

SILKE SCHEUCH & RICHARD LINDNER  
RECHTSANWÄLTE BEI DEM BUNDESGERICHTSHOF

SILKE SCHEUCH & RICHARD LINDNER POSTFACH 11 12 37, 76062 KARLSRUHE

Deutscher Bundestag  
Rechtsausschuss  
Platz der Republik 1

11011 Berlin

WEBERSTRASSE 10  
76133 KARLSRUHE  
TEL. 0721/8 46 40 + 8 52 23  
FAX 0721/84 33 18  
scheuch-lindner@t-online.de

Karlsruhe, den 5. Mai 2011/ Mai 2011

**Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen zur Änderung des § 522 ZPO**

Richard Lindner, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Ich danke dem Rechtsausschuss für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zu den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung, der SPD-Fraktion und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen. Der Gelegenheit, zu den Reformvorhaben Stellung zu nehmen, komme ich gerne nach.

***I. Der Inhalt der Gesetzesentwürfe***

Die Entwürfe stimmen im Grundsatz darin überein, dass die Möglichkeit, zulässige, aber unbegründete Berufungen durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung in nicht anfechtbarer Weise zurückzuweisen, die mit dem Gesetz zur Reform der ZPO vom 27. Juli 2001 eingeführt wurde, reformbedürftig ist.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung lässt die Möglichkeit einer Beschlusszurückweisung bestehen. Es sollen aber deren Voraussetzungen modifiziert werden. Vor allem sollen die Beschlüsse wie ein Berufungsurteil anfechtbar werden. Dagegen soll nach den Entwürfen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen die Beschlusszurückweisung überhaupt abgeschafft werden. Der Regierungsentwurf sieht darüber hinaus die Aufhebung des § 7 InsO vor, um eine mögliche Mehrbelastung des Bundesgerichtshofs durch die Nichtzulassungsbeschwerden gegen Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO aufzufangen.

Die Entwürfe stimmen demnach im Ergebnis darin überein, dass künftig gegen alle berufungszurückweisenden Entscheidungen ein Rechtsmittel nach den gleichen Voraussetzungen eröffnet wird. Die Bundesregierung erreicht dies, indem sie den

Zurückweisungsbeschluss in gleicher Weise wie ein Urteil anfechtbar werden lässt. Die Entwürfe der Opposition erzielen dieses Ergebnis, indem die 2001 eingeführten unterschiedlichen Entscheidungsformen zugunsten einer einheitlichen Entscheidung durch Urteil wieder abgeschafft werden.

Dagegen unterscheiden sie sich im Ergebnis darin, dass nach den Vorstellungen der Bundesregierung weiterhin die Möglichkeit einer Berufungsentscheidung in einem schriftlichen Verfahren erhalten bleiben soll und dass der Bundesgerichtshof für die zu erwartende Mehrbelastung zumindest zum Teil zu entlasten wäre.

## ***II. Die Notwendigkeit eines einheitlichen Rechtsmittels***

### **1. Gleicher Zugang zum Rechtsmittel**

Die Reformbestrebungen werden übereinstimmend durch dem Befund motiviert, dass die Berufungsgerichte in höchst unterschiedlichem Umfang von dem Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch machen. Auf der Ebene der Landgerichte ergibt sich für 2009 eine Erledigungsquote zwischen 6,4% und 23,8%; auf der Ebene der Oberlandesgerichte eine Diskrepanz zwischen 9,1% und 27,1%. Dabei kann die Erledigungsweise sogar zwischen den einzelnen Spruchkörpern eines Gerichts signifikant abweichen.

