

Die zweite Tatsacheninstanz im geltenden und künftigen deutschen Zivilprozessrecht

Diederich ECKARDT*

Inhaltsübersicht: I. Einführung, II. Das deutsche Berufungsrecht i.d.F. des ZPO-Reformgesetzes (2002), 1. Überblick über die Neuregelung und allgemeine Evaluation durch die Praxis, a) Bindung an Tatsachenfeststellungen, b) Novenrecht, c) Beschlusszurückweisung, 2. Evaluationsergebnisse, a) Statistik, b) Bewertung durch die Praxis, c) Bewertung einzelner Aspekte, d) Evaluation der Evaluation, III. Reform der zweiten Tatsacheninstanz in einer "funktional zweigliedrigen" Zivilgerichtsbarkeit, 1. Bestandsaufnahme: Der Instanzenzug in den Gerichtsbarkeiten, 2. Die Diskussion in der deutschen Justizministerkonferenz in den Jahren 2004 – 2006, a) Das Modell "Kontrollinstanz", b) Das Modell "Zulassungsrechtsmittel", 3. Kurze Würdigung, a) Zulassungsberufung, b) Konsequente Beschränkung auf Fehlerkontrolle, c) Notwendigkeit einer Reform, IV. Resümee

I. Einführung

Der Zivilprozessualist hat, wenn es um die Auswahl eines klassischen Zitats zu einer rechtspolitischen Frage geht, sehr häufig die freie Auswahl aus 500 Jahren Prozessrechtsgeschichte, denn wenn es nicht gerade um den EDV-Einsatz in der Justiz geht, ist doch das meiste seit vielen Jahren dauernd oder immer wieder mal diskutiert worden. Zur Frage des Instanzenzugs stammt ein gerne gewähltes Zitat aus dem Handbuch von *Nikolaus Thaddäus v. Gönner*, der deutschen "Prozessrechtsbibel" in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, wo sich der Ausspruch findet, drei Instanzen seien "nach den Grundgesetzen der deutschen Staatsverfassung" zugleich "das Maximum und Minimum der Rechtshilfe". *Gönner* bezieht diese Aussage freilich, was häufig überlesen wird, ausdrücklich auf die "Staatsverfassung" und nicht auf die Teleologie der Rechtsmittel, was nach der Rechtsentwicklung der vorangegangenen Jahrhunderte auch reichlich blauäugig gewesen wäre: Die Frage des Instanzenzugs war von jeher als eminente Machtfrage angesehen worden, und so, wie sich in

* Dr.; Universitätsprofessor in Trier.

der Einrichtung der Appellation an die Reichsgerichte die zunächst noch wenig beschränkte Macht der kaiserlichen Zentralgewalt ausdrückte, so waren die später um sich greifenden Appellationsprivilegien der Territorialfürsten Ausdruck schwindender Kaisermacht und zunehmenden Selbstbewusstseins der Landesherren - auch der tatkräftige Kurfürst Franz Ludwig¹ aus Trier (wo sich die Universität befindet, an der ich unterrichtete) spendierte seinen ansonsten hungernden Untertanen deshalb bei der ersten Gelegenheit im Jahr 1719 die eigene dritte Instanz.

Folgen dieser Denkweise findet man, was gleichfalls nicht auf den ersten Blick zu erkennen ist, noch unserer heutigen Justizstruktur wieder: So hatte etwa bei der Schaffung der Reichscivilprozessordnung von 1877 der im preußischen Justizministerium und im Reichsjustizamt versammelte Sachverstand lange dafür plädiert, gegen erstinstanzliche Endurteile der Zivilkammer des Landgerichts nicht die Berufung vorzusehen, sondern, wie heute noch in Strafsachen, allein die Revision. Den uns heute so selbstverständlich erscheinenden Rechtszustand einer allgemeinen Berufungsfähigkeit erstinstanzlicher Endurteile verdanken wir erst dem Bundesrat und dort dem energischen Einsatz der Vertreter Bayerns, denen freilich weniger an bestmöglicher Richtigkeitsgewähr gelegen war als daran, auf ausdrücklichen Wunsch ihres "Märchenkönigs" Ludwigs II. ihre gewohnte Justizstruktur möglichst ohne Einbußen in das neue Reich hinüberzueretten - was sie, nachdem der Reichskanzler Bismarck sich an diesen Kautelen desinteressiert zeigte, auch schafften, mit der damals noch umfassenderen Revisionszuständigkeit des Bayrischen Obersten Landesgerichts (mittlerweile ja auch schon seligen Angedenkens) und der zweiten Tatsacheninstanz in allen Zivilsachen als wichtigsten Ergebnissen. Was die Bayern damals nicht mehr durchsetzen konnten, war der nur auf Divergenzvorlage zur Entscheidung berufene "Reichsrechtshof" anstelle des Reichsgerichts.²

¹ Franz Ludwig von Pfalz-Neuburg, Fürstbischof von Trier 1716 - 1729.

