, Wolfram
„Das Berufungsverfahren – Gerichtliche Praxis seit der
Der ZPO-Reform“
in: MDR 2003, S.481 – 482
(zit.: Siegel in: MDR 2003, S.)
- Sprung, Rainer
„Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualis-
tik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht“
in: ZZP 92 (1979), S.4 – 28
(zit.: Sprung in: ZZP 92 (1979), S.)
- Stackmann, Nikolaus
„Fünf Jahre reformiertes Rechtsmittelverfahren im Zivilpro-
zess“ in: NJW 2007, S.9 – S.14
(zit.: Stackmann in: NJW 2007, S.)
- Stein, Friedrich /
Jonas, Martin
„Kommentar zur Zivilprozessordnung“
Band 1 (§§ 1 – 40); Tübingen, 22.Auflage 2003
Band 4 (§§ 228 – 510b); Tübingen, 22.Auflage 2006
Band 5, (§§ 511 – 591); Tübingen; 21.Auflage 1994
(zit.: Bearbeiter in: Stein/Jonas; §, Rn.)

- Ullmann, Eike „Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechts-
beschwerde in Zivilsachen vor dem BGH“
in: WRP 2002, S.593 – 603
(zit.: Ullmann in: WRP 2002, S.)
- Vollkommer, Max „Formenstrenge und prozessuale Billigkeit“
München, 1973
(zit.: Vollkommer; Formenstrenge und prozessuale
Billigkeit, S.)
- Vollkommer, Max „Verfahrensvielfalt oder einheitliches Prozessrecht?“
in: JZ 1987, S.105 – 110
(zit.: Vollkommer in: JZ 1987, S.)
- Vollkommer, Max „Zum Fortbestand der früheren Außerordentlichen
Rechtsbehelfe“
in: FS Beys 2003, S.1697 – 1712
(zit.: Vollkommer in: FS Beys 2003, S.)
- Vollkommer, Max „Der Anspruch auf ein faires Verfahren im Zivilprozess“
in: Gedächtnisschrift für Bruns, S.194ff.
München, 1980
(zit.: Vollkommer in: GS Bruns 1980, S.)
- Vollkommer, Max „Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess –
eine neue Prozessmaxime?“
in: Festschrift für Schwab, S.503
München, 1990
(zit.: Vollkommer in: FS Schwab 1990, S.)
- von Keller, Friedrich „Der römische Civilprozess und die Actionen“
Leipzig, 6.Auflage 1883 kommentiert von Wach
(zit.: v.Keller; Der römische Civilprozess und die
Actionen, 6.Auflage kommentiert von Wach, S.)

- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian „Kommentar zum Grundgesetz“
Band 1 (Art.1 – 19); München, 5.Auflage 2005
Band 3 (Art.83 -146); München, 5.Auflage 2005
(zit.: Bearbeiter in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art., Rn.)
- von Münch, Ingo / Kunig, Philip „Grundgesetz Kommentar“
Band 1 (Art.1 – Art.20); München, 5.Auflage 2000
Band 3 (Art.70 – Art.146); München, 3.Auflage 1996
(zit.: Bearbeiter in: v.Münch/Kunig; Art., Rn.)
- von Savigny, Friedrich „System des heutigen römischen Rechts“
Band 5
Berlin, 1840
(zit.: Savigny; System des heutigen römischen Rechts, §)
- von Schulte, Johann „Reichs- und Rechtsgeschichte“
Stuttgart, 5.Auflage 1892
(zit.: v.Schulte; Reichs- und Rechtsgeschichte, S.)
- Völzmann-Stickelbrock, Barbara „Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?“
in: ZZP 118 (2005), S.359 – 384
(zit.: Völzmann in: ZZP 118 (2005), S.)
- Wach, Adolf „Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung“
Leipzig, 2.Auflage 1896
(zit.: Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 2.Auflage 1896, S.)
- Wach, Adolf „Grundfragen und Reform des Zivilprozesses“
Leipzig, 1914
(zit.: Wach in: Grundfragen und Reform des Zivilprozesses, S.)

- Weyreuther, Felix „Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der
Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte“
München, 1971
(zit.:Weyreuther; Revisionszulassung und Nichtzulassungs-
beschwerde in der Rechtsprechung der obersten
Bundesgerichte, Rn.)
- Wieczorek, Bernhard /
Schütze, Rolf „Zivilprozessordnung und Nebengesetze“
Erster Band (§§ 1 – 49); Berlin, 3.Auflage 1994
Zweiter Band (§§ 511 – 541); Berlin, 3.Auflage 2004
(zit.: Bearbeiter in: Wieczorek; §, Rn.)
- Wieser, Eberhard „Zulässigkeit und Begründetheit der Klage“
in: ZZP 84 (1971), S.304 – 318
(zit.: Wieser in: ZZP 84 (1971), S.)
- Windscheid, Bernhard „Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des
heutigen Rechts“
Düsseldorf, 1856
(zit.: Windscheid; Die actio des römischen Zivilrechts vom
Standpunkte des heutigen Rechts, S.)
- Winte, Hans-Heinrich „Große Justizreform – Quo vadis?“
in: ZRP 1999, S.387 – 394
(zit.: Winte in: ZRP 1999, S.)
- Wolf, Joseph G. „Die litis contestatio im römischen Zivilprozess“
Karlsruhe, 1968
(zit.: Wolf; Die litis contestatio im römischen Zivilprozess)
- Wolf, Manfred „Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit“
in: ZZP 89 (1976), S.260 – 293
(zit.: Wolf in: ZZP 89 (1976), S.)

- Zöller, Richard „Zivilprozessordnung“
Köln, 26. Auflage 2007
(zit.: Bearbeiter in: Zöller; §, Rn.)
- Zöllner, Wolfgang „Materielles Recht und Prozessrecht“
in: AcP 190 (1990), S.471ff.
(zit.: Zöllner in: AcP 190 (1990), S.)

A) Einleitung

„Ein allgemeiner Fehler, dessen sich die Menschen bei ihren Unternehmungen schuldig machen, war auch der erste und ewige Grundmangel des Kammergerichts: zu einem großen Zwecke wurden unzulängliche Mittel angewendet“.

Mit dieser Kritik Goethes¹ an dem schwerfälligen und schleppenden Verfahren des gemeinen Prozesses vor dem Reichskammergericht muss sich auch das deutsche Prozessrecht der Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (ZPO) in der heute geltenden Fassung auseinandersetzen.

Ein Prozess (processus, von procedere) im Allgemeinen bedeutet ein Vorgehen oder ein Fortschreiten auf ein bestimmtes Ziel hin, so dass der Prozess auch das auf ein solches Ziel gerichtete konkrete Verfahren zwischen zwei Parteien hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses bezeichnet.² Dementsprechend ist der Zivilprozess das gerichtliche Verfahren in „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ (§ 13 GVG). Eine Rechtsstreitigkeit zwischen zwei Parteien durchläuft von dem Zeitpunkt ihres Entstehens an bis zu dem ihrer endgültigen Erledigung mehrere Stadien.

Ihren chronologischen Ursprung hat eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Zivilrecht, das einzelnen Zivilrechtssubjekten Rechte verleiht und dementsprechende Verpflichtungen auferlegt. Aber allein durch die Existenz eines solchen privatrechtlich normierten Rechte- und Pflichtenzusammenhanges entsteht noch keine Rechtsstreitigkeit. Streitig wird das Verhältnis der beteiligten Parteien vielmehr erst dann, wenn die eine Partei ein der anderen Partei zustehendes Recht bestreitet oder der diesem Recht korrespondierenden Pflicht nicht nachkommt. Dadurch entsteht zwischen den Parteien eine rechtliche Schiefelage, aus der sodann die Entstehung einer Rechtsstreitigkeit resultiert. Die Rechtsstreitigkeit gelangt nun in ihr nächstes Stadium, nämlich in das der verbindlichen Feststellung der den Parteien durch das Zivilrecht vermittelten Rechtspositionen. Dieses zweite Stadium wird durch die Normen des Zivilprozessrechtes geregelt, die die Einrichtungen und die Voraussetzungen der Zivilrechtspflege, die Art, die Formen und die Wirkungen des Rechtsschutzes und das Verfahren zu Erlangung dieses Rechtsschutzes zum Gegenstand haben.³ Das Zivilrecht wird dann in dem Stadium des gerichtlichen Verfahrens gemäß § 1 GVG zur urteilsbestimmenden Entscheidungsnorm, indem

¹ Johann Wolfgang Goethe; Aus meinem Leben – Dichtung und Wahrheit, Dritter Teil, Zwölftes Buch.

² Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.1.

³ Arens in: AcP 173 (1973), S.252; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.22.

der Richter verpflichtet ist, das objektive Recht anzuwenden. Der Feststellung der in Frage stehenden Rechtsposition im Erkenntnisverfahren folgt dann das letzte Stadium der Rechtsstreitigkeit, nämlich die Verwirklichung des Anspruches oder sonstigen Rechtes durch das Vollstreckungsverfahren.

Da die Selbsthilfe des Berechtigten zur Verwirklichung seiner Rechte als das eigentlich nächstliegende und historisch älteste Rechtsschutzmittel in der heutigen, dem Rechtsstaatsprinzip des Art.20 Absatz III GG untergeordneten Privatrechtsordnung nur ausnahmsweise und genau abgegrenzt zulässig ist⁴, muss der Staat durch seine Organe den Parteien den nötigen Rechtsschutz zur Feststellung und Durchsetzung ihrer Rechte gewähren.⁵ Dieser grundlegenden Verpflichtung entspricht der Regelungsgehalt der Rechtsmaterie des Zivilprozessrechtes.

Die wesentliche Rechtsquelle des nationalen Zivilprozessrechtes als Mittel zur Verwirklichung der zivilrechtlichen Rechtspositionen durch Entscheidung der Rechtsstreitigkeit in einem gerichtlichen Verfahren ist die Zivilprozessordnung (ZPO) vom 30. Januar 1877.

Flankiert und ergänzt wird die ZPO durch eine Reihe weiterer Gesetze wie dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) vom 27. Januar 1877, dem das Verfahren der Zwangsversteigerung von Grundstücken regelnden Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG) vom 24. März 1897, der die Konkursordnung (KO) vom 10. Februar 1877 ablösenden Insolvenzordnung (InsO) vom 5. Oktober 1994, dem die Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen regelnden Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) vom 3. September 1953, dem Rechtspflegergesetz (RPflG) vom 5. November 1969, dem Deutschen Richtergesetz (DRiG) vom 8. September 1961, der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) sowie den die jeweils anfallenden Kosten regelnden Gesetzen.

Die ZPO regelt das Stadium des Erkenntnisverfahrens dann speziell, so dass zugunsten des Berechtigten am Ende des Verfahrens dessen Rechte durch das Gericht festgestellt werden können. Die Normen der ZPO sind im Wesentlichen die Mittel, mit denen letztendlich die Prozesszwecke erreicht werden sollen.

Damit die ZPO dem Berechtigten so effektiv und zuverlässig wie möglich seine Rechtsposition verschaffen kann, enthält sie unter anderem die Möglichkeit, dass dieser Berechtigte eine richterliche Entscheidung, die das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht vollständig feststellt, durch Fortsetzung des Verfahrens vor einem höheren Gericht nachprüfen und

⁴ Vergleiche zur Zulässigkeit der Selbsthilfe nach dem BGB die dortigen §§ 227-231, 562b, 859, 904, 962.

⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.6.

beseitigen lassen kann.⁶ Diese prozessuale Überprüfungsmöglichkeit bezeichnet man als Rechtsmittel, von denen die ZPO die Berufung, die Revision, die sofortige Beschwerde und die Rechtsbeschwerde zur Verfügung stellt.

Das Rechtsmittel der Berufung steht wie das gesamte Zivilprozessrecht aufgrund sich häufig ändernder gesellschaftlicher Verhältnisse und immer unterschiedlicher Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers unter ständigem Anpassungsdruck.

Um dem eingangs von Goethe aufgeworfenen Vorwurf der „Unzulänglichkeit“ wirkungsvoll begegnen zu können, müssen die prozessualen Mittel laufend auf ihre Effizienz im Hinblick auf die Erreichung des hinter dem Prozessrecht stehenden Zweckes überprüft und gegebenenfalls verbessert werden.

So wurde zum Beispiel durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3. Dezember 1976⁷ die Verhandlung in ihrem Ablauf neugeordnet.

In jüngster Vergangenheit wurde das Rechtsmittel der Berufung – sowie der gesamte Zivilprozess – durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG) vom 27. Juli 2001⁸ den aktuellen Entwicklungen der gerichtlichen Praxis insbesondere vor dem Hintergrund des finanzpolitischen Aspektes der Einsparung von Personal- und Sachmitteln im Justizhaushalt angepasst.

Ein wesentlicher Gedanke des durch das ZPO-RG reformierten Berufungsrechts kommt in der Norm des § 522 ZPO zum Ausdruck. Der Reformintention des Gesetzgebers⁹ folgend, den Zivilprozess bürgernäher, schlanker und dadurch effizienter zu gestalten, soll der Schwerpunkt der gerichtlichen Tätigkeit in der ersten Instanz liegen und das Berufungsverfahren lediglich als Fehlerkontrolle dienen, wobei das Berufungsgericht nun nach § 522 ZPO erfolglose Berufungen ohne erneute mündliche Verhandlung vereinfacht zurückweisen kann. Diese Möglichkeit einer Beschlusszurückweisung wird dem Gericht für unzulässige Berufungen in § 522 Absatz I ZPO eröffnet und für unbegründete Berufungen in dessen Absatz II. Die Rechtsstreitigkeit soll dadurch beschleunigt erledigt werden können¹⁰, und der Prozessverschleppung durch aussichtslose Rechtsmitteleinlegung soll entgegengewirkt werden, damit der Berechtigte schnellstmöglich eine zu seinen Gunsten verwertbare Feststellung seiner zivilrechtlichen

⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 132, Rn.1.

⁷ BGBl. I S. 3281.

⁸ BGBl. I S.1887, 3138.

⁹ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58.

¹⁰ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 522, Rn.2; Hannich/Meyer-Seitz; Vor § 511, Rn.1.

Rechtsposition durch das Erkenntnisverfahren erhält. Nicht zuletzt soll durch § 522 ZPO auch den oben angesprochenen finanzpolitischen Intentionen Rechnung getragen werden.

Ob sich nun der neu geschaffene § 522 ZPO, gemessen an dem hinter dem Prozessrecht stehenden „großen Ziel“ der Vermittlung verwertbarer zivilrechtlicher Rechte und Ansprüche durch das gerichtliche Verfahren und den Reformintentionen des Gesetzgebers, als geeignet erweist oder zur Erreichung dieser Zwecke ein „unzulängliches Mittel“ darstellt, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Im Mittelpunkt stehen dabei insbesondere Bewertungskriterien aus dem verfassungsprozessualen Bereich sowie prozesszweckorientierte systematische Erwägungen. § 522 Absatz II, III ZPO wirft gerade hinsichtlich des sich im Rahmen des Zurückweisungsverfahrens ergebenden Prüfungsumfanges des Berufungsgerichts Fragen auf. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Tatbestandsmerkmal der „mangelnden Erfolgsaussicht“ des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO zu.

Auch soll untersucht werden, wie sich die prozessuale Konsequenz der Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 Absatz III ZPO auf zentrale Wertvorstellungen des modernen Zivilprozesses und dessen Instanzenzug auswirkt. Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang die durch das ZPO-RG von 2001 ebenfalls neu strukturierte Revision.

B) Der Zivilprozess

I) Abgrenzung Zivilrecht/Zivilprozessrecht

Fritz von Hippel¹¹ äußerte den Wunsch, als Ausgangspunkt für zivilprozessuale Fragestellungen eine Art „zivilprozessuale Rechtsphilosophie im Westentaschenformat“ anwenden zu können, um so eine „Einheitslösung zwecks einfacher und sicherer Orientierung im zivilprozessualen Urwald“ zu entwickeln.

Eine eigene zivilprozessuale Rechtsphilosophie im Sinne von Hippel`s kann jedoch von Grund auf nur existieren, wenn das Zivilprozessrecht eine selbstständige Rechtsmaterie darstellt, die es erlaubt, aus sich heraus autonome Denkanstöße und Interpretationsgrundlagen zu entwickeln und sich so als „von den Fesseln rein privatrechtlichen Denkens emanzipiert“¹² erweist. So ging von

¹¹ Vgl.: v. Hippel; Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht; S.171.

¹² Diese Formulierung geht zurück auf Othmar Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958, S.1, der sich aber seinerseits auf Kohler in: ZZP 33 (1904), S.218 bezieht, der schon dort von der „Befreiung aus den Fesseln des Zivilrechts“ spricht.

Hippel mit seinem Wunsch nach einer Prozessphilosophie bereits davon aus, dass materielles Recht auf der einen Seite und Prozessrecht auf der anderen getrennte Materien darstellen, die sich von ihrer Rechtsnatur, von ihrem Gegenstand und von ihrem Ziel her grundlegend unterscheiden. Diese heute als Selbstverständlichkeit geltende Ansicht¹³ zeigt sich besonders in der fest etablierten Grundvorstellung, dass materielle Rechtslagen als etwas von ihrer prozessualen Verwirklichung getrennt Existierendes zu denken sind.¹⁴ So entsteht zwischen Käufer und Verkäufer nach den Regeln des Vertragsschlusses ein Kaufvertrag nach § 433 BGB, der unterschiedliche Rechte und Pflichten der jeweiligen Parteien normiert. Vor einem vollkommen anderen Hintergrund – nämlich dem prozessrechtlichen – sind hingegen diejenigen Fragestellungen zu beantworten, die aus der Intention einer der beiden Kaufvertragsparteien resultieren, eventuelle Ansprüche aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis auch klageweise geltend zu machen.

Diese Ausdifferenzierung ist jedoch kein schon immer existenter Status quo der Ansicht über den Zivilprozess, sondern stellt das Ergebnis einer längeren, durch die unterschiedlichen Epochen der Rechtsgeschichte geprägten Entwicklung dar. Ursprung jeglicher prozessrechtlicher Denkweisen und Analysen ist die Rechtsfigur der römischen *actio*. Von dieser Figur der *actio* ausgehend kann man im weiteren Verlauf der rechtsgeschichtlichen Entwicklung die sich immer stärker herauskristallisierende Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht anhand einiger prägnanter Zitate nachvollziehen und belegen. So lassen sich bereits bei Celsus aus seinem bekannten Zitat „*nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debetur, iudicis persequendi*“ erste Trennungsvorstellungen dieser Natur ableiten, da auf die gerichtliche Durchsetzung eines bereits ohne diese Durchsetzung geschuldeten Rechts angespielt wird. Schäfer trennt dann schon Theophilus¹⁵ die noch ineinander verwobenen Rechtsmaterien, wenn er dem materiellen Recht eine Führungsrolle attestiert, indem er die Obligation – also die Verpflichtung, den Anspruch – als Mutter der *actio* bezeichnet.

Mit Beginn der Neuzeit ist dann zum Beispiel bei Donellus¹⁶ schon eine strikte Trennung von Recht und Klage als jeweils selbstständigen Entitäten etabliert. In diese Entwicklung fügt sich

¹³ Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.31; Lüke in: MK; Einleitung, Rn.23; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.21

¹⁴ Vgl.: Zöllner in: AcP 190 (1990), S.471.

¹⁵ Theophilus wird in Ferrini's Herausgabe und Übersetzung der Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa derart zitiert: „*matres enim actionum obligationes sunt*“ (Inst. III, titulus 3, de obligationibus).

¹⁶ Vgl.: Coing in: Zur Geschichte des Privatrechtssystems, S.42.

dann auch die Rechtsschule Friedrich Carl von Savigny¹⁷, der als entscheidender Wegbereiter einer Anerkennung des Prozessrechts als Rechtsgebiet „sui generis“ interpretiert werden kann, indem er die actio derart umdeutete, dass eine „Anknüpfung an Gedankengänge“¹⁸, die schon bei Donellus vertreten waren, ersichtlich ist.¹⁹

Endgültig wissenschaftlich manifestiert wird die Trennungslehre durch Bernhard Windscheid²⁰, in dessen berühmten Formulierungen aus dem Jahr 1856 die seitdem geläufige Sicht des modernen Rechts damit umschrieben wird, dass das materielle Recht das „Erzeugende“ und die Klage das „Erzeugte“ sei.

Diese seither unangetastete Ausdifferenzierung von subjektivem Recht und seiner prozessualen Verwirklichung kann demnach als diejenige geistige Grundlage verstanden werden, die notwendig ist, um die Entwicklung des Prozessrechts zu einer selbstständigen Materie zu ermöglichen.

Diese Entwicklung der Ansicht über den sich aus der römischen actio herausgeschälten Zivilprozess in der heute durch die ZPO normierten Gestalt ist jedoch keineswegs eine rein theoretische wissenschaftliche Erkenntnis. Vielmehr ist eine Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete, die nach herrschender Meinung²¹ über den Gegenstand der Regelung der jeweiligen Norm vorzunehmen ist, sowohl von dogmatischer wie auch von praktischer Bedeutung.²² Die praktische Relevanz zeigt sich zum Beispiel auf dem Gebiet des internationalen Zivilprozessrechtes, da hier gemäß der diesbezüglich herrschenden Ansicht²³ der entscheidende Richter das „Prozessrecht“ seines Staates anzuwenden hat, auch wenn ausländisches materielles Recht für die Sachentscheidung maßgeblich ist. Dieser Grundsatz der lex fori erfordert dann eine Abgrenzung der prozessualen Fragestellungen von den materiellrechtlichen. Auch im Revisionsrecht spielt die Unterscheidung eine Rolle, da Verfahrensmängel – also Mängel, die im Prozessrecht wurzeln – nach § 557 Absatz III ZPO nur geprüft werden, wenn sie nach § 551 ZPO gerügt worden sind.

¹⁷ Vgl. diesbezüglich: Savigny; System des heutigen römischen Rechts, Band 5, §§ 204 und 205.

¹⁸ Vgl.: Kaufmann in: JZ 1964, S.488.

¹⁹ eine andere Ansicht vertritt diesbezüglich Knut Wolfgang Nörr in: FS der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500-jährigen Bestehen, 1977, S.76: „Savigny als Renaissance des Aktionenrechts“.

²⁰ Windscheid; Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts.

²¹ Lüke in: M/K; Einleitung, Rn. 23; Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.31; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.22.

²² Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.23; Lüke in: MK; Einleitung, Rn.24.

²³ Vgl.: BGH NJW 1985, S.553; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 6; Rn.2.

Der Regelungsgegenstand der jeweiligen Norm qualifiziert deren Charakter dann entweder als prozessrechtlich oder materiell-rechtlich. Entscheidend ist dabei nicht die Stellung im Gesetz, sondern, ob die Normintention darauf gerichtet ist, den Ablauf und die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens einer Regelung zuzuführen oder nicht vielmehr darauf, die unmittelbaren Beziehungen der an diesem gerichtlichen Verfahren Beteiligten festzulegen.²⁴ So sind beispielsweise die §§ 407 Absatz II und 2039 des BGB aufgrund ihres prozessrechtlichen Regelungsgehaltes eindeutig als Prozessrechtssätze zu qualifizieren, während die ZPO mehrere privatrechtliche Themenkomplexe zum Gegenstand hat, wie besonders deutlich bei den diversen Schadensersatzregelungen der §§ 89 Absatz I Satz 3, 302 Absatz IV Satz 3 oder 717 Absatz II Satz 1 zu erkennen ist.

Somit ist eine Abgrenzung der beiden Rechtsmaterien erforderlich, wobei jedoch festzuhalten ist, dass sie trotz ihrer strengen Unterscheidung nicht beziehungslos nebeneinander stehen sondern aufeinander bezogen sind. Die Ausprägung dieser Beziehung von Prozessrecht und materiellem Recht untereinander ist von hoher Komplexität und liefert aufgrund ihrer zahlreichen Facetten ein unerschöpfliches Potential, wissenschaftliche Abhandlungen vieler Stoßrichtungen zu initiieren, so dass hier auf Näheres verzichtet wird.²⁵

Als für die weiteren Ausführungen maßgebliches Zwischenergebnis festzuhalten ist, dass mit der Ausdifferenzierung von Anspruch und Klage der Prozess nicht mehr als die die Rechtslage von Grund auf konstituierende Komponente des Zivilrechtes angesehen wird, sondern der Prozess als eine Institution verstanden wird, die der Verwirklichung der materiellen Rechtslage dient.

So wird durch die sachgemäße und erforderliche Unterscheidung der beiden Zivilrechtsgebiete ein selbständiger rechtlicher Charakter des Prozessrechts generiert, der eine ebenso selbstständige und vom restlichen Privatrecht losgelöste Betrachtungsweise ermöglicht.

II) Prozesszweck

Aufgrund dieses eigenständigen Charakters des Prozessrechts in der heutigen Privatrechtsordnung bildet das Prozessrecht selbst - und damit schwerpunktmäßig die ZPO - den Rahmen, innerhalb dessen die Beurteilung des § 522 ZPO als Verfahrensvorschrift zu erfolgen hat und dessen eigenständige Figuren die Auslegung maßgeblich bestimmen.

²⁴ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.33.

²⁵ Vgl. bezüglich dieses Verhältnisses zum Beispiel: Arens in: AcP 173 (1973), S.250 ff; Bötticher in: ZJP 85 (1972), S.1 ff;

Jauernig in: JuS 1971, S.329 ff; Simshäuser; Schuhmann in: FS Larenz 1983, S.571 ff; Zöllner in: AcP 190 (1990), S.473.

Zurückkommend auf den Wunsch von Hippel's gilt es nun zu untersuchen, nach welchen Grundsätzen sich das Prozessrecht als autonomes Rechtsgebiet richtet und ob es eine Art eigene ZPO-Philosophie geben kann, die dann bei dem Versuch, eine prozessrechtliche Problemstellung einer Lösung zuzuführen, als allgemeine Interpretationsrichtlinie fungieren kann. Eine analytische Auseinandersetzung mit einer verfahrensrechtlichen Vorschrift erfordert über die Einzelanalyse der Norm hinaus deren Eingliederung in den Sinn-und Funktionszusammenhang des Prozesses.²⁶ Als Einstieg in die juristische Diskussion des § 522 ZPO ist es dementsprechend durchaus sinnvoll und angemessen, zunächst nach dem Zweck des Zivilprozesses als solchem zu fragen, um dann den Gedanken des Gesetzes in den Entscheidungsfindungsprozess integrieren zu können.

So stand die Frage nach den Prozesszwecken auch immer wieder im Vordergrund der wissenschaftlichen Auseinandersetzung²⁷, da ihre Beantwortung durchaus wertvolle Hilfe bei der Prüfung leisten kann, die, wie oben bereits angedeutet, schon Goethe mit Blick auf die Angemessenheit und Effizienz verfahrensrechtlicher Instrumente verlangt hat:

Sind die eingesetzten Mittel zur Erreichung der durch den Prozess intendierten Ziele geeignet?

1) Individualrechtsschutz

Ausgangspunkt bei der Problemstellung, einen Prozesszweck zu definieren, ist stets der Grundgedanke, dass der nackte zivilrechtliche Anspruch dem Berechtigten per se noch keinerlei Verwirklichung seiner Rechtsposition ermöglicht, er deshalb sozusagen lediglich einen „Anspruch zweiter Klasse“²⁸ erworben hat. Der Inhaber der Rechtsposition benötigt dann den Prozess, um seinen Anspruch auch verbindlich durchsetzen zu können. Damit bezweckt der Zivilprozess in unserer Privatrechtsordnung nach herrschender Meinung primär die Feststellung und Durchsetzung der subjektiven Rechte des Einzelnen.²⁹

Ausgehend von der Aufspaltung der actio in das Klagerecht und den materiellen Anspruch durch Windscheid³⁰ wurde die noch heute herrschende Prozesszwecklehre 1885 von Adolf Wach begründet.³¹ Er betonte zunächst, dass der Aufbau der Prozessrechtswissenschaft auf der objektiven und eben nicht auf der erwähnten subjektiven Zweckbestimmung zu erfolgen hat und

²⁶ Vgl.: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.70; Zöller/Vollkommer; Einleitung, Rn.92.

²⁷ Vgl.: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.8.

²⁸ Vgl.: Zöller in: AcP 90 (1990), S.476;

²⁹ Vgl.: BGHZ 10, 333, 336; Lüke in: MK; Einleitung, Rn.7; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.7; Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.9

³⁰ Siehe Fn.21.

dass demgemäß der „Zweck des Prozesses die Bewährung der Privatrechtsordnung durch Gewährung von Rechtsschutz“ sei.³² Diese Aussage ist jedoch nicht derart zu interpretieren, dass der Schutz subjektiver Rechte bei Wach im Hintergrund stand.³³ Vielmehr räumte er dem Individualrechtsschutz dadurch oberste Priorität ein, dass er zu dessen Verwirklichung dem Berechtigten einen Anspruch auf Rechtsschutz zusprach, der dem Kläger dann einen entsprechenden Anspruch gegenüber dem Gericht auf günstiges Urteil und dem Beklagten auf klageabweisendes Urteil vermitteln sollte.³⁴ So würde bereits vorprozessual ein Anspruch auf ein günstiges Urteil bestehen, wenn eine dazu kongruente, günstige materielle Rechtslage besteht. Die daraus entwickelte Figur des Rechtsschutzanspruches fußt weitgehend auf der Mitte des 19. Jahrhunderts vorherrschenden Vorstellung vom liberalen Rechtsstaat, die den Zivilprozess als Privatangelegenheit der Parteien betrachtete und ein öffentliches Interesse an der Wahrheitsfindung verneinte, da die Sachlage durch das freie Spiel der Kräfte und die sich gegenseitig kompensierenden Parteiinteressen hinreichend aufgeklärt werden würde.³⁵ Der Existenz eines solchen Rechtsschutzanspruches widersprach schon bald Bülow³⁶, indem er einwandte, dass das Gericht erst am Ende des Verfahrens entsprechend der dann bestehenden Rechtslage entscheiden kann und somit auch erst dann ein eventueller Anspruch auf ein günstiges Urteil entstehen kann. Nach einer kurzen Renaissance des rechtsstaatlich durchaus begrüßenswerten³⁷ Rechtsschutzanspruches in den sechziger Jahren³⁸ wird dieser heute überwiegend abgelehnt³⁹, da der Anspruch auf Tätigwerden einer Gerichtsbarkeit überhaupt bereits durch den Justizgewährungsanspruch verwirklicht wird und der Anspruch auf günstige Entscheidung nach der Durchführung des Verfahrens wegen der Dispositionsbefugnisse der Parteien über den Streitgegenstand nicht identisch mit dem bereits vorprozessual bestehenden Rechtsschutzanspruch sein muss.

Wach definierte so eine vom Individualrechtsschutz geprägte liberale Prozessanschauung und rückte den Schutz subjektiver Rechte als zentrale Aufgabe des Zivilprozesses in den Fokus der Prozesszwecklehre.

³¹ Vgl.: Wach; Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, S. 1ff.

³² Vgl.: Wach; Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, S.5.

³³ Vgl.: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.76.

³⁴ Vgl.: Wach in: ZZP 32 (1904), S.5.

³⁵ Vgl.: Lüke in: MK; Einleitung, Rn.11.

³⁶ Bülow; Prozesseinreden und –voraussetzungen, S.20ff.

³⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 3, Rn.8.

³⁸ Vgl.: Blomeyer; Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Auflage, § 1 III.

2) Die Bewährung des objektiven Rechts

Die Gegenposition zu Wachs Ansichten bezog die soziale Prozessauffassung Franz Kleins, des Schöpfers der österreichischen ZPO von 1895, der die soziale Bedeutung des Prozesses als „Massenerscheinung“, als „Wohlfahrtseinrichtung“ und als „Glied sozialer Hilfe“ betonte.⁴⁰ Ziel dieser Auffassung ist die Stärkung der Richtermacht zum einen und die Beschränkung der Parteifreiheit zum anderen als prozessualer Eckpfeiler eines staatlich überwachten Schutzes der sozial Schwachen. Da in den Augen der Vertreter dieser Ansicht die intendierte soziale Funktion des Prozesses durch die individualistische Prozessauffassung Wachs behindert wurde, bildete sich die Bewährung des objektiven Rechts als dominanter Prozesszweck heraus. Der Schutz subjektiver Rechte stelle sich so nur noch als Reflex aus der Bewährung des objektiven Rechtsschutzes dar und dürfe nicht als eigenständiger Zweck definiert werden.⁴¹

Eine solche Zurückdrängung des Schutzes subjektiver Rechte zugunsten übergeordneter staatlich kontrollierter Interessen ist besonders in der nationalsozialistischen Prozessauffassung⁴² zu erkennen, wenn es in dem Vorspruch zu der ZPO-Novelle vom 27. Oktober 1933 ausdrücklich heißt, dass die „Rechtspflege nicht nur den Parteien dient, sondern auch und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen“.

Solche Tendenzen sind auch Bestandteil sozialistischer Prozessvorstellungen gewesen, die von der Ideologie der Übereinstimmung der individuellen und kollektiven Interessen mit den gesellschaftlichen Erfordernissen im Sozialismus geprägt waren. Besonders prägnant ist in diesem Zusammenhang der Wortlaut des § 2 ZPO-DDR vom 16. September 1975⁴³ der den Gerichten ausdrücklich die Aufgabe zuweist, „die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung zu schützen, gesetzlich garantierte Rechte und Interessen zu wahren und gerichtlich durchzusetzen sowie durch eine hohe Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens dazu beizutragen, sozialistische Beziehungen im gesellschaftlichen Zusammenleben der Bürger zu fördern, sowie auf die bewusste Einhaltung und Verwirklichung des sozialistischen Rechts Einfluss zu nehmen“. Das Gericht bekommt dadurch pädagogische Kompetenzen verliehen, um dem Volk durch die Einflussnahme im gerichtlichen Verfahren die sozialistischen Lehren vermitteln zu können und eine einheitliche sozialistische Leitkultur zu formen.

³⁹ Vgl.:Lüke in: MK; Einleitung, Rn.11; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 3, Rn.8.

⁴⁰Vgl.: Klein; Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, S.26, 30, 36.

⁴¹ Vgl.: Bülow in: ZZP 28 (1900), S.221.

⁴² Vgl.: de Boor; Die Auflockerung des Zivilprozesses, S.12, 29, 35: Hier schlägt de Boor vor, den Ausdruck „Prozesszweck“ im erneuerten Staat durch den objektiv verstandenen „Rechtspflegezweck“ zu ersetzen.

⁴³ Diesbezüglicher Nachweis bei: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.73.

Das Gedankengut der sozialen Prozessauffassung, das schon durch die Novellen der Jahre 1924 und 1933 in den deutschen Zivilprozess übernommen wurde, steht auch im Mittelpunkt neuerer Diskussionen rund um die Prozesszwecklehre, in denen dem Richter die Funktion eines „Sozialingenieurs“ zuerkannt wird. Diese Meinung verkennt allerdings die - besonders vor dem rechtsstaatlichen Hintergrund der Art.20 Absatz III und 97 Absatz I GG äußerst problematische – Gefahr der Aushöhlung des materiellen Rechts.⁴⁴ Eingebettet ist dieser Problembereich in eine absolute Grundsatzfrage des Zivilprozesses, die dessen Gesamtgepräge⁴⁵ entscheidend beeinflusst: Das Verhältnis von Richtermacht und Parteifreiheit. Durch die Forderung an den Richter, das Verfahren im Lichte einer sozialen Zweckbindung des Zivilprozesses zu gestalten und auf einen zu dieser Zweckrichtung konformen Abschluss hinzuwirken, wird deutlich, wie aktuell die von Klein ins Leben gerufene Ansicht eines sozial gebundenen Prozesszweckes ist.

Den gedanklichen Strukturen Kleins folgt auch die Methode, die nicht mehr in erster Linie die soziale Ausgestaltung des Zivilprozesses vorantreiben will sondern mit der ökonomischen Analyse des Rechts die Effizienz der Rechtsverfolgung in den Mittelpunkt ihrer Zweckbetrachtungen stellt.⁴⁶ Dieser Ansatz will das Verfahrensrecht nach wirtschaftlicher Rationalität untersuchen, erklären und regeln, Institutionen rational gestalten, die vorhandenen Ressourcen, zu denen auch das knappe Gut der Zivilrechtspflege gehört, sinnvoll zuteilen. Dafür sollen besonders solche Verfahrensweisen gefördert werden, die diesen Zielen dienen. Genau wie Klein über die Bewährung des objektiven Rechts versuchte, sozialen Gesichtspunkten durch den Zivilprozess gerecht zu werden, will die ökonomische Analyse des Rechts dem Gemeinwohl durch die Bereitstellung eines Prozesses dienen, der sich gewissermaßen amortisiert. So kann durchaus die Lösung zivilprozessualer Fragestellungen erleichtert werden⁴⁷ aber einen Prozesszweck kann sie nicht zuletzt wegen des verfassungsrechtlich abgesicherten Prinzips des Individualrechtsschutzes nicht generieren. Wirtschaftliche Aspekte können lediglich zivilprozessuale Überlegungen begleiten und einzelne Bereiche des Verfahrensrechts ausformen. Das gedankliche Erbe Kleins, die Bewährung des objektiven Rechts im Verhältnis zu dem Schutz subjektiver Interessen aus einer sozialen und/oder wirtschaftlichen Motivation heraus bei der Bestimmung des Prozesszweckes stärker zu gewichten, ist, wie aufgezeigt, auch heute noch in vielen Ansätzen der Prozesszwecklehre in diversifizierter Form enthalten.

⁴⁴ Vgl.: Lüke in: MK; Einleitung, Rn.13.

⁴⁵ Vgl.: Prütting in: FS Musielak 2003, S.397.

⁴⁶ Vgl.: Gottwald in: FS Fasching 1988, S.181.

⁴⁷ Vgl.: Gottwald in: FS Fasching 1988, S.193 und 194.

Explizit wird so zum Beispiel noch heute in der österreichischen Prozessrechtslehre der durch die Verwirklichung der Rechtsordnung umgrenzte Rechtsfriedenzweck gegenüber dem Individualrechtsschutz in den Vordergrund gestellt.⁴⁸

3) Weitere Prozesszwecke

Innerhalb des Rahmens, den die „klassische“ Prozesszwecklehre vom Schutz der subjektiven Rechte aufgrund der objektiven Privatrechtsordnung für die zweckorientierte Betrachtung des Prozesses steckt, sind allerdings noch einige Aspekte, die als „institutionelle Zwecke“⁴⁹ des Zivilprozesses bezeichnet werden können, näher zu beleuchten. Diese Beleuchtung erscheint besonders vor dem Hintergrund der Fragestellung erforderlich, ob diese institutionellen Zwecke eigenständige Prozesszwecke darstellen oder „nur“ die denklolgischen Konsequenzen der dienenden Funktion des Prozesses für die Rechtsverwirklichung sind.

a) Rechtsfrieden und Konfliktlösung

Es wird vereinzelt vertreten, dass die Lösung bestehender privater Konflikte zwischen den Parteien den eigentlichen und letztendlichen Zweck eines Zivilverfahrens ausmacht.⁵⁰ Das gerichtliche Verfahren soll danach im Endeffekt dafür sorgen, dass die Beziehung der Streitparteien durch die verbindliche Feststellung eines Ergebnisses durch Urteil befriedet wird. Diese Idee der Konfliktlösung als das Verfahren dominierender Prozesszweck wurzelt in der Vorstellung, dass der Richterspruch primär von den für das Fallrecht maßgebenden Tatsachen bestimmt wird und nicht durch gesetzlich fixiertes objektives Recht. Eine solche Vorstellung findet sich insbesondere im angloamerikanischen Rechtssystem, nach dem das im Streitfall entscheidende Recht erst im Richterspruch gefunden wird, da es ein vorprozessuales subjektives Recht aufgrund der objektiven Rechtsordnung als solches nicht gibt.⁵¹ Das so gefundene Rechts bewirkt dann aus sich heraus in der Gestalt des fallentscheidenden Urteils die Konfliktlösung. Dieses Rechtsfindungssystem bezeichnet man dementsprechend auch als „case-law“ System, das von den USA ausgehend heute großen Einfluß auch auf die Prozessrechtsentwicklung anderer Länder hat.

Vor dem Hintergrund der heutigen ZPO erscheint diese Betrachtungsweise insbesondere deshalb als aktuell und sachgerecht, da der Richter nicht ausschließlich zur Entscheidung des Rechtsstreits berufen ist, sondern auch auf eine materielle Konfliktentschärfung durch gütliche

⁴⁸ Vgl.: Fasching; Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechtes, S.12ff.

⁴⁹ Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.30.

⁵⁰ Vgl.: Wolf in: ZZP 89 (1976), S.268.

Beilegung bedacht sein soll, was in dem durch das ZPO-RG mit Wirkung vom 1. Januar 2002 neu gefassten § 278 ZPO als „echte Verpflichtung des Richters“⁵² normiert ist. Jedoch darf § 278 ZPO nicht derart als Argument für einen selbstständigen Prozesszweck Rechtsfrieden ins Feld geführt werden, dass diese Norm – ebenso wie § 15a EGZPO – ausschließlich als „Erfüllungsgehilfe im Dienste des Rechtsfriedens“ zu verstehen ist. Vielmehr bleibt es in erster Linie Zweck des Prozesses, subjektive Rechte und Pflichten durchzusetzen, woran auch eine bedeutungsorientierte Auslegung des § 278 ZPO gebunden ist.⁵³ Somit soll auf dem Weg zu einer gerichtlichen Entscheidung, die das subjektive Recht feststellt, verstärkt versucht werden, durch eine gütliche Streitbeilegung in einem möglichst frühen Prozessstadium die Parteien selbst entscheiden zu lassen, inwieweit sie von ihrem subjektiven Recht Gebrauch machen wollen. Der Rechtsfrieden und die Konfliktlösung stellen eine Alternative dar, deren Möglichkeit zwar immer beachtet werden muss, die aber bei Nichtvorliegen doch in einen das subjektive Recht feststellenden Richterspruch mündet.⁵⁴ Misslingt eine gütliche Einigung zwischen den Parteien, besteht zwischen ihnen gerade kein Rechtsfrieden sondern vielmehr ein Rechtsstreit, der erst durch den Zuspruch der fraglichen Rechtsposition entschieden werden kann, was die unterlegene Partei wohl kaum als eine Situation des Rechtsfriedens empfinden wird. Die Konfliktlösung und ein daraus resultierender Rechtsfrieden können deshalb nicht als den Sinn des Verfahrens bestimmender Prozesszweck angesehen werden, da – anders als im „case-law“ System der USA – das Recht nicht erst gefunden werden muss, sondern ein bestehender Anspruch „nur noch“ wirksam vermittelt werden muss. In unserem Rechtssystem löst der Richter den Konflikt in diesem Sinne nicht sondern sucht die Lösung im materiellen Recht und muss dementsprechend entscheiden, so dass der Prozesszweck der Schutz der subjektiven Rechte, die das objektive Recht gewährleistet, quasi durch die Zivilrechtsordnung determiniert ist⁵⁵ und von der Idee der Herstellung des Rechtsfriedens begleitet aber keinesfalls überlagert werden kann. Dennoch ist im modernen Zivilprozess die Tendenz der stärkeren Gewichtung des Rechtsfriedens unverkennbar und angesichts der ständig neu aufkeimenden Reformen auch wünschenswert. Diese Konsequenz gilt auch für den Prozesszweck der Rechtsgewissheit, die durch die materielle Rechtskraft nach § 322 ZPO gewährleistet wird. So wird dem Gläubiger eines Anspruches eine unangreifbare Position vermittelt, ohne deren Rechtsverbindlichkeit jeder Zivilprozess schlicht

⁵¹ Vgl.: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.71.

⁵² Prütting in: MK; § 278, Rn.7.

⁵³ in diesem Zusammenhang argumentiert sinngemäß auch: Prütting in: MK; § 278, Rn.4.

⁵⁴ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.11.

⁵⁵ Vgl.: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.71.

und ergreifend sinnlos wäre.⁵⁶ Auch die Rechtsgewissheit, die als Ziel eines Prozesses durchaus von enormer Bedeutung ist, kann demnach nicht als den Prozess dominierenden Zweck betrachtet werden, sondern ist eine denkbare Absicherung der im Erkenntnisverfahren verbindlich entschiedenen vorgelegten Rechtsfrage.⁵⁷ Würde diese Rechtsgewissheit nicht durch die Rechtskraft bewirkt, würde sich jedes zivilprozessuale Verfahren selbst ad absurdum führen, da niemals ein subjektives Recht vom Begünstigten wahrgenommen werden könnte, wenn es umgehend durch eine Bereicherungsklage der anderen Partei in Zweifel gezogen werden würde. Auch der Rechtsgewissheitszweck fließt als unabdingbare Konsequenz aus der Aufgabe des Zivilprozesses, subjektive Rechte zu schützen.

b) Rechtsklarheit und Rechtsfortbildung

Grundsätzlich schafft der einzelne Zivilprozess Rechtsklarheit nur für die am Rechtsstreit beteiligten Parteien in der von ihnen vorgelegten Rechtsfrage. Aber auch für Dritte ist die Praxis der Gerichte von erheblichem Interesse, weil allein das Gesetz in Textform vielfach keine zuverlässige Prognose über die ausstehende Entscheidung erlaubt, da bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen von den Gerichten oft anders ausgelegt werden, als ein Laie dies nach Studium des Gesetzestextes erwartet. Auch sind wichtige Bereiche des Rechts gesetzlich nicht oder „nur“ durch unbestimmte Rechtsbegriffe geregelt, da ansonsten eine unüberschaubare Kasuistik entstehen würde. So bildet sich im Laufe der Zeit in Bezug auf viele Normen eine gerichtliche Spruchpraxis heraus, die die Schlussfolgerung nahe legt, von einem Rechtsfortbildungszweck des Zivilprozesses als Institution auszugehen.⁵⁸ Besonders im Arbeitsrecht kann sich der rechtsuchende Bürger oft nur an der Rechtssprechung orientieren, die in ihren Urteilen die für den Bürger letztendlich entscheidenden Kriterien für Abfindungen, Lohn, Arbeitsbedingungen oder Kündigungsvoraussetzungen konkret beziffert beziehungsweise ausformuliert. Eine so durch gerichtliche Spruchpraxis erzielbare Rechtsfortbildung kann nur verbindlich erreicht werden, wenn man eine Bindung des Richters an bereits abgeurteilte Sachverhalte dergestalt annimmt, dass in einem gleichgelagerten Fall zwischen anderen Parteien auch gleich entschieden werden müsse. Dann könnte der Bürger sich aus Gerichtsurteilen einen verbindlichen „Entscheidungskanon“ erstellen und dadurch eine erhöhte Rechtsklarheit erzielt werden. Eine solche Präjudizienbindung als Facette der Rechtskraft kennt das deutsche Recht

⁵⁶ Diese Erkenntnis betonte bereits Mendelssohn-Bartholdy in: FS Klein, 1914, S.154: „...und wenn man oft gedankenlos sagt, der Gesetzgeber könne alles, so haben wir hier ein Beispiel dafür, was er nicht kann: einen Prozeß einrichten ohne Rechtskraft der Endentscheidung.“

⁵⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.10.

jedoch nicht, da an dem Dogma festgehalten wird, der Richter müsse von der sachlichen Richtigkeit seines Urteils stets selbst überzeugt sein, ohne dass diese Überzeugung von derjenigen eines anderen Richters beeinflusst wird.⁵⁹ Dennoch wird die aus Sicht des Bürgers wünschenswerte Rechtsklarheit im deutschen Recht durch eine in bestimmten Grenzen normierte Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleistet. So darf ein Zivilsenat des BGH nicht von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen, was aber keine Bindung bedeutet, sondern lediglich nach § 132 Absatz II GVG die Pflicht entstehen lässt, den Großen Senat anzurufen. Untere Gerichte haben eine freiere Stellung und können von höchstrichterlicher Rechtsprechung abweichen, wodurch sie aber in einem solchen Divergenzfall die Zulassung eines Rechtsmittels auslösen, was in der Berufung durch § 511 Absatz IV Nr.2 ZPO und in der Revision durch § 543 Absatz II Nr.2 ZPO sichergestellt wird. Diese Ausgestaltung des Verfahrens stellt das für ein ausreichendes Niveau an Rechtsklarheit nötige Äquivalent zu der im deutschen Recht fehlenden Präjudizienbindung dar, indem die Starrheit einer grundsätzlichen Präjudizienbindung vermieden wird, aber trotzdem eine von der höchsten Instanz überwachte Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleistet wird.

Allerdings dient diese Freiheit des Richters von Präjudizienbindungen nicht seiner „juristischen Selbstverwirklichung“⁶⁰ sondern resultiert aus der Organisation des Rechtssystems als sich selbst regulierendes System. Daraus ergibt sich eine Ermessenbindung des Richters, Abweichungen von einer bisherigen Spruchpraxis nur dort zuzulassen, wo der Richter zu der Überzeugung gelangt, dass gewichtige Gründe gegen die Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung bestehen.⁶¹ So ist eine bestehende Gerichtspraxis eine Rechtsquelle eigener Art, die im Vergleich zu dem geschriebenen Recht nur dadurch abgeschwächt ist, dass der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen von ihr abweichen darf.⁶² So erscheint es durchaus als gerechtfertigt, von einem Rechtsfortbildungsprozess des Zivilprozesses zu sprechen, da eine gerichtliche Spruchpraxis trotz einer fehlenden Präjudizienbindung das Recht transparenter macht und das objektive Recht von Fall zu Fall weiterentwickelt. Schließlich braucht der Bürger nur eine davon abweichende Entscheidung zu erwarten, wenn gewichtige Gründe gegen die Fortsetzung der Rechtsprechung bestehen. Das objektive Recht tritt dem Bürger also nicht nur als generelle und

⁵⁸ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.23.

⁵⁹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 155, Rn.1.

⁶⁰ Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.21.

⁶¹ Vgl.: BGHZ (Großer Senat) 85, 64, 66; BGHZ 87, 150, 155; BGHZ 106, 34, 37.

⁶² Vgl. bezüglich der Herleitung des Rechtsfortbildungszweckes aus dem Verhältnis fehlende Präjudizienbindung/ Abweichung von bisheriger Spruchpraxis: Brehm in: FS Schumann, 2001, S.64.

abstrakte Norm gegenüber sondern wird durch die richterliche Anwendung auf das jeweilige Streitverhältnis „heruntergebrochen“ und dann durch zahlreiche weitere Einzelfallanwendungen fortgebildet.⁶³ Ein dementsprechender Rechtsfortbildungszweck ist zu bejahen aber wiederum nur als Folgeerscheinung zu qualifizieren, die stets im Kontext des Individualrechtsschutzes zu verstehen ist. Das Recht wird zwar durch den Zivilprozess fortgebildet aber auch das fortgebildete Recht soll die subjektiven Rechte der Bürger verwirklichen.

c) Rechtskonkretisierung

Eine gewisse Verwandtschaft mit den Denkmustern, die den Rechtsfortbildungszweck begründen, zeigt die von der Unvollkommenheit der Rechtsordnung ausgehende Lehre der Rechtskonkretisierung. Signifikant beschrieben wird dieser Ansatz durch die von Bülow⁶⁴ aufgestellte These, dass die Privatrechtsnormen des objektiven Rechts als „unfertiger Entwurf“ erst im Richterspruch zur „vollendeten Rechtsnorm“ werden. Die Vertreter der Rechtskonkretisierungslehre messen dem Richterspruch als Komponente des Prozesses somit die Kompetenz und Funktion zu, dass Recht konstitutiv „mit“- zu bilden und nicht nur „fort“ – zu bilden, wie dies die Lehre der Rechtsfortbildung annimmt. Eine moderne Erscheinungsform der Ansicht Bülows war die Auffassung Pawlowski's⁶⁵, der ebenso von einem vorprozessual unfertigen Zustand des materiellen Rechts ausging. Allerdings sollten nicht wie bei Bülow Gesetz und Richterspruch sondern die Parteien durch das von ihnen betriebene Verfahren die Konkretisierung des Rechts bewirken. Beide Herangehensweisen sind jedoch nicht haltbar, da es sonst außerhalb des Prozesses kein rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gäbe und kein Sachverhalt rechtlich durchdacht und beurteilt werden könnte. So kann denklogisch niemals eine abstrakte Norm durch ein konkretes Rechtsverhältnis konstituierend beeinflusst werden, da es sonst unendlich viele Normen gäbe.⁶⁶ Wenn zwischen zwei Parteien ein wirksamer Kaufvertrag besteht, aufgrund dessen der Verkäufer liefern muss, ist diese Pflicht materiell-rechtlich durch das Gesetz verbindlich normiert, unabhängig davon, ob es im weiteren Verlauf zu einem diesbezüglichen Rechtsstreit kommt. Wie könnte der Käufer seine Ware verlangen, wenn ihm der Vertrag ohne Prozess überhaupt keine Rechtsposition verschaffen würde? Auch die

⁶³ Lücke in: MK; Einleitung, Rn.9.

⁶⁴ Vgl.: Bülow; Gesetz und Richteramt, S. 3, 7, 45, 49; auch die Kreationstheorie von Sauer ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen

⁶⁵ Vgl.: Pawlowski in: ZJP 80 (1967), S.361.

⁶⁶ So auch: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.82.

Annahme, dass das „Prozessergebnis als Ergebnis gegenseitiger Verständigung der Parteien“⁶⁷ zu begreifen sei, ist nicht zutreffend, da Recht nicht in einem Vergleich der Parteien gesprochen wird, sondern im Urteil. Würden die rechtlichen Positionen der Parteien, wie sie in einem Prozessvergleich vertraglich fixiert werden, erst das Recht als „fertiges“ Recht feststellen, würde der Maßstab des Rechts durch die unendlichen - der Vertragsfreiheit geschuldeten - Möglichkeiten der Ausgestaltung des Prozessvergleiches bestimmt. Ist es somit als „Recht“ anzusehen, wenn der Käufer im obigen Beispiel in einem speziell gelagerten Fall auf sein Recht auf Lieferung im Rahmen eines Vergleiches verzichtet, obwohl er es genauso gerichtlich durchsetzen kann? Die Verständigung der Beteiligten lässt ohne Zweifel eine gewisse Disponierung über die ihnen zustehenden Rechte zu, aber sie lässt kein „Recht“ als solches entstehen. Auch wenn man mit Kelsen⁶⁸ die durch richterliche Einzelfallanwendung erzeugte Regelung in einem weiten Sinne dem Recht zuordnet, so ist das „Recht im Gewand des Urteils“ nicht Bestandteil des generell verbindlichen Normengefüges der Rechtsordnung. Sie steht als individuelle Norm auf der gleichen Stufe wie ein Verwaltungsakt oder eine vertragliche Regelung. Eine Rechtskonkretisierung kann demnach nicht als Prozesszweck angesehen werden.

d) Wahrheitszweck

Problematisch erscheint die Frage, ob die Wahrheitsfindung als ein Zweck des Zivilprozesses angesehen werden kann. Mit Sicherheit lässt sich sagen, dass nicht jeder Zivilprozess darauf abzielt, die Wahrheit festzustellen, da es in vielen Prozessen „nur“ um Rechtsfragen geht, was insbesondere bei der Revision der Fall ist, die der Klärung von Rechtsfragen dient. Als gewichtiges Argument gegen eine Annahme, die Wahrheitsfindung sei oberster Prozesszweck⁶⁹, lässt sich der in der heutigen ZPO verankerte Verhandlungsgrundsatz⁷⁰ anführen, der die Wahrheitssuche des Richters auf den Rahmen beschränkt, der durch den entscheidungserheblichen Sachvortrag der Parteien gesteckt wird. So kann man die Verhandlungsmaxime als Prinzip der formellen Wahrheit bezeichnen, während die Untersuchungsmaxime in Ermangelung einer Abhängigkeit von dem Vorbringen der Parteien als Prinzip der materiellen Wahrheit gilt.⁷¹ Diese Unterscheidung zwischen formeller und gradueller

⁶⁷ Vgl.: Pawlowski in: ZJP 80 (1967), S.373 und 389.

⁶⁸ Vgl.: Kelsen; Reine Rechtslehre, S.242.

⁶⁹ So mit sehr unterschiedlicher Betonung: Sauer; Allgemeine Prozessrechtslehre, S.138 und 155; Sperl in: FS Klein, 1914, S.46.

⁷⁰ Der Terminus des „Verhandlungsgrundsatzes“ geht zurück auf: Gönner; Handbuch des Deutschen gemeinen Prozesses.

⁷¹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 77, Rn.6.

Wahrheit ist jedoch lediglich gradueller und theoretischer Natur, da ja auch der Verhandlungsgrundsatz letztlich nur eingeführt wurde, weil die Parteien erfahrungsgemäß vollständiger und effizienter den streitentscheidenden Sachverhalt schildern als es durch richterliche Untersuchung geschehen würde und so die Wahrheitsfeststellung optimiert werden soll. Auch die philosophische⁷² Kontroverse um den Wahrheitsbegriff⁷³ hilft in diesem Zusammenhang nicht weiter, da der Zivilprozess durch das Prinzip der richterlichen Wahrnehmung die rein formale Struktur abgestreift hat.⁷⁴ § 286 ZPO spricht dementsprechend heute nur davon, dass das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Es ist jedenfalls die Wahrheitsfindung an sich auch letztlich nicht als Zweck des Zivilprozesses anzusehen, sondern als das notwendige Mittel zum Zwecke der Rechtsfindung. Denn wie kann es ohne Wahrheit Gerechtigkeit geben? So muss in jedem Zivilprozess der höchstmögliche Wahrheitsgehalt angestrebt werden um Gerechtigkeit zu erzielen. Ein Richterspruch kann nur bindend feststellen, was „rechtens“ ist und nicht was wahr ist. Es geht deshalb niemals um die historische oder naturwissenschaftliche Wahrheit an sich, sondern um die Wahrheitsermittlung zum Zwecke der Rechtsfindung. Die Wahrheitsfindung ist somit eine überaus wichtige Komponente des Individualrechtsschutzes aber nicht Prozesszweck.

4) Verhältnis der grundlegenden Ansichten über den Prozesszweck in der heutigen ZPO

Dieses die wissenschaftliche Auseinandersetzung beherrschende Wechselspiel zwischen der Bewährung des objektiven Rechts nach Kleins sozial motiviertem Ansatz und dem auf Wach zurückgehenden Individualrechtsschutz-Modell stellte gewissermaßen das Zentrum dar, um das sich die dargestellten Prozesszwecklehren drehten. Eine grundlegende Zäsur hat die Argumentation auf dem Gebiet der Prozesszweckwissenschaft durch die Einführung des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 erfahren.

⁷² Eine Wahrheit im erkenntnistheoretischen Sinne kann der Prozess ohnehin nicht ermöglichen, da dem Richter kein verlässliches, jeden Irrtum ausschließendes verbindliches Kriterium zu Gebote steht mit dem er dann der aristotelischen Wahrheitsdefinition im Sinne der Übereinstimmung mit der Wirklichkeit entsprechen könnte.

⁷³ Eine Darstellung dieser Kontroverse findet sich bei: Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.85.

⁷⁴ Der Begriff der formellen Wahrheit ist ein Relikt der Scholastik des mittelalterlichen Gelehrtenprozesses, in dem der Richter an starre Beweis- und Eidesregeln gebunden war ohne eine Befugnis zur freien Beweiswürdigung. Dies ist schon bei Wach festzustellen, der dem damaligen Zivilprozess schon die richterliche Wahrnehmung als Prinzip entnahm und die formale Beweistheorie als begraben betrachtete: Wach in: Grundfragen und Reform des Zivilprozesses, S.24.

Art. 20 GG normiert für die Bundesrepublik Deutschland die – der Ewigkeitsgarantie des Art.79 Absatz III GG unterliegende - Staatsform des Rechtsstaates und des Sozialstaates, in deren Denkkategorien sich die Prozesszwecklehren dementsprechend zu bewegen haben. Die bereits dargestellten Prozesszwecke des Schutzes subjektiver Rechte, der Bewahrung des objektiven Rechts, des Rechtsfriedens und der Rechtsgewissheit sind wesentliche Elemente des Rechtsstaatsprinzips⁷⁵, wobei der Schutz der subjektiven Rechte gleichzeitig unmittelbar den Freiheitsrechten der Verfassung entfließt.⁷⁶ Wie aus den obigen Ausführungen zu den einzelnen Prozesszwecken zu erkennen ist, geht die herrschende Meinung vom Individualrechtsschutz als primärem Prozesszweck aus und begreift die übrigen Zwecke als Folgeerscheinungen.⁷⁷ Die Betonung des Individualrechtsschutzes als essentieller und unabdingbarer Prozesszweck resultiert direkt aus dem Verständnis der Grundrechte als Schutz- und Freiheitsrechte des Individuums und erweist sich allen Kritikern gegenüber demnach als genauso standhaft wie die rechtsstaatliche und freiheitliche Gesellschaftsform der deutschen Verfassung selbst.⁷⁸ Es gilt somit im Geltungsbereich des Grundgesetzes immer zu beachten, dass keine Umgewichtung der Prozesszwecke die Rechtsschutzgewährleistung und damit den Individualrechtsschutz wesentlich beschneiden darf, da sonst die Freiheitsrechte und das Rechtsstaatsprinzip der Verfassung tangiert würden. So betont auch das BVerfG, dass die freiheitsgewährleistende Funktion des Verfahrensrechtes das gesetzgeberische Gestaltungsermessen bei der Ausformung des Zivilprozessrechtes entscheidend beschränkt.⁷⁹ In der gleichen Entscheidung konstatiert das Gericht aber auch, dass das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip bezüglich der Abwägung einzelner Prozesszwecke untereinander keine „verfassungsrechtliche Vorentscheidung“⁸⁰ fällt, sondern die Ausgestaltung dieser Wechselwirkung dem Gesetzgeber überlassen ist. Der Individualrechtsschutz ist somit in seiner Funktion als „Leitkultur des Zivilprozesses“ verfassungsrechtlichen Vorgaben geschuldet, die andersartige Prozesszwecke „nur“ als neben dem Individualrechtsschutz parallel laufende erlauben. Die heutige ZPO erfüllt diese Kriterien,

⁷⁵ Vgl.: Stern; Das Staatsrecht der Bundesrepublik, Bd.I, S.781, S.796, S.838.

⁷⁶ Das BVerfG entnimmt den Grundrechten des Art.2 Absatz I und Art.14 Absatz I GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines rechtsstaatlich effektiven und fairen Verfahrens: Vgl.: BVerfGE 85, 337, 345; 69, 126, 140; 57, 117, 120; 54, 227, 291; 53, 25, 28; 52, 214, 219; 51, 146, 149; 49, 148, 163; 49, 325, 334..

⁷⁷ Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.12; Lüke in: MK; Einleitung, Rn.7; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.7; Gaul in: Yildirim; Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, S.78; Lüke in: MK; Einleitung, Rn.8.

⁷⁸ Vgl.: Stürner in: FS Baumgärtel, S. 546.

⁷⁹ Vgl.: BVerfGE 54, 277, 292.

⁸⁰ Vgl.: BVerfGE 54, 277, 291ff.

indem sie grundsätzliche Prinzipien wie den Antragsgrundsatz, die Dispositionsmaxime und den Verhandlungsgrundsatz als tragende Eckpfeiler des Zivilprozesses konstituiert. Auch das Verbot des § 308 ZPO, über den Klageantrag hinauszugehen sowie die Begrenzung der Rechtskraft auf die Parteien nach § 325 Absatz I ZPO resultieren aus dem Primat des Individualrechtsschutzes.

Gegen die Annahme, Aufgabe des Zivilprozesses sei es, subjektive Rechte zu schützen, spricht auch nicht die Regelung des § 116 Absatz I Nr.2 ZPO, nach dem die Gewährung von Prozesskostenhilfe bei inländischen juristischen Personen auch davon abhängig ist, dass die Rechtsverfolgung nicht „allgemeinen Interessen“ zuwiderläuft. Es handelt sich vielmehr um eine Ausnahmenvorschrift mit Sozialhilfecharakter⁸¹, bei deren Auslegung dem Individualrechtsschutz Rechnung zu tragen ist.⁸² Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang noch festzuhalten, dass die Rechtsfiguren der Prozessstandschaft und der Verbandsklage⁸³, bei denen vom Kläger fremde Rechte verfolgt werden, die Zweckbestimmung des Schutzes subjektiver Rechte nicht dahingehend beeinflussen, dass in derartigen Konstellationen vorrangig ein nur schwer zu definierendes⁸⁴ öffentliches Interesse geschützt werden soll. Zwar fördert die Klagemöglichkeit von Verbänden aufgrund ihrer Finanzkraft und „Gruppendynamik“ ohne Zweifel die Bereitschaft zur Einhaltung der Rechtsordnung, aber vor dem Hintergrund eines zu bestimmenden Prozesszweckes ist der Verband Interessenwahrer der von ihm repräsentierten Personengruppe und kein Funktionär der Rechtsordnung.⁸⁵ Deutlich wird dies besonders bei den Verbraucherzentralen, die ein entsprechendes Gegengewicht zu den oft dem Einzelnen überlegenen Unternehmen darstellen sollen, um so zugunsten des Verbrauchers eine Chancengleichheit herzustellen, die es diesem dann erleichtert, letztlich seine subjektiven Interessen durchzusetzen.

Als Zwischenergebnis ergibt sich nach den vorangegangenen Betrachtungen die Erkenntnis, dass heute der Schutz subjektiver Rechte, die in der objektiven Privatrechtsordnung wurzeln, als primärer Prozesszweck anzusehen ist, der von Folgeerscheinungen wie der Einhaltung des objektiven Rechts, der Herstellung von Rechtsfrieden, der Rechtsfortbildung und der Wahrheitsfindung flankiert wird.

⁸¹ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.10.

⁸² Vgl.: BVerfG NJW 1974, S.229.

⁸³ In diesem Zusammenhang beleuchtet Greger die Verbandsklage in: ZZP 113 (2000), S.399.

⁸⁴ Vgl. bezüglich eines umfangreich dargestellten Definitionsversuches: H.Koch; Prozessführung im öffentlichen Interesse, S. 12ff.

⁸⁵ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.11,

Die juristische Einzelanalyse des § 522 ZPO muss stets die dargestellte Prämisse im Auge behalten, dass jedes zivilrechtliche Verfahren primär dem Individualrechtsschutz dient, so dass dieser dominierende Prozesszweck letztlich die „Leitkultur“ einer prozessrechtlichen Fragestellung, insbesondere einer system- und sinnorientierten Normanalyse darstellt.

III) Die Geschichte des Zivilprozessrechts

So wie die vorangegangenen Untersuchungen das Resümee zulassen, dass die Frage nach dem Prozesszweck durchaus für das Verständnis des Prozesses als Grundlage einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung sinnvoll ist, muss der § 522 ZPO als zivilprozessuale Norm auch in seinem geschichtlichen Kontext beleuchtet werden, um dessen heutige Bedeutung analytisch bewerten zu können.

„Der Prozess ist für mich das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar“. Diesen oft zitierten Satz schrieb 1921 der bedeutende Prozessualist Friedrich Stein, Professor an Leipzigs berühmter Juristenfakultät und Autor des Großkommentars „Stein/Jonas“ zur ZPO im Vorwort zu seinem „Grundriss des Zivilprozessrechts“.⁸⁶ Diese Auffassung über die Rechtsnatur verfahrensrechtlicher Normen könnte eine Auseinandersetzung mit geschichtlichen Kontexten des Zivilprozesses als entbehrlich und sinnentleert erscheinen lassen, wenn doch die Norm an sich – also auch § 522 ZPO – nur von sich stets wechselnden Zufälligkeiten des jeweiligen Augenblicks bestimmt ist. § 522 wäre dann lediglich als „nackte“ Verfahrensnorm in ihre einzelnen Tatbestandsmerkmale zu zerlegen ohne den ihr „umhängenden Mantel der Rechtsgeschichte“ in die Analyse mit einzubeziehen.⁸⁷ Eine solche Herangehensweise erinnert in diesem Zusammenhang noch an ein weiteres prägnantes Zitat der Rechtsgeschichte, nämlich Bernhard Windscheids Programmsatz von 1884, dass „ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen nicht Sache des Juristen als solchen seien.“⁸⁸ Jedoch bezeichnete Stein selbst die Klarstellung der Motive hinter jeder einzelnen prozessualen Norm, die praktischen Zwecken dienen soll, als wichtige Aufgabe, da diese Normen keineswegs „bloße Formen um ihrer selbst willen sind, sondern gerade bestimmten ethischen und sozialen Zwecken

⁸⁶ F.Stein, geb. 1859 in Breslau, habilitierte sich 1887 bei Adolf Wach in Leipzig; 1890 dort zum a.o., 1896 zum o. Professor in Halle ernannt, legte er 1907 die Professur nieder und zog zurück nach Leipzig, wo er zunächst wieder als Privatdozent, dann als o. Honorarprofessor lehrte; gest. 1923. Sein „Grundriß des Zivilprozessrechts“ wurde seit der 2.Auflage (1924) bearbeitet von J.Juncker.

⁸⁷ Vgl.: Wacke in: FS Schneider; S.466.

⁸⁸ Vgl.: Windscheid; Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipziger Rektoratsrede, 1884.

dienen.“⁸⁹ Diese Zweckausrichtung zeigt sich insbesondere in der oben dargestellten Diskussion um die Prozesszwecke. Vielmehr fungieren die Normen der ZPO epochenübergreifend als Verwirklichung des Individualrechtsschutzes, der sich trotz seines versteckten Daseins unter der Fülle rein technischer Regelungen als ein genau solcher „Ewigkeitswert“ erweist.⁹⁰

Stein wollte mit seiner überspitzten Formulierung, die sich heute in einer missverständlichen Art und Weise verselbstständigt hat, lediglich klarstellen, dass er rechtsphilosophische Fragen aus seinem „Grundriss“ ausgeklammert hat. Die Tatsache, dass das Zivilprozessrecht eine Art Querschnitt durch die rechtsgeschichtliche Entwicklung darstellt, wird besonders deutlich, wenn man die jahrhundertelange Tradition beleuchtet, in der sich solche bestimmten prozesstypischen Gesetzmäßigkeiten niederschlugen, die letztlich als gerecht empfunden werden.⁹¹

Die Wichtigkeit historischer Erläuterungen zeigt sich nicht zuletzt in der juristischen Methode der Auslegung, die der Ermittlung des rechtlich maßgebenden Sinnes des Gesetzes dient. Neben der Wortlautauslegung, der teleologischen sowie systematischen Auslegung sind auch der historische Bezug und die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Norm von erheblicher Bedeutung. Vor einer konkreten Schilderung der entstehungsgeschichtlichen Aspekte des § 522 ZPO selbst, bedarf es einer geschichtlichen Aufarbeitung des Zivilprozesses in seiner Funktion als eigener Rechtsmaterie, in die jede verfahrensrechtliche Norm eingebettet ist. Denn um sich einer Norm mit ihren individuellen prozessualen Besonderheiten wirkungsvoll nähern zu können, ist es sehr hilfreich, den generellen Entstehungsprozess, aus dem letztlich jede prozessuale Norm gewachsen ist, etwas genauer zu beleuchten. Auch kann man anhand eines solchen Rückblicks überprüfen, ob es bereits vergleichbare Regelungen gab und welche Erfahrungen damit gemacht wurden. Das historische Profil einer Norm ist somit ein guter Ansatzpunkt, nähere Untersuchungen an dieser vorzunehmen.

Im Wesentlichen hat das heutige deutsche Zivilprozessrecht zwei historische Wurzeln, das römisch-kanonische und das germanische Recht. Im Mittelalter entwickelt sich dann in Oberitalien der Prozess, der insbesondere durch die päpstliche Gesetzgebung und die Praxis geistlicher und weltlicher Gerichte bestimmt wird. Die größte Bedeutung für den Einfluss des römischen Rechts⁹² auf die übrige europäische Rechtskultur hatte dabei die Wiederentdeckung der Digesten, des wichtigsten Teils des Gesetzgebungswerkes des Kaisers Justinian, die erstmals

⁸⁹ Vgl. diesbezüglich: Wacke in: FS Schneider; S.466.

⁹⁰ Vgl.: Wacke in: FS Schneider 1997, S.470.

⁹¹ Vgl.: Wacke in: FS Schneider 1997; S.470.

⁹² In: Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 1, Einleitung, Nr.2, wird das römische Recht wohl zurecht als eine „der großartigsten und geschichtsmächtigsten Kulturerscheinungen des Abendlandes“ bezeichnet.

im Jahre 533 publiziert wurden. Das Studium der Digesten führte seit Ende des 11. Jahrhunderts in Italien zu einer neuen Blüte der Rechtswissenschaft. Sie hat dann in den folgenden Jahrhunderten die Rezeption des römischen Rechts ausgelöst und damit die gesamte europäische⁹³ Rechtsentwicklung maßgeblich geprägt. Durch die Übernahme fremden Kulturgutes im Rahmen der Rezeption kommt auch der Zivilprozess Oberitaliens im 14. und 15. Jahrhundert nach Deutschland. Durch die Gesetzgebung des Reiches und der Länder entwickelt sich der so genannte „gemeine“ Prozess. Der gemeine Prozess erfährt dann einerseits durch die Reformbewegungen des aufgeklärten Absolutismus im 18. Jahrhundert und andererseits durch die in den Code de procedure civile mündende und von Frankreich ausgehende Reformbewegung gewichtige Veränderungen. Diese geschichtliche Entwicklung zeigt einen sich immer wiederholenden Kampf zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit, Beschleunigung und Gründlichkeit, Freiheit und Gebundenheit, Parteiherrschaft und Richtermacht.⁹⁴ So haben sich dann stets die jeweiligen Gewichtungen dieser gegenläufigen Wertentscheidungen als die den Zivilprozess grundlegend charakterisierenden Komponenten ihrer Zeit herauskristallisiert. Auf der Grundlage des gemeinen römischen Rechts, das sich in Deutschland aus einer Vereinigung römischer, kirchlicher (kanonischer) und germanischer Elemente gebildet hatte, ist zum großen Teil auch die heute geltende Zivilprozessordnung entstanden.

1) Der römische Zivilprozess

Die Geschichte des römischen Reiches und Rechts umspannt einen Zeitraum von mehr als 1000 Jahren. Als kleine Landstadt tritt Rom im Jahr 753 v.Chr. in Erscheinung und von der Mitte des dritten Jahrhunderts v.Chr. an entfaltet es sich zur Großmacht. Am Ende des ersten Jahrhunderts v.Chr. ist es bereits zum Weltreich aufgestiegen. Die letzten drei Jahrhunderte seiner Geschichte bilden die Zeit des Verfalls und des Untergangs des Reiches, was durch die Ereignisse der

⁹³ Die wichtigsten europäischen Prozessrechte zeigen noch heute in ihrer Grundstruktur eine Reihe wichtiger Gemeinsamkeiten. So wird der Prozess überall durch die Klage einer Privatperson eingeleitet, die die Tatsachen schildert, die seine Rechtsfolgenbehauptung stützen. Der Beklagte gesteht diese Tatsachen zu oder leugnet sie und kann neue Tatsachen vorbringen, die ihrerseits dann seine Gegenrechte begründen. Nach einer Beweisaufnahme über streitige Tatsachen folgt der richterliche Ausspruch der Rechtsfolge in Gestalt einer Entscheidung, meist eines Urteils. Unterschiede in den einzelnen europäischen Prozessordnungen liegen immer im Rahmen dieses gemeinsamen Grundverständnisses über den Ablauf eines Zivilprozesses. Dieses gemeinsame Grundverständnis ist das Ergebnis einer im römischen Recht wurzelnden gemeinsamen Prozessgeschichte.

Vgl. dazu: Stürner in: FS Schumann 2001, S.491ff.

Verlegung der Reichshauptstadt von Rom selbst nach Byzanz (Konstantinopel, Istanbul) durch Konstantin den Großen im Jahre 330 und die Eroberung Roms durch die Germanen im Jahre 455 geschichtlich manifestiert wird.

a) Frühgeschichte

Die Frühgeschichte des römischen Prozessrechts liegt im Dunkeln. In der rechtsgeschichtlichen Wissenschaft⁹⁵ wird jedoch nicht von einer Art „geschichtlichem Nullpunkt“ ausgegangen, an dem es lediglich den Urzustand eines Kampfes aller gegen alle gab. Vielmehr legt bereits das älteste enthaltene Vollstreckungsverfahren eine prozessrechtliche Interpretation dahingehend nahe, dass die kontinuierliche Ausbildung eines Vollstreckungsrechts nur möglich war, weil es durch die grundlegenden Züge vom „Recht eines um inneren Frieden bemühten Agrarverband“⁹⁶ geprägt wurde und nicht durch atavistisches Verhalten wie Gewalt und Selbsthilfe. Die Ladung vor den Gerichtsmagistraten, in ius vocatio, und die Rechtspflicht, dieser Ladung Folge zu leisten, stehen an der Spitze der Zwölftafeln⁹⁷. Dies setzt eine starke Rechtsbindung und ein starkes Rechtsbewusstsein voraus, wodurch wiederum zum Ausdruck kommt, dass eine geordnete Rechtsdurchsetzung für den Bestand einer menschlichen Gemeinschaft essentiellen Charakter hat.⁹⁸

⁹⁴ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.4.

⁹⁵ Vgl.: Kaser/Hackl; Das römische Zivilprozessrecht, Rn.28; Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 14, Rn.1; Rein; Das Privatrecht und der Zivilprozess der Römer, S.853.

⁹⁶ Vgl.: Behrends; Der Zwölftafelprozess, S.113.

⁹⁷ Die Zwölftafeln gelten als die älteste Kodifizierung des römischen Rechts. Die Zwölftafel-Gesetzgebung (lex duodecim tabularum) wird datiert auf ca. 450-451 v.Chr. Schon römische Historiker haben behauptet, die Entstehung der Zwölftafel-Gesetze falle in die Anfangszeit der Ständekämpfe zwischen Patriziern und Plebejern und habe den Zweck gehabt, die Plebejer in ihren Rechten vor der adeligen Oberschicht und deren willkürlichen Eingriffen zu schützen. Die Zwölftafel Gesetze standen auch lange in hohem Ansehen. So berichtet Cicero (106 – 43 v.Chr.) von sich selbst, er habe als Kind die Zwölftafel-Gesetze auswendig gelernt. Deren Sprache war knapp und gleichförmig. Alle Vorschriften begannen mit einem Wenn-Satz. Der Inhalt bestand aus Straf- und Zivilrecht, wobei zwischen diesen beiden Rechtsgebieten wegen des Privatklagecharakters des Strafverfahrens nicht differenziert wurde. Die Offizialmaxime und der Amtsermittlungsgrundsatz galten noch nicht. Einen breiten Raum nimmt das hier relevante Prozessrecht ein. So finden sich zahlreiche Vorschriften über den Ablauf des gerichtlichen Verfahrens und über Vollstreckung, wobei auch hier das materielle Recht und das Prozessrecht noch eine Einheit gebildet haben. Als prägnanteste Besonderheit sind die strikten, wörtlichen Formulare zu erwähnen, nach denen Kläger und Beklagter ihre jeweiligen Behauptungen aufstellen mussten.

⁹⁸ Vgl.: Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 14, Rn.2.

b) Legisaktionen- und Formularprozess

Genauere Konturen erhält der römische Zivilprozess durch die Regelungen des Legisaktionenprozesses. Dessen Grundzüge wurden durch die von Gaius im 2. Jahrhundert verfassten „Institutiones“ überliefert, die später auch Teil des „Corpus iuris civilis“ wurden, den Justinian zum Zwecke der Sammlung des römischen Privatrechts aufzeichnen ließ. Diese römische „legis actio“ muss als eine in gewissen positiv vorgeschriebenen Formalitäten vorzunehmende Handlung verstanden werden, die das streitige Recht geltend macht.⁹⁹ Dabei saß der Jurisdiktionsmagistrat bis zur Einführung der Gerichtsmagistratur der Prätores im Jahre 367 dem Gericht wohl ursprünglich selbst vor¹⁰⁰, während er sich später darauf beschränkte, das Verfahren einzuleiten und zu überwachen. Daraus resultiert ein prägendes Charakteristikum des Legisaktionenprozesses, nämlich die zeitliche und inhaltliche Aufspaltung des Verfahrens in das Verfahren „in iure“ und das Verfahren „apud iuridicem“.¹⁰¹ Diese Einrichtung, die Tätigkeit des rechtsprechenden Magistrates nicht auf die umfassende Behandlung des Prozesses von Anfang bis Ende zu erstrecken, sondern auf die Prozessleitung zu konzentrieren, bewirkt, dass der Magistrat kein Endurteil („sententia“) über den Rechtsstreit fällen kann sondern lediglich ein so genanntes „iudicium“ erlässt. Das von dem Magistrat ausgehende iudicium enthält die subjektiven und objektiven Voraussetzungen – d.h. von wem und worüber zu entscheiden ist – des Urteils, das letztendlich von einem iudex durch Subsumtion des Streitfalles unter das iudicium gefunden wird. So zerfällt jeder Prozess in zwei sukzessive Abschnitte: In dem Verfahren „in iure“ legt der Gerichtsmagistrat in einer Art Vorverfahren die maßgeblichen Rechtsregeln fest, denen sich die Parteien als Urteilsgrundlage zu unterwerfen haben. Der so gewissermaßen kanalisierte Streitstoff wird erst danach durch den iudex in einer nicht sehr förmlich gegliederten Verhandlung „apud iuridicem“ durch Urteil entschieden.

aa) Das Verfahren „in iure“

Zu dem Verfahren „in iure“ wurde der Beklagte privat vor den Magistrat geladen, was bereits in den Zwölftafeln als „in ius vocatio“ normiert wurde. Dann wurden die Voraussetzungen der Rechtsschutzgewährung festgestellt, indem der Streitstand von den Parteien in Spruchformeln

⁹⁹ Vgl.: Rein; Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer, S.853.

¹⁰⁰ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.5; Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 14, Rn.4.

¹⁰¹ Vgl.: v.Keller; Der römische Civilprozess und die Actionen, 6. Auflage kommentiert von Wach, S.4; Rein; Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer, S.854; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.5; Stürmer in: FS Schumann 2001, S.492; Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 14, Rn.5.

festgelegt wurde¹⁰², die wiederum in Anlehnung an Gesetz und Gewohnheitsrecht ausgebildet wurden.¹⁰³

In der Epoche der mittleren Republik – also ca. 200 v.Chr. – tritt neben den Legisaktionenprozess das Formularverfahren. Hierbei wurde die entscheidungsmaßgebliche Spruchformel nicht wie im klassischen Legisaktionenprozess von beiden Parteien unter Mitwirkung des Magistrats aufgesagt sondern in der Gestalt einer schriftlichen Formel festgehalten. Diese Schriftformel wurde dem Kläger vom Magistrat nach mündlicher Verhandlung mit beiden Parteien über die prozessualen und materiellen Voraussetzungen des Anspruches übergeben („actionem dare“) und von diesem dann dem Beklagten überreicht („actionem edere“). Der Beklagte erhält sozusagen die Klageschrift, die auch heute noch nach § 253 Absatz II ZPO den Gegenstand und den Grund des Anspruches enthalten muss. Anschließend muss der Beklagte die Spruchformel annehmen („actionem accipere“). Diesen Vorgang des Aufstellens einer schriftlich fixierten, oder im Legisaktionenprozess mündlich aufgesagten, Spruchformel, die die Entscheidungsgrundlage für ein späteres Urteil darstellt, nennt man „litis contestatio“.¹⁰⁴ Der Name resultiert daraus, dass der Kläger seine Begleiter im Legisaktionenprozess aufrief, die Annahme des iudiciums seitens des Klägers zu bezeugen. Auch im Formularprozess muss sich der Beklagte durch die Annahme der Formel dem Spruch des iudex unterstellen, da der Magistrat seine Amtsgewalt nicht auf den iudex übertragen konnte. Zur Annahme des iudiciums konnte der Beklagte vom Magistrat durch Unterbringung in Privathaft durch den Kläger („ductio“) oder Beschlagnahme seines Vermögens gezwungen werden („missio in bona“)¹⁰⁵, da er sonst zu leicht der litis contestatio entgehen konnte und die Entstehung des eigentlichen Gerichtsverfahrens vor dem iudex so ohne weiteres hätte blockieren können. Die moderne zivilprozessuale Terminologie bezeichnet den Gedanken der litis contestatio als Rechtshängigkeit, die in der heutigen ZPO in § 261 Absatz I normiert ist. Die litis contestatio ist somit Voraussetzung für den Fortgang des Verfahrens und bildet gleichzeitig den Abschluss des Verfahrens „in iure“.

¹⁰² Dies zeigt, dass bereits hier der Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehörs vorhanden ist.

¹⁰³ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.6.

¹⁰⁴ Vgl.: Kaser/Hackl; Das römische Zivilprozessrecht, S.218; Wolf; Die litis contestatio im römischen Zivilprozess.

¹⁰⁵ Vgl.: Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 23, Rn.3.

bb) Das Verfahren „apud iudicem“

Der entweder von den Parteien gemeinsam gewählte oder dem Kläger vom Magistrat zum Jahresbeginn aufgrund der Auslosung aus der Richterliste zugewiesene iudex¹⁰⁶ entschied nun den Rechtsstreit durch Subsumtion der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen unter die Spruchformel, die quasi als „Anspruchsgrundlage“ fungierte. Wurden die entsprechenden Tatsachen bewiesen, fällte der iudex das Urteil in Gestalt der Rechtsfolge, die ebenfalls in der Spruchformel determiniert war. Der iudex musste also „nur“ die Tatbestandsmerkmale der Spruchformel nach seiner freien Beweiswürdigung¹⁰⁷ als gegeben erachten und darauf basierend sein Urteil sprechen.

Für den modernen Prozess ist von dieser Zweiteilung des Prozesses in die Verfahren „in iure“ und „apud iudicem“ praktisch kaum etwas übrig geblieben.¹⁰⁸ Das heutige Gesetz erfährt seine Bindungskraft für die Entscheidung eines Richters durch die Art. 20 Absatz III und 97 Absatz I GG und diese braucht nicht erst über ein Verfahren „in iure“ mit der „litis contestatio“ konstruiert zu werden. Die Anspruchsgrundlage ist das materielle Gesetz selbst und die Rechtshängigkeit braucht nicht mehr im römisch-rechtlichen Sinne bezeugt werden, da eine anhängige Klage dem Beklagten zugestellt wird, wodurch der Streitgegenstand „automatisch“ rechtshängig wird. Allerdings sind dem Grundgedanken dieser Zweiteilung einige Rechtsfiguren der heutigen ZPO verwandt. So erfährt das heutige Zivilverfahren eine der *litis contestatio* vergleichbaren Zäsur etwa durch die Präklusion nach § 296 ZPO, nach der verspätetes Vorbringen einer Partei nur zuzulassen ist, wenn es den Prozess nicht verzögert. Hier ist noch der Gedanke zu erkennen, nach dem ein in einem früheren Prozessabschnitt gefundenes Zwischenergebnis bindend ist, um die prozessualen Grundlagen des künftigen Verfahrens außer Streit zu stellen.

cc) Das Kognitionsverfahren

Von der oben erläuterten Ordnung der Legisaktionen- und Formularprozesse, die auch als *ordo iudiciorum privatorum* bezeichnet wurde¹⁰⁹ wurden aber im Laufe der Zeit dahingehend einige Ausnahmen anerkannt, dass der Magistrat in bestimmten Fallkonstellationen den Prozess selbst und ohne *iudicium* von Anfang bis Ende behandeln und dementsprechend auch „direkt“ das

¹⁰⁶ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.5.

¹⁰⁷ Vgl.: Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 14, Rn.8.

¹⁰⁸ Vgl.: Stürner in: FS Schumann 2001, S.492.

¹⁰⁹ Vgl.: v. Keller; Der römische Civilprocess und die Actionen, 6. Auflage bearbeitet von Wach, S.4.

Endurteil sprechen konnte. Diese Ausnahmen bildeten das so genannte Verfahren „extra ordinem“ oder „extraordinaria cognitio“. Im Laufe der ersten Jahrhunderte der Kaiserregierung wich die Trennung von *ius* und *iudicium* immer mehr einem dem Verfahren „extra ordinem“ ähnelnden Prozessverlauf, so dass die frühere Ausnahme dieser Verfahrensart zur Regel wurde. Das Kognitionsverfahren war ein Prozess, der vollständig vor beamteten Richtern durchgeführt wurde, ohne dass das Beweisverfahren an den „*iudex privatus*“ abgegeben wurde. Herausgebildet hat sich dieses Verfahren aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Rom erst nur für einzelne Rechtsstreitigkeiten zwischen Bürger und Staat¹¹⁰, in den Provinzen aber durch die Macht der Statthalter wohl schneller und umfassender.¹¹¹ Aber schon Kaiser Augustus (geb. 63 v.Chr., gest. 14 n.Chr.) hat den Anwendungsbereich der *extraordinaria cognitio* auf eine Reihe von Privatrechtsverhältnissen unter Bürgern ausgedehnt. Die nach der Blütezeit der Regentschaften von Cäsar und Augustus weiter erstarkende Monarchie und das kaiserliche Prinzipat beschleunigten die Entwicklung des Kognitionsverfahrens zum regelmäßigen und die „Degradierung“ des „*ordo iudiciorum privatorum*“ zu einem außerordentlichen Verfahren.¹¹² Wegweisend sind auch die Innovationen, die mit dem Erstarren des Kognitionsverfahrens einhergingen. So war zum Beispiel das Einverständnis des Beklagten nicht mehr in der alten Weise nötig, da die Richtermacht aufgrund der wachsenden monarchischen Staatsmacht dergestalt gestärkt wurde, dass gegen den der amtlichen Ladung ungehorsamen Beklagten aufgrund einseitigen Vortrags des Klägers und Sachuntersuchung des Beamten geurteilt werden konnte. Dies ist gewissermaßen die Geburtsstunde des heute in der ZPO in den §§ 330 – 347 geregelten Versäumnisverfahrens. Auch wurde die Beweisaufnahme mehr zu einer richterlichen Untersuchung („*cognitio*“) und das gesamte Beweisverfahren wurde erstmals in Rechtsregeln gefasst. Auch die „*litis contestatio*“ als Akt des Prozessbeginns ist bereits mit der sachlichen Einlassung des Beklagten auf die Klage vollzogen. Neben der Verurteilung zur Geldzahlung werden jetzt auch andere Leistungsurteile zugelassen.¹¹³

Für die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende rechtsmittelrechtliche Untersuchung ist die Epoche der Entstehung des Kognitionsverfahrens wegweisend, da sich aus der durch das

¹¹⁰ Vgl.: Waldstein/Rainer; Römische Rechtsgeschichte, § 23, Rn.16.

¹¹¹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.10.

¹¹² Rein; Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer, S.939; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.10; Waldstein/Rainer; § 23, Rn.16-Rn.18.

¹¹³ Die Aufzählung der Innovationen des Kognitionsverfahrens lässt wesentliche Prozesstrukturen erkennen, deren Grundgedanken in der heutigen ZPO fest verankert sind. Die einzelnen Punkte sind Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.10 entnommen.

Prinzipat bedingten Position des Kaisers als Vorgesetztem des richterlichen Beamten die Anfechtbarkeit des Urteils durch „appellatio“ und ein dementsprechender Instanzenzug entwickelt.

2) Der germanische Prozess

Als zweite wesentliche Wurzel des heutigen deutschen Zivilprozessrechts ist das germanische Recht zu nennen. Der ursprüngliche germanische Prozess ist aus einem Sühne- oder Vergleichsverfahren hervorgegangen und auf Abschluss eines Sühnevertrages gerichtet gewesen.¹¹⁴ Nach förmlicher Ladung des Beklagten erhebt der Kläger mit genau vorgeschriebenen Worten seine Klage vor öffentlicher Versammlung, auf die der Beklagte Wort für Wort antworten muss. Darüber, wie es sich im Mittelalter mit der Rechtsfindung durch Richter und Schöffen¹¹⁵ verhielt, herrscht keine Klarheit. Die Tätigkeit des Urteilers wird als „Finden“ bezeichnet, was im Sinne von Aussprechen und Feststellen verstanden werden muss.¹¹⁶ Das Urteil wurde durch die versammelte Gemeinde gefällt, den „Umstand“, auf Vorschlag rechtsverständiger Gemeindegossen, den Schöffen.