Darin wird von den Entwurfsverfassern zu Recht ein Zustand gesehen, der nicht aufrechterhalten bleiben kann. Der Gleichheitsgrundsatz wird dadurch in einem Bereich verfehlt, der auch verfassungsrechtlich von größter Bedeutung ist. In ständiger Rechtsprechung fordert das Bundesverfassungsgericht, der Zugang zu den gesetzlich vorgesehenen Rechtsmitteln müsse „allen Bürgern auf möglichst gleichmäßige Weise“ eröffnet werden; die Grundsätze über die Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln müssten ein „besonderes Maß an Gleichheit, Klarheit und innerer Logik“ aufweisen (BVerfGE 74, 228, 234; 69, 381, 385; 54, 277, 292 f). Wird aber dem Rechtsuchenden im OLG-Bezirk Rostock durch eine weit überdurchschnittliche Anwendung der nichtanfechtbaren Beschlusszurückweisung der Zugang zur Revisionsinstanz von vornherein und ohne erkennbare Sachgründe in weit höherem Umfang versperrt als dem Rechtsuchenden im OLG-Bezirk Hamm, sind die gesetzlichen Voraussetzungen, die ein Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO rechtfertigen, jedenfalls praktisch nicht geeignet, den nicht zuletzt verfassungsrechtlich gebotenen gleichmäßigen Rechtsmittelzugang sicherzustellen.

### **2. Ursachen der ungleichen Anwendung**

Die erheblich divergierende Gerichtspraxis beruht zum einen darauf, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht

ausreichend klar gefasst sind. Zum anderen können die Berufungsgerichte weitgehend sanktionslos entscheiden, ob sie Berufungen im Beschlussweg oder nach mündlicher Verhandlung durch Urteil zurückweisen.

Unschärf und letztlich ungeklärt ist zunächst, wann das Berufungsgericht überzeugt ist, die Berufung habe keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Zwar hallt in diesem Tatbestandselement noch die im Referentenentwurf vorgesehene Annahmeberufung nach, die für den Zugang zur Berufungsinstanz eine hinreichende Erfolgsaussicht voraussetzte (dazu Lindner, ZIP 2003, 192, 193). Richtigerweise muss das Berufungsgericht aber nach umfassender Prüfung des gesamten Streitstoffs zu dem Ergebnis kommen, die Berufung sei unbegründet. Mithin muss die Sache im Sinne einer Abweisung entscheidungsreif sein (etwa PG/Lemke, 2. Aufl., § 522 ZPO Rn 24; Zöller/Heßler, 28. Aufl., § 522 ZPO Rn 36; Musielak/Ball, 7. Aufl., § 522 ZPO Rn 21). Eine nur summarische Prüfung genügt insoweit nicht. Eine Prognose ist lediglich noch dahin anzustellen, ob sich in der mündlichen Verhandlung noch Zweifel an diesem Ergebnis ergeben könnten. Mitunter wird vertreten, ein zurückweisender Beschluss müsse selbst bei eindeutig negativem Vorberatungsergebnis nicht ergehen, wenn das Berufungsgericht noch Chancen für eine vergleichsweise Streitbeilegung sieht (OLG Koblenz NJW 2003, 1201, 1203).

Bereits die Aussichtenprüfung hängt danach letztlich einerseits von der Bereitschaft des Berufungsgerichts ab, sich bereits in einem frühen Stadium eingehend und abschließend mit dem Berufungsstreitstoff zu befassen und andererseits etwa von der Einstellung und den Möglichkeiten, für eine gütliche Streitbeilegung zu sorgen.

Klarere Voraussetzungen finden sich aber auch nicht in § 522 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 und 3 ZPO, die fordern, dass keine Gründe für eine Zulassung der Revision vorliegen dürfen.

Dabei handelt es sich ebenfalls um generalklauselartige und deshalb stark auslegungsbedürftige, Tatbestandsmerkmale. Auch wenn sie durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs inzwischen stärker konkretisiert wurden, bleiben doch gerade bei dem Zulassungsgrund der Einheit der Rechtsprechung erhebliche Grauzonen, die weiterhin eine unterschiedliche Handhabung durch die einzelnen Berufungsgerichte zulassen. Hinzukommt, dass die Voraussetzungen der Revisionszulassung seitens der Berufungsgerichte häufig nicht mit der erforderlichen Präzision geprüft werden.

Es liegt auf der Hand, dass unter diesen Umständen die insbesondere für den Zugang zum Rechtsmittel erforderliche Rechtsanwendungsgleichheit nicht erreicht

werden kann.

### **3. Die Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses als Systembruch**

Der Rechtsmittelausschluss für Beschlusszurückweisungen nach § 522 Abs. 2 ZPO widerspricht zudem den Gründen und Zielen, die den Gesetzgeber bei der ZPO-Reform zur Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde bewogen haben.