² Vgl. zum Ganzen *Biebl*, Bayerns Justizminister v. Fäustle und die Reichsjustizgesetze - Ein Beitrag zum deutschen Föderalismus in der Bismarckzeit (2003), S. 2, 146ff., 193ff., 324 und passim; *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans

Und damit sind wir schon mitten im Hier und Jetzt angekommen - nicht nur, was die Frage angeht, ob womöglich wiederum nicht ausschließlich sachgerechte Kriterien eine Rolle spielen in der Diskussion um die Schaffung einer neuen Justizarchitektur, sondern auch, weil es mindestens zur Mitte des laufenden Jahrzehnts tatsächlich so aussah, als ob mit 130 Jahren Verspätung jetzt die Bayern ihren Reichsrechtshof bekommen würden und die Preußen dafür die Abschaffung der zweiten Tatsacheninstanz - denn genau hierauf liefen die Pläne der deutschen Justizpolitik zu diesem Zeitpunkt weitgehend hinaus.

Mittlerweile haben sich die Grundanschauungen nämlich beträchtlich gewandelt. Man sieht die Gerichte als derart überlastet an, dass die dem Staat obliegende Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Kern gefährdet sei.³ Die Ursachen hierfür sieht man nicht zuletzt in einem falschen Rechtsmittelverständnis⁴ und einem übertriebenen Umfang des Instanzenzugs:⁵ "Unsere Kinder sind zu fett, und unsere Justiz auch", nannte es *Horst Eylmann* (CDU), der frühere Vorsitzende des Rechtsausschusses des Bundestages, und der hessische Justizminister Wagner erklärte, es gehe darum, die "Hypertrophie des Rechtsstaats" zu beenden. Nachdem verschiedene Korrekturen im Rechtsmittelrecht der einzelnen Gerichtsbarkeiten - zu nennen sind insbesondere die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Zulassungsberufung durch die 6. VwGO-Novelle (in Kraft seit 1.1. 1997)

Reichskammergericht - Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland (1976). Speziell zur rechtspolitischen Frage der Ausgestaltung der Berufungsinstanz s. *Jung Hoo Oh*, Der Prozessstoff der zweiten Instanz im Zivilprozess in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877 (2004), S. 3 ff. und *passim* (im Internet unter www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13793/tenea_juraweltbd51_hoo_oh.pdf).

- ³ Vgl. *Bettermann*, Der totale Rechtsstaat (1986), S. 16: "Je breiter der Rechtsweg, desto eher führt er ins Nichts. Der Rechtsschutz wird umso ineffektiver, je umfangreicher er versprochen und beansprucht wird."
- ⁴ Vgl. *Gilles*, JZ 1985, 253 f.: Der Zweck des Rechtsmittelverfahrens bestehe nicht in einer Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern in der Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung mit dem Ziel der Beseitigung eines rechtswidrigen Herrschaftsakts.
- ⁵ Vgl. etwa *Sendler*, DVBl 1982, 157 (154 f.); *Däubler-Gmelin*, ZRP 1998, 327 (328); w.N. bei *Jung Hoo Oh* (Fußn. 2), S. 211 ff.

und die Reform des zivilprozessualen Rechtsmittelrechts durch das ZPO-Reformgesetz (in Kraft seit seit 1.1. 2002) - nicht mit der gewünschten Eindeutigkeit Ergebnisse zeigten, beschlossen die in der sog. Justizministerkonferenz zusammengeschlossenen Justizminister des Bundes und der Länder⁶ in den Jahren 2004 - 2006 mehrfach, die Rechtsmittel zu vereinheitlichen und in Gestalt der sog. funktionalen Zweigliedrigkeit "auf das verfassungsrechtlich Notwendige zu beschränken". Dies sollte ursprünglich zum einen bedeuten, die zweite Tatsacheninstanz zu einer reinen Kontrollinstanz umzugestalten, zum anderen, die dritte Instanz, also das Parteirechtsmittel der Revision entfallen zu lassen und an seine Stelle in Divergenz- und Grundsatzfragen ein objektives Rechtsvereinheitlichungsverfahren in Gestalt eines Vorlageverfahrens zu den obersten Bundesgerichten zu setzen.