Die wesentliche Besonderheit des mittelalterlichen germanischen Prozesses ist die Figur des so genannten „zweizüngigen“ Urteils.¹¹⁷ Dieses Beweisurteil, aus dem das gemeinrechtliche Beweisinterlokut hervorgeht, ordnet den Beweis an, wenn der Beklagte einen bestimmten Sachverhalt leugnet, und bestimmt, was je nach Ausgang des qua Urteil durchzuführenden Beweisverfahrens zu geschehen habe. Vereinfacht ausgedrückt wurde durch das Urteil der Beweis verlangt und nicht durch den erbrachten Beweis der Streitstoff einem Urteil zugeführt, so dass das Beweisurteil zeitlich vor dem Beweis liegt, während es heute den Abschluss des Beweisverfahrens bildet.

Die eigentliche Verhandlung ist geprägt von scharf abgemessener Rede und Widerrede der Parteien, welche jedes Mal durch Bitte an den Richter gewonnen werden, ferner dadurch, dass über alle Punkte und Abschnitte, über jede rechtliche und tatsächliche Frage durch ein vom Richter den Schöffen abzufragendes Urteil entschieden werden musste.¹¹⁸ Veranschaulichen lässt sich ein derartiger Verfahrensgang am besten dadurch, dass man sich in einem heutigen Prozess

¹¹⁴ Vgl.: Eisenhardt; Deutsche Rechtsgeschichte, Rn.161; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.11.

¹¹⁵ Der Begriff des Schöffen geht auf Karl den Großen zurück, in dessen Zeit die Urteilsfinder als „scabini“ bezeichnet wurden, was einem Rechtsschöpfer oder Schöffen entspricht.

¹¹⁶ Vgl.: Kroeschell; Rechtsgeschichte, Band II, S.123.

¹¹⁷ Vgl.: v. Schulte; Reichs- und Rechtsgeschichte, S.397; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.11; Stürmer in: FS Schumann 2001, S.492.

vorstellt, es würde jeder Beweis und jede Rechtsfrage durch die Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Absatz II ZPO verbindlich „abgeurteilt“ werden.

Im einzelnen hing sowohl die Form des Klagegesuches wie die der ganzen Verhandlung von der Beschaffenheit des Klagetypus ab, von dem es im Mittelalter im Wesentlichen drei Arten gab; nämlich die Klage um eine Geldschuld, die Klage um bewegliches Gut und die Klage um Eigentum und Erbe.¹¹⁹ Es gab somit keine allgemeine Prozessordnung im heutigen Sinne, sondern vielmehr gehorchte jeder Klagetyp vor dem Hintergrund seines jeweiligen Klageziels seiner eigenen Prozessordnung.

Vergleichbar mit der oben angesprochenen römischen Rechtsgeschichte entwickelte sich einige Jahrhunderte später auch im mittelalterlichen Recht in Deutschland immer mehr ein Prozess, der immer mehr verbeamtete Züge annimmt, die durch wachsende richterliche Autorität und damit verbunden auch durch einen gelockerten Formalismus¹²⁰ gekennzeichnet sind¹²¹. Geschuldet ist diese Entwicklung den auch in Deutschland entstehenden staatsrechtlichen Strömungen, die wie das Prinzipat den römischen Kaisern auch den deutschen Königen mehr hoheitliche Macht verliehen.

Auch im germanischen Recht ist bereits ein Instanzenzug zu erkennen, dessen Keimzelle die „Urteilsschelte“ war. Danach kann ein Urteil zwar nicht im eigentlichen Sinne angefochten werden, aber die scheltende Partei kann ein in ihren Augen günstigeres Urteil vorschlagen, über das im alten germanischen Recht noch durch Zweikampf entschieden wurde.¹²² Später wurde diese atavistische Entscheidungsgrundlage durch einen Rechtszug an das Königsgericht modernisiert und kultiviert.

3) Der italienisch-kanonische Zivilprozess

Die beiden dargestellten prozessrechtlichen „Sphären“ des antiken römischen Rechts und des mittelalterlichen germanischen Rechts wurden durch den italienisch-kanonischen Zivilprozess im langobardischen Reich Oberitaliens fusioniert.

Die römische Komponente dieses neuen Prozessrechtes, begünstigt durch das stetige Fortleben des römischen Rechts und der römischen Kultur in Italien, bestand aus der Gerichtsorganisation,

¹¹⁸ Vgl.: v. Schulte; Reichs- und Rechtsgeschichte, S.397.

¹¹⁹ Vgl.: Eisenhardt; Deutsche Rechtsgeschichte, Rn.161.

¹²⁰ Vgl.: Stürner in: FS Schumann 2001, S.492.

¹²¹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.13.

¹²² Vgl.: Eisenhardt; Deutsche Rechtsgeschichte, Rn.156.

die durch das ausschließliche Richteramt des königlichen Beamten gekennzeichnet war. Die Tätigkeit der germanischen Gerichtsgemeinde ist beseitigt.

Die germanischen Einflüsse zeigen sich wiederum insbesondere in der Beibehaltung der formellen Behauptungen und Gegenbehauptungen der Parteien sowie der den Verfahrensablauf dominierenden Beweisanordnung durch ein Zwischenurteil.¹²³

So entsteht ein italienisch-kanonischer Prozess durch die Fusion römischer und germanischer Prozessrechtskultur sowie durch den Einfluss früher rein kirchlicher Gerichtsbarkeit, die eine Ausdehnung der päpstlichen Gesetzgebung¹²⁴ in den Wirkungsbereich weltlicher Gerichte erfährt.

Kennzeichnend für das Verfahren dieses oberitalienischen Prozesses ist die lange und wohlgeordnete Sequenz vieler Termine zur Streiterledigung, die dem Glauben an die Kraft sezierender und Gesetzen der Logik folgender Wahrheitsfindung entsprach¹²⁵, wie sie in scholastischen¹²⁶ Denkstrukturen der damaligen Zeit zu finden ist. Auf die Rechtsbehauptung des Klägers in der Klageschrift folgt die Gegenbehauptung des Beklagten, wodurch der Streitwillen der Parteien festgestellt und beurkundet wurde. So erblühte die Figur der römisch-rechtlichen „*litis contestatio*“ zu neuem Leben, da ohne sie ein Prozess nicht „rechtshängig“ werden konnte. Das Gericht prüfte daraufhin, ganz der Scholastik entsprechend, chronologisch den historischen Vorgang, der der Klage zugrunde lag. Die Parteien mussten ihre Behauptungen bezüglich der Klage beziehungsweise der Einreden in einzelnen, knapp formulierten Sätzen aufstellen, was auf dem scholastischen Argument der Aufstellung einer These als Beginn der

¹²³ Vgl. bezüglich der Beeinflussung des italienischen Prozesses durch römische und germanische Einflüsse und deren Erscheinungsformen: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.14.

¹²⁴ Die Kirche hat ursprünglich nur ihre eigene Gerichtsbarkeit für Sachverhalte aus dem innerkirchlichen Bereich. Jedoch dehnt sie diese Gerichtsbarkeit zunehmend auf weltliche Angelegenheiten aus, erst auf die Kleriker, dann auch in Prozessen Privater, in denen der Streitgegenstand seinen Ursprung in den sogenannten „*causae mictae*“ hatte. Das waren Rechtsfragen, die wesentlich von kirchlicher Weltanschauung geprägt waren und einen starken Bezug zu der religiösen Lehre des Mittelalters hatten. Namentlich sind in diesem Zusammenhang Ehe- und Familienstandssachen zu nennen, aber auch Dotal- und Testamentssachen.

¹²⁵ Vgl.: Stürner in: FS Schumann 2001, S.493.

¹²⁶ Scholastik ist die mittelalterliche Schulphilosophie, die im Dienste der Theologie steht. Sie hat die Aufgabe, den christlichen Glauben unter Zuhilfenahme aristotelischer Lehren zu festigen. Zu den scholastischen Methoden zählt die Lesung und Kommentierung eines Textes sowie das Streitgespräch, dessen Charakter und Ablauf einem Prozess sehr ähnlich ist. In einem scholastischen Streitgespräch wird die Richtigkeit aufgestellter Thesen mit der Methode der Syllogistik verifiziert. Diese Methode kann man sich als Regelwerk für formal logische Schlüsse vorstellen, die immer mindestens aus zwei Urteilssätzen und einer Konklusion bestehen. Diese Struktur wurde

Wahrheitsfindung basierte. Die jeweils andere Partei konnte dies qua Aufstellung einer Gegenthese bestreiten oder zugeben. Bestrittene Tatsachen wurden dann zum Gegenstand der Beweisantretung durch die Parteien. Nach Schluss der Beweisaufnahme erklärten die Parteien, dass sie nichts mehr zur Sache vorzubringen haben, wodurch im Sinne der Scholastik ein wahres Ergebnis durch eine Schlussfolgerung erzielt werden konnte¹²⁷. Diese Prozedur wiederholte sich dann im Rahmen der Verifizierung jeder einzelnen Rechtsbehauptung, so dass bald zur „Entflechtung“ des dadurch unübersichtlich gewordenen Streitgegenstandes das Reihenfolgeprinzip¹²⁸ eingeführt wurde. Danach wurde für jeden Prozessvorgang ein gesonderter Termin vorgesehen, der dann hintereinander geschaltet wurde, so dass der gesamte Prozessstoff „step by step“ abgearbeitet wurde. Die Zwischenergebnisse in Gestalt der erzielten Schlussfolgerungen bildeten dann die Entscheidungsgrundlage. Das den Prozess in viele kleine, nacheinander terminierte, Einzelprozesse auffächernde Reihenfolgeprinzip erfuhr ein Gegenstück durch das Eventualmaxime, nach der jede Partei alle gleichartigen Behauptungen gebündelt vorbringen musste, so dass in einem Termin kumulativ eine „Prozessetappe“ geklärt werden konnte. Die Termine wurden dadurch zwar quantitativ weniger, da die Abarbeitung des Prozessstoffes nicht mehr nach Einzelbehauptungen erfolgte, sondern konzentriert nach Themenkomplexen. Allerdings wurde die Entscheidung in den jeweiligen Themenkomplexen qualitativ schwieriger, da die Parteien alle Behauptungen vorbringen mussten, unabhängig von deren eventueller Relevanz. Die so künstlich hervorgerufene Vermehrung des Prozessstoffes zwang zur Protokollierung durch einen Gerichtsschreiber („notarius“) und ließ den bekannten Prozessgrundsatz entstehen: *quod non est in actis, non est in mundo*.¹²⁹ Dieses Verfahren erlangte eine große Verbreitung, da aufgrund seiner strengen Ordnung und der Nötigung zur gründlichen Erörterung aller Streitpunkte ein großes Vertrauen in die staatliche Rechtspflege entstand. Auf der anderen Seite jedoch reizte seine Schwerfälligkeit die Parteien geradezu zur Prozessverschleppung, so dass schon früh Beschleunigungsmaßnahmen¹³⁰ veranlasst wurden.

dann auch in das Zivilverfahren projiziert, in dem dann über diese Methode das Endurteil durch Aneinanderreihung vieler erwiesener Schlussfolgerungen ermittelt wurde.

¹²⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.16; Stürner in: FS Schumann 2001, S.493.

¹²⁸ Zum Ganzen vgl.: Nörr in: ZZP 85 (1972), S.160ff.

¹²⁹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.16.

¹³⁰ Herauszuheben ist in diesem Zusammenhang die „Clementina saepe“ von 1306, die den später sogenannten unbestimmten, summarischen Prozess einführt, was sich zunächst nur auf Bagatellsachen beschränkte, später aber auch auf das ordentliche Verfahren ausstrahlte, da der Richter *simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudicii* entscheiden und die Termine beliebig zusammendrängen durfte.

In dieser Entwicklung zeigen sich bereits die Konturen der Prozesszwecklehren, da damals wie heute die Gewährung von subjektivem Rechtsschutz auf der einen Seite eine gründliche Aufarbeitung des Prozessstoffes verlangt, diese andererseits aber im Interesse der Parteien auch rasch erfolgen muss. Ein optimaler Ausgleich der beiden zwar gleichermaßen dem Individualrechtsschutz geschuldeten aber dennoch gegenläufigen Prozesskomponenten Gründlichkeit und Schnelligkeit ist somit schon im italienisch-kanonischen Verfahren als bestmögliche Ausformung des Zivilprozesses zu erkennen.

4) Die Rezeption und der gemeine deutsche Zivilprozess

Die Rezeption der fremden Rechte im 14. und 15. Jahrhundert bringt auch den soeben dargestellten italienisch-kanonischen Prozess nach Deutschland. Er wurde durch die Gerichtsbarkeit der Grund- und Landesherrn verbreitet, deren Gerichte die alten germanischen Schöffengerichte verdrängten, und die unter der Leitung ausgebildeter Juristen, der „doctores iuris“ aus Bologna¹³¹, standen, denen das dort gelehrt italienisch-kanonische Verfahren eben das Verfahren schlechthin war und das von ihnen selbstverständlich angewendet wurde.¹³² Mit im Geiste dieser Prozessordnung ausgebildeten Juristen wurde dann auch das Reichskammergericht besetzt, das im Jahre 1495 als oberstes Reichsgericht errichtet wurde und das seinen Sitz zunächst in Frankfurt a.M und ab 1693 in Wetzlar hatte. Die Kammergerichtsordnungen¹³³ ab 1495 führten den „neuen“ italienisch-kanonischen und von römischen und germanischen Elementen geprägten Prozess als ordentliches Gerichtsverfahren in Zivilsachen vor dem Reichskammergericht ein. Sie wurden für die Territorialgesetzgebung vorbildlich und galten zudem auch subsidiär im ganzen Reich.¹³⁴ Dieses so entwickelte Prozessrecht bezeichnet man als den „älteren Kameralprozess“, dessen Hauptmerkmale die Verhandlungsmaxime, die Schriftlichkeit des Verfahrens und der Charakter des so genannten Artikelprozesses sind.¹³⁵ Es ist allerdings hervorzuheben, dass Sachsen im Zuge der territorialen Eigenverwaltung, die die staatliche und nationale Situation Deutschlands innerhalb des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation kennzeichnet, dem Prozess in Gestalt des

¹³¹ Die im Jahre 1087 gegründete Universität von Bologna gilt als die älteste Europas.

¹³² Vgl.: Lüke in: MK; Einleitung, Rn.34; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.18; Eisenhardt; Deutsche Rechtsgeschichte, Rn..385; Stürner in: FS Schumann 2001, S.493.

¹³³ Als die bedeutendsten Kammergerichtsordnung gelten die von 1555 und 1631.

¹³⁴ Vgl.: Lüke in: MK; Einleitung, Rn.34.

¹³⁵ Vgl.: Eisenhardt; Deutsche Rechtsgeschichte, Rn.386.

Kameralprozesses größeren Widerstand entgegengesetzt, so dass sich der „sächsische Prozess“¹³⁶ in mancherlei Hinsicht vom Kameralprozess unterschied.¹³⁷ Während sich der Kameralprozess insbesondere wegen des aus dem römisch-kanonischen Recht übernommenen Artikelverfahrens als besonders schwerfällig, da ohne jede Gliederung in Verfahrensabschnitte, und prozessverschleppend, da kein Zwang zum Abschluss der Parteihandlungen, offenbarte, war der sächsische Prozess schon wesentlich von der Intention getragen, den Prozess zu beschleunigen. Er kennt das prozessverschleppende, auf dem Reihenfolgeprinzip basierende Artikelverfahren¹³⁸ nicht und normiert für das Vorbringen von Behauptungen und Beweisen eine strenge Eventualmaxime.¹³⁹ Vor allem aber wird das Verfahren durch das Beweisurteil in ein Stadium der Behauptungen und ein Stadium der Beweise getrennt. Das Beweisurteil hebt die beweisbedürftigen Behauptungen heraus, regelt die Beweislast und legt der beweisbelastenden Partei auf, innerhalb der „sächsischen Beweisfrist“ von 6 Wochen und drei Tagen, den Beweis zu erbringen.

Nicht zuletzt wegen eines dadurch erzielten strukturierenden und kanalisierenden Effektes für das Gerichtsverfahren beeinflusst und veranlasst der Normenkatalog des sächsischen Prozesses die wichtigste Reform des Kameralprozesses, nämlich den Jüngsten Reichsabschied von 1654. Obwohl auch das neue Prozessrecht in erster Linie für das Reichskammergericht gelten sollte, wurde der Weg zur Entstehung eines gesamtdeutschen Prozessrechts durch diesen Jüngsten Reichsabschied geebnet, da in ihm eine Anweisung an die Kurfürsten und Stände des Reiches formuliert wurde, nach der diese „bey ihren Unter-Gerichten die Verordnungen thun, damit, so viel möglich, bey denenselben die Norma des Cammer-Gerichtlichen Prozesses observiert werde.“¹⁴⁰

Die von dem Jüngsten Reichsabschied gewünschte Vereinheitlichung des Prozessrechtes realisierte sich dann auch durch die von Praxis und Theorie gleichermaßen vorangetriebene Bildung des so genannten „gemeinen Prozesses“.¹⁴¹ Dieser ist nicht öffentlich und schriftlich und

¹³⁶ Der sächsische Prozess beruht vor allem auf den Konstitutionen des Kurfürsten August I. von 1572 und auf der Kursächsischen Gerichtsordnung von 1622. Besonders geprägt wurde der sächsische Prozess auch von der damaligen Rechtswissenschaft, insbesondere durch die Lehre Benedikt Carpzovs.

¹³⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.19; Lüke in: MK; Einleitung, Rn.36.

¹³⁸ Das Artikelverfahren überließ es dem Kläger, seine Klage in einzelne Tatsachen aufzugliedern, die sogenannten „Artikel“, zu denen der Beklagte Stellung nehmen musste („responsiones“)

¹³⁹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.22.

¹⁴⁰ JRA von 1654, § 137, Text: NS III, S.665.

¹⁴¹ Der gemeine Prozess gilt bis ins 19. Jahrhundert neben den Territorialgerichtsordnungen, wie besonders der neuen kursächsischen Prozessordnung und dem von Kreitmayr verfassten *codex iuris Bavarici iudiciarii* von 1753.

durch das anfechtbare Beweisinterlokut in zwei Abschnitte geteilt, was zu dem System der Beweistrennung führt und den Ausschluss neuer Behauptungen im Beweisstadium bewirkt. Es gilt die Verhandlungsmaxime und die Eventualmaxime. Die Beweiswürdigung ist nicht frei, sondern gemäß der „formellen Beweistheorie“ an feste Regeln gebunden. Der erste Teil des Verfahrens besteht aus der Einreichung einer substantiierten Klageschrift, auf die der Beklagte innerhalb einer durch das Gericht terminierten Frist, die übrigens bereits hier einen Präklusionscharakter aufweist, antworten muss. Schließen tut dieser erste Abschnitt mit dem Beweisinterlokut, das die beweisbedürftigen Tatsachen nennt. Nach dessen Rechtskraft findet im Anschluss das Beweisverfahren in zwei Unterabschnitten statt, der Beweisanretung und der Beweisführung. Den Schluss bildet ein Endurteil, gegen das entweder Berufung oder wegen Prozessverstößen Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Auch wird der Beklagte seit dem Jüngsten Reichsabschied nicht mehr zwecks Streitbefestigung gemäß dem Gedanken der römisch-rechtlichen „litis contestatio“ zur Einlassung gezwungen, sondern er gilt bei Säumnis als „negative litem kontestierend“, das heißt als bestreitend. Daraufhin kann der Kläger zur einseitigen Beweisführung zugelassen werden und ein Urteil gegen den säumigen Beklagten erwirken. So kann der gemeine Prozess als das Resultat einer Rezeption der italienischen, auf gelehrten Elementen entwickelten und einen eigenständigen Verfahrenstyp konstituierenden Prozessrechtsdoktrin beschrieben werden, die die unterschiedlichsten Einflüsse von über 1500 Jahren europäischer Prozessrechtslehre vereinigt.

Allerdings konnte dieser gemeine Prozess – wahrscheinlich aufgrund der überwiegenden Schriftlichkeit des Verfahrens, der dilatorischen Fristen und der stringenten Beweisregeln – der eingangs zitierten Forderung Goethes¹⁴² nicht genügen, da er wegen seiner extrem langen Dauer wohl kaum die geeignetsten Mittel bot, um das große Ziel der Gerechtigkeit in einer die Parteien und das öffentliche Interesse zufrieden stellenden Art und Weise zu erreichen. Vielmehr kritisierte der Dichter diesbezüglich: „Ein ungeheurer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da die siebzehn Assessoren nicht einmal imstande waren, das Laufende wegzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich aufgehäuft, jährlich konnten sechzig abgetan werden, und das Doppelte kam hinzu...überdies hinderte so mancher Missbrauch den Gerichtsgang.“

So entpuppte sich der gemeine Prozess nach Goethe schon damals als ineffizientes Verfahren. Gleichzeitig wurden dadurch die Ansatzpunkte für den Kurs künftiger Reformen formuliert.

¹⁴² Vgl.: Fn.1.

5) Reformen der deutschen Einzelstaaten

Den Anfang dieser Reformen¹⁴³ machte Preußen. Unter Friedrich dem Großen verfasste Karl Gottlieb Svarez 1781 den „corpus iuris Fridericianum“ auf Veranlassung des Großkanzlers Cramer. Die starre Verhandlungsmaxime und mit ihr die Eventualmaxime wurden beseitigt. Vielmehr sollte der Richter im unmittelbaren persönlichen Verkehr mit den Parteien das wahre Sachverhältnis aufklären und ihre Erklärungen erst einzeln, dann in kontradiktorischer Verhandlung zu Protokoll nehmen, was man als „Instruktion des Prozesses“ bezeichnete.¹⁴⁴ Die Ergebnisse dieser richterlich instruierten Parteiverhandlung bildete dann die Basis des schriftlich hergestellten „status causae et controversiae“, das als eine Art Filter die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen von irrelevantem Prozessstoff separieren sollte. Da die Stellung des Richters wenig Vertrauen in seine Überparteilichkeit schuf und die Gerichte zudem stark überlastet waren, wurden durch die Verordnungen vom 1. Juni 1833 und vom 21. Juli 1846 die Verhandlungs- und Eventualmaxime wieder eingeführt. Zudem durften dann in der nach Beendigung des Schriftenwechsels anberaumten mündlichen Verhandlung keine anderen Behauptungen als in den Schriftsätzen angeführt werden.

Die beiden angeführten Novellen der Jahre 1833 und 1846 zeigen einen starken Einfluss des französischen Zivilprozesses, auf den der moderne deutsche Prozess in vielen und wesentlichen Teilen zurückgeht.

Frankreichs Rechtsentwicklung durchlief ursprünglich die gleichen historischen Stadien wie die deutsche. Der italienisch-kanonische Prozess gelangt über die Rezeption als das Nord- und Westeuropa des 14. und 15. Jahrhunderts prägende Kulturmerkmal auch nach Frankreich. Jedoch zeigt Frankreich im Vergleich zu Deutschland eine konträre national-politische Entwicklung. Während in Deutschland seit dem Mittelalter das Streben nach Dezentralisation überwiegt und schließlich zur Auflösung des alten Reichsverbandes führt, siegt in Frankreich das Königtum und mit ihm eine straffe Zentralisation. Der so entstehende Absolutismus führt zu einer äußerst wirksamen und effektiven Gesetzgebung, was besonders bei den „ordonnances“ Ludwigs des XIV (geb.1638, gest. 1715) deutlich wird. So gestaltet schon 1667 eine „ordonnance civile“ den rezipierten italienisch-kanonischen Prozess dergestalt um, dass eine mündliche Verhandlung eingeführt und die Eventualmaxime beseitigt wird. Die französische Prozessrechtsentwicklung mündete dann 1806 in dem „code de procedure civile“ von 1806, der eine klare Grundgliederung

¹⁴³ Vgl.: Nörr in: ZZZ 87 (1974), S.277ff.

¹⁴⁴ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.26; Lüke in: MK; Einleitung; Rn.38

des Verfahrens vornimmt, die bis heute überlebt hat.¹⁴⁵ Sein Verfahren ist mündlich, öffentlich und ebenfalls ohne Eventualmaxime. Der Prozessbetrieb ist ausschließlich den Parteien überlassen, das Gericht bleibt auf die Entscheidung beschränkt. Die Parteien bestimmen die Reihenfolge der Prozesshandlungen und wechseln Schriftsätze, die dem Gericht nicht mitgeteilt werden. Am Abschluss dieses „Parteiendialogs“ bringen die „avoués“ als Vertreter der Parteien den zu verhandelnden Streitgegenstand auf die Prozessliste, die so genannte „Rolle“. Erst jetzt befasst sich das Gericht mit der Streitsache an sich, was den dem preußischen Zivilprozess anhaftenden Nachteil der Gerichtsüberlastung erheblich minimieren konnte. Die Reihenfolge der Rolle determiniert dann auch den Prozessablauf im chronologischen Sinne. Die Rolle wird so im Laufe des Prozesses „abgearbeitet“. Der „code de procedure civile“ galt in Deutschland in den linksrheinischen Gebieten und war des weiteren Vorbild für einige territoriale Prozessordnungen, so für die badische von 1864 und die bayerische von 1869.¹⁴⁶

Der in Deutschland bis zur Reichsgründung 1871 vorherrschende gebietsrechtliche status quo einer Zersplitterung des Reichsgebietes in zahlreiche territoriale Einzelstaaten spiegelte sich somit auch auf der „zivilprozessualen Landkarte“ wider. Deutschland zerfällt in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in drei große Rechtsgebiete, nämlich in die Gebiete des gemeinen Prozesses (Süddeutschland, Sachsen und seine Fürstentümer, Mecklenburg, Schleswig-Holstein, Braunschweig, Oldenburg, Hannover, Kurhessen und die freien Städte), des preußischen Prozesses (im wesentlichen Preußen und Ostpreußen) und des französischen Prozesses (Rheinhessen, Rheinbayern und Westfalen).

Dieser prozessuale „Flickenteppich“ wurde Mitte des Jahrhunderts noch unübersichtlicher, als sich Hannover und Braunschweig 1850, Oldenburg 1857, Lübeck 1862, Baden 1864, Württemberg 1868 und Bayern 1869 neue Prozessordnungen gaben.¹⁴⁷

6) Die Entstehung einheitlichen Prozessrechts durch die Reichsjustizgesetze

Aufgrund dieser Rechtszersplitterung schlug das prozessrechtliche Stimmungsbarometer immer mehr in Richtung einer gesamtdeutschen Prozessordnung aus. Diese Bestrebungen nehmen bereits 1862 konkrete Formen an, als der Bundestag des Deutschen Bundes eine Kommission zur

¹⁴⁵ Vgl.: Stürner in: FS Schumann 2001, S.495.

¹⁴⁶ Vgl. zur französischen Prozessrechtsentwicklung den Umriß von Lüke in: MK; Einleitung, Rn.39.

¹⁴⁷ Die Aufzählung ist übernommen aus: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 4, Rn.30.

Ausarbeitung einer allgemeinen Prozessordnung für die deutschen Bundesstaaten einsetzt.¹⁴⁸ Diese Kommission trat in Hannover zusammen, da die hannoversche PO Grundlage der intendierten bundeseinheitlichen Prozessordnung sein sollte. 1866 legte die Kommission dem Bundesrat dann den „Hannoverschen Entwurf“ vor, der allerdings infolge der Kriege zwischen Preußen und Österreich kein Gesetz wurde. Auch der preußische Entwurf von 1864¹⁴⁹ wurde kein Gesetz. 1867 rief dann der Bundesrat des Norddeutschen Bundes basierend auf Art.4 Nr.13 seiner Verfassung¹⁵⁰, eine erneute Kommission ins Leben, die den gescheiterten preußischen Entwurf zur Grundlage hatte. In der Hauptsache aber arbeitete die Kommission nach dem Vorbild des hannoverschen Entwurfs und vollendet 1870 den „norddeutschen Entwurf“. Den Wirrungen des deutsch-französischen Krieges von 1870/1871 geschuldet, erlangte jedoch auch dieser Entwurf keine Gesetzeskraft.

Die geschichtliche Zäsur des deutsch-französischen Krieges, der mit der deutschen Reichsgründung durch die Ausrufung Wilhelms des I als deutschen Kaiser in Versailles endete, schuf dann die letzten politischen Voraussetzungen zur Bildung einer einheitlichen Prozessordnung. Die Reichsverfassung von 1871 verlieh dem Reich selbst die Gesetzgebungskompetenz für das Gerichtsverfahren im gesamten Reichsgebiet. Unter Vorsitz des preußischen Justizministers Adolf Leonhardt entstand so der „Entwurf I“, der die Mündlichkeit, die Passivität des Richters, die Parteiherrschaft über den Prozess und die Abschaffung der Urteilskraft des Beweisinterlokuts als Eckpfeiler der neuen CPO aufstellte. Nach der Veröffentlichung des „Entwurfes I“ im Sommer 1871 tritt eine neue Kommission, diesmal unter Beteiligung der süddeutschen Staaten, zusammen, die wiederum von Leonhardt geleitet wird und 1872 den „Entwurf II“ als ihr Ergebnis präsentiert. Eine Abweichung des zweiten vom ersten Entwurf ist nur in Einzelheiten gegeben. Der Bundesrat jedoch änderte den „Entwurf II“ noch mehrfach ab und brachte ihn nebst Motiven und mit den Entwürfen eines Gerichtsverfassungsgesetz und einer Strafprozessordnung 1874 im Reichstag als „Entwurf III“ ein. Dieser leitete ihn nach der ersten Lesung an die unter dem Vorsitz von Miquel stehende

¹⁴⁸ Vgl. zur chronologischen Entwicklung der Entstehung der CPO von 1862 bis 1877: Henckel in: GS Bruns, S.111ff.

¹⁴⁹ Preußen hatte sich infolge seines Streits mit Österreich nicht an der Kommission des Bundestages beteiligt und stattdessen in enger Anlehnung an den französischen Prozess einen eigenen Entwurf ausgearbeitet, den sogenannten „preußischen Entwurf“.

¹⁵⁰ Zu den Aufgaben des inzwischen gegründeten Norddeutschen Bundes gehörte nach Art.4 Nr.13 und Nr.14 seiner Verfassung auch das Gerichtsverfahren.

Reichsjustizkommission weiter, die bis 1876 diesbezüglich tagte. Endlich nahm der Reichstag die Entwürfe am 21. Dezember 1876 an und der Bundesrat stimmte einen Tag später zu.

Am 30. Januar 1877 wird dann die CPO publiziert, die als Bestandteil der „Reichsjustizgesetze“¹⁵¹ am 1. Oktober 1879 in Kraft tritt.

Im Ergebnis entstand für den deutschen Rechtsraum damit ein stark am französischen Prozess orientiertes Verfahren als Regelfall: schriftliche Einleitungsphase (§§ 120ff., 230ff. CPO 1877), mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (§§ 119, 127ff., 246ff. CPO 1877), Aufklärung und Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht (§§ 130ff., 257, 320ff. CPO 1877), mündliche Verhandlung über die Beweisaufnahme (§ 258 CPO 1877) und Urteil (§§ 313ff. CPO 1877).¹⁵²

Wenn auch die Entstehung einer deutschen Rechtseinheit für das gerichtliche Verfahren ohne Zweifel auf einem politischen Fundament ruht, nämlich der Reichsgründung von 1871 als Zusammenführung des in viele autonome Teile zersplitterten Deutschlands unter dem Dach einer einheitlichen Nation, so ist die CPO als einheitliche Prozessordnung noch heute als historische Leistung von epochaler Bedeutung zu sehen.¹⁵³ Die CPO 1877 führt die prozessualen Erkenntnisse und die historischen Einflüsse von über 2000 Jahren rechtsgeschichtlicher Entwicklung in Deutschland zu einem im gesamten Reichsgebiet einheitlich geltenden Normenkomplex zusammen. Gleichzeitig entsprach sie den Wertvorstellungen des 19. Jahrhunderts, indem sie eine liberale Kodifikation¹⁵⁴ darstellte, die dem Richter eine passive Rolle zuwies und der freien Gestaltung des Prozessablaufs durch die Parteien einschließlich einer von diesen bezweckten rücksichtslosen und verschleppenden Prozessführung keinerlei Grenzen setzte.

7) Änderungen der CPO durch verschiedene Novellen

Dieses allzu liberale Gewand der CPO brachte es mit sich, dass schon bald der Ruf nach einer erneuten Reform laut wurde, die die zu weit getriebene Parteiherrschaft zurückdrängen sollte,

¹⁵¹ Das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) wird am 27. Januar 1877 publiziert, die Strafprozessordnung (StPO) am 1. Februar 1877 und die Konkursordnung (KO) am 10. Februar 1877. Zusammen mit der CPO bilden sie das Paket der Reichsjustizgesetze, die dann komplett am 1. Oktober 1879 in Kraft treten.

¹⁵² Vgl. bezüglich des Verfahrensgangs in der ursprünglichen Version der CPO 1877: Stürner in: FS Schumann 2001, S.501.

¹⁵³ Vgl.: Sellert in: JuS 1977, S.789.

¹⁵⁴ Vgl.: Bettermann in: ZZZP 91 (1978), S.365.

indem die Rolle des Richters aktiviert und die Parteipflichten stärker betont werden sollten.¹⁵⁵ In diese Zeit fiel gewissermaßen als „Schlüsselreiz“ die von Franz Klein im Jahre 1885 geschaffene österreichische Zivilprozessordnung. Diese Prozessordnung war von Klein`s bereits oben im Rahmen der Erläuterungen über den Prozesszweck vorgestellter Idee des „sozialen Zivilprozesses“ geprägt. Sie führte von der liberalen Prozessauffassung weg hin zur Interpretation des Zivilprozesses als soziale Massenerscheinung, für die der Staat eine Wohlfahrtseinrichtung zur Verfügung zu stellen habe.¹⁵⁶ Dieser Wandel der gesellschaftlichen und daraus resultierend auch der prozessrechtlichen Anschauungen löste um die Jahrhundertwende einen Reigen von Novellen der CPO aus.

Der Anpassung des Zivilprozessrechtes¹⁵⁷ an das BGB vom 18. August 1896 und an das HGB vom 10. Mai 1897 diente die Novelle vom 17. Mai 1898, die 190 Paragraphen neu einführt und diese insgesamt neu nummerierte. Die erste wesentliche Änderung erfolgte durch die Amtsgerichtsnovelle vom 1. Juni 1909, die im Verfahren vor den Amtsgerichten den Amtsbetrieb einführt und somit den Grundstein für die Stärkung der richterlichen Prozessleitung legte. Die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924, bekannt geworden als so genannte „Emminger-Novelle“, brach dann endgültig mit dem bis dahin rein liberalen Prozessverständnis. Den Trend der Verschiebung von der absoluten Parteiherrschaft hin zur Erstarkung richterlicher „Verfahrensführungskompetenzen“ setzte die Novelle vom 27. Oktober 1933¹⁵⁸ fort, die wesentliche Verbesserungen dadurch erzielt, dass eine Wahrheitspflicht der Parteien kodifiziert wird und Prozessverschleppungen entgegengewirkt wird. Bereits in die Zeit des Bestehens der Bundesrepublik Deutschland fällt das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung

¹⁵⁵ Vgl.: Lüke in: MK; Einleitung, Rn.45.

¹⁵⁶ Vgl.: Sprung in: ZZP 92 (1979), S.20.

¹⁵⁷ Die Vereinheitlichung des Prozessrechtes eilte der Vereinheitlichung des materiellen Rechts voraus, was das starke Verlangen nach einem einheitlich geltenden Prozessrecht noch verstärkt zum Ausdruck bringt.

¹⁵⁸ Besonders deutlich wird diese Entwicklung dadurch, dass deren Grundgedanke in dem Vorspruch zur Novelle folgendermaßen formuliert war: „Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu missbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder ein Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozessführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.“ Bei diesen gesetzlichen Neuerungen handelte es sich um Maßnahmen, die bereits in dem ZPO-Entwurf von 1931 enthalten waren. Also ist es durchaus befriedigend, festzustellen, dass die Motive prozessrechtlichen Zielsetzungen entsprungen sind und nicht den Fällen zuzuordnen sind, in denen das Recht als Instrument der Verwirklichung nationalsozialistischen Gedankenguts fungierte. Somit ist auch die Novelle von 1933 losgelöst von ihrem Entstehungsdatum als prozessrechtliches Glied in der Entwicklungskette bis zur heutigen ZPO anzusehen.

gerichtlicher Verfahren vom 3. Dezember 1976. Diese Novelle verwirklichte die Neuordnung der Verhandlung erster und zweiter Instanz weitgehend nach dem „Stuttgarter Modell“, wie es von Fritz Baur wissenschaftlich vorbereitet worden war¹⁵⁹, und regelte das Mahnverfahren und die vorläufige Vollstreckbarkeit neu. Vor allem aber wurde die Beschleunigung des Zivilprozesses durch Konzentration des Verfahrens auf möglichst einen Verhandlungstermin angestrebt und die mündliche Verhandlung wurde, ganz nach germanischer Tradition, wieder zum Kern des Prozesses gemacht. Es wurde zudem von einem mehr und mehr aktiven Richter ausgegangen, dem Belehrungs- und Fürsorgepflichten den Parteien gegenüber zugewiesen wurden.¹⁶⁰

Die letzte umfangreiche Reformierung des Zivilprozesses erfolgte im Jahre 2001 durch das ZPO-RG vom 27. Juli 2001. Es hat u.a. die Güteverhandlung in Zivilsachen (§ 278 ZPO n.F.) eingeführt, Einzelheiten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie das gesamte Rechtsmittelrecht verändert.

Die Zivilprozessreform folgte der Maxime, den Zivilprozess bürgernäher, effizienter und durchschaubarer werden zu lassen.¹⁶¹ Da die ZPO in den Augen des Gesetzgebers in der bis 2001 geltenden Fassung diesen Ansprüchen nicht genüge und sich auch der in den davor liegenden Jahren eingeschlagene Weg über die „Rechtspflegeentlastungsgesetze“¹⁶² als letztlich untaugliches Steuerungsmittel erwiesen hat, wurden strategische Leitlinien¹⁶³ formuliert, deren Umsetzung die angestrebte Qualitätsverbesserung realisieren sollte. Die Förderung der streitschlichtenden Elemente, die Stärkung der ersten Instanz und die damit einhergehende Umgestaltung der folgenden Berufungs- und Revisionsinstanz, die Einführung des originären Einzelrichters, die Abschaffung einer Streitwertrevision und die Konzentrierung des Revisionsverfahrens sind solche richtungsweisenden Parameter, an denen sich die gesetzgeberische Tätigkeit im einzelnen dann orientieren sollte. Neben der genannten Intention der bürgernahen und transparenten Ausgestaltung des Verfahrens sollte vor allem auch die Ressource der richterlichen Arbeitskraft effektiver genutzt werden.

¹⁵⁹ Bereits 1953: F.Baur in: ZJP 66 (1953), S.209ff sowie später: Baur; Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Zivilsachen, 1966.

¹⁶⁰ Vgl.: Prütting in: NJW 1980, S.363.

¹⁶¹ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58.

¹⁶² Exemplarisch sei hier das Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I, S. 2847) herausgegriffen, das in einer Fülle von Details das Zivilverfahren einfacher und zweckmäßiger gestaltet, den Zeugen- und Sachverständigenbeweis detaillierter regelt, das selbstständige Beweisverfahren einführt und das Mahnverfahren vereinfacht.

Aufgrund der absehbar zunehmenden „Verrechtlichung des Alltagslebens“¹⁶⁴, des rasanten Fortschritts der Informations- und Kommunikationstechnologien und nicht zuletzt auch der Vereinheitlichung des europäischen Rechtsraums wird die gerichtliche Arbeit zusehends umfangreicher und anspruchsvoller. Um sicherzustellen, dass die Ziviljustiz diesen Herausforderungen gewachsen ist, bedurfte es in den Augen des Gesetzgebers einer Modernisierung durch eine grundlegende „Strukturreform“.¹⁶⁵

8) Zwischenergebnis

Die ZPO in der heute aktuellen Fassung nach dem ZPO-RG von 2001 ist der Abschluss eines über Jahrtausende gewachsenen Verständnisses vom Zivilprozess. Diese „Evolution“ des Verfahrensrechts sollte im Idealfall stets dazu führen, dass das jeweils geltende Prozessrecht den Bürgern von heute einen austarierten prozessualen Normenkatalog zur Verfügung stellt, mit Hilfe dessen schnellstmöglich und bestmöglich Rechtsfrieden und Rechtssicherheit hergestellt werden können und der Individualrechtsschutz verwirklicht wird. Die wie dargestellt historisch gewachsene Gestalt des Zivilprozesses, wie er heute in der ZPO kodifiziert ist, bildet die Form, in die diejenigen Zweckmäßigkeitserwägungen in Gestalt einzelner Normen gegossen werden, die der aktuellen wissenschaftlichen, politischen oder wirtschaftlichen Entwicklung geschuldet sind.

C) Der durch das ZPO-RG neu eingefügte § 522 ZPO

Den Einstieg in die nun folgende Analyse und Diskussion des § 522 ZPO gibt der Abschluss der geschilderten geschichtlichen Entwicklung des Zivilprozesses vor, nämlich die strukturelle und grundlegende Reform des Zivilprozesses durch das ZPO-RG vom 27. Juli 2001.

Wie bereits erwähnt, bildet das erneuerte Rechtsmittelrecht, dem der § 522 ZPO thematisch angehört, eine tragende Reformleitlinie, die im Lichte der Anpassung des Zivilprozesses an moderne Gegebenheiten ausgestaltet wurde. Im Sinne des Gesetzgebers soll dann auch ein Großteil der Schlacht auf dem Feld des Rechtsmittelrechts geschlagen werden, die zu dem intendierten Sieg über die „nicht mehr hinnehmbaren, strukturellen Mängel“¹⁶⁶ führen soll, von

¹⁶³ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58.

¹⁶⁴ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.60.

¹⁶⁵ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.60.

¹⁶⁶ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58.

denen das alte – also in der ZPO Fassung vor 2001 normierte – Rechtsmittelrecht gekennzeichnet war.

Anknüpfungspunkt der Modernisierung des Rechtsmittelrechts durch das ZPO-RG von 2001 waren somit nicht mehr zu tolerierende Fehlsteuerungen des Instanzenzuges des bis 2001 geltenden Rechts. Um ein solches modernes Rechtsmittelrecht schaffen zu können, muss zunächst geklärt werden, welche Entwicklung und welche Zwecke sich hinter der Terminologie des Rechtsmittelbegriffs verbergen und welche historischen Stadien er durchlaufen hat.

D) Geschichtliche Entwicklung des Rechtsmittelrechts bis in das Jahr 2001

Im „Makrokosmos“ der gesamten oben dargestellten zivilprozessualen Geschichte hat sich im Laufe der Zeit gewissermaßen als „Mikrokosmos“ das Rechtsmittelrecht der heutigen Gestalt herausgebildet. Denn die Entwicklungsgeschichte der heutigen Anfechtungsbehelfe bzw. der Rechtsmittel im weiten Sinn führt recht geradlinig über das gemeine und italienisch-kanonische bis ins römische Recht zurück.

Sie setzt in der Zeit des römischen Prinzipats ein.

In der davor liegenden Epoche der Republik beherrschte der erläuterte Legisaktionen- und Formularprozess das Feld zivilrechtlicher Verfahren. Da dieses Verfahren über die freiwillige Unterwerfung der Parteien unter das Urteil des von ihnen einverständlich bestellten iudex zu einer verbindlichen Urteilskraft führte, waren jener Zeit Abwehrbehelfe gegen die richterliche Entscheidung denknotwendig fremd, da das Urteil kein hoheitlicher Akt war, sondern die Parteien quasi über sich selbst urteilten. Gegen ein solches Urteil gab es also keine Rechtsbehelfe im eigentlichen Sinn sondern die Parteien konnten gleich einem privaten Rechtsgeschäft die Nichtigkeit (so genanntes „Nullitätsprinzip“) dieses Urteils bewirken, indem sie die Einrede der „sententia nulla“ geltend machten, wenn das Verfahren oder die Rechtsfindung an krassen Verstößen litt.¹⁶⁷ Diese Situation grundsätzlicher Rechtskraft einmal erlassener Sentenzen, ihrer völligen Unanfechtbarkeit und nur ausnahmsweisen Nichtigkeit änderte sich jedoch unter dem die römische Republik ablösenden Prinzipat. Wie gesehen wandelte sich in dessen Zeit die Staatsverfassung, woraus auch eine Art „Verbeamtung“ des Zivilprozesses resultierte. Im Gegensatz zum früheren Prätor stand der Jurisdiktionsbeamte nunmehr unter dem Gesetz und sein Urteil war ein Staatsakt, dessen Verbindlichkeit nicht mehr der freiwilligen Anerkennung durch die Parteien, sondern staatlicher Macht entsprang. Fehlentscheidungen waren somit keine Fehler im Zuge der freiwilligen und einvernehmlichen Unterwerfung mehr, sondern schlicht

¹⁶⁷ Vgl.: Gilles in: Rechtsmittel im Zivilprozeß, S.204.

gesetzeswidrig. Durch diese Verstaatlichung des Zivilverfahrens und der Stellung des Kaisers als höchstem Beamten und damit auch höchstem Richter entwickelte sich als erstes wirkliches Rechtsmittel die „*remedia contra sententias*“.¹⁶⁸ Mit ihr ließen sich dann durch einen „*actus contrarius*“ gültige und rechtskräftige Entscheidungen wieder beseitigen und durch die Kassation war der Weg für einen neuen Prozess wieder frei. Vor allem aber erschien unter Augustus als Vorläuferin unserer heutigen Berufung die Appellation als allgemeines und ordentliches Rechtsmittel. Die wegweisende Besonderheit der Appellation bestand darin, dass sie auf eine Begrenzung der Anfechtungsgründe auf ganz bestimmte und außerordentliche verzichtete und eine Beseitigung auch dann gestattete, wenn das Urteil auf ganz gewöhnlichen Verfahrens- oder Rechtsfindungsmängeln beruhte. So konnte der Appellant alle erdenklichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte einschließlich neuer Tatsachen („*nova*“) vorbringen.¹⁶⁹ War das Appellationsgesuch dann beim Ausgangsgericht („*iudex a quo*“) eingegangen und angenommen, leitete der Kläger unter Weitergabe der vom Ausgangsgericht erhaltenen Akten die Appellation beim Appellationsgericht („*iudex ad quem*“) ein. Wurde das angefochtene Urteil dann als richtig erachtet, so erfolgte eine Abweisung der Appellation beziehungsweise eine Bestätigung des ersten Urteils. Führte dagegen das Appellationsverfahren zur Beseitigung des angefochtenen Erkenntnisses entstand als Konsequenz dieser Kassation die Notwendigkeit einer neuen Entscheidung. Diese Entscheidung traf dann auch das Appellationsgericht, so dass das Appellationsverfahren neben seinem kassatorischen auch einen reformatorischen Charakter enthielt.¹⁷⁰

Legt man an diesen Verfahrensgang heutige Maßstäbe an, könnte man das römische Appellationsverfahren als prozessuale Anfechtungs- und Gestaltungsklage bezeichnen.

Auch bekommt der Begriff des Rechtsmittels entsprechende Konturen. Die Bezeichnung „*Rechtsmittel*“ knüpft demnach an die römische Vokabel „*remedium*“ an, worunter die Römer zunächst einmal ganz allgemein Mittel zur nachträglichen Heilung oder Beseitigung rechtswidriger und nachteiliger Prozesssituationen im weitesten Sinne verstanden.¹⁷¹ Die Appellation als ordentliches Rechtsmittel war mehr von einem Kontroll- und Anfechtungsgedanken getragen, als dass sie eine Erneuerung und Wiederholung des

¹⁶⁸ Vgl.: Kaser; Römisches Zivilprozessrecht, S.378 und S.394.

¹⁶⁹ Vgl.: Gilles in: Rechtsmittel im Zivilprozess, S. 207.

¹⁷⁰ Vgl.: Gilles in: Rechtsmittel im Zivilprozess, S. 209.

¹⁷¹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 132, Rn.1; Gilles in: Rechtsmittel im Zivilprozeß, S.189.

Rechtsstreits vor einem anderen Richter oder sogar eine neue Klage über den vorausgegangenen Streit darstellte.¹⁷²

Dieser Charakter des Rechtsmittels wurde über den italienisch-kanonischen Prozess und dessen Rezeption in den gemeinen Prozess transportiert. Als entscheidendes Charakteristikum des gemeinrechtlichen Rechtsmittels zeigte sich dessen Stoßrichtung direkt gegen einen rechtsverletzenden und beschwerenden Richterspruch durch Einwirkung auf diesen Richterspruch qua eines neuen Urteils. Dieser Zwecksetzung wegen sah dann auch die lange Zeit vorherrschende gemeinrechtliche Prozesstheorie in allen Rechtsmitteln neue Verfahren oder selbstständige Klagen, die sich nach Verfahrensziel, Streitgegenstand und Erfolgsvoraussetzungen grundlegend von dem erstinstanzlichen Prozess unterschieden.¹⁷³ Wer sich als Rechtsmittelkläger, Beschwerdeführer oder Nichtigkeitsquerulant gegen eine Entscheidung wehrte, machte also einen neuen, besonderen, vom Klagerecht oder Rechtsanspruch der Vorinstanz verschiedenen prozessualen Anspruch geltend.¹⁷⁴ Vor dem Rechtsmittelgericht wurde dementsprechend ein neuer Streit verhandelt, dessen Gegenstand die Frage der Rechtmäßigkeit des ersten Urteils war. Die der römischen Appellation eng verwandte gemeinrechtliche Appellation spielte unter den Rechtsmitteln die größte Rolle¹⁷⁵ und dessen Gegenstand bildete stets die Rechtmäßigkeitskontrolle und nicht die von neuem abzuurteilende alte Sache.¹⁷⁶ In der Ausgestaltung (Kassation und Reformation) des Appellationsverfahrens war die gemeinrechtliche Appellation der direkte Nachfahr der römischen. Auch der Nullitätsgedanke wurde aufrechterhalten und mit einem separaten Rechtsmittel ausgestattet, der Nichtigkeitsklage.¹⁷⁷

Der Gesetzgeber der ZPO von 1877 fand dann eine Situation vor, die ihn dazu veranlasste, mit den bestehenden Rechtsmitteln und ihrem System der Sache nach vollständig zu brechen und im

¹⁷² Vgl.: Kaser; Römisches Zivilprozessrecht, S.399.

¹⁷³ Vgl.: Gönner; Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1804, S.159.

¹⁷⁴ Vgl.: Gönner; Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1804, S.159.

¹⁷⁵ Vgl.: Endemann; Deutsches Zivilprozessrecht, S.884: „Die Appellation verschlang nach und nach alles“.

¹⁷⁶ Vgl.: Endemann; Deutsches Zivilprozessrecht, S.908.

¹⁷⁷ Vgl.: Gilles in: Rechtsmittel im Zivilprozeß, S.221: „Bekannte sich die gemeinrechtliche Prozesstheorie nun auch den Staatsverfassungen der Zeit entsprechend auf der einen Seite nachdrücklich zu dem Grundsatz, dass jeder von einer Gerichtsbehörde ausgegangene Spruch als Ausdruck staatlicher Autorität ohne Rücksicht auf seine eventuelle Unrechtmäßigkeit bis zu seiner Beseitigung in einem Anfechtungsverfahren Gültigkeit für sich beanspruchen dürfe, so hat sie sich auf der anderen Seite jedoch bis zuletzt nicht dazu aufzuraffen vermocht, mit dem hergebrachten Nullitätsgedanken zu brechen, obwohl ein solcher Bruch nach der Wandlung vom Nichtigkeits- zum Anfechtungsprinzip nur mehr einen letzten konsequenten Schritt bedeutet.“

Zuge der allgemeinen politischen und gesetzgeberischen Einigungsbestrebungen jener Zeit eine grundlegend neue und eigene Ordnung zivilprozessualer Rechtsbehelfe zu schaffen. Denn gerade die Zersplitterung des Reichsgebietes in zahlreiche territoriale Rechtsräume sorgte für eine derart unüberschaubare Vielzahl von Rechtsbehelfen unterschiedlichster Benennung und Gestalt, dass eine „Flurbereinigung“ auf dem Gebiet des Rechtsmittelrechts aus Gründen der Rechtsklarheit unumgänglich war. So gab es die Appellation, die Läuterung, Supplication und Revision, den Kassationsrecurs, eine Restitution, den Einspruch, Nichtigkeitsbeschwerden und die Beschwerde.¹⁷⁸ Gewissermaßen wurde die Qualität der Rechtsmittel, an die mit Blick auf den dahinter stehenden Individualrechtsschutz hohe Anforderungen zu stellen sind, durch die Quantität der Rechtsmitteloptionen aufgeweicht.

Hinzu kam ein theoretischer Vorstellungswandel im Bereich der ordentlichen Rechtsmittel, der Mitte des 19. Jahrhunderts einsetzte. Wurden der anfänglichen gemeinen Prozesstheorie entsprechend noch alle Rechtsmittel, die ordentlichen wie die außerordentlichen, die suspensiven wie die nicht suspensiven, als neuer Streit, neues Verfahren und selbstständige Klage verstanden, entstand nun die These der jeweiligen Widersprüchlichkeit der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel untereinander.¹⁷⁹ Zu dieser These führte im Wesentlichen die Bedeutung der materiellen Rechtskraft, die dahingehend interpretiert wurde, dass eine abschließende und wirksame Entscheidung bis zum Eintritt eben dieser Rechtskraft noch gar nicht existierte. So lag die Funktion¹⁸⁰ der ordentlichen Rechtsmittel nicht in der Bildung eines neuen Rechtsstreits sondern in dem Eintritt in das noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Verfahren um dieses „weiterzuprüfen“. Damit bildeten sich die grundlegenden Wesensmerkmale des Rechtsmittels heraus, nämlich einerseits der Suspensiveffekt (Aufschub der Beendigung des alten Rechtsstreits) und andererseits der Devolutiveffekt (Überleitung des alten Verfahrens in die höhere Instanz).

So gelangte auch der historische Gesetzgeber zu der Überzeugung¹⁸¹, dass die Rechtsmittel der ZPO prozessualische Rechtsbehelfe sein sollten, durch die noch nicht rechtskräftige

¹⁷⁸ Vgl.: Gilles; Rechtsmittel im Zivilprozeß, S.188.

¹⁷⁹ Vgl.: Wetzell; System des ordentlichen Prozesses, S.664 bis S.671.

¹⁸⁰ Ausführlich dargestellt ist diese Ansicht in: Wetzell; System des ordentlichen Prozesses, S.664.

¹⁸¹ Im Zuge der Reformdiskussion wurden im wesentlichen drei Ansichten vertreten, wie die zweite Instanz ausgestaltet sein sollte: Ludwig von Bar vertrat in seinem 1871 veröffentlichten Entwurf die Abschaffung der zweiten Instanz und ein System mit nur einer einzigen vollen Instanz und der Nichtigkeitsbeschwerde. Unterstützt wurde er von Anton Menger, der in seinem Buch über „die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen“ aus dem Jahre 1873 sogar eine gänzliche Abschaffung des Instanzensystems erwog. Die

Entscheidungen vor einem höheren Gericht angefochten werden.¹⁸² Für den Prototyp der Rechtsmittel, die Berufung, ergibt sich daraus die Zielsetzung der Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits.¹⁸³

Seitdem entspricht es der herrschenden Ansicht, dass die Rechtsmittel der ZPO zur Anfechtung zwecks Kontrolle und ggf. Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanz UND zur Fortsetzung und Neuentscheidung der Sache selbst dienen.¹⁸⁴ Auch wenn der Zeitstrahl der verschiedenen Reformen und Vereinfachungsnovellen der Jahre 1924, 1933, 1976¹⁸⁵ und 2001 von einer jeweils zunehmenden Umgestaltung der Berufung von einer vollen Tatsacheninstanz hin zu einem Instrument der Fehlerkontrolle und Fehlerkorrektur gekennzeichnet war, ist das Rechtsmittel an sich auch am vorläufigen Schlusspunkt dieses Zeitstrahls im Jahre 2001 nicht als

zweite Auffassung, die federführend von Julius Planck vertreten wurde, verlangte die Ausgestaltung der zweiten Instanz als *revisio in iure*. Dabei sollte das erstinstanzliche Urteil lediglich in rechtlicher Hinsicht nachgeprüft werden und die Tat- und Beweisfrage sollte ausschließlich und endgültig durch das Gericht erster Instanz festgestellt werden. Otto Bähr formulierte 1871 in seiner diesbezüglichen Abhandlung über „das Rechtsmittel zweiter Instanz“ die Version der vollen Berufung. Danach findet in der zweiten Instanz eine komplette Neuverhandlung des Rechtsstreites statt. Dieser Ansicht schloss sich der Gesetzgeber aus den im Text erläuterten Gründen dann an.

¹⁸² Vgl.: Hahn; Materialien zur CPO, Band I, S.139.

¹⁸³ Vgl.: Hahn; Materialien zur CPO, Band I, S.139: „Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugnis der Appellation, ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung und Berichtigung des unterrichterlichen Urteils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurteilt, d.h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter.“

¹⁸⁴ Albers in: Baumbach/Lauterbach; Grundz. § 511, Rn.2; Gummer/Heßler in: Zöller; Vor § 511, Rn.4; Rimmelspacher in: MK; Vor § 511, Rn.1; Ritter in: JZ 1975, S.360; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 132, Rn.2.

¹⁸⁵ Wegen einer immer mehr voranschreitenden Prozessverschleppung sollte bereits 1924 durch neue Vorschriften erreicht werden, dass in der Berufungsinstanz neue Tatsachen und Beweismittel zurückgewiesen werden können. Dennoch wurde das unbeschränkte Novenrecht des damaligen § 529 ZPO aufrechterhalten. Allerdings konnten gemäß § 529 Absatz II konnten neue, in der ersten Instanz nicht vorgebrachte Tatsachen in der Berufung zurückgewiesen werden. Der 1931 folgende Entwurf einer neuen ZPO zeigte eine grundsätzliche Neigung zur beschränkten Berufung und zum Novenverbot. Letztlich wurde aber doch die volle Berufung beibehalten, wenn auch mit verstärkter Präklusion. So wurde die o.a. Kann-Vorschrift des § 529 Absatz II in eine Muss-Vorschrift verwandelt, so dass der Novenumfang nicht mehr richterlich reguliert werden konnte. Da der Entwurf von 1931 keine Gesetzeskraft erlangte, wurden einige Vorschläge – darunter auch der veränderte § 529 Absatz II – erst durch die Novelle 1933 verwirklicht. Die umfassende Vereinfachungsnovelle hielt die Berufungsregelungen der Reformen von 1924 und 1933 mit Blick auf die intendierte vollständige Behandlung des Streitstoffes in der ersten Instanz für nicht ausreichend. Das Novenrecht wurde weiter eingeschränkt, da nun bezüglich des verspäteten Vorbringens ein einfaches Verschulden für dessen Nichtzulassung genügen sollte. Die Reform 2001 brachte

bloßes Kontrollverfahren auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung mit einem anderen Streitgegenstand als dem der ersten Instanz zu definieren. Vielmehr wird im Rechtsmittelverfahren der Streit um den bisherigen Streitgegenstand fortgesetzt und darüber nicht nur kassatorisch sondern auch reformatorisch entschieden.¹⁸⁶ Der zweite Rechtszug behält den Grundcharakter einer Tatsacheninstanz auch nach der letzten gesetzgeberischen Umgestaltung. Das Gesetz geht nunmehr lediglich davon aus, dass Parteien und Gericht bereits im ersten Rechtszug eine intensive und in der Regel erfolgreiche Rekonstruktion des entscheidungserheblichen Sachverhalts erzielt haben.¹⁸⁷ Der § 525 ZPO a.F. wurde in seiner den Charakter der Berufungsinstanz konstituierenden Bedeutung nicht gänzlich aufgehoben, sondern durch die Einführung des § 529 ZPO n.F. aufgeweicht und dadurch den Zielsetzungen des ZPO-RG angepasst.

Gegen diese herrschende Lehre der Doppelnatur der Rechtsmittel wendet sich jedoch Peter Gilles, der in seiner Frankfurter Habilitationsschrift¹⁸⁸ die These aufstellt, den Rechtsmitteln der ZPO liege ausschließlich das Anfechtungsprinzip zugrunde. Die Konzeption des Rechtsmittelverfahrens als bloße Verfahrensfortsetzung verkenne, dass bereits eine wirksame Gerichtsentscheidung in der Welt sei, die auch den Betroffenen dann endgültig beschwert, wenn er sie nicht zu beseitigen vermag. Konsequentermaßen ist seiner Meinung nach nur der Rechtsmittelbegriff, der sich allein am Aufhebungsbegehren des Rechtsmittelklägers orientiert, wodurch eine konstitutive Aufhebung des belastenden Staatsaktes erreicht werden soll. Das Rechtsmittelverfahren erschöpfe sich dann in dieser Kontroll- und Abwehrintention, und mit einer Neuentscheidung der Sache selbst habe es nichts zu tun. Gilles erweitert so den Kreis der Rechtsmittel, den die ZPO mit der Berufung, der Revision und der Beschwerde in den §§ 511 bis 577 zieht, um das Wiederaufnahmeverfahren nach § 578 ZPO und den Einspruch des § 338 ZPO. Diese Ansicht ist jedoch aus mehreren Gründen nicht haltbar. Das erste kritische Argument besteht in der – auch nach der Reform von 2001, wenn auch durch § 529 ZPO eingeschränkt, aufrechterhaltenen – Ausgestaltung der Berufung als Tatsacheninstanz.¹⁸⁹ Die reformatorische Verhandlung und Entscheidung ist nach wie vor gewollt, was auch durch § 538 ZPO untermauert

diesbezüglich die einschneidendste Zäsur mit sich, da das „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ der Noven und ihrer Beschränkung verkehrt wurde.

¹⁸⁶ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 132, Rn.2.

¹⁸⁷ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; Vor § 511, Rn.4.

¹⁸⁸ Vgl.: Gilles; Rechtsmittel im Zivilprozess, 1972.

¹⁸⁹ So auch Ritter in: JZ 1975, S.361, der feststellt, dass das Novenrecht – damals allerdings noch in seinem vollen durch § 525 ZPO a.F. normierten Umfang – mit Rücksicht auf das Endziel der Reformation gewährt wird.

wird, nach dem die reformatorische Entscheidung des Berufungsgerichts als Regelfall konzipiert ist. Die Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht unter Aufhebung des Urteils, die sich für eine Auffassung einer reinen Kassation im Rechtsmittelverfahren ins Feld führen ließe, soll nach § 538 Absatz II ZPO „nur“ in den enumerativ und abschließend aufgezählten Konstellationen geschehen. Da „Dogmatik immer Vernunft im geltenden Recht“¹⁹⁰ suchen muss, verfehlt die Rechtsmitteltheorie von Gilles ihre Aufgabe, da sie zentrale Erscheinungen und Zwecke, die positiv-rechtlich in der ZPO normiert sind, aussondern muss, um einen konsequenten Rechtsmittelbegriff für den wissenschaftlichen Bereich konstruieren zu können. Eine Verabschiedung von dem reformatorischen Element im Sinne einer alleinigen Ausrichtung des Rechtsmittelbegriffs am Anfechtungsprinzip ist somit sinnwidrig.

Den folgenden Erläuterungen liegt die Definition des Rechtsmittels als Fortsetzung des Streits mit dem Ziel einer reformatorischen Entscheidung zugrunde, so dass diesbezüglich der herrschenden Lehre gefolgt wird.

Demnach haben die heutigen Rechtsmittel des 3. Buches der ZPO (Berufung, Revision und Beschwerde) drei Kennzeichen, nämlich die Hemmung der Rechtskraft nach § 705 Satz 2 ZPO, den Devolutiveffekt und die Möglichkeit der Sachentscheidung nach § 526 Absatz I ZPO für die Berufung, nach § 557 ZPO für die Revision und nach § 577 ZPO für die Beschwerde.¹⁹¹

II) Rechtsmittelzwecke

Für Teleologie des Normenkomplexes der Rechtsmittel sowie für die rechtspolitische Dimension kann besonders eine Zweckbetrachtung in vielerlei Hinsicht fruchtbar gemacht werden.¹⁹²

Eine Zweckbetrachtung der Rechtsmittel in ihrer Eigenschaft als verfahrensrechtlichem Institut ist stets eingebettet in den Rahmen der oben diskutierten allgemeinen Prozesszwecke, der gewissermaßen die Zweckbetrachtung einzelner Normenkomplexe innerhalb der ZPO determiniert. So spiegelt sich in den Zweckbetrachtungen mit Blick auf die Rechtsmittel der von den allgemeinen Prozesszwecklehren erarbeitete Aspekt des Nebeneinanders von Individualrechtsschutz und Rechtsfrieden beziehungsweise der Rechtssicherheit wider. Der rechtsschutzsuchende Bürger steht auf dem Weg zur Verwirklichung seiner Rechtsposition

¹⁹⁰ Vgl.: Ritter in: JZ 1975, S.361.

¹⁹¹ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; Grundz. § 511, Rn.2; Gummer/Heßler in: Zöller; Vor § 511, Rn.4; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 132, Rn.3.

¹⁹² Vgl.: Prütting; Die Zulassung der Revision, S.84ff: Hier wird die Zweckbetrachtung zum Beispiel für die Abgrenzung zwischen revisiblen und nicht revisiblen Fragen herangezogen. Auch gibt die Zweckorientierung den Ton in rechtspolitischen Argumenten an, so bei Überlegungen zu Streitwert- Zulassungs- oder Annahmerevision.

einem Richter gegenüber, von dessen korrekter Rechtsanwendung die Gewährung des subjektiven Rechts letztlich abhängt. Aufgrund der Fehlbarkeit jeder menschlichen Erkenntnis¹⁹³ kann auch das Urteil fehlerhaft sein, weshalb den Parteien durch die Rechtsmittel die Möglichkeit der Überprüfung dieses Urteils eingeräumt wird. Die Rechtsmittel sollen im Allgemeinen zunächst einmal verhindern, dass der mit Hilfe des Zivilprozesses eingeschlagene Weg zur Gerechtigkeit nicht durch eine menschliche Fehlentscheidung verbaut wird. Die Rechtsmittel können sozusagen als Facetten der allgemeinen Prozesszwecke bezeichnet werden. Der Gewährung wie der Nutzung von Rechtsmitteln liegt dann auch die Überzeugung zugrunde, die Entscheidung durch ein höheres Gericht könne zu einer qualitativ vorzugswürdigen Entscheidung führen. Diese Überzeugung resultiert aus den in der Regel qualifizierteren Richtern der höheren Instanzen, sowie deren geringerer Belastung aufgrund der - qualitativ und quantitativ wirkenden - Filterfunktion des Instanzenzuges.¹⁹⁴ Es erscheint jedoch zu undifferenziert, den Zweck von Rechtsmitteln „nur“ mit der Aufhebung fehlerhafter unterinstanzlicher Urteile durch das höhere Gericht gleichzusetzen. So ist die zweite Entscheidung nicht denkbare die richtige sondern es kann höchstens davon ausgegangen werden, dass sie sich der Richtigkeit weiter annähert. Zudem brauchen die Rechtsmittel keineswegs bis zum streitigen Endurteil durchgeführt werden, um den Rechtsmittelzwecken zu dienen, da dies auch dann geschieht, wenn es in der höheren Instanz gelingt, das Verfahren durch einen Prozessvergleich zu beenden. Es offenbaren sich so bei den Rechtsmittelzwecken die gleichen prägnanten Komponenten wie bei den allgemeinen Prozesszwecken, nämlich die Herstellung individueller Gerechtigkeit auf der einen Seite und die Interessen der Allgemeinheit¹⁹⁵ auf der anderen Seite. Präzise herausarbeiten lassen sich die Rechtsmittelzwecke¹⁹⁶, wenn man sie mit dem oben diskutierten Rechtsmittelgrundverständnis in einen funktionalen Zusammenhang bringt. Das von der herrschenden Meinung vertretene

¹⁹³ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 132, Rn.21.

¹⁹⁴ Vgl.: Leipold in: Rechtsmittel im Zivilprozess, S.288.

¹⁹⁵ Hier sind im wesentlichen drei Allgemeininteressen gemeint, nämlich die Kontrolle der unteren Gerichte, die Aufrechterhaltung des allgemeinen Vertrauens in die staatliche Rechtspflege und die Sicherung der einheitlichen Anwendung des Rechts.

¹⁹⁶ Vgl.: Prütting in: FS Nakamura 1996, S.470: „Die Interessen der Parteien lassen sich durch die Gesichtspunkte der Erhöhung des Gerechtigkeitsgrades, Erhöhung des Akzeptanzgrades und Gewährleistung von Rechtsgleichheit näher beschreiben. Hinzu kommt im Interesse der Allgemeinheit eine Kontrolle der unteren Gerichte und damit eine Aufrechterhaltung und Stärkung des allgemeinen Vertrauens in die Rechtspflege sowie die Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Rechts.“

Rechtsmittelmodell der Verfahrensfortsetzung¹⁹⁷ lässt sich als ein Zuschnitt des Rechtsmittels umschreiben, der das Verfahren in der höheren Instanz nach denselben Regeln und mit den denselben inhaltlichen Möglichkeiten ablaufen lässt wie in der Vorinstanz. Man könnte insoweit von einer Instanzwiederholung oder einer Neuauflage der Vorinstanz sprechen.¹⁹⁸ Ein Rechtsmittelmodell, wie es von Gilles¹⁹⁹ vertreten wurde und durch die ZPO-Reform²⁰⁰ wieder aktuellen Gehalt erhielt, das dem Modell der Entscheidungskontrolle folgt, wäre dagegen in erster Linie darauf ausgerichtet, die Entscheidung der Vorinstanz darauf zu kontrollieren, ob dem Gericht Fehler unterlaufen sind. Während die Rechtsmittelziele der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und die Kontrolle des unteren Gerichts auch mit dem Modell der reinen Entscheidungskontrolle erreicht werden können, ist es besonders der aus dem den Zivilprozess dominierenden Gedanken des Individualrechtsschutzes fließende Aspekt des höchstmöglichen Gerechtigkeitsgrades, der den Rechtsmittelcharakter einer Verfahrensfortsetzung legitimiert. Der Gerechtigkeit kann sich umso effizienter in einem Rechtsmittelverfahren angenähert werden, je vollständiger das Verfahren in der zweiten Instanz wiederholt wird.²⁰¹

Wenn auch in der letzten Zeit unter zunehmendem ökonomischem Druck wieder eine „neue“²⁰² Theorie der Rechtsmittel gefragt ist, stellt dies lediglich das Ergebnis eines Abwägungsprozesses zwischen bestmöglichem Individualrechtsschutz und finanziellen Gesichtspunkten dar. Das „Aufblühen“ des Rechtsmittelmodells der Entscheidungskontrolle soll unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmittelzweckes lediglich die Abkehr von dem bisherigen Modell der Verfahrensfortsetzung auf ein theoretisches Fundament stellen, um rechtfertigen zu können, dass sich der Zweck eines Rechtsmittels in der Kontrolle der unteren Gerichte erschöpfe. Die schwerfällige und teure Verfahrensfortsetzung, die zwar die Herstellung von Gerechtigkeit

¹⁹⁷ Vgl.: Fn. 187.

¹⁹⁸ Vgl.: Leipold in: Rechtsmittel im Zivilprozess, S.287.

¹⁹⁹ Gilles, der wie oben schon angedeutet, die Rechtsmittel und speziell die Berufung auch nach geltendem Recht als Entscheidungskontrolle sieht, geht davon aus, dass die Erlaubnis der Einbringung neuer Tatsachen in das Rechtsmittelverfahren keineswegs den Charakter der Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung definiert, sondern meint, die Novenproblematik sage überhaupt nichts über den Grundcharakter der Rechtsmittel aus. Danach könnte auch der Zweck der Rechtsmittel als reine Entscheidungskontrolle aufrechterhalten werden, ohne auf die Zulassung neuer Tatsachen verzichten zu müssen.

²⁰⁰ Im Ergebnis ist die Berufung danach zwar primär ein Instrument der Fehlerkontrolle im Parteinteresse, allerdings bleibt sie in stark abgeschwächter Form Tatsacheninstanz. Es wird nicht mehr grundsätzlich neu verhandelt sondern nur wenn konkrete Zweifel an der erstinstanzlichen Feststellung bestehen. Die Tatsacheninstanz wurde so nicht abgeschafft, sondern an gewisse Zulassungsvoraussetzungen geknüpft.

²⁰¹ Vgl.: Leipold in: Rechtsmittel im Zivilprozess, 1985, S.290.

²⁰² Gilles in: Rechtsmittel im Zivilprozess, 1985, S.16.

fördert, aber keine zwingende Konsequenz aus dem Rechtsmittel an sich ist, kann so als vorherrschender Rechtsmittelzweck etwas ausgeblendet werden.

Der Zweck der Rechtsmittel liegt aber zusammenfassend gesagt trotzdem darin, ihrerseits die allgemeinen Prozesszwecke des Individualrechtsschutzes und der Rechtssicherheit bestmöglich zu verwirklichen²⁰³ und vor diesem Hintergrund hat auch die Auseinandersetzung mit dem durch das ZPO-RG von 2001 reformierten Berufungsrecht stattzufinden.

III) Die Rechtslage der Berufung im Jahre 2001 und deren Reform durch das ZPO-RG

Im Jahre 2001 unmittelbar vor der großen ZPO Reform lag dem Gesetzgeber aus der erläuterten historischen Entwicklung resultierend nun folgender berufsrechtlicher status quo zugrunde:

Die Berufung fand statt gegen Endurteile der ersten Instanz. Gemäß § 511a ZPO fand die Berufung gegen erstinstanzliche Urteile jedoch nur dann statt, wenn die Berufungssumme von 1.200,- DM erreicht wurde. Die Berufung war nach § 519b ZPO a.F. dann durch Beschluss zu verwerfen, wenn sie unzulässig war, wogegen die sofortige Beschwerde oder bei entsprechender Entscheidung durch Urteil die Revision eingelegt werden konnte. Der gesamte, von ihr betroffene Prozessstoff war grundsätzlich neu zu prüfen und zu würdigen gemäß § 525 ZPO a.F.. Neue Tatsachen und Beweismittel durften nach Maßgabe der §§ 527, 528 ZPO a.F. in den Prozess eingeführt werden und zwar grundsätzlich unbeschränkt und nur mit Blick auf eine Verzögerung des Rechtsstreits präkludiert. Eine erneute Beweisaufnahme stand dabei jedoch stets im Ermessen des Berufungsgerichts und lediglich eine abweichende Beweiswürdigung ohne eigene Beweisaufnahme war nicht zulässig.

In dieser geltenden Rechtslage lagen jedoch nach Ansicht des Gesetzgebers folgende strukturelle Mängel²⁰⁴:

Die dargestellten bis zur Umsetzung der ZPO-Reform geltenden Verfahrensregelungen, die Funktion der Rechtsmittelzüge und der Gerichtsaufbau konnten nach Ansicht des Gesetzgebers den berechtigten Ansprüchen der rechtsuchenden Bürger und der Wirtschaft nicht mehr genügen. Den Richtern sollen so durch die Reform gesetzliche Möglichkeiten geschaffen werden, den

²⁰³ Das Grundgesetz schreibt zwar für die Gewährung des seinerseits verfassungsrechtlich gebotenen Individualrechtsschutzes keinen Instanzenzug vor. Aber für die hier vorzunehmende Zweckbetrachtung ist es ausschlaggebend, dass der Staat einen Instanzenzug zur Verfügung stellt, weil die Nachprüfung durch ein höheres Gericht größere Sicherheit für die Richtigkeit der Entscheidung gewährt und das Vertrauen des Volkes in die staatliche Rechtspflege erhöht. Die Einrichtung eines Instanzenzuges überhaupt dient den Prozesszwecken, ohne durch das Grundgesetz zwingend vorgeschrieben zu sein.

²⁰⁴ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58 bis 62.

Zivilprozess noch präziser auf seine gesellschaftliche Funktion der zügigen Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zuschneiden zu können. Die Reform soll den Prozess beschleunigen und den Akzeptanzgrad der Parteien erhöhen.

Die durch den Gesetzgeber angestrebte Qualitätsverbesserung des Zivilprozess basiert also weitestgehend auf prozesszweckorientierten Erwägungen wie sie oben dargestellt wurden.

Der Gesetzgeber offenbart in dem geltenden Verfahrensrecht vor diesem Hintergrund mehrere schwerwiegende Fehlsteuerungen. Neben einer unzureichenden Streitschlichtungskultur²⁰⁵ werden explizit noch die Unübersichtlichkeit des Verfahrensrechts²⁰⁶ sowie die Ungeeignetheit des Streitwerts als Beschränkungskriterium für Rechtsmittelmöglichkeiten²⁰⁷ genannt.

Besonders auffällig seien die Fehlsteuerungen im hier näher zu untersuchenden Berufungsrecht, dessen Ausgestaltung als zweite Tatsacheninstanz nach § 525 ZPO a.F. dem rechtsuchenden Publikum den Eindruck vermittelte, dass der Prozess noch einmal von vorne losginge. Dadurch wiederum werden Anreize geschaffen, grundsätzlich Rechtsmittel einzulegen, da der Prozess erst nach dem Durchlauf durch mehrere Instanzen als vollwertig angesehen wird (so genannte „Instanzenmentalität“). Vielmehr jedoch sollte eine effiziente Rechtsordnung auf eine schnellstmögliche, also erstinstanzliche Entscheidung abzielen, damit auch schnellstmöglich Rechtsfrieden eintritt. Zusätzlich begünstigt die derzeitige großzügige Handhabung der Präklusionsvorschriften einen nachlässigen Parteivortrag in der ersten Instanz („Flucht in die Berufung“). Interessant ist in der amtlichen Begründung eine gewisse „Renaissance“ der gedanklichen Strukturen Franz Kleins²⁰⁸. Der Gesetzgeber bezeichnet es demnach als dritte

²⁰⁵ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58: Die Möglichkeit einer einvernehmlichen Konfliktregelung, die rascher und kostengünstiger erfolgen und eher dauerhaft Rechtsfrieden zwischen den Parteien stiften kann als die streitige Entscheidung wird im heutigen Zivilprozess nicht ausreichend genutzt. Die Vergleichsquoten sind unbefriedigend und anders als in der Arbeitsgerichtsbarkeit (§ 54 ArbGG) fehlt im Zivilprozess eine verfahrensrechtliche Verankerung des Schlichtungsgedankens in Form einer Güteverhandlung.

²⁰⁶ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.59: Durch die zurückliegenden Reformmaßnahmen in Gestalt von stufenweiser Heraufsetzung der Rechtsmittelsummen, Erhöhung des Abgrenzungstreitwerts zwischen Amts- und Landgerichten und besonders von Sonderregelungen für ganze Rechtsgebiete (Familiensachen) ist der Weg der Anfechtbarkeit gerichtlicher Entscheidungen nur noch für Experten zu überblicken. Hinzu kommt eine unnötige Diskrepanz zu den Rechtsschutzverfahren im Arbeits- und Sozialgerichtsverfahren.

²⁰⁷ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.59: Besonders bei relativ geringen Streitwerten können durch den Rechtsstreit existenzielle Bedürfnisse der Beteiligten berührt werden. Dies hat beispielsweise im Mietrecht zu den dortigen Sondervorschriften im Rechtsmittelrecht geführt (Divergenzberufung und Rechtsentscheid). Auch sieht sich das Rechtsmittelrecht zunehmend wegen stetig steigender Rechtsmittelsummen dem Vorwurf sozialer Schiefelage ausgesetzt, da so der wirtschaftlich stärkere unverkennbar privilegiert wird.

²⁰⁸ Vgl.: Fn. 41.

Fehlsteuerung²⁰⁹, dass das Berufungsrecht in seiner geltenden Fassung dem Gegner die Möglichkeit der Zeitgewinnung durch sachfremde Berufungseinlegungen auf dem silbernen Tablett serviere. Da in Ermangelung vorzeitiger Erledigungsmöglichkeiten über jede zulässige Berufung mündlich verhandelt werden muss, können besonders kleinere Betriebe durch diese Zeitverzögerung in wirtschaftlich prekäre Situationen kommen. Das zu ihren Gunsten ausgegangene erste Verfahren erlaubt eine vorläufige Vollstreckbarkeit der festgestellten, oft existentiellen Forderung der kleinen Unternehmen nur gegen eine entsprechende Sicherheit. Die Forderung kann so nicht realisiert werden. Die Stoßrichtung des Zivilprozesses muss demnach auch wieder in ihrer sozial ausgleichenden Komponente geschärft werden.

Zur Bekämpfung dieser Mängel hat der Gesetzgeber dann durch die ZPO Reform mehrere Maßnahmen ergriffen. Wesentliche Reforminhalte sind die verfahrensrechtliche Stärkung des Schlichtungsgedankens im Zivilprozess durch die Einführung einer Güteverhandlung, die Erhöhung der Transparenz richterlicher Entscheidungsfindung durch die stärkere Betonung der richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflichten, der Abbau der streitwertabhängigen Zugangsbarrieren zum Rechtsmittel, eine deutlichere Funktionsdifferenzierung der Rechtsmittelebenen, die Schaffung von verfahrensökonomischen Erledigungsmöglichkeiten und die Wegbereitung für eine Harmonisierung der Verfahrensordnungen.²¹⁰

Unter diesen Reformmitteln ist das neustrukturierte Berufungsverfahren gewissermaßen als das „Flaggschiff der Reformflotte“ hervorzuheben. Die grundlegende Neugestaltung des Rechtsmittels der Berufung durch das ZPO-RG ist von vier Leitlinien²¹¹ geprägt:

- Umgestaltung der Berufung zu einer Instanz der Fehlerkontrolle,
- Einführung einer beschleunigten Erledigungsform für aussichtslose Berufungen
- Einschränkung der Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel zum Zwecke der Konzentration der Tatsachenfeststellungen auf die erste Instanz,
- Erweiterung des Rechtsschutzes durch Abbau von streitwertabhängigen Zugangsbeschränkungen zum Rechtsmittel

²⁰⁹ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.60.

²¹⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.61.

²¹¹ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, S.125.

Zahlreiche weitere Änderungen wie die Einschränkung der Zurückverweisungskompetenz des Berufungsgerichts, die Beschränkung der Anschlussberufung sowie der Geltendmachung von Widerklage, Aufrechnung oder Klageänderung leiten sich unmittelbar aus diesen Leitlinien ab. Zentraler Ausgangspunkt dieser Reformintentionen ist die Umgestaltung der Berufung von einer völligen Neuverhandlung des Rechtsstreits vor dem Berufungsgericht zu einem System der Fehlerkontrolle²¹², wodurch der Gesetzgeber ein neues Verständnis des Rechtsmittels der Berufung dekretiert. § 529 ZPO soll dabei der Kern sein, um den sich diese Neuausrichtung in Gestalt weiterer gesetzlicher Normierungen dreht. § 529 ZPO bestimmt den tatsächlichen und rechtlichen Prüfungsumfang des Berufungsgerichts. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Entscheidung begründen, so dass eine erneute Feststellung geboten ist, darf das Berufungsgericht über erstinstanzlich festgestellte Tatsachen neu verhandeln. Darüber hinaus soll das neue Berufungsrecht in seinem neuen Gewand einer Überprüfungs- und Kontrollinstanz die Konzentration der Sachverhaltsfeststellung auf die erste Instanz durch eine neue Präklusionsregelung fördern, nämlich durch § 531 ZPO. Da die Klärung der entscheidungserheblichen Tatsachen mit fortschreitendem zeitlichen Abstand zu dem „Tatgeschehen“ immer schwieriger wird und dem Zivilverfahren prozessökonomisches Verhalten der Parteien qua gesetzlicher Vorschriften induziert werden soll, schränkt § 531 Absatz II ZPO die Zulässigkeit neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz erheblich ein.

Die durch das ZPO-RG vom 27. Juli 2001 so umgesetzte Reform des Berufungsrechts wurde in dem Bericht zur Rechtsmittelsreform in Zivilsachen²¹³ der Öffentlichkeit vorgestellt, der auch Gegenstand der 70. Justizministerkonferenz vom 7. bis 9. Juni 1999 in Baden-Baden war. Die Länder begrüßten das Grundkonzept der Umgestaltung der Berufungsinstanz und die damit einhergehenden Ansatzpunkte und baten die Bundesministerin der Justiz, einen Referentenentwurf zu erarbeiten, der dann auch im Dezember 1999 vorgestellt wurde.²¹⁴ Dieser Entwurf erfuhr heftige Kritik aus der Anwalt- und Richterschaft, so dass sich das Bundesministerium der Justiz veranlasst sah, zentrale Reformpunkte wie die Rechtsfehlerkontrolle oder die Annahmoberufung im Koalitionsentwurf vom 4. Juli 2000²¹⁵ sowie im Regierungsentwurf²¹⁶ vom September 2000 abzuschwächen, um die Akzeptanz für die

²¹² Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; Vor § 511, Rn.1.

²¹³ Dieser Bericht ist auszugsweise veröffentlicht in: Rimmelpacher; Zivilprozessreform 2002, S.95ff.

²¹⁴ Zur Entstehungschronologie vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, S.127.

²¹⁵ Vgl.: BT-Drucksache 14/3750.

²¹⁶ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722.

Reform zu erhöhen. Im weiteren parlamentarischen Beratungsverlauf erfuhr das Berufungsrecht keine einschneidenden Veränderungen mehr.²¹⁷ Das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses wurde dann am 17. Mai 2001 in zweiter und dritter Lesung vom Deutschen Bundestag beschlossen. Der Bundesrat beschloss daraufhin am 22. Juni 2001, keinen Antrag auf Einberufung des Vermittlungsausschusses zu stellen, so dass das ZPO-RG endlich am 27. Juli 2001 mit Wirkung zum 1. Januar 2002 verabschiedet werden konnte.

D) § 522 ZPO als „neue“ Norm in einem „neuen“ Rechtsmittel der Berufung

In einem System der Fehlerkontrolle, das durch die Neuausrichtung der Berufung auf die Funktion einer Kontrolle und Überprüfung des unteren Gerichts für dieses Rechtsmittel in die ZPO eingeführt wurde, können offensichtlich unbegründete Berufungen zügiger und mit weniger Aufwand erledigt werden, da kein dem Grundverständnis der Berufung als vollständig neuer Tatsacheninstanz geschuldeter „Verhandlungszwang“ mehr besteht. Auf dieses Fundament wurde dann auch die Einführung eines neuen, schon während des Gesetzgebungsverfahrens äußerst umstrittenen²¹⁸, prozessualen Gestaltungsinstruments gestellt, nämlich des in § 522 ZPO geregelten, der eigentlichen Berufungsverhandlung vorgeschalteten, Vorprüfungsverfahrens. Nach dessen Absatz II kann die Berufung bei negativem Ausgang dieses Vorprüfungsverfahrens durch unanfechtbaren Beschluss als unbegründet zurückgewiesen werden, um so substanzlose Berufungen einer möglichst raschen und ressourcenschonenden Erledigung zuführen zu können. Der Wortlaut des § 522 ZPO lautet wie folgt:

§ 522 Zulässigkeitsprüfung; Zurückweisungsbeschluss.

(1) .1 Das Berufungsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft ist und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist.

.2 Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

.3 Die Entscheidung kann durch Beschluss ergehen.

.4 Gegen den Beschluss findet die Rechtsbeschwerde statt.

(2) .1 Das Berufungsgericht weist die Berufung durch einstimmigen Beschluss unverzüglich zurück, wenn es davon überzeugt ist, dass

1. die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat,

²¹⁷ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, S.127.

2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat,
 3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung
- eine

Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert

- . 2 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.
- . 3 Der Beschluss nach Satz 1 ist zu begründen, soweit die Gründe für die Zurückweisung nicht bereits in dem Hinweis nach Satz 2 enthalten sind.

(3) Der Beschluss nach Absatz 2 Satz 1 ist nicht anfechtbar.

I) Entstehungsgeschichte des § 522 ZPO im speziellen

Mit dem Bundesratsentwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Zivilgerichte²¹⁹ wurde erstmals die Einführung eines Zurückweisungsbeschlusses in die ZPO vorgeschlagen. Danach sollte das Berufungsgericht nach dem intendierten § 519c ZPO-E bis zur Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung oder bis zur Anordnung einer Beweisaufnahme solche Verfahren durch einen nach den allgemeinen Grundsätzen anfechtbaren Beschluss ablehnen können, die ohne Erfolgsaussicht sind und keine grundsätzliche Bedeutung haben. Der Rechtsausschuss lehnte diesen Vorschlag in der Beschlussempfehlung vom 25. Oktober 1990²²⁰ jedoch ohne ausdrückliche Begründung ab. Dieses Procedere wiederholte sich bezüglich des 1991 vom Bundesrat eingebrachten Entwurfes eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege²²¹, den der Rechtsausschuss wiederum ablehnte.²²² Der Bundesrat jedoch griff seine diesbezüglichen Reformabsichten in dem Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit²²³ wieder auf. Danach sollte in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, bei denen der Wert des Beschwerdegegenstandes 60.000.- DM nicht übersteigt und über nichtvermögensrechtliche Ansprüche das Berufungsgericht die Berufung auch ohne mündliche Verhandlung zurückweisen

²¹⁸ Vgl.: Greger in: JZ 2004, S.813.

²¹⁹ Vgl.: BT-Drucksache 11/4155.

²²⁰ Vgl.: BT-Drucksache 11/8283.

²²¹ Vgl.: BT-Drucksache 12/1217.

²²² Vgl.: BT-Drucksache 12/3832.

²²³ Vgl.: BT-Drucksache 13/6398.

können, wenn die Berufung nach deren Begründung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Bundestag beschloss diese Regelung dann auch als Gesetz²²⁴, allerdings konnte der wegen anderer Differenzen angerufene Vermittlungsausschuss das Verfahren nicht bis zum Ablauf der 13. Legislaturperiode beenden, so dass das Gesetz der Diskontinuität anheim fiel.²²⁵

Der eben bereits vorgestellte Bericht des Bundesministeriums der Justiz zur Rechtsmittelreform schlug anstelle des Zurückweisungsbeschlusses ein Annahmeverfahren vor, um die Verfahren bereits frühzeitig herauszufiltern, die die erste Instanz fehlerfrei passiert hatten. Die Beschlussverwerfung wurde so in eine Nichtannahme umgestaltet, was eine weitgehend negative Kritik erfuhr.²²⁶ Denn ein solches Annahmeverfahren bringe keine Entlastung, wenn sich der komplette Senat vorab im Rahmen des Annahmeverfahrens mit der Sache beschäftigen und über die Annahme beschließen müsse, und zwar nach Anhörung der Gegenseite. Der Entlastungseffekt durch Nichtannahme aussichtsloser Fälle dürfte deswegen mehr als kompensiert werden durch die Mehrarbeit in der Vielzahl der übrigen Fälle, in denen sich das Berufungsgericht nicht nur im eigentlichen Berufungsverfahren, sondern zusätzlich im vorgeschalteten Annahmeverfahren mit der Sache beschäftigen müsse.²²⁷ Das Annahmeverfahren sei zu umständlich und formalistisch, weil es infolge der auch im Vorverfahren bestehenden richterlichen Hinweispflicht zu einem nicht mehr überschaubaren „Hin und Her“ der jeweiligen Schriftsätze ausufere. Auch könnten die Parteien niemals sicher beurteilen, ob eine Berufung angenommen wird, was letztendlich der willkürlichen Steuerung der Arbeitsbelastung der Gerichte durch sie selbst diene oder zumindest einen diesbezüglichen Verdacht entstehen ließe.²²⁸

Der Regierungsentwurf gab das Annahmeverfahren daraufhin auf und führte an dessen Stelle den obligatorischen Zurückweisungsbeschluss ein. Der Zurückweisungsbeschluss ersetzte dementsprechend den Nichtannahmebeschluss und war wie dieser unanfechtbar. Die

²²⁴ Vgl.: BR-Drucksache 564/98.

²²⁵ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, S.166.

²²⁶ Positive Stimmen konnte man aus den Reihen des Deutschen Richterbundes vernehmen, DRiZ 1999, S.428; Goebel in: ZZP 113 (2000), S.76 meint, eine Annahmeberufung entspreche der Ausgestaltung des Berufungsrechtsmittels als Kontrollinstanz. Auch Kleinknecht in: DAV-Forum, NJW 2000, S.794, sprach sich grundsätzlich für das Annahmeverfahren aus, erklärte aber das Annahmekriterium der hinreichenden Erfolgsaussicht für ungeeignet. Aber es ist unklar, ob diese Stimmen (außer Goebel) das Annahmeverfahren befürworteten oder überhaupt eine Möglichkeit der schnellen Erledigung einer offensichtlich unbegründeten Berufung.