Einerseits sollte damit die Kontrollfunktion des Bundesgerichtshofs erhalten bleiben, um die erforderliche Rechtseinheit zu gewährleisten. Andererseits sollte der Bundesgerichtshof für eine gleichsinnige Auslegung der Zulassungsvoraussetzungen sorgen und damit einen chancengleichen Zugang zur Revisionsinstanz herstellen (BT-Drucks. 14/4722, S. 67).

Eben diese Ziele werden durch den Rechtsmittelausschluss gem. § 522 Abs. 3 ZPO für die Berufungszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO verfehlt.

Insoweit kann der Bundesgerichtshof seiner Kontrollfunktion nicht gerecht werden. Im Zusammenspiel von erster und zweiter Instanz kann danach sogar eine von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweichende Rechtsprechungspraxis aufrechterhalten werden. Vollends leer läuft die gegenüber Berufungsurteilen mögliche und praktizierte Kontrolle, soweit die Zulassung wegen eines zulassungswürdigen Rechtsfehlers erfolgt – sei es, weil es sich um einen symptomatischen Rechtsfehler mit struktureller Wiederholungsgefahr handelt (BGH NJW 2003, 754, 755; 2004, 1960, 1961; 2005, 154 f), sei es, weil das Berufungsgericht Verfahrensgrundrechte, namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör oder auf effektiven Rechtsschutz verletzt hat. In beiden Fällen wird das Berufungsgericht, das von der Richtigkeit seiner Entscheidung überzeugt ist, keinen Zulassungsgrund annehmen. Weist es daraufhin die Berufung durch nicht anfechtbaren Beschluss zurück, ist auch die Korrektur durch den Bundesgerichtshof versperrt.

In gleicher Weise wird – wie die unterschiedliche Anwendung des Beschlussverfahrens zeigt – dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit genommen, auf einen gleichförmigen Zugang zur Revisionsinstanz hinzuwirken.

Der Rechtsmittelausschluss in § 522 Abs. 3 ZPO widerspricht mithin auch der gesetzlichen Systematik der mit der ZPO-Reform neu strukturierten Revisionsinstanz.

### **4. Keine durchgreifenden Gegengründe für Rechtsmittelausschlusses**

Die Notwendigkeit, diesen rechtstheoretisch wie rechtspraktisch unbefriedigenden

Zustand durch Einführung eines Rechtsmittels zu bereinigen, wird durch die Bedenken des Bundesrats nicht ausgeräumt.

a) Wie gezeigt ist es gerade das Ziel der Nichtzulassungsbeschwerde, einen möglichst einheitlichen Zugang zur Revisionsinstanz zu gewährleisten. Dieses Ziel wird durch die im Wesentlichen einheitliche Zulassungspraxis der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs auch erreicht, soweit die Nichtzulassungsbeschwerde statthaft ist. Dass dies nach Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO anders wäre, ist weder zu erwarten, noch zu erkennen. Selbst wenn es insoweit nicht zu einer Vereinheitlichung der Berufungspraxis käme, wäre jedenfalls der Zugang zur Revisionsinstanz wieder vereinheitlicht. Dies gilt gerade auch, wenn man mit dem Bundesrat unterstellt, dass die erheblich divergierende Anwendungspraxis zu § 522 Abs. 2 ZPO auf einem unterschiedlichen Arbeitsstil der Richter zusammenhängt. Der Zugang zu einem Rechtsmittel darf nicht von einem so beliebigen und letztlich willkürlichen Umstand wie dem Arbeitsstil des Ausgangsgerichts abhängen.