Die Diskussion über diese Vorschläge⁷ ist im Jahr 2006 mehr abgebrochen denn nach eingehender Abwägung des Für und Wider

⁶ Bei der Konferenz der Justizministerinnen und -minister, kurz Justizministerkonferenz (JuMiKo), handelt es sich um ein regelmäßiges formloses Treffen der Justizminister der deutschen Bundesländer, dem der Bundesjustizminister als Gast beiwohnt. Sie dient zur Koordination in Justizangelegenheiten und findet zumeist zweimal jährlich statt. Vorbereitet werden die Justizministerkonferenzen von vorangehenden Treffen der Staatssekretäre und Staatsräte der Landesjustizministerien.

⁷ Vgl. - in zeitlicher Reihenfolge - *Heister-Neumann*, "Große Justizreform": der Weg zu einer zukunftsfähigen Justiz, ZRP 2005, 12 (Erwiderung *Vultejus*, S. 99); *Weth*, Justizminister im Reformrausch? - Zum geplanten Umbau der Justiz, ZRP 2005, 119; *Böttcher*, Große Justizreform - warum und mit welchem Ziel?, in: *Rechtspolitik und Berufspolitik* (2005), S. 13; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zur Großen Justizreform", BRAK-Mitteilungen 2005, 263; *Dury*, Die "Große Justizreform" beruht auf großen Irrtümern, ZRP 2005, 262; *Mackenroth*, Plädoyer für eine Große Justizreform, NJ 2005, 481; Positionspapier des Deutschen Richterbundes, DRiZ 2005, 273; *Wrobel*, Justizreform heute und gestern: ein kritischer Beitrag zur drohenden Demontage unseres Rechtsstaates, in: *Festschrift für Wulf Eckart Voß* (2005), S. 277; *Mertin*, "Große Justizreform" - Reform des Rechtsmittelrechts durch Schaffung einer "Funktionalen Zweigliedrigkeit"? in: *Recht und Politik* 41 (2005), S. 67; *Dauner-Lieb*, Das Projekt "Große Justizreform": Effizienz statt Gerechtigkeit?, AnwBl 2005, 369; *Roth*, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006, 9; *Wassermann*, "Große" Justizreform? in: *Recht und Politik* 42 (2006), 80; *Weth*, Einige prozessrechtliche Anmerkungen zur großen Justizreform, NZA 2006, 182.

beendet worden; sie wird voraussichtlich nach den Bundestagswahlen Ende 2009 erneut aufflammen.⁸ Da es sich zugleich um die meistdiskutierte Frage aus dem deutschen Zivilprozessrecht der letzten 15 Jahre handelt⁹ - hier wird ja letztlich eine Diskussion weitergeführt, die in den 1990er Jahren begonnen hat¹⁰ und in das zum 1.1.

⁸ Vgl. - allerdings bezogen auf die laufende Legislaturperiode - *Dury*, ZRP 2005, 262 (264 Fn. 16): "Es ist gut vorstellbar, dass der Reformrausch in der neuen Legislaturperiode mit neuer Kraft ausbricht."

⁹ Aus dem unübersehbaren Schrifttum allein der letzten Jahre vgl. speziell zum neuen Berufungsrecht etwa (in zeitlicher Reihenfolge) *Heiderhoff*, Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform, JZ 2003, 490; *Greger*, Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht, NJW 2003, 2882; *ders.*, Die ZPO-Reform - 1000 Tage danach, JZ 2004, 805; *Debusmann*, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Berufungsrecht, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages Bonn 2004, Band I, Gutachten, Berichte A, S. A 43; *Hirtz*, ebd. S. A 53; *Raeschke-Kessler*, Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess - ein Fortschritt? (2004); *Gaier*, Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens, NJW 2004, 110; *ders.*, Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 2041; *Lechner*, Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufungsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers, NJW 2004, 3593; *Rixecker*, Fehlerquellen am Weg der Fehlerkontrolle - Rechtsprobleme des reformierten Berufungsrechts in Verkehrs- und Versicherungssachen, NJW 2004, 705; *Jung Hoo Oh* (Fußn. 2), S. 243 ff.; *Jaeger*, Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess: Erfahrungen, Änderungsbedarf, NZV 2005, 22; *Hefler*, Die Berufungsinstanz nach dem ZPO-Reform-Gesetz von 2002 - Tatsachen- oder Rechtskontrollinstanz, NJW-Sonderheft, BayObLG 2005, 47; *Macke*, Das neue Berufungsrecht - Anmerkungen aus richterlicher Sicht, DAR 2005, 138; *Rimmelspacher*, Verspätet, aber zugestanden: Nova in der Berufungsinstanz, Festschrift für Schlosser (2005), S. 747; *Schellenberg*, Zurückweisungsbeschluss im Berufungsverfahren, MDR 2005, 610; *Roth*, Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess - Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 2005, 174; *Baumann*, Prüfungsumfang und Prüfungsprogramm im Berufungsverfahren nach der Zivilprozessreform 2002 (2006); *Lange*, Prozessstoff und Prüfungsumfang in der Berufungsinstanz nach der ZPO-Reform 2002 (2007); *Gehrlein*, Das Berufungsverfahren nach der ZPO-Reform: eine kritische Bestandsaufnahme, in: Festschrift für Egon Müller (2008), S. 169; *Schwarz*, Die reformierte Berufung im Spannungsfeld zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz (2008).