²²⁷ Vgl.: Busse in: NJW 2000, S.786; Hahne in: ZRP 1999, S.358; Winte in: ZRP 1999, S.390.

²²⁸ Vgl.: Busse in: NJW 2000, S.785; DAV in: AnwBl 2000, Sonderheft 5, S.41.

Hinweispflicht des Gerichts wurde ausdrücklich im Gesetz verankert, um eventuelle Zweifel an der Anwendung des § 139 ZPO vor der Beschlusszurückweisung einer Berufung gar nicht erst aufkommen zu lassen.²²⁹ Diese Konstruktion lehnte jedoch der Bundesrat in der Stellungnahme zum Regierungsentwurf ab, weil die gesetzlich erzwungene eingehende Sofortprüfung der Erfolgsaussicht einer Berufung vielfach zu einem erheblichen Zeitaufwand führen würde, da das Gericht in allen Berufungsverfahren, in denen es nicht zu einer Zurückweisung komme, die Sache zunächst zur Entscheidung über die Beschlusszurückweisung und dann erneut vor dem erst in größerem Zeitabstand zu erwartenden Verhandlungstermin beraten müsse. Letztlich werde die beschleunigte Erledigung aussichtsloser Berufungen mit der verzögerten Erledigung begründeter Berufungen erkaufte.²³⁰ Die Bundesregierung wies diese Vorbehalte in ihrer Gegenäußerung unter Hinweis auf die hohe Quote erfolgloser Berufungen zurück. Dem Einwand, die zwingende Regelung sei unflexibel und führe zu einer Mehrbelastung, trat sie mit der Bemerkung entgegen, schon nach derzeitiger Rechtslage müsse eine Akte verfahrensbegleitend bearbeitet werden, um über die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu befinden und die mündliche Verhandlung vorzubereiten.²³¹ In der weiteren parlamentarischen Beratung blieb die Vorschrift nahezu unverändert. Durch eine redaktionelle Änderung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurde klargestellt, dass das Berufungsgericht von dem Vorliegen der Zurückweisungs Voraussetzungen überzeugt sein muss.²³² Im zweiten Durchgang des Bundesrates gehörte dann auch der § 522 ZPO zu den Vorschriften, die nicht mehr Gegenstand des Rechtsausschusses waren, den Vermittlungsausschuss anzurufen.²³³ So wurde der im Folgenden näher zu untersuchende § 522 ZPO am 27. Juli 2001 Teil der Verabschiedung des ZPO-RG und trat dementsprechend auch am 1. Januar 2002 in Kraft.

II) Die Verwerfung unzulässiger Berufungen nach § 522 Absatz I ZPO

Der Erfolg eines Rechtsmittels hängt von seiner Zulässigkeit und Begründetheit ab, wobei die Unterscheidung derjenigen zwischen Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage entspricht. Die Zulässigkeit im weiteren Sinne, nämlich als besondere Prozessvoraussetzung für die zur Entscheidung berufene Instanz, lässt sich in die zwei Komponenten der Statthaftigkeit und der

²²⁹ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, S.167.

²³⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.150.

²³¹ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.158.

²³² Vgl.: BT-Drucksache 14/6036, S.122.

²³³ Vgl.: BR-Drucksache 397/01.

Zulässigkeit im engeren Sinne spalten.²³⁴ Die Statthaftigkeit betrifft gewissermaßen die abstrakte Ebene der Zulässigkeit des Rechtsmittels, also die Frage, ob überhaupt das jeweilige Rechtsmittel gegeben ist. Die Zulässigkeit im engeren Sinne setzt dann an dem jeweiligen konkreten Einzelfall an und erfordert insbesondere eine Beschwer und die Einhaltung von Form- und Fristvorschriften.

Zwischen diesen beiden Gruppen von Voraussetzungen besteht ein wesentlicher Unterschied: eine Entscheidung, gegen die ein Rechtsmittel überhaupt nicht statthaft ist, wird mit der Verkündung rechtskräftig; ist das Rechtsmittel dagegen zwar statthaft, aber unzulässig im engeren Sinne, etwa weil es nicht form- oder fristgerecht eingelegt oder begründet ist, so tritt die Rechtskraft erst mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ein.²³⁵

Durch die Existenz von Zulässigkeitsvoraussetzungen wird der Zugang zu einer Rechtsmittelinstanz von der Erfüllung besonderer Bedingungen abhängig gemacht. Dies erfolgt mit Blick auf das öffentliche Interesse, das diesbezüglich ein bestmögliches Gleichgewicht zwischen Überprüfungserfordernis und Prozessaufwand sowie Rechtssicherheit verlangt.²³⁶ Die Zulässigkeitsvoraussetzungen müssen dann auch im Interesse der Rechtsmittelklarheit gesetzlich fixiert sein. Nach der Rechtsprechung des BVerfG²³⁷ umfasst die Rechtsstaatlichkeit das Gebot, den Rechtssuchenden in klarer Abgrenzung den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu weisen.²³⁸ Die Statthaftigkeit wird dementsprechend für das Rechtsmittel der Berufung in § 511 ZPO normiert.²³⁹ Auch bezüglich der Beschwer als Teil der Zulässigkeit im engeren Sinne wird als positiv-rechtlicher Anknüpfungspunkt § 511 ZPO genannt²⁴⁰, da man

²³⁴ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; Grundz § 511, Rn.7.

²³⁵ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.4.

²³⁶ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; Vor § 511, Rn.10.

²³⁷ Vgl.: BVerfGE 49, 148, 164.

²³⁸ Anzumerken ist in diesem Zusammenhang noch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Verschärfungen der Zulässigkeitsvoraussetzungen für künftige Rechtsmittel schon laufender Verfahren nach BVerfG NJW-RR 1993, S.253. Dagegen können Verschärfungen nicht auf bereits eingelegte Rechtsmittel erstreckt werden, weil der Rechtsmittelkläger aufgrund eigenen kostenträchtigen Einsatzes schon eine gewichtige verfahrensrechtliche Position begründet hat, Rimmelpacher in: MK; Vor § 511, Rn.11. Diesen Anforderungen trägt das ZPO-RG in den Regelungen der § 26 Nr.4ff. EGZPO Rechnung.

²³⁹ Entsprechend wird die Statthaftigkeit für die Revision in § 542, für die sofortige Beschwerde in § 567 und für die Rechtsbeschwerde in § 574 geregelt.

²⁴⁰ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; Vor § 511, Rn.13.

sich „gegen“ eine Entscheidung nicht wehren könne, wenn sie alles gewährt, was man erreichen wollte.²⁴¹

Nach der herrschenden Meinung²⁴² wird der Rahmen der Zulässigkeitsprüfung eines Rechtsmittels somit von den Voraussetzungen der Statthaftigkeit, der Form und Frist, der Beschwer, der wertmäßigen Zulässigkeitschranken und eines eventuellen Rechtsmittelverzichts ausgefüllt.

1) Die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO

Die oben angesprochene Unterscheidung zwischen der Zulässigkeit und der Begründetheit eines Rechtsmittels ist nun im Hinblick auf den Regelungsinhalt des § 522 Absatz I Satz 1 ZPO bedeutsam, der wörtlich der diesbezüglichen Vorgängernorm des § 519b ZPO a.F. entspricht. Danach gehören nämlich die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Statthaftigkeit, der gesetzlichen Form und Frist und der Begründung zu seinem Prüfungsgegenstand.

a) Das Verhältnis von Zulässigkeit und Begründetheit

Der Wortlaut des § 522 ZPO ordnet zwar in seinen Absätzen I und II die jeweilige Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit²⁴³ der Berufung an, jedoch nicht deren Reihenfolge beziehungsweise den von der herrschenden Meinung²⁴⁴ vertretenen Vorrang der Zulässigkeitsprüfung. Es kann aber diesbezüglich eine gewisse Tradition festgestellt werden, so dass über die Begründetheit eines Rechtsmittels dann nicht verhandelt oder erkannt werden darf, wenn eine Voraussetzung der Zulässigkeit fehlt. Auch darf das Gericht weder offenlassen, ob es das Rechtsmittel als unzulässig verwirft oder als unbegründet zurückweist, noch darf es das Rechtsmittel zugleich als unzulässig und als unbegründet behandeln.²⁴⁵ Ein Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung macht das Rechtsmittel - und deshalb auch die Sachentscheidung über es - unzulässig. Wird das Rechtsmittel als unzulässig verworfen, sind zusätzliche Ausführungen zur Unbegründetheit bloße obiter dicta, die auch nicht an der Rechtskraft der

²⁴¹ Diese begriffslogische Selbstverständlichkeit stellte bereits Adolf Wach im Jahre 1896 fest: Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 2.Auflage 1896, S.262.

²⁴² Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; Grundz § 511, Rn.8 bis 12; Gummer/Hebler in: Zöller; Vor § 511, Rn.6 bis 9; Rimmelspacher in: MK; Vor § 511, Rn.12; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.4 bis 50.

²⁴³ Hier soll der Begriff der Begründetheit nur zur Differenzierung von der Zulässigkeit dienen. § 522 Absatz II ZPO normiert nicht die eigentliche Begründetheitsprüfung, sondern nur aus einer Art „Begründetheitswahrscheinlichkeit“ heraus die Erfolgsaussichten der Berufung.

²⁴⁴ Vgl.: BGHZ 2, 278, 280; Albers in: Baumbach/Lauterbach; Grundz § 511, Rn.6; Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.266; Rimmelspacher in: MK; Vor § 511, Rn.10; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.1.

²⁴⁵ Vgl.: BGH NJW 2000, S.3718; BGHZ 91, 37, 41.

Entscheidung teilnehmen.²⁴⁶ Eine solche Rangfolge wird vereinzelt auch abgelehnt, da Prozessvoraussetzungen und materiellrechtliche Voraussetzungen gleichwertige Urteilerlassvoraussetzungen seien.²⁴⁷ So soll ein abweisendes Sachurteil auch bei Fehlen einzelner Prozessvoraussetzungen möglich sein. Diese Meinung leidet aber an einer Fehleinschätzung des Zweckes der Prozessvoraussetzungen und des Umfangs der Rechtskraft von Sach- und Prozessurteilen.²⁴⁸ So ist es zum Beispiel Zweck einer ordnungsgemäßen Klageerhebung, durch die Formulierung des Streitgegenstandes den Umfang der Rechtskraft zu bestimmen²⁴⁹ und die parteibezogenen Voraussetzungen dienen dem Schutz der Parteien.²⁵⁰

Die Auffassung ist auch mit einem Blick auf gerichtspraktische Erwägungen abzulehnen, da bei fast allen Prozessvoraussetzungen gute Gründe dafür bestehen, dass über deren Vorliegen vor Erlass des Sachurteils entschieden wird. In der Regel aber ist es das Parteiinteresse, das eine vorherige Entscheidung über die Prozessvoraussetzungen erfordert.²⁵¹

Insgesamt verkennt die Lehre von der allgemeinen Zulässigkeit eines Sachurteils ohne Zulässigkeitsprüfung nämlich den hohen Gerechtigkeitsgehalt der Prozessvoraussetzungen. Wenn man die eingangs vorgestellten allgemeinen Prozesszwecke heranzieht, ist es eine wesentliche Funktion der Sachurteilsvoraussetzungen, den Zivilprozess gewissen „Spielregeln“ zu unterwerfen, deren Einhaltung dann für einen gerechten – da immer gleichen – Ablauf des Verfahrens sorgt. Aufgrund der hohen Bedeutung des Individualrechtsschutzes und auch der Bewährung des objektiven Rechts ist es notwendig, dass ein „Schiedsrichter“ in Gestalt der Zulässigkeitsprüfung den Verfahrensgang vorsortiert, um so eine gerechte und dem Parteiinteresse entsprechende Sachprüfung zu gewährleisten.

Aus dieser Begründung der vorrangigen Zulässigkeitsprüfung unter Bezugnahme auf den Zweck der einzelnen Sachurteilsvoraussetzung ergeben sich dann auch die wenigen anerkannten Ausnahmen von der geschilderten Prüfungsreihenfolge. So sollen ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis beziehungsweise Feststellungsinteresse sowie die vertragliche Beschränkung der Klagbarkeit im Verhältnis zur Sachabweisung zumindest einer Sachentscheidung mit klageabweisendem Inhalt nicht entgegenstehen, da diese Voraussetzungen

²⁴⁶ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 93, Rn.45.

²⁴⁷ Vgl.: Grunsky in: ZZP 80 (1967), S.55; Lindacher in: NJW 1967, S.1389.

²⁴⁸ Vgl.: Jauernig in: FS Schiedermair; S.290.

²⁴⁹ Vgl.: Wieser in: ZZP 84 (1971), S.307.

²⁵⁰ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.266, der hier diesbezüglich die sachliche Zuständigkeit als Beispiel anführt, die der Bedeutung des Rechtsstreits Rechnung trägt.

²⁵¹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 93, Rn.47.

den Gerichten nutzlose Streitigkeiten fernhalten sollen.²⁵² Insbesondere korrespondiert ein fehlendes Rechtsschutzinteresse nicht mit dem Prozesszweck des Individualrechtsschutzes.

Es ist somit festzuhalten, dass das Gericht nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO vorrangig vor der Sachprüfung über die Zulässigkeit der eingelegten Berufung zu entscheiden hat.

b) Die Prüfung von Amts wegen

Die ZPO spricht an mehreren Stellen – zum Beispiel § 56 Absatz I, § 88 Absatz II, § 335 Absatz I Nr.1, § 341 Absatz I – davon, dass gewisse Punkte oder Umstände „von Amts wegen“ zu berücksichtigen seien. So verlangt auch § 522 Absatz I Satz 1 ZPO die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung „von Amts wegen“. Die Frage, ob eine Instanz eröffnet ist, steht nämlich nicht zur Disposition der Parteien²⁵³, da der Instanzenzug im öffentlichen Interesse geregelt ist.²⁵⁴ Die Prüfung von Amts wegen bedeutet jedoch nicht, dass die Stoffsammlung und die Beschaffung der notwendigen Beweise zu den Aufgaben des Gerichtes gehören, so dass sich die Prüfung von Amts wegen nicht kongruent zu der Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes verhält. Die zur Prüfung der Zulässigkeit der Berufung nach § 522 Absatz I ZPO erforderlichen tatsächlichen Umstände sind vielmehr gemäß dem im Zivilprozess geltenden Beibringungsgrundsatz (auch bekannt unter dem Terminus der Verhandlungsmaxime) von den Parteien vorzutragen. Das Gericht darf dann aber innerhalb des vorliegenden Prozessstoffes von Amts wegen agieren, was sich insbesondere dadurch ausdrückt, dass das Gericht eine umfassende Prüfung dieses Prozessstoffes vorzunehmen hat. Ergeben sich aus dem Parteivortrag Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der eingelegten Berufung, hat das Gericht gemäß § 139 Absatz III ZPO darauf aufmerksam zu machen, und das Bestehen oder Fehlen der Prozessvoraussetzungen auch ohne formelle Rüge zu überprüfen.²⁵⁵ Entscheidend ist, dass dem Parteiverhalten – zum Beispiel eine entsprechende Parteivereinbarung oder ein Nichtbestreiten – keine bestimmende Bedeutung zukommt, sich jedoch andererseits die Prüfung von Amts wegen auch auf die Stoffsammlung beziehen kann.²⁵⁶ Die Prüfung von Amts wegen steht zwischen den beiden konträren Verfahrensgrundsätzen des Untersuchungsgrundsatzes auf der einen und des Beibringungsgrundsatzes auf der anderen Seite.

²⁵² Vgl.: Lüke in: MK; vor § 253, Rn.18 sowie Musielak in: MK; § 300, Rn.6.

²⁵³ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.1.

²⁵⁴ Vgl.: Grunsky in: Stein/Jonas; 21. Auflage 1994, § 519b, Rn.1.

²⁵⁵ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.1; Gerken in: Wieczorek, § 522, Rn.13; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.5; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 77, Rn.46.

²⁵⁶ Vgl.: Leipold in: Stein/Jonas; vor § 128, Rn.91a.

Die Prüfung von Amts wegen garantiert dementsprechend gewissermaßen, dass eine Prüfung der ihr unterliegenden Regelungskomplexe in jedem Fall erfolgt und die „Prüfungsinitiative“ von dem Gericht ausgeht.

c) Beweisfragen

Da die Prüfung von Amts wegen nicht per se eigene Prüfungsmodalitäten generiert, müssen auch in ihrem Rahmen die relevanten Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts bewiesen werden.²⁵⁷

Grundsätzlich muss ein Gericht immer, bevor es eine irgendwie geartete Entscheidung trifft, prüfen, auf welche Tatsachen es für diese Entscheidung ankommt. Diese entscheidungserheblichen Tatsachen sind dann beweisbedürftig und müssen vom Gericht im Beweisverfahren festgestellt werden, es sei denn, sie bedürfen keines Beweises. Keines Beweises bedürfen zugestandene, unstrittige und nicht wirksam bestrittene Tatsachen, offenkundige Tatsachen nach § 291 ZPO, Tatsachen, die Gegenstand einer gesetzlichen Vermutung sind, Tatsachen, für die der Beweis des ersten Anscheins spricht (prima-facie-Beweis), Tatsachen, die über § 287 ZPO mittels einer Schadensschätzung festgestellt werden und Tatsachen, deren Beweis die Gegenseite schuldhaft vereitelt. Dementsprechend muss der Berufungskläger die Zulässigkeitsvoraussetzungen der von ihm eingelegten Berufung beweisen, indem er die dafür erforderlichen Tatsachen hinreichend substantiiert dargetut.²⁵⁸ Die Darlegungs- und Beweisführungslast liegt beim Berufungskläger und dann beim Berufungsbeklagten, wenn dieser ein Versäumnisurteil gegen den Berufungskläger beantragt.

Insbesondere steht der Umstand, dass die Zulässigkeitsfragen von Amts wegen zu ermitteln sind, dem nicht entgegen²⁵⁹, da die Amtsprüfung dem Gericht lediglich die Prüfungsinitiative zuschreibt, den Berufungskläger aber nicht von seiner Beweislast befreit.

Die Klärung der Zweifel, die in tatsächlicher Hinsicht bezüglich einer Zulässigkeitsvoraussetzung bestehen, erfolgt dann durch die Beweisaufnahme. Dabei sind die Beweisarten nach der jeweiligen Überzeugungsintensität des Gerichts graduell abzustufen. Der so genannte Strengbeweis ist auf die Herbeiführung der vollen richterlichen Überzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsache gerichtet und ist grundsätzlich im Verfahren auf Erlass einer Sachentscheidung erforderlich. Die Beweismittel des Strengbeweisverfahrens erschöpfen sich dann auch in den fünf gesetzlich vorgeschriebenen, nämlich der Augenscheinseinnahme (§§ 371ff. ZPO), des Zeugen (§§ 373ff. ZPO), des

²⁵⁷ Vgl.: BGH NJW-RR 1992, S. 1338, 1339; BGHZ 110, 294, 296.

²⁵⁸ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.15.

²⁵⁹ Vgl. diesbezüglich schon: RGZ 160, 338, 348.

Sachverständigengutachtens (§§ 402ff. ZPO), der Urkunde (§§ 415ff. ZPO) und der Parteivernehmung (§§ 445ff. ZPO). Dagegen soll die Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO dem Richter nur die Vorstellung hinreichender Wahrscheinlichkeit vermitteln. Sie reicht jedoch ausschließlich in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen aus, wie zum Beispiel im Bereich der einstweiligen Verfügung.

Der Freibeweis intendiert zwar wie der Strengbeweis auch die volle richterliche Überzeugung, braucht aber nicht zwingend mit den Beweismitteln des Strengbeweises geführt zu werden. Beim Freibeweisverfahren stehen Verfahren und Beweismittel im Ermessen des Gerichts.

Die Beweiswürdigung ist die Prüfung des Beweisergebnisses dahingehend, ob die Behauptung erwiesen ist oder nicht. Die Behauptung ist danach bewiesen, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit überzeugt ist, was es unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier (§ 286 ZPO) Überzeugung entscheidet.

Zweifel über eine Zulässigkeitsfrage im Sinne des § 522 Absatz I Satz 1 ZPO müssen bewiesen werden, wobei die Rechtsprechung hinsichtlich der Beweismittel vom Freibeweis ausgeht.²⁶⁰ Da der Freibeweis jedoch nicht die Überzeugungsintensität des Gerichts herunterzusetzen vermag, sondern „nur“ das Spektrum der Beweisaufnahmeregeln erweitert, muss das Gericht von dem Vorliegen der nach § 522 Absatz I ZPO zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen überzeugt sein. Lediglich die die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer konkretisierende Berufungssumme des § 511 Absatz II Nr.1 ZPO gilt nach § 511 Absatz III ZPO bereits als bewiesen, wenn sie nach § 294 ZPO glaubhaft gemacht wurde. Für eine Glaubhaftmachung der Berufungssumme genügt deshalb ein Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit.²⁶¹

Die oben angesprochene Auffassung der Rechtsprechung, dass für Fragen der Zulässigkeit der Berufung hinsichtlich der erlaubten Beweismittel der Freibeweis genügen soll, sieht sich jedoch gewichtiger Kritik ausgesetzt. Dies sei nämlich angesichts der Tatsache, dass die Beachtung der Zulässigkeitsvoraussetzungen sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse des Rechtsmittelgegners liegt abzulehnen. Auch dürften bloße Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit nicht gegen die Richtigkeit des Strengbeweises ausgespielt werden.²⁶² Insbesondere dürfe ohne gesetzliche Grundlage, die dem Freibeweis fehlt, nicht von den Prinzipien der Unmittelbarkeit des § 355 ZPO und der Parteiöffentlichkeit des § 357 ZPO abgewichen werden.²⁶³ Zudem sind die prozessualen Voraussetzungen eines Urteils nicht weniger wichtig als die

²⁶⁰ Vgl.: BGH NJW 2000, S.814; BGH NJW 1997, S.3319; BGH NJW 1996, S.1059; BGH NJW 1987, S.2875.

²⁶¹ Vgl.: Prütting in: MK; § 284, Rn.23.

²⁶² Vgl.: Prütting in: MK; § 284, Rn.28; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.7.

materiellrechtlichen²⁶⁴, weshalb für die Feststellung dann auch die gleichen Verfahrensgrundsätze gelten sollen.

Ein weiteres Argument gegen die Anwendung des Freibeweises im Falle der nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen ist systematischer Natur. Oben wurde bei der Begründung des Vorrangs der Zulässigkeits- vor der Begründetheitsprüfung neben dem Aspekt der unterschiedlichen Rechtskraft auch auf den vor dem Hintergrund der Gerechtigkeit nicht zu unterschätzenden Zweck der Zulässigkeitsvoraussetzungen verwiesen. Die Ermittlung der Wahrheit erfolgt auch in Bezug auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht um ihrer selbst willen, sondern als Mittel zum Zweck des Rechtsschutzes im Parteiinteresse. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die gerechtigkeitsbedingte Gleichstellung der Sachurteilsvoraussetzungen mit den materiellrechtlichen Begründetheitsfragen nun auf dem Feld der Beweisfragen durch die Zulassung des Freibeweises unterlaufen werden soll, da für Fragen des materiellen Rechts im Rahmen der Begründetheit der Strengbeweis anzuwenden ist. Zudem wird der anerkannte Rechtssicherheitszweck durch das dem Gericht im Zuge des Freibeweises zugeschriebene Ermessen aufgeweicht.²⁶⁵ Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Möglichkeit des Freibeweises nur in Ausnahmefällen anzuerkennen ist, und auch dort restriktiv zu handhaben ist.²⁶⁶ Und von einem solchen Ausnahmefall kann bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage nicht die Rede sein. Diese bilden geradezu den Typus eines Regelfalles einer jeden Klage, da die Zulässigkeit stets geprüft wird. Dann könnte sogar noch eher die Begründetheitsprüfung als Ausnahmefall angesehen werden, da diese im Falle der Unzulässigkeit nicht erfolgt.

d) Die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO von Amts wegen nach den Regeln des Strengbeweises zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen kanalisieren den Zugang zu den Rechtsmittelinstanzen, deren Eröffnung, wie oben erläutert, für den Bürger ein wichtiges Mittel für die Erreichung des letztlich dominanten Prozesszweckes des Individualrechtsschutzes darstellt. Auch ist eine klar nachvollziehbare und berechenbare Anwendung der formalen Rechtsmittelvoraussetzungen ein wesentlicher Teil der Rechtssicherheit.²⁶⁷ Damit dieser Zweck gewährleistet bleibt, darf er nicht durch die Aufstellung überhöhter Hürden in Gestalt prozessrechtlicher Normen unterlaufen

²⁶³ Vgl.: Prütting in: MK; § 284, Rn.28.

²⁶⁴ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 77, Rn.49.

²⁶⁵ Vgl.: Berger in: Stein/Jonas; vor § 355, Rn.24.

²⁶⁶ Vgl.: Prütting in: MK; § 284, Rn.37.

werden. Eine Richtschnur für die erlaubte Höhe solcher Hürden zieht das BVerfG²⁶⁸, indem es verlangt, dass die Fachgerichte gehalten sind, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz nicht in unzumutbarer Weise zu erschweren und die Anforderungen an Rechtsmittelformalitäten nicht zu überspannen.²⁶⁹

Vor diesem durch das BVerfG vorgegebenen Horizont sind die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu überprüfen, deren Erfüllung für die Eröffnung der Berufungsinstanz notwendig ist.

aa) Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit bestimmt in abstrakter Weise, welches Rechtsmittel gegen welche Art von Entscheidung von wem gegen wen ergriffen werden kann. So wird das Rechtsschutzbegehren des Bürgers in Bezug auf die weiteren Instanzen gewissermaßen durch die Statthaftigkeit vorsortiert.

Die Berufung ist nach § 511 ZPO statthaft gegen Endurteile der ersten Instanz. Über die Berufung gegen Urteile des Amtsgerichts entscheidet nach den §§ 72 und 100 GVG eine Zivilkammer oder eine Kammer für Handelssachen des übergeordneten Landgerichts. In den vom Familiengericht als Abteilung des Amtsgerichtes (§ 23b GVG) entschiedenen Sachen entscheidet nach § 119 Absatz I Nr. 1a GVG das übergeordnete Oberlandesgericht, dessen Zuständigkeit in Berufungssachen nach § 119 Absatz I Nr. 1b, c GVG auch für Streitigkeiten mit Auslandsberührung eröffnet ist. Schließlich entscheidet das Oberlandesgericht gemäß § 119 Absatz I Nr.2 GVG auch über die Berufung gegen Urteile des Landgerichts. § 119 Absatz III und Absatz V GVG enthält diesbezüglich noch eine Öffnungsklausel, die es dem Landesgesetzgeber gestattet, für vor dem 1. Januar 2008 eingelegten Berufungen die Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes als Berufungsgericht über den aufgezeigten Rahmen des § 119 Absatz I GVG hinaus zu erweitern.²⁷⁰

²⁶⁷ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller, § 522, Rn.2a.

²⁶⁸ Vgl.: BVerfGE 69, 381.

²⁶⁹ Diese Vorgaben des BVerfG haben eminente Bedeutung bei der häufig auftretenden Problematik, inwieweit gesetzlich vorgeschriebene Formalitäten ohne unangemessenen Aufwand auch unter Einsatz moderner technischer Hilfsmittel erfüllt werden können.

²⁷⁰ Zu einer dieser Öffnungsklausel vergleichbaren konzentrierbaren Berufungszuständigkeit in Kartellsachen vgl. §§ 93, 94 GWB, in Urheberrechtsstreitsachen vgl. § 105 Absatz I UrhG und zur Arbeitsgerichtsbarkeit vgl. § 64 Absatz I ArbGG.

aaa) Berufungsfähige Entscheidungen

Grundsätzlich berufungsfähig sind Endurteile nach § 300 ZPO. Ein Endurteil nach § 300 ZPO entscheidet über die Hauptsache ganz oder teilweise abschließend und beendet damit die Instanz.²⁷¹

Hierzu gehören demnach auch die Teilurteile nach § 301 ZPO, die – wie § 321 Absatz IV ZPO sagt – nur einen Teil des Rechtsstreits erledigen. Ein Teilurteil ergeht somit nur über einen Teil des Streitgegenstandes, wie zum Beispiel über einen von mehreren geltend gemachten Ansprüchen. Allerdings erledigt es diesen Teil dann vollständig, so dass er von dem weiteren Verlauf des Rechtsstreits nicht mehr berührt wird.²⁷² Berufungsfähige Endurteile sind auch das Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO als auflösend bedingtes Endurteil²⁷³, das Ergänzungsurteil einschließlich das den Ergänzungsantrag zurückweisende Urteil nach § 321 ZPO, die Entscheidungen nach Aktenlage nach den §§ 251a, 331a ZPO sowie das Anerkenntnis- und Verzichtsurteil gemäß den §§ 306, 307 ZPO.²⁷⁴

Für die Berufungsfähigkeit ist der Inhalt des Urteils irrelevant. Vielmehr kommt es auf die Form des Urteils an, weshalb außer Sachurteilen auch Urteile berufungsfähig sind, die die erste Instanz aus prozessualen Gründen abschließen, wie zum Beispiel klageabweisende Prozessurteile, Verwerfungen des Einspruches gegen Versäumnisurteile²⁷⁵ als unzulässig oder Ablehnungen der Wiedereinsetzung.

Zwischenurteile nach § 303 ZPO können gemäß § 512 ZPO grundsätzlich nur zusammen mit dem Endurteil, das sie teilweise vorwegnehmen, angefochten werden. Zwischenurteile entscheiden nämlich nicht über den Streitgegenstand und zwar auch nicht über einen Teil davon

²⁷¹ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; 511, Rn.5.

²⁷² Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 59, Rn.9.

²⁷³ Vgl.: BGH NJW 1978, S.43.

²⁷⁴ Anerkenntnisurteile nach § 307 ZPO und Verzichtsurteile nach § 306 ZPO können mit der Berufung jedoch nur insoweit angegriffen werden, als dass geltend gemacht wird, es sei kein wirksames Anerkenntnis beziehungsweise kein wirksamer Verzicht erklärt worden, vgl.: Rimmelpacher in: M/K; § 511, Rn.9.

²⁷⁵ Gegen das Versäumnisurteil selbst ist nur der Einspruch nach § 338 ZPO gegeben. Dies gilt aber nur für das echte Versäumnisurteil, also das Urteil, das gegen die säumige Partei gerade wegen ihrer Säumnis ergeht, §§ 330, 331 ZPO. Das unechte Versäumnisurteil dagegen, das gegen die erschienene Partei trotz der Säumnis der Gegenpartei ergeht, ist ein Endurteil und demnach nur mit Berufung oder Revision anfechtbar. Eine Besonderheit stellt in diesem Zusammenhang noch das zweite Versäumnisurteil (§ 345 ZPO) dar, mit dem der Einspruch gegen ein technisch erstes Versäumnisurteil aufgrund der erneuten Säumnis des Einspruchsführeres verworfen worden ist. Dagegen ist – obwohl echtes Versäumnisurteil – gemäß § 514 Absatz II ZPO die Berufung statthaft, soweit sie darauf gestützt wird, dass ein Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen habe.

sondern erledigen nur einen Teil des Streitstoffes mit Feststellungscharakter.²⁷⁶ Ausnahmen dazu sind wiederum das Grundurteil nach § 304 Absatz I ZPO sowie das Zwischenurteil, mit dem die Zulässigkeit der Klage bejaht wird. Diese beiden Zwischenurteile stehen über die § 304 Absatz II ZPO für das Grundurteil und § 280 Absatz II ZPO für das Zulässigkeitsurteil einem Endurteil gleich, so dass sie selbständig mit der Berufung anfechtbar sind.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit kann mit der Berufung angegriffen werden und die Berufung kann dabei auch allein gegen den Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit gerichtet werden.²⁷⁷

Ist eine Kostenentscheidung mit der Entscheidung über die Hauptsache verbunden, kann sie nicht isoliert angefochten werden, § 99 Absatz I ZPO. Wird die sachliche Entscheidung angefochten, so ergreift das Rechtsmittel auch ohne Antrag die Kostenentscheidung. Bei der „gemischten“ Kostenentscheidung durch Urteil ist einheitlich die Berufung gegeben, soweit neben der Kostenentscheidung zugleich die Entscheidung in der Hauptsache angefochten wird.²⁷⁸

bbb) Zeitliche Grenzen der Statthaftigkeit

Zeitliche Grenzen für die Statthaftigkeit ergeben sich daraus, dass die Berufung erst nach Erlass des Urteils eingelegt werden kann, also mit seiner Verkündung nach § 310 Absatz I ZPO beziehungsweise im Falle des § 310 Absatz III ZPO mit seiner Zustellung. Später behebbare Mängel hindern die Existenz des Urteils und damit die Statthaftigkeit der Berufung nicht. Anders ist dies lediglich bei dem so genannten Scheinurteil, das wegen Verstoßes gegen die Mindestanforderungen an ein Urteil zwar kein wirksames Urteil darstellt und wegen der daraus resultierenden fehlenden Wirkung auch nicht angefochten werden braucht. Allerdings erzeugt eine solche Gerichtsentscheidung den Schein eines Urteils, so dass es der herrschenden Meinung entspricht, dass hiergegen die Berufung mit dem Ziel möglich ist, eben diese Scheinwirkung zu beseitigen.²⁷⁹

Im Allgemeinen bildet der Eintritt der Rechtskraft den Endzeitpunkt für die Statthaftigkeit der Berufung. Danach kommen nur noch diejenigen Rechtsbehelfe in Betracht, mit denen rechtskräftige Entscheidungen beseitigt werden können, nämlich die Wiederaufnahmeklage nach

²⁷⁶ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 59, Rn.28.

²⁷⁷ Vgl.: OLG Nürnberg NJW 1989, S. 842.

²⁷⁸ Vgl.: Gerken in: Wieszorek; § 511, Rn.14; Rimmelpacher in: M/K; § 511, Rn.9.

²⁷⁹ Vgl.: BGH NJW 1996, S.1969; Gerken in: Wieszorek; § 511, Rn.21; Rimmelpacher in: M/K; § 511, Rn.19; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 62, Rn.18.

§ 578 ZPO oder das Wiedereinsetzungsgesuch nach § 233 ZPO, das den Eintritt der Rechtskraft rückgängig machen soll.

ccc) Berufungsfähige Beteiligte

Die Berufung muss des Weiteren von einem dazu Berechtigten eingelegt worden sein. Grundsätzlich sind das die Personen, die am Streit der Vorinstanz beteiligt waren und gegen die sich das Urteil richtet.

Dies sind in erster Linie die Parteien der ersten Instanz, unabhängig davon, ob sie von Anfang an beteiligt waren oder ob sie erst später im Laufe des Rechtsstreits als Rechtsnachfolger, durch einen Parteiwechsel oder durch einen Beitritt in den Prozess eingetreten sind.²⁸⁰

Allerdings steht die Berufung auch demjenigen zu, der eben nicht Partei der ersten Instanz geworden ist, weil sein Eintritt durch Urteil abgelehnt worden ist. Auch hier bleibt die Berufung jedoch auf das Ziel beschränkt, die Übernahme des Prozesses durchzusetzen.²⁸¹

Selbstständig berufungsfähig ist auch jeder Streitgenosse für seinen Prozess. Lediglich bei notwendiger Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO erstreckt sich die Wirkung einer eingelegten Berufung auch auf die untätigen Genossen.

Auch der zugelassene Nebenintervenient nach § 66 ZPO kann – auch in Verbindung mit seinem Beitritt – Berufung einlegen, wird aber nicht Partei im darauf folgenden Rechtsmittelverfahren.

Die aufgezählten zur Einlegung der Berufung berechtigten Personen können selbst nur gegen eine Partei und nicht gegen einen Nebenintervenienten sowie gegen jeden Streitgenossen selbstständig und nur mit Wirkung für seinen Prozess das Rechtsmittel einlegen.

bb) Beschwer

Der Rechtsmittelkläger muss zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels oder spätestens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist²⁸² eine Beschwer haben, denn „gegen“ eine Entscheidung kann man

²⁸⁰ Dies gilt auch, wenn sie im Urteil nicht zutreffend bezeichnet sind, vgl.: BGHZ 4, S.331. Auch der Scheinpartei steht die Berufung zu, vgl.: BGH JR 1978, S.511.

²⁸¹ Vgl.: BGH NJW 1988, S.3209.

²⁸² Vgl.: BGH FamRZ 1973, S.621.

sich nicht wenden, wenn sie alles gewährt, was man erreichen wollte.²⁸³ Die Beschwer ist dabei eine rechtsmittelrechtlich vertypete Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses.²⁸⁴

aaa) Grundsätzliches zur Beschwer

Grundsätzlich ist unabhängig von seiner Eigenschaft als Kläger oder Beklagter erforderlich, dass der Rechtsmittelkläger durch die angefochtene Entscheidung formell beschwert ist. Dieses Kriterium ist durch einen Vergleich zwischen dem rechtskräftigen Inhalt dieser Entscheidung und der vom Rechtsmittelkläger in der unteren Instanz vertretenen und in seinen Anträgen aufgestellten Rechtsbehauptung zu ermitteln.²⁸⁵ Aus dieser grundlegenden Abwägung zwischen dem „Gewollten“ und dem „Zugesprochenen“ ergibt sich so zum Beispiel, dass der Beklagte durch ein Anerkenntnisurteil nicht beschwert ist, da in diesem Fall das „Zugesprochene“ dem „Gewollten“, nämlich dem Anerkenntnis, entspricht. Welchen Rechtsschutz eine Partei vorinstanzlich erbeten hat, bemisst sich nach ihren dort gestellten Anträgen beziehungsweise in Ermangelung eines solchen Antrages nach ihrem Streitverhalten. So wird zugleich der Parteiverantwortung als Kehrseite der Privatautonomie – diese zeigt sich im Zivilprozess im Gewand der Dispositionsbefugnis – Rechnung getragen. Denn ein Rechtsmittelbegehren ist nicht schutzwürdig wenn die Partei sich damit in Widerspruch zu ihrem vorinstanzlichen Verhalten setzt und es kann keine Beschwer entstehen, wenn in der unteren Instanz überhaupt kein Antrag gestellt wurde oder diesem stattgegeben wurde. Ohne Rücksicht auf das vorinstanzliche Prozessverhalten will die Gegenmeinung bei beiden Parteien²⁸⁶ oder laut Rechtsprechung²⁸⁷ doch zumindest beim Beklagten die so genannte materielle Beschwer danach bestimmen, ob die Entscheidung Rechtspositionen einer Partei beeinträchtigt oder ihren Pflichtenkreis erweitert. Die Figur der materiellen Beschwer basiert im wesentlichen auf der Argumentation, dass eventuelle Anträge des Beklagten unerheblich seien, da über sie nicht entschieden werde, sondern nur über die Anträge des Klägers. Für den Beklagten sei bezüglich seiner Beschwer lediglich darauf abzustellen, ob der Entscheidungsinhalt für ihn nachteilig sei, was immer dann gegeben ist, wenn er in der höheren Instanz eine günstigere Entscheidung erreichen könnte. Durch diesen Begriff der materiellen Beschwer wird jedoch der dem Zivilprozess immanente

²⁸³ So schon: Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, 2.Auflage 1896, S.262; Rimmelpacher in: M/K; Vor § 511, Rn.13; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.7.

²⁸⁴ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.7.

²⁸⁵ Vgl.: BGH NJW 1992, S.1513.

²⁸⁶ Vgl.: Bettermann in: ZZZ 82 (1969), S.42.

²⁸⁷ Vgl.: BGH NJW 1992, S.1514; BGH NJW 1975, S.539;

Zusammenhang von Freiheit und Verantwortung aufgelöst.²⁸⁸ Auch wird übersehen, dass jede Partei durch ihre prozessuale Disposition eine diesbezügliche Selbstbindung auslöst, so dass in diesem Zusammenhang „kein Antrag eben auch ein Antrag“ ist, nämlich einer mit der Intention, sich nicht entsprechend zu verteidigen. Die Klage begründet eine Obliegenheit zur Rechtsverteidigung, wenn der Beklagte sich überhaupt schützen will.²⁸⁹ Dies wird auch durch die Konstruktion des Versäumnisverfahrens bestätigt. Auch lässt sich dem BGH ein Verstoß gegen den Grundsatz vorwerfen, dass im kontradiktorischen Verfahren beide Parteien gleich zu behandeln sind. Es wird somit für die Ermittlung der Beschwer im Berufungsverfahren auf das Kriterium der formellen Beschwer abgestellt.

bbb) Zulässigkeitsschranken

Die für die Zulässigkeit der Berufung grundsätzlich zu fordernde Beschwer erhält durch § 511 Absatz II ZPO gewissermaßen eine spezialgesetzliche Ausgestaltung in Gestalt der Wertberufung²⁹⁰ des § 511 Absatz II Nr.1 ZPO und der Zulassungsberufung des § 511 Absatz II Nr.2 ZPO. Es handelt sich bei dieser Regelung um jeweils eine selbstständige Prozessfortsetzungsbedingung, die damit zu rechtfertigen ist, dass der mit dem zweitinstanzlichen Verfahren verbundene Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen soll.

Für die Zulässigkeit der Berufung nach § 511 ZPO ist also erforderlich, dass der Rechtsmittelführer nicht nur beschwert ist, sondern – sozusagen in qualifizierter Form – nicht nur unerheblich beschwert ist.

.1) Die wertmäßige Zulässigkeitsschranke des § 511 Absatz II Nr.1 ZPO

Nicht nur unerheblich beschwert ist der Rechtsmittelführer nach § 511 Absatz II Nr.1 ZPO dann, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,- € übersteigt. Die Norm knüpft nicht direkt an die formelle Beschwer an sondern an den Beschwerdegegenstand, also an den Teil der Beschwer, den der Rechtsmittelführer dem Gericht durch seinen Antrag zur Prüfung unterbreitet. Für die Berechnung dieses Beschwerdegegenstandes sind die beiden Parameter der Beschwer und des Berufungsantrages maßgeblich. Zunächst ist die formelle Beschwer zu ermitteln. Sodann

²⁸⁸ Vgl.: Rimmelspacher in: M/K; Vor § 511, Rn.17.

²⁸⁹ Vgl.: Henckel; Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, S.23.

²⁹⁰ Ursprünglich war die Berufung ohne Rücksicht auf eine Wertgrenze zulässig. Die Berufungssumme ist mit der EntlVO im Jahre 1915 (RGBl. 1915, S.561) eingeführt worden. Anlass war die Entlastung der während des ersten Weltkrieges unterbesetzten Gerichte.

ist der Beschwerdegegenstand zu ermitteln, was sich aus dem Berufungsantrag ergibt, da in diesem geltend gemacht wird, inwieweit der Berufungskläger seine Beschwer überhaupt bekämpfen will. So kann der Beschwerdegegenstand die Beschwer durchaus unterschreiten, was aber irrelevant ist, solange er nur 600,- € überschreitet.

Die betragsmäßige Ermittlung von Beschwer und Beschwerdegegenstand wird gemäß § 2 ZPO unter Anwendung der §§ 3ff. ZPO vorgenommen.

Bezüglich dieser Berechnung sind die Berufungsanträge im Zeitpunkt der Entscheidung nach § 522 Absatz I Satz 3 ZPO maßgeblich, also in der Regel bei Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz.²⁹¹ Dies stimmt im Ergebnis auch weitgehend mit der Rechtsprechung überein, die zwar grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Einlegung der Berufung abstellt²⁹², diesen Grundsatz jedoch in erheblichem Maße dadurch durchbricht, indem sie nachträgliche Erweiterungen des Berufungsantrags zulässt.²⁹³

Des Weiteren hat der Berufungskläger den Wert des Beschwerdegegenstandes gemäß § 511 Absatz III ZPO glaubhaft zu machen, was zum Beispiel durch Bezugnahme auf den in der Vorinstanz festgesetzten Streitwert nach § 294 ZPO erfolgen kann. Das Berufungsgericht entscheidet ohne Bindung an den Parteivortrag über den Wert des Beschwerdegegenstandes²⁹⁴ und da die Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO dem Gericht nur die Überzeugung von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vermitteln muss, genügt eine Schätzung dieses Wertes.²⁹⁵

.2) Die Zulassungsberufung des § 511 Absatz II Nr.2 ZPO iVm § 511 Absatz IV ZPO

Die Zulassungsberufung soll dazu dienen, dass auch in Bagatellsachen Fragen von allgemeiner Bedeutung einer obergerichtlichen Klärung zugeführt werden können und ist insoweit Ausdruck der allgemeinen Prozesszwecke der Rechtsklarheit und Rechtsfortbildung, die ihrerseits dem dominanten Prozesszweck des Individualrechtsschutzes dienen.²⁹⁶ § 511 ZPO stellt somit ein, an den Rechtsschutzinteressen und Prozesszwecken gemessen, austariertes „Berufungssystem“ auf, indem sich widerspiegelt, dass nicht nur wirtschaftlich sondern auch rechtlich bedeutende Prozesse in den Genuss der Berufung kommen. Das Ausgangsgericht hat die Berufung demnach gemäß § 511 Absatz IV ZPO wenn die Sache entweder „grundsätzliche Bedeutung“ hat, oder die

²⁹¹ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 511, Rn.55; Rimmelspacher in: M/K; § 511, Rn.50.

²⁹² Grundlegend dazu: RGZ 168, S.358; ferner: BGHZ 1, S.30, BGH NJW 1967, S.565.

²⁹³ Vgl.: BGH NJW 1961, S.1115.

²⁹⁴ Vgl.: BGH WM 1984, S.181.

²⁹⁵ Vgl.: BGH NJW-RR 2001, S.570.

²⁹⁶ Vgl. bezüglich der allgemeinen Prozesszwecke und deren Herleitung die ausführlichen Erläuterungen in Teil B, 2.

„Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern“. Damit wird mittelbar der Weg zum BGH eröffnet und wenn ab dem 1. Januar 2007 die übergangsweise in § 26 Nr.8 EGZPO eingeführte Wertgrenze von 20.000,- € für die Nichtzulassungsbeschwerde – gemeint ist die Nichtzulassungsbeschwerde in der Revisionsinstanz nach § 544 ZPO – entfällt, können so auch Bagatellstreitigkeiten unterhalb von 600,- € zum BGH gebracht werden.

Im Rahmen des hier erläuterten Prüfungsumfanges des Berufungsgerichtes bezüglich der einzelnen berufungsspezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO wird auf die tatbestandlichen Gesichtspunkte der beiden Zulassungsalternativen des § 511 Absatz IV Satz 1 ZPO nicht eingegangen, da das Berufungsgericht nach § 511 Absatz IV Satz 2 ZPO an die diesbezügliche Entscheidung des Ausgangsgerichtes gebunden ist²⁹⁷ und auch eine entsprechende Nichtzulassung nicht anfechtbar ist.²⁹⁸ Das Berufungsgericht prüft vielmehr „nur“, ob das Ausgangsgericht die Berufung zugelassen hat, was dieses wiederum muss, wenn eine der beiden Alternativen des § 511 Absatz IV Satz 1 ZPO erfüllt ist. Die Begründung, die das erstinstanzliche Gericht für die Zulassung gibt, ist für den Prüfungsumfang des Berufungsgerichtes irrelevant. Dieses kann „nur“ trotz der erstinstanzlichen Berufungszulassung über § 511 Absatz IV Satz 1 Nr.2 ZPO die ihm vorgelegte Berufung durch Beschluss zurückweisen, wenn es zu der rechtlichen Feststellung gelangt, dass die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat. Dabei stützt sich das Berufungsgericht allerdings auf den diese Verwerfungskompetenz vermittelnden § 522 Absatz II ZPO.

cc) Form und Frist

In das Spektrum der seitens des Berufungsgerichtes nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO zu prüfenden Voraussetzungen fallen auch die Gesichtspunkte der Form der Berufung des § 519 ZPO und der Berufungsfrist des § 517 ZPO.

aaa) Form

Die Berufung wird nach § 517 ZPO durch Einreichung der Berufungsschrift bei dem Berufungsgericht eingelegt und diese Berufungsschrift wird dann nach § 521 ZPO dem Gegner von Amts wegen zugestellt. Unter „Einreichung“ iS des § 519 ZPO versteht man das Zukommenlassen des entsprechenden Schriftsatzes an das Gericht. Wirksam ist der Schriftsatz, sobald er dem Gericht iS des § 130 Absatz I BGB zugegangen ist. Dazu genügt, dass der

²⁹⁷ Diese Bindung gilt auch dann, wenn ein Rechtsirrtum über die Zulassungsvoraussetzungen seitens des Ausgangsgerichtes vorliegt, vgl: BGH FamRZ 1980, S.233.

Gewahrsam des Gerichts in einer für die Entgegennahme von Schriftsätzen üblichen Weise begründet wird.²⁹⁹ Dafür muss die Justizverwaltung so genannte Frist- oder Nachtbriefkästen aufstellen.³⁰⁰ Die Urschriften der einzureichenden Berufungsschrift bedürfen grundsätzlich der eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden³⁰¹ und im Bereich des § 78 ZPO der eines zugelassenen Rechtsanwalts.³⁰² Nach zum Gewohnheitsrecht gefestigter Rechtsprechung wurde die prozessuale³⁰³ gesetzliche Schriftform jedoch auch bei der Einlegung eines Rechtsmittels und der Rechtsmittelbegründung bei der Übermittlung durch Telegramm³⁰⁴, Fernschreiben³⁰⁵ oder Telefax³⁰⁶ gewährt. Beim Computerfax ist die Form aber auch dann gewährt, wenn die ursprüngliche Unterschrift „nur“ eingescannt war.³⁰⁷ Der Gesetzgeber hat diese, dem technischen Fortschritt aufgeschlossene, Rechtsprechung dann durch die Neufassung des § 130 Nr.6 ZPO bestätigt, wonach nur die „Wiedergabe der Unterschrift in Kopie“ erforderlich ist. Eine Übermittlung durch e-mail sieht § 130a ZPO vor, der aber sowohl eine qualifizierte elektronische Signatur als auch eine Zulassung der Einreichung elektronischer Dokumente bei Gericht verlangt.³⁰⁸

Eine mehrfache Berufungseinlegung, die bei Zweifeln über die Ordnungsmäßigkeit der ersten Berufung nicht selten ist – zum Beispiel Fax und das folgende Originalschreiben – ist als einheitliches Rechtsmittel anzusehen³⁰⁹, so dass das zweite Rechtsmittel erst dann selbstständige Bedeutung gewinnt, wenn oder sobald die Unwirksamkeit des ersten feststeht.³¹⁰

Des Weiteren muss die Berufungsschrift zu ihrer Wirksamkeit nach § 519 Absatz II ZPO die Bezeichnung des anzufechtenden Urteils sowie die Erklärung, dass genau gegen dieses Urteil die

298

²⁹⁹ Vgl.: BVerfG NJW 1991, S.2076.

³⁰⁰ Vgl.: BVerfGE 69, S.381.

³⁰¹ Vgl.: BGH NJW 2001, S.1581.

³⁰² Vgl.: BGH NJW 1990, S.188.

³⁰³ Die Lockerung der Schriftform bezieht sich nur auf prozessuale Erklärungen; soweit ein Schriftsatz gleichzeitig materiell-rechtliche Erklärungen erhält, muss die Schriftform des § 126 BGB eingehalten werden, für die ein Fax nach BGH NJW 1997, S. 3169 nicht genügt.

³⁰⁴ Vgl.: BGH JZ 1956; S.32.

³⁰⁵ Vgl.: BGHZ 101, S.276.

³⁰⁶ Vgl.: BGH NJW 1990, S.188.

³⁰⁷ Vgl.: GmSOBGB BGHZ 144, S.160.

³⁰⁸ Eine dem § 130a Absatz II ZPO entsprechende Rechtsverordnung ist bisher erst für den Verkehr mit dem BGH ergangen, § 1 ERVVO BGH vom 26. November 2001 (BGBl. I S.3225). Unterinstanzliche Klagen oder Berufungen können demnach auf diesem Wege noch nicht eingereicht werden.

³⁰⁹ Vgl.: BGH NJW 1985, S.2480.

Berufung eingelegt wird, enthalten. Gemäß § 519 Absatz IV ZPO sind auch die allgemeinen Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze der §§ 130ff. ZPO zu wahren.

Zuletzt muss aus der Berufungsschrift eindeutig hervorgehen, für wen und gegen wen das Rechtsmittel eingelegt ist.³¹¹

bbb) Frist

Nach § 517 ZPO ist die Berufungsfrist eine Notfrist und beträgt einen Monat. Die Notfrist ist eine gesetzliche Frist und dadurch gekennzeichnet, dass sie unabänderlich ist. Sie beginnt mit der wirksamen Zustellung des vollständig abgefassten Urteils, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung. Es wird also jedes Urteil spätestens mit dem Ablauf von sechs Monaten rechtskräftig, wobei der letzte der sechs Monate die Berufungsfrist ist.³¹² Gemäß § 222 ZPO wird die Berufungsfrist nach den §§ 187, 188 BGB berechnet. Die Berufungsfrist kann nicht verlängert werden, aber gegen ihre Versäumung kann unter den Voraussetzungen des § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden.

dd) Begründung

Die nach § 520 Absatz I ZPO erforderliche Begründung der Berufung hat entweder in der Berufungsschrift selbst, oder – wie üblich – in einem separaten Schriftsatz, der Begründungsschrift nach § 520 Absatz III ZPO, zu erfolgen. Wie die Berufungsschrift ist auch die Berufungsbegründung nach § 521 Absatz I ZPO dem Gegner von Amts wegen zuzustellen. Allerdings greift für die Begründung nach § 520 Absatz II Satz 1 ZPO eine zweimonatige Frist, die mit der Zustellung des abgefassten Urteils zu laufen beginnt. Da diese Frist qua des Wortlautes des Gesetzes eben keine Notfrist ist, eröffnen § 520 Absatz II Satz 2 und Satz 3 ZPO Abänderungsmöglichkeiten unter den dortigen Voraussetzungen.³¹³

Inhaltlich erfordert die Begründung gemäß § 520 Absatz III ZPO die Angabe der „Berufungsanträge“, der „Berufungsgründe“ und des neuen Streitstoffes, dessen es zur Rechtfertigung der Berufung bedarf.

Ist eine Klage aus zwei oder mehreren von einander unabhängigen rechtlichen Erwägungen abgewiesen worden, so muss die Berufungsbegründung geeignet sein, das Urteil insgesamt in

³¹⁰ Vgl.: BGHZ 24, S.179.

³¹¹ Vgl.: BGH FamRZ 2003, S.1176.

³¹² Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 135, Rn.22.

³¹³ Nach BVerfG NJW 1989, S.1147 kann ein Anwalt regelmäßig erwarten, dass seinem ersten Verlängerungsantrag stattgegeben wird, wenn einer der Gründe des § 520 Absatz II Satz 3 ZPO vorliegt.

Frage zu stellen; andernfalls ist die Berufung unzulässig³¹⁴, da der nicht begründete Angriff gegen eine dieser Erwägungen nicht zum Erfolg der Berufung führen kann, da dann eben die jeweils „übrig bleibende“ Erwägung das erste Urteil stützt. Ähnliches gilt, wenn das angefochtene Urteil über mehrere Ansprüche mit verschiedener Begründung ergangen ist. Dann muss sich auch die Berufungsbegründung gegen die Entscheidung über jeden der mehreren Ansprüche richten.³¹⁵ Die Begründung nach § 520 ZPO muss somit immer angeben, warum die erstinstanzliche Entscheidung aus Sicht des Berufungsführers falsch ist. Und wenn das Gericht dafür mehrere Begründungen liefert, muss die Berufung geeignet sein, alle diese Begründungen in Frage zu stellen. Die Berufung muss sozusagen das Urteil in qualitativer Hinsicht umfassend angreifen während die quantitative Komponente im Rahmen des Beschwerdegegenstandes zur Disposition des Berufungsführers steht, solange der Wert 600,- € übersteigt.

aaa) Berufungsanträge

Die nach § 520 Absatz III Satz 2 Nr. 1 ZPO erforderlichen Berufungsanträge sind die Erklärungen, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen beantragt werden. Somit stellen sich in diesen Anträgen der Umfang und das sachliche Ziel der Berufung dar.³¹⁶ Diese müssen allerdings nicht in der Gestalt eines förmlichen Antrages formuliert werden, sondern es genügt vielmehr, dass das Ziel des Rechtsmittels dem gesamten Inhalt der Berufungs- und Begründungsschrift ausreichend sicher und klar entnommen werden kann.³¹⁷ Es genügt demnach, wenn in der Berufungsbegründung gesagt wird, dass das Urteil in vollem Umfang angefochten wird,³¹⁸ da so der Anfechtungswille des Berufungsführers verständlich und unzweideutig zum Ausdruck kommt.³¹⁹ Da es hierfür wie bei allen Parteihandlungen nicht auf einen verborgenen inneren Willen ankommt, sondern allein darauf, wie eine Erklärung - wie zum Beispiel die Anfechtungserklärung nach § 519 Absatz II Nr.2 ZPO – im Augenblick ihrer Abgabe verstanden werden muss, sind die Parteihandlungen der Auslegung zugänglich und bedürftig.³²⁰ Die Auslegungsregeln, die basierend auf den §§ 133, 157 BGB für bürgerlich-rechtliche Willenserklärungen entwickelt wurden, gelten auch für Prozesserkklärungen.³²¹ Mit

³¹⁴ Vgl.: BGH NJW 1998, S.3126.

³¹⁵ Vgl.: BGH NJW 1995, S.1560.

³¹⁶ Vgl.: BGH NJW 1987, S.1335.

³¹⁷ Vgl.: BGH ZIP 1992, S.512; BGH FamRZ 1985, S.631.

³¹⁸ Vgl.: BGH NJW 1975, S.2013.

³¹⁹ Vgl.: BGH NJW-RR 1998, S.507.

³²⁰ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 65, Rn.18.

³²¹ Vgl.: Henke in: ZZZ 112 (1999), S.430.

Blick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Prozesszweck des Individualrechtsschutzes ist so zum Beispiel im Zweifel stets anzunehmen, dass die Partei sich so verstanden wissen will, dass ihr prozessuales Anliegen erfolgreich sein kann.³²² Dies gilt dann besonders bei einer derart essentiellen Prozesshandlung wie der Einlegung der Berufung, die den Rechtsschutz des Bürgers im Ganzen tangiert. Es ist demnach anzunehmen, dass ein Schriftsatz, der den Anforderungen einer Berufungsbegründung entspricht, auch dem Zweck einer Anfechtung dienen soll.³²³ Auch kommt das bürgerlich-rechtliche Gestaltungsinstrument der Umdeutung nach § 140 BGB in Betracht, wenn eine fehlerhafte Prozesshandlung den Voraussetzungen einer anderen genügt, die dem gleichen prozessualen Ziel dient und ebenso vom Parteiwillen gedeckt ist.³²⁴

Diese Auslegung obliegt dann dem Gericht, das über die entsprechende Parteihandlung zu entscheiden hat,³²⁵ also dem Berufungsgericht bezüglich der Berufungsbegründung des § 520 ZPO.

Sind jedoch die Berufungsgründe – jenseits des „Eingriffsspielraumes“ der Auslegung und Umdeutung – überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig angegeben worden, so ist die Berufung nach § 522 Absatz I Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen. Eine eventuelle Nachbesserung nach Fristablauf des § 520 Absatz II ZPO ist nicht möglich.

bbb) Rechtliche und tatsächliche Berufungsgründe

Die erforderlichen Berufungsanträge des § 520 Absatz III Satz 2 Nr.1 ZPO werden inhaltlich ausgefüllt durch die Anforderungen der Nr. 2 bis 4 des § 520 Absatz III Satz 2 ZPO. Der Berufungskläger muss danach nicht nur einen „nackten“ Berufungsantrag unter Wahrung der abstrakten Anforderungen des § 520 Absatz III Satz 2 Nr.1 ZPO stellen, sondern diesen Antrag vielmehr mit seinen konkreten Rechtsauffassungen „einkleiden“. Diese „Konkretisierungspflicht“ des neu gefassten § 520 Absatz III ZPO resultiert aus der durch das ZPO-RG des Jahres 2001 umgestalteten Funktion der ersten und zweiten Instanz. Da die Berufung nun primär der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung dienen soll, muss auch die Berufungsbegründung an dieser Zielsetzung ausgerichtet sein.³²⁶ Es findet in der zweiten Instanz gerade keine automatische Neuverhandlung im Sinne des § 525 ZPO a.F. mehr statt, so dass sich auch das Fehlerpotential des erstinstanzlichen Urteils nicht automatisch in der zweiten

³²² Vgl.: BGH ZIP 1992, S.477.

³²³ Vgl.: BGH FamRZ 1989, S.849.

³²⁴ So zum Beispiel: BGH NJW 2001, S.1217 für die Konstellation einer Berufung, die in einen Beitritt als Nebenintervenient und eine Berufung für die Partei umgedeutet werden kann.

³²⁵ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 65, Rn.21.

Verhandlung offenbart. Das neue System der Fehlerkontrolle erfordert eine präzisere Stoßrichtung der Berufung auf die Fehler des ersten Urteils, da ansonsten die Bindungswirkung des § 529 ZPO eintritt und eben keine neue Beurteilung des Sachverhaltes. Der Berufungskläger hat, dieser Neuausrichtung der Berufungsfunktion geschuldet, nach § 520 Absatz III Satz 2 Nr.2 ZPO relevante Rechtsfehler des angefochtenen Urteils durch Bezeichnung der dafür sprechenden Umstände zu rügen und nach § 520 Absatz III Satz 2 Nr.3 ZPO konkrete Anhaltspunkte anzugeben, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der bisherigen Tatsachenfeststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.

Soweit diese Anhaltspunkte nicht vorgetragen werden, legt das Berufungsgericht seiner Entscheidung dann die in erster Instanz festgestellten Tatsachen zugrunde.³²⁷ Konkrete Mängel sind zu rügen, wobei bloße Floskeln, die Beweiswürdigung sei falsch oder unzureichend, nicht genügen.³²⁸

Im Ergebnis sind die Anforderungen an eine zulässige Berufungsbegründung damit präzisiert aber sachlich nicht verschärft worden.³²⁹

ccc) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel

Nach § 520 Absatz III Satz 2 Nr.4 ZPO ist auch die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie die Tatsachen, aufgrund derer diese neuen Mittel nach § 531 Absatz II ZPO zuzulassen sind, erforderlich.

Die Berufung ist zulässig, wenn auch nur einer der in den § 520 Absatz III Satz 2 Nr.2 – 4 ZPO genannten ordnungsgemäß vorgebracht wird und dementsprechend zu verwerfen, wenn keiner dieser Gründe dargelegt ist. Die Prüfung dahingehend, ob die vorgebrachten Gründe dann auch tatsächlich bestehen, findet erst auf der Ebene der Begründetheit statt, in die das Berufungsverfahren – wie oben erläutert – jedoch gar nicht erst eintritt, wenn die Unzulässigkeit festgestellt wird.

Will der Berufungskläger eventuell später weitere Berufungsgründe vorbringen, so sind diese nach den §§ 530, § 296 Absatz IV ZPO nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder der Berufungskläger die Verspätung genügend entschuldigt.

³²⁶ Vgl.: BGH FamRZ 2003, S.1271.

³²⁷ In diesem Zusammenhang erscheint der Abschied vom Berufungsverfahren als Wiederholung der ersten Instanz aber radikaler als die voraussichtlichen praktischen Unterschiede, da uuch bisher eine Korrektur tatsächlicher Feststellungen meist nur auf konkrete Rüge hin erfolgte.

³²⁸ Vgl.: BGHZ 143, S.171.

ee) Die besonderen Voraussetzungen des § 513 Absatz II ZPO und des § 514 Absatz II ZPO

Während § 513 Absatz I ZPO die Funktion der reformierten Berufung zum Ausdruck bringt, nunmehr lediglich ein in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht fehlerhaftes Urteil des Eingangsgerichts zu korrigieren statt den Rechtsstreit von neuem zu verhandeln, dient § 513 Absatz II ZPO insoweit der Verfahrensbeschleunigung und Entlastung des Berufungsgerichts, als durch seine Anwendung Rechtsmittelstreitigkeiten vermieden werden, in denen innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts in Frage gestellt wird. § 513 Absatz II ZPO dient demgemäß dem Zweck, die außer der Zuständigkeitsentscheidung fehlerfreie Sacharbeit des Erstgerichts zu erhalten³³⁰, was nicht zuletzt aus der Grundkonzeption des reformierten Rechtsmittelrechts resultiert, eine umfassende Bindung an die erstinstanzlichen Ergebnisse herzustellen. Als zweckkonform erweist sich somit auch die Anwendungsbeschränkung des § 513 Absatz II ZPO ausschließlich auf die Bejahung der Zuständigkeit, während die Norm bei entsprechender Verneinung unanwendbar ist.³³¹

Erfasst werden gemäß § 513 Absatz II ZPO Entscheidungen über die sachliche und örtliche Zuständigkeit, die internationale Zuständigkeit³³², die funktionelle Zuständigkeit und die Gerichtseinteilung.³³³ Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass § 513 Absatz II ZPO ebenso auf die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Streit- und Familiengericht³³⁴ und die ihr verwandte Konstellation der Zivil- und Handelskammerabgrenzung.³³⁵ Unanwendbar ist § 513 Absatz II ZPO jedoch auf Entscheidungen über die Rechtswegzuständigkeit, da hier § 17a Absatz V GVG gilt, und im Verhältnis zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, da diese trotz Zuordnung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit in Organisation und Verfahren eigenständig ist und daher § 17a GVG analog anzuwenden ist.³³⁶ Des Weiteren kann sich insbesondere aus Art.101 Absatz I Satz 2 GG eine Grenze der Unüberprüfbarkeit nach § 513 Absatz II ZPO ergeben, die überschritten

³²⁹ Vgl.: BGH FamRZ 2003, S.1271; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 135, Rn.44.

³³⁰ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 513, Rn.11.

³³¹ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 513, Rn.18.

³³² anders ist dies jedoch, wenn europarechtliche Zuständigkeitsregeln – zum Beispiel Art.25 EuGVVO – zwingend eine Kontrolle vorschreiben.

³³³ Vgl.: Ball in: Musielak; § 513, Rn.7; Gummer/Heßler in: Zöller; § 513, Rn.7; Rimmelpacher in: M/K; § 513, Rn.16.

³³⁴ die früher zu den §§ 10, 512a ZPO a.F. vertretene Auffassung (Schwerdtfeger in: M/K; § 10, Rn.4 und Rimmelpacher in: MK; § 512a, Rn.9), die Vorschrift gelte nicht im Verhältnis zwischen Streit- und Familiengericht lässt sich nicht aufrecht erhalten, da die dafür einschlägige Regelung des § 529 Absatz III ZPO a.F. als Folgeänderung des § 513 Absatz II ZPO entfallen ist und insoweit in § 513 ZPO aufgegangen ist.

³³⁵ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 513, Rn.16.

ist, wenn das Gericht seine Zuständigkeit willkürlich³³⁷ angenommen und damit dem Beklagten seinen gesetzlichen Richter entzogen hat.³³⁸

Wird die Berufung „auch“ darauf gestützt, die erste Instanz habe den Gerichtsstand zu Unrecht bejaht, ist sie unbegründet. Enthält die Berufungsbegründung „allein“ diese Begründung ist sie durch Beschluss nach § 522 Absatz I Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen, da dies schon einen Verstoß gegen die oben erläuterten Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Berufungsbegründung nach § 520 Absatz III ZPO darstellen würde.

Zum Prüfungsumfang des Berufungsgerichts im Zuge der Zulässigkeitsprüfung des § 522 Absatz I ZPO gehört auch die Norm des § 514 Absatz II ZPO, die ausnahmsweise die Berufung gegen ein Versäumnisurteil zulässt, während nach deren Absatz I die Berufung gegen Versäumnisurteile grundsätzlich ausgeschlossen ist. § 514 Absatz II verlangt für diese ausnahmsweise Überprüfung eines Versäumnisurteils im Wege der Berufung nach § 511 ZPO statt dem des Einspruches nach § 338 ZPO, dass es sich um „Versäumnisurteile“ handelt, „gegen die der Einspruch an sich nicht statthaft ist“. Ein Versäumnisurteil in diesem Sinn ist dabei jedes Urteil, das gegen die säumige Partei aufgrund der Säumnis ergeht.³³⁹ Ergeht das Urteil entweder nicht gegen den Säumigen oder zwar gegen ihn aber nicht wegen seiner Säumnis, dann liegt kein so genanntes echtes sondern ein unechtes Versäumnisurteil vor, das als „normales“ kontradiktorisches Urteil mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Eines Rückgriffes auf § 514 Absatz II ZPO bedarf es dafür nicht. Gegen ein solches echtes Versäumnisurteil darf des Weiteren der Einspruch als regulärer Rechtsbehelf nicht statthaft sein. Unstatthaft ist der Einspruch gegen Versäumnisurteile in den Fällen des „zweiten“ Versäumnisurteils nach § 345 ZPO, das den Einspruch gegen das vorausgegangene Versäumnisurteil verwirft, und in den Fällen des § 238 Absatz II Satz 2 ZPO, wenn der Antrag auf Wiedereinsetzung verworfen wird. Die zweite Voraussetzung des § 514 Absatz II ZPO besteht in einer Beschränkung der Berufungsgründe dahingehend, dass die Berufung gegen ein mit dem Einspruch nicht anfechtbaren Versäumnisurteil nur darauf gestützt werden kann, dass eine „schuldhafte Versäumung“ des Einspruchstermins „nicht vorgelegen habe“. Ob die Klage

³³⁶ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 513, Rn.17.

³³⁷ Eine willkürliche Entscheidung liegt dabei nach BVerfG NJW 1998, S.745 vor, wenn die fehlerhafte Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluß aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht.

³³⁸ Vgl.: Maunz in: Maunz/Dürig; GG, Art.101, Rn.51.

³³⁹ Vgl.: BGH FamRZ 1988, S.945; Prütting in: MK; § 330, Rn.20; Gummer/Heßler in: Zöller; § 514, Rn.1; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 104, Rn.3.

zulässig und schlüssig war und die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass des ersten Versäumnisurteils gegeben waren, wird nicht mehr geprüft.³⁴⁰ Der BGH begründet diesen Prüfungsmaßstab damit, dass der Einspruch des § 338 ZPO dazu dient, die Folgen der Terminversäumung zu beseitigen. Wenn die Partei dann wiederum dem Einspruchstermin fernbleibt, verzichtet sie der Sache nach auf den Einspruch. § 345 ZPO sieht dann eine weitergehende richterliche Prüfung nicht vor und die säumige Partei kann nicht darauf vertrauen, dass die sachliche Richtigkeit des ersten Versäumnisurteils überprüft wird. Die dann im Rahmen der ausnahmsweise zulässigen Berufung nach § 514 Absatz II ZPO zu prüfende Säumnis darf zuletzt auch nicht schuldhaft verursacht worden sein. Die herrschende Meinung³⁴¹ stellt diesbezüglich der fehlenden die unverschuldete Säumnis gleich, da bei Kenntnis des Grundes das Gericht ohnehin nach § 337 ZPO zur Vertagung verpflichtet ist.

Die Voraussetzungen der §§ 513 Absatz II und 514 Absatz II ZPO sind somit Prüfungsgegenstand im Verfahren nach § 522 Absatz I ZPO und gemäß den dafür maßgeblichen Verfahrensregeln vom Berufungsgericht zu überprüfen.

ff) Das unter Umständen entfallende Rechtsschutzbedürfnis für die Berufung

Es wurde bereits angedeutet, dass das Rechtsschutzbedürfnis im Rechtsmittelverfahren durch die Beschwer regelmäßig indiziert ist, da das Institut der Beschwer ein rechtsmittelrechtlich „vertypertes“ Rechtsschutzbedürfnis darstellt. Liegt die Beschwer iS des § 511 Absatz II ZPO vor, ist ein zusätzliches Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich nicht zu überprüfen.³⁴² Es gibt diesbezüglich allerdings Ausnahmefälle. Zwar wird die Nachteilswirkung der Gerichtsentscheidung als denkbare Unrecht von der Beschwer abschließend erfasst, da hierdurch gewährleistet wird, dass ein sachliches Bedürfnis des Rechtsmittelklägers zur Überprüfung besteht. Allerdings sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen trotz Vorliegens einer entsprechenden Beschwer eine unnötige, zweckwidrige oder missbräuchliche Beschreitung des vom Gesetz vorgesehenen Rechtsmittelweges anzunehmen ist.³⁴³ In solchen Fällen kann dann ausnahmsweise die Unzulässigkeit des Rechtsmittels trotz vorliegender Beschwer mit dem Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses begründet werden.³⁴⁴ Diese Argumentation basiert auf der grundlegenden Ansicht, „dass niemand die Tätigkeit der Gerichte

³⁴⁰ Vgl.: BGHZ 141, S.351.

³⁴¹ Vgl. bezüglich ausführlicher Nachweise der herrschenden Meinung nur: Rimmelspacher in: MK; § 514, Rn.17ff.

³⁴² Vgl.: BGHZ 57, S.224.

³⁴³ Vgl.: Kahlke in: ZJP 94 (1981), S.439.

unnütz oder gar zu unlauteren Zwecken in Anspruch nehmen darf.³⁴⁵ Es sind im wesentlichen die beiden für das materielle Recht selbstverständlichen Gedankengänge des Gebots von Treu und Glauben sowie der Pflicht zur Güterabwägung zwischen zwei verschiedenwertigen Rechtsinstituten auf Seiten des rechtsschutzgewährenden Staates, die als „Regulativ“ die ausnahmsweise Prüfung eines zusätzlichen Rechtsschutzbedürfnisses indizieren. So ist es anerkannt, dass die Grundsätze von Treu und Glauben auch auf das Verhalten der Prozessparteien und damit im Ergebnis auf das Verfahrensrecht Anwendung finden.³⁴⁶ So gibt es einige Fälle, in denen Verstöße gegen diesen Grundsatz von Treu und Glauben gegenüber dem Prozessgegner vom Gericht damit quittiert worden sind, dass das eingelegte Rechtsmittel dadurch verwirkt sei.³⁴⁷ Der gängigste Fall einer solchen Rechtsmittelverwirkung besteht darin, dass der Beschwerdeführer bei seinem Gegner in Anschluss an die vorliegende Gerichtsentscheidung einen Vertrauenstatbestand hervorgerufen hat, auf den sich dieser eingestellt hat und auch einstellen durfte und zwar dahingehend, dass die Entscheidung seitens des Beschwerdeführers nicht mehr in Frage gestellt wird.³⁴⁸ Ferner werden die Fälle von dem Filter des zusätzlichen Rechtsschutzbedürfnisses aussortiert, in denen der Beschwerdeführer nicht das wirtschaftlichste Rechtsmittel wählt. Hierbei geht es darum, Verfahrensgrundsätzen Geltung zu verschaffen, die sich im Verhältnis zum konkreten Rechtsschutzbegehren des Beschwerdeführers als höherwertig erweisen.³⁴⁹ Außerdem wird das Rechtsschutzbedürfnis bei der so genannten „prozessualen Überholung“ verneint, die eintritt, wenn in einem parallel zum Hauptsacheverfahren laufenden Zwischenstreit über Vor- und Nebenfragen der Hauptsache, die Hauptsache inzwischen derart fortgeschritten ist, dass eine Entscheidung in dem mittlerweile auf Rechtsmittelebene stattfindenden Zwischenstreit sinnentleert wäre.³⁵⁰

Es ist somit diesbezüglich abschließend festzustellen, dass es bei Vorliegen einer Beschwer einerseits und eines gegebenen Rechtsmittels andererseits grundsätzlich keiner weiteren Prüfung eines Rechtsschutzbedürfnisses im Rahmen der nach § 522 Absatz I ZPO durchzuführenden Zulässigkeitsprüfung bedarf. Nur in den genannten Fällen hat dies ausnahmsweise zu erfolgen. Die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis ist demnach nur zu beantworten, wenn sie als dem

³⁴⁴ Vgl.: BGH, WM 1974, S.666.

³⁴⁵ Vgl.: RGZ 155, S.75 (entsprechend: BGHZ 54, S.184).

³⁴⁶ Vgl.: BVerfG NJW 1972, S.675; Kahlke in: ZZZ 94 (1981), S.441.

³⁴⁷ Vgl.: OLG Köln, OLGZ 1966, S.76; OLG Frankfurt, OLGZ 1976, S.310; OLG Düsseldorf, JZ 1977, S.565.

³⁴⁸ Vgl.: BGH NJW 1963, S.154.

³⁴⁹ Vgl.: Kahlke in: ZZZ 94 (1981), S.442.

³⁵⁰ Vgl.: Kahlke in: ZZZ 94 (1981), S.442.

Rechtsmittel vorgeschalteter Filter erforderlich ist, um dessen missbräuchliche Inanspruchnahme zu verhindern.

gg) Verzicht auf die Berufung und Zurücknahme der Berufung

Der wirksame Verzicht auf die Berufung nach § 515 ZPO sowie die wirksame Zurücknahme der Berufung nach § 516 ZPO schließen die Fortsetzung des Verfahrens aus.³⁵¹ In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Berufung während einer Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens³⁵² wirksam eingelegt werden kann, da es sich hierbei jeweils nur um zeitweilige Hindernisse handelt.³⁵³ Die während des durch die Unterbrechung oder Aussetzung verursachten Stillstandes eingelegte Berufung darf daher auch nicht als unzulässig verworfen werden. Die Rechtsmittelinstanz wird - vorausgesetzt, die Berufung ist im Übrigen zulässig – vielmehr eröffnet, allerdings kann seitens des Berufungsgerichtes keine Entscheidung ergehen.

aaa) Der Verzicht auf die Berufung nach § 515 ZPO

Der Verzicht auf die Berufung ist in § 515 ZPO geregelt. Der Verzicht ist dabei eine Erklärung, durch die das Recht auf Nachprüfung und Abänderung der ungünstigen Entscheidung schlechweg aufgegeben wird.³⁵⁴ Er ist sowohl hinsichtlich des ganzen Urteils als auch hinsichtlich eines quantitativ bestimmten, zum Erlass eines Teilurteils geeigneten Teils des Streitgegenstandes zulässig.³⁵⁵ Er kann vor und nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils erklärt werden.³⁵⁶ Auch nach der Neuregelung sind wegen der jeweils unterschiedlichen Wirkungen der einseitige Verzicht, den die gesetzliche Vorschrift des § 515 ZPO „direkt“ regelt, und der zweiseitige, vertragliche Verzicht zu unterscheiden. In der Konstellation des einseitigen

³⁵¹ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.8.

³⁵² Die Unterbrechung und die Aussetzung sind Fälle des sogenannten „Stillstandes“ des Verfahrens, die gemäß § 252 ZPO in den gesetzlich bestimmten Fällen eintreten, die abschließend im fünften Titel des ersten Buches der ZPO geregelt sind. Die Unterbrechung nach den §§ 239 bis 245 ZPO tritt aus den dort bestimmten und genau umgrenzten Anlässen von selbst und kraft Gesetzes ein, also ohne Antrag der Parteien und ohne Anordnung des Gerichts. Die in den §§ 148 bis 155 und den §§ 246 bis 248 ZPO geregelte Aussetzung dagegen erfordert einen Beschluß des Gerichts, vor dem das Verfahren schwebt und in der Zeit „zwischen den Instanzen“ einen Beschluß des unteren Gerichts.

³⁵³ Vgl.: BGHZ 50, S.400.

³⁵⁴ Vgl.: BGH NJW 1974; S.1249; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.44.

³⁵⁵ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 515, Rn.27; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.44.

³⁵⁶ Die Zulässigkeit eines Verzichts vor Urteilserlaß ergibt sich daraus, dass das ZPO-RG (BT-Drucksache 14/4722, S.94) die Beschränkung des § 514 ZPO a.F. auf den „nach Erlaß des Urteils“ erklärten Verzicht gestrichen hat.

Verzichts ist zudem danach zu differenzieren, ob dieser Verzicht dem Gericht oder dem Gegner gegenüber erklärt wurde.

Der Verzicht nach dem Erlass des Urteils ist eine Prozesshandlung und erfordert eine einseitige Erklärung, die alternativ gegenüber dem Gegner oder gegenüber dem Gericht abgegeben werden kann. Beide Erklärungen sind Prozesshandlungen³⁵⁷, so dass der herrschenden Meinung³⁵⁸ hinsichtlich eines Anwaltszwanges nicht gefolgt wird, wenn sie diesen nicht für die dem Rechtsmittelgegner gegenüber erklärte Verzichtserklärung fordert. Beide sind aufgrund ihres Charakters als Prozesshandlung vom Berufungsgericht im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des § 522 Absatz I ZPO zu beachten³⁵⁹ und führen auch beide zur Unzulässigkeit eines dem Verzicht zuwider eingelegten Rechtsmittels.³⁶⁰

Der Verzicht vor Erlass des Urteils kann nur durch Vertrag erfolgen, wobei er in dieser Weise auch in der oben erläuterten Konstellation der Erklärung nach Urteilserlass noch möglich ist. Dieser Vertrag bedeutet, dass die Parteien sich verpflichten, kein Rechtsmittel einzulegen oder vor Ablauf der Rechtsmittelfrist durch eine entsprechende Erklärung auf die Berufungseinlegung zu verzichten.³⁶¹ Ein solcher Vertrag bildet dann sozusagen die materiell-rechtliche Grundlage für die noch erforderliche abzugebende Verzichtserklärung. Der Rechtsmittelvertrag ist ein Prozessvertrag³⁶², der dem Zivilrecht untersteht³⁶³ und auch nach zivilrechtlichen Regeln anfechtbar ist, solange die Verzichtserklärung noch nicht abgegeben ist.³⁶⁴

Ein Verzicht als Prozesshandlung kann - außer in Gestalt des Prozessvertrages bis zum Eintritt der Rechtskraft³⁶⁵ - nicht wegen eines Willensmangels angefochten werden.³⁶⁶ Willensmängel, sofern sie zu einer wirksamen aber fehlerbehafteten Verzichtserklärung geführt haben, können

³⁵⁷ Vgl.: BGH NJW-RR 1997, S.1288; BGH NJW-RR 1989, S.1344.

³⁵⁸ Vgl.: BGH FamRZ 1997, S.999; BGH NJW 1985, S.2334; Rimmelspacher in: MK; § 515, Rn.9; Gummer/Heßler in: Zöller; § 515, Rn.10.

³⁵⁹ Ein Verzicht dem Gericht gegenüber wird von diesem von Amts wegen geprüft und führt bei entsprechender Wirksamkeit zur Unzulässigkeit, während der dem Gegener gegenüber erklärte Verzicht vom Gericht nur auf eine diesbezügliche Einrede hin beachtet werden kann.

³⁶⁰ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 515, Rn.11 und 15.

³⁶¹ Vgl.: BGHZ 2, S.114; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 134, Rn.50.

³⁶² Vgl.: Schiedermaier, Gerhard: Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935, S.70.

³⁶³ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 515, Rn.16.

³⁶⁴ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 515, Rn.16.

³⁶⁵ Vgl.: Schiedermaier, Gerhard: Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935, S.147.

³⁶⁶ Vgl.: BGH FamRZ 1993, S.694; Gummer/Heßler in: Zöller; § 515, Rn.11.

aber in entsprechender Anwendung der Wiedereinsetzungsregeln³⁶⁷ im Rahmen eines Widerrufs geltend gemacht werden.³⁶⁸ Der Berufung auf den Rechtsmittelverzicht kann nach entsprechender Geltendmachung aber wiederum der Arglisteinwand entgegenstehen.³⁶⁹

bbb) Die Zurücknahme der Berufung nach § 516 ZPO

Die Zurücknahme der Berufung hat in der Praxis eine große Bedeutung.³⁷⁰

Mit ihr widerruft der Berufungskläger sein Gesuch, das angefochtene Urteil zu überprüfen, woraus ein Verlust des eingelegten Rechtsmittels resultiert.³⁷¹ Sie enthält aber im Gegensatz zu § 515 ZPO keinen generellen Verzicht auf das Recht der Berufung, so dass die Berufung bis zum Ablauf der Berufungsfrist erneut eingelegt werden kann.³⁷² Die Wirkung der Zurücknahme, deren Rechtsnatur die einer einseitigen, bedingungsfeindlichen Prozesshandlung ist,³⁷³ beschränkt sich gemäß § 516 Absatz III Satz 1 ZPO auf den Verlust des konkret eingelegten Rechtsmittels. Abweichend von § 515 ZPO a.F. ist nun die Zurücknahme der Berufung nach Beginn der mündlichen Berufungsverhandlung auch nicht mehr von der Einwilligung des Berufungsbeklagten abhängig, da nach dem ZPO-RG dem Ziel der endgültigen Befriedigung der Parteien und der Entlastung des Berufungsgerichts der Vorrang vor den Interessen des Berufungsbeklagten an der Aufrechterhaltung des Rechtsmittels eingeräumt wird.³⁷⁴ So prüft das Berufungsgericht die aus § 516 Absatz II ZPO resultierenden Voraussetzungen der Berufungszurücknahme hinsichtlich ihrer Form. Demnach ist die Rücknahmeerklärung gegenüber dem Berufungsgericht in mündlicher Verhandlung oder schriftsätzlich abzugeben. Die im Falle der Abgabe in der mündlichen Verhandlung nach den §§ 159, 160 Absatz III Nr.8, 162 Absatz I ZPO erforderliche Protokollierung ist nur Beweismittel aber keine

³⁶⁷ Begründen lässt sich die entsprechende Anwendung der Wiedereinsetzungsregeln nach Rimmelspacher (M/K; § 515, Rn.36) mit der Gleichheitsgarantie des Art.3 Absatz I GG, der verlangt, auch der Partei die Einlegung der Berufung zu gestatten, die schuldlos am Zustandekommen des als Zulässigkeitshindernis wirkenden Prozessverzichts ist. Denn die ZPO gestattet in § 233 ebenso einer Partei, die ohne ihr Verschulden verhindert war, rechtzeitig Berufung einzulegen, die Nachholung der versäumten Prozesshandlung.

³⁶⁸ Vgl.: BGH NJW 1985, S.2335; Gummer/Heßler in: Zöller; § 515, Rn.11.

³⁶⁹ Vgl.: BGH NJW-RR 1989, S.1344.

³⁷⁰ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Traut/Lang; S.206 und 207.

³⁷¹ Vgl.: BGHZ 124, S.305.

³⁷² Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 136, Rn.49.

³⁷³ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 516, Rn.9; Rimmelspacher in: MK; § 516, Rn.6.

³⁷⁴ Vgl.: BT-Drucksache 14 / 4722, S.94.

Wirksamkeitsvoraussetzung der Rücknahme.³⁷⁵ Des Weiteren unterliegt die Rücknahmeerklärung dem Anwaltszwang des § 78 ZPO.³⁷⁶

Das Berufungsgericht muss im Verfahren nach § 522 Absatz I ZPO die Wirksamkeit einer eingelegten Berufungsrücknahme diese Wirksamkeitsanforderungen prüfen, da bei einer nach der Berufungsfrist des § 517 ZPO³⁷⁷ erklärten Rücknahme die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils mit Wirkung ex nunc³⁷⁸ eintritt, und die Berufung unzulässig geworden ist.³⁷⁹

Kommt das Berufungsgericht im Zuge der Zulässigkeitsprüfung des § 522 Absatz I ZPO zu dem Ergebnis der Unwirksamkeit der Berufungsrücknahme, so läuft das Berufungsverfahren „normal“ weiter, was bedeutet, dass das Gericht nach der festgestellten Zulässigkeit der Berufung nach § 522 Absatz I ZPO und bejahter Erfolgsaussicht nach § 522 Absatz II ZPO die mündliche Berufungsverhandlung terminiert.

Liegt dagegen eine wirksame Berufungsrücknahme nach § 516 ZPO vor, so spricht das Berufungsgericht die Wirkung des § 516 Absatz III Satz 1 ZPO gemäß des Satzes 2 dieser Norm von Amts wegen durch Beschluss aus. Eine Verwerfung auf der Grundlage des § 522 Absatz I Satz 2 ZPO erfolgt dann nicht, da der Beschluss in Hinblick auf die Wirkungen einer Berufungszurücknahme insoweit eine Art Spezialregelung darstellt. Anders ist dies nur, wenn der Berufungskläger die Wirksamkeit seiner Rücknahme bestreitet. Darin liegt nämlich dann die Weiterverfolgung der Berufung³⁸⁰ und über dieses Begehren hat das Gericht auch zu entscheiden. Erachtet es im Zuge dieser Prüfung die Rücknahme dann – entgegen der Auffassung des Berufungsklägers! – als wirksam, kommt es darauf an, ob die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Wenn ja, erfolgt wiederum ein Beschluss nach § 516 Absatz III Satz 2 ZPO, da die ursprüngliche Rücknahme wirksam war und insofern an den Wirkungen des

³⁷⁵ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 516, Rn.7.

³⁷⁶ Vgl.: BGH NJW 1978, S.1262.

³⁷⁷ wird die Rücknahme dagegen noch während des Laufes der Berufungsfrist des § 517 ZPO eingelegt, führt dies nicht zur Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils. Diese tritt dann mit Ablauf der Berufungsfrist ein

³⁷⁸ Eine Rückdatierung der Rechtskraft auf den Zeitpunkt des Ablaufes der Berufungsfrist ist in diesem Fall weder mit § 705 Satz 2 ZPO noch mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit vereinbar, Rimmelspacher in: MK; § 516, Rn.27.

³⁷⁹ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 516, Rn.17.

³⁸⁰ Vgl.: Rimmelspacher in: M/K; § 516, Rn.32.

2) Die Beschlussverwerfung nach den § 522 Absatz I Satz 2 und Satz 3 ZPO

Das Ergebnis der nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO vorgenommenen Zulässigkeitsprüfung determiniert den weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens. § 522 Absatz I Satz 2 iVm Satz 3 ZPO schreibt dem Gericht vor, „die Berufung als unzulässig zu verwerfen“, wenn es an einem der Zulässigkeitsanforderungen fehlt. Ist die Berufung dagegen zulässig, ist die mündliche Verhandlung zu terminieren, um über die Begründetheit der Berufung urteilen zu können. Allerdings ist durch das ZPO-RG diesem Übergang von der Zulässigkeits- zur Begründetheitsprüfung das „Filterverfahren“ des § 522 Absatz II ZPO zwischengeschaltet. Danach muss das Berufungsgericht vor einer Terminbestimmung und einer Übertragung des Rechtsstreits auf den entscheidenden Einzelrichter prüfen, ob das zulässige Rechtsmittel den Vorgaben des Absatzes II entsprechend nicht durch Beschluss zurückzuweisen ist. Es wird der „chronologischen Systematik“ des § 522 ZPO iVm § 523 ZPO gefolgt, so dass zuerst die Verwerfung des Rechtsmittels nach § 522 Absatz I Satz 2 ZPO diskutiert wird und im Anschluss daran eine tiefere Auseinandersetzung mit der Beschlusszurückweisung des § 522 Absatz II ZPO erfolgt.

a) Rechtliches Gehör

Vor der Entscheidung über die Verwerfung der Berufung als unzulässig ist der Anspruch des Berufungsklägers auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Absatz I GG zu beachten.³⁸¹ Art. 103 Absatz I GG gewährleistet ein „prozessuales Urrecht“ des Menschen³⁸², das bereits im römischen Recht durch die Sentenz des „audiatur et altera pars“ etabliert war.³⁸³ Auch das kanonische Recht und die gemeinrechtlichen Traditionen gewährten in einzelnen Verfahrensarten den Prozessbeteiligten die Möglichkeit, sich zu äußern. Die verfassungsrechtliche Wurzel eines allgemeinen Gehörgrundsatzes kann man in der Magna Charta libertatum sehen und in der Neuzeit liegt sie in den due process-Garantien der Petition of Rights, den amerikanischen Verfassungen des 18. Jahrhunderts sowie in den französischen Revolutionsverfassungen von 1793 und 1795.³⁸⁴ Grundsätzlich sichert Art.103 Absatz I GG, dass der einzelne nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein soll, sondern vor Entscheidungen, die seine Rechte betreffen, zu Wort kommen kann, um so Einfluss auf das Verfahren zu nehmen.³⁸⁵

³⁸¹ Vgl.: BVerfG NJW 1980, S.1095.