Damit ist gleichzeitig das Argument des Bundesrates widerlegt, die Einstimmigkeit der Entscheidung rechtfertige den Rechtsmittelausschluss gegenüber einem zurückweisenden Berufungsurteil. Hängt die Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO und damit auch der Rechtsmittelausschluss nach § 522 Abs. 3 ZPO maßgeblich von persönlichen Vorlieben des Berufungsrichters ab, kommt der Einstimmigkeit als weiterem Kriterium kein ausreichender Unterscheidungsgehalt mehr zu.

b) Signifikante Mehrbelastungen sind schließlich ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Es wurde bereits oben ausgeführt, dass die Beschlusszurückweisung die sorgfältige und vollständige Durcharbeitung des in der Berufung angefallenen Streitstoffs voraussetzt. Von daher ist es kaum zu erwarten, dass der Begründungsaufwand spürbar über den Aufwand hinausgeht, der für einen sorgfältig verfassten Hinweisbeschluss anfällt.

Sollten allerdings Berufungsgerichte im Rahmen des § 522 Abs. 2 ZPO nur eine summarische Prüfung des Streitstoffes vornehmen und sich dadurch entlasten, ist dieses prozessordnungswidrige Vorgehen gerade Anlass, die vorgeschlagene weitere Rechtsmittelkontrolle einzuführen. Eine solche Entlastung entspräche nicht der Funktion der Berufungsinstanz als Kontrollinstanz, mit der die Richtigkeit gerichtlicher Entscheidungen sichergestellt werden soll.

c) Die höhere Richtigkeitsgewähr rechtfertigt auch die Verlängerung der davon betroffenen Verfahren, die mit der Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde

einhergeht. Das Interesse einzelner Betroffener an einer früheren Rechtskraft ihnen günstiger Entscheidungen steht nur vordergründig entgegen. Genauso gut könnten sie in erster Instanz zu Unrecht verloren haben und dann – wie die vom Bundesrat genannten mittelständischen Unternehmen – auf eine sorgfältige Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils angewiesen sein. Anderenfalls würden sie nicht nur verspätet, sondern überhaupt nicht die ihnen zustehende Zahlung erhalten.

Dem letztlich von allen Gesetzesentwürfen geforderten gleichförmigen Rechtsmittelzugang für alle Berufungsentscheidungen ist daher uneingeschränkt zuzustimmen.

#### **4. Angleichung des Beschlussinhaltes an Urteilsinhalt**

Sofern man – dazu sogleich – die Beschlusszurückweisung für einen Teil der Verfahren weiterhin als sinnvoll ansieht, ist auch auf einen urteilsgleichen Inhalt des Beschlusses hinzuwirken. Anderenfalls könnte die strenge Tatbestandsbindung des Revisionsgerichts (§ 559 Abs. 1 ZPO) nicht aufrechterhalten werden bzw. würden die Beschlüsse mangels Tatbestand zu einem großen Teil anfechtbar. Gleichzeitig wird dadurch dem Revisionsgericht auch eine Entscheidung in der Sache ermöglicht, sofern keine weiteren Feststellungen zu erwarten sind (§ 564 Abs. 3 ZPO).

Der Ergänzung des § 522 Abs. 2 ZPO durch einen entsprechenden Zusatz (Art. 1 Ziff. 1 b RegE) ist daher ebenfalls zuzustimmen.

### ***III. Beibehaltung der Beschlusszurückweisung gem. § 522 Abs. 2 ZPO***

#### **1. Gegenüberstellung der Gesetzesentwürfe**

Anders als die Gesetzesentwürfe der Opposition will der Regierungsentwurf die Möglichkeit der Beschlusszurückweisung beibehalten. Allerdings soll der zwingende Charakter der Vorschrift unterstrichen, gleichzeitig jedoch vom Berufungsgericht weiter zu prüfen und einstimmig zu entscheiden sein, dass eine mündliche Verhandlung nicht angemessen ist. Dadurch sollen Fälle aus dem Beschlussverfahren ausgenommen werden, die etwa für den Berufungsführer existentielle Bedeutung haben oder in erster Instanz im Ergebnis richtig entschieden, sachlich aber unzutreffend begründet wurden.

Demgegenüber plädieren die Gesetzesentwürfe der Oppositionsparteien für eine Abschaffung der Beschlusszurückweisung, weil in der mündlichen Verhandlung Missverständnisse ausgeräumt und eine gütliche Einigung herbeigeführt werden könne; negative Entscheidungen würden zudem eher akzeptiert (BT-Drucks. 17/4431, S. 4; ähnlich BT-Drucks. 17/5363, S. 4).