³⁸² Vgl.: BVerfGE 107, S.408.

³⁸³ Vgl.: Wacke in: FS Waldstein, S.378ff.

³⁸⁴ entsprechende Nachweise bei: Nolte in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.103 Abs.I, Rn.2.

³⁸⁵ Vgl.: BVerfGE 1, S.429; 86, S.144; 89, S.35; 107, S.409.

Von seiner Rechtsnatur ist Art.103 Abs.I GG ein Grundrecht³⁸⁶, was zwar nicht uneingeschränkt angenommen wird³⁸⁷, sich aber aus einer Art „a maiore ad minus“-Rückschluss aus einem Urteil des BVerfG ableiten lässt, in dem das Gericht „sogar“ das allgemeinere Recht auf ein faires Verfahren als Grundrecht bezeichnet.³⁸⁸ Der häufig gebrauchte Terminus des „Prozessgrundrechtes“ ändert daran nichts. Vielmehr werden dadurch die Besonderheiten prozessualer Garantien betont, die sich denkbare nicht in Abwehrrechten erschöpfen können sondern in hohem Maße leistungs- und teilhaberechtliche Gehalte aufweisen.³⁸⁹ Aus diesem leistungsrechtlichen Gewährleistungsgehalt resultiert auch die Ausgestaltungs- und Schrankensystematik des Art.103 Absatz I GG, der zwar einerseits zu seiner Wahrnehmung der Ausgestaltung des Gesetzgebers bedarf, andererseits aber die Gelegenheit der rechtlichen Äußerung stets aufrecht erhalten muss. Es ist demnach weder immer nötig, ein Recht von gleichwertigem Verfassungsrang heranzuziehen, um ein Gehörsinteresse einzuschränken³⁹⁰, noch kann jeder sachliche Gesichtspunkt das Gehörsinteresse immer einschränken.³⁹¹ Richtig ist es wohl, beide Ansätze zu kombinieren und je nach dem Gewicht des Gehörsinteresses im jeweiligen prozessualen Zusammenhang und der Begründetheit des gegenläufigen Gesichtspunktes am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu urteilen.³⁹² Das Leitmotiv einer Schrankensystematik des Art.103 Absatz I GG muss demnach immer sein, auf Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs Bezug zu nehmen und seine subjektiv-rechtlichen Positionen nicht durch pauschale Einschränkungformeln wie „hinreichende sachliche Gründe“ oder „Funktionsfähigkeit der Rechtspflege“ zu entleeren.

§ 522 Absatz I ZPO als einfachgesetzliches Prozessrecht gestaltet den Anspruch des rechtlichen Gehörs in der von ihm geregelten prozessualen Situation der Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit zwar nicht unmittelbar selbst, da der Wortlaut diesbezüglich schweigt. Allerdings gewährleistet Art.103 Abs.I GG auch bei Fehlen entsprechender Normen ein gewisses Maß an Verfahrensbeteiligung unmittelbar.³⁹³ So hat der Berufungskläger in jedem Fall den Anspruch aus Art.103 Absatz I GG, wenn das Gericht Bedenken gegen einzelne

³⁸⁶ Vgl.: Nolte in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.103 Abs.I, Rn.6.

³⁸⁷ entsprechende „Gegenstimmen“ finden sich bei: Schmidt-Aßmann in:Maunz/Dürig/Herzog; Art. 103, Rn.4.

³⁸⁸ Vgl.: BVerfGE 41, S.246.

³⁸⁹ Vgl.: Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig/Herzog; Art.103, Rn.4.

³⁹⁰ Dieser Meinung sind Kunig in: v.Münch/Kunig; GG III; Art.103 Rn.3c und Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig/Herzog; Art.103 Abs.I, Rn.16.

³⁹¹ Vgl.: BVerfGE 107, S.411.

³⁹² Vgl.: Nolte in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.103 Abs.I, Rn. 9.

Zulässigkeitsvoraussetzungen hat und deswegen beabsichtigt, die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Wird über die vorliegenden Bedenken aus Zweckmäßigkeitgründen heraus mündlich verhandelt, ist der Anspruch auf rechtliches Gehör unproblematisch in seinem vollen Umfang gegeben. Doch auch wenn das Gericht das Beschlussverfahren des § 522 Absatz I Satz 3 ZPO wählt, haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör.³⁹⁴

Der somit auch im Rahmen der Beschlussverwerfung zu gewährende Anspruch aus Art.103 Absatz I GG besteht im Wesentlichen aus drei Elementen, die kumulativ den Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs formulieren. Den Ausgangspunkt einer effektiven Wahrnehmung dieses Grundrechtes bildet das Recht auf Information, die dann ihrerseits die Grundlage des Rechts auf Stellungnahme ist. Letztlich vervollständigt das Recht auf Beachtung dann den Sinnzusammenhang des rechtlichen Gehörs. Die Beteiligten müssen seitens des Gerichts über alle entscheidungserheblichen Sachverhalte von der Klageerhebung bis zum Ergebnis der Beweisaufnahme informiert werden, was für alle gerichtlichen Entscheidungen gilt. Diesem Informationsanspruch korrespondiert das Verbot, einer gerichtlichen Entscheidung solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde zu legen, zu denen die Berechtigten nicht Stellung nehmen konnten, die also unter Verstoß gegen Art.103 Abs.I GG das Verfahren beeinflussen. Zu den ihnen mitgeteilten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der gerichtlichen Entscheidung müssen sich die Beteiligten dann auch äußern können, wobei der Umfang dieser Äußerung durch „alles in der jeweiligen Prozesssituation potentiell Erhebliches“ bestimmt wird.³⁹⁵ In jeder konkreten Verfahrenssituation sind danach diejenigen Äußerungen zulässig, die für den Streitstand im jeweiligen Moment möglicherweise von Bedeutung sind und damit die Entscheidungsreife fördern.³⁹⁶ Notwendig ist dann noch das Recht auf Beachtung dieser Stellungnahmen, das dem Gericht die Verpflichtung auferlegt, die Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.³⁹⁷ Dieser für den Sinn des Art.103 Absatz I konstitutive Aspekt der Beachtung des Parteivorbringens verlangt diesbezüglich von dem Gericht eine sachgerechte Berücksichtigung der Äußerung bei der Entscheidungsfindung.³⁹⁸

Aus dieser letzten Facette des rechtlichen Gehörs, der sachgerechten Beachtung der Stellungnahmen, fließt auch die Notwendigkeit einer fairen Verhandlungsführung seitens des

³⁹³ Vgl.: BVerfGE 99, S.162.

³⁹⁴ Vgl.: BGH VersR 1982, S.246.

³⁹⁵ Vgl.: Nolte in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.103 Abs.I, Rn.37.

³⁹⁶ Vgl.: Waldner; Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Rn.66.

³⁹⁷ Vgl.: BVerfGE 105, S.311.

³⁹⁸ Vgl.: BVerfGE 106, S.48.

Gerichts, wodurch erst eine wirksame Rechtsausübung der Parteien ermöglicht wird.³⁹⁹ Die Berechtigten müssen somit bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt stets erkennen können, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann.

Bezüglich der hier zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels erfährt dieser Grundsatz durch § 139 Absatz III ZPO gewissermaßen eine spezialgesetzliche Ausprägung. Danach sind die Bedenken hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte – wie zum Beispiel die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO – den Beteiligten mitzuteilen. Im Rahmen der Beschlussverwerfung des § 522 Absatz I Satz 2 und 3 ZPO normiert demnach das „Zusammenspiel“ von Art.103 Absatz I GG und § 139 Absatz III ZPO die Verpflichtung des Gerichts, vor der Entscheidung über die Verwerfung den Berufungskläger auf Zulässigkeitsbedenken „seiner“ Berufung hinzuweisen und ihm die Gelegenheit zu geben, sie auszuräumen.⁴⁰⁰ Dabei ist es irrelevant, ob es sich um einen behebbaren Mangel handelt, denn der Berufungskläger soll auch prüfen können, ob er die Berufung nicht nach § 516 ZPO zurücknehmen will.⁴⁰¹ Der Hinweis muss vollständig und richtig sein und wenn eine gerichtliche Auflage erteilt wird, kann der Berufungskläger darauf vertrauen, dass mit Erfüllung dieser Auflagen die Mängel beseitigt sind und dementsprechend keine Zulässigkeitsbedenken mehr bestehen.⁴⁰² Insbesondere können fehlende Zulässigkeitsvoraussetzungen mit Hilfe des Instituts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 ZPO oder im Wege der Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist des § 520 Absatz II ZPO noch erfüllt werden. Fehlt zum Beispiel die Rechtsmittelfähigkeit, so ist der gesetzliche Vertreter zu benachrichtigen, um eventuell eine Genehmigung der bisherigen Prozessführung zu erreichen. Auch kann eine unzulässige Berufung in eine Anschlussberufung umgedeutet werden oder es kann eine solche noch erhoben werden, was ebenfalls die Verwerfung ausschließt.⁴⁰³ Entsprechend dem Schutzzweck des Anspruches auf rechtliches Gehör kann zusammenfassend festgehalten werden, dass das Berufungsgericht seiner Hinweispflicht immer dann genügt, wenn der Berufungskläger erkennen kann, dass die Verwerfung beabsichtigt ist und wie er sie verhindern kann.⁴⁰⁴

³⁹⁹ Vgl.: BVerfGE 52, S.156.

⁴⁰⁰ Vgl.:BGH FamRZ 2005, S.1538; BGH NJW 1994, S.392; BGH NJW 1991, S.2081.

⁴⁰¹ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.19.

⁴⁰² Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.19.

⁴⁰³ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.9.

⁴⁰⁴ Vgl.: BGH NJW 1994, S.392.

b) Die Entscheidung über die Zulässigkeit

Nach der erläuterten Beachtung des Grundsatzes auf rechtliches Gehör hat das Berufungsgericht die unzulässige Berufung gemäß § 522 Absatz I Satz 2 ZPO zu verwerfen. Dies gilt anerkanntermaßen nicht nur bei fehlender Statthaftigkeit oder bei Nichteinhaltung der Form- oder Fristvorschriften, sondern vielmehr auch bei einem Mangel im Hinblick auf eine der anderen – oben dargestellten – Zulässigkeitsvoraussetzungen.⁴⁰⁵ Betrifft der Mangel, sei er anfänglich oder nachträglich entstanden⁴⁰⁶, nur einen teilurteilsfähigen Teil einer Wertberufung, so ist nur dieser zu verwerfen.⁴⁰⁷ Die Berufung ist in solchen „Splitting“-Fällen aber als ganzes zu verwerfen, wenn der Rest nach dem „Splitting“ der Wertberufungsgrenze des § 511 Absatz II Nr.1 ZPO nicht mehr genügt. Ebenso kann die Prüfung bei mehreren Streitgegenständen ergeben, dass die Berufung nur hinsichtlich eines Streitgegenstandes zulässig ist, etwa weil sie bezüglich des anderen Streitgegenstandes nicht begründet worden ist.⁴⁰⁸ Hat der Berufungskläger mehrfach Berufung eingelegt, ist darüber einheitlich zu entscheiden, da es sich insoweit um eine Berufung handelt.⁴⁰⁹

aa) Entscheidungsform

Die wichtigsten Prozesshandlungen der Gerichte sind die Entscheidungen. Eine Entscheidung ist dabei der förmliche Ausspruch dessen, was im Einzelfall nach Prozessrecht und/oder materiellem Recht Rechtens ist und ist somit das Ergebnis einer umfassenden Würdigung des tatsächlichen und rechtlichen Prozessstoffes.⁴¹⁰ Nach § 160 Absatz III Nr.6 ZPO ergehen die Entscheidungen in der Form von Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen.⁴¹¹

Wie sich aus einer Zusammenschau des § 522 Absatz I Satz 2 und Satz 3 ZPO ergibt, kann das Berufungsgericht durch Urteil oder Beschluss entscheiden.

Urteile erlässt nur das Gericht. Sie ergehen in der besonderen Form des § 313 ZPO und aufgrund einer nach § 128 Absatz I ZPO notwendigen mündlichen Verhandlung, soweit nicht ein schriftliches Verfahren nach § 128 Absatz II ZPO zulässig ist. Urteile entscheiden dabei den

⁴⁰⁵ Vgl.: Grunsky in: Stein/Jonas; 21.Auflage 1994, § 519b, Rn.18.

⁴⁰⁶ Ein Beispiel hierfür findet sich in: BGH NJW-RR 1994, S.835.

⁴⁰⁷ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 522, Rn.11.

⁴⁰⁸ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.28.

⁴⁰⁹ Vgl.: BGH NJW 1985, S.2834; RGZ 102, S.365.

⁴¹⁰ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 58, Rn.1.

⁴¹¹ Die Verfügung stellt oft ein gerichtliches Internum dar, wie zum Beispiel eine Anweisung des Richters an seine Geschäftsstelle. Eine Auseinandersetzung mit ihr findet hier nicht statt, da sie auch nicht als mögliche Entscheidungsform in § 522 ZPO genannt ist.

Prozess ganz oder zum Teil, wenn sie als Voll-Endurteil, Teil-Endurteil oder Vorbehaltsurteil (auflösend bedingtes Endurteil) ergehen. Daneben können sie in der Gestalt von Zwischen- oder Grundurteilen die Endentscheidung auch „nur“ vorbereiten. Urteile können nach § 128 Absatz IV ZPO grundsätzlich nicht ergehen, wenn keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Diese prozessuale Voraussetzung bezeichnet man als notwendige mündliche Verhandlung, da die Parteien nur dort Anträge stellen, Tatsachen behaupten und Beweise vorbringen können. Die Bedeutung der notwendigen mündlichen Verhandlung liegt demnach in den Grundsätzen, dass ohne eine mündliche Verhandlung gerade keine Entscheidung getroffen werden kann, und dass Entscheidungsgrundlage nur der Gegenstand der mündlichen Verhandlung sein kann.⁴¹² Von diesen Grundsätzen gestattet die ZPO explizit einige Ausnahmen⁴¹³, wie eben zum Beispiel auch in § 522 Absatz I ZPO, der dem Berufungsgericht eine Entscheidung auch dann gestattet, wenn keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, indem er eine Entscheidung durch Beschluss zulässt. Das Berufungsgericht muss somit „dank“ des § 522 Absatz I ZPO nicht zwingend mündlich über die Zulässigkeit der Berufung verhandeln um anschließend über sie zu entscheiden, allerdings kann es dies tun. Diese Auswahl steht im Ermessen des Berufungsgerichts⁴¹⁴ und führt zu der Konstellation der freigestellten mündlichen Verhandlung, die immer dann möglich ist, wenn die mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist. Ob sich das Berufungsgericht für die Entscheidungsform des Urteils oder des Beschlusses entscheidet, hängt in erster Linie von Zweckmäßigkeitserwägungen ab. In diese Erwägungen fließt besonders der Aspekt der Erforderlichkeit einer mündlichen Verhandlung ein. Diese erscheint besonders dann als geeignet, wenn gerade die verbale Kommunikation als effektive Lösung von Zulässigkeitsproblemen Erfolg versprechend erscheint. Ist dann auf entsprechenden Anordnungsbeschluss des Berufungsgerichtes hin mündlich verhandelt worden⁴¹⁵, kann die Verwerfung nur durch Urteil geschehen.⁴¹⁶

⁴¹² Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 79, Rn.29 und Rn.32.

⁴¹³ Auch die zweite Komponente des Grundsatzes der mündlichen Verhandlung erfährt durch die ZPO zahlreiche Ausnahmen: So gestattet zum Beispiel § 137 Absatz III ZPO, die Bezugnahme auf Schriftsätze ohne eigentliche „Verhandlung“.

⁴¹⁴ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.3; Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.25; Hannich/Meyer-Seitz; § 522, Rn.12; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.1 und Rn.4

⁴¹⁵ Wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, hängt die Entscheidungsform nach Gerken in: Wieczorek; § 522 Rn. 27 entgegen der Ansicht des BGH in: NJW 1979, S.1892 auch nicht davon ab, ob die Frage der Zulässigkeit in einem früheren Termin ausdrücklich erörtert worden ist. Eine mündliche Verhandlung hat nämlich die Frage der Zulässigkeit auch dann zum Gegenstand, wenn sie vom Gericht nicht erörtert wird. Die Verhandlung erstreckt sich hierauf, weil die Prozessfortsetzungsbedingungen von Amts wegen und vorab zu

Wenn das Gericht jedoch auf eine mündliche Verhandlung verzichtet, wird die Berufung gemäß § 522 Absatz I Satz 3 ZPO durch die Entscheidungsform des Beschlusses verworfen. Beschlüsse (und Verfügungen) heißen alle Entscheidungen, die nicht in der Form des Urteils ergehen. Dies kann ohne mündliche Verhandlung, aufgrund freigestellter mündlicher Verhandlung oder aufgrund notwendiger mündlicher Verhandlung – dann aber nicht als Urteil - geschehen. Der Verwerfungsbeschluss des § 522 Absatz I Satz 3 ZPO ist gemäß den §§ 525 Satz 1, 329 Absatz II Satz 2 ZPO zuzustellen.

§ 522 Absatz I Satz 2 und Satz 3 ZPO erlauben dem Prozessgericht jedoch nicht nur die Verwerfung einer unzulässigen Berufung durch Urteil oder Beschluss. Das Gericht kann auch die Zulässigkeit „positiv“ bescheiden, indem es durch ein Zwischenurteil gemäß § 303 ZPO oder durch einen Zwischenbeschluss⁴¹⁷ die Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 522 Absatz I Satz 1 ZPO feststellt. Eine solche Entscheidung⁴¹⁸ dient dazu, dem Berufungskläger Klarheit über die Zulässigkeit seines Rechtsmittels zu verschaffen und den weiteren Prozessablauf so zu kanalisieren, dass er nach der Zwischenentscheidung auf den Streit in der Sache selbst begrenzt wird.

bb) Zuständigkeit

Für eine beschlussmäßige Verwerfung ist das Kollegium zuständig, was sich aus den §§ 523 Absatz I, 527 ZPO ergibt. Die Entscheidung über die Verwerfung soll danach vor der Entscheidung über die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter ergehen.⁴¹⁹

Für eine urteilsmäßige Entscheidung ist das Kollegium oder der entscheidende Einzelrichter nach § 526 ZPO zuständig. Der vorbereitende Einzelrichter hat nur über § 527 Absatz IV ZPO bei Einverständnis der Parteien eine eventuelle Verwerfungskompetenz.

Entscheidet das Kollegium, ist eine Einstimmigkeit – anders als bei der Beschlusszurückweisung des § 522 Absatz II Satz 1 ZPO – nicht erforderlich.

prüfen sind. Wird in die mündliche Verhandlung ohne Kommentierung der Zulässigkeit eingetreten, scheidet die Entscheidungsform des Beschlusses aus. Es muss dann in der Verhandlung mit Blick auf Art.103 Absatz I GG der jeweilige Zulässigkeitsmangel mit dem Berufungskläger erörtert werden.

⁴¹⁶ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.3; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.4.

⁴¹⁷ Vgl: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.41.

⁴¹⁸ Desweiteren kann diese Zwischenentscheidung inhaltlich auch „nur“ auf eine bestimmte Prozessfortsetzungsbedingung beschränkt werden. Die grundsätzliche Frage, ob eine Zwischenentscheidung ergehen soll, steht im freien und nicht nachprüfaren Ermessen des Berufungsgerichtes. In der Regel wird erst im Endurteil über die Frage der Zulässigkeit zu entscheiden sein.

⁴¹⁹ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn. 7.

cc) Zeitpunkt und Rechtskraft der Entscheidung

Die Verwerfungsentscheidung schließt die Berufungsinstanz ab und erledigt den gesamten dem Berufungsgericht bis dahin vorliegenden Prozessstoff. Das Verfahren kann nach Erlass der Entscheidung nicht mehr fortgesetzt werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich herausstellt, dass die Entscheidung auf einer unzutreffenden tatsächlichen Grundlage beruht, weil zum Beispiel die Berufungsfrist aufgrund eines fehlerhaft zugestellten Urteils noch nicht verstrichen ist.⁴²⁰ Wie § 523 ZPO zeigt, soll die Entscheidung vor der Übertragung auf den entscheidenden oder vorbereitenden Einzelrichter ergehen: Danach ist die Berufung zu verwerfen, sobald deren Unzulässigkeit feststeht.

Wie bereits im Rahmen der Erläuterungen zu dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs angesprochen, hängt jedoch der Zeitpunkt der Verwerfungsentscheidung davon ab, ob die Unzulässigkeit endgültig feststeht – zum Beispiel bei Versäumung der Berufungsfrist – oder ob der Mangel noch behoben werden kann. In Konstellationen, in denen die Unzulässigkeitsgründe bis zum Ende der Berufungs- oder Begründungsfrist insofern in der Schwebe sind, als sie sich erst dann entscheiden oder bis dahin eine Nachholung noch möglich ist, ist auch der maßgebliche Zeitpunkt für die Verwerfung derjenige des Ablaufes der Begründungsfrist.⁴²¹ Insbesondere lassen sich förmliche Mängel der Berufungsschrift in der Berufungsfrist des § 517 ZPO heilen und eine unzureichende Berufungsbegründung kann in der Begründungsfrist des § 520 Absatz II ZPO noch ergänzt werden.⁴²² So darf in keinem Falle wegen Versäumung der Begründungsfrist verworfen werden, wenn - aus welchen Gründen auch immer – die Berufungsfrist noch läuft.⁴²³ Auch darf dementsprechend keine Verwerfung wegen Fristversäumung ausgesprochen werden, bevor nicht über einen wirksam gestellten Verlängerungsantrag nach § 520 Absatz II Satz 2 ZPO entschieden worden ist.⁴²⁴ Ebenso verhindern ein wirksam gestellter Wiedereinsetzungsantrag, über den noch nicht entschieden worden ist⁴²⁵ sowie die Einreichung eines Gesuches um Prozesskostenhilfe (PKH)⁴²⁶ die Verwerfung der Berufung wegen Fristversäumung.

⁴²⁰ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.31.

⁴²¹ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.7; Grunsky in: Stein/Jonas; 21.Auflage 1994, § 519b, Rn.24.

⁴²² Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.7.

⁴²³ Dazu: Pantle in: NJW 1988, S.2773.

⁴²⁴ Vgl.: BGH FamRZ 2004, S.1189.

⁴²⁵ Vgl.: BGH VersR 1985, S.1143.

⁴²⁶ Vgl.: BGH RR 2004, S.1219.

Wie bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Verwerfungsentscheidung muss auch bei der Beurteilung ihrer Rechtskraftwirkung danach differenziert werden, aus welchem Grund die Berufung gescheitert ist. War die Berufung von Anfang an unstatthaft oder ist sie nicht fristgemäß eingelegt worden, hat die Verwerfung nur klarstellende Bedeutung. Die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils ist in diesem Fall nämlich bereits mit Ablauf der Rechtsmittelfrist eingetreten, was sich unmittelbar aus § 705 ZPO ergibt.⁴²⁷ Scheitert die Berufung dagegen an einer sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzung, tritt die Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung erst mit Unanfechtbarkeit der Verwerfungsentscheidung ein.⁴²⁸

Sowohl das Urteil als auch der Beschluss stellen in ihrer Eigenschaft als gerichtlicher Entscheidung klar, dass die Berufung wegen eines bestimmten Mangels unzulässig ist⁴²⁹ und erledigt den gesamten dem Berufungsgericht vorliegenden Prozessstoff. Eine besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass auch Beschlüsse dann materielle Rechtskraft erlangen, wenn sie formell rechtskräftig sind – also die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist – und unabänderlich sind.⁴³⁰ Hierauf wird nachfolgend eingegangen.

dd) Bindungswirkung der Entscheidung und eine eventuelle Gegenvorstellung

Bei Urteilen sind die drei Elemente der Bestandskraft ausdrücklich gesetzlich geregelt: Die Selbstbindung des erkennenden Gerichts (§ 318 ZPO), die formelle Rechtskraft (§ 705 ZPO) und die materielle Rechtskraft (§§ 322, 325 ZPO).

Das Berufungsgericht ist somit an seine Verwerfungsentscheidung gebunden.⁴³¹ Es kann sie weder ändern noch aufheben, was sich aus einer entsprechenden Anwendung von § 318 ZPO ergibt. Allerdings erlaubt § 319 ZPO diesbezüglich eine Berichtigung des Urteils, die sich aber nicht auf den sachlichen Gehalt des Urteils beziehen darf sondern nur auf Abweichungen von dem Ergebnis, das der Beratung des Spruchkörpers entspricht.⁴³² Der Weg einer „rechtlichen Korrektur“ ist somit stets durch den Sinngehalt des § 318 ZPO versperrt und darf nicht durch

⁴²⁷ Vgl.: BFH JZ 1972, S.167; Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.40.

⁴²⁸ Vgl.: GemSOGB NJW 1984, S.1027.

⁴²⁹ Vgl.: BGH NJW 1981, S.1962; Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.5; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 151, Rn.3.

⁴³⁰ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 151, Rn.3.

⁴³¹ Vgl.: BGH NJW 1995, S.2113; BGH NJW 1991, S.1116.

⁴³² Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 61, Rn.8.

eine erweiterte Auslegung der offensichtlichen Unrichtigkeiten im Sinne des § 319 ZPO unterlaufen werden.⁴³³

Diese Erläuterungen gelten unmittelbar jedoch nur für Urteile. Es stellt sich demnach im Rahmen der Verwerfungsentscheidung des § 522 Absatz I ZPO die Frage, ob das Berufungsgericht diesen Bindungswirkungen auch unterliegt, wenn es die Berufung nicht durch Urteil sondern durch Beschluss nach § 522 Absatz I Satz 3 ZPO verwirft. Weiteren Argumentationsstoff hat diese seit langem heiß umkämpfte Fragestellung durch die ZPO-Reform des Jahres 2001 erhalten, die nunmehr die Beschwerde gegen beschwerdefähige Beschlüsse generell befristet, was die These unterfüttert, dass nach Ablauf dieser Beschwerdefrist eine Änderung eben nicht mehr möglich sein soll.⁴³⁴ Allerdings sollen lediglich prozessleitende Beschlüsse für das Gericht keine bindende Wirkung entfalten, was bereits vom historischen Gesetzgeber als „selbstverständlich“ weggelassen worden war und demnach nicht in den § 279 des damaligen Entwurfes zur CPO übernommen wurde.⁴³⁵ Auch die zahlreichen gesetzlichen Beispiele - §§ 150, 252, 381, 141 Absatz III, 620b Absatz I, 620a ZPO – bestätigen, dass prozessleitende Beschlüsse nicht der Selbstbindung des Gerichtes unterliegen. Dies rechtfertigt sich auch durch die Funktion solcher verfahrenstechnischer Beschlüsse, die dem Gericht ein Instrument zur ökonomischen und zweckmäßigen Verfahrensführung an die Hand geben sollen.⁴³⁶

Ganz anders sind die urteilsähnlichen Beschlüsse zu behandeln, die auf eine abschließende Regelung des Rechtsstreits abzielen. Sie sind nicht nur prozessleitender Natur sondern äußern in ihrer Wirkung vielmehr eine prozessbeendigende als eine prozessleitende Funktion. Besonders augenfällig wird dieser Urteilscharakter gerade bei der hier im Vordergrund stehenden Norm des § 522 ZPO. Sowohl der Verwerfungsbeschluss des Absatzes I als auch der Zurückweisungsbeschluss des Absatzes II stehen entsprechenden Urteilen gleich, so dass für sie die Bindungswirkung der §§ 318, 319 ZPO analog gilt.⁴³⁷

⁴³³ In der Praxis wird teilweise versucht, § 319 ZPO auch auf Fehler der Willensbildung anzuwenden und auf diese Weise nachträglich erkannte Fehler auszugleichen; so zum Beispiel OLG Köln MDR 1980, S.761. Dies ist jedoch nach BGH ZIP 1994, S.1390 unzulässig, da darin eine Durchbrechung der Bindung nach § 318 ZPO liegt.

⁴³⁴ Vgl.: Peters in: FS Geimer 2002, S.811.

⁴³⁵ Vgl.: Hahn, 2.Bd., S.288 zu § 279 des Entwurfes.

⁴³⁶ Vgl.: Peters in: FS Geimer 2002, S.813.

⁴³⁷ Vgl.: BGH RR 1995, S.765; Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.8; Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.4; Grunsky in: Stein/Jonas; 21.Auflage, 1994, § 519b, Rn.30; Jauernig in: MDR 1982, S.286; Peters in: FS Geimer 2002, S.814; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.15; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 61, Rn.55.

Eine solche Bindung an die Verwerfungsentscheidung nach § 522 Absatz I Satz 3 ZPO könnte jedoch dann als unbefriedigend empfunden, wenn die Verwerfung auf einem offensichtlichen Fehler in der Rechtsfindung oder der Erfassung der für die Zulässigkeit erheblichen Tatsachen beruht. Es ist insoweit streitig, ob in diesem Ausnahmefall auf eine entsprechende Gegenvorstellung hin das Berufungsgericht selbst befugt ist, seine Entscheidung zu korrigieren. Die Gegenvorstellung ist ein unbefristeter Rechtsbehelf, den eine von einer Entscheidung beschwerte Partei einlegt, um eine Abänderung der Entscheidung durch die gleiche Instanz zu erreichen.⁴³⁸ So war unter dem Rechtszustand der alten ZPO ein außerordentlicher Rechtsbehelf gegen eigentlich unanfechtbare und bindende Beschlüsse entwickelt worden. Den Zivilgerichten ist damit vor allem bei einer Verletzung von Verfahrensgrundrechten ein Instrument zur Selbstkorrektur an die Hand gegeben worden. Das BVerfG hat es als von Verfassungs wegen „nahe liegend“ bezeichnet, bei offenkundiger Verletzung des rechtlichen Gehörs die Gegenvorstellung allgemein zuzulassen.⁴³⁹ Nachdem der BGH⁴⁴⁰ dieser Rechtsprechung gefolgt ist, ist die Gegenvorstellung zu einem festen Bestandteil des Rechtsbehelfssystems der ZPO geworden, allerdings nicht bei streitigen Urteilen, da dies an der Bindungswirkung des § 318 ZPO scheiterte.⁴⁴¹ Einen Teilbereich dieser „alten“ Gegenvorstellung hat der Gesetzgeber im Zuge der ZPO-Reform des Jahres 2001 durch den neu eingefügten § 321a ZPO kodifiziert. Anfänglich war der Anwendungsbereich der neuen Gehörsrüge auf erstinstanzliche Urteile und allein auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß Art.103 Absatz I GG beschränkt, so dass aus den Leitsätzen mehrerer obergerichtlicher Entscheidungen eine fristgebundene Gegenvorstellung „konstruiert“ wurde, die auch die Selbstkorrektur von Beschlüssen erlaubte und dies nicht nur wegen einer Verletzung des Art.103 Absatz I GG sondern wegen sämtlicher Verfahrensgrundrechte.⁴⁴² Wie oben bereits angesprochen wurde, ist die Verwerfungsentscheidung des § 522 Absatz I Satz 3 ZPO für das Gericht aufgrund ihres Urteilscharakters bindend, und zwar für die Urteilsverwerfung direkt nach § 318 ZPO und für die Beschlussverwerfung analog § 318 ZPO.

⁴³⁸ Vgl.: Baumgärtel in: MDR 1968, S.970.

⁴³⁹ Vgl.: BVerfGE 73, S.329.

⁴⁴⁰ Vgl.: BGHZ 130, S.99.

⁴⁴¹ Vgl.: Schumann in: FS Baumgärtel 1990, S.500; Vollkommer in: FS Beys 2003, S.1709.

⁴⁴² Der BGH (BGHZ 150, S.134) stellte diesbezüglich folgenden Leitsatz auf: „Verletzt eine angefochtene Entscheidung ein Verfahrensgrundrecht des Beschwerdeführers oder ist sie aus sonstigen Gründen greifbar gesetzwidrig, ist diese Entscheidung durch das Gericht, das sie erlassen hat auf fristgebundene Gegenvorstellung zu korrigieren.“

Die Gegenvorstellung ist zwar entgegen der früheren herrschenden Meinung heute auch statthaft, wenn die Entscheidung wegen der §§ 318, 319 ZPO grundsätzlich nicht abänderbar ist, soweit dies der Abhilfe von Verletzungen von Verfahrensgrundrechten dient.⁴⁴³ Der Verwerfungsbeschluss des § 522 Absatz I Satz 3 ZPO ist allerdings nur mit der Rechtsbeschwerde anfechtbar.⁴⁴⁴ Im Übrigen gibt es in der Regel keinen Rechtsbehelf.⁴⁴⁵ Nur dann, wenn die Rechtsbeschwerde unstatthaft oder nicht zugelassen ist, dürfen und müssen Verwerfungsbeschlüsse auf Gegenvorstellung geändert werden, nämlich dann, wenn durch sie ein Verfahrensgrundrecht verletzt ist. Im Übrigen kommt eine Anwendung der Grundgedanken des § 321a ZPO nicht in Betracht.⁴⁴⁶ Eine Selbstkorrekturmöglichkeit des Berufungsgerichts kann es demnach im Ergebnis nicht geben. Es besteht dafür auch kein Bedürfnis, da dem Berufungskläger das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde offen steht, wenn zu Unrecht verworfen wurde. In Fällen gerichtlich verursachter Fristversäumung ist ihm zudem Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

3) Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss nach § 522 Absatz I Satz 4 ZPO

a) Die Anfechtung von Verwerfungsurteilen

Gegen ein die Berufung als unzulässig verwerfendes Urteil nach mündlicher Verhandlung vor dem Berufungsgericht kann unter Beachtung der Ausnahme des § 542 Absatz II ZPO Revision nach § 543 Absatz I Nr.1 ZPO Revision eingelegt werden, soweit sie vom Berufungsgericht zugelassen worden ist. Die Verwerfung stellt dabei aber entgegen dem bisherigen Recht - § 547 ZPO a.F. – keinen bevorrechtigten Revisionsgrund mehr dar. Andernfalls ist nur die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO möglich. Die Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH ist – für eine Übergangszeit bis zum 1. Januar 2010 - in Familiensachen gemäß § 26 Nr.9 EGZPO gar nicht und in allgemeinen Zivilsachen bis zum 31.12.2011 gemäß § 26 Nr.8 EGZPO nur dann zulässig, wenn der Berufungsführer mit einem Wert von mehr als 20.000,- Euro beschwert ist. Damit blieb der Rechtsschutz gegen eine Verwerfungsentscheidung durch Urteil deutlich

⁴⁴³ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 145, Rn.30.

⁴⁴⁴ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.3.

⁴⁴⁵ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.14; Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.10.

⁴⁴⁶ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1598.

hinter dem Rechtsschutz gegen eine Beschlussverwerfung zurück.⁴⁴⁷ Durch die Einfügung eines Satzes 2 in die genannten Vorschriften des EGZPO aus dem Jahre 2004⁴⁴⁸ wurde diese Rechtsschutzdiskrepanz eingeebnet, da diese Normen nunmehr genau für die Konstellation der Berufungszurückweisung unanwendbar sind. Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen Verwerfungsurteile des Berufungsgerichtes gemäß § 522 Absatz I ZPO ist somit wegen § 26 Nr.8 Satz 2 EGZPO, beziehungsweise § 26 Nr.9 Satz 2 EGZPO ohne wertmäßige Schranken möglich.

b) Die Anfechtung von Verwerfungsbeschlüssen

Die Anfechtbarkeit des die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschlusses ohne mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist neu konzipiert und im Ergebnis erweitert worden.

Die bisherige Beschränkung der Rechtsmittel auf verwerfende Urteile und Beschlüsse der Oberlandesgerichte gemäß der §§ 519b Absatz II Satz 2, 545 Absatz I ZPO a.F. mit der daraus resultierenden Unmöglichkeit einer Anfechtung von über die Zulässigkeit der Berufung entscheidenden Beschlüssen der Landgerichte ist entfallen.⁴⁴⁹ Nach § 522 Absatz I Satz 4 ZPO ist nunmehr gegen jeden Verwerfungsbeschluss die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof gemäß § 133 GVG statthaft. Diese Neukonzipierung der Anfechtungsmöglichkeiten eines Verwerfungsbeschlusses ergibt sich unmittelbar aus der vom Gesetzgeber im Zuge der ZPO-Reform des Jahres 2001 grundlegenden Umgestaltung der der ZPO unterliegenden Beschwerden.⁴⁵⁰

Die ursprüngliche Entscheidung des historischen ZPO-Gesetzgebers, eine Vielzahl von prozessualen Nebenentscheidungen einer selbstständigen Anfechtung zu unterwerfen, ist häufig kritisiert worden, weil es dadurch leicht zu einer Aufblähung des Verfahrens kommt und den

⁴⁴⁷ Nach BGH NJW 2002, S.3783 war die Rechtsbeschwerde unabhängig davon zulässig, ob die Wertgrenze des § 26 Nr.8 EGZPO erreicht war, so dass eine analoge Anwendung dieser Norm auf den Verwerfungsbeschluss nicht statthaft war. Diese Übergangsproblematik innerhalb der Neukonzeption der zivilprozessualen Rechtsmittel wurde weitgehend durch eine einschränkende Auslegung der einschlägigen Regelungen vermieden, vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; § 522, Rn.16. So konnte der vom Gesetzgeber gewünschte weitgehende Gleichlauf der Rechtsmittelmöglichkeiten erzielt werden (BT-Drucksache 14/4722, S.96). Auch entsprach diese „Lösung“ den verfassungsrechtlichen Anforderungen, dass das einfache Recht und seine Anwendung im Einzelfall den Zugang zum Gericht nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren dürfen, vgl.: BVerfGE 81, S.129.

⁴⁴⁸ Vgl.: BGBl I 2004, Seite 2198 (Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz).

⁴⁴⁹ Vgl.: Grunsky in: Stein/Jonas; 21.Auflage 1994, § 519b, Rn.36.

⁴⁵⁰ Die Beschwerden außerhalb der ZPO wie zum Beispiel §§ 19, 27 FGG sind unberührt geblieben.

Parteien eine Verzögerung des Rechtsstreits ermöglicht wird.⁴⁵¹ Die deswegen vorgenommene zunehmende Einschränkung der Beschwerde durch die spätere Gesetzgebung⁴⁵² hat den gewünschten Effekt einer stringenteren Gestaltung des Beschwerderechts nicht erzielen können, weshalb die Reformdiskussion nie verstummte.⁴⁵³

Die Beschwerde ist heute in der ZPO als Rechtsmittel gegen prozessual weniger bedeutsame Entscheidungen, hauptsächlich Beschlüsse und Verfügungen, vorgesehen. Durch die Ausscheidung nebensächlicher Streitpunkte aus dem weiteren, „eigentlichen“ Verfahren dient sie der Vereinfachung des Rechtsmittelverfahrens. Entsprechend ihrem Rechtscharakter als Rechtsmittel⁴⁵⁴, schiebt auch die Einlegung der Beschwerde gegebenenfalls den Rechtskrafteintritt hinaus (Suspensiveffekt) und bringt die Sache, wenn nicht abgeholfen wird, vor eine höhere Instanz (Devolutiveffekt). Mit der Reform sind die bisherigen Unterscheidungen zwischen einfacher und sofortiger Beschwerde sowie zwischen erster und weiterer Beschwerde entfallen. Die ZPO normiert in dem 3.Abschnitt ihres 3.Buches nur noch die sofortige Beschwerde in den §§ 567 bis 573 und die Rechtsbeschwerde in den §§ 574 bis 577.

Nach § 522 Absatz I Satz 4 ZPO findet gegen den Verwerfungsbeschluss des Berufungsgerichtes das Rechtsmittel der Beschwerde in seiner Ausgestaltung als Rechtsbeschwerde statt. Im Gegensatz zu der sofortigen Beschwerde, die neues Vorbringen unbeschränkt zulässt und erst nach der Versäumung einer gerichtlichen Frist präkludiert, ist die Rechtsbeschwerde des § 574 ZPO nach Vorbild der Revision ausgestaltet und dementsprechend auch an die selben Zulässigkeitskriterien geknüpft.⁴⁵⁵ Sie führt gemäß § 576 ZPO zu einer Nachprüfung nur der Rechts- nicht auch der Tatfrage und muss nach § 575 Absatz II bis IV ZPO zwingend begründet werden. § 574 Absatz I ZPO regelt den Zugang zum Bundesgerichtshof als Beschwerdegericht gemäß § 133 GVG abschließend, so dass eine Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit zum BGH nicht mehr zulässig ist.⁴⁵⁶ Neben den Fällen der ausdrücklichen Vorsehung im Gesetz nach § 574 Absatz Nr.1 ZPO, wie zum Beispiel bei § 522 Absatz I Satz 4 ZPO, ist die Rechtsbeschwerde auch statthaft, wenn das Berufungsgericht sie nach § 574 Absatz I Nr.2 ZPO zugelassen hat. Die Zulassungskriterien entsprechen denen bei der Berufung (§ 511 Absatz IV

⁴⁵¹ Vgl.: Wenzel/Lipp in: MK; Vor § 567, Rn.3.

⁴⁵² Zuletzt geschehen durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17.12.1990 (BGBl 1990, S.2847).

⁴⁵³ Vgl. bezüglich entsprechender Nachweise nur: Wenzel/Lipp in: MK; Vor § 567, FN 5.

⁴⁵⁴ Vgl. diesbezüglich die ausführlichen Erläuterungen in dem Einleitungsteil der vorliegenden Untersuchung.

⁴⁵⁵ Vgl.: Wenzel/Lipp in: MK; Vor § 567, Rn.5.

⁴⁵⁶ Vgl.: BGHZ 150, S.133.

ZPO) und der Revision (§ 543 Absatz II ZPO). Sie sind gemäß § 574 Absatz II ZPO auch dann Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, soweit die Rechtsbeschwerde kraft Gesetzes zugelassen ist.⁴⁵⁷ Für den Verwerfungsbeschluss des § 522 Absatz I Satz 4 ZPO bedeutet dies, dass die Rechtsbeschwerde gegen ihn nicht allein deshalb „automatisch“ statthaft ist, weil sie als entsprechender Rechtsbehelf gegen ihn im Gesetz vorgesehen ist. Vielmehr muss auch hier die Hürde der „materiellen Zulassungsschranken“ des § 574 Absatz II Nr.1 und Nr.2 ZPO übersprungen werden, worüber der BGH als Beschwerdegericht entscheidet. Danach muss die Sache entweder grundsätzliche Bedeutung haben oder die Fortbildung des Rechts beziehungsweise die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern.

Die Zulassung des Berufungsgerichts bindet das Beschwerdegericht. Eine dem § 544 ZPO vergleichbare Nichtzulassungsbeschwerde ist außer in bestimmten Familiensachen gemäß § 621e Absatz II Satz 1 Nr.2 ZPO nicht vorgesehen.⁴⁵⁸ Des Weiteren ist die Rechtsbeschwerde binnen einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung des anzufechtenden Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Rechtsbeschwerdegericht (so genannter „iudex ad quem“) einzulegen, § 575 ZPO. Wegen § 78 Absatz I ZPO muss die Rechtsbeschwerde von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.⁴⁵⁹ Eine Analogie zu § 174 Absatz IV Satz 1 ZPO, der die Vertretung durch einen beim Amts- oder Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt erlaubt, scheidet deshalb aus, da bei der Rechtsbeschwerde nicht die individuelle Bedeutung des Verfahrens für die Parteien sondern die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtssprechung im Vordergrund steht. Für die Filterung und Strukturierung dieser Zielsetzung sind aber die besonderen Kenntnisse eines gerade beim BGH zugelassenen Rechtsanwalts erforderlich⁴⁶⁰, so dass eine planwidrige Regelungslücke als methodische Voraussetzung einer jeden Analogie fehlt.⁴⁶¹ Anders als Berufung (§ 520 Absatz II ZPO) oder Revision (§ 551 Absatz II ZPO) ist die Rechtsbeschwerde gemäß § 575 Absatz II ZPO bereits in der Beschwerdefrist auch zu begründen. Eine weitere „Beschwerdebegründungsfrist“ gibt es

⁴⁵⁷ Vgl.: BGH NJW 2003, S.2172.

⁴⁵⁸ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass es bei Nebenentscheidungen nicht notwendig sei, dass mehrere Gerichte die Zulassungsvoraussetzungen überprüfen. Nachdem das BVerfG (BVerfGE 73, S.329) eine angemessene Kontrolle von Verfahrensgrundrechten verlangt, ist es nach Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 147, Rn.5 zweifelhaft, ob die Regelung in dieser Form Bestand haben kann.

⁴⁵⁹ Vgl.: BGH ZIP 2002, S.1003.

⁴⁶⁰ Vgl.: BGH BB 2002, S.964.

⁴⁶¹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 147, Rn.14.

nicht. Trotz des Charakters einer Notfrist erlaubt jedoch § 575 Absatz II Satz 3 iVm § 551 Absatz II Satz 5 und Satz 6 ZPO eine Fristverlängerung.

Die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde durch den BGH erfolgt nach § 577 Absatz VI ZPO immer durch Beschluss. Ist die Rechtsbeschwerde zulässig, so erfolgt eine Begründetheitsprüfung, deren Ergebnis dann den weiteren Verfahrensablauf determiniert.

III) Die Zurückweisung substanzloser Berufungen nach § 522 Absatz II ZPO

Wie bereits oben ausführlich erläutert wurde ist der Gesetzgeber bei der Einführung der Beschlusszurückweisung im Rahmen des ZPO-RG 2001, davon ausgegangen, dass durch die Umgestaltung der Berufung zu einem Instrument der Fehlerbeseitigung sowie durch die Beschränkung neuen Vorbringens die Fälle zunehmen, in denen sich die mangelnde Erfolgsaussicht schon aufgrund der Berufungsbegründung, spätestens aber nach Vorliegen der Berufungserwiderung abschließend beurteilen lässt.⁴⁶² Für diese Fälle soll dann über § 522 Absatz II ZPO eine vereinfachte Art der Erledigung zur Verfügung stehen, wodurch richterliche Arbeitskraft freigesetzt und das Berufungsverfahren beschleunigt werden sollen.

1) Spezielle Auslegungsmethode unbestimmter Rechtsbegriffe im Prozessrecht?

Die im Folgenden näher zu untersuchende Voraussetzung der „mangelnden Erfolgsaussicht“ des § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 ZPO, von der das Berufungsgericht „überzeugt“ sein muss und die zur Beurteilung dieser Erfolgsaussichten inzident zu prüfenden „Zweifel“ des § 529 Absatz I Satz 1 ZPO sind unbestimmte Rechtsbegriffe, da sie in ihrer jeweiligen Anwendung auf den Einzelfall von unbestimmtem Inhalt sind.⁴⁶³ Sie werfen die Frage auf, wann genau solche Zweifel vorliegen und welche Unsicherheitsgrenze dabei überschritten werden muß. Auch die mangelnde Erfolgsaussicht ist ein Tatbestandsmerkmal mit fließenden, nicht abschließend festgelegten Grenzen. Hier ist deshalb genauer zu untersuchen, welcher Grad an Überzeugung bei dem Berufungsgericht gegeben sein muß, um die Aussicht auf einen eventuellen späteren Erfolg der Berufung bereits im vorgeschalteten Zurückweisungsverfahren präzise feststellen zu können. Die Vorteile der unbestimmten Rechtsbegriffe liegen insbesondere in ihrer Flexibilität und Offenheit. Beides lässt dem Berufungsgericht großen Spielraum bei seinen Entscheidungen, so dass nicht zuletzt mit Blick auf die fehlende Überprüfbarkeit dieser Entscheidungen gemäß § 522 Absatz III ZPO eine nähere Begriffsbestimmung sinnvoll und notwendig ist.

⁴⁶² Vgl. diesbezüglich erneut: BT-Drucksache 14/4722, S.96, 97.

⁴⁶³ Vgl.: Prütting in: Die Zulassung der Revision, 1977, S.110.

Diese unbestimmten Rechtsbegriffe bedürfen zu ihrer Konkretisierung der Auslegung, so dass sich eingangs die grundlegende Frage stellt, wie die Auslegung verfahrensrechtlicher Normen zu erfolgen hat und insbesondere, ob dabei prozessspezifische Besonderheiten zu beachten sind.

Das Zivilprozessrecht bedarf ebenso wie das materielle Recht einer Methode zur Rechtsfindung und Rechtsfortbildung. Immer wieder ist versucht worden, eine eigenständige zivilprozessuale Methode zu entwickeln.⁴⁶⁴⁴⁶⁵ Es hat sich im Zuge dieser Versuche allerdings gezeigt, dass zwar besondere Gesichtspunkte bei der Auslegung des Zivilprozessrechtes zu berücksichtigen sind, aber die Methode der Rechtsgewinnung selbst letztendlich keine andere ist, als in den übrigen Bereichen des Rechts.⁴⁶⁶

Die Auslegung der Prozessgesetze folgt also den Grundsätzen der allgemeinen juristischen Methodenlehre.⁴⁶⁷

Von dieser grundsätzlichen Feststellung abzutrennen ist jedoch die Tatsache, dass in diesem allgemein-methodischen Auslegungsrahmen eine spezielle prozessuale Betrachtungsweise die sachlichen Kriterien sowie die Natur und Zielsetzung des Verfahrens betont, um zu einer gerechten Lösung prozessualer Fragen zu gelangen.⁴⁶⁸ Die Auslegung der ZPO geht demnach vom Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift und deren Bedeutungszusammenhang mit anderen Normen aus. Insbesondere im Rahmen der teleologischen Auslegung sind verfahrensrechtliche Spezifitäten wie die Prozesszwecke, die Zwecke der zu untersuchenden Norm sowie konkrete prozessuale Sachgesichtspunkte von Bedeutung.

Zu beachten ist dabei desweiteren, dass die Reichsjustizgesetze – zu denen wie oben erläutert auch die CPO gehörte – aus einer Zeit stammen, in der die begriffliche Gesetzgebungstechnik, wie sie vor allem das BGB zeigt, noch nicht ausgebildet war, und dass sie daher auch nicht dessen systematische Durchstrukturierung aufweisen. Die Wortbedeutung kann daher im

⁴⁶⁴ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.46.

⁴⁶⁵ Die oben im Rahmen der Einleitung erläuterte historisch gewachsene Trennung von Prozeß und Recht eröffnete die Möglichkeit der Heraushebung prozesstypischer und autonomer Wertungen des Prozessrechtes. Grundlegend haben sich vor allem Wilhelm Sauer („Grundlagen des Prozessrechts“, 1.Auflage, 1919) und James Goldschmidt („Prozeß als Rechtslage“, 1925) mit der Entwicklung einer dynamischen Betrachtungsweise des Zivilprozesses, die es heute ermöglicht, prozessuale Fragestellungen unter Zuhilfenahme von verfahrensrechtlichen Prinzipien und Wertungen, eigenständig zu behandeln.

⁴⁶⁶ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.111.

⁴⁶⁷ Grundlegend dazu: Larenz; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5.Auflage, 1983.

⁴⁶⁸ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 7, Rn.8.

Einzelfall von Norm zu Norm verschieden sein.⁴⁶⁹ Entscheidend ist danach oft erst der Sinn und Zweck des Gesetzes in seiner Gesamtheit.⁴⁷⁰

Diese Gesamtheit wird dann maßgeblich von den eingangs ausführlich erläuterten Prozess- und Rechtsmittelzwecken bestimmt. An dem obersten Zweck des Zivilprozesses als der Rechtsverwirklichung dienend hat auch das neue Verfahrensrecht mit seinen verschärften Präklusionsvorschriften und seiner Beschränkung auf in der Regel eine Tatsacheninstanz nichts geändert.⁴⁷¹

Die grundsätzliche Zweckbestimmung des Individualrechtsschutzes erlaubt und gebietet dem Zivilprozess dann im Rahmen einer allgemeinen Interpretationsmaxime⁴⁷², spezielle Auslegungskriterien in die Bewertung seiner Normen einfließen zu lassen. Dabei haben streng begriffliche Erwägungen hinter dem Gebot zurückzustehen, den Parteien einen raschen und sicheren Weg für die Entscheidung ihres Streits und zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens zu eröffnen.⁴⁷³

Die allgemeine Interpretationsmaxime setzt sich – wie bereits angesprochen - aus einer Reihe von speziellen verfahrensrechtlichen Auslegungsrichtlinien zusammen, die stets in die systematische und teleologische Ebene der Auslegung einer zivilprozessualen Norm wie § 522 Absatz II ZPO hineinzulesen sind. Den folgenden Gesichtspunkten ist wegen des gezeigten Ineinandergreifens von dem Zweck eines prozessualen Rechtsinstitutes mit den allgemeinen Auslegungskriterien im Zuge einer prozessrechtlichen Analyse dann auch eine entsprechend hervorgehobene Stellung einzuräumen.

a) Gebot einer materiell-rechtsfreundlichen Auslegung

Wegen des die Auslegung beherrschenden Prozesszweckes des Individualrechtsschutzes muss es oberstes Ziel jeder Auslegung anhand der genannten Kriterien sein, dass die Verwirklichung

⁴⁶⁹ Eine Begrenzung der Auslegung durch den Wortlaut ist deshalb gerade bei den Prozessgesetzen nicht angebracht. Dies wird zum Beispiel offensichtlich bei dem „Gerichtsstand“ des § 29 ZPO, der die örtliche Zuständigkeit bezeichnet, zuweilen aber auch zur Kennzeichnung der sachlichen Zuständigkeit verwendet wird. Auch der Begriff der Hauptsache erscheint in der ZPO in unterschiedlichen Bedeutungen (§§ 269, 345, 99, 590 ZPO).

⁴⁷⁰ Vgl.: BGHZ 44, S.200.

⁴⁷¹ Vgl.: BVerfGE 67, S.41; Putzo in: NJW 1977, S.5. Diese neuen Einschränkungen wollen nicht Entscheidungen auf unvollständiger Tatsachengrundlage legitimieren (vgl.: BGHZ 98, S.374) sondern die Parteien zu einem frühzeitigen und vollständigem Vorbringen veranlassen und pflichtwidrige Verfahrensverzögerungen verhindern (vgl.: BVerfGE 81, S.273).

⁴⁷² Vgl. dazu umfassend: Gaul in: AcP 168 (1968), S.37.

⁴⁷³ Vgl.: BGHZ 34, S.64.

subjektiver Rechtspositionen so wenig wie möglich an Verfahrensfragen scheitert.⁴⁷⁴ Dieses Gebot gestattet es dem Richter nicht, sehenden Auges eine Verfehlung des Prozesszweckes, was zu einem entsprechenden Rechtsverlust führen würde, zuzulassen.⁴⁷⁵ Dieser Gesichtspunkt darf allerdings auch nicht übersteigert werden, denn die teilweise angeführte ausschließlich dienende Funktion des Prozesses kann nicht dazu führen, dass deshalb auch ausschließlich die Kriterien und Wertungsgesichtspunkte des materiellen Rechts von Bedeutung seien.⁴⁷⁶ Es ist aber festzuhalten, dass Verfahrensvorschriften keinen Selbstzweck haben, sondern immer rechtsschutzfreundlich auszulegen sind. Vielmehr findet die materiellrechtsfreundliche Auslegung immer dort ihre Grenze, wo die eigene Wertungssphäre des Prozessrechts eingreift.⁴⁷⁷

b) Verbot von Wortformalisumus

Bei der Auslegung von Verfahrensnormen ist ein übertriebenes Festklammern am Gesetzeswortlaut unangebracht. Über der bloßen Wortauslegung steht demnach die Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes, für die der Wortlaut keine unüberwindliche Schranke darstellt. Das BVerfG konstatiert diesen Auslegungsgrundsatz indem es betont, dass die Bindung des Richters an das Gesetz nach den Art. 20 Absatz III und 97 Absatz I GG nicht die Bindung an dessen Buchstaben bedeutet sondern vielmehr ein Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Interpretation ist in diesem Zusammenhang gleichsam Methode und Weg, auf dem der Richter den Inhalt einer Gesetzesbestimmung unter Berücksichtigung ihrer Einordnung in die gesamte Rechtsordnung erforscht, ohne an durch den formalen Wortlaut begrenzt zu sein.⁴⁷⁸

Gerade bei der ZPO, die im Laufe der Zeit in großen Teilen durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt worden ist, ist dann auch die Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut im Interesse der Kontinuität dieser Rechtsprechung gelockert.⁴⁷⁹ Unter Umständen kann deshalb sogar eine Auslegung gegen den Gesetzeswortlaut

⁴⁷⁴ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl, Rn.111.

⁴⁷⁵ Vgl.: BVerfGE 46, S.334; Gottwald in: ZZP 93 (1980), S.8.

⁴⁷⁶ Besonders deutlich wird dies, wenn man sieht, dass Parteien in gewissen prozessualen Situationen im Interesse des Rechtsfriedens auch unrichtige Urteile hinnehmen müssen. Prozessualer Rechtsschutz dient – wie eingangs erläutert – immer auch der Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit. Auch die später noch zu thematisierende Auslegung beziehungsweise Rechtsfortbildung im Rahmen außerordentlicher Rechtsbehelfe darf deshalb nicht mit dem Argument gestützt werden, das Gebot der materiell-rechtsfreundlichen Auslegung gebiete stets eine Möglichkeit der Anfechtung falscher Urteile.

⁴⁷⁷ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.92; Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.111.

⁴⁷⁸ Vgl.: BVerfGE 35, S.279.

⁴⁷⁹ Vgl.: GrZS BGHZ 85, S.66.

im Rahmen einer gebotenen verfassungskonformen Auslegung⁴⁸⁰ sowie innerhalb der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zulässig sein.⁴⁸¹

In diesem Kontext darf jedoch auch nicht vergessen werden, dass die bloße Unzweckmäßigkeit einer auszulegenden Norm es nicht rechtfertigt, sich über deren eindeutigen Wortlaut hinwegzusetzen.⁴⁸²

c) Verbot übertriebener Form- und Fristenstrenge

Auch die Formvorschriften der ZPO sind einer freien und weiten Auslegung zu unterziehen.⁴⁸³

Denn auch die Formvorschriften dienen dem Schutz des sachlichen Rechts und nicht seiner Vereitelung. Ihre Regelungen müssen sich wegen dem verfassungsrechtlichen Hintergrund von Art. 19 Absatz IV GG daher auch durch ein besonderes Maß an Gleichheit, Klarheit und innerer Logik auszeichnen.⁴⁸⁴ Insbesondere haben auch überzogene Anforderungen an die Rechtsmittelformalien, die auch maßgeblicher Gegenstand der Prüfung nach § 522 Absatz I Satz 1 ZPO sind, zu unterbleiben, so dass hier ein lediglich geringes Maß an Formstrenge angebracht ist.⁴⁸⁵

d) Gebot eines zweckmäßigen und kostengünstigen Verfahrens

Die teleologische Interpretation des Verfahrensrechts verlangt neben den genannten Aspekten, die den Rechtsschutz des Betroffenen zunächst erweitern, jedoch auch die Berücksichtigung der Prozessökonomie, die im Einzelfall rechtsschutzverkürzende Konsequenzen haben kann. So dienen zum Beispiel auch die Einführung der im Folgenden näher diskutierten Beschlusszurückweisung des § 522 Absatz II ZPO und auch deren Unanfechtbarkeit nach § 522 Absatz III ZPO letztlich der Umsetzung rechtspolitischer Zielsetzungen, die in der Prozessökonomie wurzeln. Gleichzeitig resultiert aus ihrer Anwendung im Einzelfall dann eine den Instanzenzug beendende Wirkung, die der Berufungskläger oft als eine Einbuße seines Rechtsschutzes empfinden wird.

⁴⁸⁰ Dazu grundlegend und ausführlich: Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung – Grenzen und Gefahren, 1968.

⁴⁸¹ Vgl.: BVerfGE 88, S.166: „Eine Rechtsfortbildung praeter legem bedarf zwar sorgfältiger Begründung, ist jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen.“

⁴⁸² Vgl.: GrZS BGHZ 80, S.152.

⁴⁸³ So schon: RGZ 102, S.278; Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973, S.52.

⁴⁸⁴ Vgl.: BVerfG NJW 1991, S.418.

⁴⁸⁵ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1113.

Schranken für eine rein prozessökonomisch motivierte Auslegung ergeben sich deshalb aus den erläuterten Prozesszwecken, so dass insbesondere eine ausschließlich an der Einsparung richterlicher Arbeitsbelastung orientierte Anwendung unzulässig ist.

e) Gebot einer verfassungskonformen, insbesondere grundrechtsfreundlichen Auslegung

Als einfaches Gesetzesrecht ist auch die ZPO im Blick auf das Grundgesetz auszulegen, was dazu führt, dass das Verfahrensrecht heute in hohem Maße von verfassungsgerichtlichen Vorgaben beeinflusst wird. Das heißt, bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten verdient diejenige den Vorzug, die der Wertordnung der Verfassung am besten entspricht und bei der die Grundrechte am wirksamsten durchgesetzt werden.⁴⁸⁶ So bestimmen dann im Rahmen dieser Arbeit maßgeblich die Verfahrensgrundrechte die Handhabung der verfassungskonformen Auslegung.

Zentrale Grundlage der diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerfG ist das Rechtsstaatsprinzip in seinen facettenreichen Ausprägungen.

Soweit diese Grundkonzeption in tragenden Gründen der Entscheidungen des BVerfG konkretisiert ist, ist sie gemäß § 31 Absatz I BVerfGG auch für alle Gerichte bindend. An diesen konkretisierten Verfassungsgeboten hat sich die weitere Problemlösung prozessualer Fragen auszurichten.

Zu nennen sind der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art.103 Absatz I GG, auf ein faires Verfahren nach Art.6 EMRK und auf effektiven Rechtsschutz nach Art.19 Absatz IV GG. Dazu kommen das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art.101 Absatz I Satz 2 GG sowie die aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Absatz I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art.20 Absatz III GG folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung der Parteien, der Zugangsgleichheit, der Rechtsanwendungsgleichheit, der Rechtsschutzgleichheit, der Waffengleichheit und des Rechts auf ein willkürfreies Verfahren.⁴⁸⁷

f) Analogien im Prozessrecht

Eventuelle Lücken des Gesetzes sind unter Berücksichtigung des Normzweckes durch Auslegung zu schließen.⁴⁸⁸ Die Rechtsfigur der Analogie ist grundsätzlich auch im

⁴⁸⁶ Vgl.: BVerfGE 75, S.191; Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.118; Schumann in: ZZZ 96 (1983), S.137.

⁴⁸⁷ Die einzelnen Verfahrensgrundrechte werden im weiteren Verlauf der Abhandlung konkret an die entsprechenden Tatbestandsmerkmalen der zu untersuchenden Norm angeknüpft und bilden auch im Rahmen der abschließenden Stellungnahme ein tragendes Beurteilungsfundament. Auf eine abstrakte Abhandlung bereits an dieser Stelle wird hier deshalb abgesehen.

⁴⁸⁸ Vgl.: BGHZ 133, S.311.

Verfahrensrecht statthaft.⁴⁸⁹ Ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Schließung von Lücken in der ZPO durch Analogien ist der Aspekt der Verfahrensvereinheitlichung.⁴⁹⁰ Die in den neuen Verfahrensordnungen jeweils übereinstimmend enthaltenen Regelungen dominieren dabei in ihrer Funktion als verfahrensrechtlichem „Gesamtpaket“ die Auslegung innerhalb der jeweiligen Regelungskomplexe.

Eine Schranke für Analogien ist der allgemeinen Auslegungsmethodik folgend aber stets der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers.

2) Ermessen des Berufungsgerichts hinsichtlich des Vorgehens nach § 522 Absatz II ZPO?

Nach § 522 Absatz II ZPO „weist das Berufungsgericht die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurück“ wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Dieser Wortlaut wirft die Frage auf, ob dem Berufungsgericht hinsichtlich der Gestaltung des weiteren Berufungsverfahrens bei Einschlägigkeit des § 522 Absatz II ZPO ein Gestaltungsermessen einzuräumen ist. Ein diesbezügliches Gestaltungsermessen würde es dem Gericht erlauben, allein aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten eine mündliche Verhandlung zu terminieren, oder auf sie zu verzichten.

Nicht selten stellt die ZPO gewisse Handlungen und Anordnungen in richterliches Ermessen (zum Beispiel in den §§ 142 bis 150 ZPO). Dabei ist immer zu bedenken, dass echtes richterliches Ermessen in vielerlei Hinsicht verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen kann.⁴⁹¹

Nach herrschender Meinung⁴⁹² muss das Berufungsgericht jedoch durch Beschluss zurückweisen, wenn es überzeugt ist, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat.

Die andere Ansicht⁴⁹³, nach der die Entscheidung, ob das Berufungsgericht – wenn es von der Aussichtslosigkeit überzeugt ist – die Berufung qua Beschluss zurückweist oder in die mündliche Verhandlung eintritt, in seinem pflichtgemäßen Ermessen steht, ist abzulehnen.

Begründet wird die Bejahung eines solchen Ermessens unter anderem mit dem Argument, dass eine Terminierung der Sache die Zurückweisung durch Beschluss nicht ausschließt⁴⁹⁴, da § 522

⁴⁸⁹ Vgl.: BGHZ 46, S.198; Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.53; Vollkommer in: Zöller; Einl., Rn.97.

⁴⁹⁰ Dazu allgemein: Vollkommer in: JZ 1987, S.105 und GemS OGB BGHZ 88, S.358 für die Frage der Zeit des Eintritts der formellen Rechtskraft nach § 705 ZPO.

⁴⁹¹ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.127.

⁴⁹² Vgl.: OLG Celle NJW 2002, S.2800; OLG Köln MDR 2003, S. 1435; Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.62; Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.31; Hannich/Meyer-Seitz; ZPO-Reform, 2002, § 522, Rn.27; Pickenbrock in: JZ 2002, S.541; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.27; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.8;

⁴⁹³ Vgl.: OLG Koblenz NJW 2003, S.2102; Albers in: Baumbach/Lauterbach; § 522, Rn.20.

⁴⁹⁴ Vgl.: OLG Düsseldorf NJW 2005, S.833.

Absatz II ZPO ein Fall der freigestellten mündlichen Verhandlung nach § 128 Absatz IV ZPO ist, so dass eigentlich auch eine mündliche Verhandlung statt finden dürfte. Danach darf zwar grundsätzlich nicht ohne mündliche Verhandlung ein Urteil ergehen, aber es muss nicht zwingend auf jede mündliche Verhandlung nur die Entscheidungsform des Urteils folgen; vielmehr kann auch ein Beschluss ergehen und somit auch ein Zurückweisungsbeschluss.

Diese „dogmatischen Klimmzüge“ erweisen sich jedoch schon mit einem Blick auf den Normzweck des § 522 Absatz II ZPO als nicht ausreichendes Argument für eine Bejahung des in Frage stehenden Ermessens. Es ist seitens des Gesetzgebers gerade intendiert, dem Berufungsgericht ein Instrument der raschen Erledigung ohne mündliche Verhandlung an die Hand zu geben.⁴⁹⁵ Dies nun wiederum als Anknüpfungspunkt einer Begründung heranzuziehen, doch in eine mündliche Verhandlung eintreten zu dürfen, obwohl der Normzweck es dem Gericht eigentlich erlauben soll, genau diese nicht durchführen zu müssen, erscheint widersprüchlich.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die eigentliche Problematik der Frage nach einem Ermessen von diesem Rückschluss wiederum nur tangiert nicht aber aufgelöst wird. Denn für die Beantwortung dieser Frage ist es irrelevant, wann oder nach welchem Verfahren der Zurückweisungsbeschluss ergeht; vielmehr ist entscheidend, ob der Beschluss nicht grundsätzlich immer ergehen muss, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, unabhängig ob dies mit oder ohne mündliche Verhandlung geschieht. Auch nach der mündlichen Verhandlung kann der Zurückweisungsbeschluss ergehen. Aber dann eröffnet sich dem Gericht auch die Möglichkeit einer Zurück- beziehungsweise Abweisung der Berufung durch Urteil gemäß § 128 Absatz IV ZPO.

Auch die Begründung des Gesetzgebers, der von einer „Möglichkeit“ der Zurückweisung durch Beschluss spricht, ist wohl eher im Kontext der gesamten Rechtsmittelreform zu verstehen, die dem Berufungsgericht die generelle „Möglichkeit“ einräumen wollte, aussichtslose Berufungen überhaupt verkürzt abhandeln zu dürfen. Dies als „Möglichkeit“ innerhalb der „Möglichkeit“ zu interpretieren, erscheint abwegig.

Die Heranziehung der im vorigen Abschnitt aufgezeigten verfahrensrechtlichen Auslegung ergibt nämlich insoweit einen deutlichen Überhang in Richtung eines fehlenden Ermessens bei der Beschlusszurückweisung.

Ausgehend von einem zunächst nicht eindeutigen Wortlaut verbietet die verfassungskonforme Auslegung aber ein richterliches Gestaltungsermessen, da eine solche Auslegung letztlich die

⁴⁹⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch: Rimmelpacher in: MK; § 522, Rn.19 iVm Rn.2.

wirksame Durchsetzung der Wertordnung grundgesetzlicher Verfahrensprinzipien verhindern würde.

In diesem Zusammenhang ist das Recht auf ein faires Verfahren zu beachten, das direkt durch Art.6 Absatz I EMRK garantiert ist und in dieser Gestalt freilich nur im Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu beachten ist.⁴⁹⁶ Allerdings hat das BVerfG auch für das Grundgesetz eine entsprechende generalklauselartige Garantie eines fairen Verfahrens aus dem inhaltlich betroffenen Grundrecht im Zusammenhang mit dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip abgeleitet.⁴⁹⁷ Das aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis kommende Leitbild des Fairnessgebots hat in der Vergangenheit zu einem immer stärkeren Einfluss der Rechtsprechung des BVerfG auf die Auslegung des Zivilprozesses geführt.⁴⁹⁸

Neben seiner Bedeutung vor allem im Strafverfahren, gilt es auch im Zivilprozess unter Berücksichtigung von dessen Eigenart.⁴⁹⁹ In seiner Reichweite wird dieses Recht zum Teil sowohl als umfassendes prozessuales Grundrecht verstanden⁵⁰⁰ als auch lediglich als Auffanggrundrecht, das erst eingreift, wenn in Einzelfällen kein konkretes verfahrensrechtliches Grundrecht verletzt ist, aber das Verfahren trotzdem aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht hingenommen werden kann.⁵⁰¹ Unabhängig von dieser Streitfrage bedarf es jedoch stets der Konkretisierung.⁵⁰² Das Fairnessgebot besagt grundsätzlich, dass der Richter das Verfahren so gestalten muss, wie die Parteien es von ihm erwarten dürfen.⁵⁰³ Eine Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO, die sich durch gerichtliches Ermessen je nach Bedarf steuern ließe, tangiert dann jedenfalls die Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren, die insbesondere auch ein berechenbares Prozedieren eines jeden Gerichts verlangt.⁵⁰⁴ Es ist mit Blick auf die Transparenz des Rechtsmittelrechts, die auch das BVerfG in seinem Plenarbeschluss vom

⁴⁹⁶ Vgl.: Baumgärtel in: FS Matscher 1993, S.32; Schumann in: FS Schwab 1990, S.449.

⁴⁹⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.30.

⁴⁹⁸ Eingehend zu dieser Entwicklungsgeschichte: Karwacki: „Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozess“, 1984.

⁴⁹⁹ Vgl.: BVerfGE 101, S.397 (404); BVerfG NJW 1991, S.3140.

⁵⁰⁰ Vgl.: Vollkommer in: GS Bruns 1980, S.219; Benda in: ZZP 98 (1985), S.365.

⁵⁰¹ Vgl.: Leipold in: Stein/Jonas; vor § 128, Rn.66; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 1, Rn.30; Stürner in: FS Baur 1981, S.650;.

⁵⁰² Vgl.: BVerfG 85, S.404.

⁵⁰³ Vgl.: BVerfGE 78, S.126.

⁵⁰⁴ Vgl.: BVerfG NJW 1991, S.3140; BGH NJW 1992, S.244.

30.4.2003⁵⁰⁵ explizit betont hat, nicht tragbar, dass die unanfechtbare Beendigung des Instanzenzuges im Einzelfall von einer nicht überprüfbaren Ermessenssteuerung des Berufungsgerichtes abhängen kann. Es muss für jeden Rechtsmittelkläger klar und vorhersehbar sein, welche Konsequenzen ihn im Anwendungsbereich des § 522 Absatz II ZPO erwarten, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen.

Daneben sprechen auch die grundrechtlich abgesicherten Rechtspositionen der verfahrensrechtlichen Gleichbehandlung und eines willkürfreien Verfahrens gegen ein Zurückweisungsermessen. Der Grundsatz der Waffengleichheit hat seit jeher – schon vor der Geltung des Art.3 GG – die Regelungen der ZPO beherrscht und ist gegenüber dem oben angeführten Prinzip des fairen Verfahrens der speziellere Satz.⁵⁰⁶ Unter der Geltung des GG ist die Waffengleichheit im Zusammenhang von Rechtsstaatsprinzip und Art. 3 Absatz I GG entwickelt worden.⁵⁰⁷ Dabei gewährleistet der Grundsatz der Waffengleichheit nicht nur die formelle Gleichheit der prozessualen Rechtspositionen der Parteien, sondern weiter gehend auch ihre durch den Richter zu verwirklichende materielle Gleichwertigkeit im Sinne einer prozessualen Chancengleichheit.⁵⁰⁸ Waffengleichheit der Parteien im Prozess bedeutet, dass den Parteien ohne Rücksicht darauf, ob sie die Stellung des Klägers oder des Beklagten haben, die gleiche Rechtsstellung zukommt.⁵⁰⁹ Steuert das Gericht den weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens nach § 522 Absatz II ZPO aufgrund sachfremder Erwägungen, schneidet es dem Berufungskläger eine diesbezügliche Kontrollmöglichkeit wegen § 522 Absatz III ZPO ab. Ein ergangener Zurückweisungsbeschluss wirkt in seiner Belastungsintensität zunächst einmal einseitig zu Lasten des Berufungsklägers. Diese Rechtsfolge kann dann aber nicht durch ein diesbezügliches Ermessen noch unkontrollierbar verschärft werden.

Von Bedeutung ist im Zuge der verfassungskonformen Auslegung des § 522 ZPO mit Blick auf einen eventuellen Ermessenspielraum des Berufungsgerichtes ist des weiteren das Verbot prozessualer Willkür. Dieses Verbot resultiert aus der Entwicklung verfahrensrechtlicher Schutzes aus materiellen Grundrechtspositionen und ist insoweit von den allgemeiner formulierten Prinzipien des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit abzugrenzen. In seinem Anwendungsbereich ist das Verbot prozessualer Willkür als eine Art verfassungsrechtlicher

⁵⁰⁵ Vgl.: BVerfGE 107, S.395ff; Diese Entscheidung wird noch dargestellt im Rahmen der Unanfechtbarkeit der Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz III.

⁵⁰⁶ Vgl.: Baumgärtel in FS Matscher 1993, S.30; Tettinger in: Fairneß und Waffengleichheit .

⁵⁰⁷ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.97.

⁵⁰⁸ Vgl.: Lindner in: ZIP 2003, S.194; Vollkommer in: FS Schwab 1990, S.519.

⁵⁰⁹ Vgl.: Bötticher: „Gleichbehandlung und Waffengleichheit, Überlegungen zum Gleichheitssatz“, 1979.

Auffangtatbestand zu verstehen, mit dem sich jedes denkbare prozessuale Handeln des Gerichts durch die verfassungsgerichtliche Kontrolle konfrontiert sieht.⁵¹⁰ Ein Verstoß ist in diesem Zusammenhang zu bejahen, wenn ein Richterspruch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.⁵¹¹ Dabei genügt jedoch eine lediglich fehlerhafte Gesetzesauslegung für sich genommen nicht, sondern es muss vielmehr noch hinzukommen, dass der Fehler des Gerichts im Lichte des Verfassungsrechts nicht mehr verständlich ist und genau daraus ein solcher Schluss gezogen werden kann.⁵¹²

Von einer prozessualen Gleichwertigkeit kann jedoch kaum gesprochen werden, wenn zwei „gleichwertige“ Berufungen, die die gleichen Erfolgsaussichten im Sinne des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO aufweisen, bezüglich ihrer prozessualen Weiterentwicklung maßgeblich von nicht überprüfbaren und lediglich situativ bedingten Zweckmäßigkeitserwägungen des Berufungsgerichtes abhängen. Gerade auch vor dem Hintergrund der Unanfechtbarkeit müssen deshalb die Fehlerquellen für Entscheidungen, die aufgrund sachfremder Erwägungen ergehen können, von Verfassungs wegen beseitigt werden. Dementsprechend ist auch ein diesbezügliches Ermessen zu verneinen.

Problematisch erscheint eine solche Steuerungskompetenz auch unter Berücksichtigung der gerichtlichen Bindung an eine bisher gerichtlich regelmäßig verfolgte Verfahrenspraxis,⁵¹³ die so die Gefahr einer Verfestigung sachwidriger Handhabung der Beschlusszurückweisungs Voraussetzungen birgt.

Es ist des weiteren verfahrensrechtlich nicht zu akzeptieren, dass dem Berufungsgericht die ohnehin schon rechtsschutzverkürzende Möglichkeit einer unanfechtbaren Berufungszurückweisung an die Hand gegeben wird, und es von dieser Möglichkeit dann auch noch mit gesetzgeberischer Legitimation aus möglicherweise sachfremden Motiven je nach Bedarf Gebrauch machen kann. Letztlich wäre dies wohl nur schwerlich mit dem auch bei den Verfahrensgrundrechten stets zu beachtenden verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren. Das entscheidende Gericht hätte im Rahmen des § 522 Absatz II ZPO bei der Ausübung seiner prozessualen Befugnisse dann wohl von einer Zurückweisung abzusehen, auch wenn ihm ein diesbezügliches Ermessen eingeräumt wäre. Denn die aufgezeigte Grundrechtssensibilität einer solchen Entscheidung wäre dann nämlich in

⁵¹⁰ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.110.

⁵¹¹ Vgl.: BVerfGE 96, S.203; BGHZ 154, S.300.

⁵¹² Vgl.: BVerfGE 67, S.94.

einer vorzunehmenden Interessenabwägung den Motiven des Gerichts, seinen Arbeitsanfall über § 522 Absatz II ZPO sortieren zu können, unterlegen.

Die letztlich präziseste Antwort auf die Frage eines möglichen Ermessens in § 522 Absatz II ZPO liefert eine Bezugnahme auf Art. 101 Absatz I S.2 GG. Könnte auf Veranlassung des Berufungsgerichtes eine mündliche Verhandlung auch stattfinden, wenn die Voraussetzungen der Beschlusszurückweisung vorliegen, könnte in dieser Verhandlung dann entweder durch Urteil – es wurde nämlich mündlich verhandelt gemäß 128 Absatz IV ZPO – oder durch Beschluss entschieden werden. Diese Entscheidungsvarianten haben aber hinsichtlich eines weiteren Rechtsmittels gegen sie unterschiedliche und einschneidende Konsequenzen: Während gegen den Beschluss nach mündlicher Verhandlung gemäß § 522 Absatz III ZPO kein Rechtsmittel statthaft ist, wäre ein entsprechendes Urteil zumindest mit der Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO anfechtbar. Die Möglichkeit für den Berufungsführer, das Rechtsmittel der Revision für sich in Anspruch zu nehmen, hängt dann nicht mehr von den objektiven Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO ab, sondern von der Ermessensausübung des Gerichts, die immer auch subjektive Entscheidungskomponenten beinhaltet. Das Gericht könnte so den weiteren Verfahrensverlauf frei nach den jeweils dominierenden Zweckmäßigkeiten determinieren. Dies würde dann wiederum bewirken, dass der Zugang zur Revisionsinstanz nicht hinreichend abstrakt im Voraus bestimmt wäre, was aber Art.101 Absatz I Satz 2 GG gerade verlangt.⁵¹⁴

Ein Ermessen des Berufungsgerichtes ist nach alledem abzulehnen.

3) Voraussetzungen für die Zurückweisung nach § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 – 3 ZPO

Neben der Zulässigkeit der Berufung enthält § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 – 3 ZPO weitere, negativ umschriebene, Voraussetzungen für einen Zurückweisungsbeschluss. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen⁵¹⁵, wovon das Berufungsgericht überzeugt sein muss.

a) Mangelnde Erfolgsaussicht gemäß § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1

Die Berufung darf nach der Überzeugung des Berufungsgerichtes insgesamt keine Aussicht auf Erfolg haben, § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 ZPO.

⁵¹³ Vgl.: BVerfGE 79, S.377.

⁵¹⁴ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.281; Fölsch in: NJW 2006, S.3523.

⁵¹⁵ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; § 522, Rn.17.

aa) Auslegung der „mangelnden Erfolgsaussicht“

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der mangelnden Erfolgsaussicht des § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 ZPO um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der zu seiner Sinnermittlung der Auslegung bedarf.

Wann genau von mangelnder Erfolgsaussicht im Lichte der Intention der Vorschrift auszugehen ist, erhellt auch die Gesetzesbegründung nur wenig: Dies sei danach der Fall, wenn schon aufgrund der Aktenlage unter Berücksichtigung zulässiger neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch bei Durchführung der mündlichen Verhandlung der Berufung kein Erfolg beschieden wäre.⁵¹⁶

Mit diesem Begriff der mangelnden Erfolgsaussicht hat sich der Gesetzgeber an § 114 ZPO orientiert, der somit die Möglichkeit einer systematischen Auslegung eröffnet.⁵¹⁷

Hiernach ist Prozesskostenhilfe zu versagen, wenn keine hinreichende Erfolgsaussicht besteht. Das Institut der Prozesskostenhilfe basiert auf dem in Art.20 Absatz I GG verankerten Prinzip des sozialen Rechtsstaats, der insoweit verlangt, dass auch unbemittelte Parteien in einer dem Gleichheitsgebot des Art.3 Absatz I GG entsprechenden Weise „Zugang zum Recht“ erhalten.⁵¹⁸

Diesem Ziel dient die staatliche Prozesskostenhilfe in ihrer Eigenschaft als Sonderform der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege.⁵¹⁹ Neben den persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen der §§ 115 ff. ZPO genügt eine hinreichende Erfolgsaussicht, bei der auch eine zahlungsfähige Partei den Prozess auf sich nehmen würde und die dann vorliegt, wenn das Gericht den vorgetragenen Rechtsstandpunkt zumindest für vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist.⁵²⁰ Es muss dafür also aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage möglich sein, dass der Antragsteller mit seinem Begehren durchdringen wird.⁵²¹

⁵¹⁶ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722.

⁵¹⁷ Die systematische Auslegung versucht, aus dem Zusammenhang einer Rechtsnorm im Kontext mit anderen Normen oder mit der Stellung innerhalb einer Kodifikation oder im Vergleich zu anderen Gesetzen Gesichtspunkte und innere Zusammenhänge mit Blick auf Sinn und Zweck des auszulegenden Begriffes zu ermitteln.

⁵¹⁸ Vgl.: BVerfGE 81, S.347; BVerfGE 78, S.104; BVerfGE 9, S.124.

⁵¹⁹ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 87, Rn.1.

⁵²⁰ Vgl.: BGH NJW 1994, S.1161; OLG Köln MDR 1997, S.105.

⁵²¹ Vgl.: Philippi in: Zöller; § 114, Rn.19.

Diese Anforderung widerspricht nicht dem oben erläuterten Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art.103 Absatz I GG⁵²², so dass im Rahmen dieser Prüfung auch eine so genannte Beweisantizipation zulässig ist.⁵²³

Während allerdings im ursprünglichen Entwurf des ZPO-RG noch eine wörtliche Übernahme der Formulierung des § 114 ZPO vorgesehen war, ist die Einschränkung der „hinreichenden“ Erfolgsaussicht in der endgültigen Fassung des § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 ZPO entfallen. Der Gesetzgeber knüpft demgemäß die Zurückweisung der Berufung zwar rechtlich an die gleiche „Idee“ wie die Versagung der Prozesskostenhilfe. Allerdings darf die Berufung nicht schon bei fehlenden hinreichenden Erfolgsaussichten zurückgewiesen werden, sondern erst wenn keinerlei Erfolgsaussicht besteht. Der systematische Vergleich mit den Regelungen der § 114ff. ZPO ist vor diesem Hintergrund demnach nur bedingt verwertbar und liefert für § 522 Absatz II ZPO allenfalls eine Art „systematische Richtschnur“.

Die strengeren Voraussetzungen⁵²⁴ des § 522 Absatz II Satz 1 Nr.1 ZPO erfordern vielmehr eine an den rechtsmittelrechtlichen Besonderheiten orientierte Auslegung der mangelnden Erfolgsaussicht, wobei aber die Erkenntnisse zu § 114 ZPO eine „Unterstützungslinie“ vorzeichnen. So ist in der Regel eine Zurückweisung der Berufung ausgeschlossen, wenn zuvor Prozesskostenhilfe gewährt wurde. Dies ergibt sich aus dem denklogischen Rückschluss, dass wenn bereits die „hinreichende“, und somit weiter auszulegende, Erfolgsaussicht bejaht wurde, eine Zurückweisung nicht in Betracht kommt, da ja eine - wenn auch nur hinreichende - Erfolgsaussicht besteht. Dieser Rückschluss erlaubt es deshalb, die Erfolgsaussicht der Beschlusszurückweisung über die nur hinreichende Erfolgsaussicht des § 114 ZPO „negativ“ zu definieren: Eine Beschlusszurückweisung scheidet demnach bereits aus, wenn die oben genannten Voraussetzungen für die PKH-Gewährung vorliegen.

Durch den Verzicht auf das Ausreichen einer „hinreichenden“ Erfolgsaussicht werden einerseits zwar erhöhte Anforderungen⁵²⁵ an die subjektive Überzeugungsintensität des Berufungsgerichts von der mangelnden Erfolgsaussicht gestellt.

Andererseits hat der Gesetzeswortlaut aber auf die Formulierung der offensichtlichen Unbegründetheit verzichtet, die der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens ursprünglich enthielt.⁵²⁶ Die „subjektive Komponente“ der

⁵²² Vgl.: BVerfGE 81, S.357.

⁵²³ Vgl.: BVerfG NJW 1997, S.2745.

⁵²⁴ Vgl.: OLG Rostock NJW 2003, S.1677.

⁵²⁵ Vgl.: OLG Rostock NJW 2003, S.1677.

⁵²⁶ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.36.

Überzeugung von der Erfolgsaussicht ist also dahingehend auszulegen, dass das Berufungsgericht einen Rechtsfehler nicht nur nicht für möglich halten darf, sondern ihn positiv ausschließen muss.⁵²⁷ Es findet jedoch demgegenüber keine Reduzierung des Anwendungsbereiches der Beschlusszurückweisung auf Fälle offensichtlicher Unbegründetheit statt. Rechtsfehler müssen somit sicher ausgeschlossen werden können, wobei diesbezüglich durchaus eine umfangreiche und komplizierte Prüfung erforderlich sein kann. Die vom Berufungsführer geltend gemachten Rechtsfehler müssen nicht sofort und „besonders deutlich ins Auge springen“.⁵²⁸

Neben den genannten rechtsvergleichenden Argumenten fließen in die nunmehr ausschlaggebende teleologische Auslegung der mangelnden Erfolgsaussicht unter Zuhilfenahme der oben gezeigten allgemeinen Interpretationsmaxime die konkreten prozessualen Sachgesichtspunkte des neuen Berufsrechts ein.⁵²⁹ Der „Begriffshof“⁵³⁰ des unbestimmten Rechtsbegriffes der mangelnden Erfolgsaussicht ist in Anwendung dieser Auslegungsmethodik darüber hinaus mit der Wertordnung des Grundgesetzes derart aufzufüllen, dass dessen verfahrensspezifische Besonderheiten bestmöglich im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung umgesetzt werden können.

Als Anknüpfungspunkt dafür kann Art.6 EMRK, beziehungsweise dessen Konkretisierung durch den grundgesetzlichen Anspruch auf ein faires und objektiv willkürfreies Verfahren, fungieren. Hinsichtlich des Wirkungsbereiches von Art.6 EMRK ist bezüglich der mangelnden Erfolgsaussicht hier zunächst zu untersuchen, ob das Gericht überhaupt ohne mündliche Verhandlung durch § 522 Absatz II ZPO entscheiden kann, obwohl die Berufungsinstanz ja bereits eröffnet ist. Die herrschende Meinung geht bei der vergleichbaren Fragestellung im Rahmen des § 130a VwGO davon aus, dass das Berufungsgericht diesbezüglich keinen Einschränkungen unterliegt, weil Art. 6 EMRK kein zusätzliches zweitinstanzliches Verfahren mit mündlicher Verhandlung garantiert.⁵³¹ Diese Auffassung ist jedoch zumindest zweifelhaft, da nach der Rechtsprechung des EGMR das Öffentlichkeitsgebot des Art.6 EMRK grundsätzlich

⁵²⁷ In diesem Sinne argumentiert auch: Hannich/Meyer-Seitz; § 522, Rn.19.

⁵²⁸ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.281; OLG Koblenz NJW 2003, S.2102.

⁵²⁹ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.111.

⁵³⁰ Zu dieser Terminologie im Rahmen der Auseinandersetzung mit unbestimmten Rechtsbegriffen vgl. erneut: Prütting: Die Zulassung der Revision, 1977, S.85ff..

⁵³¹ Vgl. : BVerfGE 11, S.234 ; BVerwGE 57, S.272 ; Kopp/Schenke ; VwGO, § 130a, Rn.2.

auch im Rechtsmittelverfahren gilt.⁵³² Allerdings ist nach einer erstinstanzlichen öffentlichen mündlichen Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz nicht stets gleichfalls eine öffentliche mündliche Verhandlung geboten. Vielmehr kommen hier die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsmittelverfahrens derart ins Spiel, dass auch im Lichte des Art.6 EMRK ein Absehen von einer mündlichen Verhandlung gerechtfertigt sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn das Berufungsgericht ausschließlich über Rechtsfragen zu befinden hat.⁵³³ Bei der Entscheidung von Tatsachenfragen kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, wenn die Sachlage unstrittig ist oder wenn eine der Sachlage und der Bedeutung des Falles angemessene Beweiswürdigung allein aufgrund der Aktenlage möglich ist.⁵³⁴ Eine solche konventionskonforme Auslegung ist auch im Rahmen des § 522 Absatz II ZPO relevant, da hier wie bei § 130a VwGO der Verzicht auf die mündliche Verhandlung von der Idee der Verfahrensbeschleunigung und –vereinfachung intendiert ist.⁵³⁵ Die Stoßrichtungen sind somit vergleichbar.

Die dabei zugrunde zu legende Aktenlage ist im Rahmen der Beschlusszurückweisung dann die auf dem erstinstanzlichen Prozessstoff aufbauende Berufungsbegründung sowie deren Erwiderung.⁵³⁶ Die Auslegung des § 522 Absatz II ZPO wird also nicht zuletzt wegen Art.6 EMRK durch die berufungsspezifischen Systemzusammenhänge gewissermaßen determiniert, da präzise Ergebnisse für die Begriffsbestimmung der mangelnden Erfolgsaussicht erst erzielt werden können, wenn festgestellt ist, von welcher Prüfungsgrundlage ausgehend überhaupt diese Erfolgsprognose zu treffen ist. Die Voraussetzungen der Berufung sortieren somit den Prozessstoff vor, der dem Berufungsgericht dann in dem nachfolgenden „Zwischenverfahren“ des § 522 Absatz II ZPO eine Erfolgsprognose gestattet.

Der systematische Zusammenhang der Beschlusszurückweisung mit dem sonstigen Berufsrecht eröffnet so erst die Möglichkeit einer Auslegung vor dem Hintergrund des Prozesszweckes und den daraus resultierenden Verfahrensgrundrechten und zivilprozessualen Besonderheiten.

⁵³² Vgl. : EGMR EuGRZ 1985, S.407 – De Cubber ; EGMR EuGRZ 1995, S.537 – Kremzow ; Roth in : EuGRZ 1998, S.497ff..

⁵³³ Vgl.: EGMR EuGRZ 1991, S.420 – Fejde; EGMR NJW 1992, S.1813 – Helmers.

⁵³⁴ Vgl. : Roth in : EuGRZ 1998, S.500. Das BVerwG deutete in einer Entscheidung aus dem Jahre 1999 (NVwZ 1999, S.763) an, daß es diese Auffassung teile. Die OVG sind damit zu einer entsprechenden konventionskonformen Handhabung des § 130a VwGO verpflichtet.

⁵³⁵ Vgl.: OLG Celle NJW 2002, S.2800; Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.36.

⁵³⁶ Diese „Schlussfolgerung“ ziehen auch: Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.36.

Um diese Prüfungsgrundlage möglichst präzise bestimmen zu können, wird hier eine Trennung danach vorgenommen, ob der Berufungskläger die rechtliche oder die tatsächliche „Ebene“ des erstinstanzlichen Urteils angreift, da insoweit berufungsspezifische Unterschiede hinsichtlich der Gesetzssystematik und des Berufungszweckes auf die Beurteilung der mangelnden Erfolgsaussicht einwirken. Erst durch die Beachtung dieser Wechselwirkung kann eine letztlich sinngemäße Auslegung vorgenommen werden.

aaa) Rechtliche Gründe

Ausgangspunkt der Prüfung der Erfolgsaussichten sind die gemäß der §§ 513 Absatz I, 520 Absatz III ZPO geltend zu machenden Berufungsgründe.

Der Berufungskläger kann so seine Berufung gemäß § 513 Absatz I ZPO zunächst ausschließlich mit einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO begründen, auf den zur Definition einer solchen Rechtsverletzung verwiesen wird. Wie bisher ist das Berufungsgericht innerhalb der gestellten Anträge (§ 528 ZPO) befugt, die Rechtsanwendung der ersten Instanz umfassend auf Rechtsfehler zu untersuchen, wobei die Kontrolle nicht auf die von den Parteien gemäß § 520 Absatz III Nr.2 ZPO gerügten Rechtsfehler beschränkt ist.⁵³⁷

Ist das Berufungsgericht – wie das Gesetz formuliert – davon überzeugt, dass der Berufungskläger mit den rechtlichen Angriffen keinen Erfolg hat, kann sofort entschieden, also zurückgewiesen werden. Das Rechtsmittel hat dann keine Erfolgsaussicht, wenn das Berufungsgericht die Angriffe für unzutreffend hält und die Rechtsansicht des Erstgerichts teilt oder aus anderen Gründen zum selben Ergebnis gelangt.⁵³⁸ Dabei ist es nicht erforderlich, dass das Berufungsgericht der rechtlichen Begründung des angefochtenen Urteils in allen Punkten folgt, sondern es kann den Beschluss, mit dem die Berufung aus rechtlichen Gründen zurückgewiesen wird, auf andere Gründe stützen. Maßgeblich ist allein, ob der Berufung im Ergebnis Erfolgsaussicht zugemessen wird.⁵³⁹

Es wird im Berufungsrechtszug und damit auch im Rahmen der Beschlusszurückweisung des § 522 Absatz II ZPO geprüft, ob gemäß § 546 ZPO Gesetzesvorschriften richtig angewendet wurden. Gesetz oder Vorschrift ist dabei im materiellen Sinn zu verstehen und umfasst jede Rechtsnorm, § 12 EGZPO.

Zu diesen Normen, deren Verletzung eine Berufung begründen kann, gehören alle Rechtsvorschriften, die bei Erlass des Berufungsurteils für den zu entscheidenden Rechtsstreit

⁵³⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.32.

⁵³⁸ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.20.

⁵³⁹ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.281.

gelten.⁵⁴⁰ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass die aus § 545 ZPO abgeleitete Beschränkung auf revisibles Recht – kein ausländisches Recht – in der Berufungsinstanz nicht gilt.⁵⁴¹ Daher zählen zu den Gesetzen im Sinne des § 546 ZPO hier Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen des Bundes und der Länder, europarechtliche Verordnungen und Richtlinien, Völkerrecht, ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht und öffentlich-rechtliche Satzungen.

Das Berufungsgericht muss davon überzeugt sein, dass diese Gesetzesvorschriften vom Ausgangsgericht richtig angewendet wurden. Falsch angewendet bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Vorschrift überhaupt nicht besteht, unwirksam ist, übersehen wurde oder falsch interpretiert beziehungsweise der Sachverhalt falsch unter sie subsumiert wurde.⁵⁴² Die Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die einschlägige Norm ist Rechtsfrage⁵⁴³ und deswegen in vollem Umfang überprüfbar.⁵⁴⁴ Anwendungsfehler, die eine Rechtsverletzung nach § 546 begründen, sind auch Interpretationsmängel, weil damit im Wege der Auslegung Inhalt und Grenzen einer Norm unzutreffend ermittelt werden.⁵⁴⁵ Daher ist auch die Auslegung insbesondere unbestimmter Rechtsbegriffe des materiellen Rechts – zum Beispiel: „gute Sitten“, „Treu und Glauben“ – in vollem Umfang nachprüfbar.

Grenzen der Nachprüfbarkeit in Hinblick auf eine eventuelle Rechtsverletzung liegen in den Normen, die dem Gericht einen Ermessensspielraum eröffnen, wie zum Beispiel die §§ 315 Absatz III Satz 2, 343 BGB. Hier kann durch das Berufungsgericht nur überprüft werden, ob das erstinstanzliche Gericht sein Ermessen überhaupt ausgeübt hat, ob seine Grenzen überschritten wurden und ob ein Ermessensmissbrauch vorliegt, das heißt ob die Entscheidung von sachfremden Erwägungen getragen ist.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 513, Rn.10.

⁵⁴¹ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 513, Rn.2.

⁵⁴² Vgl.: Wenzel in: MK; § 546; Rn.4, Gaier in: NJW 2004, S.110.

⁵⁴³ Auf die in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich akzentuierte Trennung von Rechts- und Tatfragen soll hier nicht näher eingegangen werden, da in der Berufungsinstanz unter den – wenn auch strengen – Voraussetzungen der §§ 529, 530, 531 ZPO „ohnehin“ eine zweite Tatsacheninstanz eröffnet wird, während dies für die Revision durch die §§ 546 iVm 559 ZPO ausgeschlossen ist; vgl. ausführlich dazu: Wenzel in: MK; § 546, Rn.1.

⁵⁴⁴ Vgl.: Gottwald in: „Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz“, 1975, S.155; Rimmelspacher in: MK; § 513, Rn.11.

⁵⁴⁵ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 513, Rn.11; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 141, Rn.25.

⁵⁴⁶ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 141, Rn.38.

Wesentlich für die Feststellung eines Rechtsfehlers ist dann gemäß dem Gedanken der §§ 545, 561 ZPO noch die Kausalität der Rechtsverletzung.⁵⁴⁷ Die Entscheidung des Erstgerichts beruht nur dann auf dem erkannten Rechtsfehler, wenn bei Verletzung materiellen Rechts die richtige Anwendung des Rechts zu einem dem Berufungsführer günstigeren Ergebnis führt. Wird zur Begründung der Berufung die Verletzung verfahrensrechtlicher Normen gerügt, beruht die Entscheidung auf der Rechtsverletzung, wenn die Möglichkeit anderer Entscheidung nicht ausgeschlossen werden kann. Wird eine verfahrensleitende Norm verletzt, hat das Berufungsgericht nach § 538 ZPO – anders als in der Revisionsinstanz – unter Vermeidung des Fehlers selbst zu entscheiden, so dass die Bejahung der Kausalität nicht ausreicht, um die Entscheidung abzuändern.⁵⁴⁸ Deshalb muss es, soweit im ersten Rechtszug ein Verfahrensfehler unterlaufen, zum Beispiel unter Verletzung des § 169 GVG verhandelt worden war, das Verfahren selbst fehlerfrei wiederholen.

bbb) Tatfragen

Neben einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO kann die Berufung gemäß § 513 Absatz I 2.HS ZPO auch darauf gestützt werden, dass „nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen“.

Im Anwendungsbereich der Berufungszurückweisung muss das Berufungsgericht – im Rahmen einer Prognose⁵⁴⁹ - entscheiden, ob der Berufungskläger mit seinen tatsächlichen Angriffen gegen die erstinstanzliche Entscheidung voraussichtlich durchdringt, ob also die in der Berufungsbegründung angeführten Gesichtspunkte gegen die Bewertung des erstinstanzlichen Tatsachenstoffes und die etwaigen neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel geeignet sind, das erstinstanzliche Urteil in Frage zu stellen.

Die zweitinstanzliche Entscheidung hängt in diesen Konstellationen nicht von Rechtsfragen sondern von Tatfragen ab.

Bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht nach § 522 Absatz II ZPO muss unbedingt die Systematik des „neuen“ Berufungsrechts beachtet werden, aus der resultiert, dass eine Beurteilung des Rechtsstreits unter tatsächlichen Aspekten in der Berufungsinstanz nur unter den

⁵⁴⁷ Die folgenden Erläuterungen bezüglich der Kausalität entsprechen denen in: Gummer/Heßler in: Zöller, § 513, Rn.5.

⁵⁴⁸ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 513, Rn.13.

⁵⁴⁹ Auf das in diesem Zusammenhang auftauchende Problem des Verbots einer Beweisantizipation im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren wird später näher eingegangen.

Voraussetzungen der §§ 529 ff. ZPO erfolgen kann. Denn die Erfolgsaussicht kann und muss wegen ihrer oben erläuterten Einbettung in einen allgemeinen zivilprozessualen Auslegungszusammenhang so präzise wie möglich geprüft und ermittelt werden.

Ob eine Berufung wegen Argumenten aus dem tatsächlichen Bereich Aussicht auf Erfolg hat, kann aber dann wiederum nur geprüft werden, wenn diese vorgebrachten tatsächlichen Aspekte in der Berufungsinstanz überhaupt als Urteilsgrundlage für „eine andere Entscheidung“ herangezogen werden dürften. Eine Aussicht auf Erfolg kann das Berufungsgericht somit nur bejahen, wenn das Vorbringen von Argumenten aus dem tatsächlichen Bereich nach den §§ 529 ff. ZPO zulässig ist, wenn also konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an den tatsächlichen Feststellungen des Eingangsgerichts bestehen. Das Vorliegen solcher konkreten Anhaltspunkte und die sich daraus ergebenden Zweifel hat das Berufungsgericht im Zurückweisungsverfahren zu prüfen. Dadurch wird dann im Beschlusszurückweisungsverfahren nach § 522 Absatz II ZPO die Prüfungsgrundlage für die vorzunehmende Erfolgsprognose berufsrechtlich „vorsortiert“. Zusammenfassend lässt sich bereits sagen, dass eine Beschlusszurückweisung immer dann ausscheidet, wenn zulässig neuer Prozessstoff eingeführt wurde, vor allem dann, wenn eine Beweisaufnahme nötig wird, da so immer Zweifel an der erstinstanzlichen Entscheidung vorliegen.

Die oben begonnene Auslegung der „mangelnden Erfolgsaussicht“ kann somit wie bereits angedeutet erst hier durch eine entsprechende Auslegung der „Zweifel“ beendet werden. Die endgültige Auslegung ist deshalb im Rahmen einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die der Systematik des neuen Berufsrechts zu gehorchen hat und sich aus einer Wechselwirkung der Erfolgsprognose des § 522 Absatz II ZPO im Zusammenspiel mit der Bindungswirkung des § 529 ZPO ergibt. Die mangelnde Erfolgsaussicht des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO erfordert bei ihrer Auslegung eine inzidente Prüfung der Zweifel, die wiederum selbst der Auslegung bedürfen.

.1) Die Voraussetzungen des § 529 ZPO

§ 529 ZPO regelt den Umfang und die Intensität der Prüfungsbefugnis des Berufungsgerichts.

Greift der Berufungskläger in seiner Berufungsbegründung die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts an, so ist im Zurückweisungsverfahren nach § 522 Absatz II ZPO zu prüfen, ob diese in der Berufungsschrift konkretisierten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Denn nur dann kann das Berufungsgericht gemäß § 529 ZPO einen solchen Angriff beachten und muss dies auch. Kann dieser Angriff jedoch die diesbezügliche „Zulassungshürde“ des § 529 ZPO nicht überspringen, bleibt der Einwand des Berufungsklägers unerheblich und die Berufung kann ohne weiteres mangels Erfolgsaussicht zurückgewiesen werden. Eine neue

Beurteilungsgrundlage liegt dann eben nicht vor, so dass dem Berufungsgericht eine Abänderungs- oder Beurteilungskompetenz in tatsächlicher Hinsicht durch das Gesetz abgesprochen wird.

§ 529 ZPO enthält ein Kernelement der neuen Ausgestaltung des Berufungsverfahrens. Wie bereits oben im Rahmen der Einleitung angesprochen ist die Berufungsinstanz nicht mehr Wiederholung der Tatsacheninstanz – wie noch nach § 525 ZPO a.F. – sondern eine Instanz der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung. In § 529 Absatz I ZPO drückt sich diese Neuorientierung unmittelbar dadurch aus, dass das Berufungsgericht an eine fehlerfreie Tatsachenfeststellung des Eingangsgerichts gebunden ist und zugleich die Grenzen dieser Bindung festlegt. Die Normierung einer solchen Bindungswirkung basiert im Wesentlichen auf der Erkenntnis, dass eine erneute Feststellung in der Regel zu keinen verlässlicheren Ergebnissen führt, als das Eingangsgericht sie gefunden hat. Denn eine bessere „Treffsicherheit“ in der zweiten Instanz kann wegen des größeren zeitlichen Abstandes einer Beweisaufnahme vom streitigen Geschehen und einer möglichen „Präjudizierung“ durch vorausgegangene Beweisaufnahmen nicht angenommen werden.⁵⁵⁰

§ 529 Absatz II ZPO ist mittelbare Folge der neuen Zweckbestimmung der Berufung, denn ohne die hier normierte Beschränkung wäre das Berufungsgericht in einem System der Fehlerkontrolle gehalten, das gesamte erstinstanzliche Verfahren auf mögliche prozessuale Mängel und deren Relevanz für die Sachverhaltsfeststellung zu untersuchen.

(aa) Grundsätzliche Bindung gemäß § 529 Absatz I Nr.1 1.Halbs. ZPO

Zum Prozessstoff der Berufungsinstanz gehören zweitinstanzliche Prozessvorgänge (z.B. die von den Parteien erst hier vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel) sowie der Prozessstoff des ersten Rechtszuges (Verhandlungsinhalt, Ergebnisse von Beweisaufnahmen, Zwischenentscheidungen, Endurteil). Letztgenannter Prozessstoff gelangt mit einem zulässigen Rechtsmittel ohne weiteres in den zweiten Rechtszug.⁵⁵¹ Eines diesbezüglichen Parteivortrages, wie ihn § 526 ZPO a.F. noch gefordert hatte, bedarf es dazu nicht.

Im Hinblick auf die festgestellten Tatsachen regelt § 529 Absatz I Nr.1 ZPO unmittelbar diesen automatischen Transport dieses erstinstanzlichen Prozessstoffes in die zweite Instanz.

Dabei zielt § 529 Absatz I Nr.1 ZPO auf den erstinstanzlichen Erkenntnisprozess, also die Schaffung der Tatsachengrundlagen für die rechtliche Bewertung im Urteil durch das Erstgericht

⁵⁵⁰ Vgl. zu diesem Argument: Rimmelpacher in: ZZZ 107 (1994), S.452 ff.

⁵⁵¹ Vgl.: Grunsky in: NJW 2002, S.801.

und deren Bewertung durch das Berufungsgericht.⁵⁵² Der Erkenntnisprozess umfasst die Differenzierung in streitigen und unstreitigen Sachvortrag, Feststellung der Beweislast, Anordnung und Erhebung der Beweise und Bewertung des Ergebnisses der Beweisaufnahme.

Für diesen in die Berufungsinstanz transportierten Prozessstoff normiert § 529 Absatz I ZPO dann eine Bindungswirkung, die sich grundsätzlich auch auf die offenkundigen und gerichtsbekanntenen sowie die zugestandenen und unstreitigen Tatsachen erstreckt.⁵⁵³

Die Bindungswirkung des § 529 ZPO bezieht sich auf die festgestellten Tatsachen, also auf diejenigen tatsächlichen Behauptungen, zu denen das Eingangsgericht die Entscheidung getroffen hat, dass sie wahr oder nicht wahr seien.⁵⁵⁴ Die weitergehende Auffassung, die als festgestellt alles tatbestandlich wiedergegebene tatsächliche Vorbringen – also der gesamte streitige und unstreitige Sachverhalt – ansieht⁵⁵⁵, ist mit dem Sinn des § 529 ZPO kaum vereinbar⁵⁵⁶. Das Gesetz verwendet neben dem Begriff der „festgestellten Tatsachen“ an dieser Stelle noch zweimal den Ausdruck „Feststellungen“ und beide Male ist damit nicht die Gesamtheit aller Tatsachenbehauptungen gemeint.

Auch der BGH⁵⁵⁷ lehnt unter Bezugnahme auf § 559 Absatz II ZPO eine Erweiterung der Bindungswirkung auf die tatbestandlichen Feststellungen ab. Denn die Tatsachenbehauptungen, zu deren Wahrheitsgehalt das Eingangsgericht nicht Stellung genommen hat, werden auch ohne eine Überdehnung des Begriffes der „festgestellten Tatsachen“ Prozessstoff der zweiten Instanz. Diese dogmatisch „sattelfestere“ Begründung ergibt sich nämlich direkt aus § 529 Absatz I Nr.1 ZPO, nach dessen zweitem Halbsatz Vorbringen, was die erste Instanz übersehen und deshalb auch keine diesbezüglichen Feststellungen getroffen haben kann, in der Berufungsinstanz beachtlich ist. Denn eine solche erstinstanzliche Nichtberücksichtigung ist ein Verfahrensfehler, der zur Neufeststellung durch das Berufungsgericht Anlass gibt.

Wegen des ohnehin in der Berufungsinstanz angefallenen Prozessstoffes erster Instanz wäre eine solche Erweiterung der festgestellten Tatsachen auch mit Blick auf § 314 ZPO unnötig und würde nur zu weitreichenden Komplikationen führen.⁵⁵⁸

⁵⁵² Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 529, Rn.2.

⁵⁵³ Vgl.: BGH NJW 2004, S.2152.

⁵⁵⁴ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.4.

⁵⁵⁵ Vgl.: Ball in: Musielak; § 529, Rn.2.

⁵⁵⁶ Zu diesem Ergebnis kommt auch: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.4.

⁵⁵⁷ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1876.

⁵⁵⁸ Vgl.: Gaier in: NJW 2004, S.2043.

In diesen Problemkomplex fließt auch die Frage ein, welche Funktion der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 313 Absatz I Nr.5 ZPO in Hinblick auf schriftsätzlich angekündigtes Parteivorbringen hat.

Für die Ermittlung des erstinstanzlichen Prozessstoffes bieten sich zwei Quellen an, nämlich entweder der Inhalt der Gerichtsakten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung (inklusive gemäß §§ 139 Absatz V, 283 ZPO nachgelassener Schriftsätze) oder der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils. Für das Revisionsverfahren trifft § 559 Absatz I ZPO insoweit eine Regelung, nach der grundsätzlich nur das aus dem vorinstanzlichen Urteil und den Sitzungsprotokollen ersichtliche Parteivorbringen Berücksichtigung finden soll. Der BGH lehnt jedoch eine Heranziehung dieser Norm auf das Berufungsverfahren unter Hinweis auf die unterschiedlichen Prüfungsprogramme von Berufung und Revision ab.⁵⁵⁹ Schließt somit die Systematik der zivilprozessualen Rechtsmittel eine entsprechende Anwendung des § 559 Absatz I ZPO in der Berufungsinstanz aus, so scheint dem Zugriff auf den Inhalt der Gerichtsakten kein Hindernis im Wege zu stehen. Besonders vor dem Hintergrund der Vermutung, dass mit der Antragstellung eine konkludente Bezugnahme auf die bis dahin vorgelegten Schriftsätze nach § 137 Absatz III Satz 1 ZPO verbunden ist,⁵⁶⁰ liegt es nahe, für die Ermittlung des Prozessstoffes auf den Inhalt der Gerichtsakten zurückzugreifen⁵⁶¹, was insbesondere von Relevanz ist, wenn das erstinstanzliche Gericht erhebliches Parteivorbringen übergegangen hat.

Allerdings lässt sich diese Konsequenz zumindest auf den ersten Blick nicht mit der Regelung des § 314 ZPO vereinbaren.

Dort ist die Beweiskraft des Tatbestandes geregelt und nach dieser Vorschrift liefert gerade nicht der Akteninhalt sondern der Urteilstatbestand⁵⁶² Beweis für das mündliche Parteivorbringen. § 314 ZPO könnte also dafür sprechen, den Prozessstoff der ersten Instanz – und damit auch den über § 529 ZPO in die Berufung transportierten - allein dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zu entnehmen.

⁵⁵⁹ Vgl.: Gaier in: NJW 2004, S.2041, der hieraus den verallgemeinernden Rückschluss ableitet, eine Heranziehung revisionsrechtlicher Normen und der hierzu entwickelten Rechtsprechung auf das Berufungsverfahren verbiete sich grundsätzlich wegen der unterschiedlichen Kontrolldichte der beiden Rechtsmittel. Keinesfalls kann über eine solche Heranziehung eine restriktive Auslegung des Berufungsrechts erreicht werden.

⁵⁶⁰ Vgl.: BGH NJW 1994, S.3295; Greger in: Zöller; § 137, Rn.3.

⁵⁶¹ so bereits vor den „Grundsatzurteilen“ des BGH aus dem Jahre 2004: Crückeberg in: MDR 2003, S.200.

⁵⁶² Nach BGH NJW 1993, S.55 soll dies hier nicht im formellen Sinne, sondern einschließlich tatbestandlicher Feststellungen in den Entscheidungsgründen zu verstehen sein.

Richtig wäre das allerdings nur, wenn aus § 314 ZPO die negative Beweiskraft des Tatbestandes folgen würde. Dann würde der Tatbestand den Prozessstoff erster Instanz abschließend dokumentieren, da er sowohl positiv liefert, was die Parteien vorgetragen haben als auch – durch sein Schweigen – negativ, dass nichts fehlt, was die Parteien vorgetragen haben. Jedoch soll nach obiter dicta des BGH dem Tatbestand dabei gerade keine negative Beweiskraft zukommen.⁵⁶³ Der Tatbestand beweist „nur“, dass die Parteien die in ihm enthaltenen tatsächlichen Umstände zum maßgeblichen Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses vorgetragen haben.⁵⁶⁴ Er beweist allerdings nach der angegebenen neueren BGH-Rechtsprechung nicht negativ, dass die Parteien nichts behauptet haben, was nicht aus dem Tatbestand ersichtlich ist.⁵⁶⁵

Dies hat dann dergestalt Auswirkungen auf das Berufungsverfahren, dass § 314 ZPO somit quasi darüber entscheidet, ob ein Parteivorbringen in der Berufungsinstanz neu ist oder bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war⁵⁶⁶; und dementsprechend darüber, ob es nur unter den Voraussetzungen des § 530, 531 ZPO im Berufungsverfahren beachtet werden kann oder der Bindung des § 529 ZPO unterliegt.

Die Gegenauffassung⁵⁶⁷, die eine negative Beweiskraft des Tatbestandes bejaht, geht den prozessualen „Umweg“ über § 320 ZPO, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatbestandsberichtigung zulässt. Denn nach dieser Ansicht beweist der Tatbestand, dass in ihm fehlende Umstände seitens der Parteien auch nicht vorgebracht worden sind und deswegen auch kein Verhandlungsinhalt geworden sind.⁵⁶⁸

Keine Auswirkungen auf den Prozessstoff des Berufungsverfahrens hat hingegen die positive Beweiskraft des Tatbestandes, da bei widersprüchlichen Darstellungen in Schriftsätzen und Tatbestand das im Tatbestand Dargestellte maßgeblich ist.⁵⁶⁹

⁵⁶³ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1876 sowie S.2152.

⁵⁶⁴ Vgl.: BGH NJW 1999, S.1339.

⁵⁶⁵ Dem Urteilstatbestand kann keine negative Beweiskraft mehr beigelegt werden. Dafür spricht, dass das Gesetz selbst in § 313 Absatz II ZPO lediglich eine knappe Darstellung nur des wesentlichen Inhalts des Parteivorbringens verlangt. Wegen dieses Knappheitsgebots kann der Tatbestand nicht mehr die Aufgabe einer vollständigen Wiedergabe des Parteivorbringens haben, woraus dann aber auch das Entfallen einer Grundlage für die Annahme der negativen Beweiskraft resultieren muss. Auch über die Wesentlichkeit entscheidet das Gericht subjektiv, so dass der Tatbestand „nur“ eine den gerichtseigenen rechtlichen Erwägungen kongruente Wiedergabe des Tatsachenstoffes enthält, die nicht für alternative – zum Beispiel diejenige des Berufungsgerichtes – rechtliche Lösungen geeignet ist, vgl.: Gaier in: NJW 2004, S.111.

⁵⁶⁶ Vgl.: Crückeberg in: MDR 2003, S.200; Vollkommer in: Zöller; § 314, Rn.1.

⁵⁶⁷ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 529, Rn.4; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 60, Rn.22.

⁵⁶⁸ Vgl.: Grunsky in: NJW 2002, S.801 (hier allerdings unter Bezugnahme auf § 559 Absatz I S.1 ZPO).

⁵⁶⁹ Vgl.: Gaier in: NJW 2004, S.112.

Diese Bindung wirkt sich auf das Zurückweisungsverfahren derart aus, dass das Berufungsgericht nicht zu eigenen tatsächlichen Feststellungen kommen kann und somit, wenn es die rechtliche Feststellung des Eingangsgerichts teilt, die Berufung mangels Erfolgsaussicht zurückweisen kann.

(bb) Wegfall der Bindung infolge von Zweifeln gemäß § 529 Absatz I Nr.1 2.Halbs. ZPO

Anders sehen die „zurückweisungs-spezifischen“ Konsequenzen für die mangelnde Erfolgsaussicht aus, wenn diese Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des Eingangsgerichtes infolge von Zweifeln an deren Richtigkeit gemäß § 529 Absatz I Nr.1 2.Halbs. ZPO entfällt.

Bezüglich des über § 529 ZPO in die zweite Instanz transportierten Prozessstoffs muss dann nämlich von dem Berufungsgericht eine eigene tatsächliche Aufarbeitung und Bewertung vorgenommen werden. Und diese eigenen Feststellungen sind dann als „neue“ Verhandlungs- und Entscheidungsgrundlage heranzuziehen.

Die entscheidende Frage ist demnach – in Hinblick auf den Zurückweisungsbeschluss - , wann genau gemäß § 529 Absatz I Nr.1 2.Halbs. ZPO konkrete Anhaltspunkte ausreichende Zweifel begründen, um eine Neufeststellung der Tatsachen zu gebieten.

Die Antwort kann mit der gebotenen Präzision auch hier wiederum nur gegeben werden, wenn man eine an den zivilprozessualen Besonderheiten orientierte Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Zweifel vornimmt.

Der Begriff „Zweifel“ wurde vom Gesetzgeber in bewusster Anlehnung an § 124 Absatz II Nr.1 VwGO gewählt.⁵⁷⁰ Zudem ist dieser Terminus bereits an anderen Stellen in die Rechtssprache eingeführt. Er findet sich u.a. in § 80 Absatz IV Satz 3 VwGO, § 69 Absatz II Satz 2 FGO und § 361 Absatz II AO.

Einleitend können die Zweifel auf systematischer Ebene unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensvereinheitlichung beleuchtet werden, der bei der näheren Bestimmung einer auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen neuen prozessualen Norm fruchtbar gemacht werden kann.⁵⁷¹ Die rechtstheoretischen Ergebnisse sowie die jeweilige Rechtsprechung könnten dann eventuell unterstützend auf die Konkretisierung der „Zweifel“ in § 529 ZPO übertragen werden, wenn die Interessenlagen und Regelungskomplexe vergleichbar sind.

Die genannten Normen betreffen Abgabeangelegenheiten, in denen ein Verwaltungsakt kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist, und bestimmen, dass die Aussetzung der Vollziehung des

⁵⁷⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.100; Heiderhoff in: JZ 2003, S.493.

⁵⁷¹ Vgl.: Vollkommer in: JZ 1987, S.105.

Verwaltungsakts erfolgen soll, wenn eben solche „ernstlichen Zweifel“ an dessen Rechtmäßigkeit bestehen. Die größte Schnittmenge mit dem zivilprozessualen Berufungsrecht hinsichtlich des Regelungskomplexes findet sich in § 124 Absatz II Nr.1 VwGO, wonach die Berufung zuzulassen ist, wenn ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen. Im Rahmen der Auslegung der genannten Bestimmungen ist der Begriff der „ernstlichen Zweifel“ in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur konkretisiert worden, so dass die diesbezüglichen Erkenntnisse für eine entsprechende Auslegung des § 529 Absatz I ZPO herangezogen werden können. Im Rahmen des § 124 VwGO war vor allem streitig, ob es ausreicht, wenn das erstinstanzliche Urteil mit 50%iger Wahrscheinlichkeit falsch sein könnte, oder ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, also über 50% nötig sei.⁵⁷²

Das BVerfG hat jedoch dieser „Prozentklauberei“⁵⁷³ im Verwaltungsprozess eine Absage erteilt. Es hat den Begriff der „ernstlichen Zweifel“ dahingehend konkretisiert, dass diese immer schon dann begründet seien, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten infrage gestellt werde.⁵⁷⁴ Denn anderenfalls wäre der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art.103 Absatz I GG⁵⁷⁵ verletzt⁵⁷⁶, der u.a. verlangt, dass die Parteien durch ihr Vorbringen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Gerichts nehmen können. Es ist sozusagen eine „Stoßrichtung“ dieses Grundrechtes, Zweifel bei dem Gericht hervorzurufen. Es würde Art.103 Absatz I GG demnach unterlaufen, wenn diesen Zweifeln durch Scheitern an einer nicht kalkulierbaren Prozentgrenze ihre Wirksamkeit mit Blick auf eine Abänderung des Urteils abgesprochen werden würde.

Allerdings ist zu beachten, dass bei der Übertragung dieser Verfassungsgerichtsrechtsprechung auf den Zivilprozess Vorsicht geboten ist, da es sich bei § 124 Absatz II VwGO um eine Zulässigkeitschwelle handelt und somit im Wesentlichen um ein Problem des rechtlichen Gehörs. Im Zivilprozess dagegen ergibt sich nach dem „neuen“ Berufungsrecht die Zulässigkeit bereits meist aufgrund der Höhe des Streitwerts gemäß § 511 Absatz II Nr.1 ZPO,⁵⁷⁷ und das rechtliche Gehör des Berufungsklägers ist gewährleistet. Wiederum anders könnte die diesbezügliche Auslegung der „Zweifel“ jedoch im Rahmen des hier untersuchten

⁵⁷² Vgl.: Kopp/Schenke; § 124, Rn.7; Happ in: Eyermann; VwGO, § 124, Rn.11 ff.

⁵⁷³ Vgl. bezüglich dieser Formulierung: Heiderhoff in: JZ 2003, S.493.

⁵⁷⁴ Vgl.: BVerfG NVwZ 2000, S.1164.

⁵⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich oben in dem Teil „D, II, 2, a“

⁵⁷⁶ Vgl.: BVerfG NVwZ-RR 2002, S.802.

⁵⁷⁷ Vgl. dazu ausführlich oben in dem Teil „D, II, 1, d, bb, bbb, .1“

Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 Absatz II ZPO sein⁵⁷⁸, da sich die Gewährung des rechtlichen Gehörs hier zwischen Zulässigkeit und Begründetheit abspielt und eine Zurückweisung ähnlich „gravierende“ Folgen für den Berufungskläger haben kann wie bei einer Verneinung der Zulässigkeit bei § 124 Absatz II VwGO. Hat nämlich das Berufungsgericht keine Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils, weist es die Berufung durch unanfechtbaren! Beschluss (§ 522 Absatz III ZPO) zurück.⁵⁷⁹

Als Zwischenergebnis für eine zivilprozessual autonome Auslegung lässt sich - von der verwaltungsrechtlichen Auslegung ausgehend - festhalten, dass im Rahmen des § 529 ZPO der „semantischen Definition“ gegenüber einer prozentualen Grenzziehung Vorrang zu gewähren. Denn neben dem praxisorientierten Argument, dass kein Richter sagen kann, ob er gerade noch 50%ige oder gerade schon 51%ige Zweifel an dem Urteil hat⁵⁸⁰, erscheint als nicht minder schwierig, solche Zweifel überhaupt einem Prozentbetrag zuordnen zu können.

Dementsprechend ist die Formulierung im Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, der den abschließenden Wortlaut des § 529 ZPO vorgeschlagen hat, sachgerechter. Danach muss eine gewisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird.⁵⁸¹

Als plastische Formulierung ließe sich festhalten, dass der Richter aufgrund seiner Zweifel die Tatsachen neu feststellen darf, wenn sie „ebenso gut falsch sein können, wie richtig“.

Dies kommt auch der eigentlichen Bedeutung des Wortes „Zweifel“ am nächsten. Resultierend aus dem alten germanischen Wortstamm „zwifal = zwei Fälle“ reichen nämlich schon zwei mögliche Fälle, um jemanden zweifeln zu lassen. Die so entstandenen Bedenken an der Richtigkeit sind zunächst unabhängig von einer Gewichtung dieser beiden Fälle.

Gerade vor dem Hintergrund der dargelegten Prozesszwecke der Durchsetzung subjektiver Rechtspositionen einerseits und der diesen dominierenden Zweck flankierenden objektiven Zweckkomponenten andererseits sowie deren tragender Bedeutung sollte von jeglichen Versuchen, die „Zweifel“ im Sinne des § 529 ZPO über wie auch immer festgelegte Prozentgrenzen zu definieren, Abstand genommen werden. Insbesondere im Kontext des § 522 Absatz II ZPO, der im Zusammenhang mit seinem Absatz III eine erhebliche Rechtsschutzverkürzung zur Konsequenz hat, muss dies gelten.

⁵⁷⁸ Darauf weist auch Heiderhoff in: JZ 2003, S.493 hin.

⁵⁷⁹ Auf die Besonderheiten der Auslegung unter „zurückweisungsspezifischen“ Besonderheiten wird später unter dem Punkt „2“ näher eingegangen.

⁵⁸⁰ Vgl.: Heiderhoff in: JZ 2003, S.493.

⁵⁸¹ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.100.

Eine gewisse Konkretisierung der „Zweifel“ nimmt auch das Gesetz schon selbst dadurch vor, dass sie „begründet“ sein müssen durch „konkrete Anhaltspunkte“. So kann dann auch der „weite“ Wortlaut der Zweifel mit der Intention des Gesetzgebers, die Berufungsinstanz zu einer Fehlerkontrolle umzugestalten, in Einklang gebracht werden, ohne schwierig zu handhabende Prozentgrenzen zu konstruieren oder die Idee der Neukonzeption der Berufung zu unterlaufen. Begründet sollen die Zweifel schon dann sein, wenn die Unrichtigkeit oder Lückenhaftigkeit als Folge der konkreten Anhaltspunkte nicht ausgeschlossen werden kann, wodurch wiederum sichtbar wird, die Zweifel eher weit auszulegen.⁵⁸²

Ein solches weite Verständnis knüpft auch an die im Revisionsrecht bewährte und anerkannte Auffassung an, dass eine tatsächliche Feststellung des Untergerichts schon dann aufzuheben ist, wenn ein Verfahrensfehler auch nur möglicherweise zu einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung geführt haben könnte.⁵⁸³ Daraus lässt sich durchaus ein Rückschluss dergestalt ziehen, dass in der Berufungsinstanz, die einer Tatsacheninstanz – auch nach der Reform von 2001 – noch eher ähnelt als die Revision, mindestens die gleiche „Bindungsintensität“ an Tatsachenfeststellungen der vorigen Instanz gegeben sein sollte, wie in der Revisionsinstanz, die wegen ihres Zweckes⁵⁸⁴ noch stärker auf die rechtliche Nachprüfung beschränkt ist und dementsprechend auch noch stärker an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist.

Auch der BGH befasst sich mit der Konkretisierung dieser Begrifflichkeit in seinem Urteil vom 12.3.2004. Er weist darauf hin, dass es für „Zweifel“ bereits genügt, wenn nur ein tragendes Element der erstinstanzlichen Beweiswürdigung in seiner Aussagekraft geschmälert wird, weil bereits dann die Unrichtigkeit oder Lückenhaftigkeit der getroffenen Feststellungen „nicht ausgeschlossen werden kann“. Durch diese negative Definition bringt auch der BGH zum Ausdruck, dass Zweifel bereits dann vorliegen, wenn der Beurteilungssensor des Berufungsgerichtes in Richtung Zweifel ausschlägt und nicht erst, wenn er eine bestimmte Wahrscheinlichkeitsgrenze überschreitet.

⁵⁸² Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 529, Rn.3; Heiderhoff in: JZ 2003, S.493; Rimmelspacher in: MK; § 529, Rn.21; Stackmann in: NJW 2007, S.9.

⁵⁸³ Vgl.: BGH NJW 1990, S.122.

⁵⁸⁴ Die Revision dient nach der ZPO nicht nur dem Interesse der Parteien an der richtigen und gerechten Entscheidung ihrer Sache, sondern auch dem staatlichen Interesse an der Einheit der Rechtspflege, an der einheitlichen Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts und an der Kontrolle der Richtigkeit. Daraus erklären sich viele Beschränkungen, wie u.a. auch diejenigen aus dem tatsächlichen Bereich; vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 133, Rn.23.

Maßgeblich müssen auch diverse Aspekte der in dem Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Verfahrensgrundrechte in diese weite richterliche Handhabung des Begriffs der Zweifel durch eine verfassungskonforme Auslegung einfließen.

So ist hier insbesondere das Willkürverbot zu beachten, da sich bei einer „schwammigen“ Auslegung der Zweifel aus Sicht des Berufungsklägers der Verdacht aufdrängen könnte, das Gericht treffe seine Entscheidung aufgrund sachfremder Erwägungen und steuere das Berufungsverfahren so innerhalb eines weiten Handlungsspielraums je nach Arbeitsanfall. Dieser Verdacht kann nur durch ein berechenbares und transparentes Prozedieren⁵⁸⁵ des Berufungsgerichts ausgeräumt werden.

Des Weiteren ist es mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit geboten, bei Ausübung der prozessualen Befugnisse des § 522 Absatz II ZPO, die mit Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen einhergehen, nicht die weitreichende Konsequenz der Unanfechtbarkeit des § 522 Absatz III ZPO aus den Augen zu verlieren. Denn nur wenn schon die geringsten Zweifel ausreichen, um den Anwendungsbereich des § 522 Absatz II ZPO mit dessen mangelnder Erfolgsaussicht zu sperren, erscheint eine Unanfechtbarkeit verhältnismäßig zu sein. Diese Erwägungen der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Verfahrens spiegeln den Gedanken der Justizförmigkeit wieder, der eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung verlangt.⁵⁸⁶

Der Grundsatz einer materiellrechtsfreundlichen Auslegung, der als Ausprägung des Prozesszweckes des Individualrechtsschutzes zu verstehen ist, ist ebenso heranzuziehen. Denn bei einer unanfechtbaren Zurückweisung, deren Voraussetzungen durch ein enges Verständnis der die mangelnde Erfolgsaussicht verneinenden Zweifel gelockert würden, verliert der Berufungskläger in jedem Fall die Durchsetzung der ihm eventuell zustehenden materiellen Rechtsposition.

Letztlich wird auch die Auslegungsrichtlinie des Verbotes übertriebener Formenstrenge tangiert. Denn gewissermaßen normiert § 522 Absatz II ZPO wegen seiner Aufgabe als vorgeschaltetem Filterverfahren auch Rechtsmittelformalien. So muss sich der Berufungskläger hinsichtlich der Dichte seiner die Berufung stützenden Argumente und Tatsachen im klaren darüber sein, welche diesbezügliche Quantität und Qualität erforderlich ist, um Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils hervorrufen zu können. Und die Grundsätze für solche Rechtsmittelformalien müssen daher sofort, eindeutig und klar aus dem Gesetzestext erkennbar sein und dürfen nicht erst durch einengende und gegebenenfalls überraschende Auslegung durch

⁵⁸⁵ Vgl.: BVerfGE 93, S.720.

⁵⁸⁶ Vgl.: BVerfGE 49, S.164.

das Berufungsgericht gefunden werden.⁵⁸⁷ Dies ließe sich wohl am ehesten verwirklichen, wenn schon jeder Zweifel – unabhängig von seiner Intensität – genügt und deshalb geeignet ist, den Weg der Beschlusszurückweisung wegen einer zumindest potentiellen Erfolgschance zu versperren.

Eine Gesamtbetrachtung der die zivilprozessuale Auslegung charakterisierenden Wertungsgesichtspunkte formt so einen sehr weiten Zweifelsbegriff, so dass schon wie auch immer aufkeimende Zweifel das Gericht binden und eine Beschlusszurückweisung dann „zweifelsbedingt“ ausbleiben hat.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die „Zweifel“ im Rahmen des § 529 Absatz I ZPO nicht erst dann „begründet“ sind, wenn es vernünftige Zweifel sind, die an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen bestehen oder eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit spricht.⁵⁸⁸ Erst recht kann nicht darauf abgestellt werden, dass der Berufungskläger einen von den Feststellungen des Erstgerichts abweichenden Sachverhalt gemäß § 294 ZPO glaubhaft⁵⁸⁹ machen muss, um Zweifel hervorzurufen.

Auch die fehlende Übernahme der „Ernstlichkeit“ der Zweifel in den Wortlaut des § 529 ZPO trotz grundsätzlicher Ausrichtung an dem verwaltungsrechtlichen Terminus der „ernstlichen Zweifel“ ist ein weiteres Indiz dafür, dass von jeglichen, das Zweifelsmaß des Berufungsgerichtes einengenden, Attributen abzusehen ist.

Vor dem Hintergrund der zivilprozessualen und letztlich auch materiellrechtlichen Bedeutung muss die Auslegung der „Zweifel“ des § 529 ZPO dem Leitmotiv folgen, dass jeglicher Skepsis des Berufungsgerichts an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung stets „Vorfahrt“ vor irgendwie einschränkenden Interpretationen zu gewähren ist.

Neben der dargestellten Ausfüllung des Begriffs „Zweifel“ verlangt § 529 Absatz I Nr.1 ZPO jedoch zusätzlich, dass diese Zweifel – nicht zuletzt wegen der extensiven Auslegung – durch konkrete Anhaltspunkte hervorgerufen worden sein müssen. Um die erstinstanzlichen

⁵⁸⁷ Vgl.: BVerfGE 4, S.37.

⁵⁸⁸ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.22.

⁵⁸⁹ Dafür soll nach BGH NJW 1996, 1682 überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen. Allerdings wird auch im Rahmen des § 294 ZPO darauf hingewiesen, dass diese „Formel“ unscharf ist, da der Richter nicht immer schon dann die mit der Behauptung begehrte Entscheidung treffen, wenn ein Quäntchen mehr dafür als dagegen spricht. Vielmehr erfordert die Überzeugungsintensität bei der Glaubhaftmachung eine an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientierte Ausprägung; vgl.: Greger in: Zöller; § 294, Rn.6.

Feststellungen in Zweifel zu ziehen, genügt also nicht die abstrakte Erwägung oder Vermutung ihrer Unrichtigkeit.⁵⁹⁰

Die Kontrolle der im erstinstanzlichen Urteil festgestellten Tatsachen auf solche konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen begründen, obliegt dem Gericht von Amts wegen.⁵⁹¹ Andernfalls könnte das Berufungsgericht auch gar nicht einschätzen, ob und wie weit es für seine Entscheidung an die Feststellungen der Vorinstanz nach § 529 Absatz I Nr.1 ZPO gebunden ist.⁵⁹²

Die Prüfung setzt hierbei insbesondere keine Rüge nach § 520 Absatz III Satz 2 Nr.3 ZPO voraus, auch nicht vor dem Hintergrund des § 529 Absatz II ZPO. Denn das Rügeerfordernis des § 529 Absatz II Satz 1 ZPO führt – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung⁵⁹³ – nicht zu einer Einschränkung der Tatsachenkontrolle durch das Berufungsgericht. Der BGH verweist diesbezüglich erneut auf die klare Systematik des § 529 ZPO, der in seinen beiden Absätzen klar zwischen den Aufgaben des Berufungsgerichtes bei der Überprüfung des angefochtenen Urteils in tatsächlicher – Absatz I – und rechtlicher Hinsicht – Absatz II – trennt.⁵⁹⁴ Ein Angriff der tatsächlichen Feststellungen unterliegt demnach auch dann nicht dem Rügeerfordernis des § 529 Absatz II ZPO, wenn er mittels eines Berufens auf Verfahrensfehler bei eben diesen Feststellungen vorgenommen wird. Die Bindung an erstinstanzliche Feststellungen entfällt, wenn Zweifel an deren Richtigkeit bestehen, unabhängig von einer Rüge der Verfahrensfehler, die genau diese Zweifel hervorrufen.

Konkrete Anhaltspunkte ergeben sich zum einen aus Verfahrensfehlern, die dem Eingangsgesicht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. In Betracht kommen hierbei die Nichtbeachtung der Regeln zur mündlichen Verhandlung (§§ 128, 128a, 156 ZPO), die unzureichende Ausübung der materiellen Prozessleitung (§ 139 ZPO), die Nichtberücksichtigung und die nicht berechnete Präklusion von Parteivorbringen (§§ 286 Absatz I, 296 ZPO), die Verletzung von Beweisaufnahmeregeln (§§ 355 ff. ZPO) sowie eine fehlerhafte Beweiswürdigung (§ 286 ZPO einschließlich der dazu entwickelten richterrechtlichen Regeln).

⁵⁹⁰ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 529, Rn.11.

⁵⁹¹ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1878.

⁵⁹² Vgl.: Gaier in: NJW 2004, S.2043.

⁵⁹³ Dazu mehr unter dem folgenden Prüfungspunkt „(cc)“.

⁵⁹⁴ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1878.

Dagegen stellt die Berücksichtigung von Parteivorbringen, das vom Eingangsgesicht gemäß der §§ 296 Absatz I oder Absatz II ZPO hätte zurückgewiesen werden müssen, keinen Verfahrensfehler im Sinne des § 529 ZPO dar. Denn ein solcher Verfahrensfehler ist überholt.⁵⁹⁵ Gesetzessystematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch der beachtliche Einwand der Auffassung⁵⁹⁶ zu beachten, die darauf hinweist, dass ein Verstoß gegen eine Norm – also auch ein Verfahrensfehler wie in den oben genannten Beispielen – bereits unmittelbar von § 513 ZPO erfasst sind. Denn die Korrektur der Tatsachengrundlage aufgrund rechtsfehlerhafter Erfassung durch das Erstgericht ist dem Berufungsgericht dann ohnehin erlaubt,⁵⁹⁷ da sich eine entsprechende Prüfungskompetenz bereits wegen Vorliegens einer Rechtsverletzung aus § 513 Absatz I Nr.1 ZPO ergibt⁵⁹⁸, die insoweit nicht an die jeweiligen Anträge gebunden ist.⁵⁹⁹ In diesem Fall einer Rechtsverletzung im Zuge der Tatsachenfeststellung oder Tatsachenauswertung käme es auf den zweiten Berufsgrund und damit auf § 529 Absatz I Nr.1 ZPO überhaupt nicht an. § 529 Absatz I Nr.1 ZPO würde demnach „nur“ Kriterien aufstellen, anhand derer eine Neufeststellung durch das Berufungsgericht zulässig ist, selbst wenn dem Erstgericht kein Rechtsfehler unterlaufen ist.⁶⁰⁰ Das Berufungsgericht darf dann den Erkenntnisprozess wiederholen, eine neue Beweisaufnahme und seine Würdigung im Rahmen des § 286 ZPO an die Stelle des Erstgerichts setzen. Eines Rückgriffes auf § 529 ZPO bedarf es insoweit nicht. Von § 529 ZPO erfasst sind danach nur unrichtige Tatsachenvorstellungen, die nicht zugleich auf einem Verfahrensfehler beruhen. Ausgangspunkt dafür ist stets das zumeist sehr weite Verständnis des Begriffes „Verfahrensfehler“. Verfahrensfehler werden im Allgemeinen objektiv und ex post beurteilt.⁶⁰¹

Bei einer solchen Beurteilung bleibt jedoch kaum ein eigener Anwendungsbereich des § 529 Absatz I Nr.1 ZPO, denn dann sind auch inhaltlich fehlerhafte Feststellungen von Tatsachen fast immer ein Verfahrensfehler, da es ja insoweit nur auf die Betrachtung des Berufungsgerichtes ankommt. Auch die vom Gesetzgeber angesprochene Fallgruppe der von Amts wegen zu

⁵⁹⁵ Vgl.: Prütting in: MK; § 296, Rn.181.

⁵⁹⁶ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 529, Rn.2; Heiderhoff in: JZ 2003, S.493.

⁵⁹⁷ Vgl.: BGH NJW 2004, S.2828.

⁵⁹⁸ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller, § 529, Rn.2; Heiderhoff in: JZ 2003, S.492.

⁵⁹⁹ Vgl. diesbezüglich schon Fußnote 495.

⁶⁰⁰ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller, § 529, Rn.2; Gaier in: NJW 2004, S.2041

⁶⁰¹ Vgl.: Gummer in: Zöller; § 546, Rn.16; Rimmelspacher in: MK; § 529, Rn.12; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 143, Rn.20.

berücksichtigenden gerichtskundigen Tatsachen⁶⁰² ist nicht ohne weiteres kein Verfahrensfehler. Von Amts wegen zu berücksichtigen sind nämlich einerseits die Tatsachen, die allgemein kundig sind.⁶⁰³ Diese Tatsachen hätte aber auch das Erstgericht berücksichtigen müssen, so dass wiederum ein Verfahrensfehler vorliegt. Andererseits sind solche Tatsachen von Amts wegen zu berücksichtigen, die dem Richter amtlich – also aus einem Parallelprozess – bekannt sind. Dann ist aber fraglich, ob überhaupt ein Verfahrensfehler vorliegt, da der Parallelprozess des Berufungsrichters ja den Bereich des erstinstanzlichen Gerichts nie berührt hat.⁶⁰⁴ Insgesamt sollte der Regelungsgehalt des § 529 Absatz I Nr.1 ZPO jedoch dahingehend verstanden werden, dass er die Konstellation der nach Ansicht des Berufungsgerichtes vorliegenden Fehlerhaftigkeit des erstinstanzlichen Urteils auf dessen tatsächlicher Ebene - neben § 513 ZPO - noch einmal zusätzlich klarstellt. § 529 ZPO ist tragendes Element der Neuausrichtung der Berufungsinstanz von einer neuen Tatsacheninstanz zu einer Instanz der Fehlerkontrolle, so dass gerade die grundsätzliche Bindung an die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen noch einmal nachdrücklich manifestiert werden sollte. Diese Auslegung entspricht auch der Entstehungsgeschichte der Norm, die von einem „Ringens“ um die Intensität der Bindung an die Tatsachengrundlage des Erstgerichts beziehungsweise um die Einführung eines der österreichischen ZPO vergleichbaren Novenverbotes gekennzeichnet war.⁶⁰⁵

Diesen Weg einer systematischen Unterscheidung der beiden in § 513 ZPO enthaltenen Berufungsgründe geht auch der BGH in seinem grundlegenden Urteil vom 12.3.2004⁶⁰⁶, denn hier wird die Überprüfung der Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts auf Verfahrensfehler unter dem Gesichtspunkt der Tatsachenkontrolle erörtert. Der BGH schließt sich somit nicht der Sichtweise an, solche Verfahrensfehler bei der Tatsachenfeststellung seien bereits Rechtsfehler im Sinne des „ersten“ Berufungsgrundes. Vielmehr wird diesem „ersten“ Berufungsgrund die Geltendmachung einer entscheidungskausalen Rechtsverletzung auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen zugeordnet und dem „zweiten“ Berufungsgrund der Angriff genau gegen diese Tatsachengrundlage auch und gerade mit dem diesbezüglichen „Angriffsmittel“ einer Rechtsverletzung, die bei dem Entstehen dieser Grundlage stattgefunden hat. Erstenfalls wird gewissermaßen die Rechtsverletzung nach der Tatsachenfeststellung angegriffen und im zweiten Fall Fehler auf dem Weg zu diesen Feststellungen.

⁶⁰² Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.100; Rimmelspacher in: MK; § 529, Rn.17.

⁶⁰³ Vgl.: Greger in: Zöller; § 291, Rn.1.

⁶⁰⁴ Vgl.: Heiderhoff in: JZ 2003, S.494.

⁶⁰⁵ Vgl.: Gummmer/Heßler in: MK; § 529, Rn.1.

⁶⁰⁶ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1876.

Neben den Verfahrensfehlern als konkrete Anhaltspunkte für Zweifel des Gerichts können sich zum anderen diese Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen aus der bloßen Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben. Unter Bezugnahme auf den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Standpunkt⁶⁰⁷, stellt der BGH in seinem zweiten grundlegenden Urteil zum Berufungsrecht vom 9.3.2005 explizit fest, dass sich Zweifel insbesondere daraus ergeben, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme schlicht anders würdigt.⁶⁰⁸ Die Grenze zu einer falschen und damit rechtsfehlerhaften Feststellung durch das Ausgangsgericht braucht in derartigen Konstellationen also gar nicht überschritten zu werden, um die Tür zu einer Neufeststellung seitens des Berufungsgerichts zu öffnen. Vielmehr genügt schon eine andere Wertung, die rechtlich genauso richtig sein kann wie die erste.

Eine Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen entfällt des Weiteren auch dann, wenn das Berufungsgericht an diesen Feststellungen deshalb zweifelt, weil der Erstrichter auf seinem Weg zu der jeweiligen Feststellung erhebliches Parteivorbringen übergegangen hat. Wegen der fehlenden negativen Beweiskraft des Tatbestandes hat das Berufungsgericht hierbei auch Behauptungen und Beweisangebote heranzuziehen, die im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils keine Erwähnung gefunden haben. Auch das schriftliche Parteivorbringen wird mithin in die Berufung devolviert und kann Zweifel dergestalt hervorrufen, dass der erstinstanzliche Richter dieses Vorbringen nicht oder nicht richtig „verarbeitet“ hat.

(cc) Neue Tatsachen nach § 529 Absatz I Nr.2, 530, 531, 533 ZPO

Besonders neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nach den §§ 529 Absatz I Nr.2, 530, 531 Absatz II ZPO zulässigerweise in die Berufungsinstanz eingeführt werden und die Tatsachenfeststellungen des Eingangsgerichts betreffen, können die erstinstanzlichen Feststellungen zweifelhaft werden lassen. Insofern wirkt die Regelung des Absatzes I Nr.2 in dessen Nr.1 hinein.⁶⁰⁹

Es kann aber stets nur neues Vorbringen, das nach den §§ 530, 531 Absatz II ZPO zuzulassen ist, als konkreter Anhaltspunkt im Sinne des § 529 Absatz I Nr.1 ZPO herangezogen werden. Da diese konkreten Anhaltspunkte, wenn sie geeignet sind, Zweifel hervorzurufen, eine Beschlusszurückweisung zwingend ausschließen, ist im Rahmen des § 522 Absatz II ZPO zu

⁶⁰⁷ Vgl.: BVerfG NJW 2005, S.1487; BVerfG NJW 2003, S.281.

⁶⁰⁸ Vgl.: BGH NJW 2005, S.1584.

⁶⁰⁹ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.15.

prüfen, ob und inwieweit neue Angriffs- und Verteidigungsmittel des Berufungsführers nach den §§ 530, 531 ZPO zuzulassen sind.

Diese Vorschriften erfassen nur Angriffs- und Verteidigungsmittel, also jegliche zur Begründung des Klageantrages oder zur Verteidigung gegen diesen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Behauptungen, Einwendungen, Bestreiten, Einreden und Beweisanträge.⁶¹⁰ Auch die Geltendmachung einer vor- oder innerprozessualen Aufrechnung ist ein Verteidigungsmittel in diesem Sinn⁶¹¹; allerdings fällt sie unter die später noch aufzugreifende Sonderregelung des § 533 ZPO.

Eine Zurückweisung durch Beschluss kann nämlich nur dann erfolgen, wenn die neuen Tatsachen nach Überzeugung des Berufungsgerichts nicht entscheidungserheblich sind oder keiner der in § 531 Absatz II ZPO genannten Zulassungsgründe vorliegt.

Eingangs prüft das Berufungsgericht also zwingend die Voraussetzungen des § 531 Absatz II ZPO.

Neues Vorbringen ist nach dem neuen Berufungsrecht in erheblichem Umfang präkludiert und im Ergebnis daher nur noch ausnahmsweise zulässig.

Der Umfang dieser Präklusion ist in § 531 Absatz II geregelt:

- Nach dessen Nr.1 sind die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel zunächst zuzulassen, wenn das Berufungsgericht den Fall materiell-rechtlich anders beurteilt und sie deshalb vom Eingangsgericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wurden. Haben die Parteien ihr Vorbringen im ersten Rechtszug an den ihnen durch das Gericht über § 139 ZPO mitgeteilten Rechtsauffassung ausgerichtet, so kann ihnen entsprechend dem Normzweck der Nr.1 auch kein fahrlässiges Verhalten im Sinne der Nr.3 vorgeworfen werden.⁶¹² In Fortführung des Rechtsgedankens des § 139 ZPO ist den Parteien nun die Gelegenheit zu geben, diese Lücke zu schließen.⁶¹³ Wenn das Erstgericht tatsächliche oder rechtliche Ausführungen bezüglich eines Gesichtspunktes erkennbar übersehen hat, kann hierzu in der Berufungsinstanz ohne Präklusion neu vorgetragen werden.

Der BGH löst über diese Alternative auch die Neufeststellung der Tatsachengrundlage bei einem Rechtsfehler des Erstgerichts.⁶¹⁴

⁶¹⁰ Vgl.: Greger in: Zöller, § 282, Rn.2.

⁶¹¹ Vgl.: Prütting in: MK; § 296, Rn.51.

⁶¹² Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform § 531, Rn.9; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.51.

⁶¹³ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 531, Rn.20.

⁶¹⁴ Auf diese Entscheidung des BGH NJW 2004, S.2628 wird später im Rahmen der „Stellungnahme“ noch näher eingegangen.

Des Weiteren sind Noven zulässig nach § 531 Absatz II Nr.1 ZPO, wenn sie zur Stützung einer materiell-rechtlichen Lösung nötig sind, die das Erstgericht für unzutreffend gehalten hat, die das Berufungsgericht aber seiner Rechtsansicht zugrunde legt.⁶¹⁵ Dabei muss aber die fehlerhafte Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Vortrag der Partei mitverursacht haben.⁶¹⁶

- Unter § 531 Absatz II Nr.2 ZPO fallen die Fälle, in denen das Gericht einen Hinweis nach § 139 ZPO aufgrund fehlerhafter Prozessleitung unterlassen hat, und die Partei deshalb ihrerseits diesbezüglichen Vortrag unterlassen hat. Ebenso zählt hierzu die Konstellation, in der es dem Berufungskläger in der ersten Instanz aufgrund zu kurzer Fristsetzung – §§ 273 Absatz II Nr.1, 279 Absatz III, 283 Satz 1 – nicht möglich war, vorzutragen. Ob die Prozessleitungspflichten dabei wirklich verletzt worden sind, beurteilt sich im Rahmen der Nr.2 aus der materiellrechtlichen subjektiven Sicht des Erstgerichts, da die Fälle eines objektiv materiell unzutreffenden erstgerichtlichen Ansatzes bereits von Nr.1 erfasst sind.⁶¹⁷

Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber, dass der Verfahrensmangel, dessentwegen die Partei im ersten Rechtszug außerstande war, ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, gemäß § 529 Absatz II ZPO gerügt worden ist.⁶¹⁸ Denn wenn diese Rüge ausbleibt, ist der Verfahrensmangel überholt und damit auch die Basis für einen neuen Vortrag nach § 531 Absatz II Nr.2 ZPO entfallen.⁶¹⁹

- Außer in den beiden vorgestellten Möglichkeiten der Nr.1 und 2 können neue Tatsachen in der Berufungsinstanz nach § 531 Absatz II Nr.3 ZPO nur noch vorgetragen werden, wenn diese Tatsachen ohne Verschulden der Partei in erster Instanz nicht vorgetragen wurden. Hierbei genügt nach dem ausdrücklichen Hinweis der Gesetzesbegründung⁶²⁰ einfache Fahrlässigkeit.

Hierzu zählt dann insbesondere jedes Versäumnis des Vortrages, das gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht des § 282 ZPO verstößt, die gemäß dessen Absatz I in der mündlichen Verhandlung und gemäß dessen Absatz II bereits in der schriftlichen Vorbereitung erfüllt werden muss. Auf eine Verzögerung des Berufungsverfahrens durch das neue Vorbringen kommt es in diesen Fällen der Fahrlässigkeit dann nicht mehr an, was aus der grundlegenden Intention des Reform-Gesetzgebers resultiert, durch die Neugestaltung des Novenrechts die vielfach beklagte „Flucht in die Berufung“ abzuschneiden.

⁶¹⁵ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 531, Rn.28.

⁶¹⁶ Vgl.: BGH ProZR 2004, S.157.

⁶¹⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.52.

⁶¹⁸ Auf diese Vorschrift wird im folgenden Passus näher eingegangen.

⁶¹⁹ Vgl.: Rimmelspacher in: MK; § 531, Rn.24; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.52.

⁶²⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.102.

Diese Präklusion ist zwar scharf, wird aber dadurch etwas entschärft, dass zwischen den Parteien unstreitiges, neues Vorbringen mit Blick auf den Dispositionsgrundsatz trotz nachlässigen Parteiverhaltens in erster Instanz berücksichtigt werden kann.⁶²¹

Relevant wird die Konstellation der Zulassung von neuem und unstreitigem Vorbringen in der Berufungsinstanz jedoch nur, wenn die Tatsachen bereits erstinstanzlich hätten vorgetragen werden können, aber eben aus Nachlässigkeit der Parteien nicht vorgetragen worden sind. Ist nämlich der Vortrag erstinstanzlich unverschuldet unterblieben, wird das dann in der zweiten Instanz neue Vorbringen nach § 531 Absatz II Satz 1 Nr.3 ZPO ohnehin berücksichtigt. So soll nach dem IX. Senat des BGH⁶²² nach dem erfolgreichen Verjährungseinwand des Beklagten in erster Instanz durch den Kläger unstreitiger Sachvortrag zum Verjährungsverzicht in zweiter Instanz nachgebracht werden können. Dies gelte selbst dann, wenn infolge dieses Vorbringens Beweis über damit in Zusammenhang stehendes streitiges Vorbringen erhoben werden müsse, auf das es nun ankomme. Ebenso wie bei § 528 Absatz III ZPO a.F. sei unstreitiges Vorbringen durch § 531 Absatz II ZPO n.F. nicht erfasst.

Der BGH schließt sich in seinen Urteilsgründen damit explizit der „weitesten“ Auffassung an.⁶²³ Er stützt sich dabei maßgeblich auf einen Vergleich mit der diesbezüglichen Gesetzeslage vor der Reform 2002, in der unstreitig gewordener Sachvortrag nicht unter die Präklusionsvorschrift des § 528 Absatz III ZPO a.F. subsumiert wurde.⁶²⁴ Der Gesetzgeber habe nämlich an dieser Begriffsbestimmung nichts geändert.⁶²⁵

Auch eine eventuell in Betracht kommende analoge Anwendung des § 531 Absatz II ZPO kommt mit Blick auf den strengen Ausnahmecharakter von Präklusionsvorschriften und ihren einschneidenden Folgen nicht in Frage.⁶²⁶

Weiterhin wird dieses Ergebnis durch eine Bezugnahme auf die – in der Einleitung dieser Arbeit ausführlich dargestellten – Prozesszwecke gestützt. Hauptsächlich besteht der Zweck des Zivilprozesses nämlich in der Feststellung und Verwirklichung subjektiver Rechte.⁶²⁷ Dem würde aber eine Auslegung des § 531 Absatz II ZPO widersprechen, die unstreitiges neues

⁶²¹ Vgl.: BGH NJW 2005, S.291; OLG Hamm MDR 2003, S.650; Crückeberg in: MDR 2003, S.10; Frohn in: FS Wiedemann 2002, S.161; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.63.

⁶²² Vgl.: BGH NJW 2005, S.291.

⁶²³ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 531, Rn.10; Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, § 531, Rn.8; Reichold in: Thomas/Putzo; § 531, Rn.1; Rimmelspacher in: MK; § 531, Rn.14; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.62.

⁶²⁴ Vgl.: BVerfGE 55, S.95.

⁶²⁵ Vgl.: Gesetzentw. Der BReg, BT-Drucksache 14/4722, S.101.

⁶²⁶ Vgl.: BVerfGE 75, S.312; BVerfGE 59, S.334.

Vorbringen nicht zulässt, da das Gericht dann sehenden Auges auf einer falschen, von keiner Partei letztlich vorgetragenen – da durch die neuen Tatsachen überholten – tatsächlichen Grundlage entscheiden müsste.⁶²⁸ Allerdings ist im Rahmen des allgemeinen Prozesszweckes auch nach der Reform 2002 die Aufgabe des Berufungsgerichtes, in erster Linie eine richtige und sachgerechte Entscheidung zu treffen⁶²⁹. Und nur wenn diese Ausrichtung des Rechtsmittels der Berufung gewährleistet ist, kann eine Umsetzung der reformspezifischen Neuausrichtung der Berufung auf die Fehlerkontrolle des erstinstanzlichen Urteils anhand präkludierender Normen wie § 531 ZPO erfolgen.

Auch mit der zivilprozessualen „Selbstverständlichkeit“ der Verhandlungsmaxime, nach der die Parteien über den der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legenden Prozessstoff bestimmen, wäre es nicht zu vereinbaren, die Parteien, die übereinstimmend die erstinstanzlichen Feststellungen im Interesse einer materiell richtigen Entscheidung des Berufungsgerichtes ergänzen, an der dafür notwendigen Einführung neuen unstreitigen Sachvortrages zu hindern. Auch schützenswerte Interessen des Berufungsbeklagten werden dadurch qua seiner Zustimmung und Veranlassung nicht beeinträchtigt. Und die in der Rechtsprechung⁶³⁰ verschiedentlich vorgenommene Einschränkung, neues unstreitiges Vorbringen sei in der Berufungsinstanz nur zu berücksichtigen, wenn eine Zurückweisung zu einer evident unrichtigen Entscheidung führe, wird vom BGH im Zuge der o.a. Erwägungen verworfen. An derartigen Abgrenzungen, die zudem erhebliche terminologische Schwierigkeiten nach sich ziehen, fehle es schlicht an einer Grundlage in der Vorschrift des § 531 ZPO.⁶³¹ Letztlich lehnt der BGH auch eine Anknüpfung der Zulassung neuen unstreitigen Vorbringens an die daraus eventuell resultierende Notwendigkeit einer neuen zweitinstanzlichen Beweisaufnahme ab. Denn im Gegensatz zu § 528 Absatz I und Absatz II ZPO a.F. stellt das Gesetz in § 531 Absatz II ZPO nicht mehr darauf ab, ob der Rechtsstreit durch die Berücksichtigung des neuen Vortrages verzögert wird. Die Verfahrensbeschleunigung ist auch nicht mehr unmittelbares Ziel der Präklusionsregeln.⁶³²

⁶²⁷ Vgl. hier nur noch einmal: BGHZ 10, S.336.

⁶²⁸ Vgl.: Debusmann, Bericht A zum 65. Deutschen Juristentag, A 43 ff.

⁶²⁹ Vgl. dazu: BGH NJW 2004, S.2751.

⁶³⁰ Vgl.: OLG Köln, OLG-Report 2004, S.124; OLG Karlsruhe, MDR 2004, S.1020; OLG Hamm, NJW 2003, S.2325.

⁶³¹ Vgl.: BGH NJW 2005, S.293.

⁶³² Vgl.: BGH NJW 2004, S.1458

Dagegen muss – um das diesbezüglich anschauliche Beispiel der Verjährungsproblematik beizubehalten - die Verjährungseinrede selbst nach Meinung des X. Senats bereits in erster Instanz erhoben sein, um berücksichtigt werden zu können.⁶³³ Vor dem Hintergrund der Funktionsweise des Berufungsgerichts als Fehlerprüfungsinstanz erscheint diese Dispositionsbefugnis der Parteien über den in der Berufung zu beurteilenden Sachverhalt allerdings mehr als fragwürdig. Es ist zum Beispiel in dem vom BGH entschiedenen und oben zitierten Fall nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Sachvortrag zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung nicht in erster Instanz angebracht wurde.⁶³⁴ Geht man aber davon aus, dass die Einschränkung des § 531 Absatz II Satz 1 Nr.3 ZPO auf nicht schuldhaft versäumtes Vorbringen nur der Definition des Berufungsverfahrens als Ausgestaltung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Absatz IV GG) dient und gerade keinen Strafcharakter hat, muss zugestanden werden, dass Vorbringen als zulässiges Vorbringen behandelt werden.⁶³⁵ Denn auch bei schuldlos versäumtem – und damit unproblematisch nach § 531 Absatz II Satz 1 Nr.3 ZPO zulässigem – Vorbringen, kann sich nach dessen Zulassung die Notwendigkeit der Erhebung von Folgebeweisen ergeben. Wenn man diesen Faden weiterspinn, wäre unter Berufung auf dieses Argument auch das Erheben der erstinstanzlich noch nicht geltend gemachten Verjährungseinrede erst in der Berufung ohne weiteres zulässig, da die reine Geltendmachung bei erstmaligem Anbringen naturgemäß unstreitig ist.⁶³⁶

Wie gesehen erfasst die Bestimmung des § 531 Absatz II ZPO neue Angriffs- und Verteidigungsmittel und darauf beziehen sich auch die Präklusionsvorschriften des § 296 ZPO. Durch die begrenzte Zulassung soll im Noven- als auch im Präklusionsrecht eine Konzentration des Tatsachenstoffes auf die erste Instanz erreicht und dementsprechend die zweite Instanz weitgehend von neuen Tatsachenfeststellungen entlastet werden. Von den Präklusionsvorschriften sind nach ganz herrschender Meinung unstreitige Tatsachen ausgenommen. Sie werden nicht als Angriffs- und Verteidigungsmittel behandelt und können demnach auch nicht als verspätet zurückgewiesen werden.⁶³⁷ Unstreitige Tatsachen ergeben sich aus dem Vorbringen einer Partei, das der Gegner nicht bestreitet, was über § 138 Absatz III ZPO dazu führt, dass dieses Vorbringen nun Vorbringen beider Parteien ist. Daraus ergibt sich, dass

⁶³³ Vgl.: BGH GRUR 2006, S.401.

⁶³⁴ Vgl.: Stackmann in: NJW 2007, S.10.

⁶³⁵ Vgl.: Rimmelspacher in: FS Schlosser 2005, S.753.

⁶³⁶ Meller/Hannich in: NJW 2006, S.3385.

⁶³⁷ Vgl.: Prütting in: MK; § 296, Rn.45.

unstreitige Tatsachen auch im Novenrecht nicht als Angriffs- und Verteidigungsmittel zu qualifizieren sind und somit auch keiner diesbezüglichen Präklusion unterliegen können.

Die Bestimmung des § 531 Absatz II ZPO ist damit in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass die darin genannten Voraussetzungen nur vorliegen müssen, wenn das neue Vorbringen streitig ist.⁶³⁸ Mit Blick auf den Beibringungsgrundsatz und die von dem ZPO-RG intendierte schonende Inanspruchnahme der Ressource „Recht“ unterliegt unstreitiges Vorbringen, auch wenn es erst in der Berufung vorgebracht wird, keinerlei Einschränkungen; zumindest, wenn sonst eine unrichtige Entscheidung ergehen würde.

Aufgrund der systematischen Einheit des § 531 Absatz II ZPO ergeben sich für den Anwendungsbereich dessen Nr.3 nur die beiden Fallgruppen, in denen entweder nach Schluss der mündlichen Verhandlung der Vorinstanz neu entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel (so genannte „nova producta“) vorgebracht werden oder zwar bereits davor entstandene aber den Parteien nicht bekannte Angriffs- und Verteidigungsmittel (so genannte „nova reperta“) angeführt werden. Liegt die Ursache für das späte Vorbringen in der Berufungsinstanz dagegen in der Sphäre des Gerichts, sind die erläuterten Nr.1 und Nr.2 des § 531 Absatz II ZPO einschlägig.

Die „nova producta“ sind dabei stets zulässig, da sie keine Partei vorher vorbringen konnte.⁶³⁹

Die Zulässigkeit der „nova reperta“ dagegen ist an die fehlende Nachlässigkeit der Parteien gebunden. Dabei schadet der Partei – wie oben bereits angesprochen - einfache Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Absatz II BGB.⁶⁴⁰ Insbesondere sind Hinweise, die das späte Vorbringen mit prozesstaktischen Erwägungen⁶⁴¹ begründen, ungeeignet, die Verspätung auszuräumen.⁶⁴² Der in

⁶³⁸ Vgl. im Ergebnis auch: Crückeberg in: MDR 2003, S.10, der allerdings nur dann die Zulassung neuen unstreitigen Vorbringens bejaht, wenn keine weiteren Beweiserhebungen erforderlich werden oder das Berufungsgericht über andere Tatsachen ohnehin Beweis erheben muss; OLG Hamm NJW 2003, S.2325; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.50.

⁶³⁹ Vgl.: Berlin KGR 2003, S.23; Zweibrücken OLGR 2003, S.34; Saarbrücken OLGR 2003, S.249; Gummer/Heßler in: Zöller; § 531, Rn.30; Rimmelspacher in: MK; § 531, Rn.25; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.55.

⁶⁴⁰ Im einstweiligen Rechtsschutz können diese Anforderungen nach Hamburg GRUR-RR 2003, S.135 niedriger sein.

⁶⁴¹ Der Entlastungsgrund der Prozesstaktik steht im Konflikt mit der Prozessförderungspflicht. Die Prozessförderungspflicht darf dabei nach BVerfGE 54, S.157 aber nicht soweit ausgedehnt werden, dass der Partei jede Prozessplanung versagt wird. Erst recht ist es einer Prozesspartei nicht zuzumuten, Behauptungen ins Blaue hinein aufzustellen. Die Beschleunigungstendenz fordert vielmehr „nur“, dass bei der Beurteilung der fahrlässigen Zurückhaltung von wesentlichem Vorbringen nicht die subjektiven Vorstellungen der Partei von ihrer Prozesstaktik maßgebend sind.

erster Instanz eventuell agierende Prozessbevollmächtigte muss schon dort grundsätzlich alle nach Sachlage notwendigen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen, wobei sein diesbezügliches schuldhaftes Unterlassen der Partei nach § 85 Absatz II ZPO zuzurechnen ist. Dies würde dann auch zum endgültigen Verlust des nicht vorgebrachten Angriffs- oder Verteidigungsmittels führen.⁶⁴³ Ein Rechtsirrtum der Parteien ist einer in erster Instanz nicht vertretenen Partei nur in offensichtlichen Fällen vorzuwerfen, die vertretene Partei muss sich dagegen Fehler ihres Anwalts wiederum nach § 85 Absatz II ZPO zurechnen lassen.⁶⁴⁴ Wenn also eine Partei – oder ihr Anwalt – einen Sachverhalt fehlerhaft beurteilt hat und deshalb nicht auf den Gedanken gekommen ist, ihn aus anderer Sicht zu werten und vorsorglich auch diesbezüglich vorzutragen, war sie nur dann fahrlässig, wenn der Irrtum „auf der Hand“ liegt.

Die Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Absatz II ZPO muss die Partei gemäß § 531 Absatz II Satz 2 ZPO darlegen und gemäß § 294 ZPO auf Verlangen des Gerichts glaubhaft machen. Ob die Partei sich genügend entschuldigt hat, entscheidet das Berufungsgericht in freier Überzeugung, wobei natürlich vorher rechtliches Gehör zu gewähren ist.⁶⁴⁵ Dass die Folgen der Nichterweislichkeit („non liquet“) mangelnder Nachlässigkeit von der jeweilig betroffenen Partei zu tragen sind, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 531 Absatz II Nr.3 ZPO, der durch die Formulierung „ohne dass...“ klarstellt, dass Noven nicht zulässig sind, außer es liegt keine Nachlässigkeit der Partei vor.

Wenn diese Glaubhaftmachung misslingt, besteht dann auch die Möglichkeit einer Beschlusszurückweisung der Berufung mangels Erfolgsaussicht nach § 522 Absatz II ZPO, da keine eventuell zulässigen neuen Tatsachen konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen liefern.

Angriffs- und Verteidigungsmittel, die bereits in erster Instanz zu Recht nicht zugelassen oder zurückgewiesen worden sind, bleiben in der Berufungsinstanz nach § 531 Absatz I ZPO von vorneherein ausgeschlossen. Sie können unabhängig von den dargestellten Voraussetzungen des § 531 Absatz II ZPO nicht als neue Tatsachen im Sinn des § 529 Absatz I Nr.2 ZPO berücksichtigt werden.

Ist das neue Vorbringen unter den erörterten Voraussetzungen des § 531 Absatz II ZPO zulässig, so kann es dennoch nach § 530 ZPO unberücksichtigt bleiben, wenn es nicht rechtzeitig in der

⁶⁴² Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; § 531, Rn.20; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.56; Schneider in: MDR 1977, S.794.

⁶⁴³ Vgl.: LG München I NJW-RR 2003, S.285.

⁶⁴⁴ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; § 531, Rn.19.

⁶⁴⁵ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 531, Rn.34.

Berufungsbegründung (§ 520 ZPO) oder in der Berufungserwiderung bzw. der schriftlichen Stellungnahme dazu (§ 521 Absatz II ZPO) vorgebracht wird.

Dadurch soll verstärkt⁶⁴⁶ der Grundsatz der Beschleunigung und Konzentration des Rechtsstreits⁶⁴⁷ verwirklicht werden.

§ 530 ZPO erfasst in seinem Geltungsbereich alte und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die zwar nach den §§ 529, 531 ZPO zulässig, aber entgegen spezifisch berufsrechtlicher Fristen verspätet eingeführt werden. Gerade vor dem Hintergrund des Zusammenspiels des § 530 ZPO mit sonstigen den Prozessstoff der Berufungsinstanz „kanalisierenden“ Vorschriften muss zusammenfassend folgendermaßen differenziert werden⁶⁴⁸:

- alte, das heißt bereits in erster Instanz vorgebrachte, Angriffs- und Verteidigungsmittel werden in direkter Anwendung des § 529 Absatz I Nr.1 ZPO ohne weiters Prozessstoff der zweiten Instanz, wenn das Erstgericht sie – zu Recht oder zu Unrecht – zugelassen hat. Eines neuen Vortrages, der dann eventuell über § 530 ZPO präkludiert sein könnte, bedarf es deshalb erst gar nicht.

Zu Unrecht zurückgewiesener oder vom Erstgericht als unerheblich angesehener Vortrag ist dagegen berufsrechtlich als neues Vorbringen zu qualifizieren. Diesbezüglich zwingt dann erstens § 529 Absatz II S.1 ZPO zu erneutem Vortrag, denn auch die fehlerhafte Zurückweisung oder Außerachtlassung sind Verfahrensfehler, die fortwirken, wenn sie nicht gerügt werden. Zweitens muss diese Rüge dann nach § 530 ZPO erfolgen.

Zu Recht bereits erstinstanzlich zurückgewiesenes Vorbringen bleibt in der Berufungsinstanz schon gemäß § 531 Absatz I ZPO ausgeschlossen. Eine Präklusion kann dann aber mangels Zulässigkeit des Vorbringens nicht mehr greifen.

- neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im zweiten Rechtszug zum ersten Mal geltend gemacht werden, müssen den Anforderungen des § 530 ZPO genügen, soweit sie nach den §§ 529, 531 ZPO „überhaupt“ zulässig sind.

- die thematisch und systematisch hierher gehörende Präklusion bei Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage, wird spezialgesetzlich von § 533 ZPO geregelt.⁶⁴⁹

Das demnach unter § 530 ZPO fallende Vorbringen ist in entsprechender Anwendung von § 296 Absatz I und IV ZPO nur dann zuzulassen, wenn es nach der freien Überzeugung des Gerichts

⁶⁴⁶ „Verstärkt“, da ja bereits die durch das ZPO-RG eingeführte grundsätzliche Beschränkung der Berufungsinstanz auf die Fehlerkontrolle der Beschleunigung und Konzentration des Berufungsverfahrens dient.

⁶⁴⁷ Vgl. dazu grundlegend: Henckel; Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S.112 ff..

⁶⁴⁸ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 530, Rn.8.

⁶⁴⁹ die diesbezüglichen Ausführungen erfolgen aus aufbautechnischen Gründen erst im Anschluß.

die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung glaubhaft genügend entschuldigt.⁶⁵⁰

Insbesondere ist hier anzumerken, dass § 530 ZPO sinngemäß auch für Vorbringen gilt, das der Berufungsführer in seiner – im Folgenden noch näher zu untersuchenden – Stellungnahme nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO vorbringt.⁶⁵¹ Es ist auch im Rahmen der Präklusion des § 530 ZPO erneut zu beachten, dass unstreitige oder zugestandene Tatsachen als Ausfluss aus dem Dispositionsgrundsatz stets zu berücksichtigen sind, unabhängig davon, wann sie geltend gemacht werden.⁶⁵²

Weitere berufungsinstanztliche Präklusionen ergeben sich aus § 532 ZPO und aus § 525 iVm § 296 Absatz II ZPO.

§ 532 ZPO will Streitigkeiten über verzichtbare Rügen – früher sprach man diesbezüglich von „prozesshindernden Einreden“⁶⁵³ – im zweiten Rechtszug begrenzen. Solche verzichtbaren Rügen der Unzulässigkeit der Klage, die weder in der Berufungsbegründung noch in deren Erwiderung vorgebracht wurden, sind nur zuzulassen, wenn die Verspätung genügend entschuldigt wird, wobei jeder Sorgfaltsverstoß schadet.⁶⁵⁴ In Betracht kommen die Rügen mangelnder Kostenerstattung nach § 269 Absatz VI ZPO, mangelnde Sicherheitsleistung nach den §§ 110 ff. ZPO und die Rüge der Schiedsvereinbarung des § 1032 ZPO.

§ 525 iVm § 296 Absatz II ZPO normiert, dass den Parteien auch im Berufungsverfahren die in § 282 Absatz I ZPO formulierte Prozessförderungspflicht obliegt.⁶⁵⁵ § 282 ZPO konkretisiert die Erfüllung dieser Prozessförderungspflicht in Absatz I für die mündliche Verhandlung und in Absatz II für das schriftliche Vorverfahren. Da aber das Schwergewicht der umfassenden Terminsvorbereitung des § 272 ZPO auf dem schriftlichen Vorbringen der Partei beruht, hat Absatz I gegenüber Absatz II nur eine untergeordnete Bedeutung, denn grundsätzlich ist der Verhandlungstermin schriftlich vorzubereiten. Dies gilt wegen der berufungsrechtlichen Schriftsätze der Berufungsbegründung und Berufungserwiderung auch in der zweiten Instanz. Jedoch ist das verspätete Vorbringen bereits nach § 530 ZPO zu ahnden, so dass es eines diesbezüglichen Rückgriffs auf § 525 iVm § 296 Absatz II ZPO nicht bedarf. Der Ausschlusstatbestand des § 525 ZPO ist als Auffangtatbestand hinsichtlich solcher

⁶⁵⁰ Vgl. bezüglich dieser Voraussetzungen: Prütting in: MK; § 296.

⁶⁵¹ Vgl.: Schneider in: NJW 2003, S.1435.

⁶⁵² Vgl.: Schneider in: NJW 2003, S.1434.

⁶⁵³ Vgl.: Gummer/Heßler; § 532, Rn.2.

⁶⁵⁴ Vgl.: BGH NJW 1985, S.744.

⁶⁵⁵ Vgl.: BGH NJW 1987, S.501.

Verfahrensvorschriften des 2. Buches der ZPO konzipiert, die im Berufungsverfahren nicht besonders geregelt sind.⁶⁵⁶ Wie gesehen, enthält das 3. Buch der ZPO jedoch zahlreiche berufsrechtliche Sonderregelungen wie zum Beispiel für die Zulassung neuer Tatsachen sowie neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel die §§ 529 bis 533 ZPO.

Eine im Vergleich zu § 525 ZPO weitaus größere berufsrechtliche Relevanz ist der Norm des § 533 ZPO zuzumessen. Wie bereits oben kurz angedeutet, regelt § 531 ZPO die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, die gemäß § 530 ZPO trotz Zulässigkeit eventuell präkludiert sein können. § 533 ZPO beschränkt dagegen die Voraussetzungen zur Zulässigkeit der erst in der Berufung neu in den Prozess eingeführten Klageänderung, Widerklage und Aufrechnung, die keine Angriffs- und Verteidigungsmittel sind

(dd) Rügeabhängige und rügeunabhängige Fehlerprüfung gemäß § 529 Absatz II ZPO

§ 529 Absatz II ZPO regelt, inwieweit Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens oder Urteils nur auf Rüge oder von Amts wegen geprüft werden, worauf bereits mehrfach Bezug genommen wurde.

Dies bedeutet in Zusammenspiel mit der Regelung des Absatzes I, dass, soweit die Zweifel, die die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, auf einem Verfahrensfehler beruhen, der nicht von Amts wegen geprüft wird, der Berufungskläger diese Fehler in der Berufungsbegründung (§§ 529 Absatz I Nr.1, 520 Absatz III ZPO) rügen muss.⁶⁵⁷ Versäumt er dies jedoch, kann er – zumindest basierend auf diesen Verfahrensmängeln - keine Zweifel des Gerichts hervorrufen, aus denen eine zu seinen Gunsten abzuändernde oder gegebenenfalls neu durchzuführende Tatsachenbewertung resultieren könnte. Soweit allerdings eine zulässige Verfahrensrüge vorliegt, ist das Berufungsgericht nicht mehr auf die Prüfung der jeweils im Wege der Rüge vorgebrachten konkreten Anhaltspunkte beschränkt, sondern kann auch andere Tatsachen verwerten, um die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen zu beurteilen. Moniert der Berufungsführer zum Beispiel die Würdigung einer Zeugenaussage mit der Begründung, das Eingangsgericht habe bei der Glaubwürdigkeitseinschätzung einen bestimmten Aspekt übersehen, so ist damit wegen einer behaupteten Verletzung des § 286 ZPO der Wert der Zeugenaussage als Ganzes in Frage gestellt. Das Berufungsgericht kann, da einmal zulässig gerügt, nun auch den angesprochenen Glaubwürdigkeitsaspekt für unerheblich halten und einen Verstoß gegen § 286 ZPO aus einer vom Eingangsgericht nicht beachteten Widersprüchlichkeit der Aussage herleiten.

⁶⁵⁶ Vgl.: BGH MDR 1957, S.229.

Es müssen also die konkreten Anhaltspunkte des Absatzes I in speziellen Fällen, nämlich in denen der nicht von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensmängel des § 529 Absatz II S.1 ZPO, durch den Berufungskläger im Wege der Rüge „geliefert“ werden.⁶⁵⁸ Ansonsten werden derartige verzichtbare Verfahrensmängel durch den Devolutionseffekt des Rechtsmittels überholt.⁶⁵⁹

Die Differenzierung nach verzichtbaren und unverzichtbaren, von Amts wegen zu prüfenden, Verfahrensmängeln ist nach den diesbezüglichen Grundsätzen zu § 295 ZPO vorzunehmen.⁶⁶⁰ Grundsätzlich gilt § 295 ZPO – ebenso wie § 529 Absatz II Satz 1 ZPO – nur bei Verletzung einer Verfahrensvorschrift, das heißt einer Vorschrift, die den äußeren Prozessablauf betrifft, während so genannte „prozessuale Maßstabnormen“ – zum Beispiel die §§ 139, 286, 287, 308 ZPO – nicht von der Heilungsmöglichkeit des § 295 ZPO erfasst werden.⁶⁶¹ Die von § 529 Absatz II Satz 1 ZPO gemeinten „verfahrensleitenden Normen“ – zum Beispiel die §§ 253, 159 ff., 166 ff., 271, 274, 283 ZPO – werden so im Interesse der Funktionsfähigkeit der Rechtsmittelinstanzen einer grundsätzlichen Rügeobliegenheit unterworfen.⁶⁶² Lediglich die nicht-dispositiven verfahrensleitenden Normen haben die Rechtsmittelgerichte⁶⁶³ von Amts wegen zu berücksichtigen.

Die Unterscheidung innerhalb der verfahrensleitenden Normen wird hinsichtlich ihrer Verzichtbarkeit dann danach getroffen, ob an der Einhaltung der Norm ein öffentliches Interesse besteht: Unverzichtbar sind demnach nur Verfahrensvorschriften, die für das Funktionieren des Rechtsschutzes unerlässlich sind, wie vor allem Vorschriften über den gesetzlichen Richter, zum rechtlichen Gehör und zur Öffentlichkeit.⁶⁶⁴ Verzichtbare Verfahrensmängel, denen eine

⁶⁵⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.44.

⁶⁵⁸ Klarstellend ist hier noch einmal darauf hinzuweisen, dass die konkreten Anhaltspunkte GRUNDSÄTZLICH kein rügepflichtiger Verfahrensmangel im Sinne des § 529 Absatz II Satz 1 ZPO sind. Lediglich in den dort genannten Ausnahmefällen, in denen sich eben diese konkreten Anhaltspunkte aus Verfahrensmängeln ergeben, die nicht bereits von Amts wegen zu prüfen sind, greift § 529 Absatz II ZPO.

⁶⁵⁹ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.36.

⁶⁶⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.101; Gummer/Heßler in: Zöller; § 529, Rn.13; Rimmelpacher in: FS Beys 2003, S.1337.

⁶⁶¹ Vgl.: Greger in: Zöller, Rn.2; Rimmelpacher in: FS Beys 2003, S.1337; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 67, Rn.10; Eine derartige Differenzierung hat bereits das Reichsgericht (RGZ 110, S.151) und ihm folgend der BGH (BGH LM § 308 ZPO Nr.7) vorgenommen, indem zwischen dem Verfahrensrecht im engeren Sinn und materiellem Prozessrecht unterschieden wurde.

⁶⁶² Vgl.: Rimmelpacher in: FS Beys, S.1351.

⁶⁶³ Dies gilt gemäß § 557 Absatz III ZPO entsprechend auch für die Revision.

⁶⁶⁴ Vgl.: Greger in: Zöller; § 295, Rn.4.

fehlerhafte Anwendung von solchen Verfahrensvorschriften zugrunde liegt, die allein dem Schutz der Parteiinteressen dienen⁶⁶⁵, sind stets durch den Berufungskläger zu rügen. Allerdings ist diesbezüglich ein wichtiger Unterschied zu der Parallelvorschrift des § 295 ZPO zu berücksichtigen, der sich aus den unterschiedlichen Verfahrenssituationen ergibt: Der Ausschluss einer Rüge ist bei § 529 Absatz II ZPO verschuldensunabhängig.⁶⁶⁶ Der Ablauf des noch laufenden erstinstanzlichen Verfahrens muss und kann einer Partei nicht in jedem Fall bekannt sein, so dass sie nach § 295 ZPO nur dann nicht mehr rügen kann, wenn der Partei der Mangel bekannt war. Nach dem Urteilsausspruch ändert sich die Prozesslage jedoch dahingehend, dass es nun für die Parteien leichter feststellbar ist, ob dieses Urteil auf einem Verfahrensfehler beruht.

Der erläuterte Prüfungsablauf im Zusammenhang mit der Bedeutung, Funktion und Reichweite des § 529 Absatz II ZPO für das Berufungsverfahren hinsichtlich etwaiger Verfahrensfehler wird vom BGH jedoch nicht geteilt.

In dem berufsrechtlichen – und bereits mehrfach angeführten – Grundsatzurteil vom 12.3.2004⁶⁶⁷ stellt der BGH am Beispiel des § 286 ZPO seine abweichende Auffassung dar, die in ihren Auswirkungen sehr weitreichend sein dürfte.