## 2. Sinnvoller Anwendungsbereich des § 522 Abs. 2 ZPO

Auch wenn die erhöhte Richtigkeitsgewähr und Akzeptanz einer Entscheidung, die aufgrund einer mündlichen Verhandlung getroffen wird, im Grundsatz nicht bestritten werden kann, tragen diese Gründe die geforderte vollständige Abschaffung der Berufungszurückweisung in einem schriftlichen Verfahren nur dann, wenn sie unterschiedslos für alle Berufungen Geltung beanspruchen könnten und die Beschlusszurückweisung auch sonst keinen signifikanten beschleunigenden und entlastenden Effekt hätte.

Letzterer tritt jedenfalls ein, wenn die Berufung offensichtlich unbegründet ist und deshalb ein Hinweisbeschluss nicht übermäßig ausführlich begründet werden muss. Auch die Oppositionsentwürfe erkennen letztlich diese Fallgruppe an, wenn sie darauf abstellen, dass solche Fälle mit einem richterlichen Hinweis auf die Erfolglosigkeit der Berufung und der Anregung, sie zurückzunehmen, erledigt werden könnten. Eben dies würde durch eine Beibehaltung des § 522 Abs. 2 ZPO in verfahrensrechtlich abgesicherter Form gewährleistet. Vor allem würde den Berufungsgerichten die Möglichkeit und Sinnhaftigkeit eines solchen Hinweises deutlich vor Augen geführt.

Eine weiterer denkbarer Anwendungsbereich sind Fälle, in denen bei feststehendem Sachverhalt die Rechtsfragen durch aktuelle und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung eindeutig geklärt sind. Hier sind vor allem Verfahren zu berücksichtigen, denen – wie etwa im Kapitalanlagebereich – gleichgelagerte Sachverhalte zugrunde liegen. Hier scheint eine mündliche Verhandlung nicht in jedem Fall erforderlich, wenn das Berufungsgericht in einer oder gar mehreren Fällen entschieden hat und seine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof bestätigt wurde.

In den genannten Fällen ist auch kein erheblicher Akzeptanzverlust zu erwarten.

Indem der Zurückweisungsbeschluss inhaltlich und im Rechtsmittelzug einem zurückweisenden Berufungsurteil gleichgestellt wird, wird mit seiner Beibehaltung und der gleichzeitigen Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde die Berufungsinstanz keineswegs übersprungen (so aber BT-Drucks. 17/5363, S. 4 f). Der Zurückweisungsbeschluss schließt vielmehr wie das zurückweisende Urteil die Berufungsinstanz ab und ist wie letzteres Basis der Nachprüfung in der Revisionsinstanz bzw. im vorgeschalteten Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren (dazu auch oben II.4).

Bleiben daher Sachverhalte vorstellbar, die bei gleicher Richtigkeitsgewähr und Akzeptanz schneller und effizienter durch Beschluss verbeschieden werden können, sollte diese Möglichkeit erhalten bleiben.

### 3. Angemessenheitsprüfung statt verpflichtender Vorgabe

Fraglich bleibt jedoch, ob das Ziel – eine schnellere und effizientere Bearbeitung dafür geeigneter Berufungen – durch die Kombination einer Muss-Vorschrift mit einer anschließenden Angemessenheitsprüfung erreicht werden kann.

Es wurde bereits oben II. dargelegt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO nicht sicherstellen, dass die Berufungsgerichte gleichförmig und in den dafür geeigneten Fällen von der Beschlusszurückweisung Gebrauch machen. Daran wird sich durch die Beibehaltung dieser Kriterien schwerlich etwas ändern, auch wenn deren Prüfung dem Berufungsgericht ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird. Aus Verfassungsgründen waren sie bereits *de lege lata* dazu verpflichtet. Gleichwohl wurde eine auch nur ansatzweise Gleichbehandlung nicht erreicht.

Erst Recht wird sich die individuelle Einschätzung der Berufungsrichter in der Praxis zu § 522 Abs. 2 ZPO weiterhin durchsetzen, wenn dessen Voraussetzungen um eine konturenarme Angemessenheitsprüfung erweitert werden. Der Regierungsentwurf sieht auch keine Sanktionen für die Anwendung oder Nichtanwendung der Berufungszurückweisung vor.