Als Leitsatz formuliert das Gericht, dass es auch bei einem Verfahrensfehler des erstinstanzlichen Gerichts dem Berufungsgericht obliegt, nach Maßgabe des § 529 Absatz I Nr.1 Halbsatz 2 ZPO die tatsächliche Inhaltskontrolle des erstinstanzlichen Urteils ungeachtet einer entsprechenden Berufungsrüge durchzuführen; also wie dargestellt durch „Zweifel“ im Sinne des § 529 ZPO indiziert. Zwar prüft das Berufungsgericht einen Mangel des Verfahrens – soweit er nicht von Amts wegen berücksichtigt werden muss⁶⁶⁸ – gemäß § 529 Absatz II Satz 1 ZPO nur dann, wenn er nach § 520 Absatz III Satz 2 Nr.2 ZPO in der Berufungsbegründung gerügt worden ist.

Hierdurch wird jedoch die durch § 529 Absatz I ZPO geregelte tatsächliche Inhaltskontrolle des Berufungsgerichts nicht eingeschränkt.

Von der Aufgabe des Berufungsgerichts, konkreten Anhaltspunkten, die dann Zweifel hervorrufen können, ungeachtet einer Berufungsrüge nachzugehen, macht das Gesetz keine Ausnahme, wenn sich diese Anhaltspunkte aus Verfahrensfehlern des Erstrichters bei der Feststellung des Sachverhalts ergeben. Folgerichtig weist der BGH in diesem Zusammenhang

⁶⁶⁵ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.38.

⁶⁶⁶ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 529, Rn.36.

⁶⁶⁷ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1878.

darauf hin, dass die Überprüfung einer Beweiswürdigung auf Verfahrensfehler unter dem Gesichtspunkt der Tatsachenkontrolle und eben nicht, trotz eines in der falschen Anwendung der jeweiligen die Tatsachenfeststellung regelnden Verfahrensnorm liegenden Rechtsfehlers, unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverletzung erörtert wird.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Kontrolle des Berufungsgerichts durch das neue Berufungsrecht derart kanalisiert worden ist, dass zwei nebeneinander laufende Prüfungsschienen existieren:

Die erste Schiene normiert dabei in Anwendung des § 529 Absatz I ZPO die berufsgerichtliche Aufgabe der Überprüfung von Fehlern, die die tatsächlichen Ebene betreffen.

Die zweite daneben verlaufende Schiene der Überprüfung von Rechtsfehlern ist dagegen in § 529 Absatz II ZPO geregelt, und darf die Schiene der tatsächlichen Kontrolle nicht berühren.

Durch diese systembedingte Auffassung des BGH werden die in § 513 ZPO grob vorgezeichneten Berufungsgründe hinsichtlich ihrer Überprüfbarkeit durch § 529 ZPO danach etikettiert, ob sie der tatsächlichen oder der rechtlichen Sphäre des streitgegenständlichen Sachverhaltes entspringen. Der BGH rechtfertigt diese Differenzierung mit einem quantitativen Argument, indem er explizit darauf hinweist, dass konkrete Anhaltspunkte bei der erstrichterlichen Tatsachenfeststellung wohl meistens aus Verfahrensfehlern resultieren und somit die praktisch häufigste Fallgestaltung bei anderer Sichtweise überhaupt nicht von § 529 Absatz I ZPO erfasst wäre.⁶⁶⁹

Die dogmatisch denkbare Auslegung des § 529 ZPO in die Richtung, dass auch ein Gesetzesverstoß im Zuge der Tatsachenfeststellung ein Rechtsfehler sei und dieser demnach nicht der Bindung des § 529 Absatz I ZPO unterliegen würde, ist durch den BGH system- und zweckorientiert eingeengt worden.

.2) Auswirkungen der erläuterten berufsrechtlichen Systematik auf die Entscheidung des Berufungsgerichtes im Rahmen des Zurückweisungsverfahrens nach § 522 Absatz II ZPO

Greift der Berufungskläger die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils an, so ist im Zurückweisungsverfahren des § 522 Absatz II ZPO zu prüfen ob konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen.

⁶⁶⁸ Vgl. dazu ausführlich: Rimmelspacher in: FS Beys 2003, S.1351.

⁶⁶⁹ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1878.

Wenn eine erneute Feststellung geboten ist, ist die Berufung nämlich nicht ohne Erfolgsaussicht. Insbesondere ist zu prüfen, ob unter den erläuterten Voraussetzungen der §§ 529, 531 ZPO neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen sind. Wenn dies der Fall ist, kann eine Erfolgsaussicht jedenfalls nicht verneint werden.

Wie bereits oben festgestellt, liefert das Gesetz mit dem Terminus der „mangelnden Erfolgsaussicht“ keine präzisen Beurteilungskriterien für eine Schwelle, die die Überzeugung von der Erfolgsaussicht erreichen beziehungsweise überschreiten müsste, um eine Zurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO zu gestatten. Deshalb bietet es sich an, eine praktikable Konkretisierung nach den jeweils in Betracht kommenden Verfahrenskonstellationen vorzunehmen.

Dabei ist insbesondere das oben erzielte Ergebnis einer weiten und in keinster Weise einschränkenden Auslegung der „Zweifel“ des § 529 ZPO zu beachten, das die Beurteilung des Berufungsgerichts bei der Ermittlung der Erfolgsaussichten stets als eine Art Unterstützungslinie grundiert.

Auch das dem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren innewohnende grundsätzliche Verbot einer vorweggenommen Beweiswürdigung (Beweisantizipation) wirkt auf die Lösung ein.

- Hat das erstinstanzliche Gericht keine Feststellungen getroffen oder sind die entscheidungserheblichen Feststellungen verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, ist das Berufungsgericht in der Bewertung des Tatsachenstoffes frei. Es befindet sich dann nämlich in derselben Situation wie der erstinstanzliche Richter. Das Berufungsgericht prüft dann selbst im Sinne der richterlichen Relationstechnik, ob der beiderseitige Vortrag schlüssig, entscheidungserheblich und hinreichend substantiiert ist. Hängt die Entscheidung über die Berufung dann von der Klärung einer Beweisfrage ab und werden hierfür geeignete Beweismittel benannt, darf mit der Beschlusszurückweisung das Ergebnis dieser Beweisaufnahme nicht vorweggenommen werden.⁶⁷⁰ Das Berufungsgericht kann deshalb der Berufung die Erfolgsaussicht nicht mit der Begründung absprechen, ein Zeuge werde aller Voraussicht nach das Vorbringen nicht bestätigen.

Eine Zurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO kommt nicht in Betracht.

- Hat zu der entscheidungserheblichen Tatfrage eine erstinstanzliche Beweisaufnahme stattgefunden und liegt auch kein diesbezüglicher Verfahrensfehler vor, steht dem Berufungsgericht eigentlich schon eine Beurteilungsgrundlage zur Verfügung. Und an die aufgrund dieser Beurteilungsgrundlage getroffenen Feststellungen ist das Berufungsgericht dann

⁶⁷⁰ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.66; Piekenbrock in: JZ 2002, S.547.

auch gemäß § 529 Absatz I Nr.1 ZPO gebunden. Die Prüfung des Berufungsgerichts muss sich dann – wie oben erläutert – auf die Frage beschränken, ob konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellungen begründen. Maßstab ist diesbezüglich § 286 ZPO. Fehlt es an entsprechenden Anhaltspunkten, bleibt es bei den erstinstanzlichen Feststellungen und die Berufung kann, beziehungsweise muss⁶⁷¹, zurückgewiesen werden. Entstehen jedoch Zweifel, was nicht durch eventuelle Abstufungen oder Gewichtungen relativiert werden darf, scheidet eine Beschlusszurückweisung aus. Vielmehr müssen nach § 538 ZPO neue tatrichterliche Feststellungen erfolgen, die dann als Urteilsgrundlage heranzuziehen sind.

- Liegt zwar, wie in der vorangegangenen Konstellation, eine Beweisaufnahme vor, hat aber das erstinstanzliche Gericht hierauf keine Feststellungen im Sinne des § 529 Absatz I Nr.1 ZPO gestützt, ist das Berufungsgericht wiederum, wie in der ersten Konstellation der fehlenden beziehungsweise fehlerhaften Feststellungen, in der Bewertung frei. Es kann einerseits mangels erstinstanzlicher Feststellungen, an die es gebunden wäre, die bereits durchgeführte Beweisaufnahme selbst bewerten und bei gleichem Ergebnis nach § 522 Absatz II ZPO zurückweisen. Andererseits kann es eine erneute Begutachtung des Beweismittels für geeignet erhalten und diese auch durchführen. Dann scheidet jedoch eine Zurückweisung aus.

- Begründet der Berufungsführer sein Rechtsmittel in nach den §§ 529, 531 ZPO zulässiger Weise mit neuen Tatsachen, ist der Berufungsrichter⁶⁷² wiederum in derselben Situation wie der erstinstanzliche Richter. Ist der Beweisantritt erheblich, kommt eine Beschlusszurückweisung nicht in Betracht.

.3) Der Grundsatz des Verbotes von Beweisantizipationen

Entfällt nach den oben erläuterten Grundsätzen des § 529 Absatz I Nr.1 ZPO die Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen, sind neue Feststellungen des Berufungsgerichtes geboten.

Im Bedeutungszusammenhang des Zurückweisungsverfahrens des § 522 Absatz II ZPO erscheint diese Konsequenz besonders vor dem Hintergrund einer eventuellen Vorwegnahme einer Beweiswürdigung problematisch.

⁶⁷¹ Ein entsprechendes Ermessen steht dem Berufungsgericht nicht zu, vgl. oben Teil „III), 1)“

⁶⁷² In diesem Stadium muss die Sache nicht mehr „einstimmig“, also von der jeweiligen Kammer, bearbeitet werden. Denn gemäß der §§ 522, 523, 526, 527 ZPO kann die Sache nach! der Entscheidung gemäß § 522 Absatz II ZPO dem Einzelrichter übertragen werden. Eine Zurückweisung scheidet nämlich in diesen Fällen aus, so dass

Zwar spricht der Gesetzgeber im Rahmen der Bewertung der Erfolgsaussichten von einer prognostischen Bewertung.⁶⁷³ Dies darf aber keineswegs dazu führen, dass das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit eines erstinstanzlich vernommenen Zeugen oder die Glaubhaftigkeit seiner Aussage bereits im Zurückweisungsverfahren anders bewerten dürfte, ohne diesen erneut und vor allem selbst vernommen zu haben.⁶⁷⁴ Denn ein solches Vorgehen würde gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht nach § 355 ZPO verstoßen.⁶⁷⁵ Auch das dem Prozessgericht durch § 398 ZPO, der über § 525 ZPO auch im Berufungsverfahren Anwendung findet, eingeräumte Ermessen ändert an diesen Grundsätzen nichts, da das Berufungsgericht dieses Ermessen selbstverständlich pflichtgemäß auszuüben hat.⁶⁷⁶ Der BGH hat dies in seiner Entscheidung zum neuen Berufungsrecht erneut klargestellt, indem er die Fortgeltung dieser Grundsätze auch im Zusammenhang mit durch das Berufungsgericht nach § 529 Absatz I Nr.1 ZPO zu wiederholenden Beweisaufnahmen explizit anordnet.⁶⁷⁷

Das Verbot einer Beweisantizipation ist eine der wichtigsten Bindungen, die die höchstrichterliche Rechtssprechung dem Tatrichter unter Einschränkung der freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO auferlegt.⁶⁷⁸

Dem Tatrichter ist es danach grundsätzlich untersagt, den Wert eines Beweismittels zu beurteilen, bevor der Beweis erhoben ist.⁶⁷⁹

Dies soll besonders in Fällen der Verwertung von Beweisergebnissen anderer Gerichte nur in solchen Konstellationen nicht gelten, in denen die abweichende Bewertung des „zweiten“ Gerichts darauf basiert, dass das Ermittelte für die Feststellung des „ersten“ Gerichts nicht ausreicht.⁶⁸⁰ Denn hier steht das Ergebnis der Beweisaufnahme klar und unmissverständlich fest⁶⁸¹, so dass keine Beweisergebnisse vorweggenommen wird.

das Berufungsverfahren seinen „normalen“ Lauf nimmt. Und dazu gehört dann auch eine Beweisaufnahme zu den neuen Tatsachen, § 527 Absatz II ZPO.

⁶⁷³ Vgl.: BT-Drucksache 14 / 4722, S.97.

⁶⁷⁴ Vgl.: BGH NJW 1998, S.2223; BGH NJW 1997, S.466.

⁶⁷⁵ Vgl. dazu umfassend: Völzmann in: ZZP 118 (2005), S.110ff.

⁶⁷⁶ Vgl.: Greger in: Zöller; § 398, Rn.5; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 119, Rn.47.

⁶⁷⁷ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1877; Gaier in: NJW 2004, S.2044.

⁶⁷⁸ Vgl.: Schneider in: MDR 1969, S.268.

⁶⁷⁹ Vgl. bereits: BGH VersR 1958, S.847.

⁶⁸⁰ Vgl.: BGH NJW 1968, S.1138.

⁶⁸¹ Vgl.: Musielak in: MK; § 355, Rn.7.

Nicht zuletzt aufgrund der Überlegenheit einer unmittelbaren Beweisaufnahme gegenüber einer bloß mittelbaren⁶⁸² – und eine prognostische Einschätzung im „instanzlichen Zwischenstadium“ des Zurückweisungsverfahrens nach § 522 Absatz II wäre lediglich mittelbar – ist die höchstrichterliche Rechtsprechung allen Versuchen der Instanzgerichte entgegengetreten, dieses Verbot der Beweisantizipation abzuschwächen.⁶⁸³

Obwohl dieses Prinzip niemals ernsthaft in Frage gestellt worden ist, hat die Praxis zwischenzeitlich so großzügig von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten Gebrauch gemacht, dass entgegen den Absichten des Gesetzgebers die Ausnahme einer mittelbaren Beweisaufnahme zur Regel verkehrt wurde.⁶⁸⁴ Bereits 1935 wurden diese Ausnahmen dann in Gesetzesform gegossen, um den Grundsatz der Unmittelbarkeit besser durchsetzen zu können.⁶⁸⁵ Auch in den weiteren Jahrzehnten bis heute war es stets Absicht des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, nur in den dringendsten Fällen die Beweisaufnahme nicht vor dem erkennenden Gericht stattfinden zu lassen. Auch die Vereinfachungsnovelle von 1976 hat diese Tendenz dadurch bestätigt, dass sie über § 278 Absatz II ZPO a.F. (jetzt § 279 Absatz II ZPO) die Beweisaufnahme zum wesentlichen Bestandteil des Haupttermins gemacht hat. Dem entspricht auch die Änderung des § 375 ZPO im Rahmen des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes von 1990, durch die die Voraussetzungen für eine Zeugenvernehmung durch den beauftragten beziehungsweise ersuchten Richter präzisiert und verschärft worden sind. Im Ergebnis wurden das Verbot der Beweisantizipation und das damit korrespondierende Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme noch stärker betont.⁶⁸⁶ Es entspricht demnach auch der absolut herrschenden Meinung, dass im Zurückweisungsverfahren der Wert zulässig neu vorgebrachter Beweismittel eben nicht rein prognostisch, im Sinne einer vorhersehbaren Wahrscheinlichkeit, beurteilt werden kann und bei dementsprechendem Ergebnis die Berufung mangels Erfolgsaussicht zurückgewiesen werden muss.⁶⁸⁷

⁶⁸² Vgl.: Musielak in: MK; § 355, Rn.1.

⁶⁸³ Schneider in: MDR 1969, S.268 zeigt solche instanzlichen Versuche auf und erlaubt Einschränkungen des Verbotes der Beweisantizipation nur unter den Gesichtspunkten des völligen Unwertes, der Zwecklosigkeit und der Unbestimmtheit des Beweismittels. Diese Ausnahmen müssen dann aber stets anhand „besonderer Gründe“ dargelegt werden.

⁶⁸⁴ Vgl.: Musielak; MK, § 355, Rn.1.

⁶⁸⁵ Vgl. die allgemeine Verfügung des Reichsjustizministers vom 11.11.1935.

⁶⁸⁶ Vgl.: Musielak in: MK; § 355, Rn.1.

⁶⁸⁷ Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.65; Gummer/Heßler in: Zöller, § 522, Rn.37; Hannich/Meyer-Seitz; § 522, Rn.19; Piekenbrock in: JZ 2002, S.547; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.20; Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.7; Schumann/Kramer; Rn.403.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Verbot einer Vorwegnahme der Beweiswürdigung eine Zurückweisung der Berufung mangels Erfolgsaussicht nach § 522 Absatz II ZPO immer dann verbietet, wenn die Bindungswirkung des Berufungsgerichtes an die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen nach § 529 Absatz I Nr.1 ZPO entfällt und wenn nach § 529 Absatz I Nr.2 ZPO iVm den §§ 530, 531 ZPO neue Tatsachen berücksichtigt werden müssen.⁶⁸⁸

b) Keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß § 522 Absatz II Nr.2 ZPO

Neben der mangelnden Erfolgsaussicht der Nr.1 darf die Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung haben. Dies ist folgerichtig, weil im Fall der grundsätzlichen Bedeutung gemäß § 543 Absatz II Nr.1 ZPO die Revision zuzulassen wäre. Das Berufungsgericht kann demnach die Berufung trotz mangelnder Erfolgsaussicht nicht zurückweisen, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat, da die Beurteilung über die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache Aufgabe des Revisionsgerichtes ist,⁶⁸⁹ das nach § 133 GVG der BGH ist.

In diesen Fällen muss durch Urteil entschieden werden, damit die Revision möglich ist.

Mit Blick auf die „revisionsrechtliche Intention“ von § 522 Absatz II Nr.2 ZPO ist der Terminus der grundsätzlichen Bedeutung auch revisionsrechtlich auszulegen.⁶⁹⁰ Danach hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, die klärungsbedürftig, klärungsfähig sowie entscheidungserheblich ist und das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, das heißt allgemein von Bedeutung ist.⁶⁹¹ Da dies über die in § 543 Absatz II Nr.2 ZPO angesprochenen Formeln hinausweist und Nr.1 und Nr.2 in einem Alternativverhältnis stehen, können auch andere Gesichtspunkte eine Zulassung ermöglichen. Dies sind zum Beispiel die tatsächlichen oder wirtschaftlichen Auswirkungen einer Sache, sofern sie nicht nur für die Parteien sondern für die Allgemeinheit von Bedeutung sind.⁶⁹² Eine gewissermaßen „quantitative

⁶⁸⁸ Die Fragen, wann und unter welchen Voraussetzungen diese Bindung entfällt wird oben unter Bezug auf die aktuelle Rechtsprechung ausführlich diskutiert. Ebenso sind die im selbigen Abschnitt erläuterten Voraussetzungen des Vorbringens neuer Tatsachen im Sinne des § 531 ZPO bzw. dessen Anwendbarkeit zu beachten.

⁶⁸⁹ Vgl. zur Aufgabe des BGH als Revisionsgericht: Kissel; § 133, Rn.3. Hierauf wird auch später im Rahmen der Stellungnahme in einem gesonderten Passus näher eingegangen, kann aber hier noch dahinstehen.

⁶⁹⁰ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.37.

⁶⁹¹ Vgl.: Wenzel in: MK; § 543, Rn.6.

⁶⁹² Dies ist besonders bei großen Wirtschaftsprozessen mit arbeitsrechtlichem Bezug oder auf dem Gebiet des Wettbewerbs-, Arzthaftungs- und Wertpapierrechts gegeben, da eine höchstrichterliche Entscheidung hier auch mit Blick auf gesellschaftliche oder politische Entwicklungstendenzen wünschenswert ist.

Konkretisierung“ erfährt die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zunächst dadurch, dass sie sich in einer Vielzahl von Fällen stellen kann.⁶⁹³ „Qualitativ“ ist die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage die entscheidende Komponente der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache. Klärungsbedürftig ist die Rechtssache, wenn die durch das Berufungsurteil aufgeworfene Rechtsfrage zweifelhaft ist,⁶⁹⁴ was wiederum vorliegt, wenn über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift oder über das Verhältnis mehrerer Normen zueinander (zum Beispiel Konkurrenzen) Unklarheiten bestehen. Dies ist besonders dann anzunehmen, wenn die Rechtsfrage bisher vom BGH noch nicht „ausgeurteilt“ ist, obwohl sie von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich entschieden worden ist.⁶⁹⁵ Auch wenn der BGH sie bereits entschieden hat, diese Entscheidung aber entweder in einem Instanzgericht oder im Schrifttum auf Widerspruch gestoßen ist, ist die jeweilige Rechtsfrage klärungsbedürftig.⁶⁹⁶

In dynamischen Rechtsgebieten ist zudem von einem Bedarf nach fortlaufender Anpassung durch Grundsatzentscheidungen „step by step“ auszugehen.⁶⁹⁷

Die Klärungsfähigkeit ist nur zu verneinen, wenn die aufgeworfene Frage nur die vom BVerfG zu treffende Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder nicht revisibles Recht betrifft.⁶⁹⁸

c) Kein Erfordernis einer berufungsgerichtlichen Entscheidung wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung

Dieser Revisionszulassungsgrund, der auch für den Zivilprozess die Rechtsfortbildung als richterliche Gestaltungsaufgabe anerkennt, verhindert neben dem der grundsätzlichen Bedeutung die Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO.

Eine Zulassung zur Rechtsfortbildung – und damit der Ausschluss der Beschlusszurückweisung – ist geboten, wenn der Einzelfall Anlass gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen.⁶⁹⁹ Ein Leitsatz kann nur aufgestellt werden, wenn es um die Beurteilung eines

⁶⁹³ Vgl.: BGH NJW 2002, S.3029.

⁶⁹⁴ Vgl.: Weyreuther; Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Rn.65.

⁶⁹⁵ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 140, Rn.5; Wenzel in: MK; § 543, Rn.7.

⁶⁹⁶ Vgl.: BSG NJW 1971, S.78.

⁶⁹⁷ Vgl.: Ullmann in: WRP 2002, S.597.

⁶⁹⁸ Vgl.: Weyreuther; Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, Rn.69.

⁶⁹⁹ Vgl.: BGH NJW 2002, S.3029.

typischen oder verallgemeinerungsfähigen Lebenssachverhaltes geht und damit für künftige Fälle eine Orientierungshilfe gegeben werden kann.⁷⁰⁰ Ferner gehören hierher diejenigen Rechtsstreitigkeiten, in denen es um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht geht und deshalb eine Vorlage an den EuGH nach Art.234 Absatz II, III EGV in Betracht kommt.⁷⁰¹ Um Fortbildung des Rechts geht es auch, wenn die Fortentwicklung der Rechtspraxis, mag sie auf technischem Fortschritt oder auf Veränderung rechtlicher Bezugspunkte beruhen, das Bedürfnis einer Leitentscheidung indiziert.⁷⁰²

Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist zunächst in den Fällen der Divergenz zu einer existierenden höchstrichterlichen Rechtsprechung geboten.⁷⁰³ Unter Divergenz ist in diesem Zusammenhang sowohl die Abweichung des Berufungsgerichts von einer höherrangigen Entscheidung als auch von einer gleichrangigen Entscheidung eines anderen Spruchkörpers desselben Gerichts (so genannte Innendivergenz) oder eines anderen Berufungsgerichts zu verstehen.⁷⁰⁴ Eine Nichtzulassung trotz einer solchen Divergenz verletzt die Garantie gesetzlichen Richters des Art.101 Absatz I Satz 2 GG.⁷⁰⁵ Die Abweichung muss für die Entscheidung tragend – die abweichende Begründung muss danach die Formulierung des Tenors vorgeben - und ursächlich sein. Der Gesetzgeber⁷⁰⁶ wollte mit dieser Formel aber auch andere Fälle neben den schon früher von der Divergenzrevision erfassten Abweichungsfällen erreichen, bei denen Rechtsanwendungsfehler mit symptomatischer Bedeutung über den Einzelfall hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühren.⁷⁰⁷ Es sind somit über den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auch schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung zu verhindern, die nicht den Charakter einer Divergenz im herkömmlichen Sinne haben.⁷⁰⁸

⁷⁰⁰ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 140, Rn.6.

⁷⁰¹ Vgl.: Wenzel in: MK; § 543, Rn.13.

⁷⁰² Vgl.: Gummer in: Zöller; § 543, Rn.12.

⁷⁰³ Vgl.: BGH NJW 2003, S.65.

⁷⁰⁴ Vgl.: Wenzel; § 543, Rn.15.

⁷⁰⁵ Vgl.: BGH FamRZ 2003, S.589.

⁷⁰⁶ Dies folgt aus der angestrebten Harmonisierung der Zulassungskriterien mit anderen Vorschriften, wie namentlich zum Beispiel § 80 OWiG und dem bezweckten Schutz des Vertrauens in die Rechtsprechung als Ganzes, da diese Stoßrichtungen bei einer Konzentration der Revision auf Korrektur von Einzelfällen keine ausreichende Beachtung finden.

⁷⁰⁷ Vgl.: BGH NJW 2003, S.65; BGH NJW 2002, S.3029; BGH NJW 2002, S.2473; Rimmelspacher in: JZ 2003, S.797.

⁷⁰⁸ Vgl.: Wenzel in: MK; § 543, Rn.19.

Auch ein absoluter Revisionsgrund im Sinne des § 547 ZPO kann die Zulassung rechtfertigen, denn die Definition des absoluten Revisionsgrundes gibt einem solchen Verstoß innerhalb der Rechtsordnung so herausragende Bedeutung, dass die Hinnahme eines solchen Verstoßes bei der Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde ausscheidet.⁷⁰⁹ In den anderen Fällen ist entscheidend, ob ohne Zulassung dem fehlerhaften Berufungsurteil Signalwirkung zukommen könnte, also aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu besorgen ist, dass entweder dasselbe Gericht den gleichen Rechtsfehler wiederholen⁷¹⁰ oder das Urteil bei anderen Gerichten einen Nachahmungseffekt⁷¹¹ erzeugen kann, so dass eine höchstrichterliche Leitentscheidung erforderlich wird. Dies gilt auch für den Fall, dass das Berufungsgericht höchstrichterliche Rechtsprechung unbewusst nicht berücksichtigt.⁷¹² Dabei kommt es dann darauf an, ob der Fehler über den Einzelfall hinaus für das Vertrauen in die Rechtsprechung im Ganzen von Bedeutung ist.⁷¹³ Eine solche über den Einzelfall hinausreichende Allgemeinbedeutung eines Fehlers, auf die es bei der Abgrenzung in Bezug auf den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ankommt, muss wegen der schwierig zu handhabenden Begrifflichkeit der „symptomatischen Bedeutung“ aus der Rechtsordnung selbst abgeleitet werden.⁷¹⁴ Es muss sich also um Fehler handeln, denen in Bezug auf die Verwirklichung der Rechtsordnung besondere Bedeutung zukommt und die daher deshalb – auch unabhängig von der Bedeutung der Rechtsfrage für eine Vielzahl künftiger Fälle oder die Fortbildung des Rechts – im Gesamtinteresse der Rechtsordnung nicht bestehen bleiben dürfen. Aus dieser „überregionalen“ Qualität des Verstoßes ergibt sich ein Allgemeininteresse an seiner Beseitigung.

⁷⁰⁹ Vgl.: BVerfG NJW 2001, S.2163; BAGE 2001, S.3143; Gummer in: Zöller; § 543, Rn.15b; a.A.:Wenzel in: MK; § 543, Rn.19.

⁷¹⁰ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; § 543, Rn.23

⁷¹¹ Der BGH hat zur Konkretisierung der Wiederholungsgefahr und des Nachahmungseffektes neuerdings (BGH NJW 2004, S.1960) die Formel verwendet, dass das Berufungsgericht von einem „unrichtigen Obersatz“ ausgeht. Dieser Obersatz soll dann unabhängig von der jeweiligen Subsumtion im Einzelfall diesen Nachahmungseffekt verursachen.

⁷¹² Geschieht die Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dagegen bewusst, liegt ohnehin der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung vor. Darüberhinaus erhält die Rechtssache in diesem Fall auch grundsätzliche Bedeutung im Sinne der Nr.1.

⁷¹³ Vgl.: Wenzel in: MK; § 543, Rn.19 unter Hinweis auf einen BGH Beschl. vom 29.5.2002 (VZB 11/02 zu § 574).

⁷¹⁴ Vgl.: Gummer in: Zöller; § 543, Rn.15.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch der BGH, dessen V.Senat in seinen so genannten Sommerbeschlüssen vom 29.5. und 4.7.2002⁷¹⁵ die erörterten Zulassungsgründe durchdekliniert. Hier wird ebenso besonders betont, dass ein bloßer Rechtsanwendungsfehler im Einzelfall die Zulassung der Revision nur dann begründen kann, wenn die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berührt werden. Dies liegt mit Blick auf die oben erwähnten Kriterien der Wiederholung und Nachahmung insbesondere vor, wenn sich die Begründung eines Urteils zum einen verallgemeinern lässt und zum anderen eine nicht unerhebliche Zahl künftiger Sachverhalte zu erwarten ist, auf welche sie übertragen werden könnte.⁷¹⁶

Für einen solchen Ansatz bei der Abgrenzung, wann die Revision zuzulassen ist, spricht auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung.⁷¹⁷ Nach der zum alten Revisionsrecht ergangenen Entscheidung wird die Einheit der Rechtsordnung im Kern bedroht, wenn gleiches Recht ungleich gesprochen wird. Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Feststellung des BGH – insbesondere des XI. Senats⁷¹⁸ –, dass die Allgemeinheit in der Regel kein Interesse an der Entscheidung eines gewöhnlichen Zivilrechtsstreits habe, sehr bedenklich. Denn die Bindung auch des Zivilrichters an Recht und Gesetz als Ausfluss und Grundlage des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art.20 Absatz III GG liegt nicht nur im grundsätzlichen Allgemeininteresse⁷¹⁹ sondern ist denknotwendige Basis für ein rechtsstaatliches Verfahren. Auch die neuere Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2003 wird getragen von der Auffassung, dass es aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig ist, die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung vorzusehen, wenn ein Fehler von verfassungsrechtlichem Gewicht dargetan wird. Hiervon kann dann aber auch die Revision nicht mit der Begründung ausgenommen werden, das Revisionsgericht habe nicht die Aufgabe, sich um die Rechtsgewährung im Einzelfall zu kümmern. Demnach kommt dem Verstoß gegen ein Verfahrensgrundrecht Allgemeinbedeutung im Sinne der Zulassungsgründe zu, auch wenn er sich „nur“ in der Entscheidung des jeweiligen Einzelfalls ausgewirkt hat. Aus dem verfassungsrechtlichen Gewicht folgt bereits das Interesse an seiner Beseitigung zur Sicherung einer einheitlichen Anwendung der Rechtsordnung.⁷²⁰

Diese Erwägungen sind besonders in Zusammenhang mit dem Zurückweisungsbeschluss des § 522 Absatz II ZPO von entscheidender Bedeutung. Wie gesehen hängt die Zurückweisung von

⁷¹⁵ Vgl. diesbezüglich die ausführliche Erläuterung und Darstellung von: Nasall in: NJW 2003, S.1345 ff..

⁷¹⁶ Vgl.: BGH NJW 2003, S.754.

⁷¹⁷ Vgl.: BVerfGE 54, S.291; BVerfG NJW 2003, S.1924.

⁷¹⁸ Vgl.: BGH NJW 2003, S.65.

⁷¹⁹ Vgl.: Nasall in: NJW 2003, S.1347.

⁷²⁰ Vgl.: Gummer in: Zöller; § 543, Rn.15a.

der mangelnden Erfolgsaussicht der Berufung ab. Eine darauf basierende Entscheidung des Berufungsgerichtes ist zudem nach § 522 Absatz III ZPO unanfechtbar. Der BGH kann jedoch an der einheitlichen Auslegung dieses Tatbestandes nicht mitwirken.⁷²¹ Dies erscheint jedoch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gewichtes der Beschlusszurückweisung als höchst problematisch. Besonders die geschilderten Zulassungskriterien der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache sowie der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung würden bei der gerichtlichen Handhabung eines in seinen Auswirkungen derart einschneidenden prozessualen Instruments wie der Beschlusszurückweisung in ihrer Anwendung den Zweck der Revision „bilderbuchartig“ verwirklichen. Und genau das Verhalten der Berufungsgerichte, das eine unanfechtbar instanzabschließende Wirkung nach sich zieht, kann nicht durch den BGH als oberstes Gericht kontrolliert werden.⁷²²

Des Weiteren ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Bedeutung der Rechtssache über den Einzelfall hinaus nicht zwischen materiellen Fehlern und Verfahrensfehlern differenziert wird.⁷²³

Die Revision ist deshalb auch bei im Einzelfall begangenen Verfahrensfehlern des vorinstanzlichen Gerichts gegeben, da sich gerade auch von dem Standpunkt der Verfahrensfehler aus die grundsätzliche Bedeutung der Regeln über den Zugang zu den Gerichten, den Verfahrensgang und die Ausgestaltung der Rechtsmittel für die im Allgemeininteresse liegende Wahrung der Rechtsordnung erhellt.

4) Das Verfahren der Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO

Das Verfahren, in dem das Berufungsgericht zu dem Beschluss nach Absatz II gelangt ist in Satz 2 der Vorschrift grob vorgezeichnet. Es findet nach Eingang der Berufungsbegründung und vor Terminierung statt.

Berufungsgericht im Sinne des Absatzes II ist nur der vollbesetzte Spruchkörper, nicht aber der Einzelrichter, der gemäß der §§ 525, 526 ZPO grundsätzlich auch in zweitinstanzlichen Berufungsverfahren den Rechtsstreit als Einzelrichter entscheiden kann.⁷²⁴ Dies ergibt sich zum einen schon aus dem Erfordernis des § 522 Absatz II Satz 2 ZPO, dass die Entscheidung

⁷²¹ Im Verwaltungsprozess wurde genau diese Systemwidrigkeit nunmehr durch Einführung des § 124 b VwGO mit dem Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20.12.2001 (BGBl. I, S.3978) aufgehoben.

⁷²² Vgl.: Gottwald in: FS Beys 2003, S.452. Auf diese Systemwidrigkeit wird noch unten im Rahmen der Stellungnahme ausführlich eingegangen.

⁷²³ Vgl.: BGH NJW 2003, S.1943.

⁷²⁴ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.30.

„einstimmig“ zu ergehen hat. Zum anderen aber auch aus § 523 Absatz I ZPO, der erst nach einer Entscheidung gemäß § 522 Absatz II ZPO die Übertragung auf den Einzelrichter vorsieht.

a) Einstimmigkeit des Beschlusses

Gemäß § 196 Absatz I GVG entscheidet das Gericht mit der absoluten Mehrheit der Stimmen, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. § 522 Absatz II Satz 2 ZPO normiert jedoch gerade für das Beschlusszurückweisungsverfahren eine Einstimmigkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts. Dass diese Voraussetzung erfüllt ist, sollte sich bereits deshalb aus dem Beschluss ergeben, um einem eventuellen Angriff durch eine Verfassungsbeschwerde vorzubeugen.

Einstimmigkeit setzt nicht notwendig Entschließung in einer Beratung voraus; vielmehr kann auch im Umlaufverfahren die Zurückweisung beschlossen werden.⁷²⁵

b) Rechtliches Gehör

Vor der Beschlusszurückweisung hat das Berufungsgericht oder der Vorsitzende die Parteien zuvor auf die in Aussicht genommene Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen und dem Berufungsführer binnen einer zu bestimmenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Eine derartige Hinweispflicht würde sich zwar ohnehin aus dem in Art. 103 GG verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör und dem diesen konkretisierenden § 139 ZPO⁷²⁶ ergeben, ist aber im Interesse der Rechtsklarheit in das schriftliche Zurückweisungsverfahren des § 522 Absatz II ZPO ausdrücklich aufgenommen worden. Die Länge der Frist zur Stellungnahme ist gesetzlich nicht bestimmt. In jedem Fall muss diese Frist aber angemessen sein, wofür die Regelung des § 277 Absatz III ZPO ein Anhaltspunkt sein kann, nach dem die Frist mindestens zwei Wochen zu betragen hat.⁷²⁷ Auch das Unverzüglichkeitsgebot des § 522 Absatz II Satz 1 ZPO sollte hierbei derart auf die Frist einwirken, dass eine Erwiderung des Berufungsführers jedenfalls zeitnah herbeizuführen ist. Allerdings sollte trotzdem eine Verlängerung dieser Frist gemäß § 225 ZPO unter den dort normierten Voraussetzungen möglich sein.

⁷²⁵ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.78; Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.32.

⁷²⁶ § 139 ZPO gilt zwar unmittelbar nur in der mündlichen Verhandlung. Es ist aber allgemein anerkannt, dass § 139 ZPO auch im schriftlichen Verfahren – wie dem des § 522 Absatz II ZPO – gilt; vgl.: Stadler in: Musielak; § 139, Rn.3.

⁷²⁷ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO Reform, § 522, Rn.28.

Mit der Hinweispflicht soll die Transparenz des Berufungsverfahrens gewährleistet und die Parteien vor einer sie überraschenden Verfahrensweise geschützt werden.⁷²⁸ Der Berufungsführer erhält damit die Möglichkeit, dem Berufungsgericht Gesichtspunkte zu unterbreiten, die seiner Auffassung nach eine Beschlusszurückweisung hindern.

Des Weiteren ist der Hinweis gemäß § 522 Absatz II Satz 3 ZPO zu begründen. Sinn und Zweck der im Gesetz verankerten Begründungspflicht ist es, die Transparenz des Beschlussverfahrens – gerade vor dem Hintergrund der fehlenden mündlichen Verhandlung – zu gewährleisten und den Berufungsführer vor einer überraschenden Verfahrensweise zu schützen. Grundsätzlich ist also darzulegen, warum nach vorläufiger Bewertung die geltend gemachten Berufungsgründe nicht durchgreifen. Die Anforderungen an den Umfang dieser Darlegungspflicht lassen sich zunächst so bestimmen, dass zu allen wesentlichen Einwendungen gegen das erstinstanzliche Urteil kurz Stellung genommen wird.⁷²⁹ Richtungsweisendes Kriterium für die Begründungsanforderungen sollte dabei stets der Umstand sein, dass der Berufungskläger bei beschlussmäßiger Entscheidung keine Gelegenheit hat, seinen Standpunkt in mündlicher Verhandlung vorzutragen. Daraus ergibt sich dann, dass in dem Hinweis keine umfangreicheren Ausführungen als in einer mündlichen Verhandlung notwendig sind. Ein knapper Hinweis unter Bezugnahme auf die vom Berufungsgericht für zutreffend erachteten Gründe der angefochtenen Entscheidung kann im Einzelfall auch genügen.⁷³⁰ Aus der oben erläuterten berufsrechtlichen Systematik ergibt sich auch, dass der Hinweis keinesfalls mit Auflagen verbunden werden darf. Denn wenn das Gericht Aufklärungsbedarf irgendeiner Art sieht, kann die Erfolgsaussicht im Sinne des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO kaum negativ bewertet werden. Vor dem Hintergrund, dass durch das gesetzlich vorgezeichnete Zurückweisungsverfahren mit der Begründungspflicht auch die Akzeptanz der Entscheidung durch den Rechtsmittelführer – dieser Aspekt fließt nicht zuletzt aus dem im Rahmen der Einleitung vorgestellten Prozesszweck des Rechtsfriedens – gefördert werden soll, kann gefordert werden, dass die Parteien die Erwägungen des Berufungsgerichts jedenfalls nachvollziehen können. Andererseits gelten vor dem Hintergrund der Beschlusszurückweisung als Instrument zur Verfahrensbeschleunigung die Anforderungen des § 540 ZPO für die Gründe eines Berufungsurteils nicht. Die Pflicht zur Einhaltung solcher rechtsstaatlichen Minimalia versperrt dem Gericht den pauschalen Rückgriff auf formelhafte Erklärungen (zum Beispiel: „die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung werden durch die

⁷²⁸ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.98.

⁷²⁹ Vgl.:Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.83; Siegel in: MDR 2003, S.482.

⁷³⁰ Rimmelpacher in: MK; § 522, Rn.23.

Berufungsbegründung nicht entkräftet.“).⁷³¹ Auch nach Meinung des BVerfG muss der Hinweis inhaltliche Tiefe haben.⁷³²

Eine besondere Form schreibt das Gesetz für den Hinweis nicht vor. Das Gericht kann durch Beschluss oder im Wege einer Verfügung entscheiden (vgl. § 160 Absatz III Nr.6 ZPO). Die im Rahmen des Verspätungsrechts vom BGH⁷³³ für erforderlich gehaltenen Formalien der förmlichen Zustellung einer beglaubigten Abschrift der vom Richter unterzeichneten Verfügung brauchen zwar nicht gewahrt zu werden. Allerdings erscheint es sachgerecht, die förmliche Zustellung anzuordnen, um einen sicheren Nachweis für den o.a. Fristlauf zu schaffen.⁷³⁴

Der Hinweis obliegt nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO entweder dem Vorsitzenden oder dem Berufungsgericht. Das Gesetz ermöglicht damit – wie auch in § 521 Absatz II ZPO - unterschiedliche Arbeitsabläufe innerhalb eines Berufungsgerichts. Der Vorsitzende kann zunächst allein über die Frage , ob ein Zurückweisungsverfahren in Betracht kommt, entscheiden und gegebenenfalls nach Durchführung der oben erläuterten Prüfung der Erfolgsaussicht den erforderlichen Hinweis an den Berufungsführer geben. Der Vorsitzende kann aber auch die Einleitung eines Zurückweisungsverfahrens und den Inhalt des Hinweises zunächst mit den beisitzenden Richtern erörtern, was sich insbesondere in nicht eindeutigen Fällen wegen der notwendigen Einstimmigkeit des Zurückweisungsbeschlusses empfiehlt.⁷³⁵ Der Hinweis des Berufungsgerichts selbst muss dagegen nicht einstimmig ergehen, wie sich schon aus der dem Vorsitzenden durch das Gesetz verliehenen Einzelkompetenz ergibt. Praktisch dürfte es mit Blick auf das Einstimmigkeitserfordernis des Zurückweisungsbeschlusses jedoch nicht förderlich sein, den Hinweis zu erteilen, wenn in der Kammer beziehungsweise dem Senat schon ein Dissens über die Erfolgsaussichten manifest geworden ist.

c) Anwendung der Grundsätze des Novenrechts auf das Verfahren nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO

Die Stellungnahme kann, wenn die Berufung zulässig ist, auch zu weiterem Vorbringen im Rahmen der §§ 529 bis 531 ZPO genutzt werden. Ausgehend von der Feststellung, dass die Frist zur Stellungnahme gemäß § 522 Absatz II Satz 2 ZPO nicht mehr zur Berufungsbegründungsfrist zählt, ist besonders darauf zu achten, dass die oben ausführlich erläuterte Systematik des Berufungsrechts durch Vorbringen im Rahmen der Erwiderung des

⁷³¹ Vgl.: Stackmann in: NJW 2007, S.11.

⁷³² St. Rspr. des BVerfG, s. etwa NJW 2003, S.281; NJW 2004, S.3696; NJW 2005, S.659; NJW 2005, S.1485.

⁷³³ Vgl.: BGH NJW 1980, S.1960; BGH NJW 1980, S.1167.

⁷³⁴ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.76.

Berufungsführers auf den Hinweis vor einer bevorstehenden Beschlusszurückweisung nicht unterlaufen wird.

Der § 520 Absatz III ZPO darf nicht auf die Stellungnahme des § 522 Absatz II Satz 2 ZPO erstreckt werden. So ist seitens des Berufungsgerichtes zu überprüfen, ob der Berufungsführer erst in seiner Stellungnahme auf den berufsgerichtlichen Hinweis nach § 522 Absatz II ZPO solches Vorbringen in das Verfahren einbringt, das er eigentlich schon in seiner Berufungsbegründung oder der Erwiderung auf die Stellungnahme des Berufungsgegners hätte geltend machen müssen. Durch eine seitens des Berufungsgerichts erwogene Zurückweisung darf dem Berufungskläger im Zurückweisungsverfahren selbstverständlich kein Vorteil dadurch entstehen, dass er mit der Erwiderung auf die beabsichtigte Zurückweisung Vorbringen einführen kann, das im „normalen“ Berufungsverfahren nach § 530 ZPO oder schon nach § 531 Absatz II ZPO präkludiert wäre. Deshalb wird in der Praxis bereits im Rahmen des Hinweises auf die beabsichtigte Zurückweisung nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO ausdrücklich auf § 531 Absatz II Satz 1 Nr.3 ZPO verwiesen, um zu verhindern, dass mit nicht zulassungsfähigem neuen Sachvortrag Stellung genommen wird.⁷³⁶ Neues Vorbringen in der Stellungnahme ist immer an § 530 ZPO zu messen, wobei es für die Frage, ob die Zulassung des neuen Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits nach den §§ 530, 296 Absatz I ZPO verzögern würde, auf den Zeitpunkt ankommt, in dem ohne das neue Vorbringen der Zurückweisungsbeschluss – und nicht etwa ein späteres Berufungsurteil – ergehen könnte.⁷³⁷ Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass eine Zulassung aufgrund fehlender Verzögerung des Rechtsstreits in diesen Fällen kaum in Betracht kommen dürfte, da die Berücksichtigung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel den Erlass eines Zurückweisungsbeschlusses und damit eine schnelle Erledigung stets verhindern würde.⁷³⁸ In der Stellungnahme erstmals vorgebrachte Verfahrensrügen können daher überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, etwa erst in der Stellungnahme nachgeschobene Beweisanträge, nur dann zugelassen werden, wenn der Berufungskläger genügend entschuldigt, dass er sie nicht bereits in der Berufungsbegründung vorgebracht hat und dies auf Verlangen des Gerichts glaubhaft macht.

Des Weiteren muss das Berufungsgericht bei entscheidungserheblichen neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die es nicht zulassen will, dem Berufungsführer in dem oben erläuterten Hinweis des § 522 Absatz II Satz 2, 3 ZPO Gelegenheit geben, die Tatsachen glaubhaft zu

⁷³⁵ Vgl.: Siegel in: MDR 2003, S.482.

⁷³⁶ Vgl.: Siegel in: MDR 2003, S.482.

⁷³⁷ Vgl.: Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.34; Rimmelpacher in: MK; § 522, Rn.26.

machen, aus denen sich die Zulässigkeit des neuen Vorbringens ergeben soll.⁷³⁹ Wichtig ist dabei die Unterscheidung derjenigen neuen Tatsachen, die als Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug neu vorgebracht werden und auch in der Erwiderung auf den Hinweis den berufungsspezifischen Präklusionsvorschriften unterliegen und denen die Zulassungsgründe für die ersteren belegen sollen.

Der Hinweis ist an beide Parteien des Berufungsverfahrens – also auch an den Berufungsgegner – zu richten. Aus der obigen Auseinandersetzung mit § 531 ZPO, dessen Absatz II das Novenrecht regelt, resultiert für das Zurückweisungsverfahren eine einschneidende Konsequenz: Zu Noven muss folgerichtig der Berufungsgegner gehört werden, wenn man davon ausgeht, dass die Anwendung des § 531 ZPO immer dann entfällt, wenn die neuen Tatsachen unstreitig werden. Das Berufungsgericht muss demnach, um die Erfolgsaussicht unter dem Gesichtspunkt neu vorgebrachter Tatsachen beurteilen zu können, zwingend den Gegner hören. Denn wenn der Berufungsgegner den neuen Sachvortrag unstreitig stellt, ist dieser der Erfolgsprüfung zugrunde zu legen und kann nicht durch Anwendung des § 531 ZPO mit der Folge präkludiert sein, dass die Erfolgsaussicht ohne die neu eingebrachten Tatsachen bewertet und verneint werden kann.

d) Zeitpunkt für den Erlass der Entscheidung

Das Gesetz trifft keine genaue Bestimmung darüber, wann die Entscheidung zu erlassen ist. Gemäß § 521 Absatz II ZPO „kann“ der Vorsitzende nicht nur dem Berufungsbeklagten nach Eingang der Berufungsbegründung eine Frist zur Erwiderung setzen, sondern mit Blick auf die Nichtanwendung des § 531 Absatz II ZPO auf unstreitige neue Tatsachen „muss“ er dies. Es ist aber mit dem ZPO-Reformgesetz auch § 520 Absatz I Satz 2 ZPO a.F. entfallen, der ein schriftliches Vorverfahren im Berufungsverfahren gestattete. Die Vorstellungen des Gesetzgebers über den genauen chronologischen Ablauf der Beschlusszurückweisung bleiben daher recht unklar. Es ist auf den Zweck des § 522 Absatz II ZPO abzustellen, also auf die Schaffung eines Instruments zur beschleunigten Erledigung aussichtsloser Verfahren.⁷⁴⁰ Dieser Zweck äußert sich im Gesetzeswortlaut in der „Unverzüglichkeit“ der Zurückweisung.

Die im Rahmen der ZPO Evaluation der Jahre 2002 bis 2004 durchgeführte Aktenanalyse liefert spezielle Hinweise darauf, wie die Zurückweisung im Einzelfall verläuft⁷⁴¹: Die dokumentierten Hinweise auf die bevorstehende Zurückweisung wurden in der Regel schriftlich durchschnittlich

⁷³⁸ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO-Reform, § 522, Rn.32.

⁷³⁹ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO-Reform, § 522, Rn.29.

⁷⁴⁰ Vgl.: Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.80.

⁷⁴¹ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.204 und 205.

zehn Wochen nach Eingang der Berufung bei Landgerichten und 13 Wochen bei Oberlandesgerichten gegeben. Sich mit der Berufung auseinanderzusetzen, ist den Richtern allerdings erst nach Eingang der Berufungsbegründung möglich. Es ist auch davon auszugehen, dass die Anwälte häufig die Frist zur Einreichung der Begründung von zwei Monaten voll ausschöpfen, wobei insbesondere die Möglichkeit zur Verlängerung dieser Frist noch mit einzurechnen sein wird. Daraus resultiert, dass zur Berechnung des Zeitpunktes der Hinweiserteilung die vermutlich meist ausgeschöpfte Einreichungsfrist abzuziehen ist, woraus sich wiederum eine rund sechswöchige – bzw. achtwöchige bei den Oberlandesgerichten – Bearbeitungszeit des Zurückweisungsverfahrens ergibt. Die vermutete Beschleunigung des Berufungsrechtszuges hat sich somit in den dem § 522 Absatz II ZPO unterliegenden Fällen bewahrheitet

Mit Blick auf diesen, die Auslegung dominierenden, Gesetzeszweck der Beschleunigung ist auch die Auffassung abzulehnen, die diesem Gebot keine besondere Bedeutung zumisst.⁷⁴² Vielmehr hat das Berufungsgericht gerade von Amts wegen auf dieses besondere Beschleunigungsgebot zu achten und aussichtslose Berufungen zügig zurückzuweisen.⁷⁴³

Des Weiteren ist die in der Rechtsprechung⁷⁴⁴ vertretene Ansicht abzulehnen, die den Beginn der Unverzüglichkeit erst in dem Zeitpunkt annimmt, in dem sich das Berufungsgericht eine Überzeugung für die Zurückweisung gebildet hat, da das Merkmal der Unverzüglichkeit nur auf der Rechtsfolgenseite niedergelegt ist. Doch auch diese Auslegung wird weder den seitens des Gesetzgebers hervorgehobenen Interessen des Berufungsbeklagten gerecht noch entspricht sie dem Willen des Gesetzgebers an einer beschleunigten Durchführung des gesamten Beschlussverfahrens nach § 522 Absatz II ZPO. Vielmehr sollte die Zeitspanne der Unverzüglichkeit mit dem Eintritt der objektiven Entscheidungsreife für eine Beschlusszurückweisung gemäß § 300 Absatz I ZPO beginnen.⁷⁴⁵ Entscheidungsreif ist ein Rechtsstreit im Sinne des § 300 Absatz I ZPO dann, wenn der Sachverhalt völlig geklärt, die angebotenen Beweise erschöpft oder eine Partei mit noch ungeklärtem Vorbringen

⁷⁴² Nach dem Verständnis des OLG Düsseldorf (NJW 2005, S.833) und des OLG Frankfurt a.M. (OLG-Report 2006, S.86) kann ein Zurückweisungsbeschluss sogar dann noch erlassen werden, wenn zuvor bereits ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt worden ist. Dies ist jedoch schon mit dem Wortlaut („Sodann“) des § 523 ZPO abzulehnen, der dafür spricht, dass nach Terminierung ein Wechsel zurück zum Verfahren nach § 522 Absatz II ZPO nicht mehr zulässig ist. Eine Terminbestimmung ist demnach erst gestattet, wenn die Berufung eben nicht nach § 522 Absatz II zurückgewiesen worden ist.

⁷⁴³ Vgl.: Fölsch in: NJW 2006, S.3522.

⁷⁴⁴ Vgl.: OLG Zweibrücken OLG-Report 2004, S.523.

zulässigerweise präkludiert ist.⁷⁴⁶ Diese Grundvoraussetzungen der Entscheidungsreife sind auf das Beschlusszurückweisungsverfahren derart zu übertragen, dass das Berufungsgericht immer schon dann zurückweisen muss, wenn die Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO vorliegen, wobei selbstverständlich inzident im Rahmen der Erfolgsaussicht die berufungsrechtliche Systematik der §§ 529 bis 531 ZPO zu prüfen ist.⁷⁴⁷ Das Berufungsgericht ist demnach gehalten, sich unverzüglich über die Entscheidungsreife einer Zurückweisung Klarheit zu verschaffen und dann ebenso unverzüglich das entsprechende Verfahren einzuleiten und es ist ihm gerade nicht gestattet, in freier Zeiteinteilung über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO zu befinden und erst nach einer Entscheidung darüber unverzüglich zu agieren. Dieses Ergebnis trägt auch dem Verfahrensgrundsatz der Konzentrationsmaxime Rechnung, der im Interesse effektiven Rechtsschutzes im Lichte des Art. 19 Absatz IV GG gebietet, den Rechtsstreit schnellstmöglich einer Erledigung zuzuführen.⁷⁴⁸ Dieser Grundsatz hat in zahlreichen Vorschriften Niederschlag gefunden (zum Beispiel: §§ 251a, 272 Absatz II, 273, 358a ZPO) indem dem Gericht in dem entsprechenden Normzusammenhang prozessfördernde Mittel an die Hand gegeben werden. Auch die Unverzüglichkeit im Sinne des § 522 Absatz II ZPO wurzelt ist Ausfluss dieses Verfahrensgrundsatzes und ist somit seitens der Berufungsgerichte zwingend zu beachten und sollte nicht durch extensive Handhabungen unterlaufen werden.

e) Entscheidung im schriftlichen Verfahren

Der Beschluss über die Zurückweisung der Berufung ergeht ohne mündliche Verhandlung im schriftlichen Verfahren. Ist bereits Termin anberaumt, kann nicht mehr gemäß § 522 Absatz II ZPO entschieden werden. Die nach § 128 Absatz IV ZPO an sich mögliche mündliche Verhandlung ist dem Normzweck zufolge ausgeschlossen.⁷⁴⁹ Wie schon mehrfach betont soll die Beschlusszurückweisung dem Berufungsgericht im Interesse einer raschen Erledigung des Rechtsstreits den Weg zu einer beschlussmäßigen Entscheidung über das Rechtsmittel gerade ohne mündliche Verhandlung eröffnet werden. Deshalb ist über den zurückweisenden Beschluss

⁷⁴⁵ Vgl.: OLG Köln OLG-Report 2005, S.730; Fölsch in: NJW 2006, S.3523.

⁷⁴⁶ Vgl.: Vollkommer in: Zöller; § 300, Rn.2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 59, Rn.8.

⁷⁴⁷ Vgl.: Fölsch in: NJW 2006, S.3523.

⁷⁴⁸ Vgl. zur Konzentrationsmaxime: Leipold in: FS Fasching, 1988, S.329 ff.

⁷⁴⁹ Vgl.: Hannich/Meyer-Seitz; ZPO-Reform, 2002, § 522, Rn.27; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.19.

nicht mündlich zu verhandeln, da dies bei aussichtslosen Berufungen keinen Gewinn an Rechtsschutz bringt.⁷⁵⁰

f) Teilzurückweisung

Eine Teilzurückweisung soll nach der Gesetzesbegründung⁷⁵¹ nicht gestattet sein. Der Gesetzgeber sieht darin unter Hinweis auf die mit der Einführung verfolgte Intention der Schaffung eines Instruments zur beschleunigten Erledigung explizit davon ab, eine Teilzurückweisung zuzulassen. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass der Gesetzeswortlaut dieses „Verbot“ nicht zulässt, genauso wenig wie er eine Teilzurückweisung erlaubt. Hinweise in der Literatur⁷⁵², dass eine Erlaubnis der Teilzurückweisung wohl seitens des Gesetzgebers durch eine „soweit“-Formulierung im Wortlaut zum Ausdruck gebracht worden wäre, liefern keine nennenswerten Erkenntnisse. Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass für eine Teilzurückweisung kein Raum sei, weil dann ohnehin über den Rest mündlich verhandelt werden müsste und dadurch das Ziel eines raschen Abschlusses des Berufungsverfahrens nicht erreichbar wäre.⁷⁵³ Diese Auffassung verkennt, dass es aus prozessökonomischen Gründen durchaus angezeigt sein kann, einzelne Teile, für die die mangelnde Erfolgsaussicht bereits feststeht, durch Beschluss auszusondern.⁷⁵⁴ Besonders nahe liegend erscheint dies in Fällen der subjektiven Klagehäufung, wenn durch eine Teilzurückweisung der gesamte Komplex eines Beteiligten durch die Zurückweisung „wegentschieden“ werden kann. Auch bei einer Anspruchshäufung im Wege der objektiven Klagehäufung kann durch die Anwendung des § 522 Absatz II ZPO der noch zu entscheidende Rest um einen ganzen Streitgegenstand entlastet werden und besonders überflüssiger Vortrag der Parteien hierzu vermieden werden. Ein Zielkonflikt zu der beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung im Berufungsverfahren liegt somit nicht vor, da in der Regel ein „abgespecktes“ Verfahren auch bedeutend schneller zu erledigen ist. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO bezüglich des gesamten Verfahrens vorliegen hat nämlich in jedem Fall zu erfolgen. Und dann ist es auch durchaus eine Erleichterung, wenn das Berufungsgericht die Ergebnisse dieser Prüfung derart fruchtbar machen kann, dass zumindest ein Teil erledigt worden ist. Gerade vor dem Hintergrund der erläuterten berufsrechtlichen Systematik der §§ 529 bis 531 ZPO und der dazu ergangenen BGH-Rechtsprechung ist die im Rahmen des § 522 Absatz II ZPO zwingend vorzunehmende Prüfung

⁷⁵⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.97.

⁷⁵¹ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.97.

⁷⁵² Vgl.: Schellenberg in: MDR 2005, S.613.

⁷⁵³ Vgl.: Rimmelpacher in: MK; § 522, Rn.27; Stackmann in: NJW 2007, S.11.

der Erfolgsaussicht äußerst umfangreich. Umso effizienter ist es dann aber auch, wenn der Verlauf des weiteren Verfahrens mit dem entsprechenden Parteivorbringen durch eine Teilzurückweisung kanalisiert werden kann.

Es ist diesbezüglich auch darauf hinzuweisen, dass zu der in den maßgeblichen Passagen identischen Formulierung des § 544b ZPO a.F. ebenfalls angenommen wurde, Teilentscheidungen seien zulässig.⁷⁵⁵

Als Argument lässt sich noch die prozessuale Struktur des § 260 ZPO vorbringen. Danach können mehrere Ansprüche verbunden werden, müssen aber nicht. Wenn nun zwei Ansprüche in zwei verschiedenen Verfahren geltend gemacht würden, wäre bei entsprechender Einschlägigkeit unstrittig die Möglichkeit der Zurückweisung des jeweiligen Anspruches gegeben. Eine rein verfahrenstechnische Zusammenführung dieser beiden Ansprüche kann nicht zu einem Verbot führen, eine Norm anzuwenden, mit der einer der Ansprüche – rechtskräftig! – abgewickelt werden kann. Die „Vereinfachung“ des § 260 ZPO würde dann dazu führen, die „Vereinfachungsnorm“ des § 522 Absatz II ZPO nicht anwenden zu können.

Des Weiteren ist zu beachten, dass das Vorgehen nach § 522 Absatz II ZPO gerade als zwingend erachtet wird und dem Berufungsgericht kein diesbezügliches Ermessen zuzusprechen ist. Dann aber müssen die Gerichte konsequenterweise auch zu einer Teilzurückweisung immer dann gehalten sein, wenn sie auch über den entsprechenden Teil entscheiden könnten. Nur so kann der Gleichlauf von Entscheidung und zwingend vorgeschaltetem Zurückweisungsverfahren gewährleistet werden und gerade so kann eine optimale Wirkungsbreite des § 522 Absatz II ZPO, die mit Blick auf die Verfahrensökonomie das letztendliche Ziel des Gesetzgebers ist, erzielt werden.

Auch die „neue“ Rolle des Berufungsgerichts als Instanz der Fehlerkontrolle bestärkt dieses Ergebnis. Denn wenn ein Gericht vorwiegend Fehler eines anderen Gerichtes kontrollieren soll, dann erscheint es sinnwidrig, ihm ein dazu vorgesehenes Korrekturinstrument wieder zu nehmen. Das Berufungsgericht müsste dann sehenden Auges mündlich noch einmal über einen Anspruch verhandeln, dem es aufgrund der vorgeschalteten und zwingenden Prüfung im Rahmen des § 522 Absatz II ZPO keinerlei Erfolgsaussicht zumisst.

Eine Teilzurückweisung sollte demnach in allen Fällen erwogen werden, wo durch Teilurteil gemäß § 301 ZPO entschieden werden kann.⁷⁵⁶ Wichtig ist jedoch, dass in jedem Fall die

⁷⁵⁴ Vgl.: OLG Rostock NJW 2003, S.2754.

⁷⁵⁵ Vgl.: BGH RR 1991, S.576 m.w.N..

Voraussetzungen des § 301 ZPO vorliegen müssen, denn ein Widerspruch zum späteren Urteil muss ausgeschlossen sein.⁷⁵⁷

g) Kosten und Vollstreckbarkeit

Eine Kostenentscheidung ist notwendig⁷⁵⁸ und folgt aus den allgemeinen Vorschriften, also im Wesentlichen aus § 97 ZPO, nach dem die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels der Partei zur Last fallen, die es eingelegt hat. Soweit man eine teilweise Zurückweisung der Berufung zulässt, ist die Kostenentscheidung der Endentscheidung vorzubehalten, was aus der allgemeinen Meinung resultiert, dass ein Teilurteil gemäß § 301 ZPO, dessen Voraussetzungen bei einer eventuellen Teilzurückweisung in jedem Fall vorliegen müssen, keinen Kostenausspruch enthält.⁷⁵⁹

Der Zurückweisungsbeschluss ist – ebenso wie der Verwerfungsbeschluss des § 522 Absatz I Satz 2 ZPO – gerichtskostenfrei.

Die Verfahrensgebühr des Rechtsanwaltes gemäß Vergütungsverzeichnis (VV) 3200 zum RVG ermäßigt sich von 1,6 auf 1,1 bei vorzeitiger Beendigung nach Vergütungsverzeichnis (VV) 3201 zum RVG.

Eine Terminsgebühr für die Berufungsinstanz nach Vergütungsverzeichnis (VV) 3202 zum RVG entsteht nicht, wenn das Berufungsgericht die Berufung durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO zurückweist. In diesem Fall kann die Terminsgebühr auch nicht durch eine Besprechung der Rechtsanwälte ohne Beteiligung des Gerichts entstehen.⁷⁶⁰ Die anwaltliche Tätigkeit wird allein durch die Verfahrensgebühr abgegolten. Der Gesetzgeber hat bewusst von der Aufnahme einer Terminsgebühr abgesehen, da er die Notwendigkeit einer Terminsgebühr für die Verfahren, in denen eine aussichtslose Berufung ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss des Gerichts zurückgewiesen wird, nicht gesehen hat.⁷⁶¹ Diese Einschätzung basiert auf der Erwägung, dass ein besonderer Aufwand der Anwälte nicht ersichtlich sei und die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ohnehin nicht verhindert werden kann. Der Gesetzgeber hat dadurch auch im Kostenrecht dem Ziel der ZPO-Reform

⁷⁵⁶ Vgl.: OLG Dresden NJ 2004, S.37; OLG Rostock NJW 2003, S.2754; OLG Karlsruhe MDR 2003, S.711; Gerken in: Wieczorek; § 522, Rn.85; Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.41; Reichold in: Thomas/Putzo; § 522, Rn.21; Schellenberg in: MDR 2005, S.613.

⁷⁵⁷ Vgl.: Vollkommer in: Zöller; § 301, Rn.7.

⁷⁵⁸ Vgl.: OLG München MDR 2003, S.522.

⁷⁵⁹ Vgl.: Vollkommer in: Zöller; § 301, Rn.11.

⁷⁶⁰ Vgl.: BGH, Beschluss vom 15.3.2007 – V ZB 170/06.

⁷⁶¹ Vgl.: BT-Drucksache 15/1971, S.212.

Rechnung getragen, nach der die aussichtslosen Berufungen in einem vereinfachten Verfahren zügig erledigt werden sollten und dem Berufungskläger nach dem Hinweis des Berufungsgerichts die Möglichkeit einer kostengünstigen Erledigung erhalten bleiben sollte.

Die Vollstreckbarkeit ergibt sich ohne besonderen Ausspruch aus § 794 Absatz I Nr.3 ZPO, da diese Vorschrift auch alle Beschlüsse erfasst, die mit ihrem Erlass rechtskräftig werden.⁷⁶²

IV) Die Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 Absatz III ZPO

Der Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO ist nach der ausdrücklichen Regelung in § 522 Absatz III ZPO unanfechtbar. Der Gesetzgeber hat damit dem Berufungsgericht die Möglichkeit eröffnet, durch die Wahl des Verfahrens die Anfechtbarkeit seiner eigenen Entscheidung zu steuern. Denn während das Urteil des Berufungsgerichts stets zumindest mit der Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO anfechtbar ist, scheidet nach dem Wortlaut jede fachgerichtliche Überprüfung bei der Entscheidung durch Zurückweisungsbeschluss aus.⁷⁶³ Allerdings wird diese Steuerungsmöglichkeit erheblich und systemgerecht dadurch eingeschränkt, dass das Gericht hinsichtlich der Auswahl der Verfahrensmöglichkeiten – wie oben erläutert - gerade kein Ermessen hat.

Nach einer Stellungnahme der Bundesregierung aus dem Jahre 2000 ist jedem Rechtsmittelsystem die Notwendigkeit immanant, dass im Interesse der Rechtssicherheit und des effektiven Ressourceneinsatzes die Überprüfungsmöglichkeiten gerichtlicher Entscheidungen nicht ins Unendliche ausgedehnt werden können.⁷⁶⁴ Es bleibt wegen des im Wortlaut des § 522 Absatz III ZPO angeordneten Ausschlusses ordentlicher Rechtsmittel somit nur noch die Möglichkeit eventueller außerordentlicher Rechtsmittel, um eine Überprüfung der Zurückweisungsentscheidung nach § 522 Absatz II erreichen zu können.

1) Die Entstehung außerordentlicher Rechtsbehelfe bis 2001

Eingangs ist festzuhalten, dass Beschränkungen der ordentlichen Rechtsmittel ein vertrauter Bestandteil aller Prozessordnungen sind.⁷⁶⁵ Auch im Rechtsmittelsystem der ZPO in der bis zum 31.12.2001 gültigen Fassung gab es außer den naturgemäß keiner Anfechtung mehr unterliegenden Entscheidungen der dritten Instanz (der zweiten Rechtsmittelinstanz) auch

⁷⁶² Vgl.: Stöber in: Zöller; § 794, Rn.20.

⁷⁶³ Wie diese Konsequenz nicht zuletzt auch vor verfassungsrechtlichem Hintergrund zu bewerten ist, ist Gegenstand des nachfolgenden Abschnitts der „Stellungnahme“.

⁷⁶⁴ Vgl.: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucksache 14/4722 (24.11.2000), Anlage 3: Gegenäußerung der Bundesregierung, S.156.

Entscheidungen erster (§§ 511a, 567 II ZPO a.F.) und zweiter (§§ 545, 567 III S.1 ZPO a.F.) Instanz, die unanfechtbar waren. Wenn ein ordentliches - also vom Gesetz vorgesehenes - Rechtsmittel dann nicht mehr statthaft ist, ist der Rechtsweg gemäß § 90 BVerfGG erschöpft. Beruhte in einem solchen Fall die unanfechtbare Entscheidung auf der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts, so verblieb nur noch der Weg der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nach Art. 93 Absatz I Nr.4a GG iVm § 90 I BVerfGG. Der daraus resultierende Geschäftsanfall beim BVerfG insbesondere mit Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen der Amtsgerichte in den besonders fehlerträchtigen Bagatellverfahren nach § 495a ZPO a.F. führte schon bald zu dem Dauerthema der Entlastung des BVerfG.⁷⁶⁶ So hat dann auch das BVerfG selbst die Fachgerichte immer wieder angemahnt, unterlaufene Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte tunlichst in derselben Instanz oder im Instanzenzug im Wege der Selbstkontrolle zu beheben, ohne dass von dem Rechtsschutzbegehrenden der Umweg über die Verfassungsbeschwerde gewählt werden müsse.⁷⁶⁷ Die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte hat diese Mahnung aufgegriffen und im engen Zusammenwirken mit dem BVerfG selbst in den 25 Jahren ab 1975 bis zum Ende der „alten“ ZPO (2001) einen Kanon außerordentlicher Rechtsbehelfe entwickelt. Trotz zahlreichen Zweifelsfragen in Einzelheiten waren dabei zuletzt anerkannt:

- die außerordentliche Berufung analog § 513 Absatz II ZPO a.F. gegen nicht berufungsfähige Urteile im vereinfachten Verfahren gemäß § 495a ZPO a.F. und in solchen Verfahren ohne mündliche Verhandlung. War die Berufungssumme nicht erreicht - nach altem Recht DM 1.500,- gemäß § 511a ZPO a.F. - war das Rechtsmittel unzulässig und es blieb nur der Weg der Verfassungsbeschwerde. Dies führte dazu, dass das BVerfG erheblich überlastet war und mitunter den Titel des obersten Amtsgerichts der Nation verliehen bekam.⁷⁶⁸ Es wurde dann seitens der Rspr. der Weg über eine analoge Anwendung des § 513 Absatz II ZPO a.F. (heute: § 514 Absatz II ZPO) gewählt, da in dessen Anwendungsbereich die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil nach § 345 ZPO darauf gestützt werden konnte, dass ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe. So konnte wertgrenzenfrei ein Fall der Gehörsverletzung geltend gemacht werden. Diesen Lösungsansatz hat das BVerfG als von Verfassungs wegen nahe liegend

⁷⁶⁵ Vgl.: Vollkommer in: FS Beys 2003, S.1697.

⁷⁶⁶ Vgl. dazu ausführlich den Bericht der Kommission „Entlastung des Bundesverfassungsgerichts“, BJM Bonn 1998.

⁷⁶⁷ Vgl.: BVerfGE 42, S.243 (248ff.); 47, S.182 (190ff.); 49, S.252 (259ff.); 73, S.223 (227ff.).

⁷⁶⁸ Vgl.: Sendler in: NJW 1995, S.3293.

bezeichnet.⁷⁶⁹ Der Beschwerdeführer konnte dadurch in entsprechenden Fällen zunächst Berufung einlegen, so dass im Ergebnis die positiv-rechtlich bestehende Rechtsmittelzugangsschranke der Berufungssumme im Zusammenwirken von BVerfG und Fachgerichten „derogiert“ wurde.⁷⁷⁰

- die außerordentliche weitere Beschwerde zum OLG in extensiver Auslegung von § 568 II S.2 ZPO a.F.. Nach altem Beschwerderecht war gegen die Entscheidungen der Landgerichte im Berufungsverfahren und im Beschwerdeverfahren - abgesehen von gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen – eine Beschwerde nicht zulässig, § 567 III S.1 ZPO a.F., soweit nicht in der Entscheidung ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund enthalten war, § 568 II S.2 ZPO a.F.. Nach dem darüber in § 568 II ZPO a.F. verankerten Difformitätsprinzip schied eine weitere Beschwerde als Rechtsmittel dritter Instanz also aus, wenn die beiden Vorinstanzen übereinstimmend entschieden hatten.⁷⁷¹ Zur Entscheidung über die so mögliche weitere Beschwerde war gemäß § 119 I Nr.4 GVG das OLG zuständig. Leitentscheidung für die konstruierte Anerkennung der weiteren Beschwerde bei Verletzung von Verfahrensgrundsätzen war dann der Beschluss des BVerfG vom 10.10.1978⁷⁷², in dem das oberste Gericht auf eine Verfassungsbeschwerde hin eine Entscheidung des OLG Schleswig aufhob, nach der eine weitere Beschwerde an eben dieses OLG wegen Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Rechte als unstatthaft angesehen wurde. Vielmehr wurde die Sache an das OLG zurückverwiesen, da der in § 568 II S.2 ZPO a.F. verankerte Begriff des neuen selbstständigen Beschwerdegrundes dahingehend ausgelegt werden müsse, dass im Beschwerdeverfahren unterlaufene Verfassungsverstöße auch bei Übereinstimmung der beiden unteren Instanzentscheidungen einen solchen neuen und selbständigen Beschwerdegrund bilden können. Diese Auslegung sei verfassungsrechtlich geboten.⁷⁷³ Wegen der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG war auch der Weg einer davon eventuell abweichenden Auslegung versperrt. Im Ergebnis wurde auch hier bis zum Ende der „alten“ ZPO eine gewohnheitsrechtliche Verlängerung des Beschwerderechtszuges bei behaupteten Grundrechtsverstößen vom LG zum OLG verlängert.

⁷⁶⁹ Vgl.: BVerfGE 60, S.96 (99).

⁷⁷⁰ Vgl.: Vollkommer in: FS Beys 2003, S.1701.

⁷⁷¹ Vgl.: Albers in: Baumbach/Lauterbach, 50.Auflage 1992, § 568, Vorb. B, 2.

⁷⁷² Vgl.: BVerfGE 49, S.252.

⁷⁷³ Vgl.: BVerfGE 49, S.252 (256).

- die außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit – auch – zum BGH.⁷⁷⁴ Dieser außerordentliche Rechtsbehelf war anerkannt⁷⁷⁵, wenn die angegriffene Entscheidung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrte und dem geltenden Recht inhaltlich fremd war. Er führte zu einer Prüfung durch die jeweils höhere Instanz – bei greifbar gesetzeswidrigen Beschlüssen des LG durch das OLG und bei solchen des OLG durch den BGH – wobei die Rechtsmittelschranke des § 567 IV S.1 ZPO a.F. nicht galt. Im Ergebnis wurde wiederum in Fällen greifbarer Gesetzeswidrigkeit eine zusätzliche Instanz beziehungsweise eine Verlängerung des Instanzenzuges konstruiert.

- die Gegenvorstellung gegen unabänderliche Beschlüsse zur Beseitigung groben prozessualen Unrechts. Diese Gegenvorstellung ist ein unbefristeter Rechtsbehelf, den eine von einer Entscheidung beschwerte Partei einlegt, um eine Abänderung dieser Entscheidung durch die gleiche Instanz zu erreichen.⁷⁷⁶ Der unausgesprochene Zweck der Gegenvorstellung liegt darin, der Partei auch da noch einen Rechtsbehelf zu verschaffen, wo das Gesetz selbst einen solchen gerade nicht vorsieht.⁷⁷⁷ Das BVerfG hat dann auch wieder unter Berufung auf ein diesbezügliches Naheliegen von Verfassungen wegen gestattet, bei offenkundiger Verletzung von Verfahrensgrundrechten die Gegenvorstellung allgemein zuzulassen.⁷⁷⁸ Im weiteren Verlauf ist die Gegenvorstellung zu einem festen Bestandteil des Rechtsbehelfssystems der ZPO geworden und übernahm dabei auch die Aufgabe der in der ZPO fehlenden §§ 33a, 311a StPO.⁷⁷⁹ Eine Gegenvorstellung gegen streitige Urteile scheiterte allerdings an der diesbezüglichen Bindungswirkung des § 318 ZPO, der in § 329 ZPO für Beschlüsse nicht explizit angeordnet ist und somit der Gegenvorstellung gegen Beschlüsse mit Blick auf deren Bindungswirkung jedenfalls nicht von vorneherein den Weg versperrt.

2) Die Entwicklung dieser außerordentlichen Rechtsbehelfe von 2002 bis 2004

Wegen der Einführung der „neuen“ ZPO im Jahre 2002 muss allerdings überprüft werden, inwieweit dieser Kanon von außerordentlichen Rechtsbehelfen insbesondere mit Blick auf das tiefgreifend veränderte Beschwerderecht seine Geltung behält.

⁷⁷⁴ Vgl.: BGHZ 119, S.372; 121, S.397; 130, S.99.

⁷⁷⁵ Allerdings war er nach BGHZ 121, S.398 auf „wirkliche Ausnahmefälle krassen Unrechts“ beschränkt.

⁷⁷⁶ Vgl.: Baumgärtel in: MDR 1968, S.970.

⁷⁷⁷ Vgl.: Wenzel/Lipp; MK, Vor § 567, Rn8.

⁷⁷⁸ Vgl.: BVerfGE 73, S.322 (329).

⁷⁷⁹ Vgl.: Vollkommer in: FS Beys 2003, S.1709.

Dafür ist zunächst der Rechtszustand von 2002 bis 2004 als eigenständiger Abschnitt zu beleuchten, denn das ZPO-RG hat bei Gehörsverletzungen ein Abhilfeverfahren eingeführt und in § 321a ZPO kodifiziert. Das der ehemaligen Gegenvorstellung in Teilbereichen entsprechende Abhilfeverfahren des § 321a ZPO war allerdings ausdrücklich auf erstinstanzliche Urteile beschränkt, die nicht mit der Berufung angefochten werden konnten und inhaltlich auch nur auf die alleinige Geltendmachung der Verletzung rechtlichen Gehörs gerichtet. Die Gegenvorstellung richtete sich jedoch wie bereits festgestellt gegen Beschlüsse und erlaubte die Rüge jedes schwerwiegenden Verfahrensverstößes also nicht nur desjenigen der Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Eine Analogie zu § 514 Absatz II ZPO, der dem alten § 513 Absatz II ZPO entspricht, scheidet nunmehr nach Einführung der Gehörsrüge des § 321a ZPO als ordentlichem Rechtsbehelf aus. Mit dieser ersten Version des § 321a ZPO aus dem Jahre 2002 hat der Gesetzgeber den innerprozessualen Grundrechtsschutz innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit entscheidend erweitert. Diese Neuregelung reicht weiter als es die frühere außerordentliche Berufung tat, da sie auch Urteile aufgrund mündlicher Verhandlung erfasst. Die außerordentliche Berufung ist durch § 321a ZPO in ihrem Anwendungsbereich ersetzt und ins geschriebene Recht transportiert worden. Es ist jetzt auf befristete Rüge der durch das Urteil beschwerten Partei der Prozess vor dem Gericht des ersten Rechtszuges fortzusetzen, wenn eine Berufung wegen Nichtüberschreitens der Berufungssumme von 600,- € und Nichtzulassung durch das erstinstanzliche Gericht unzulässig ist und das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt wurde. Einer Überwindung der wertabhängigen Zugangsschranke durch eine analoge Anwendung des § 514 Absatz II ZPO bedarf es nicht mehr. Darüber hinaus wäre eine derartige Analogie mangels Regelungslücke nicht mehr tragbar.

Auch die außerordentliche Beschwerde zum OLG in extensiver Auslegung des § 568 Absatz II S.2 ZPO a.F. hat in Folge der grundlegenden Änderung des Beschwerderechts nun keinen Anwendungsbereich mehr. Denn gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der AG und LG findet jetzt nach § 567 Absatz I ZPO die sofortige Beschwerde statt und gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts die revisionsähnlich ausgestaltete Rechtsbeschwerde des § 574 Absatz I ZPO. Rechtsbeschwerdegericht ist gemäß § 133 GVG immer der BGH. Und da die „alte“ weitere Beschwerde zum OLG nicht mehr vorgesehen ist, gibt es auch den tatbestandlichen „Aufhänger“ des die ehemalige außerordentliche Beschwerde zum OLG eröffnenden „neuen selbstständigen Beschwerdegrundes“ des § 568 Absatz II ZPO a.F. nicht mehr. Ist jetzt im Beschwerdeverfahren ein Grundrechtsverstoß passiert und liegt einer der wenigen Fälle einer nach § 574 Absatz I Nr.1 ZPO gesetzlich zugelassenen Rechtsbeschwerde nicht vor, scheidet eine Abhilfe durch ein ordentliches Gericht praktisch aus. Denn bei unbeabsichtigten Verstößen wird es im Regelfall an einer Zulassung nach § 574 Absatz I Nr.2

ZPO fehlen und anders als bei der Revision (§ 544 ZPO) ist im Beschwerderechtszug eine Nichtzulassungsbeschwerde gerade nicht vorgesehen. Abhilfe käme dann innerhalb des fachgerichtlichen Instanzenzuges nur noch bei einem Fortgelten der oben angesprochenen außerordentlichen Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit in Frage.

Der BGH hat vor dem Hintergrund des reformierten Rechtsmittelrechts in seinem Urteil vom 7.3.2003 dann ebenfalls mit der außerordentlichen Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit gebrochen.⁷⁸⁰ Er sieht diese auch in Fällen krass unrichtiger Entscheidungen nicht mehr als eröffnet an; zulässig sei vielmehr nur die Gegenvorstellung. Der BGH stellt entscheidend darauf ab, dass der Zugang zum Rechtsbeschwerdegericht durch die Neufassung der §§ 574 ff. ZPO nunmehr abschließend geregelt sei. Deshalb fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke, die eine außerordentliche Beschwerde erst ermöglichen würde. Dem Gesetzgeber sei die Problematik der Verletzung von Verfahrensgrundrechten durchaus bekannt gewesen; bei der Rechtsbeschwerde habe er dann aber, wie die Neuschaffung des § 321a ZPO zeigt, bewusst davon abgesehen, Regelungen zu deren Korrektur für den Beschwerderechtszug zu schaffen. Deshalb sei diese Grundentscheidung von den Gerichten zu beachten. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen, denn schon in der Vergangenheit war die Entwicklung der außerordentlichen Beschwerde mangels Gesetzeslücke eine sehr problematische Rechtsfortbildung, die wohl maßgeblich der bereits erläuterten Bestrebungen der Entlastung des BVerfG geschuldet waren.⁷⁸¹ Und auch die dankbare Aufnahme der außerordentlichen Beschwerde in die strikte Subsidiaritätsrechtsprechung des BVerfG wurzelt in dieser Intention, so dass die Entscheidung des BGH nicht zuletzt auch mit Blick auf eine sowohl erstrebenswerte als auch von Verfassungen wegen gebotene Rechtsmittelklarheit begrüßenswert ist.

Eine Übernahme der Gegenvorstellung in das neue Prozessrecht ist nicht ausdrücklich erfolgt. Das ihr der Sache nach entsprechende Abhilfeverfahren war nach dem Gesetzeswortlaut des § 321a ZPO in seiner „ersten“ Fassung wie gesehen auf erstinstanzliche nicht berufungsfähige Urteile und auf Verletzung allein des rechtlichen Gehörs beschränkt gewesen. Dem Leitsatz des BGH in seiner Entscheidung vom 7.3.2002 ist jedoch zu entnehmen, dass es sich bei dem neuen Abhilfeverfahren um nichts anderes handelt als den gleichnamigen außerordentlichen Rechtsbehelf des alten Rechts: „Verletzt die angefochtene Entscheidung ein Verfahrensgrundrecht des Beschwerdeführers oder ist sie aus sonstigen Gründen greifbar gesetzeswidrig, ist sie durch das Gericht, das sie erlassen hat, auf Gegenvorstellung zu

⁷⁸⁰ Vgl.: BGH NJW 2002, S.1577.

⁷⁸¹ Vgl. : Prütting in : EWiR, § 574 ZPO 1/02, S.836.

korrigieren.“Auch in einer sich daran anschließenden Entscheidung des OLG Celle wird dieses Weiterleben der Gegenvorstellung im Gewand der Abhilferüge sehr deutlich: „Bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten kommt ebenso wie bei den weiteren Fällen greifbarer Gesetzeswidrigkeit, in denen bislang die außerordentliche Beschwerde als gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf ausnahmsweise zugelassen worden ist, nur noch die Selbstkorrektur des erlassenden Gerichtes in Betracht.“⁷⁸² Der Gesetzgeber hat also einen Teilbereich der bisherigen Gegenvorstellung in § 321a ZPO kodifiziert.⁷⁸³

Ob nun § 321a ZPO auch auf nicht anfechtbare Beschlüsse der höheren Instanzen und letztinstanzliche Entscheidungen entsprechend anwendbar sein sollte, um so einen weiteren Teilbereich der Gegenvorstellung mit übernehmen zu können, gehörte zu den umstrittensten Streitfragen⁷⁸⁴ des neuen Prozessrechts in der oben genannten Zeitspanne.⁷⁸⁵ Die Brisanz dieser Fragestellung resultierte weitestgehend aus ihrer praktischen Relevanz. Denn nachdem den früheren außerordentlichen Rechtsbehelfen aufgrund des reformierten Rechtsmittelrechts durch die Rechtsprechung⁷⁸⁶ der Boden entzogen war, fiel der Focus auf die neu geschaffene Gehörsrüge des § 321a ZPO und die Weite ihres Anwendungsbereiches. Die eingeschlagene Linie der Rechtsprechung wird auch durch das BVerfG – jedenfalls mittelbar – bestätigt. Das Gericht stellt fest, dass das Nebeneinander mehrerer in ihren Voraussetzungen zu facettenreichen und unbestimmten außerordentlichen Rechtsbehelfen dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsmittelklarheit widerspricht.⁷⁸⁷ Rechtsbehelfe können wirksam nur in der geschriebenen Rechtsordnung und nicht *praeter legem* eingerichtet werden. Gleichzeitig monierte das Gericht in

⁷⁸² Vgl.: OLG Celle NJW 2002, S.3715.

⁷⁸³ Vgl.: Vollkommer in: FS Beys 2003, S.1710.

⁷⁸⁴ Eine Entscheidung dieser Frage soll hier mangels Relevanz ausbleiben. Denn der Gesetzgeber hat dies bereits mit Einführung der „letzten“ Version von § 321a ZPO mit Wirkung zum 1.1.2005 getan. Auch schon vorher wurde dieser gesetzlichen Neuregelung durch mehrere OLG Entscheidungen vorgegriffen, indem schon der „alte“ § 321a ZPO derart erweitert wurde, dass die Anhörungsrüge auch gegen die Beschlüsse nach § 522 II ZPO statthaft war, die ja nie erstinstanzlich ergehen können; OLG Celle NJW 2003, S.906; OLG Frankfurt a.M. NJW 2004, S.165

⁷⁸⁵ Analogie bejahend: E.Schneider, ZPO – Reform, 2002, Rn.205; ders. in: AnwBl 2002, S.622; Reichold in: Thomas/Putzo, 24.Auflage 2002, § 321a, Rn.8; Lipp in: NJW 2002, S.1700; Müller in: NJW 2002, S.2745.

Analogie verneinend: Musielak in: JuS 2002, S.1205; Hannich/Meyer-Seitz, ZPO – Reform 2002, § 321a, Rn.13.

⁷⁸⁶ Vgl.: BGHZ 150, S.133; BVerwG NJW 2002, S.2657; BFH NJW 2003, S.1344; BFH NJW 2004, S.2854; OLG Celle Report 2002, S.304; OLG Celle Report 2003, S.113; OLG Frankfurt a.M. NJW 2003, S.140; OLG Hamm MDR 2003, S.296; OLG Karlsruhe Report 2003, S.225; KG MDR 2002, S.1086; OLG Köln Report 2003, S.35; OLG Rostock Report 2003, S.120.

⁷⁸⁷ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.1924.

derselben Entscheidung, dass zwar die außerordentlichen Rechtsbehelfe in ihrem momentanen Zustand keinen Bestand mehr haben können, es aber daraus resultierend auch eine Rechtsschutzlücke gebe. Insbesondere wurde das Fehlen einer Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen Verletzungen des Anspruches auf rechtliches Gehör durch oberlandesgerichtliche Berufungsurteile außerhalb der streitwertabhängigen Revision für verfassungswidrig erklärt. Gleichzeitig wurde dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung des § 321a ZPO, der bis dato ja „nur“ eine entsprechende Rüge gegen erstinstanzliche Beschlüsse erlaubte, bis 31.12.2004 gesetzt.

3) Der momentane Entwicklungsstand der außerordentlichen Rechtsbehelfe ab 2005 und deren Anwendbarkeit auf Beschlüsse nach § 522 Absatz II ZPO

Mit dem Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) will der Gesetzgeber die soeben angedeuteten Vorgaben des BVerfG umsetzen. Durch eine Neufassung des § 321a ZPO wird sichergestellt, dass die Anhörungsrüge gegen jede Entscheidung, gleich welcher Instanz, zulässig ist, gegen die ein Rechtsmittel nicht statthaft ist.⁷⁸⁸

Die eventuelle Anfechtbarkeit von Beschlüssen nach § 522 Absatz II ZPO ist maßgeblich vor dem Hintergrund des Geltungsbereiches der mit Wirkung zum 1.1.2005 geänderten Gehörsrüge des § 321a ZPO zu beurteilen. Denn diese soll nach dem Willen des Gesetzgebers den bislang sehr unstrukturierten und problematischen Komplex der außerordentlichen Rechtsbehelfe und deren Reichweite umfassend abdecken.⁷⁸⁹ § 321a ZPO ist in seinem Geltungsbereich in jedem Fall als *lex specialis* im Verhältnis zu eventuell noch flankierend bestehenden außerordentlichen Rechtsbehelfen zu begreifen.

Davon ausgehend ist zunächst dieser Geltungsbereich zu ermitteln.

Die Anhörungsrüge in der seit 1.1.2005 geltenden Fassung ist ein eigenständiger, wiedereinsatzähnlich ausgestalteter Rechtsbehelf zur Geltendmachung von Gehörsverletzungen gegenüber dem Ausgangsgericht (*iudex a quo*), der gegenüber anderen – ordentlichen! – Rechtsbehelfen nach § 321 a Absatz I Nr.1 ZPO subsidiär ist. Die Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung steht ihm nach § 321a Absatz II ZPO nicht entgegen. Die

⁷⁸⁸ Von der ursprünglich geplanten Neufassung der §§ 543 Absatz II, 574 Absatz II ZPO wurde abgesehen, da der BGH zwischenzeitlich seine diesbezüglich noch in BGHZ 152, S.193 vertretene restriktive Rspr. aufgegeben hat, und Verletzungen des rechtlichen Gehörs sowie sämtliche Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte seit BGH NJW 2004, S.2222 als Revisionszulassungsgrund zulässt.

⁷⁸⁹ Vgl.: BR-Drucksache 663/04, Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung.

erfolgreiche Rüge führt zur einer Abhilfe der Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör durch Fortsetzung des Verfahrens gemäß § 321a Absatz V ZPO. Der Rüge unterliegen dabei alle unanfechtbaren Entscheidungen, gleich ob es sich um Urteile oder Beschlüsse handelt und gleich in welcher Instanz sie ergangen sind. Ebenso unerheblich ist, ob die Entscheidungen bereits rechtskräftig sind oder nicht.⁷⁹⁰ Letzteres ist die Folge davon, dass die Rügefrist des § 321a Absatz II S.1 ZPO nicht mehr an die Zustellung der anzufechtenden Entscheidung, sondern an die Kenntnis von der Gehörsverletzung anknüpft. Der Rügeumfang ist ausdrücklich des Wortlautes in § 321a Absatz I Nr.2 ZPO auf die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Absatz I GG beschränkt und erklärt sich aus dem oben angesprochenen beschränkten Gesetzgebungsauftrag des BVerfG.⁷⁹¹

Die Konsequenz für die Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO ist also zunächst diejenige, dass der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen hat, gegen sie im Rahmen des § 321a ZPO vorgehen zu können, soweit ein Verstoß gegen Art. 103 Absatz I GG geltend gemacht wird. Anknüpfungspunkt können dabei in erster Linie Verstöße gegen die in § 522 Absatz II S.2 ZPO speziell geregelte Ausprägung des Anspruches auf rechtliches Gehör sein. Daneben kann aber jeder denkbare Verstoß gegen Art. 103 Absatz I GG in seiner Gestalt als allgemeinem Grundsatz, der dem Berufungsgericht im Rahmen der Beschlusszurückweisung unterläuft, gerügt werden.⁷⁹²

Die auf Art. 103 Absatz I GG beschränkte Neufassung des § 321a ZPO will einer Erweiterung der Rügemöglichkeit auf die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte wie zum Beispiel Art.101 Absatz I Satz 2 GG oder einer Verletzung des Willkürverbots grundsätzlich nicht entgegenstehen, was in der Entwurfsbegründung ausdrücklich klargestellt ist.⁷⁹³ Auch vor verfassungsrechtlichem Hintergrund ist diese erweiternde Auslegung innerhalb des Tatbestandes des § 321a ZPO zunächst möglich, da nach der Rechtsprechung des BVerfG die Grenzen zwischen Gehörsverletzungen und Willkür durchaus fließend sein können.⁷⁹⁴ Im Einzelnen hat das BVerfG so aus Art.103 Absatz I GG eine Vielzahl von verfahrensrechtlichen Geboten entwickelt.⁷⁹⁵ Hinzu kommt, dass der bisherig lediglich verfassungsrechtlich Begriff des „Anspruches auf rechtliches Gehör“ mit § 321a ZPO nun auch zu einem prozessrechtlichen

⁷⁹⁰ Vgl.: Vollkommer in: Zöller; § 321a, Rn.3.