Sieht man – wie hier – in der Beschlusszurückweisung in geeigneten Fällen die Möglichkeit, einer schnelleren und effizienteren Bearbeitung, erscheint es daher vorzugswürdig, die Entscheidung den Berufungsgerichten zu überlassen. Denn sie können am besten beurteilen, welche Vorgehensweise für sie effizienter und schneller zum Ergebnis einer möglichst richtigen und überzeugenden Entscheidung führt.

Eine mögliche Formulierung wäre daher:

„Das Berufungsgericht **soll** die Berufung durch einstimmigen Beschluss unverzüglich zurückzuweisen, wenn es davon überzeugt ist, dass

1. die Berufung **offensichtlich** keine Aussicht auf Erfolg hat,
2. unverändert
3. unverändert
4. eine mündliche Verhandlung nicht **geboten** ist.“

Zur Konkretisierung der Angemessenheit könnte noch auf die Tatbestände des § 526 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO verwiesen werden. Diese indizieren entweder eine besondere Schwierigkeit oder Bedeutung (Abs. 2) oder schließen sie aus (Abs. 1).

Mit dieser Formulierung würden auch die Bedenken des Bundesrates, mit der Abschaffung des § 522 Abs. 2 ZPO gehe eine erhebliche Mehrbelastung der Berufungsgerichte einher, weitgehend gegenstandslos. Den Berufungsgerichten würde es vielmehr überlassen, die für sie effizienteste Vorgehensweise einzu-

schlagen.

#### **IV. Mehrbelastung und Entlastung des Bundesgerichtshofs**

##### **1. Mehrbelastung des Bundesgerichtshofs**

Der Bundesgerichtshof wird mit der Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde gegen Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO stärker belastet werden. Die Mehrbelastung lässt sich allerdings nur schwer im Voraus quantifizieren. Dabei wird sich die Anfechtungsquote gegen Berufungsurteile von 33,3% der anfechtbaren Entscheidungen nicht auf die zu erwartende Anfechtungsquote gegen die Zurückweisungsbeschlüsse übertragen lassen. Jedenfalls soweit die Berufungsgerichte davon einen angemessenen Gebrauch machen, handelt es sich um Entscheidungen, die inhaltlich nicht zu bemängeln sind und bei denen bereits der Berufungsanwalt von einer Nichtzulassungsbeschwerde eher abraten muss. Es ist daher mit einer deutlich geringeren Anfechtungsquote zu rechnen. Soweit die Beschlusszurückweisung in dafür ungeeigneten Fällen erfolgt, ist die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde hingegen rechtsstaatlich geboten. Eine dadurch entstehende Mehrbelastung wäre daher vom Bundesgerichtshof zu tragen.

Der vorgeschaltete Hinweisbeschluss wird zudem die Möglichkeit, im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren erfolgreiche Gehörsrügen zu erheben, deutlich verringern. Vortrag, der nicht in der daraufhin abzugebenden Stellungnahme gebracht oder in Bezug genommen wird, wird nicht mehr als übergangen qualifiziert werden können. Es bleiben allerdings Gehörsverstöße wegen unrichtiger Anwendung der Präklusionsbestimmungen, namentlich des § 531 Abs. 2 ZPO, überspannter Anforderungen an die Substantiierung von Tatsachenvortrag und wegen unterlassener Hinweise.

##### **2. Entlastungsmöglichkeiten**

Um eine möglichst hohe Qualität der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sichern, bleibt es gleichwohl sinnvoll, nach Entlastungsmöglichkeiten zu suchen.

###### **a) Streichung des § 7 InsO**

Dabei ist die vorgeschlagene Streichung des § 7 InsO angesichts der hohen Dichte der höchstrichterlichen Entscheidungen in diesem Bereich durchaus vertretbar. Die geplante Insolvenzrechtsreform ändert an diesem Befund wenig. Die Bereitschaft der Beschwerdegerichte, Rechtsbeschwerden zuzulassen, ist gegenüber der Praxis zum alten Recht erheblich gestiegen. So hat etwa die Zahl höchstrichterlicher Entscheidungen zum Zwangsvollstreckungsrecht – einer dem Insolvenzrecht in Bedeutung und Komplexität durchaus vergleichbaren Materie – erheblich zugenommen. In

vielen Bereichen hat daher eine höchstrichterliche Klärung stattgefunden, obwohl dort Rechtsbeschwerden nur nach Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft sind.

### **b) § 70 Abs. 3 FamFG**

Zu überlegen ist auch, ob die Fallgruppen der zulassungsfreien Rechtsbeschwerden nach § 70 Abs. 3 FamFG eingeschränkt werden.

Dies gilt insbesondere für die Rechtsbeschwerden in Freiheitsentziehungssachen, die zum ganz überwiegenden Teil Abschiebungshafffälle betreffen. Dabei entfällt wiederum ein Anteil von mehr als 80% auf Fälle, in denen der Beschwerdeführer bereits abgeschoben wurde.

Auch in Anbetracht des Eingriffs in die persönliche Freiheit erscheint es jedenfalls in den letztgenannten Fällen wenig sinnvoll, einen dreistufigen Instanzenzug vorzusehen, zumal ein Erfolg der Rechtsbeschwerde die persönliche Lage des Betroffenen unverändert lässt. Eine Wiedereinreise bleibt ihm aufgrund der rechtskräftigen Ausweisung weiterhin versperrt. In diesem Zusammenhang wäre ohnehin zu überlegen, ob hierfür nicht der Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet werden sollte, die bereits über die der Abschiebung zugrundeliegende Aufenthaltsberechtigung zu entscheiden haben.

### **c) Zustimmungsfreie Verlängerung der Begründungsfristen**

Eine spürbare Entlastung könnte auch dadurch erreicht werden, dass jedenfalls für das Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahren die vor der ZPO-Reform mögliche Verlängerung der Begründungsfrist um mehr als zwei Monate durch den Vorsitzenden wieder eingeführt wird, ohne dass der Gegner zustimmen müsste (§ 554 Abs. 2 S. 2 2. Hs. ZPO a.F.). Um eine unnötige Verlängerung der Verfahren auszuschließen, kann die Verlängerung weiterhin davon abhängig gemacht werden, dass der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird.

Eine großzügigere Verlängerung der Begründungsfristen, ermöglichte es den BGH-Anwälten ihre auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannte Filterfunktion (BverfG NJW 2008, 1293, Rn 40) effektiver auszuüben. Die Begründungsfrist von zwei Monaten ab Eingang der Gerichtsakten beim mandatierten Rechtsanwalt (§§ 544 Abs. 2 S. 2, 551 Abs. 2 S. 3) oft zu knapp, weil der Mandant Überlegungszeit benötigt, um den für ihn negativen und belastenden Entscheidungsvorschlag, das eingelegte Rechtsmittel, für das er viel Geld bezahlt hat, zurückzunehmen und die ihn beschwerende Entscheidung zu akzeptieren.

Die Zustimmung der Gegenseite bringt aus zwei Gründen nicht die erforderliche Flexibilität. Vor allem wenn die Parteien emotional verstrickt sind, wird sie nicht erteilt. Es gibt aber auch Kollegen, die meinen, mit einer „harten“ Linie könnten sie bei den Mandanten punkten. Gerade in diesen Fällen ist es aber auch unkalkulierbar, den Verlängerungswunsch mit der Einschätzung zu begründen, man messe der Sache keine hinreichenden Erfolgsaussichten bei. Der Anwalt steht in diesem Fall in einem Zwiespalt, den er grundsätzlich nicht zu Lasten seines Mandanten auflösen kann.

Die positiven Auswirkungen der neuen Verlängerungsregelung lassen sich auch statistisch belegen.

2001, d.h. im letzten Jahr vor der ZPO-Reform, die auch das strengere Verlängerungsregime brachte, erledigte der BGH 4.165 Revisionen. Davon waren nur 177 Revisionen durch die Berufungsgerichte zugelassen worden. Von diesen Revisionen wurden 2.095 durch Nichtannahmebeschluss zurückgewiesen, 1.293 wurden zurückgenommen oder in sonstiger Weise ohne Sachentscheidung des BGH erledigt. In 686 Fällen erging ein Urteil. Der Anteil der Rücknahmen an den insgesamt erfolglosen Fällen betrug mithin 38,16 % (3.388 / 1.293).