⁷⁹¹ Vgl.: BVerfGE 107, 395 (416ff.).

⁷⁹² Vgl.: Vollkommer in: Zöller; § 321a, Rn.8.

⁷⁹³ Vgl.: Bundesrat-Drucksache 663 / 04, S.33.

⁷⁹⁴ Dies kommt besonders deutlich in einer Entscheidung vom 23.6.2004 (BVerfG – 1 BvR 496 / 00) zum Ausdruck, in der eine Verletzung von Art.103 Absatz I GG auch angenommen wird, wenn die Rechtsanwendung „offenkundig unrichtig“ ist.

geworden ist. Das gegenseitige Verhältnis lässt sich dahingehend beschreiben, dass der ohnehin schon weit ausgedehnte verfassungsrechtliche Begriff im Zivilprozess nur eine Mindestgarantie normiert, die nicht unterschritten werden darf.⁷⁹⁶ Der zivilprozessuale Gehörsbegriff ist damit weiter als der verfassungsrechtliche, was sich besonders deutlich bei den Präklusionsfällen zeigt. Denn durch eine Falschanwendung zivilprozessualer Präklusionsnormen wie zum Beispiel § 296 ZPO wird die Partei in ihrem einfachrechtlich gewährleisteten Gehörsrecht verletzt, worin allein aber nicht zwingend auch eine Verletzung des Art.103 Absatz I GG liegt.⁷⁹⁷ Für die ausschließlich über den Anwendungsbereich des § 321a ZPO anfechtbare Beschlusszurückweisung kann dies im Einzelfall eine große Bedeutung haben. So kann der Rechtsschutz des Berufungsklägers deutlich erweitert werden, wenn in einer Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO zugleich ein Fall offenkundig falscher Rechtsanwendung zu sehen ist, und diese Fälle dann über das „Einfallstor“ einer erweiterten Auslegung des Gehörsbegriffes in § 321a ZPO einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Zu beachten ist aber in allen Fällen, dass zur Annahme des Vorliegens von Willkür die klare fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts, wie zum Beispiel von § 522 Absatz II ZPO selbst, noch nicht genügt. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Fehler derart offensichtlich ist, dass er im Lichte des GG nicht mehr verständlich ist und sich deshalb – also nicht schon wegen einer Fehlentscheidung per se – der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.⁷⁹⁸ Zunächst ist bei offenbaren Unrichtigkeiten in Urteilen und Beschlüssen bereits in sehr engen Grenzen eine instanzinterne Fehlerkontrolle über die Berichtigungsnormen der §§ 319 bis 321 möglich. Wie bereits erläutert, ist der Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Absatz II ZPO in seinen Wirkungen einem Urteil vergleichbar, so dass die Vorschriften über Urteile insoweit auch für die gemäß § 522 Absatz II iVm § 329 ZPO als Beschluss ergehende Zurückweisung anwendbar wären. Diese betreffen allerdings nur die Fälle, in denen dem Gericht ein dem Erklärungsirrtum des § 119 BGB vergleichbarer Fehler unterlaufen ist. Unrichtige Rechtsanwendung ist mit Blick auf die Bindungswirkung des § 318 ZPO nicht berichtigungsfähig. Vielmehr gestatten die §§ 319 bis 321 ZPO nur eine Korrektur, wenn der im Urteil formulierte Wille des Gerichts nicht dem Willen entspricht, der sich während der Entscheidungsfindung geformt hat, wenn das Gericht also letztlich anders entschieden hat, als es wollte.

⁷⁹⁵ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.103.

⁷⁹⁶ Vgl.: Vollkommer in: FS Schumann 2001, S.519.

⁷⁹⁷ Vgl.: BVerfGE 75, S.314.

Wenn sich die offensichtliche Unrichtigkeit in den verfassungsrechtlichen Schutzbereich des rechtlichen Gehörs in bestimmten Fällen einbeziehen lässt, ermöglicht § 321 a ZPO in diesen Unrichtigkeitsfällen eine instanzinterne Korrektur von unter keinem Aspekt rechtlich vertretbaren Urteilen. Daraus resultierend umfasst die zivilprozessuale Gehörsrüge dann einen Bereich, in dem vom BVerfG außer einer unmittelbaren Verletzung von Art.103 Absatz I GG ein Verstoß auch gegen das objektive Willkürverbot bejaht wird.⁷⁹⁹ Im Beschlusszurückweisungsverfahren wird der Anwendungsbereich des § 321a ZPO dahingehend erweitert, dass der Berufungskläger auch die offensichtliche Unrichtigkeit der Entscheidung nach § 522 Absatz II insoweit rügen kann, als dass er durch sie objektiv willkürlich „abgeurteilt“ wurde. Allerdings muss diese Willkür ihren Ursprung stets in Aspekten haben, die dem Anspruch auf rechtliches Gehör in prozessualer Hinsicht verwandt sind. So wird insbesondere die Entwicklung verfahrensrechtlichen Schutzes in Gestalt des Verbotes prozessualer Willkür für die Auslegung des einfachgesetzlichen Gehörsbegriffes in § 321a ZPO relevant.

Klarzustellen ist an dieser Stelle jedoch, dass bezüglich anderer Verfahrensgrundrechte außer dem Anspruch auf rechtliches Gehör § 321a ZPO keinesfalls analog anzuwenden ist.⁸⁰⁰ Dafür fehlt es an einer Regelungslücke.

Vielmehr können verschiedene Verfassungsprinzipien in die Rügemöglichkeit des § 321a ZPO mit der Konsequenz hineinwirken, dass deren „Gehörsverletzungsebene“ mit überprüft werden kann. Der Rügegrund muss somit stets an den verfassungsrechtlichen Regelungsgehalt des Art.103 Absatz I GG, wie er in § 321a ZPO konkretisiert ist, anknüpfen. Im Rahmen des Beschluszurückweisungsverfahrens sind derartige Fehler zwar äußerst brisant, allerdings dürften sie in ihrer Häufigkeit nicht so oft vorkommen, wie dies im erstinstanzlichen Verfahren der Fall ist. Denn die Systematik des neuen Berufungsrechts und dabei insbesondere die Zurückschneidung der Berufung von einer ehemals zweiten Tatsacheninstanz auf ein Instrument der Fehlerkontrolle reduziert die diesbezügliche Fehlerquelle für offensichtlich unrichtige Entscheidungen erheblich. So kann der Berufungskläger den Zurückweisungsbeschluss zum Beispiel über § 321a ZPO anfechten, wenn das Berufungsgericht in der Berufungsbegründung rechtzeitig vorgebrachtes neues Parteivorbringen offensichtlich übergeht, obwohl es nach den erläuterten §§ 529 ff. ZPO zu dessen Berücksichtigung ausnahmsweise verpflichtet ist. Anknüpfungspunkt könnte in diesem Zusammenhang des Weiteren das Übergehen neuen

⁷⁹⁸ Vgl.: Prütting in: Wieczorek, Einl., Rn. 110.

⁷⁹⁹ Vgl. dazu etwa: BVerfGE 62, S.192; 86, S.62; 96, S.203.

⁸⁰⁰ Vgl.: Musielak in: Musielak; § 321a, Rn.6.

unstreitigen Sachverhalts in der Berufungsbegründung sein, der immer zulässig ist und deswegen auch immer Zweifel des Gerichtes an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils induzieren kann. Neue Tatsachen, die unstreitig sind, unterliegen nicht den Voraussetzungen des § 531 Absatz II ZPO, so dass eine Behandlung von Unstreutigem als streitig im Beschlusszurückweisungsverfahren offensichtlich unrichtig sein kann.⁸⁰¹ Denn neue streitige Tatsachen können die mangelnde Erfolgsaussicht der Berufung nur dann ausschließen, wenn sie nach § 531 Absatz II zuzulassen sind, während neuer unstreitiger Vortrag stets zu berücksichtigen ist, und sich eine Beschlusszurückweisung wegen der so geschaffenen neuen Tatsachengrundlage verbietet.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass innerhalb des § 321a ZPO neben unmittelbaren Verstößen gegen Art.103 Absatz I GG auch solche Verstöße gerügt werden können, die in einer offensichtlichen Unrichtigkeit der Entscheidung liegen. Denn in auch in solchen Konstellationen der objektiven Willkür verletzt das Gericht die Pflicht aus Art.103 Absatz I GG zur Kenntnisnahme und Erwägung des Parteivorbringens. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne des § 321a ZPO ist somit so weit auszulegen, wie in falschen Urteilen noch der Schutzbereich des rechtlichen Gehörs fortwirkt. So können auch andere Verfahrensgrundrechte wie das faire Verfahren, die Waffengleichheit oder das Willkürverbot über § 321a ZPO gerügt werden, solange deren Verletzung im Einzelfall letztendlich auf den weiten Anwendungsbereich des Art.103 Absatz I GG zurückzuführen ist.

Ganz anders ist jedoch die Frage zu beantworten, inwieweit gegen den unanfechtbaren Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Absatz II ZPO über den § 321a ZPO hinaus noch mit eventuell fortbestehenden außerordentlichen Rechtsmitteln vorgegangen werden kann. Die zusätzliche Anfechtungsmöglichkeit wäre hier dann aber nicht innerhalb der auslegungsfähigen Grenzen des Tatbestandes des § 321a ZPO verortet, sondern läge vielmehr außerhalb dessen Anwendungsbereiches.

Dazu ist entscheidend auf das oben diskutierte Verhältnis zwischen § 321a ZPO in seiner aktuellen Fassung und den ehemaligen außerordentlichen Rechtsbehelfen abzustellen.

Wie gesehen scheidet eine außerordentliche Beschwerde wegen der durch den BGH ausgesprochenen Verwerfung dieses Rechtsbehelfs aus. Zwar wird in der amtlichen Begründung zum AnhRügG, mit dem § 321a ZPO ergänzt wurde, erwähnt, dass hierdurch die Zulässigkeit einer außerordentlichen Beschwerde nicht ausgeschlossen werden sollte.⁸⁰² Allerdings besteht

⁸⁰¹ Vgl.: BVerfG NJW 1994, S.2279.

⁸⁰² Vgl.: BR-Drucksache 663/04, S.36.

keine sachliche Rechtfertigung, diesen Rechtsunsicherheit stiftenden und in seinem Anwendungsbereich problematischen Rechtsbehelf wieder einzuführen, nachdem er durch den BGH schon zu einer Zeit abgeschafft wurde, in der der Anwendungsbereich des § 321a ZPO weitaus begrenzter war als er es heute ist.

Auch eine Gegenvorstellung gegen einen Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO ist nicht zulässig.⁸⁰³ Einfachgesetzlich ist dies damit zu begründen, dass einer Abänderung mittels einer Gegenvorstellung die Rechtskraft des Zurückweisungsbeschlusses und damit auch des erstinstanzlichen Urteils entgegensteht. Der Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO ist aufgrund der in Absatz III normierten Unanfechtbarkeit mit seinem Erlass formell rechtskräftig. Daran ändert auch die Möglichkeit des in diesen Fällen stets statthaften § 321a ZPO nichts. Denn während nach der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung des § 705 Satz 1 ZPO die Rechtskraft einer Entscheidung bis zum Ablauf der für die Erhebung der Rüge nach § 321a ZPO bestimmten Frist nicht eintrat, ist durch die zum 1.1.2005 in Kraft getretene Neufassung des § 705 ZPO, welche den § 321a ZPO nicht mehr nennt, klargestellt, dass die Möglichkeit der Gehörsrüge die Rechtskraft gerade nicht mehr hemmt. Daneben ist der Zurückweisungsbeschluss mit Erlass zugleich auch in materielle Rechtskraft erwachsen.⁸⁰⁴ Beschlüsse sind der materiellen Rechtskraft nämlich immer dann fähig, wenn sie formell rechtskräftig sind und darüber hinaus eine der Rechtskraft fähige Entscheidung enthalten.⁸⁰⁵ Durch einen Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO entscheidet das Berufungsgericht über die Begründetheit von Berufung und Klage und damit über das Bestehen des geltend gemachten Anspruches. Damit ist auch das klageabweisende Urteil der ersten Instanz in Rechtskraft erwachsen, vergleichbar einer ablehnenden Entscheidung des Revisionsgerichtes über die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO. Dagegen ist ebenso keine Gegenvorstellung gegeben, weil mit der Entscheidung des Revisionsgerichtes auch die materielle Rechtskraft eintritt und diese nicht rückwirkend wieder beseitigt werden darf.⁸⁰⁶

Wie bei der nicht statthaften Gegenvorstellung handelt es sich auch bei der Dienstaufsichtsbeschwerde nach § 26 DRiG um eine form- und fristlose Anregung. Die Dienstaufsichtsbeschwerde ist insbesondere auch kein Rechtsmittel der ZPO, sondern gehört

⁸⁰³ Vgl.: OLG Köln MDR 2005, S.1070; Ball in: Musielak; § 567, Rn.27; Gummer/Heßler in: Zöller; § 522, Rn.43;

⁸⁰⁴ Vgl.: OLG Köln MDR 2005, S.1070.

⁸⁰⁵ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1805.

⁸⁰⁶ Vgl.: BGH NJW 2004, S.1531.

dem Justizverwaltungsrecht an.⁸⁰⁷ Im Unterschied zur Gegenvorstellung richtet sich die Dienstaufsichtsbeschwerde gemäß § 26 DRiG jedoch nicht an den Urheber des beanstandeten Verhaltens – also in diesem Zusammenhang an das Berufungsgericht – sondern an den Dienstvorgesetzten. Des Weiteren zielt sie meist nicht auf die Aufhebung einer Entscheidung – also des Zurückweisungsbeschlusses – ab, sondern auf die Initiierung dienstaufsichtsrechtlicher Maßnahmen. Sie hat somit eine lediglich präventive Stoßrichtung.

Die gemäß § 522 Absatz III ZPO unanfechtbare Zurückweisung der Berufung durch einstimmigen Beschluss kann darüber hinaus auch nicht in Anwendung des Grundsatzes der Meistbegünstigung mit der Begründung angefochten werden, die Entscheidung sei in der falschen Form ergangen, weil das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO verkannt habe und deshalb über die Berufung richtigerweise durch Urteil hätte entscheiden müssen.⁸⁰⁸ Nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung ist zugunsten des Rechtsmittelführers, wenn das Gericht die falsche Entscheidungsform gewählt hat, neben dem Rechtsmittel, welches nach der Art der tatsächlich ergangenen Entscheidung statthaft ist, auch das Rechtsmittel zulässig, das bei einer in der richtigen Form getroffenen Entscheidung gegeben wäre.⁸⁰⁹ Dieses Prinzip resultiert aus dem Grundsatz, dass den Parteien durch die unrichtige Entscheidung des Gerichts keine Nachteile entstehen dürfen.⁸¹⁰ Deshalb darf den Parteien durch die unrichtige Entscheidung auch kein Rechtsmittel entzogen werden, das ihnen bei richtiger Entscheidung zustehen würde. Der Meistbegünstigungsgrundsatz findet jedoch in Fällen des § 522 Absatz II ZPO keine Anwendung.⁸¹¹ Denn die der Beschlusszurückweisung vorgelagerte Prüfung der

⁸⁰⁷ Vgl.: Wenzel/Lipp in: MK; vor § 567, Rn.16.

⁸⁰⁸ Vgl.: BGH, Beschluss vom 7.11.2006 – VIII ZB 38/06.

⁸⁰⁹ Vgl.: BGHZ 98, S.364; BGHZ 72, S.187; BGHZ 46, S.113.

⁸¹⁰ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 133, Rn.11.

⁸¹¹ Lediglich wenn das Berufungsgericht die Berufung formell durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO zurückweist, obwohl es sie inhaltlich nach § 522 Absatz I ZPO als unzulässig verworfen hat, kann diese Entscheidung gemäß § 522 Absatz I Satz 4 ZPO angefochten werden. Trotz der missverständlichen Formulierung in den Gründen des angefochtenen Beschlusses (Zitierung der Zurückweisungs Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO) hat das Berufungsgericht nämlich in diesen Fällen die Berufung nicht als unbegründet zurückgewiesen. Vielmehr kann in solchen Berufungsverfahren, die sich inhaltlich ausschließlich mit Zulässigkeitsfragen beschäftigen, auch die diesbezüglich bestehende Anfechtungsmöglichkeit genutzt werden. Es ist nämlich in diesem Zusammenhang wegen des in § 522 Absatz II Satz 2 ZPO niedergelgten Grundsatzes des vorherigen rechtlichen Gehörs davon auszugehen, dass das Berufungsgericht seinen einstimmigen Zurückweisungsbeschluss nur auf die Gründe gestützt hat, die es dem Berufungskläger zuvor mitgeteilt hat. Wenn sich diese Gründe thematisch jedoch nur aus Zulässigkeitsaspekten ergeben, folgt daraus, dass die Berufung trotz der falschen Formulierung als unzulässig verworfen ist. (Vgl. dazu: BGH, Beschluss vom 14.2.2007 – XII ZB 171/06.

Zurückweisungs Voraussetzungen ist keine Frage der Wahl der richtigen oder falschen Entscheidungsform, deren Einschätzung seitens des Berufungsgerichts dann durch in der durch das Meistbegünstigungsprinzip eröffneten Revisionsinstanz überprüft werden könnte. Vielmehr wird auch die Beurteilung der Erfolgsaussicht sowie der grundsätzlichen Bedeutung der Sache und einer diesbezüglich erforderlichen Entscheidung des Revisionsgerichts durch § 522 Absatz III ZPO der Nachprüfung durch den BGH entzogen.⁸¹² Es kann somit in der Revisionsinstanz nicht festgestellt werden, ob das Berufungsgericht mit dem Zurückweisungsbeschluss die falsche Entscheidungsform gewählt hat.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass ein Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Absatz II ZPO ausgehend von dem unmissverständlichen Wortlaut des § 522 Absatz III ZPO nicht mit Rechtsmitteln anzugreifen ist. Lediglich § 321a ZPO ermöglicht in seinem allerdings weit auszulegenden Anwendungsbereich eine diesbezügliche Korrektur.

Es stellt sich an dieser Stelle die Frage, wie auf diese gesetzgeberisch motivierte Rechtsschutzverkürzung zu reagieren ist.

Besonders ein Blick auf die Gerichtspraxis der Vergangenheit in vergleichbaren Konstellationen zeigt, dass im Einzelfall vom Gesetz nicht vorgesehene Rechtsmittel und Rechtsbehelfe konstruiert wurden, um auf Kosten der Rechtssicherheit die materielle Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.⁸¹³ Signifikantes Beispiel ist in diesem Zusammenhang die oben erläuterte und mittlerweile vom BGH verworfene außerordentliche Beschwerde, über die durch die Rechtsprechung ganz bewusst ein neuer Rechtszug gegen unanfechtbare Beschlüsse eröffnet wurde, wenn dem angegriffenen Beschluss die gesetzliche Grundlage fehlte. Zeigen sich bei einer Abwägung prozessualer, verfassungsrechtlicher und rechtsethischer Prinzipien mit der gesetzlich – sei es unmittelbar oder nur mittelbar - angeordneten Wirkung sachwidrige Unterscheidungen oder Wertungslücken, so sind diese rechtsfortbildend durch Interpretation oder Lückenausfüllung zu schließen. Dafür ist grundsätzlich das auch im Prozessrecht anwendbare Instrument der Analogie heranzuziehen. Eine Schranke für jede Analogie auch bei Vorliegen einer Lücke, was wiederum eine zwingende Voraussetzung einer analogen Anwendung vergleichbarer Rechtsinstitute ist, bildet jedoch der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers. Zurückweisungsbeschlüsse sollen der Intention des Gesetzgebers zufolge mit Blick auf prozessökonomische Aspekte das anhängige Verfahren endgültig beenden. Eine

⁸¹² Vgl.: BGH, Beschluss vom 7.11.2006 – VIII ZB 38/06.

⁸¹³ Vgl.: Prütting in: FS Nakamura 1996, S.473.

analoge Anwendung vergleichbarer Rechtsmittel würde diese Motivation ins Gegenteil verkehren und die in § 522 Absatz III ZPO explizit angeordnete Unanfechtbarkeit gänzlich leer laufen lassen.

Darüber hinaus besteht in diesem Fall auch keine Regelungslücke. Zwar muss sich eine Lücke nicht immer als offene Gesetzeslücke darstellen sondern kann sich auch im Gewand wertungsmäßiger Beurteilungen verdeckt ergeben.⁸¹⁴ Allerdings hat der Gesetzgeber hier das Fehlen einer Anfechtungsmöglichkeit bewusst gewählt und auf ein Abwägungsergebnis gestützt, nach dem die Unanfechtbarkeit instanzbeendender Zurückweisungsbeschlüsse im Interesse der Prozessökonomie sachgerecht sei. Der Gesetzgeber hat bei der Frage der Ausgestaltung des Instanzenzuges einen weiten Ermessensspielraum⁸¹⁵, so dass die Gesetzesbindung der Gerichte, die hier durch die ausdrückliche Intention des Gesetzgebers wie sie sich im Wortlaut des § 522 Absatz III ZPO niedergeschlagen hat, nicht durch eine analoge Heranziehung anderer Rechtsbehelfe außer Kraft gesetzt werden darf. Die dem unmissverständlichen gesetzgeberischen Willen entsprechende Unanfechtbarkeit des § 522 Absatz III ZPO erweist sich somit als Hürde, die auch durch das Rechtsinstitut der Analogie mit dem Ziel eines korrigierenden Eingriffs nicht übersprungen werden kann.

Ebenso wie bei der Gesetzesauslegung gelten auch im Rahmen der so genannten richterlichen Rechtsfortbildung für das Zivilprozessrecht die allgemeinen methodischen Grundsätze. Unter richterlicher Rechtsfortbildung verstehen wir die Aufstellung neuer abstrakter Rechtssätze durch den Richter, die in dieser Weise im geschriebenen Gesetzesrecht nicht vorhanden sind.⁸¹⁶ Sowohl die Erforderlichkeit als auch die Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung sind als Rechtsfindungsmethode allgemein anerkannt.⁸¹⁷ Schwierigkeiten bereiten neben der Frage der Aufstellung der richtigen neuen Obersätze im Einzelfall besonders auch die Grenzen dieser Methode. Es ist zunächst einmal festzustellen, dass die Rechtsfortbildung von der ihr systematisch vorgelagerten Gesetzesauslegung nur schwierig präzise abzugrenzen. Die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung lässt sich nach dem Grad ihrer Entfernung vom geschriebenen Recht abstufen. So ist die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (*praeter legem*) noch sehr nah am eigentlichen Gesetz orientiert während sich die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (*extra legem*) schon einen Schritt weiter davon entfernt und sich nicht mehr auf die jeweilige Norm stützt. Als dritte und letzte Stufe wäre dann die Rechtsfortbildung gegen

⁸¹⁴ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.122.

⁸¹⁵ zuletzt in aller Deutlichkeit: BVerfGE 107, S.402.

⁸¹⁶ Vgl. dazu: Prütting in: FS Uni Köln 1988, S.305ff.

das Gesetz (*contra legem*), die mit geltendem Recht nicht mehr im Einklang steht. Bei der ersten Stufe wird also durch die Rechtsfortbildung der Anwendungsbereich der Norm auf Fälle erweitert, die sich eigentlich neben dem direkten Regelungsbereich befinden. Die zweite Stufe bildet den Anwendungsbereich derart fort, dass sich ein neuer, selbstständiger Regelungsbereich außerhalb der Norm herauschält. Die dritte und stets unzulässige Stufe der Rechtsfortbildung verstößt mit dem neu gebildeten Recht dann gegen die Norm. Die Rechtsfortbildung in Bezug auf die Neukonstruktion etwaiger Rechtsmittel gegen Zurückweisungsbeschlüsse beziehungsweise eine analoge Anwendung bereits bestehender Rechtsbehelfe scheitert jedoch bereits - wie auch die ihr vorgeschaltete Gesetzesauslegung - an dem entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers. Die ehemals auch im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelte außerordentliche Beschwerde zum BGH würde sich wegen dem unmissverständlichen Wortlaut des § 522 Absatz III ZPO dann als unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* erweisen. Der Wille des Gesetzgebers verhindert zudem auch hier die unter Umständen mögliche Rechtsfortbildung gegen den Wortlaut..

Dieses Ergebnis folgt auch bereits aus dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der in Art. 20 GG normierten sowie nach Art.79 III GG unabänderlichen Gewaltenteilung. Diese verlangt nämlich gewissermaßen eine Subsidiarität der richterlichen Rechtsfortbildung mit der Folge, dass neben einer eventuell möglichen Auslegung insbesondere auch dem gesetzgeberischen Willen Vorrang vor der Neuentwicklung von Rechtsnormen durch das Gericht einzuräumen ist.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch die Schlagkraft des Arguments der Kontinuität der Rechtsprechung⁸¹⁸ durch die ausdrückliche Abschaffung der außerordentlichen Beschwerde durch den BGH erheblich an Bedeutung verloren hat. Danach hätte man die eventuelle Anwendbarkeit der außerordentlichen Beschwerde auf Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Absatz II ZPO unter dem Aspekt der Fortgeltung dieses Rechtsbehelfs zumindest andeuten können, da die Kontinuität der Rechtsprechung eine Bindung an den Wortlaut des § 522 Absatz III ZPO eventuell hätte lockern können. Doch auch vor diesem Hintergrund wäre ein Übergehen des klaren gesetzgeberischen Willens einer instanzabschließenden und unanfechtbaren Entscheidung nach § 522 Absatz II ZPO wohl nicht möglich gewesen.

Neben diesen allgemein-methodischen Aspekten ist jedoch bezüglich eventueller Anfechtungsmöglichkeiten trotz Unanfechtbarkeit entscheidend auf den Plenarbeschluss des

⁸¹⁷ Vgl.: BVerfGE 88, S.167; Gottwald in: ZZP 95 (1982), S.262ff.

⁸¹⁸ Vgl.: GrZS BGHZ 85, S.66.

BVerfG vom 30.4.2003 abzustellen.⁸¹⁹ Darin hat das Gericht festgestellt, dass das oben vorgestellte System der ungeschriebenen Rechtsbehelfe nach der ZPO-Reform 2001 den diesbezüglich gebotenen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Um Lücken im bisherigen Rechtsschutzsystem mit Blick auf Art.103 Absatz I GG zu schließen, sind von der Rechtsprechung – nicht zuletzt auch auf Initiative des BVerfG hin – teilweise außerhalb des geschriebenen Rechts außerordentliche Rechtsbehelfe geschaffen worden. Diese genügten jedoch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht. Die Rechtsbehelfe müssen stets in der geschriebenen Rechtsordnung verankert und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein. Denn wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 Absatz III GG ist der Grundsatz der Rechtssicherheit und der Berechenbarkeit des Verfahrens.⁸²⁰ Teilweise wird dieser Grundsatz vom BVerfG selbst als Gedanke einer Justizförmigkeit formuliert.⁸²¹ Die Rechtssicherheit in Gestalt dieser Justizförmigkeit wirkt sich im Bereich des Verfahrensrechts unter anderem in dem Postulat der Rechtsmittelklarheit aus. Das in der Verfassung verankerte rechtsstaatliche Erfordernis der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns führt so zu dem Gebot, dem Rechtssuchenden den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen klar vorzuzeichnen. Die rechtliche Ausgestaltung des einzelnen Rechtsmittels soll dem Bürger dabei insbesondere die Prüfung ermöglichen, ob und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist. Sind die Formerfordernisse so kompliziert und schwer zu erfassen, dass nicht erwartet werden kann, der Rechtssuchende werde sich in zumutbarer Weise darüber Aufklärung verschaffen können, müsste die Rechtsordnung zumindest für eine dieses Defizit ausgleichende Rechtsmittelbelehrung sorgen.⁸²² Diese kann aber wiederum nur zuverlässig erteilt werden, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzung des jeweiligen Rechtsbehelfs in der Rechtsordnung geregelt sind. Würde man im Rahmen des § 522 Absatz III ZPO nun Rechtsbehelfe konstruieren, die nicht in der ZPO gesetzlich geregelt sind, würden die durch die Rechtsmittelklarheit abverlangten Voraussetzungen nicht erfüllt werden. Eine Wiederbelebung der außerordentlichen Rechtsbeschwerde ist somit verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar, gerade auch vor dem Hintergrund der gesetzlich normierten Unanfechtbarkeit. So würde nicht nur die Grenze der Rechtsmittelklarheit in einen unzulässigen Bereich hinein überschritten werden. Vielmehr würde der diese Möglichkeit ausdrücklich verneinende § 522 Absatz III ZPO ad absurdum geführt,

⁸¹⁹ Vgl.: BVerfGE 107, S.395ff.

⁸²⁰ Vgl.: Prütting in: Wieczorek; Einl., Rn.94.

⁸²¹ Vgl.: BVerfGE 49, S.164.

wenn unanfechtbare Entscheidungen doch anfechtbar wären und dies noch dazu durch ungeschriebene Rechtsbehelfe. Wenn nach dem BVerfG schon ungeschriebene Rechtsbehelfe an sich nicht der Rechtsmittelklarheit genügen, dann erst recht nicht in Fällen, in denen ein Rechtsbehelf qua Gesetz überhaupt nicht möglich ist. Eine Anfechtung von Zurückweisungsbeschlüssen nach § 522 Absatz II ZPO durch Konstruktion etwaiger außerordentlicher oder analog heranzuziehender Rechtsbehelfe kommt nach diesem Urteil des BVerfG keinesfalls mehr in Betracht. Besonders unterstrichen wird diese Konsequenz noch dadurch, dass das Gericht explizit seine diesbezügliche frühere Auffassung verwirft und somit eine eventuelle Entwicklung beziehungsweise Auferstehung außerordentlicher Rechtsbehelfe von vorneherein im Keim erstickt.⁸²³

Des Weiteren binden Entscheidungen des BVerfG nach § 31 Absatz I BVerfGG die Gerichte, so dass eine Entwicklung in der Gerichtspraxis, wie es in der Vergangenheit bei gesetzgeberischen Rechtsschutzverkürzungen im Instanzenzug des Öfteren zu beobachten war, nicht zu befürchten ist.

Mehr als eine weite Auslegung des „rechtlichen Gehörs“ im Anwendungsbereich des § 321a ZPO kann somit wegen des ausdrücklichen Wortlautes des § 522 Absatz III ZPO sowie des damit in seinen Auswirkungen korrespondierenden Plenarbeschlusses für den Berufungskläger nicht getan werden.

Wie diese rechtsschutzverkürzende Konsequenz rechtsstaatlich, rechtspolitisch und zivilprozessual zu bewerten ist, ist Gegenstand des abschließenden Abschnittes dieser Arbeit.

E) Stellungnahme und Ausblick

In dem folgenden abschließenden Kapitel soll die Norm des § 522 ZPO einer wertenden Überprüfung unterzogen werden, die sich im Wesentlichen an systematischen zivilprozessualen Zusammenhängen orientiert und dabei maßgeblich von den Prozess- bzw. Rechtsmittelzwecken bestimmt wird, deren bestmögliche Umsetzung das entscheidende Beurteilungskriterium für die Qualität einer Verfahrensrechtsordnung darstellt.

⁸²² Vgl.: BVerfGE 93, S.108.

⁸²³ Vgl.: BVerfGE 107, S.417.

Weil § 522 Absatz I ZPO dem § 519b ZPO a.F. entspricht und sowohl in seiner Handhabung als auch in seinen Konsequenzen keine prozessual problematischen Konturen aufweist, konzentriert sich die Auseinandersetzung im Folgenden auf die Absätze II und III des § 522 ZPO.

Die diesbezügliche Normdiskussion erfolgt im Wege einer Gesamtbetrachtung, da sich die verfahrensrechtliche Brisanz mit Blick sowohl auf die verfassungspolitische als auch auf die zivilprozessuale Rechtsmitteldimension in ihren gesamten Auswirkungen erst aus der Wechselwirkung dieser beiden Absätze ergibt. Die folgenden Eckpunkte sollen die Reibungspunkte der unanfechtbaren Berufungszurückweisung in das Licht historisch gewachsener prozessualer Grundprinzipien und letztlich auch der Prozesszwecke setzen. Deren Auswertung und Gewichtung erlaubt dann eine abschließende Bewertung dieses mit § 522 Absatz II, III ZPO neu in das Berufungsrecht eingeführten prozessualen Instruments, die die vorgestellten Untersuchungen abrunden soll.

„Der Richter muss im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes überhaupt alles tun, um eine in der Sache richtige Entscheidung herbeizuführen; die Parteien wünschen und brauchen eine schnelle Entscheidung, aber mehr noch eine richtige Entscheidung“.⁸²⁴ Vor dem Hintergrund dieses Postulats einer richtigen Entscheidung, das nicht zuletzt den Prozesszwecken entspringt, hat sich besonders eine verfahrensrechtliche Norm, die den Weg zu einer solchen richtigen Entscheidung ebnen soll, zu messen und zu rechtfertigen. Um so stichhaltiger und fundierter hat diese Rechtfertigung insbesondere dann auszufallen, wenn eine Norm – wie § 522 Absatz III ZPO – die Möglichkeit enthält, den Weg zur letztendlichen Richtigkeitskontrolle endgültig abzuschneiden und so auch einer Prüfung, ob dieses Abschneiden selbst richtig war, zu entziehen.

I) Verfassungsrechtliche Problematik

Das Grundgesetz enthält nur wenige Vorschriften, die sich speziell und ausdrücklich mit dem Prozessrecht befassen. So wird die Gerichtsbarkeit in den Art. 20 Absatz II und 92 GG als eigenständige Staatsgewalt neben der Legislative und Exekutive anerkannt, zugleich aber auch gemäß der Art. 1 Absatz III, 20 Absatz III, 97 Absatz I GG an das geltende Recht – und dabei insbesondere an die Grundrechte – gebunden. Der speziell der Rechtsprechung gewidmete IX. Abschnitt des Grundgesetzes bringt Vorschriften über die Organisation und die Zuständigkeit der Bundesgerichte (Art. 92 ff. GG), über die Rechtsstellung der Richter, insbesondere deren sachliche und persönliche Unabhängigkeit (Art. 97, 98 GG) und über einige wesentliche

⁸²⁴ Vgl.: KG Berlin, OLGZ 1977, 481.

Verfahrensgrundsätze (Art. 101 Absatz I, 103 Absatz I GG), die oben im Rahmen der Untersuchung bereits mehrfach erläutert wurden, da sie die Auslegung von § 522 ZPO maßgeblich beeinflussen. Die genannten Einzelregelungen stehen nicht nur für sich betrachtet in einem systematischen Zusammenhang, sondern korrespondieren auch mit den grundlegenden Verfassungsprinzipien. Das wird besonders mit einem Blick auf das Rechtsstaatsprinzip evident. Denn die Regelungen des GG über den Rechtsschutz und die Gerichtsbarkeit bilden auf der einen Seite tragende und prägende Elemente des Rechtsstaatsprinzips, werden aber auf der anderen Seite selbst durch das Rechtsstaatsprinzip ergänzt.⁸²⁵ Dabei bleibt es nicht bei einer diesbezüglichen Ergänzung sondern das Rechtsstaatsprinzip wirkt im auch im Zusammenspiel mit Grundrechten und vermittelt so verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen, denen die einfachgesetzliche Ausprägung in den Verfahrensordnungen stets zu genügen hat. Die rechtsstaatliche Ausrichtung des Prozessrechts ist daher nicht nur eine rechtspolitische Forderung, sondern ein verfassungsrechtliches Gebot, das als Maßstab für die Gesetzgebung, als Auslegungsrichtlinie und – bei Fehlen einer ausreichenden rechtsstaatlichen Regelung – unmittelbar oder in Verbindung mit einem Grundrecht heranzuziehen ist.⁸²⁶

1) Die Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat in zwei Kammerbeschlüssen nach § 93a Absatz II BVerfGG aus den Jahren 2003⁸²⁷ und 2005⁸²⁸ die Verfassungsgemäßheit der Beschlusszurückweisung des § 522 Absatz II ZPO sowie deren Unanfechtbarkeit nach § 522 Absatz III ZPO bejaht. Ohne Erkenntniswert für die im folgenden untersuchte Fragestellung der Verfassungsgemäßheit des § 522 Absatz III ZPO ist leider die aktuellste diesbezügliche Entscheidung des BGH, in der die Regelung ohne eigene Erwägungen, allein unter Hinweis auf den genannten Beschluss des BVerfG, als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft wird.⁸²⁹

Zunächst ist dem BVerfG bei der Feststellung zuzustimmen, dass Art. 101 Absatz I Satz 2 GG nicht dadurch verletzt wird, dass durch die Bejahung der Zurückweisungs Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO und die daraus resultierende Unanfechtbarkeit dem Berufungskläger der gesetzliche Richter eventuell entzogen wird.

⁸²⁵ Vgl.: Stern; SR I, S.838ff.

⁸²⁶ Vgl.: Maurer in: FS BVerfG 2001, S.469.

⁸²⁷ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.281.

⁸²⁸ Vgl.: BVerfG NJW 2005, S.659.

⁸²⁹ Vgl.: BGH MDR 2007, S.600.

Diese grundrechtsähnliche Gewährleistung gewährt einen subjektiven Anspruch auf den gesetzlichen Richter dergestalt, dass durch eine gesetzliche Regelung der jeweils zuständige Richter konkret festgelegt ist.⁸³⁰ Dabei begnügt sich Art.101 GG hinsichtlich der zu fordernden Präzision nicht damit, die Existenz einer normativen Regelung über den zuständigen Richter zur Verfügung zu stellen. Vielmehr muss die Rechtssache „blindlings“⁸³¹ auf den entscheidenden Richter zukommen, so dass die Bestimmung des Richters nicht aufgrund des Gesetzes erfolgt sondern durch dieses selbst durch generell-abstrakte Merkmale vorherbestimmt wird. Diese Regelung soll der Gefahr vorbeugen, dass durch eine gezielte Auswahl der im konkreten Fall entscheidenden Richter Einfluss auf die Rechtsprechung genommen wird. Art.101 Absatz I Satz 2 GG sichert damit die rechtsstaatlich gebotene Objektivität und Neutralität der Rechtsprechung.⁸³² Offen gelassen hat das BVerfG bislang, ob auch die Beachtung der Regeln über die Zulässigkeit von Rechtsmitteln zum Anwendungsbereich der Forderung nach einem gesetzlichen Richter gehört.⁸³³ Da es insoweit aber ebenfalls um die Frage geht, welcher Richter letztlich einen Streit verbindlich entscheidet, muss die Antwort positiv ausfallen.⁸³⁴ Bei der Beschlusszurückweisung wird nun diese Problematik dahingehend virulent, dass das Berufungsgericht - zumindest mittelbar – die Möglichkeit einer Anfechtung seiner Entscheidung, und damit auch die Existenz des gesetzlichen Richters, durch eine jeweilige Prüfung der Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO beeinflusst. Wegen der sich gemäß § 522 Absatz III ZPO anschließenden Unanfechtbarkeit der Zurückweisung wird im Falle der Bejahung dieser Voraussetzungen aber der gesetzliche Richter für die Entscheidung über die sonst mögliche Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde nicht entzogen.⁸³⁵ Das BVerfG bestätigt dabei zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit des Schutzbereiches von Art.101 Absatz I Satz 2 GG auf die Konstellation der Zulässigkeit von Rechtsmitteln, indem es feststellt, dass die Frage der Anfechtbarkeit mit Rechtsmitteln zwar an Art. 101 GG zu messen ist. Allerdings sei die Auslegung und Anwendung von zivilprozessualen Normen wie § 522 Absatz II ZPO, die die Zulässigkeit eventueller Rechtsmittel determiniert, verfassungsrechtlich nur zu beanstanden, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht

⁸³⁰ Vgl.: Classen in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.101, Rn.16.

⁸³¹ Vgl.: BVerfGE 95, S.328.

⁸³² Vgl.: Maurer in: FS BVerfG 2001, S.494.

⁸³³ So noch: BVerfGE 67, S.95.

⁸³⁴ Vgl.: Classen in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.101, Rn.44; Degenhardt in: HStR III, § 75, Rn.21.

⁸³⁵ Vgl.: BVerfG NJW 2005, S.281.

verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind.⁸³⁶ Dies sei vor allem dann der Fall, wenn die Verfahrensvorschrift willkürlich und unrichtig angewandt wurde.⁸³⁷ Wie oben bereits festgestellt und mit einem Rückgriff auf den Schutzbereich des Art.101 Absatz I Satz 2 GG begründet, räumt § 522 Absatz II ZPO dem Berufungsgericht jedoch gerade kein Handlungsermessen hinsichtlich einer Steuerungskompetenz der Anfechtbarkeit seiner Entscheidungen ein. Das Berufungsgericht muss nämlich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 522 Absatz II ZPO die Berufung durch Beschluss zurückweisen.

Es ist aus § 522 ZPO somit klar ersichtlich, dass der gesetzliche Richter der Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde für genau die Fälle nicht gegeben ist, die durch Beschluss zurückgewiesen werden. Das Berufungsgericht wird sozusagen gerade durch das fehlende Steuerungsermessen in § 522 Absatz II ZPO verpflichtet, dem Berufungskläger bei fehlender Erfolgsaussicht und Verneinung der Revisionszulassungsgründe den „nächsten“ Rechtsmittelrichter zu entziehen. Diese Verpflichtung verhindert dann eine willkürliche Zuteilung dieses „nächsten“ gesetzlichen Richters je nach situativem Wunsch des Berufungsgerichts. Die Zuständigkeit wird also durch §§ 522 Absatz II, III ZPO zwar nicht positiv geregelt, aber negativ für die Fälle normiert, in denen Berufungen ohne Erfolgsaussicht zurückgewiesen werden. Auch dies genügt allerdings dem Erfordernis einer konkreten Bestimmtheit der Regeln über den gesetzlichen Richter. Durch das fehlende Steuerungsermessen wird des Weiteren zureichend sichergestellt, dass diese Regeln auch eingehalten werden.

Auch eine Verletzung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots aus Art. 20 Absatz III GG ist mit Blick auf die Prüfung der fehlenden Erfolgsaussicht im Rahmen einer Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO nicht ersichtlich. Der Bestimmtheitsgrundsatz gebietet, dass eine gesetzliche Ermächtigung der Rechtsprechung zur Vornahme verfahrensrechtlicher Maßnahmen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so dass das Handeln des Berufungsgerichts messbar und für den

⁸³⁶ Unklar ist in diesem Zusammenhang die dogmatische Grundlage der Willkür-Restriktion in Art.101 Absatz I Satz 2 GG. Teilweise wird bereits der Inhalt von Art.101 Absatz I Satz 2 GG entsprechend interpretiert, wofür insbesondere der Großteil der diesbezüglichen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung spricht. Vereinzelt wird die Beschränkung der Kontrolle auf Willkür mit der Notwendigkeit einer angemessenen Verteilung der Aufgaben im Verhältnis von Fachgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit begründet. Die letzte Ansicht erscheint dabei vorzugswürdig, da die Willkürformel ausgesprochen unpräzise ist.

⁸³⁷ Vgl.: BVerfGE 86, S.143; BVerfGE 82, S.195.

Bürger – hier den Berufungsführer – voraussehbar ist.⁸³⁸ Dieser Grundsatz verbietet es dem Gesetzgeber jedoch nicht, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe wie die fehlende Erfolgsaussicht zu verwenden. Es kann insbesondere nicht jeder denkbare Einzelfall gesetzlich geregelt werden, da dies in einer unüberschaubaren Kasuistik enden würde. Vielmehr ist es gerade die Aufgabe des Gesetzes in seiner Eigenschaft als abstrakt-generellem Rechtssatz, durch generelle Formulierungen einen Rahmen um die in den jeweiligen Anwendungsbereich liegenden Einzelfälle zu spannen. An die tatbestandliche Fixierung, die jedoch nicht durch Gestalt einer vagen Generalklausel in das Ermessen des Gerichts gestellt werden darf, sind keine nach der konkreten Sachlage unerfüllbaren Anforderungen zu stellen. Somit ist der verfassungsrechtliche Focus hinsichtlich des Grades der jeweils zu fordernden Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung auf die Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts gerichtet.⁸³⁹ Insbesondere spielen bei dieser konkreten Betrachtungsweise dann die Intensität der Auswirkungen der Regelung für den Betroffenen sowie der die Bestimmtheitsanforderungen beeinflussende Normzweck der Regelung eine Rolle. Die Auswirkungen der fehlenden Erfolgsaussicht sind wegen der rechtsschutzabschneidenden Wirkung des § 522 Absatz III ZPO zwar als sehr hoch einzuschätzen. Allerdings wird die Begründetheit der Berufung in vollem Umfang und nicht etwa nur summarisch geprüft. Auch erfasst die Vorschrift nicht offensichtlich unbegründete Berufungen. Welchen Tatsachenstoff das Berufungsgericht dabei zugrunde zu legen hat und wie dessen rechtliche Überprüfungscompetenz ausgestaltet sind, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus den §§ 529ff. ZPO. Diese verbieten – wie oben ausführlich dargelegt – die Beschlusszurückweisung schon bei geringsten Zweifeln und indizieren nach der dazu ergangenen BGH Rechtsprechung dem Berufungsgericht auch ein sehr breites Überprüfungsspektrum. Eine nähere Bestimmung der fehlenden Erfolgsaussicht als durch einen kompletten, systematisch geordneten Normenkatalog wie den der §§ 529ff. ZPO ist kaum möglich.⁸⁴⁰

Des Weiteren stellt das BVerfG klar, dass sich aus einer korrekten Anwendung des § 522 Absatz II ZPO auch keine Verletzung von Art.2 Absatz I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ergibt. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ist für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten.⁸⁴¹

⁸³⁸ Vgl.: BVerfG NJW 1981, S.1311.

⁸³⁹ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.2733.

⁸⁴⁰ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.660.

⁸⁴¹ Dazu wieder eindeutig: BVerfGE 107, S.403ff. (Plenarbeschluss vom 30.4.2003).

Die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes ist nicht auf Rechtsschutz gegen Akte der vollziehenden Gewalt im Sinne von Art.19 Absatz IV GG beschränkt, sondern umfassend angelegt. Die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates.⁸⁴² Art. 19 Absatz IV GG regelt lediglich den Rechtsschutz des Bürgers gegen die öffentliche Gewalt. Er ist somit auf zivilrechtliche Streitigkeiten nicht anwendbar. Wenn aber der Staat im Interesse des inneren Friedens das Gewaltmonopol für sich in Anspruch nimmt und dementsprechend dem Bürger ein Selbsthilfeverbot auferlegt, was auch in rechtsstaatlichen Grundsätzen wurzelt, dann muss er – als Ausgleich – den Rechtsschutz des Bürgers auch im zivilrechtlichen Bereich übernehmen und gewährleisten. Als Konsequenz aus diesem staatlichen Gewaltmonopol lässt sich damit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Absatz III GG eine allgemeine Justizgewährungspflicht entnehmen, mit der wiederum ein aus Art. 2 Absatz I GG abgeleiteter Justizgewährungsanspruch korrespondiert.⁸⁴³ Wo es dagegen um gerichtlichen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt außerhalb der Judikative geht, wird die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Forderung nach angemessenem Rechtsschutz bereits durch die positive Verfassungsnorm des Art.19 Absatz IV GG erfüllt. In ihr findet das Rechtsstaatsprinzip mithin eine spezialgesetzliche Ausformung. Da auch der allgemeine Justizgewährungsanspruch auf effektiven Rechtsschutz zielt, da auch er eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands verbürgt sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter binnen angemessener Zeit, und da beide Ansprüche auch in ihren Schranken vergleichbar sind, geht die herrschende Meinung von einer inhaltlichen Parallelität von Justizgewährungspflicht und Rechtsschutzgarantie aus.⁸⁴⁴

Trotz des im wesentlichen kongruenten Kerngehaltes des allgemeinen Justizgewährungsanspruches und dessen Spezialausprägung in der Rechtsweggarantie des Art.19 Absatz IV GG bestehen jedoch Unterschiede im jeweiligen Anwendungsbereich. Art. 19 Absatz IV GG wird regelmäßig nur auf die vollziehende Gewalt angewandt und gerade nicht auf gerichtliche Entscheidungen wie eine Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO. Dies formulierte Günter Dürig in seiner bekannt gewordenen Feststellung, „das Grundgesetz gewährleiste Rechtsschutz durch den Richter, nicht aber gegen den Richter“.⁸⁴⁵ Der zweite Teil dieser Formel wird allerdings unter Verweis auf Art.1 Absatz III GG, der insoweit auch von

⁸⁴² Vgl.: BVerfGE 96, S.39; BVerfGE 88, S.123.

⁸⁴³ Vgl.: Huber in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.19 Abs.4, Rn.353.

⁸⁴⁴ Vgl.: BVerfGE 107, S.401; Huber in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.19 Abs.4, Rn.354; Maurer in: FS BVerfG 2001, S.493.

⁸⁴⁵ Vgl.: Dürig in: Maunz/Dürig; Art.19 Abs.4 (1958), Rn.17.

einer einheitlichen öffentlichen Gewalt inklusive der Rechtsprechung spricht, zunehmend kritisiert.⁸⁴⁶ Solange jedoch der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch Rechtsschutz auch in den von Art.19 Absatz IV GG nicht erfassten Fällen ermöglicht, ist die einengende Auslegung des Begriffes der öffentlichen Gewalt, die historisch begründet ist⁸⁴⁷, nicht geboten.⁸⁴⁸ Wird Art.19 Absatz IV GG so einengend dahin ausgelegt, dass er den Rechtsschutz gegen richterliche Akte nicht umfasst, verbleibt dort ein Rechtsschutzdefizit, das aber durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ausgeglichen wird. Dieser ermöglicht Rechtsschutz dann hinsichtlich der gerichtlichen Verfahrensdurchführung, soweit durch sie Verfahrensgrundrechte verletzt sein können. Somit hat das BVerfG durch die auf diesen Feststellungen basierende Einführung des § 321a ZPO auch einen dadurch abschließend geregelten Rechtsschutz gegen den Richter dem Grundgesetz entnommen.

Das Grundgesetz sichert so in dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch zwar das Offenstehen des Rechtswegs. Die daraus resultierende Garantie einer gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit gegen behauptete Rechtsverletzungen eröffnet allerdings keinen unbegrenzten Rechtsweg, so dass sich mangels verfassungsrechtlicher Garantie von Rechtsmittelzügen die Unanfechtbarkeit des § 522 Absatz III ZPO allein vor diesem Hintergrund nicht als Verstoß gegen den Justizgewährungsanspruch darstellt.⁸⁴⁹ Diese Verneinung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Rechtsmittelzügen entspricht anerkannter und gefestigter Rechtsprechung.⁸⁵⁰ Den oben angesprochenen Rechtsschutz gegen den Richter gibt es demnach nur bei Verletzung von Verfahrensgrundrechten. Eine verfassungsrechtliche

⁸⁴⁶ Vgl.: Huber in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.19 Abs.4, Rn.444; Krebs in: v.Münch/Kunig I, Art.19, Rn.57.

⁸⁴⁷ Ziel der Normierung der Rechtsschutzgarantie in Art.19 Absatz IV GG war aufgrund historischer Erfahrungen der Schutz vor dem Risiko der Missachtung des Rechts durch ein Handeln der Exekutive. Im Anschluss an die Vorgängervorschriften des § 182 der Paulskirchen-Verfassung („Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte“) und des Art.107 der Weimarer Reichsverfassung („Im Reiche und in den Ländern müssen nach Massgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutz des Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörde bestehen“) sollte durch den Herrenchiemseer Entwurf zum Grundgesetz in dessen Art.138 („wer sich durch eine Anordnung oder durch die Untätigkeit einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Pflicht beschwert glaubt, kann gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen“) gesichert werden, dass es gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung gibt. Daraus resultierend haben die Rechtsprechung und die herrschende Meinung die Norm stets in der einengenden Weise der Beschränkung auf die vollziehende Gewalt ausgelegt.

⁸⁴⁸ Vgl.: BVerfGE 107, S.404.

⁸⁴⁹ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.281.

⁸⁵⁰ Vgl.: BVerfG NJW 1980, S.2572; BVerfGE 42, S.248; BVerfGE 35, S.271; BVerfGE 28, S.96; BVerfGE 11, S.233; BVerfGE 4, S.211; BVerfGE 1, S.437.

Anfechtungsmöglichkeit richterlicher Entscheidungen, die auf der Auslegung von einfachgesetzlichen Verfahrensvorschriften beruht, ist dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch des Grundgesetzes also a priori nicht zu entnehmen. Denn das Rechtsstaatsprinzip fordert nämlich auch das jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet.⁸⁵¹ Solange die einmalige richterliche Überprüfung sichergestellt ist, liegt es in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, ob er in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten Rechtsmittelzüge einrichtet.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Fortsetzung des Verfahrens über mehrere Instanzen auch nicht aus Art.95 ergibt. Obwohl die Ausgestaltung des Instanzenzugs in Art.95 Absatz I GG nicht explizit angesprochen ist, legt die Bezeichnung „oberste Gerichtshöfe“ doch auf den ersten Blick die Vermutung nahe, dass die dort garantierten Bundesgerichte als Gerichte höherer Instanz mit einem vorgeschalteten landesgerichtlichen Unterbau tätig werden, dass es also neben „höheren“ Gerichten begriffsnotwendig auch „niedere“ geben müsse. So wird aus Art.95 Absatz I GG teilweise die Garantie mindestens einer Zweistufigkeit der gerichtlichen Organisation entnommen.⁸⁵² Unter Berufung auf das vorverfassungsrechtliche Gesamtbild wird jedoch von der herrschenden Meinung aus Art.95 Absatz I GG „lediglich“ objektiv die grundsätzlich nachinstanzliche Gliederung einer jeden Fachgerichtsbarkeit hergeleitet.⁸⁵³ Wenn sich also der Gesetzgeber entschließt, Fachgerichte einzurichten, dann sind diese gemäß Art.95 Absatz I GG als unterinstanzliche einzurichten. Unabhängig von der Irrelevanz dieser Fragestellung für die Unanfechtbarkeit der Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz III ZPO – hier befindet sich der Rechtsstreit nämlich stets bereits in der zweiten Instanz und „nur“ die dritte wird versagt – gewährleistet Art.95 Absatz I GG die grundsätzliche Kompetenz der obersten Gerichtshöfe, letztverbindliche und höchstinstanzliche Entscheidungen zu treffen.⁸⁵⁴

Es reicht grundsätzlich aus, ist in einem Rechtsstaat aber stets als Minimum zu sichern, dass die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Abwägung und Ausgleich der verschiedenen betroffenen Interessen zu entscheiden, ob es bei einer Instanz bleiben soll oder ob mehrere Instanzen bereitgestellt werden und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden

⁸⁵¹ Vgl.: BVerfGE 1, S.433ff.

⁸⁵² Vgl.: T. Brandner in: FS Brandner 1996, S.696; Gilles in: JZ 1985, S.258; Schumann in: Rechtsmittel im Zivilprozeß, S.268.

⁸⁵³ Vgl.: Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog; Art.95, Rn.46; Stern; SR II, S.389.

⁸⁵⁴ Vgl.: Voßkuhle in: v.Mangoldt/Klein/Starck; Art.95, Rn.9.

können.⁸⁵⁵ Entschließt sich der Gesetzgeber also, einen Rechtsmittelzug wie die zivilrechtliche Berufung der §§ 511 ff. ZPO einzurichten, so hat er weitgehende Freiheit, sowohl den Zugang zu diesem Rechtsmittel als auch den folgenden Verfahrensgang nach seinen Zweckmäßigkeitseinstellungen auszugestalten. So kann sich die verfahrensrechtliche Umsetzung der durch den Gesetzgeber vorgenommenen Gewichtung der verschiedenen Rechtsmittelzwecke untereinander zum Beispiel in Form von streitwertabhängigen Zulassungen äußern oder auch in besonderen Annahme- oder Ablehnungsverfahren wie dem des § 522 Absatz II ZPO wieder finden. Dies ist verfassungsrechtlich zunächst nicht zu beanstanden.

Da das geltende Prozessrecht auch in weitem Umfang Rechtsmittel bereit hält, geht es – im Blick auf die Forderung nach einer Entlastung der Gerichte und der Beschleunigung des Verfahrens – im wesentlichen um die Frage, in welchen Grenzen der Gesetzgeber dann nach seinem Ermessen Einschränkungen einfach festlegen kann und wie diese Einschränkungen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind. Im Zuge dieser Problematik hat das BVerfG in seinen diesbezüglichen Entscheidungen eine Reihe von „Zugeständnissen“ formuliert.

Als in diesem Zusammenhang wegweisend kann der nach § 16 BVerfGG ergangene Plenarbeschluss des BVerfG vom 11.6.1980 herangezogen werden.⁸⁵⁶ Darin verwarf das BVerfG eine dahingehende Auslegung des § 554b a.F. ZPO, dass das Revisionsgericht das von dem Wortlaut der Norm eingeräumte Ermessen dazu benutzt, seinen Arbeitsanfall zu steuern, als verfassungswidrig. Vielmehr dürfe eine Revision, die Aussicht auf Erfolg habe, nicht abgelehnt werden.

Dieses Ergebnis beruht maßgeblich auf der Feststellung, dass trotz der fehlenden verfassungsrechtlichen Verpflichtung, einen Instanzenzug einzurichten, dessen Ausgestaltung stets einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten muss, wenn Zugang zu der jeweiligen Instanz gegeben ist.

Diesen Grundsatz wiederholt das BVerfG auch in seiner Entscheidung bezüglich der unanfechtbaren Beschlusszurückweisung nach § 522 ZPO, indem es den gesetzgeberischen Aktionsradius innerhalb einmal eröffneter Rechtsmittel dergestalt einengt, dass der Zugang zu den eingeräumten Instanzen nicht durch eine gerichtliche Auslegung und Anwendung in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird.⁸⁵⁷ Eine solch willkürliche Qualität würden insbesondere die Zurückweisungsbeschlüsse aufweisen, die

⁸⁵⁵ Vgl.: BVerfGE 54, S.291.

⁸⁵⁶ Vgl.: BVerfG ZZP (95) 1982, S.67 ff. mit Anmerkung von Prütting.

⁸⁵⁷ Vgl.: BVerfG NJW 2003, S.281.

aus Gründen der Steuerung der Arbeitslast durch das Berufungsgericht selbst ergehen.⁸⁵⁸ Wenn das Berufungsgericht die in § 522 Absatz II ZPO vorgesehene Zurückweisungskompetenz aussichtsloser Berufungen zur Steuerung und Verschlinkung seines Arbeitspensums einsetzen würde, beschwört dies die Gefahr einer so unterschiedlichen Handhabung herauf, das dies nicht mehr als ein auf die einzelne Rechtssache bezogener, sondern von ihr nahezu völlig unabhängiger, mehr oder weniger dem Zufall überlassener und deswegen eben gerade willkürlicher Maßstab erschiene. Die Zurückweisung würde dann in dem durch eine zulässige Berufung bereits eröffneten Berufungsrechtszug – neben Art.101 Absatz I Satz 2 – gegen das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit aus Art. 3 Absatz I in Verbindung mit Art.20 Absatz III GG verstoßen. Deswegen stößt § 522 Absatz II ZPO nach Auffassung des BVerfG insoweit auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken, als die Zurückweisung aussichtsloser Berufungen als zwingendes Vorgehen des Berufungsgerichtes gehandhabt wird und eben nicht als Ermessenskompetenz.

Im Gegensatz zu einer solchen Selbststeuerung soll es sich aber nicht als sachwidrig darstellen, dass Berufungsverwerfungen nach § 522 Absatz I ZPO im zivilprozessualen Rechtszug weitergehend überprüfbar sind – nämlich mit der Rechtsbeschwerde des § 574 ZPO – als Entscheidungen über die Begründetheit einer Berufung. Schon vor der ZPO-Reform 2001 konnten auf Verwerfung als unzulässig lautende Berufungsurteile nach § 547 ZPO a.F. uneingeschränkt mit der Revision angefochten werden, während die Revision gegen Zurückweisungsurteile gemäß § 546 ZPO a.F. einer Zulassung oder einer Mindestbeschwerde bedurfte und das Revisionsgericht ihre Annahme unter Umständen sogar über § 554b ZPO a.F. ablehnen konnte. Dies resultiert im wesentlichen aus der Erwägung, dass durch die privilegierte Anfechtbarkeit von Verwerfungsentscheidungen die zweite Tatsacheninstanz der Berufung (vgl.: § 525 ZPO a.F.) sichergestellt werden sollte. Der Instanzenzug an sich sei nämlich im öffentlichen Interesse geregelt, so dass es in jedem Falle überprüfbar sein solle, ob eine zweite Tatsacheninstanz durch Verwerfung einer Berufung als unzulässig zu Recht verweigert wurde.⁸⁵⁹ Außerdem könne der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit eine einheitliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung von Zulässigkeitsvoraussetzungen eher für notwendig erachten als bei materiellen Fragen.⁸⁶⁰ Letztere sind nämlich oft auf den Einzelfall oder konkrete Tatsachenfeststellungen bezogen, so dass es insoweit nicht als sachwidrig

⁸⁵⁸ Vgl.: BVerfGE 54, S.291.

⁸⁵⁹ Vgl.: Grunsky in: Stein/Jonas (21.Auflage, 1994); § 519b, Rn.1.

⁸⁶⁰ Vgl.: BVerfG NJW 2005, S.659.

erscheint, wenn die Zulässigkeitsfragen, die gewissermaßen einen allgemeingültigen Rahmen für zivilprozessuale Rechtsbehelfe ziehen, stets unter dem Gesichtspunkt einer einheitlichen Rechtsanwendung durch höchstrichterliche Entscheidungen kanalisiert werden sollen. Gerade aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber mit der ZPO-Reform 2001 auch dem BGH die Möglichkeit eingeräumt, Einfluss auf die Anwendung und Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Berufung zu nehmen, obwohl sie bereits durch das Berufungsgericht durch Beschluss gemäß § 522 Absatz I ZPO verworfen wurde. Diese grundsätzliche Privilegierung von Verwerfungsentscheidungen - sei es durch Beschluss oder durch Urteil - stellt sich, gemessen an der damit verfolgten Intention, somit als sachgerechter Differenzierungsgrund im Vergleich zu Zurückweisungen dar und ist deshalb verfassungsrechtlich legitimiert.⁸⁶¹

Zusammenfassend verletzt zwar die Regelung der §§ 522 Absatz II, III ZPO demnach weder das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot aus Art.20 Absatz III GG, noch Art. 101 Absatz I Satz 2 GG und auch wird insoweit nicht gegen das Gebot des gleichen Rechtsschutzes aus Art.3 Absatz I GG verstoßen, als Verwerfungs- und Zurückweisungsentscheidungen in unterschiedlichem Maße anfechtbar sind.

Allerdings bezieht das BVerfG in den angegebenen Entscheidungen keine Stellung zur der Frage, ob die unterschiedliche Behandlung von Zurückweisungsbeschlüssen einerseits und Zurückweisungsurteilen andererseits vor dem Hintergrund des ebenfalls aus Art.3 Absatz I GG abzuleitenden Gebots der Waffengleichheit sachlich gerechtfertigt ist. Ein unanfechtbarer Zurückweisungsbeschluss schafft nämlich eine zweiseitige Ungleichbehandlung dahingehend, dass neben der unterschiedlichen Anfechtungsmöglichkeit von Zulässigkeits- und Begründetheitsentscheidungen zusätzlich auch innerhalb zweiterer danach unterschieden wird, ob die Aussprechung der Unbegründetheit durch Zurückweisungsbeschluss oder eben erst nach Terminierung durch Urteil erfolgt. Denn wenn die Unbegründetheit durch Zurückweisungsbeschluss entschieden wird, ist dem Berufungskläger wegen § 522 Absatz III ZPO der Weg in die Revision bzw. die Nichtzulassungsbeschwerde versperrt, während ihm diese Möglichkeiten nach Abweisung seines Begehrens durch Urteil offen stehen.

Der Zugang zu den eingerichteten Rechtsmitteln- wie hier der Revision - ist aber allen Bürgern auf möglichst gleichmäßige Weise zu eröffnen.⁸⁶² Das Gebot der Waffengleichheit gebietet Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien und verbietet eine Schlechterstellung der

⁸⁶¹ So bezüglich dieser Differenzierung im Ergebnis auch: Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.35.

⁸⁶² Vgl.: BVerfGE 54, S.292.

einen Partei gegenüber der anderen.⁸⁶³ Dabei wird insbesondere für den Zivilprozess auch eine formal gleiche Ausgestaltung der prozessualen Rechts der Parteien gefordert, da sich im Zivilprozess grundsätzlich gleichgestellte Parteien mit konträren, aber gleichrangigen Interessen gegenüberstehen.⁸⁶⁴ Die Parteirollen als Kläger oder Beklagter werden durch die verfolgten subjektiven Rechte nicht vorgegeben und bis zum Verfahrensabschluss ist offen, wer im Recht ist. Die Forderung, dass effektiver Rechtsschutz im Zivilprozess für beide Parteien in gleichem Maße zu gewährleisten ist, führt dann zu der Grundaussage der Waffengleichheit, dass die jeweilige Parteirolle kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung ist. Das lässt auch den Ausschluss der Anfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich höchst fragwürdig erscheinen. Zu beachten ist, dass der Zurückweisungsbeschluss immer den Berufungskläger beschwert, der sich dagegen nicht mehr zur Wehr setzen kann. Der Berufungsbeklagte ist dagegen beschwert, wenn der Berufung in der Hauptverhandlung stattgegeben wird, wogegen dieser sich stets wehren kann. Das Gebot der Waffengleichheit muss also neben der diesbezüglichen Differenzierung zwischen Berufungskläger und Berufungsbeklagtem auch an der unterschiedlichen Behandlung des Berufungsklägers einmal im Zurückweisungsverfahren und einmal im Urteilsverfahren ansetzen. Der Verstoß gegen die Waffengleichheit könnte demnach darin liegen, dass § 522 Absatz II, III ZPO eine prozessuale Möglichkeit eröffnen, die niemals zulasten des Berufungsbeklagten ergehen kann sondern immer nur zulasten des Berufungsklägers.

Diese Schlechterstellung des im Zurückweisungsverfahren „abgeurteilten“ Berufungsklägers gegenüber dem durch Urteil beschiedenen Unterlegenen – Kläger oder Beklagter - in der Berufungsverhandlung könnte zunächst gerechtfertigt sein, wenn Zurückweisungsbeschlüsse gegenüber Berufungsurteilen einen qualitativ verschiedenen Entscheidungsinhalt hätten.

Hinsichtlich der Zulassungsgründe der Revision sind die rechtlichen Voraussetzungen allerdings identisch. Denn § 522 Absatz II Nr.2 und 3 ZPO entsprechen denen des § 543 Absatz II Nr.1 und 2 ZPO, so dass das Berufungsgericht hier im Zurückweisungsverfahren sachlich dieselbe Entscheidung zu treffen hat. Hinsichtlich der Erfolgsaussicht des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO hat sich der Gesetzgeber eine eher prognostische Aussichtenprüfung vorgestellt, die sich inhaltlich von der abschließenden dem Berufungsurteil zugrunde liegenden Überzeugungsbildung unterscheiden soll. Es wurde aber oben ausführlich dargelegt, dass beim Zurückweisungsbeschluss ebenso wie beim Urteil aufgrund des gesamten vorhandenen

⁸⁶³ Vgl.:Lindner in: ZIP 2003, S.194; Vollkommer in: FS Schwab 1990, S.519.

⁸⁶⁴ Vgl.: Böttcher; Gleichbehandlung und Waffengleichheit, S.12.

Streitstoffes in Anwendung der §§ 529ff. ZPO eine abschließende und eben nicht nur summarische Entscheidung über die Begründetheit zu fällen ist. Wegen dieser inhaltlichen Parallelität der beiden Entscheidungsformen, hält die herrschende Meinung in der Literatur die „nackte“ Entscheidungsform per se nicht für ein sachgerechtes Differenzierungskriterium.⁸⁶⁵

Rechtsvergleichend kann darüber hinaus angeführt werden, dass in vergleichbaren Fällen auch ein Gleichlauf der Anfechtungsmöglichkeiten gesetzlich angeordnet wird, wie zum Beispiel in § 130a VwGO, § 153 Absatz IV SGG und vor allem § 522 Absatz I ZPO.

Die Einstimmigkeit soll nach Ansicht der herrschenden Meinung ebenfalls kein sachgerechter Grund für eine Differenzierung sein, da sowohl auch bei einstimmigen Berufungsurteilen eine Anfechtung gegeben ist als auch an der Realität der Kollegialentscheidungen vorbeigeht.⁸⁶⁶

Entgegen der herrschenden Meinung kann allerdings auch von dem Standpunkt aus argumentiert werden, dass – wie oben festgestellt – dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung von Verfahrensnormen zusteht. Von hier aus erhellt sich dann auch die ausdrückliche Intention des Gesetzgebers, mit der Einführung des § 522 Absatz II ZPO im öffentlichen Interesse eine rasche Erledigung des Rechtsstreits zu fördern und dadurch letztendlich dem Prozesszweck der Rechtssicherheit zu dienen. Es sollen mittels der Beschlusszurückweisung also keine Rechtsschutzmöglichkeiten verkürzt werden, sondern rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme von Rechtsmitteln vorgebeugt werden. So erfolgt im Rahmen des § 522 Absatz II ZPO zwar eine ebenso umfassende Prüfung der Begründetheit wie vor Urteilserlass.

Aber diese Prüfung führt halt nun einmal zu einem anderen Ergebnis, nämlich dem kategorischen Ausschluss jeglicher Erfolgsaussicht. Je genauer und umfangreicher im Beschlusszurückweisungsverfahren die Berufung auf Erfolgsmöglichkeiten „abgeklopft“ wird, desto eher ist doch die Unanfechtbarkeit des § 522 Absatz III ZPO auch vor verfassungsrechtlichem Hintergrund hinnehmbar. Die Berufungen, die über § 522 Absatz II ZPO durch Beschluss ausgeschieden werden, verdienen gewissermaßen keine Terminierung, da jegliche Erfolgsaussichten verneint werden. Und die Berufungen, bei denen auch nur ein „Fünkchen“ Hoffnung besteht, werden ja zwingend verhandelt und durch Urteil entschieden, was § 522 Absatz II Nr.1 ZPO gerade garantieren will. Insofern erscheint es auch nicht mehr als gänzlich sachwidrig, dass die Berufungsurteile angefochten werden können, da diese schließlich

⁸⁶⁵ Vgl.: Deubner in: JuS 2005, S.227; Gottwald in: FS Beys 2003, S.447; Krüger in: NJW 2008, S.946; Lindner in: ZIP 2003, S.199; Rimmelspacher in: MK; § 522, Rn.34.

⁸⁶⁶ Vgl.: Hirtz; Verhandlungen des 65. DJT 2004, Band 1, S.A 66.

immerhin Berufungen entscheiden, die qualitativ eine Ebene höher anzusiedeln sind als diejenigen, die zurückgewiesen wurden; nämlich auf der Ebene einer zumindest möglichen Erfolgsaussicht. Berufungen mit Erfolgsaussicht, die dann durch Urteil abgewiesen werden, weil sich eben diese Erfolgsaussicht nicht bewahrheitet hat, waren gewissermaßen näher am Erfolg als diejenigen, deren Misserfolg schon vor einer mündlichen Verhandlung ohne geringsten Zweifel feststand. Berufungen, die erst nach mündlicher Berufungsverhandlung einem richtigen Ergebnis zugeführt werden können, weisen somit sozusagen ein höheres Diskussions- und Streitpotential auf.

Die in der Literatur⁸⁶⁷ angeführte Sachwidrigkeit einer Ungleichbehandlung von Zurückweisungsbeschlüssen einerseits und Zurückweisungsurteilen andererseits lässt sich also „nur“ mit Blick auf den jeweils gleichen Prüfungsumfang aufrecht erhalten.

Denn eine wegen § 522 Absatz III ZPO unterschiedliche Anfechtung von Entscheidungen gleicher Prüfungsdichte und gleichen Entscheidungsinhalts wäre dann willkürlich im Sinne des Art.3 GG. Es ist auf den ersten Blick – immer vor dem Hintergrund des Normzwecks einer raschen Erledigung des Rechtsstreits – zu sehen, dass bei Zurückweisungsbeschlüssen und –urteilen zwar ein identischer Prüfungsumfang (es ist gerade keine offensichtliche Unbegründetheit bei § 522 Absatz II ZPO erforderlich) und ein identischer Entscheidungsinhalt (in beiden Fällen wird die Berufung letztlich zurückgewiesen) vorliegt.

Allerdings resultieren diese Entscheidungen stets aus einem anderen Prüfungsergebnis.

Während für Zurückweisungsbeschlüsse die Berufung wegen der engen Auslegung des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO nicht einmal die geringste Erfolgsaussicht haben darf, wurde aber genau diese Erfolgsaussicht den durch Urteil zurückgewiesenen Berufungen bereits attestiert. Der Zurückweisungsbeschluss erledigt somit immer Berufungen, die nach umfänglicher Prüfung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu keinem Zeitpunkt Aussicht auf Erfolg hatten; die Zurückweisungsurteile dagegen solche, die durch Verneinung des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO eine Etage höher gehoben worden sind. Durch Zurückweisungsbeschluss wird dem Berufungskläger klar gemacht, dass seine Berufung keine Chance auf Erfolg hat, während das Urteil nach mündlicher Verhandlung ausspricht, dass aus diesen Chancen kein zählbarer Erfolg erzielt werden konnte.

Besonders deutlich wird dies am Beispiel einer durch das Berufungsgericht auf der Grundlage des § 529 Absatz I ZPO iVm § 531 II ZPO vorgenommenen Beweisaufnahme. Eine solche Berufung hatte zumindest eine so große Chance auf Erfolg, dass sie erst in einer mündlichen

⁸⁶⁷ Dazu jüngst: Krüger in: NJW 2008, S.946.

Verhandlung unter Anwendung der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO letztlich einer Entscheidung zugeführt werden konnte. Eine bereits vorher mangels zulässiger neuer Verteidigungsmittel oder erforderlicher Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen zurückgewiesene Berufung ist hingegen von Anfang an chancenlos. Wenn aber dann eine Berufung trotz vorher bejahter Erfolgsaussicht dennoch zurückgewiesen wird, hat eine solche Entscheidung einen bedeutend höheren Konfliktgehalt und offenbart deshalb auch viel deutlicher den Charakter einer streitigen Endentscheidung. Ein Zurückweisungsbeschluss befindet sich dagegen gerade nicht in der Mitte zwischen den Polen einer erfolgreichen oder erfolglosen Entscheidung, denn er entscheidet nicht im wirklichen Sinn sondern bestätigt die Erfolglosigkeit und damit die erstinstanzliche Entscheidung. Fällt das Berufungsgericht seine Entscheidung aber im Rahmen des § 286 ZPO frei, so kann sich diese erneute freie Beweiswürdigung dann unter Umständen auch als neue Fehlerquelle darstellen. Solche Fehler, die im Zurückweisungsverfahren nicht passieren können, können dann unter den entsprechenden Voraussetzungen durch Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde korrigiert werden.

Ein Beschluss nach § 522 Absatz II ZPO stellt eben – wenn auch mit einer identischen Kontrolldichte – „schon“ die fehlenden Erfolgsaussichten fest, während das Urteil nach § 538 ZPO „erst“ die letztendliche Erfolglosigkeit ausspricht und sich dadurch die immerhin bestandenen Aussichten lediglich nicht bewahrheitet haben. Es sind wie am Beispiel des § 531 Absatz II ZPO gesehen, durchaus Konstellationen denkbar, in denen das Zurückweisungsurteil im Vergleich zum entsprechenden Beschluss ein „Mehr“ an Entscheidung beinhaltet, nämlich diejenige über den letztendlichen Erfolg der zulässig eingeführten neuen Tatsache. Vor einer möglichen Zurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO wird lediglich vollumfänglich geprüft, ob diese Tatsache zulässig eingeführt wurde, aber eben nur dies. In der Verhandlung wird dann über den Beweiswert dieser Tatsache gestritten und dieser Streit wird dann durch Urteil entschieden. Wenn die Berufung dann trotz allem zurückgewiesen wird, zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen Beschluss und Urteil in berufsrechtlichen Zurückweisungen: Bei dem Beschluss einerseits wird dem Berufungskläger vor Augen geführt, dass seine Berufung unter keinen Umständen zu einem Erfolg führen kann (keine zulässige neue Tatsache) während das Urteil darüber entscheidet, warum sie gerade trotz vorhandener Umstände (zulässige aber letztlich erfolglose neue Tatsache) nicht zu einem Erfolg geführt hat. Dieses „Mehr“ im abgeurteilten Prüfungsergebnis kann dann aber durchaus auch ein „Mehr“ der Anfechtungsmöglichkeiten gebieten.

Freilich greift diese Argumentation nicht in den Fällen, in denen der Zurückweisungsgrund in einer ausschließlich rechtlichen Problemstellung verortet ist. Denn in solchen Fällen der lediglich materiellen Kontrolle des erstinstanzlichen Gerichts ergeht ein Zurückweisungsurteil mit dem gleichen rechtlichen Horizont wie ein Zurückweisungsbeschluss, da in derartigen

Konstellationen die rechtliche Prüfung und Durchdringung des Streitstoffes in jedem Fall auch mit der gleichen Tiefe erfolgen muss. Eine Beschränkung auf offensichtlich unbegründete und damit rechtlich eindeutige Berufungen ist in § 522 Absatz II ZPO ja gerade nicht verankert. Hier liegt in der fehlenden Anfechtungsmöglichkeit des per Beschluss Zurückgewiesenen eine sachlich nicht mehr gerechtfertigte Differenzierung.

Hinsichtlich der in der herrschenden Meinung vertretenen pauschalen Bewertung der Entscheidungsform als willkürliches Differenzierungskriteriums lässt sich bei genauerer Betrachtung also ein vielschichtigeres Bild zeichnen. Die durch § 522 ZPO normierte Verschiedenheit der Anfechtungsmöglichkeiten von Zurückweisungsentscheidungen kann nämlich in entsprechend gelagerten Fällen nicht nur von der nackten Entscheidungsform abhängen sondern davon, wie viele und wie schwere Steine auf dem Weg zu einer endgültigen Beurteilung des Erfolges einer Berufung aus dem Weg geräumt werden müssen. Auch die Gefahr eines Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Postulat der Rechtsmittelklarheit⁸⁶⁸ kann anhand der oben aufgezeigten Berufungssystematik hinsichtlich des Prüfungsumfanges des Berufungsgerichts weitestgehend gebannt werden. Es ist vor dem Hintergrund der §§ 529 ff. ZPO hinreichend bestimmt – wenn auch wenig strukturiert - geregelt, wann eine Berufung Aussicht auf Erfolg hat und wann nicht. Und die zwingend einzuhaltende umfassende Prüfung der jeweiligen Voraussetzungen gewährleistet eine ausreichend unterscheidbare und somit „klare“ Zuweisung zu dem jeweils statthaften Rechtsmittel der Revision (oder der Nichtzulassungsbeschwerde) beziehungsweise der Unanfechtbarkeit nach § 522 Absatz III.

Ein Berufungsurteil kann sich nach alledem wegen eines eventuell unterschiedlichen, in seiner Wirkungsbreite angehobenen, Entscheidungsspektrums im Vergleich zu einem Zurückweisungsbeschluss als schärferes rechtsmittelrechtliches Schwert zeigen und kann gewissermaßen als dessen „großer Bruder“ bezeichnet werden.

Eine solche Betrachtung ermöglicht die hier vertretene - im Ansatz wohl vom BVerfG vorgezeichnete - Ansicht, dass das Willkürverbot des Art.3 GG durch § 522 Absatz II, III ZPO nicht verletzt ist.

Willkür ist darüber hinaus auch erst dann zu bejahen, wenn die Unsachlichkeit evident ist, also ins Auge springt.⁸⁶⁹ Bei § 522 Absatz II ZPO liegt es in der Natur der Sache, dass Zurückweisungsbeschlüsse nicht in jedem Fall identisch mit Zurückweisungsurteilen sein

⁸⁶⁸ Vgl.: BVerfGE 49, S.164; BVerfGE 107, S.416.

⁸⁶⁹ Vgl.: BVerfGE 89, S.141.

müssen. Schon daraus ergibt sich, dass es nicht evident willkürlich ist, daran dann auch unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen.

Summa summarum kann demnach in den unterschiedlichen Prüfungsergebnissen von Zurückweisungsbeschluss und Zurückweisungsurteil unter Umständen ein sachgerechtes Unterscheidungskriterium bezüglich ihrer Anfechtungsmöglichkeiten gesehen werden.

An diesem Ergebnis ändert sich dann nach der hier vertretenen Auffassung auch unter dem Gesichtspunkt der Einstimmigkeit des Beschlusses nichts. Zwar kann die Einstimmigkeit für sich noch kein geeignetes Differenzierungskriterium zwischen Zurückweisungsbeschluss und –urteil liefern, da die Einstimmigkeit von Entscheidungen ein Aspekt ist, der sonst für die Zulässigkeit eines zivilprozessualen Rechtsmittels irrelevant ist und wohl auch an der Realität der Kollegialentscheidungen vorbeigeht.⁸⁷⁰ Allerdings bedarf es nach obigen Erwägungen gerade keines Rückgriffes auf die Einstimmigkeit mehr.

Die Einstimmigkeit der Zurückweisung soll dabei noch zusätzlich deren Gewissheit absichern und gewährleisten, dass irgendwelche Zweifel bei irgendeinem an der Entscheidung beteiligten Richter zwingend den Weg in die Berufungsverhandlung eröffnen. Mit Hilfe der Einstimmigkeit im Zusammenspiel mit dem je nach Konstellation denkbaren unterschiedlichen Prüfungsergebnis von Beschlüssen und Urteilen kann die ohne Zweifel bestehende verfassungsrechtliche Brisanz der abweichenden Anfechtungsmöglichkeiten aber zumindest etwas entschärft werden.

Ob diese Unterscheidung hinsichtlich der Anfechtungsmöglichkeiten dann mit Blick auf einen einheitlichen, effizienten und transparenten Instanzenzug begrüßenswert ist, spielt an dieser Stelle noch keine Rolle. Denn nach den obigen Erörterungen kann jedenfalls festgestellt werden, dass solange die in Art.3 GG gezogene Willkürgrenze juristisch nicht überschritten ist, die in § 522 Absatz II GG gegossene politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hinzunehmen ist.

2) Weitere verfassungsprozessuale Dimension

Bereits im vorangegangenen Abschnitt war erkennbar, wie brisant die Regelung des § 522 Absatz II, III ZPO in verfassungsprozessualer Hinsicht ist. Wenn auch die durch das GG vorgegebene Willkürgrenze nach der hier vertretenen Ansicht nicht überschritten wird, ist unverkennbar, wie nah an dieser Grenze sich doch die rechtsmittelrechtliche Dimension der Unanfechtbarkeit von Zurückweisungsbeschlüssen befindet. Dieser Zustand erscheint jedoch gerade vor dem Hintergrund der nicht zu unterschätzenden Bedeutung der Prozesszwecke wenig glücklich.

⁸⁷⁰ Vgl.: Gottwald in: FS Beys 2003, S.287; Krüger in: NJW 2008, S.946.

Es kann im Lichte der Tragweite der Verwirklichung subjektiver Rechte sowie der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens wohl kaum als positives Bewertungskriterium einer verfahrensrechtlichen Norm ins Feld geführt werden, dass diese gerade noch verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

Und wie sumpfig der verfassungsrechtliche Boden ist, auf dem § 522 ZPO steht, zeigt ein Querschnitt durch die rechtsmittelrechtlichen Wertungen, die das Grundgesetz an mehreren Stellen vornimmt.

Als rechtsstaatliches Fundament, auf den der Zivilprozess gebaut werden muss, lässt sich das vom BVerfG allgemein formulierte Leitmotiv heranziehen, dass das Verfahrensrecht der Herbeiführung *richtiger*, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit *gerechter* Entscheidungen dient.⁸⁷¹

Damit wird in erster Linie das zu verwirklichende subjektive Recht zum Schlüsselbegriff des grundgesetzlichen Rechtsschutzsystems. Ausgefüllt wird dieser durch die Richtigkeit und Gerechtigkeit gezogene Rahmen durch zahlreiche Aspekte, die in ihrer Gesamtheit stets der Besonderheit und letztendlich dienenden Funktion eines jeden Zivilprozesses geschuldet sind.

So stellt das BVerfG – wie oben bereits erläutert - immer wieder fest, dass Art.19 IV GG, bzw. der ihm vergleichbare Justizgewähranspruch, keine zweite oder weitere Instanz fordere, dass aber, wenn eine solche Instanz eröffnet ist, effektiver Rechtsschutz gewährt werden muss.⁸⁷² Frei ist der Gesetzgeber danach im Blick auf das „Ob“ aber nicht mehr auf das „Wie“. Darüber hinaus kann es Konstellationen geben, die zwingend eine weitere Instanz fordern, also auch im „Ob“ binden. Das ist vor allem dann der Fall, wenn die erste Instanz aus sachlichen oder strukturellen Gründen rechtsstaatliche Defizite aufweist, die dort nicht behebbar sind, etwa richterliche Präventivkontrolle bei Freiheitsentziehungen nach Art.104 Absatz II GG oder bei Wohnungsdurchsuchungen nach Art.13 Absatz II GG. Diese müssen häufig sofort und ohne Anhörungen durchgeführt werden, andererseits aber tief greifende Grundrechtseingriffe darstellen können.⁸⁷³

Dadurch wird deutlich, dass die gesamte Rechtsmaterie des Verfahrensrechts sehr grundrechtssensibel ist und in vielen Einzelheiten verfassungsrechtliche Bezüge aufweist. Gerade bei Normen wie § 522 Absatz III ZPO, die das gerichtliche Verfahren, durch das Rechte verwirklicht und nutzbar gemacht werden sollen, endgültig abschneiden, wird diese Problematik

⁸⁷¹ Vgl.: BVerfGE 42, S.73.

⁸⁷² Vgl.: BVerfGE 80, S.96.

⁸⁷³ Vgl.: Maurer in: FS BVerfG 2001, S.483.

besonders virulent. Vor diesem Hintergrund erhellt sich auch die Feststellung des BVerfG, dass die bestehenden Rechtsmittel großzügig auszulegen und anzuwenden sind.⁸⁷⁴ Der Zugang zu den eingerichteten Rechtsmitteln ist allen Bürgern auf möglichst gleichmäßige Weise zu eröffnen und die Grundsätze über die Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln müssen sich durch ein besonderes Maß an Gleichheit, Klarheit und innerer Logik auszeichnen.⁸⁷⁵ Es lässt sich insbesondere aus den Äußerungen des BVerfG bezüglich der „möglichst“ gleichmäßigen Zugangsmöglichkeit sowie dem „besonderen“ Maß an Klarheit gewissermaßen ein Optimierungsgebot für die gesetzgeberische Ausformung eines Rechtsmittels erkennen.

Wenn auch im Endeffekt verfassungsmäßig, so zeigen sich im Rahmen der Auseinandersetzung mit § 522 ZPO gerade mit Blick auf einen solchen Optimierungsgedanken erhebliche Bedenken. Ein Zurückweisungsbeschluss hat für einen Berufungskläger wegen § 522 Absatz III ZPO derart schwerwiegende Folgen, dass gerade bei der Einführung eines solchen noch dazu neuen Verfahrensinstruments möglichst viele verfassungsrechtlich problematisch erscheinende Reibungspunkte vermieden werden sollten. Es sollte dabei kein zu hoch gegriffenes Ziel des Gesetzgebers sein, im Rahmen der Umsetzung seiner politischen Vorstellungen den Zivilprozess im Ergebnis nicht nur rechtsschutzorientiert sondern eben so rechtsschutzfreundlich wie nur möglich zu gestalten.

Eine weitere Anhebung dieser Forderung nach Optimierung lässt sich zusätzlich mit dem Argument untermauern, dass durch die Einlegung einer nach den § 511 ZPO zulässigen Berufung für den jeweiligen Rechtsmittelführer eine gewichtige verfahrensrechtliche Position begründet wird.⁸⁷⁶ Hier wird die Charakterisierung des Zurückweisungsbeschlusses als eine dem Urteil vergleichbare Entscheidungsform relevant. Denn insbesondere wurde das Verfahren nach § 522 Absatz II ZPO bewusst nicht als Annahmeverfahren ausgestaltet.⁸⁷⁷ Dies zeigt sich deutlich daran, dass gerade kein gesonderter Annahmebeschluss vorgesehen ist. Dem Berufungskläger wird also durch ein statthaftes und zulässiges Rechtsmittel attestiert, dass sein Rechtsstreit einer weiteren Überprüfung zugeführt wird. Wenn ihm jetzt aber diese Überprüfung vorzeitig durch § 522 Absatz II ZPO wieder entzogen wird, müssen schon gewichtige Wertungskriterien ins Feld geführt werden können, die eine solche rechtsmittelrechtliche Beschneidung sachgerecht erscheinen lassen, zumal ausgerechnet diese Beschneidung nicht ihrerseits auf Rechtmäßigkeit überprüft werden kann.

⁸⁷⁴ Vgl.: BVerfGE 96, S.40.

⁸⁷⁵ Vgl.: BVerfGE 72, S.234.

⁸⁷⁶ Vgl.: BVerfG NJW 2005, S.1486.

Wenn man sich nun abschließend den hier skizzierten zivilprozessualen Wertungskanon des GG vor Augen führt, wird zunächst einmal deutlich, wie viele verfassungsrechtliche Wunden ein unanfechtbarer Zurückweisungsbeschluss offen legt. Die zu verschiedenen prozessualen Problemkonstellationen ergangenen Entscheidungen und Feststellungen des BVerfG betonen in ihrer Gesamtheit die wegen der Verwirklichung subjektiver Rechte als oberstem Prozesszweck enorme Bedeutung verfahrensrechtlicher Positionen für den rechtsschutzsuchenden Bürger.

Zwar ist der unanfechtbare Zurückweisungsbeschluss nicht verfassungswidrig. Allerdings zeigt sich im Wege einer Gesamtbetrachtung, dass die neue Regelung des § 522 Absatz II, III ZPO verfassungsrechtlich nicht optimal ausgestaltet ist. Durch die aufgezeigten einzelnen Wertungswidersprüche verursacht ein unanfechtbarer Zurückweisungsbeschluss dahingehend einen Summierungseffekt, dass die Norm in all ihren möglichen grundgesetzlichen Bezügen und latenten Missbrauchsgefahren die durch den Gesetzgeber selbst gelegte Maßlatte eines effektiven, transparenten und bürgernahen Zivilprozesses nicht erreicht.

Es erscheint somit nach der bis hierhin durchgeführten Analyse vor verfassungsrechtlichem Hintergrund höchst problematisch, ob ein unanfechtbarer Zurückweisungsbeschluss in der Berufungsinstanz derartige Vorteile für den Zivilprozess zu generieren vermag, die einen Verzicht auf eine rechtsschutzfreundlichere Regelung zweckgemäß erscheinen lassen. Denn es zeigt sich bereits hier ein deutlicher Überhang in Richtung einer negativen Bewertung.