2010 stellte sich die Lage so dar: Es wurden 2.232 Nichtzulassungsbeschwerden erledigt. Davon blieben 1.992 erfolglos. 1.308 wurden durch Beschluss zurückgewiesen, 684 wurden ohne Sachentscheidung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen. Der Anteil der Rücknahmen an den insgesamt erfolglosen Fällen verringerte sich auf 34,34% (1.992 / 684) – und dies, obwohl die Zulassungstatbestände den Zugang zur Revisionsinstanz spürbar verengt haben. Würde auch nur die frühere Quote von 38,57% wieder erreicht, würden 768 Fälle durch Rücknahmen erledigt werden, d.h. der BGH wäre um ca. 80 weitere Fälle entlastet. Tatsächlich könnte die Quote nach der zwischenzeitlich erfolgten Konsolidierung der Auslegung der Zulassungsgründe noch deutlich höher werden. Dies gilt erst Recht für die Fälle der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO, die – jedenfalls bei korrekter Anwendung – überwiegend erfolglos bleiben müssten.

Ähnlich stellt sich die Lage bei den Rechtsbeschwerden dar. Hier wurden 2010 513 durch Beschluss verworfen und 250 zurückgenommen. 562 wurden in der Sache verbeschieden. Das Verhältnis der Rücknahmen an den erfolglosen Rechtsbeschwerden betrug demnach nur 32,76% (763 / 250).

#### **d) Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 544 Abs. 7 ZPO**

Eine Entlastung des Bundesgerichtshofs könnte auch mit der Erweiterung der Mög-

lichkeit erreicht werden, Berufungsurteile durch Nichtzulassungsbeschwerden gem. § 544 Abs 7 ZPO ohne Revisionsverhandlung und -urteil aufzuheben. Sie ist bisher auf Gehörsverletzungen beschränkt. Sie könnte aber auf Fälle erweitert werden, in denen die Zulassungsfrage durch den Bundesgerichtshof bereits entschieden wurde und deshalb eine ausführliche Urteilsbegründung und eine nochmalige mündliche Verhandlung entbehrlich erscheint. Damit wäre gleichsam ein Spiegelbild zu § 552a ZPO zugunsten der Rechtsmittelführer geschaffen.

#### **e) Anhebung des Beschwerdewerts**

Eine Anhebung des Beschwerdewerts des § 26 Nr. 8 EGZPO scheint aufgrund der noch unsicheren Prognose über die zu erwartende Mehrbelastung derzeit nicht geboten.

### ***V. Zusammenfassung***

1. Die Absicht aller Gesetzesentwürfe, alle berufungsbeendenden Entscheidungen in gleicher Weise rechtsmittelfähig zu machen, insbesondere die Statthaftigkeit der Nicht-zulassungsbeschwerde nicht mehr daran zu knüpfen, dass das Berufungsgericht die Berufung durch Beschluss oder Urteil zurückgewiesen hat, ist uneingeschränkt zu begrüßen.
2. Für das Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO gibt es einen sinnvollen Anwendungsbereich, innerhalb dessen eine schnellere und effizientere Entscheidung über die Berufung möglich erscheint. Klare und überprüfbare Kriterien lassen sich dafür jedoch nur schwer aufstellen. Dies sollte daher dem Ermessen der Berufungsgerichte überlassen werden.
3. Eine etwa eintretende Mehrbelastung der Berufungsgerichte und des Bundesgerichtshofs ist aus rechtsstaatlichen Gründen hinzunehmen. Gleichwohl sollte über bestehende Entlastungsmöglichkeiten (Streichung des § 7 InsO; Einschränkung des § 70 Abs. 3 FamFG; Erleichterung der Verlängerung von Begründungsfristen; Erweiterung des § 544 Abs. 7 ZPO) nachgedacht werden.

Richard Lindner  
Rechtsanwalt