II) Systematische Gesichtspunkte

Jenseits der im vorigen Abschnitt erläuterten verfassungsrechtlichen Vorgaben, die nach der hier vertretenen Auffassung gerade noch erfüllt sind, ist nun im folgenden zu untersuchen, ob dieser diesbezüglich grenzwertige Zustand durch Zielvorstellungen gedeckt ist, die die aufgezeigten Schwächen kompensieren können.

Solange der Gesetzgeber sich rechtlich im zulässigen Bereich bewegt, können insbesondere neue gesellschaftliche oder rechtspolitische Hintergründe durch einen diesen Umständen angepassten neuen Zivilprozess auch gesetzgeberisch umgesetzt werden. Jedoch sollte der Gesetzgeber dann bei dieser Umsetzung durch Schaffung neuer zivilprozessualer Instrumente wie der unanfechtbaren Beschlusszurückweisung trotz der weitmaschig gespannten verfassungsrechtlichen Vorgaben insbesondere auf die Systemgerechtigkeit der Neuerungen achten.

⁸⁷⁷ Vgl.: Busse in: AnwBl 2000, S.519; Däubler-Gmelin in: ZRP 2000, S.461.

Aufgabe juristischer Dogmatik ist allgemein formuliert die Bildung eines Rechtssystems, einer in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung.⁸⁷⁸

Dazu müssen die einzelnen gesetzlichen Regelungen als Zusammenspiel tragender Rechtsprinzipien verstanden werden und soweit wie möglich als einheitliches Ganzes ausgelegt und aufeinander abgestimmt werden.⁸⁷⁹ Dies kann dem Gesetzgeber nur gelingen, wenn Gesetze trotz aller parlamentarischer Kompromisse - wie sie im Zuge der Schaffung von § 522 ZPO stattfanden (vgl. dazu ausführlich oben in Kapitel „C“ Abschnitt „III“) – aufgrund kohärenter Wertungen konzipiert sind. Wertungswidersprüche führen dagegen zu Systemfehlern. Dies gilt für Fehler in jedem Rechtsgebiet. Die Bedeutung des Aspekts der Systemgerechtigkeit betont das BVerfG für das Prozessrecht, indem es innerhalb eines Rechtsmittelzuges einen systematischen Zusammenhang der diesen regelnden Normen verlangt.⁸⁸⁰ Innerhalb eines einmal gewählten Systems hat der Gesetzgeber sich dann auch systemgerecht zu verhalten.

Wenn sich die Neuregelung des § 522 Absatz II, III ZPO vor diesem Hintergrund als systemgerecht erweist, könnte die aufgezeigte Minimierung des Rechtsschutzes auf das verfassungsrechtlich gerade noch Hinnehmbare im Interesse eines neuen und vernünftigen prozessualen Dauerrechts akzeptabel sein. Dazu ist anhand verschiedener Anknüpfungspunkte zu untersuchen, ob sich die Neuregelung des § 522 Absatz II, III ZPO nahtlos sowohl in das durch das ZPO-RG intendierte reformierte Rechtsmittelrecht als auch in den allgemeinen Bedeutungszusammenhang der Prozess- bzw. Rechtsmittelzwecke einfügt.

1) Allgemeine rechtsmittelzweckorientierte Betrachtung des Zurückweisungsverfahrens

Als erstes soll in diesem Zusammenhang der unanfechtbare Zurückweisungsbeschluss in seiner Eigenschaft als tragende Komponente einer nach dem ZPO-RG auf Fehlerkontrolle und Fehlerkorrektur ausgerichteten Berufung betrachtet werden.

Für das Berufungsverfahren hat die ZPO Reform – wie im Rahmen des Kapitels „C“ ausführlich vorgestellt – die Rechtsschutzmöglichkeiten des Berufungsklägers durch eine Funktionsdifferenzierung gegenüber der ersten Instanz eingeschränkt. Die bisherige Ausgestaltung der Berufung als volle zweite Tatsacheninstanz wurde aufgegeben und durch die Beschränkung auf eine verstärkte Rechtsfehlerkontrolle und –beseitigung unter Beibehaltung einer wenigstens eingeschränkten Tatsachenprüfung nach § 529 Absatz I ZPO ersetzt. Zudem bleiben neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Absatz II ZPO auch dann

⁸⁷⁸ Vgl.: Pawlowski; Einführung in die juristische Methodenlehre, 1986, Rn.305.

⁸⁷⁹ Vgl.: Larenz; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, S.150.

ausgeschlossen, wenn mit ihrer Zulassung gar keine Verzögerung des Verfahrens verbunden ist. Auf dem Fundament einer reinen Fehlerkontrolle ließ sich dann auch systematisch zunächst folgerichtig das neue Zurückweisungsverfahren ohne mündliche Verhandlung nach § 522 Absatz II ZPO errichten. Denn wenn nicht dem alten § 525 ZPO vergleichbar in jedem Fall eine neue Verhandlung stattfindet, sondern dies gerade auf Ausnahmefälle beschränkt werden soll, erscheint es systematisch auf den ersten Blick nicht verfehlt, dem nur noch prüfenden und nicht mehr verhandelnden Gericht ein solches Instrument der beschleunigten Erledigung an die Hand zu geben. Dieses Konzept wäre durchaus stimmig, wenn die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils nur auf das Vorliegen von Rechtsverletzungen im Sinne des § 513 Absatz I ZPO gestützt werden könnte.

Es ist jedoch zunächst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der weitere Berufungsgrund der zweifelhaften Tatsachengrundlage eingeführt worden. Damit ist es möglich geworden, ein rechtlich nicht zu beanstandendes Urteil auch dann aufzuheben, wenn konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen bestehen und deshalb eine erneute Feststellung geboten ist. Nach der oben erläuterten Kammerentscheidung des BVerfG besteht dieses Gebot bereits bei der bloßen Möglichkeit einer abweichenden Feststellung.⁸⁸¹

Einen noch größeren systematischen Impetus auf die Ausgestaltung der Berufung nach der ZPO Reform haben die wegweisenden Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2004 und 2005, deren Reichweite bereits des Öfteren dargestellt wurde. Der BGH hat nämlich entschieden, dass das Berufungsgericht Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen auch von sich aus nachgehen muss; selbst wenn sich die Zweifel aus einem Verfahrensfehler ergeben, muss dieser nicht durch eine ausdrückliche Rüge nach § 529 Absatz II Satz 1 ZPO geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht soll vielmehr auch dann zu einer erneuten Feststellung verpflichtet sein, wenn es von sich aus einen Fehler entdeckt.

Damit hat der BGH entgegen den Intentionen des Gesetzgebers⁸⁸² den früheren Rechtszustand nicht nur wiederhergestellt, sondern die Eingriffsintensität der berufsrechtlichen Prüfung sogar verstärkt. Während nämlich die erneute Beweisaufnahme im Ermessen des Berufungsgerichts stand und lediglich eine abweichende Beweiswürdigung ohne eigene

⁸⁸⁰ Vgl.: BVerfGE 54, S.277.

⁸⁸¹ Vgl.: BVerfG 2003, S.2524.

⁸⁸² Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.101 zur Unverhältnismäßigkeit einer amtswegigen Überprüfung auf Verfahrensfehler.

Beweisaufnahme nicht zulässig war⁸⁸³, muss es nunmehr in jedem Fall eines Zweifels die Beweisaufnahme wiederholen. Es muss diese Beweisaufnahme auch gemäß § 538 Absatz I ZPO selbst durchführen, die Möglichkeit einer diesbezüglichen Zurückverweisung besteht nur noch unter den engen Voraussetzungen des § 538 Absatz II ZPO.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung versteht also das Berufungsgericht auch unter der Herrschaft des neuen Berufsrechts als Tatsachengericht und hebt es deutlich von den Funktionen des Revisionsgerichts ab. Damit zeigt sich wieder einmal die Tendenz einer gegenüber abweichenden gesetzgeberischen Vorstellungen renitenten Rechtsprechung, so dass auch im aktuellen Fall des § 522 Absatz II ZPO eine Auslegung des Berufsrechts konstruiert wurde, die auf Kosten der Rechtssicherheit die materielle Einzelfallgerechtigkeit durchzusetzen versucht.⁸⁸⁴ Diese angedeutete Reformresistenz der Rechtsprechung scheint also darin begründet zu liegen, dass sie gerade im Berufsrecht das Prozessrecht konsequent in den Dienst materiell richtiger Gerichtsentscheidungen stellt und damit materiellrechtsfreundlich interpretiert. Dagegen werden Änderungen im Prozessrecht, wie sie in den §§ 529 ff. ZPO grundlegend normiert wurden, nicht umfassend akzeptiert, wenn sie auf die Verwirklichung der subjektiven Rechte nicht mehr ausreichend Rücksicht nehmen.⁸⁸⁵

Daraus kann ein erstes systematisch orientiertes Resümee dahingehend gezogen werden, dass das Instrument einer Zurückweisung unter erleichterten Voraussetzungen, das ursprünglich in ein System der Fehlerkontrolle eingebettet werden sollte und gerade durch diese Funktion der neuen Berufung erst „legitimiert“ wurde, in einer Berufung, die in tatsächlicher Hinsicht einer noch höheren Überprüfungsmöglichkeit unterliegt, als Fremdkörper erscheint.

Gewissermaßen ist durch die zitierten BGH Entscheidungen der Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz II ZPO die rechtsmitteldogmatische Grundlage entzogen worden.

Wenn nämlich die intendierte Ausrichtung der Berufung als reine Fehlerkontrolle aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit letztlich fehlgeschlagen ist, fehlt einem rechtsschutzverkürzenden Instrument wie § 522 Absatz II ZPO, das gerade auf dieser verfehlten Funktionsausrichtung aufbaute, eine solche systematische Grundlage. Es wirkt vor diesem Hintergrund problematisch, dass das Berufungsgericht, dem nun doch wieder die gleichen Überprüfungs Kompetenzen wie vor der ZPO-Reform eingeräumt werden, diese beschleunigt, vereinfacht und darüber hinaus wegen § 522 Absatz III ZPO unkontrollierbar wahrnehmen kann. Diese Entlastung, die

⁸⁸³ Vgl.: Greger in: JZ 2004, S.811.

⁸⁸⁴ Vgl.: Prütting in: FS Nakamura 1996, S.473; Roth in: JZ 2006, S.11.

⁸⁸⁵ Vgl.: Roth in: JZ 2006, S.11.

ursprünglich durch die Umfunktionierung der Berufung ermöglicht werden konnte, wirkt nun in ihren Auswirkungen überdimensional weit und belastet die Systemgerechtigkeit in gleichem Maße überdimensional stark.

Ein Indiz für diese angeführte Systemwidrigkeit des § 522 Absatz II ZPO innerhalb des Berufungsrechtszuges ist des Weiteren dessen ungenaue Abstimmung auf die den Berufungsrechtszug dominierenden Rechtsmittelzwecke.

Das Grundanliegen, das mit der Einrichtung von gerichtlichen Rechtsbehelfssystemen im weitesten Sinne verfolgt wird, ist zum einen, eine tendenziell bessere Gewähr der Einzelfallgerechtigkeit, das heißt der Richtigkeit gerichtlicher Entscheidungen zu erzielen, und zum anderen, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und dadurch die Einheit der Rechtsordnung institutionell zu sichern.⁸⁸⁶ Zwar werden auch in der Berufung gewisse Interessen der Allgemeinheit wie die Kontrolle der unteren Gerichte, zwecks Gewährleistung der Aufrechterhaltung und Stärkung des allgemeinen Vertrauens in die Rechtspflege und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung berücksichtigt.⁸⁸⁷

Allerdings eröffnet § 511 Absatz II Nr.1 ZPO wie erwähnt die Berufung auch bei Rechtssachen ohne grundsätzliche Bedeutung, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,- € übersteigt. Diese Zugangsbeschränkung mit dem Mittel der Streitwertberufung stellt sich damit ausschließlich in den Dienst der Einzelfallgerechtigkeit, so dass die Berufung insgesamt auch unter Geltung des neuen Berufungsrechts einer zwar eingeschränkten aber grundsätzlich aufrecht erhaltenen Tatsacheninstanz in erster Linie der Einzelfallgerechtigkeit dient. Die Nachprüfungsbefugnis des Berufungsgerichts ist zwar über die §§ 529 bis 531 ZPO begrenzt – wenn diese Begrenzung auch durch die genannten BGH-Entscheidungen bereits weitgehend eingeebnet wurde.

Aber soweit sie eröffnet ist, ist sie gerade zu dem Zweck gegeben, die rechtliche Richtigkeit der Entscheidung des Einzelfalles zu gewährleisten.

Demgegenüber handelt es sich bei der Vorschrift des § 522 II, III ZPO um eine Vorschrift, die von Gesichtspunkten der Justizgewährung geprägt ist. Denn sie entscheidet, wie eine Berufung beschaffen sein muss, um in einer mündlichen Verhandlung durch Urteil entschieden werden zu können. Wenn sie jedoch schon von Anfang an nach Überzeugung des Berufungsgerichts keine Erfolgsaussicht aufweist, wird sie schon vor einer Verhandlung durch Beschluss zurückgewiesen. Diese Regelung soll das Berufungsgericht entlasten und Kapazitäten für die

⁸⁸⁶ Vgl.: BVerfG ZZP 95 (1982), S.71.

⁸⁸⁷ Vgl.: Leipold in: Rechtsmittel im Zivilprozess, 1985, S.289.

eingehende Bearbeitung Erfolg versprechender oder aus allgemeinen Gründen verhandlungsbedürftiger Berufungen freisetzen.

Wie die 2006 durchgeführte Evaluation der ZPO Reform zeigt, wurde dieses Ziel mit der kontinuierlichen Ausweitung der Anwendungsfälle von § 522 Absatz II ZPO durch die Gerichte auch erreicht.⁸⁸⁸ Die Beschlusszurückweisung dient ihrerseits innerhalb eines der Einzelfallgerechtigkeit verschriebenen Rechtszuges dem öffentlichen Interesse an dosierter Öffnung des Instanzenzuges und rascher Erledigung des Rechtsstreits. Diese Wirkung erstreckt sich reflexartig auch auf den Berufungsbeklagten und damit einhergehend auf Aspekte der Rechtssicherheit. Diese Ausstrahlung dürfte aber gemessen an den grundlegenden Intentionen des Gesetzgebers einer Verschlankung der Rechtszüge aus rechts- und finanzpolitischen Gründen lediglich flankierenden Charakter haben.

Aus dem bereits angeführten Plenarbeschluss des BVerfG zu dem alten § 554b ZPO a.F.⁸⁸⁹ lässt sich die Konsequenz ableiten, dass innerhalb eines Rechtszuges die für die gesetzgeberische Wertung maßgeblichen Kriterien weitgehend parallel laufen sollten. In dem zu entscheidenden Fall hatte das BVerfG festgestellt, dass sich bei der damaligen Revision diejenigen Kriterien, die für die Ausgestaltung des Revisionszugangs im öffentlichen Interesse ausschlaggebend waren, nicht in das dann eröffnete Revisionsverfahren derart hineinprojizieren lassen, dass dieses dann auch ausschließlich im Lichte dieser Wertungen ausgestaltet werden kann. Vielmehr war bei der Auslegung des § 554b ZPO a.F. zu beachten, dass selbst die Revision als Parteirechtsmittel letztlich der Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet ist; aus Anlass der Einzelfallentscheidung wird die Einheitlichkeit der Rechtssprechung angestrebt.

Die so formulierte rechtsmittelrechtliche Leitkultur der Systemgerechtigkeit in Bezug auf die zu verwirklichenden Rechtsmittelzwecke offenbart dann die angedeutete weitere Facette der systematischen Ungenauigkeit von § 522 Absatz II, III ZPO. Denn wenn die Berufung als – immer noch - zweite Tatsacheninstanz fast ausschließlich auf die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit fokussiert ist, und dann gerade mit diesen zu behandelnden Einzelfällen „kurzer Prozess“ gemacht werden kann, um öffentliche Interessen eventuell besser wahren zu können, weicht das Zurückweisungsverfahren von grundlegenden Zwecken der Berufung ab.

Das gilt dann erst recht mit Blick auf die Unanfechtbarkeit dieser so „wegentschiedenen“ Einzelfallentscheidung. Den Zurückweisungsbeschlüssen bei Landgerichten gehen in der Regel 1,1 Beratungen voraus während die Vergleichswerte für Verfahren, die nicht mit

⁸⁸⁸ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.210.

⁸⁸⁹ Vgl.: BVerfG ZZP 95 (1982), S.70.

Beschlusszurückweisung enden, mit 1,5 Beratungen höher liegen.⁸⁹⁰ Diese weniger beratenen Beschlüsse sind dann aber keiner weiteren Überprüfung durch ein Revisionsgericht mehr zugänglich. Auch und gerade vor diesem Hintergrund wird die Ausrichtung der Berufung auf die richtige Einzelfallentscheidung weiter zurückgedrängt.

Die Überzeugungskraft der für die beschlussmäßige Berufungszurückweisung ins Feld geführten Effektivität und Prozesswirtschaftlichkeit tendiert für den Gesetzgeber dann gegen Null, wenn es nicht um die Frage des Weges zu einem bestimmten Ziel sondern um das Ziel selbst geht.⁸⁹¹ Danach kann der Weg zu einer gerechten Einzelfallentscheidung prozessökonomisch gestaltet werden aber nicht das Ziel der Prozessökonomie durch solche Instrumente zu erreichen versucht werden, die der Fokussierung der Berufung auf die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit unter Umständen – wiederum mit Blick auf die Unanfechtbarkeit - im Wege stehen könnten. Einer einbahnstrassenartigen Argumentation mit der Prozessökonomie sollte man wegen der dafür zu erbringenden Opfer zumindest skeptisch gegenüberstehen. Insbesondere wegen der Unüberprüfbarkeit der Entscheidung nach § 522 Absatz III ZPO können auch die Bedenken, dass das Berufungsgericht trotz eines diesbezüglich fehlenden Ermessens und der Verfassungswidrigkeit eines solchen Vorgehens das Mittel der Beschlusszurückweisung zur Selbststeuerung der Arbeitslast anwendet, nicht einfach und komplett von der Hand gewiesen werden.⁸⁹²

Diese Gefahr einer unter Umständen verfahrensökonomisch motivierten Handhabung des § 522 Absatz II ZPO lässt sich in ihren Ansätzen auch durch eine statistische Betrachtung verdeutlichen. Die Beschlusszurückweisung hat in der Praxis Fuß gefasst. Von der Beschlusszurückweisung waren 2004 immerhin 11% aller Verfahren betroffen und dieser Anteil stieg seit der Reform 2001 kontinuierlich.⁸⁹³ Dazu werden nach Angaben von 40% der Richter an Landgerichten in Verfahren, die mit Zurückweisungsbeschluss enden, weniger Beratungen als in den übrigen Verfahren durchgeführt, so dass die Quantität der Beratungen insgesamt zurückgegangen ist.⁸⁹⁴ Jedoch sehen demgegenüber immerhin 17% der Richter an Oberlandesgerichten die Möglichkeit der Beschlusszurückweisung kritisch, weil dadurch unter anderem ein Verlust an Rechtssicherheit entstehe.⁸⁹⁵ Wenn nun aber in der Berufung die

⁸⁹⁰ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.203.

⁸⁹¹ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; vor § 1, Rn.111.

⁸⁹² Vgl.: Gottwald in: FS Beys 2003, S.451.

⁸⁹³ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.203.

⁸⁹⁴ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.203.

⁸⁹⁵ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.258.

Anwendung der Beschlusszurückweisung zunimmt, nehmen zwangsläufig auch die Fälle zu, in denen der latente Verdacht eines Missbrauches von § 522 Absatz II ZPO zur Arbeitssteuerung besteht. Paradoxe Weise werden so mit zunehmender Anwendung einer reformorientierten Norm die Transparenz und Rechtssicherheit, die Grundanliegen der gleichen Reform waren, konterkariert.

Die seitens des Gesetzgebers bei seiner Einführung gerade beabsichtigte wachsende Zahl von unanfechtbaren Entscheidungen führt demnach dahingehend zu einem systematisch zumindest fragwürdigen Ergebnis, dass eine dem öffentlichen Interesse an einem schlanken und ressourcensparenden Berufungsrechtszug entspringende Norm wie § 522 Absatz II, III ZPO das Berufungsverfahren unanfechtbar beendet, obwohl dieses gerade zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit eingerichtet ist, was auch kontrollierbar sein sollte. Mit steigender Anwendung geht eine schleichende Verschiebung des den Berufungsrechtszug auch nach der Reform beherrschenden Prozesszweckes einher, wenn auch der jeweilige Einzelfall vor dem Zurückweisungsurteil mit der gleichen Prüfungstiefe behandelt wird wie vor einem entsprechenden Beschluss.

Die innerhalb der Berufung durch § 522 Absatz II, III ZPO veränderte Gewichtung der Einzelfallgerechtigkeit wird dann besonders offensichtlich, wenn man reflektiert, dass ausgerechnet die Entscheidung im Berufungsverfahren, die die weitest reichende weil rechtsschutzabschneidende Wirkung entfaltet, im Namen des in der Berufung eigentlich untergeordneten Zwecks der Wahrung öffentlicher Interessen ergeht.

Die Ausgestaltung der Berufung als Tatsacheninstanz mit lediglich eingeschränktem Prüfungsumfang wird dadurch in ihrer prozesszweckorientierten Ausprägung systematisch gesehen unterlaufen.

Zusammen mit dem oben angesprochenen bloßen Verdacht einer Fehlanwendung der Zurückweisung durch das Berufungsgericht, die für sich gesehen schon einen „bitteren Beigeschmack“ verursacht, können über § 522 Absatz II, III ZPO zu viele Komponenten in ein Berufungsverfahren einfließen, die diesem nach seiner sonstigen gesetzgeberischen und rechtssprechungsorientierten Ausgestaltung eher fremd sind.

Eine stark verfahrensökonomisch motivierte Aussortierung von aussichtslosen Einzelfällen erscheint nach alledem in einer auf Einzelfallgerechtigkeit ausgerichteten Instanz vor dem Hintergrund des Rechtsmittelzwecks der Berufung, der möglichst den gemeinsamen Nenner aller diese Instanz regelnden Normen darstellen sollte, als deplaziert.

Zusammenfassend wirkt ein unkorrigierbares Zurückweisungsverfahren im Dienste der Entlastung der Berufungsgerichte in einer auf die Einzelfallgerechtigkeit zugeschnittenen Berufung falsch positioniert. Zum einen ergibt sich dies aus der durch die Rechtsprechung bewirkte „Zurückschneidung“ des Prüfungsumfangs des Berufungsgerichtes auf das mehr oder

weniger alte Niveau einer zweiten Tatsacheninstanz, die der Beschlusszurückweisung so die – mit der eigentlich intendierten Funktion einer Kontrollinstanz begründeten – rechtsmittelrechtliche Grundlage entzieht. Präzisiert wird diese ohnehin nun falsche Positionierung dann durch ein an den Prozesszweck der Verwirklichung subjektiver Rechte im Einzelfall angelehntes Argument. Denn systematisch erscheint es nicht gelungen, ein diesem Prozesszweck gewidmetes Rechtsmittelsverfahren zunehmend aufgrund einer Norm unanfechtbar zu entscheiden, die aufgrund einer der Einzelfallgerechtigkeit eher gegenläufigen Zweckorientierung eingeführt wurde.

Berufungsfremde Zwecke können somit aufgrund der quantitativ steigenden Anwendung der Beschlusszurückweisung im Berufungsverfahren überrepräsentiert und diese systematisch letztlich verfehlt sein.

2) Untersuchung der Unanfechtbarkeit des § 522 Absatz III ZPO aus revisionsrechtlichem Blickwinkel

§ 133 GVG regelt die Zuständigkeit des BGH in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und nennt diesbezüglich die Revision gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Endurteile, die Sprungrevision gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile und die Rechtsbeschwerde. Der BGH kann somit als Revisionsgericht bezeichnet werden.

Die Revision dient nicht nur dem Interesse der Parteien an der richtigen und gerechten Entscheidung ihrer Sache, sondern auch dem staatlichen Interesse an der Einheit der Rechtspflege, an der einheitlichen Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts und an der Kontrolle der Richtigkeit, wenn es sich um die Rüge und Prüfung der Verletzung materiellen Rechts handelt.⁸⁹⁶ Auf dem hier im Zusammenhang mit § 522 ZPO relevanten Gebiet des Verfahrensrechts dient sie zwar vorrangig dem Interesse an der Einheit seiner Anwendung, aber auch an der Überwachung und Kontrolle der Instanzgerichte zur Beachtung der Verfahrensvorschriften und an der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Rechtsprechung.⁸⁹⁷

Darauf beruht dann auch die Konzentration aller Revisionen vor einem Gericht und daraus erklären sich die vielfältigen Beschränkungen der Revision.

In den oben ausführlich dargestellten Regelungen der Statthaftigkeit der Revision gemäß § 543 ZPO spiegelt sich dann dieses Verständnis von der Aufgabe des Revisionsgerichts im

⁸⁹⁶ Vgl.: Wenzel in: MK; vor § 542, Rn.1 ff.

⁸⁹⁷ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 133, Rn.23.

Spannungsfeld zwischen Einzelfallgerechtigkeit einerseits und den genannten öffentlichen Interessen andererseits wider.

Auch nach der ZPO Reform vom 27.7.2001 ist die Revision zwar weiterhin ein Rechtsmittel, das von der Partei im Eigeninteresse eingelegt, weiter verfolgt und auch zurückgenommen wird. Der Zugang zur Revisionsinstanz ist aber – anders als der zur Berufung (vgl. die Ausführungen im unmittelbar zurückliegenden Abschnitt) – generell im Allgemeininteresse beschränkt.⁸⁹⁸

Jedliche Revision ist nämlich nur noch zulässig, wenn sie vom Berufungsgericht oder vom Revisionsgericht zugelassen worden ist, weil der Sache eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die bisherige Streitwert abhängige Annahmerevision der §§ 546 Absatz I, 554b ZPO a.F. ist danach ebenso wie die bisherige zulassungsfreie Revision des § 547 ZPO a.F. ganz entfallen.⁸⁹⁹ Das ZPO-RG ging dabei davon aus, dass Wertgrenzen als Zugangsbeschränkungen für Rechtsmittel ungeeignet sind.⁹⁰⁰ Es ersetzte daher das bisherige Mischsystem von Zulassungs- und Wertrevision durch die generelle Zulassungsrevision, die durch die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO ergänzt wird. Diese ist auch zwingend notwendig, da ansonsten die Rechtskontrolle durch die Revisionsinstanz gänzlich von der Zulassungsentscheidung der Berufungsinstanz abhängig wäre.

Vor diesem allgemeinen revisionsrechtlichen Hintergrund zeigen sich die nächsten systematischen Schwächen der Unanfechtbarkeit der Beschlusszurückweisung nach § 522 Absatz III ZPO:

a) Allgemeiner Zielkonflikt mit den Vorstellungen des Gesetzgebers bezüglich der Neustrukturierung der Revision

Wie gesehen ist der Zugang zum Revisionsrechtszug durch die Einführung einer allgemeinen streitwertunabhängigen Grundsatzrevision geregelt.

Die dem BGH zugewiesene Rolle als alleiniges oberstes Instanzgericht kommt insbesondere durch die mit dem ZPO-RG eingefügte Vorschrift des § 544 ZPO zum Ausdruck. Diese regelt

⁸⁹⁸ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 140, Rn.1.

⁸⁹⁹ Die Regelungen der §§ 26 Nr.8, 9 EGZPO spiegeln die seit jeher bestehende Angst vor einer Überlastung des BGH wider und sollen hier im Rahmen einer allgemeinen Hernaziehung revisionsrechtlicher Vorstellungen außen vor bleiben. Die Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO gibt es grundsätzlich gegen jede Nichtzulassung durch das Berufungsgericht, sei dies das Landgericht oder das Oberlandesgericht. Um eine Überlastung des BGH auszuschließen und Erfahrungen zu sammeln beschränkte § 26 Nr.8 EGZPO die Nichtzulassungsbeschwerde bis zum 31.12.2006 auf Fälle, in denen der Wert der Beschwer 20.000,- €überstieg. In Familiensachen war § 544 ZPO vor dem 1.1.2007 gemäß § 26 Nr.9 EGZPO überhaupt nicht anwendbar.

⁹⁰⁰ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.58.

die Voraussetzungen und das Verfahren der Revisionszulassung durch das Revisionsgericht selbst. Die Nichtzulassungsbeschwerde dient somit der Vereinheitlichung der Zulassungspraxis und sichert dadurch die Leitbildfunktion des Revisionsgerichts im System der Zulassungsrevision.⁹⁰¹ Es soll der BGH letztendlich immer über die Einhaltung der Revisionszulassungsmerkmale der grundsätzlichen Bedeutung beziehungsweise der Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung und der Fortbildung des Rechts wachen und die Möglichkeit der eigenständigen Rechtskontrolle ausüben können. Da die Zulassungsentscheidung gemäß § 543 Absatz I Satz 1 ZPO durch das Berufungsgericht zu treffen ist, würde der Aufgaben- und Funktionsbereich des Revisionsgerichts ausschließlich durch das Berufungsgericht festgelegt. Dies könnte letztlich dazu führen, dass die Revisionsinstanz durch die Praxis der Zulassungsentscheidung von der Rechtswirklichkeit abgeschottet würde.⁹⁰² Wenn das Berufungsgericht die Revision nicht zulässt, könnte der BGH ohne die Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO weder seiner Aufgabe gerecht werden, Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Rechtsanwendung sicherzustellen, noch könnte es der Kontrollfunktion im Instanzenzug gerecht werden, die ihm auch in Bezug auf die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit zukommt. Die durch § 544 ZPO verwirklichte Einheitlichkeit der Rechtsgewährung, die Chancengleichheit der Parteien beim Zugang zum Revisionsgericht erfordert, wäre ebenfalls nicht mehr gewährleistet, wenn die Zulassungskompetenz ausschließlich bei den Berufungsgerichten läge.

In einem solchen vereinheitlichten Revisionszugangsverfahren erweist sich das unkontrollierbare Zurückweisungsverfahren als Sackgasse.

Denn wenn das Berufungsgericht die Berufung unanfechtbar zurückweist, hat es letztinstanzlich über die Revisionszulassungsgründe des § 543 ZPO entschieden. Dem Gesetzgeber ging es durch die Einführung des allgemeinen Zulassungsrechtsmittels des § 544 ZPO darum, dem BGH eine maximale Wirkungsbreite zu sichern.⁹⁰³ Gerade vor dem Hintergrund der quantitativ kontinuierlich steigenden Bedeutung des § 522 Absatz II ZPO⁹⁰⁴ wird diese erstrebte Maximierung aber eher minimiert; das Verfahren nicht vereinheitlicht sondern eher geteilt.

Dieser Wille des Gesetzgebers, dem BGH bei der Rechtsmittelzulassung zur Sicherung seiner maximalen Wirkungsbreite freie Hand zu lassen, hat mithin gerade durch die Hinzufügung der

⁹⁰¹ Vgl.: Wenzel in: MK; § 544, Rn.1.

⁹⁰² Vgl.: Gummer in: Zöller; § 544, Rn.2.

⁹⁰³ Vgl.: Begründung RegE-ZPO-RG, BT-Drucksache 14/1422.

⁹⁰⁴ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Traut/Lang, S.203.

beiden tatbestandlich überhaupt nicht näher definierten und auch nicht definierbaren⁹⁰⁵ Zulassungsgründe der §§ 543 Absatz II Satz 1 Nr.2, 574 Absatz II Nr.2 ZPO zum herkömmlichen Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung seinen Ausdruck bekommen. Hier wurden bewusst unscharfe Formulierungen gewählt, weil die Revisionsinstanz eben nicht ausschließlich auf die „Grundsatzrevision“ im klassischen Sinn beschränkt werden sollte.⁹⁰⁶ Danach soll im Endeffekt bei aller Betonung der Grundsatzaufgabe des Revisionsgerichts die Möglichkeit der Korrektur wegen eines Rechtsfehlers im Einzelfall für das Revisionsverfahren jedenfalls nicht generell ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber überlässt es allerdings der Rechtsprechung, tragfähige Kriterien für die Abgrenzung zwischen revisiblen und nicht revisiblen Rechtsfällen im Einzelfall zu definieren.⁹⁰⁷ Den Weg hierzu eröffnet dann der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Sinne des § 543 Absatz II Nr.2 ZPO.⁹⁰⁸

Wie oben bereits ausgeführt ist hier in den Details noch einiges im Fluss, was an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden soll.

Denn klar ist jedenfalls, dass ein Rechtsfehler für sich, der seinerseits im weiteren Revisionsverfahren den Erfolg des Rechtsmittels zur Folge hätte, für die Zulassung der Revision noch nicht ausreicht. Dem Rechtsfehler muss vielmehr symptomatische Bedeutung zukommen.⁹⁰⁹

Weitere revisionsrechtliche Einzelheiten können hier dahinstehen. Denn für die Beurteilung des § 522 Absatz II, III ZPO mit Blick auf die Systematik des reformierten Revisionsrechts genügt bereits das revisionsrechtlich nicht hinnehmbare Ergebnis, dass dem BGH als Revisionsgericht bei der Wahrnehmung der ihm durch das ZPO-RG umfassend und einheitlich zugesprochenen Aufgaben § 522 ZPO im Wege steht. Der BGH ist es nämlich, der letztendlich allein über die Handhabung der Gesichtspunkte der grundsätzlichen Bedeutung sowie der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu entscheiden hat. Dies muss umso mehr gelten, als mit der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dieses

⁹⁰⁵ Vgl. dazu Nassall in: NJW 2003, S.1348.

⁹⁰⁶ Vgl. diesbezüglich BT-Drucksache 14/4722, S.104: „Darüber hinaus ist anerkannt, dass materielle und formelle Fehler bei der Auslegung oder Anwendung revisiblen Rechts auch dann über den Einzelfall hinaus allgemeine Interessen nachhaltig berühren, wenn sie von erheblichem Gewicht und geeignet sind, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen.“

⁹⁰⁷ Vgl.: Gummer in: Zöller; § 543, Rn.10.

⁹⁰⁸ Dies ist nunmehr nach BGH MDR 2004, S.1135 einheitliche Ansicht der Zivilsenate des BGH. Die abweichende Ansicht des XI. Zivilsenats ist damit aufgegeben; vgl. dazu: Nassall in: NJW 2003, S.1345ff.

Entscheidungsspektrum gerade erweitert wurde um dem BGH die bereits zitierte maximale Wirkungsbreite zu sichern. Es zeigt sich in diesem Zusammenhang auch als systematisch verfehlt, wenn die Berufungsgerichte unanfechtbar und damit letztinstanzlich Revisionszulassungsgründe auslegen bezüglich deren Anwendung seitens des BGH selbst noch keine verbindlichen und abschließenden Leitlinien gezogen wurden. Es können somit in der letzten Konsequenz nicht die erforderlichen und wünschenswerten tragfähigen Kriterien für die Abgrenzung der revisiblen von den nicht revisiblen Rechtsfällen entwickelt werden, wenn bereits die Berufungsgerichte die Möglichkeit haben, entsprechende Fälle zu sortieren. Dadurch wären es in den jeweiligen Anwendungsfällen von § 522 Absatz II, III ZPO die Berufungsgerichte, die durch Verneinung der Revisionszulassungsgründe diese negativ definieren. Die Berufungsgerichte greifen dann ihrerseits zu weit in ureigene Aufgabengebiete der Revisionsgerichte ein. Dies stiftet zusätzliche rechtsmittelrechtliche Verwirrung und verhindert letztlich eine systematische Kanalisierung des Weges zum BGH. Doch der Gesetzgeber wollte genau diese Konzentrierung der einheitlichen Beschränkung der Revisionszulassung auf den BGH erreichen und nicht diese Zuständigkeiten auf die Instanzgerichte verteilen. Durch das Abschneiden der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde über § 522 Absatz III ZPO nimmt er dieser durch § 544 ZPO beabsichtigten Vereinheitlichung teilweise selbst wieder den Wind aus den Segeln.

Die oben unter Abschnitt „1)“ als problematisch dargestellten Schnittstellen der unanfechtbaren Beschlusszurückweisung mit dem Rechtsmittelzweck der Einzelfallgerechtigkeit tauchen hier wiederum, und zwar in Zusammenhang mit dem Revisionszulassungsgrund des § 543 Absatz II Nr.2 2.Alt. ZPO, auf.

In der obigen Argumentation wurde die Systemgerechtigkeit von § 522 Absatz II, III ZPO mit Blick auf dessen Positionierung in einer auf Einzelfallgerechtigkeit ausgerichteten Berufung kritisch beleuchtet. Hier geht es nun um die Problematik, dass der BGH nach einer erfolgten Zurückweisung wegen § 522 Absatz III ZPO auch nie im Wege einer Nichtzulassungsbeschwerde über das Zulassungskriterium der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung entscheiden kann. Wie angeführt soll dieser neu eingeführte Terminus auch der individuellen Richtigkeitskontrolle durch den BGH dienen. Wenn das Berufungsgericht nun aber diesen Zulassungsgrund nach § 522 Absatz II Nr.3 ZPO unanfechtbar verneint – was wie gesehen unter revisionsrechtlicher Betrachtungsweise für sich schon systemwidrig ist – , entzieht es dem Verfahren auch noch die Wahrung dieser „letzten Bastion“ der Einzelfallgerechtigkeit.

⁹⁰⁹ Vgl.: BGH NJW 2002, S.2473; BGH NJW 2003, S.65.

Denn unabhängig von der Erfolgsaussicht der Berufung wird dem BGH die Möglichkeit genommen, Rechtsfehler mit symptomatischer Bedeutung im Dienste der Einzelfallgerechtigkeit zu korrigieren. Also sogar im Bereich dieser Einzelfallgerechtigkeit, die in weitaus größerem Ausmaß der Berufung als der Revision zugeordnet ist, überschreitet das Berufungsgericht durch einen unanfechtbaren Beschluss seinen Kompetenzbereich. Die oben grundsätzlich kritisierte Zurückdrängung der aus den Prozesszwecken resultierenden Einzelfallgerechtigkeit setzt sich hier gewissermaßen aus revisionsrechtlichem Blickwinkel fort.

Auch wenn der BGH künftig ausreichend präzise Leitlinien für die Handhabung der Zulassungskriterien des § 543 Absatz II Nr.2 ZPO formuliert, verhindert § 522 Absatz III ZPO jedenfalls seine diesbezügliche Kontrollkompetenz. Ist es aber Aufgabe des obersten Gerichts, das Verhalten der Berufungsgerichte im Allgemeininteresse zu kontrollieren, so erscheint es kaum systemgerecht, ihnen eine Entscheidungsmöglichkeit einzuräumen, die Einhaltung ihrer Voraussetzungen aber jeder Kontrolle zu entziehen.⁹¹⁰

Nach diesen Erwägungen führt die Existenz eines unanfechtbaren Zurückweisungsbeschlusses innerhalb des Berufungsrechtszuges zu einem generellen Zielkonflikt mit der gesetzgeberischen Vorstellung einer reformierten Revision. Dass sich ein Berufungsgericht im Anwendungsbereich des § 522 Absatz II ZPO wegen der Konsequenzen des Absatzes III in den jeweils zu entscheidenden Fällen zum Revisionsgericht aufschwingen kann, entspricht nicht der intendierten Verfahrensvereinheitlichung des Rechtszuges und der „Allzuständigkeit“ des Revisionsgerichts hinsichtlich der diesbezüglichen Zulassungsentscheidung. Die Signalwirkung der neu gestalteten Revision, dass die Vorinstanzen in allen Fällen die höchstrichterliche Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung zu befürchten haben, wird durch § 522 Absatz III ZPO deutlich geschwächt; das Schwert der Rechtsmittelzulassung, das über allen Entscheidungen schweben sollte, erheblich abgestumpft.⁹¹¹

Die Überwachungsfunktion des BGH, die durch das vorgesehene System der Zulassungsrevision mit Nichtzulassungsbeschwerde gestärkt wurde, wird somit ebenfalls durch § 522 Absatz II, III ZPO unterlaufen.

⁹¹⁰ Vgl.: Gottwald in: FS Beys 2003, S.452.

⁹¹¹ Vgl.: Nassal in: NJW 2003, S.1348.

b) Konkrete Auswirkungen dieser systematischen Fehlsteuerungen durch unanfechtbare Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Absatz II, III ZPO

Die durch § 522 Absatz II, III ZPO zurückgeschnittene umfassende Einflussmöglichkeit des BGH in seiner Rolle als Überwachungsinstanz offenbart insbesondere mit Blick auf das im Rahmen dieser Arbeit näher untersuchte neue Berufungsrecht einige potentielle Schwachstellen. Die soeben herausgearbeitete Systemwidrigkeit wegen des revisionszweckwidrigen Abschneidens des Instanzenzuges kann nämlich insoweit zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit führen.

Es wurde bislang im letzten Kapitel der Arbeit deutlich, dass ein unanfechtbares Zurückweisungsverfahren an nahezu allen untersuchten Stellen eine rechtsschutzverkürzende Wirkung aufweist, die sowohl aus verfassungsprozessualer als auch aus rechtsmittelsystematischer Sicht nur wenig gelungen erscheint. Besonders offensichtlich wird dies, wenn man feststellen muss, dass der BGH als Kontrollinstanz an der Auslegung der „mangelnden Erfolgsaussicht“ als richtungsweisendem Tatbestandsmerkmal bei deren Bejahung durch das Berufungsgericht die Einhaltung der Voraussetzungen überhaupt nicht kontrollieren kann. Vielmehr muss es auf die richtige und sachgerechte Anwendung des Berufungsgerichtes vertrauen.

Gerade wegen der zahlreichen rechtsschutzverkürzenden Aspekte, die ein unanfechtbarer Beschluss mit sich bringt, wäre in diesen Fällen durchaus die Gewissheit wünschenswert, dass der BGH dann wenigstens über das korrekte Vorgehen der Berufungsgerichte wachen kann.

Ebenso würde es für erheblich mehr Rechtssicherheit sorgen, wenn der BGH entsprechend seinem rechtsmittelrechtlichen Auftrag als oberstem Gericht eine einheitliche Linie für die Auslegung der mangelnden Erfolgsaussicht ziehen könnte. Die Unkontrollierbarkeit der Berufungsgerichte und die Gefahr eines Missbrauchs von § 522 ZPO lassen eine unterschiedliche Handhabung der Voraussetzungen des § 522 ZPO bei den jeweiligen Berufungsgerichten sehr wahrscheinlich werden, auch wenn die Prüfungskriterien, anhand derer die Erfolgsaussicht zu messen ist, durch das Berufungsrecht vorgezeichnet sind. So besteht bei neu eingeführten Normen wie § 522 Absatz II ZPO im Allgemeininteresse ein hohes Bedürfnis, dass deren Handhabung gerade vor dem Hintergrund der rechtsschutzverkürzenden Wirkung und der verfassungsrechtlichen Brisanz durch eine Orientierungshilfe des BGH gesteuert und kanalisiert wird. Die Auslegung der mangelnden Erfolgsaussicht wirft durchaus eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage auf, die sich bei jeder Beschlusszurückweisung stellt – und dadurch hat die Rechtssache grundsätzliche

Bedeutung. Auch eine Revisionszulassung zum Zwecke der Rechtsfortbildung erscheint in diesen Fällen geboten, da ein Leitsatz für die Auslegung der formellen Rechtsnorm des § 522 Absatz II Nr.1 ZPO für künftige Fälle die gewünschte Orientierungshilfe geben kann.⁹¹²

Die fehlende Mitwirkungsmöglichkeit des BGH bei der Konkretisierung der mangelnden Erfolgsaussicht kombiniert mit der fehlenden Kontrollmöglichkeit der diesbezüglichen Auslegung durch die Berufungsgerichte ist demnach mit Blick auf die Neuartigkeit einer Norm wie § 522 Absatz II ZPO und deren potentieller Fehlerträchtigkeit nicht sachgerecht und deshalb systemwidrig. Denn der Gefahr einer Eigendynamik bei der Rechtsanwendung innerhalb der Berufungsgerichte sollte durch den einheitlichen Revisionszugang gerade entgegengewirkt werden.

Wie gesehen prüft das Berufungsgericht vor einem Zurückweisungsbeschluss im Rahmen der Erfolgsaussichten zwingend die Berufungssystematik der §§ 529 bis 531 ZPO. Insbesondere muss es dabei auch § 531 Absatz II ZPO interpretieren, der die Zulassung neuer Tatsachen regelt. Wichtig ist dabei wieder die Rechtsprechung des BGH, der die zweite Instanz in bestimmten Fällen auch im Bereich der Tatsachenfeststellung nicht auf die Fehlerprüfung beschränkt, wie das ZPO-RG dies ursprünglich vorgesehen hatte. So soll nach dem oben in entsprechendem Zusammenhang angeführten Beispiel nach dem erfolgreichen Verjährungseinwand des Beklagten in erster Instanz unstreitiger Sachvortrag zum Verjährungsverzicht in zweiter Instanz nachgebracht werden können. Dies gelte selbst dann, wenn in Folge dieser Behauptung über streitiges Vorbringen Beweis erhoben werden müsse, auf das es nun ankomme. Dagegen muss nach Meinung des X. Senats die Verjährungseinrede bereits in erster Instanz erhoben sein, um berücksichtigt werden zu können.

So ist es den Parteien in gewissen Konstellationen durchaus möglich, den zu beurteilenden Sachverhalt unter gewissen Kautelen zu ändern und dadurch eine erneute Sachprüfung des Berufungsgerichts zu veranlassen. Bereits anhand dieses Beispiels ist absehbar, dass bei der Interpretation des § 531 Absatz II ZPO ähnlich wie zu den entsprechenden Fragen zur erstinstanzlichen Vorschrift des § 296 ZPO um jeden Millimeter gekämpft werden wird.⁹¹³ Daraus resultierend ist mit dem Anfall weiterer höchstrichterlicher Rechtsprechung zu rechnen, zumal nach den Evaluationserhebungen von der Regelung des § 531 Absatz II ZPO im Gegensatz zu der des § 296 ZPO häufiger Gebrauch gemacht wird.⁹¹⁴

⁹¹² Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 140, Rn.6.

⁹¹³ Vgl.: Stackmann in: NJW 2007, S.10.

⁹¹⁴ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Traut/Lang, S.4 einerseits und S.7 andererseits.

Das Bedürfnis der Wahrnehmung von Überprüfungs- und Kontrollkompetenzen durch den BGH sowie dessen Aufgabe der Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung durch Aufstellen von verbindlichen Leitentscheidungen ist im Rahmen des neuen Berufungsrechts deshalb sehr groß. Und wiederum ist es diesbezüglich systemwidrig, wenn der BGH in vielen – und immer mehr werdenden – Fällen wegen § 522 Absatz III ZPO nicht entsprechend agieren kann. Wenn das Berufungsgericht dann nämlich neue Tatsachen entgegen § 531 Absatz II ZPO nicht zulässt und zurückweist, kann es die Erfolgsaussicht durchaus verneinen und ist nicht mehr gezwungen, die Sache zu terminieren. Zwar verhindert auch im Rahmen des Zurückweisungsverfahrens das Vorliegen der Revisionszulassungsgründe des § 522 Absatz II Nr.2, Nr.3 ZPO einen entsprechenden Beschluss. Es entsteht jedoch auch dann mit Blick auf den Aufgaben- und Funktionsbereich des Revisionsgerichts, der gerade vereinheitlicht werden sollte, erneut eine Systemwidrigkeit. Denn dann würde das Berufungsgericht in allen Fällen, in denen eine Beschlusszurückweisung in Betracht kommt, diesen Aufgaben- und Funktionsbereich selbst festlegen. Diese Konsequenz fällt umso stärker ins Gewicht, wenn man erkennt, dass Revisionsentscheidungen des BGH in Bereichen wie dem reformierten Berufungsrecht, in denen noch vieles unklar und nicht ausgeurteilt ist, besonders erforderlich sind. Der im Allgemeininteresse liegende Revisionszweck der Schaffung einheitlicher Rechtsbedingungen könnte gerade hier effektiv greifen und für die gewünschte Rechtsklarheit sorgen. § 522 Absatz II, III ZPO kann – wiederum vor dem Hintergrund seiner quantitativ zunehmenden Bedeutung – Konstellationen produzieren, in denen das Berufungsgericht gleich einem Revisionsgericht verbindlich darüber entscheidet, ob beispielsweise verfahrensrechtliche Fragen der §§ 529 bis 531 ZPO grundsätzliche Bedeutung haben.

Über dem Anwendungsbereich des § 522 Absatz II, III ZPO schwebt deshalb immer die Gefahr, dass das Berufungsgericht letztinstanzlich Kompetenzen des BGH ausübt und diesen dadurch in wichtigen Bereichen von der Rechtswirklichkeit abschotten kann, da ein Zurückweisungsbeschluss auch den Weg über die Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO versperrt. In welchen Fällen der BGH seine Überwachungs- und Kontrollfunktion ausüben kann, kann unter Umständen von der Beurteilung der Berufungsgerichte genau von denjenigen Voraussetzungen abhängen, die diese Überwachung erst ermöglichen. Die Berufungsgerichte könnten dann ihrerseits kontrollieren, in welchen Fällen sie vom BGH kontrolliert werden, was unter rechtsmittelrechtlichen Gesichtspunkten zu einem nicht hinnehmbaren Rollentausch führt. Diese Gefahr des Aussortierens bereits durch das Berufungsgericht von Fällen, die eventuell grundsätzliche Bedeutung aufweisen, führt letztendlich dazu, dass der BGH nicht mehr mit

genügend Anschauungsmaterial „beliefert“ wird, was er jedoch für die effektive Wahrnehmung seiner Funktion dringend benötigt.⁹¹⁵ Es soll dem BGH über die Zulassungsrevision in Verbindung mit der Nichtzulassungsbeschwerde gerade die Möglichkeit gegeben werden, die erforderliche Bandbreite des Anschauungsmaterials an sich zu ziehen, die er benötigt, um seinerseits Rechtssicherheit stiftende Orientierungshilfen und Leitentscheidungen zu liefern. Um Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Rechtsanwendung gewährleisten zu können, muss der BGH selbst in der Lage sein, die Fälle, die Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen oder eine Leitentscheidung erfordern, zu sortieren. Eine entsprechende Aussortierung durch die Berufungsgerichte im Rahmen des Zurückweisungsverfahrens erweist sich vor diesem Hintergrund als kontraproduktiv; mehrere letztinstanzliche Entscheidungen über die gleichen Revisionszulassungsvoraussetzungen können somit den Brei der Konzentrierung dieser Fragen auf ein Gericht verderben.

Der geplante einheitliche Weg zum BGH kann durch § 522 Absatz II ZPO unter Umständen in genau den Fällen verstopft werden, in denen er am effektivsten ist.

III) Verfahrensgerechtigkeit

Wenn man sich noch einmal die Aussage des BVerfG⁹¹⁶ ins Gedächtnis ruft, dass „das Verfahrensrecht der Herstellung *richtiger* aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit *gerechter* Entscheidungen dient“, rückt ein weiterer Blickwinkel in den Mittelpunkt der Betrachtung verfahrensrechtlicher Normen, nämlich derjenige der Verfahrensgerechtigkeit. Dass die Rechtsmaterie des Verfahrensrechts keine eigenständigen Gerechtigkeitswerte aufweist, sondern dass sie sich vielmehr nur dem materiellen Recht unterzuordnen habe, wird in der wissenschaftlichen Literatur des Öfteren erwähnt.⁹¹⁷ Fraglich erscheint also zunächst, ob die Gerechtigkeit in einem ausschließlich materiellen Sinne zu verstehen ist, oder ob daneben auch eine Gerechtigkeit gegeben ist, die sich mit der Einhaltung verfahrensrechtlicher Normen begründen lässt.⁹¹⁸ Es reicht hier für die folgende Überlegung aus, dass es neben der materiellen

⁹¹⁵ Vgl.: Nassall in: NJW 2003, S.1350.

⁹¹⁶ Vgl.: BVerfGE 42, S.73.

⁹¹⁷ Vgl.: Brehm in: Stein/Jonas; Einl., Rn. 28.

⁹¹⁸ Es gibt im Wesentlichen drei grundlegende Ansätze zur Bildung einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie: John Rawls hat versucht, die Gerechtigkeit durch Normen zu generieren, die von den betroffenen Parteien vertragsartig beschlossen werden. Jürgen Habermas ging von einem unabhängigen Diskurs unter Einhaltung

Gerechtigkeit auch prozedurale Gerechtigkeitstheorien gibt, die dem Gedanken der Einhaltung und der korrekten Durchführung eines als gerecht angesehenen Verfahrens eine eigenständige Funktion bei der Erzeugung von Gerechtigkeit zuweisen.⁹¹⁹ Bricht man diese allgemein rechtstheoretische Feststellung auf die einfachen zivilprozessualen Normen wie § 522 ZPO herunter, so soll im folgenden danach gefragt werden, ob ein korrekt durchgeführtes Berufungsverfahren nur dazu da ist, den Weg zur materiellen Gerechtigkeit zu flankieren oder ob die Einhaltung prozessualer Normen auch eine vom materiellen Endergebnis autonome Verfahrensgerechtigkeit herstellen soll. So könnte mit Blick auf die letztendliche Entscheidung zwar eine unanfechtbare Beschlusszurückweisung die Gerechtigkeit in ihrer materiellen Ausprägung unberührt lassen. Aber wenn der autonome Gerechtigkeitsaspekt des Zivilprozesses bei der Anwendung von § 522 Absatz II, III ZPO nicht ausreichend beachtet wird, wäre dieses Gerechtigkeitsdefizit nur schwer zu kompensieren, auch wenn letztlich eine richtige und gerechte Entscheidung produziert wird.

Vergleichbares lässt sich auch am Beispiel des Grundrechts auf rechtliches Gehör gemäß Art.103 Absatz I GG deutlich erkennen, wenn ein Gerichtsurteil auch dann wegen Verstoßes gegen dieses Grundrecht nach § 321a ZPO entsprechend abzuändern ist, obwohl das richtige materielle Endergebnis erzielt wurde. Es ist also keineswegs immer damit getan, eine richtige Entscheidung zu produzieren, sondern vielmehr muss auch der Weg zu dieser Entscheidung einen von Gerechtigkeit geprägten Verlauf nehmen.

Mit der Bedeutungszunahme des Zivilprozesses selbst, der aus seiner reinen „Entscheidungsproduktionsfunktion“ mehr und mehr zu einem Garanten gerechter Entscheidungen wird, gewinnt auch die autonome prozessuale Verfahrensgerechtigkeit an Gewicht.

Das Zurückweisungsverfahren des § 522 Absatz II, III ZPO erscheint jedoch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensgerechtigkeit wegen der bereits aufgezeigten verfassungsprozessualen und systematischen Schwachstellen gerade nicht als gerecht.

So mag die Beschränkung von Rechtsmitteln auf das verfassungsmäßig Notwendige beziehungsweise die Einführung rechtsschutzverkürzender Maßnahmen zwar noch rechtmäßig sein. Den Anforderungen an ein objektiv gerechtes Verfahren kann ein systemwidriges und nahe an der Verfassungswidrigkeit gebautes Instrument wie der unanfechtbare

formaler Regeln aus, wodurch ein Konsens zwischen den Beteiligten erzielt werden könne. Niklas Luhmann vertritt die Systemtheorie, in der die Gerechtigkeit durch das Verfahren selbst legitimiert wird; vgl. dazu: Prütting in: FS Schiedermaier 2001, S.446.

Zurückweisungsbeschluss jedoch nicht genügen. Insbesondere die Tatsache, dass der Berufungskläger hinsichtlich der Beurteilung der Erfolgsaussichten, die zum Teil aufgrund noch neuer und nicht abschließend ausgeurteilter Normen erfolgt, ausschließlich auf die fehlerfreie Bewertung des Berufungsgerichtes angewiesen ist, zeigt die schwache Gewichtung von Gerechtigkeitsaspekten im Zurückweisungsverfahren des § 522 Absatz II ZPO. Denn gerade bei der Handhabung der den Berufungsrechtszug neu regelnden §§ 529 bis 531 ZPO, die eine umfassende Prüfung erfordern und bezüglich derer noch diverse Einzelfragen ungeklärt sind, findet eine revisionsrechtliche Überprüfung nach Entscheidung durch § 522 Absatz II ZPO nicht statt. Die „berufungsrechtliche Komponente“ des Zurückweisungsbeschlusses ergeht gewissermaßen erstinstanzlich, da sich das Ausgangsgericht damit denklogisch ja noch nicht befasst hat.

Dazu kommt, dass das Berufungsgericht – wie oben erläutert - nicht wie durch das ZPO-RG beabsichtigt auf eine bloße Fehlerkontrolle beschränkt ist, sondern bereits bei Zweifeln neu verhandeln muss und nicht durch Beschluss zurückweisen darf. Durch die diesbezügliche BGH Rechtsprechung wurde die Berufung wieder auf die Verwirklichung der richtigen Entscheidung ausgerichtet und die geplante Verwirklichung fiskalischer Aspekte durch ein neues Berufungsrecht entschärft. Das Berufungsgericht hat aber mit § 522 Absatz II, III ZPO immer noch ein Instrument zur Verfügung, das sich systemgerecht – wenn überhaupt - nur in einer auf Fehlerkontrolle ausgerichteten Berufung platzieren ließe. Die deshalb systematisch fehlerhafte Beschlusszurückweisung ist dann hinsichtlich der verfolgten Zwecke nicht mehr deckungsgleich mit der Ausrichtung des Berufungsrechtszuges an sich. Wenn dann ein Berufungskläger aufgrund einer Norm „abgeurteilt“ wird, die die Justiz entlasten soll, obwohl das Verfahren, in dem er sich befindet, ausschließlich der Verwirklichung seiner Interessen dienen soll, ist § 522 ZPO vor dem hier relevanten Hintergrund der Verfahrensgerechtigkeit wohl erneut eher negativ zu bewerten.

Wegen der zahlreichen Unsicherheitsfaktoren liefert das Beschlusszurückweisungsverfahren im Lichte einer wünschenswerten eigenständigen Verfahrensgerechtigkeit, die durch ein gerechtes Prozessgeschehen verwirklicht werden soll, jedenfalls keinen produktiven Beitrag.

Bisher eher unterrepräsentiert ist im Verfahrensrecht auch das Konzept einer subjektiven Verfahrensgerechtigkeit. Auch in der Psychologie⁹²⁰ wurde lange angenommen, dass Menschen

⁹¹⁹ Vgl.: Prütting in: FS Schiedermaier 2001, S.447.

⁹²⁰ Vgl. dazu die umfangreichen Publikationen zur Gerechtigkeitsforschung auf der Homepage des Lehrstuhls von Prof. Dr. Manfred Schmitt; <http://www.uni-landau.de/schmittmanfred/>.

ihre sozialen Erfahrungen ausschließlich nach deren Ergebnissen beurteilen, also danach, ob die Entscheidung nach dem Abschluss des Verfahrens materiell richtig und damit gerecht ist. Die Einstellung und das prozessuale Verhalten der Parteien können aber nicht ausschließlich nach dem Prozessergebnis beurteilt werden. Vielmehr sind Prozessbewertungen auch eine wichtige Determinante der Einstellung zum Zivilprozess und daraus resultierend auch des prozessualen Verhaltens.

Verfahren sollten danach nicht nur gerecht *sein*, sondern für den Betroffenen auch gerecht *erscheinen*. Prozessmerkmale, die entscheidend für das Urteil über die subjektive Verfahrensgerechtigkeit sind, sind beispielsweise die Beteiligung des Betroffenen und seine Möglichkeit zur Stellungnahme, die Unvoreingenommenheit des Entscheidungsträgers, die Genauigkeit der Entscheidung sowie deren Korrigierbarkeit. Diese Erwägungen stützen sich im Groben auf die im Rahmen der ZPO-Evaluation ermittelten Parteilreaktionen auf die Beschlusszurückweisung: 79% der Anwälte, die Mandantenreaktionen beschreiben können, bezeichnen diese wegen Enttäuschung und Ungläubigkeit als negativ; 20% berichten von Zweifeln am Rechtsstaat und Missachtung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör; 14% der Anwälte weisen demgegenüber aber auch darauf hin, dass die Zurückweisung eher auf Verständnis stößt, wenn ihnen in Gesprächen die Zurückweisung erörtert und begründet wird; keinen Unterschied zum üblichen Verhalten von Mandanten bei verlorenen Verfahren stellen „nur“ 5% fest.⁹²¹

Die subjektive Verfahrensgerechtigkeit, also die Bewertung des Prozesses aus Sicht der betroffenen Berufungsführer, gewinnt für die Analyse von verfahrensrechtlichen Normen jedenfalls dann an Bedeutung, wenn die Folgen eines subjektiv als gerecht empfundenen Zivilprozesses betrachtet werden.

Denn aus der Wahrnehmung eines Prozesses als gerecht folgen unmittelbar die Steigerung der Zufriedenheit mit dem Ergebnis, die Befolgung der Entscheidung und insbesondere der Verzicht auf Widerstand in Form von Rechtsmitteln. Der Berufungskläger sieht sich jedoch mit einem in seiner Macht durch § 522 Absatz II ZPO erheblich gestärkten Berufungsrichter entgegen, der qua Gesetz immer zuerst untersuchen muss, ob er die Berufung nicht unanfechtbar zurückweisen kann. Die für den Berufungsrichter objektiv gesehen große „Verlockung“, Berufungen arbeitssparend und unanfechtbar zurückzuweisen und somit gewissermaßen über den Kopf des Berufungsführers hinweg zu urteilen, wird dieser als wenig gerecht empfinden.

⁹²¹ Hommerich/Prütting/Ebers/Traut/Lang, S. 207.

Ein nicht zuletzt seitens des Gesetzgebers intendierter erhöhter Erledigungsdruck verstärkt diesen „Ungerechtigkeitseffekt“ noch dahingehend, dass die Anwendung des § 522 Absatz II ZPO in der richterlichen Praxis⁹²² von nicht stets varaussehbaren und objektivierbaren Umständen abhängt. Denn die angesprochene „Verlockung“ der Zurückweisung ist durchaus geeignet, im Einzelfall das objektiv auszufüllende Kriterium der mangelnden Erfolgsaussicht vor dem Hintergrund der Rechtsmittelklarheit zu sehr zu „versubjektivieren“. Dadurch wird aber einer verfassungswidrigen und einem systematisch durchstrukturierten Zivilprozess nicht würdigen Handhabung der Beschlusszurückweisung geradezu der Weg geebnet.⁹²³

Diese Annahme lässt sich psychologisch mit dem nach heutigem Wissensstand unstrittigen so genannten „Ankereffekt“ belegen.⁹²⁴

§ 522 Absatz II, III ZPO setzen in diesem Sinne bereits vor einer letztendlichen Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Rechtsstreit einen Anker dahingehend, dass der Berufungsrichter „nur nach einer Möglichkeit sucht“, die Berufung zurückzuweisen. Dass er genau dies wegen § 522 ZPO auch soll, ist mit Blick auf ein erstrebenswertes Niveau bezüglich der Verfahrensgerechtigkeit auch eher als kontraproduktiv zu beurteilen.

IV) Zielkonflikt mit der gesetzgeberischen Vorstellung einer stärkeren Berücksichtigung gütlicher Streitbeilegung

Ein wesentliches Ziel des ZPO-RG 2001 war es, die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten zu fördern: „Die Möglichkeit einer einvernehmlichen Konfliktregelung, die rascher und kostengünstiger erfolgen und eher dauerhaft Rechtsfrieden zwischen den Parteien stiften kann, wird im heutigen Zivilprozess nicht ausreichend genutzt. In diesem Bereich liegt weiteres, bislang ungenutztes Potential, durch dessen Aktivierung die streitige Entscheidung und der Weg in das Rechtsmittel verhindert werden können.“

⁹²² An einem exemplarischen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren des BGH (Beschl. vom 21.2.2008 - V ZR 163/07, BeckRS 2008, 04072) wird dieser Effekt sehr deutlich: Ein OLG kündigt an, die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, entscheidet dann aber doch durch Urteil und zwar bezeichnenderweise – wo auf in der Terminladung explizit hingewiesen wurde – „um dem Kläger den Weg in die Nichtzulassungsbeschwerde zu ermöglichen.“ Dieses Beispiel verdeutlicht geradezu schulmäßig, dass in der Praxis aufgrund von Motiven der rechtsmittelrechtlichen Verfahrenssteuerung entschieden wird. Und genau darin liegen die systematischen und verfassungsrechtlich äußerst bedenklichen „Nebenwirkungen“ der Beschlusszurückweisung.

⁹²³ Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt in diesem Zusammenhang auch: Krüger in: NJW 2008, S.947.

Aus dieser gesetzgeberischen Einschätzung resultiert der mit Wirkung vom 1.1.2002 neu gefasste § 278 ZPO. Dieser bringt nun für jedes Verfahren und zu jedem Zeitpunkt, also auch noch in der Berufung oder Revision, einen zentralen Aspekt richterlicher Tätigkeit und Zielsetzung zum Ausdruck. Der Richter soll niemals nur auf die strikte Entscheidung nach Recht und Gesetz bedacht sein, sondern er ist in besonderem Maße der gütlichen Beilegung von Streitigkeiten verpflichtet.⁹²⁵ Dies dient dem Ziel der ZPO-Reform, Prozesse in einem möglichst frühen Stadium zu beenden. Allerdings darf die gütliche Streitbeilegung, die durch § 278 ZPO noch stärker als früher in der ZPO verankert werden sollte, nicht allein unter Entlastungsgesichtspunkten gesehen werden.⁹²⁶ Gesetzgeberisches Motiv war nämlich vielmehr auch die Erkenntnis, dass eine gütliche Streitbeilegung dem Rechtsfrieden nachhaltiger dient als eine streitige Entscheidung.⁹²⁷

In der Regelung des § 278 Absatz I ZPO wird zunächst deutlich, dass die Wahrung und Wiederherstellung des Rechtsfriedens durchaus ein eigenständiger Prozesszweck ist.⁹²⁸

§ 278 Absatz I ZPO verlangt vom Richter, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht zu sein und normiert insoweit eine echte Verpflichtung des Richters.⁹²⁹ Besonders für den hier anzusetzenden berufsrechtlichen Blickwinkel ist die Feststellung wichtig, dass die in § 278 Absatz I ZPO enthaltene Pflicht des Gerichts in sämtlichen zivilprozessualen Verfahren und in sämtlichen Instanzen gilt.⁹³⁰ Der Berufungsrichter ist also gemäß § 278 Absatz I ZPO in gleichem Maße wie der erstinstanzliche Richter dem Postulat der gütlichen Streitbeilegung verpflichtet.

Die durch das ZPO-RG neu eingeführte, § 54 ArbGG nachgebildete, obligatorische Güteverhandlung ist der mündlichen Verhandlung vorgeschaltet. Diese Norm, die wie Absatz I den Rechtsfrieden fördern soll, ist jedoch in der Berufung nicht zwingend vorgeschrieben. § 525 Satz 2 ZPO stellt klar, dass es hier keiner Güteverhandlung mehr bedarf. Allerdings ist festzuhalten, dass sie durch § 525 Satz 2 ZPO auch nicht verboten wird, so dass es dem

⁹²⁴ Vgl. dazu zum Beispiel: „The Influence of Anchors on Experts` Judicial Decision Making” in: PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN 2005; “Justitia`s Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom” in: LAW & POLICY Vol.28, Nr.4, October 2006.

⁹²⁵ Vgl.: Prütting in: MK; § 278, Rn.1.

⁹²⁶ Vgl.: Greger in: Zöller, § 278, Rn.1.

⁹²⁷ Vgl.: BT-Drucksache 14/4722, S.62.

⁹²⁸ Vgl.: Prütting in: MK; § 278, Rn.8; zu den allgemeinen Prozesszwecken vergleiche die ausführliche Darstellung in Kapitel „B, II“ der vorliegenden Arbeit.

⁹²⁹ Vgl.: Prütting in: MK; § 278, Rn.7.

⁹³⁰ Vgl.: Greger in: Zöller; § 278, Rn.4.

Berufungsgericht offen steht, in entsprechend gelagerten Fällen, einen Güetermin anzuberaumen.

Bei der hier vorzunehmenden Untersuchung, wie das Zurückweisungsverfahren vor dem Hintergrund der durch die ZPO geförderten gütlichen Streitbeilegung zu bewerten ist, bleibt die Zweckbetrachtung hinsichtlich der auch durch § 278 ZPO bezweckten möglichst frühen Verfahrensbeendigung außen vor. Dieses Ziel wird im Zurückweisungsverfahren auf sehr schnelle hier allerdings auch sehr kritisch betrachtete Art und Weise erreicht, nämlich anhand der schlichten Unanfechtbarkeit nach § 522 Absatz III ZPO. Ein Zielkonflikt kann sich diesbezüglich nicht ergeben.

Gegenstand der folgenden Auseinandersetzung ist vielmehr, inwieweit sich § 522 ZPO in einen Zivilprozess einfügt, in dem durch das ZPO-RG in Gestalt von § 278 ZPO zunehmend der Gedanke einer gütlichen Streitbeilegung verankert wird, die von der ZPO mit Blick auf ihre Befriedungsfunktion durchaus als Alternative zu einer streitigen Entscheidung um jeden Preis angesehen wird.

Die im unmittelbar vorangehenden Abschnitt thematisierten Gesichtspunkte und Vorteile der Betrachtung des Zivilprozesses auch aus dem Blickwinkel der Verfahrensgerechtigkeit werden im Zusammenhang mit der gütlichen Streitbeilegung auch vom Gesetzgeber aufgegriffen, wenn dieser den Rechtsfrieden als ausschlaggebenden Prozesszweck für die Stärkung der Streitschlichtungskultur in der ZPO anführt.

Durch eine im Zivilprozess ergehende Entscheidung soll der Rechtsfrieden wieder hergestellt werden. Für eine echte und dauerhafte Befriedung ist jedoch eine gütliche Streitbeilegung meistens effektiver als eine von der Autorität des Richterspruchs geprägte streitige Entscheidung. Denn bei einem Urteil fühlt sich eine Partei immer als die Unterlegene während das Ergebnis eines konsensual orientierten Schlichtungsverfahrens, was durch entsprechende Bemühungen des Richters nach § 278 Absatz I ZPO in jeder Verfahrenslage initiiert werden kann, im Idealfall eine so genannte win-win Situation ist. Nach diesem der modernen Mediation entnommenen Prinzip werden die hinter den Positionen der Parteien stehenden Interessen ermittelt und dann möglicherweise in eine teilweise Übereinstimmung gebracht.⁹³¹ In diesem Fall gibt es dann im Bereich der Schnittmenge der beiden Parteiinteressen zwei Gewinner. Die gegenüber einem streitigen Urteil erzielten Vorteile mit Blick auf den Rechtsfrieden liegen dann auf der Hand.

⁹³¹ Vgl.: Rauscher in: MK; Einl., Rn.64.

Wie bei der Wahrnehmung des Zivilprozesses als gerecht wird die Zufriedenheit der Parteien mit der vergleichsweise getroffenen Regelung gegenüber Urteilen eher höher ausfallen. Dies kann dann mittelbar auch präventiv in Gestalt des Verzichts auf weitere Rechtsmittel wirken.⁹³² Des Weiteren kann eine gütliche Streitbeilegung, zum Beispiel in Gestalt eines von gegenseitigem Nachgeben geprägten Prozessvergleiches, eine Ersparnis von Zeit und Kosten darstellen. Neben dem geringeren persönlichen Ärger und emotionalem Aufwand bietet die gütliche Streitbeilegung insbesondere auch den Vorteil der variablen und flexibleren Anpassung der Streitbereinigung an den jeweiligen Einzelfall.⁹³³ Es können zum Beispiel über den Streitgegenstand hinausgehende Rechtsfragen direkt „mitgeklärt“ werden, wodurch das Risiko eines Folgeprozesses minimiert werden kann.

Um diese zahlreichen Vorteile einer gütlichen Streitbeilegung umfassend ausschöpfen zu können, ist die persönliche Anwesenheit der Parteien wohl der Idealfall. Die Interessenlage lässt sich so präziser ermitteln und die Suche nach Lösungsmöglichkeiten ist im persönlichen Dialog Erfolg versprechender als im festgefahrenen schriftlichen Verfahren. Der mündliche Vortrag der Parteien bietet ein anschauliches Bild des streitgegenständlichen Lebenssachverhaltes und der Streitpunkte. Lücken und Unklarheiten lassen sich leichter beseitigen und Missverständnisse besser beheben.⁹³⁴ In der Dynamik des Dialogs lassen sich Einigungspotentiale schneller und präziser ermitteln, da beide Parteien in Schriftsätzen eher auf ihrer Meinung beharren als im persönlichen Gespräch, in dem jede Partei direkt auch die Einigungsbereitschaft der anderen erkennt und sie das Bereiterklären zu einer Einigung dann nicht als Akt des Verlierens ansieht.

Die Idee eines gesteigerten Rechtsfriedens durch gütliche Streitbeilegung als echte Alternative zur streitigen Entscheidung kann sich demnach durch die persönliche Anwesenheit der Parteien am wirkungsvollsten entfalten. Davon geht auch das Gesetz in § 278 Absatz II Satz 3 ZPO und ebenso in § 278 Absatz III ZPO aus.

Da auch die Freiwilligkeit ein prägendes Grundprinzip der gütlichen Streitbeilegung ist, ist es häufig so, dass nicht der Beginn eines gerichtlichen Rechtsstreits der günstigste Zeitpunkt für Schlichtungsverhandlungen ist, sondern vielmehr erst nach Beweisaufnahmen oder auch erst in der zweiten Instanz eine anfangs noch nicht vorhandene Vergleichsbereitschaft festzustellen ist.⁹³⁵

⁹³² Vgl.: Prütting in: MK; § 278, Rn.2.

⁹³³ Vgl.: Greger in: Zöller; § 278, Rn.1.

⁹³⁴ Vgl.: Wagner in: MK; § 128, Rn.2.

⁹³⁵ Vgl.: Prütting in: MK; § 278, Rn.29.

So ist das Augenmerk der gütlichen Streitbeilegung und der mit ihr verfolgte Zweck der Herstellung von Rechtsfrieden auch und gerade auf die Berufungsinstanz zu richten.

Eingangs ist diesbezüglich bereits erwähnt worden, dass § 278 Absatz I ZPO unmittelbar auch in der Berufung gilt und daneben ebenso § 278 Absatz II ZPO durch das Berufungsgericht wegen des Wortlautes von § 525 Satz 2 ZPO zwar nicht notwendig ist, aber bei Bedarf durchaus genutzt werden kann. Die Berufung muss jedoch, um in die mündliche Verhandlung zu gelangen, in der dann die Vorteile der persönlichen Anwesenheit der Parteien für die Streitschlichtung am wirkungsvollsten greifen können, das Zurückweisungsverfahren des § 522 Absatz II ZPO passieren. Wenn das Berufungsgericht dann jegliche Erfolgsaussicht der Berufung verneint, wird es in einem Hinweis nach § 522 Absatz II Satz 2 ZPO auch eher nicht von § 278 VI ZPO Gebrauch machen, der dem Gericht die schriftliche Unterbreitung eines Vergleichsvorschlages erlaubt. Vielmehr wird es versuchen, die Vorteile des § 522 Absatz II, III ZPO zu nutzen, die in einer Einsparung richterlicher Arbeitskraft liegen. Das Berufungsgericht kann seine Ansicht schriftlich leichter durchsetzen als in der offenen Diskussion einer mündlichen Verhandlung, in der dann verstärkt gerade auch die Möglichkeiten der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits zu beachten sind.⁹³⁶

Das Potential der in § 278 ZPO verankerten gütlichen Streitbeilegung kann deshalb wegen § 522 Absatz II ZPO nicht optimal genutzt werden, weil dieses zwingend durchzuführende Verfahren den Weg in die mündliche Berufungsverhandlung versperrt. Neben den im Laufe der Arbeit aufgezeigten rechtsstaatlichen Defiziten und systematischen Wertungswidersprüchen offenbart § 522 Absatz II ZPO einen folgenschweren Zielkonflikt mit den die ZPO-Reform beherrschenden gesetzgeberischen Vorstellungen.

Die Chance auf eine gütliche Streitbeilegung im Rahmen der Berufungsverhandlung wird so durch die Wahrnehmung einer Entscheidungsform verspielt, die nicht nur für sich gesehen schon höchst problematisch ist, sondern gerade mit Blick auf den Rechtsfrieden und die Akzeptanz durch die Parteien gegenüber einer Erledigung durch Schlichtung klar unterlegen ist. Denn besonders in der Berufung, in der der Streit ja immerhin schon zum zweiten mal einer endgültigen Klärung zugeführt werden soll, ist die Wirkung und Bedeutung einer Befriedung wohl noch höher einzuschätzen, da ja das erstinstanzliche streitige Urteil den Streit gerade nicht beheben konnte.

Dass der Gesetzgeber mit der Förderung gerichtlicher Streitschlichtung hinsichtlich des von ihm erstrebten Rechtsfriedens auf die richtige Karte gesetzt hat, zeigen die Ergebnisse der Evaluation

⁹³⁶ Vgl.: Rosenberg/Schwab/Gottwald; § 137, Rn.9.

aus den Jahren 2002 bis 2004. Denn der auffallende Rückgang streitiger Urteile erster Instanz bei Amtsgerichten und Landgerichten ab 2002 (bei den Amtsgerichten von 21,8% im Jahre 2000 auf 17,9% im Jahre 2004 und bei Landgerichten von 27,9% auf 23,9% im gleichen Zeitraum) und das gleichzeitige deutliche Anwachsen von Prozessvergleichen (von 9,9% auf 13,1% beziehungsweise von 13,1% auf 21,5% im ebenfalls gleichen Zeitraum) ist sicherlich ein deutliches Indiz für eine tendenziell erfolgreiche Entwicklung in dieser Hinsicht.⁹³⁷

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Beendigung des gerichtlichen Verfahrens durch Beschlusszurückweisung als nicht gelungen, da so in vielen – und immer mehr werdenden – Berufungsverfahren die gütliche Streitbeilegung und die von ihr generierten Vorteile für den Zivilprozess nicht zum Zuge kommen kann.

Die Beschlusszurückweisung steht somit in vielen Fällen der Fortsetzung der positiven Entwicklung der gütlichen Streitbeilegung und damit der Verwirklichung des Prozesszweckes des Rechtsfriedens im Wege.

Gleichzeitig verursacht die Beschlusszurückweisung hinsichtlich des Rechtsfriedens in genau den Fällen erhebliche Einbußen, in denen dieser Aspekt durch die Anwendung der Grundsätze über die gütliche Streitbeilegung entsprechende Beachtung gefunden hätte. Unabhängig davon, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Gewichtung der einzelnen Prozesszwecke einen erheblichen Freiraum hat, erweist sich § 522 Absatz II, III ZPO wiederum auch in diesem Zusammenhang als systematisch verfehlt.

V) Abschließende Bewertung der unanfechtbaren Beschlusszurückweisung nach § 522

Absatz II, III ZPO

Die vorangegangenen Überlegungen haben versucht, die unanfechtbare Beschlusszurückweisung des § 522 Absatz II, III ZPO auf ihre Auswirkungen im Hinblick auf den Zweck des Rechtsmittelgefüges sowie eine wünschenswerte systematische Einordnung in dieses näher zu überprüfen.

Das Ergebnis zeigt dabei überwiegend negative Befunde.

Insbesondere die verfassungsrechtliche Brisanz und diesbezügliche Schiefelage sowie die herausgearbeiteten Wertungswidersprüche wiegen schwer und gemessen an den mit der ZPO-Reform 2001 verfolgten Zielen zu schwer.

⁹³⁷ Vgl.: Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S.276.

Zunächst sind als Auslegungsergebnis die Gebote eines gebundenen Vorgehens nach § 522 Absatz II ZPO bei Vorliegen der Zurückweisungs Voraussetzungen (also kein diesbezügliches Ermessen !) und einer strikt weiten Handhabung der mangelnden Erfolgsaussicht herausgearbeitet worden, die im Zurückweisungsverfahren zwingend zu beachten sind, damit dieses nicht schon für sich gesehen die Grenze zur Verfassungswidrigkeit überschreitet.

Danach ist es besonders die Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 Absatz III ZPO, die nach den Untersuchungsergebnissen nicht hinnehmbare Systemwidrigkeiten und Gerechtigkeitsdefizite offen legt.

Die Verwässerung der bezweckten Ausrichtung der Berufung auf eine reine Kontrollinstanz durch den BGH und die daraus resultierende Deplatzierung des § 522 Absatz II, III ZPO in der Berufung zeigen wieder einmal deutlich, dass ein echtes Parteirechtsmittel wie die Berufung von der Gewährleistung der den Prozesszwecken geschuldeten Einzelfallgerechtigkeit im Endeffekt nicht losgelöst und unterlaufen werden sollte.

Wie jedes staatliche Verfahren muss auch der Zivilprozess die Verfahrensgrundrechte beachten und den Parteien sachgerechte Kontrollmechanismen zur Verfügung stellen. Der Gesetzgeber sollte dabei die vorgegebenen verfassungsmäßigen Wertungen nicht nur einhalten und Rechtsmittel im Übrigen auf das verfassungsrechtlich Notwendige beschränken.

Vielmehr sollte er diese verfassungsrechtlichen Vorgaben auch wenn sie sehr grobmaschig gespannt sind, konsequent zu Ende denken, weil nur rationale Folgerichtigkeit zu einer in sich stimmigen und gerechten Verfahrensordnung führen kann. Und zu einer gerechten Verfahrensordnung gehören auch und gerade systematisch aufeinander abgestimmte Rechtsmittel. Den Schutz gegen fehlerhafte Entscheidungen darf der Gesetzgeber zwar gewiss nach seinem Ermessen unterschiedlich ausgestalten. Aber seine Einschränkungen – was § 522 Absatz II, III ZPO in großem Ausmaß darstellt – sollten mit tragenden Rechtsprinzipien, die er selbst anerkennt und formuliert, in Einklang stehen, durch den Schutz übergeordneter Rechtsgüter legitimiert werden und nicht situativen Zweckmäßigkeitserwägungen entspringen. Diesen Anforderungen wird § 522 Absatz II, III ZPO als Komponente eines im Ansatz begrüßenswerten neuen Rechtsmittelrechts bei genauerer Betrachtung nicht gerecht.

Vor diesem Hintergrund sollte sich ein „weiser“ Gesetzgeber innerhalb eines einmal eingerichteten Rechtszuges in seiner Freiheit zur intensiven Beschränkung und Verkürzung dieses Rechtszuges selbst einschränken. Dies gilt wegen des übergeordneten Prozesszweckes der Verwirklichung subjektiven Rechtsschutzes umso mehr, wenn der betreffende Rechtszug der Einzelfallgerechtigkeit verschrieben ist.

Die Überzeugungskraft der für die herausgearbeitete gegenteilige und systemwidrig rechtsschutzverkürzende Rechtsfolge einer unanfechtbaren Beschlusszurückweisung ins Feld geführten Prozesswirtschaftlichkeit schwindet für den Gesetzgeber dann, wenn diese

Prozessökonomie die alleinige Triebfeder seines Handelns wird. Werden nämlich Effizienz und Verfahrensökonomie vom bloßen Mittel zur Verwirklichung richtiger Gerichtsentscheidungen zum Selbstzweck erhoben, stößt jeder Gesetzgeber auch jenseits verfassungsrechtlicher Vorgaben an seine Grenzen.

Diese Konsequenz wird mit Blick auf die durch § 522 Absatz II, III ZPO generierten Systemwidrigkeiten und schwerwiegenden Zielkonflikten mit parallelen gesetzgeberischen Intentionen besonders deutlich.

Die Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses erweist sich vor dem Hintergrund der Bedeutung und Aufgabe eines obersten Revisionsgerichts als kontraproduktiv und steht der vom Gesetzgeber beabsichtigten Vereinheitlichung des Zugangs zum Revisionsgericht diametral entgegen. Stattdessen können die Berufungsgerichte ein Eigenleben entfalten, was zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit führt und das Eingreifen der den Prozesszwecken entsprechenden Kontrollmechanismen verhindert. Speziell sei in diesem Zusammenhang auf die Verbindung der unanfechtbaren Beschlusszurückweisung mit der schwierigen und wenig strukturierten Sachverhaltserfassung in der Berufungsinstanz nach den §§ 529 bis 533 ZPO hingewiesen, deren Handhabung einer revisionsrechtlichen Überwachung von oben im Namen der Einzelfallgerechtigkeit besonders bedürfte.

In diesem Zusammenhang ist auch der durch das 1. JuMoG mit Wirkung vom 1.9.2004 eingefügte § 552a ZPO erwähnenswert.⁹³⁸ Diese Norm erlaubt es dem BGH unter Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit, sich in bestimmten Fällen von der Durchführung des aufwendigen Revisionsverfahrens freizustellen. So kann eine erhebliche Entlastung des BGH erzielt werden, ohne die revisionsrechtliche Verfahrensvereinheitlichung unnötig zu gefährden. Daneben bleibt die Überwachungs- und Kontrollfunktion des BGH gewährleistet, die Einzelfallgerechtigkeit bis an die Spitze des Instanzenzuges ausreichend berücksichtigt und die aufgezeigten Systemwidrigkeiten werden weitgehend umgangen. Die Platzierung eines Zurückweisungsverfahrens nach § 552a iVm § 522 Absatz II ZPO in der letzten Instanz zeigt, dass Ziele der Entlastung der Gerichtsbarkeit auch sachgerecht und systemgetreu in das bestehende Rechtsmittelgefüge integriert werden können, ohne dass der Gesetzgeber dabei weder seine eigene Konzeption in Frage stellen muss noch derartige strukturelle Mängel und Rechtsschutzverkürzungen produziert wie dies mit der Einführung von § 522 Absatz II, III ZPO geschehen ist.

⁹³⁸ Vgl.: Fölsch in: MDR 2004, S.1034; Knauer/Wolf in: NJW 2004, S.2864.

Des Weiteren verhindert § 522 II, III ZPO in seiner eindimensionalen Vorgehensweise die bestmögliche Ausschöpfung der Möglichkeiten zur konsensualen Streitbeilegung, wie sie in § 278 ZPO als „Leitkultur“ eines moderneren Zivilprozesses verankert ist. Das von einer solchen Konfliktbewältigung ausgehende erhöhte Befriedungspotential kann im Zurückweisungsverfahren nach § 522 ZPO, in dem ein Dialog zwischen den Parteien weitgehend vermieden wird, nicht freigesetzt werden. Dies wäre aber gerade mit Blick auf den Ansatz der auch für den ökonomisch motivierten Gesetzgeber attraktiveren Prozessvermeidung der bessere Weg als bereits laufende Prozesse schnellstmöglich und ohne Rücksicht auf entsprechende Folgen abrupt zu beenden.

Auch die ins Feld geführte Verfahrensgerechtigkeit wird von § 522 Absatz II, III ZPO nicht ausreichend gewürdigt, obwohl sich grundlegende Änderungen im zivilen Rechtssystem weitaus schneller und mit langlebigerer Wirkung erreichen lassen, wenn die Beteiligten dieses System als gerecht empfinden. Dem Prozesszweck Rechtsfrieden, der nach hier vertretener Auffassung mehr ist, als bloße Folge der Streitbeendigung, wird wirklich effektiv nur gedient, wenn der Zivilprozess sich an der Verfahrensgerechtigkeit orientiert. Erst dadurch kann eine letztlich auch unter ökonomischen Gesichtspunkten erstrebenswerte Akzeptanz der Rechtsunterworfenen erreicht werden, die den Zivilprozess nicht als „kurzen Prozess“ wahrnehmen dürfen sondern als wirkliche Suche nach der materiellen Gerechtigkeit.

In welchen Teufelskreis der Gesetzgeber sich durch die ledigliche Ausrichtung zivilprozessualer Reformen auf situative ökonomische Interessen selbst manövriert hat, zeigen erneute Bestrebungen einer „Großen Justizreform“. So haben die Justizminister der Länder tatsächlich bereits 2004, also gerade einmal zwei Jahre nach Inkrafttreten der letzten, nicht minder als „groß“ etikettierten, ZPO-Reform, Eckpunkte für eine solche Reform beschlossen.⁹³⁹ Wesentliches Ziel soll es dabei wiederum sein, Rechtsmittel auf das nötigste zu beschränken. Der Gesetzgeber dreht sich insoweit bereits im Kreis, als dass er in immer kürzer werdenden Abständen versucht, die Defizite einer vorangegangenen großen Reform mit einer noch größeren auszugleichen, die wiederum den Hebel an der falschen Stelle ansetzt und so ihrerseits noch größere Rechtsunsicherheit hervorruft. Die im Rahmen dieser Untersuchung ans Licht gebrachten Struktur-, System- und Gerechtigkeitsdefizite werden in ihrem Ausmaß auch weiterhin der Eingriffsintensität des Gesetzgebers in den bestehenden Pyramidenrechtszug entsprechen, solange dieser die gewünschten Ziele mit dem falschen Mittel einer schlichten quantitativen Zurückschneidung der Rechtsmittelmöglichkeiten ohne entsprechende qualitative

⁹³⁹ Wiedergegeben und erläutert durch Weth in: ZRP 2005, S.119.

Kompensation umzusetzen versucht. Im Falle des § 522 Absatz II, III ZPO zeigt sich in signifikanter Weise, dass der Gesetzgeber weiter in die falsche Richtung rudert, wenn er die Frage der Ausgestaltung des Zivilprozesse primär vor dem Hintergrund erwünschter Spareffekte beantwortet und die wissenschaftliche Durchdringung des Rechtsmittelrechts zusehends stärker auf der Strecke bleibt. Statt immer mehr Schichten der in Anbetracht der großen Anzahl zivilprozessualer Streitigkeiten notwendigen und bewährten zivilprozessualen Instanzenpyramide abzutragen, sollte verstärkt auf Weiterbildung im Verhandlungsmanagement und Konfliktbearbeitung gesetzt werden. Denn nur durch Verringerung der erstinstanzlichen Eingangszahlen wie zum Beispiel anhand von mit Kostenanreizen verbundenen Streitschlichtungsverfahren lässt sich eine spürbare Entlastung der Rechtsmittelgerichte erzielen, die auch einer wissenschaftlichen Überprüfung stand hält und nicht ausschließlich auf dem Rücken der Einzelfallgerechtigkeit ausgetragen wird.

Auch das ständige Infragestellen der Struktur des Instanzenzuges mit einer Berufung als Zwischenfilter durch rechtsschutzverkürzende Maßnahmen wie § 522 Absatz II, III ZPO – oder der jetzt erneut aufkeimenden „sturen“ Durchsetzung einer Beschränkung der Berufung ausschließlich auf Fehlerkontrolle – ist nicht durch evidente und unbestreitbare Vorteile der in Frage stehenden Neukonzeptionen gerechtfertigt.

Das Aufrechterhalten eines mit Blick auf die Prozesszwecke und die tragenden verfassungsrechtlichen Rechtsprinzipien systematisch strukturierten und als gerecht empfundenen Zivilprozesses sollte für die Zukunft zum kategorischen Imperativ des gesetzgeberischen Handelns werden.

Mit § 522 Absatz II, III ZPO hat der Gesetzgebers jedoch letztendlich Wasser in den Wein eines von ihm selbst erstrebten effektiven, transparenten, systematischen und bürgernahen Rechtsmittelsystems gegossen.

Lebenslauf:

- geboren am 25.10.1976 in Leverkusen
- von 1983 bis 1987: Evangelische Grundschulde Köln-Junkersdorf
- von 1987 bis 1996: Städt. Apostelgymnasium Köln-Lindenthal;
Abitur: Mai 1996
- von 1996 bis 1997: Zivildienst in der Evangelischen Kirchengemeinde
- von 1997 bis 2000: Ausbildung zum Bankkaufmann bei der Dresdner Bank
Köln
Januar 2000: IHK Prüfung Bankkaufmann
- von 2000 bis 2001: Studium der Betriebswirtschaftslehre an der
Universität zu Köln
- von 2001 bis 2005: Studium der Rechtswissenschaft an der
Universität zu Köln
Mai 2006: Erstes juristisches Staatsexamen
- von 2006 bis 2009 Rechtsreferendariat beim LG Köln
Januar 2009: Zweites juristisches Staatsexamen
- seit Juni 2006 Promotion am Institut für Verfahrensrecht an der
Universität zu Köln
März 2009: Disputation