¹⁰ S. insbes. *Wolfgang Jaeger*, *Erhard Senninger* und *Peter Gottwald*, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages (1996); *Bischof*, Schlanker Staat - Große oder Vernünftige Justizreform?, ZRP 1999, 353;

2002 in Kraft getretene, primär das Rechtsmittelrecht der ZPO betreffende "Gesetz zur Reform des Zivilprozessrechts" eingemündet hat -, erscheint es daher sinnvoll, ihren Stand einmal zu rekapitulieren. Indem ich dies in einer dem geschätzten Kollegen *Haluk Konuralp* gewidmeten Gedächtnisschrift tue, soll zugleich das rechtsvergleichende Interesse gewürdigt werden, das den Verstorbenen und mit ihm die gesamte türkische Zivilprozessrechtswissenschaft immer ausgezeichnet hat.

II. Das deutsche Berufungsrecht i.d.F. des ZPO-Reformgesetzes (2002)

1. Überblick über die Neuregelung und allgemeine Evaluation durch die Praxis

Die ZPO des Jahres 1879 verfolgte für die Berufung folgende Konzeption: "Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugnis der Appellation, ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung und Berichtigung des untergerichtli-

Kornblum, Für eine "lupenreine" dreistufige Zivilgerichtsbarkeit, ZRP 1999, 382; *Winte*, Große Justizreform - Quo vadis?, ZRP 1999, 387; *Alberts*, Gerichtsverfahren als Objekt wirtschaftlicher Analyse, Einige Anmerkungen anlässlich des Reformprojekts der ZPO, FoR 2000, 76; *Ayad*, Optimierung des Rechtsschutzes und effektiverer Richtereinsatz?, ZRP 2000, 229; *Braun*, Rechtsmittelreformgesetz - "Geplante Forschung"? Kritische Zusammenfassung der rechtstatsächlichen Untersuchung zur Funktion und Ausgestaltung des Berufungsverfahrens im Zivilprozeß von Rimmelspacher, BRAK-Mitt 2000, 110; *Goebel*, Rechtsmittelreform, in Zivilsachen und Rechtspolitik - Theoretische Anfragen in praktischer Absicht, ZZP 113 (2000), 49; *Musielak*, Reform des Zivilprozesses, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozeßreformgesetz - ZPO-RG), NJW 2000, 2769; *Renk*, Rechtsmittelreform - so nicht!, Die Stellungnahme des DRB zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, DRiZ 2000, 171; *Greger*, Justizreform? Ja, aber..., JZ 2000, 842; *Prütting*, Rechtsmittelreform 2000 oder: Der Staat spart und der Rechtsstaat leidet (2000); *Rimmelspacher*, Funktion und Ausgestaltung des Berufungsverfahrens im Zivilprozess (2000).

S. zu älteren Überlegungen aber *Book*, Die Justizreform in der Frühzeit der Bundesrepublik: Die Beratungen der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit in den Jahren 1955 - 1961 (2005); *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik: Vorstudie zur Analyse und Reform der Rechtsmittel in der Zivilgerichtsbarkeit (1992).

chen Urteils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurteilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt worden sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judiziums, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter." Mit dem am 1.1.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reformgesetz wurde mithin ein Paradigmenwechsel zurück zum gemeinen Recht vollzogen, da nach den Vorstellungen des Gesetzgebers¹¹ die Berufungsinstanz als vollwertige zweite Tatsacheninstanz abgeschafft und der Berufung wieder die Aufgabe der Kontrolle und Korrektur gerichtlicher Fehler zugewiesen werden sollte.

a) **Bindung an Tatsachenfeststellungen.** § 513 Abs. 1 ZPO soll diesen grundlegenden Funktionswechsel deutlich machen: An die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts – soweit diese nicht rechtsfehlerhaft erfolgt sind – wird das Berufungsgericht grundsätzlich gebunden; ein beschränktes tatsächliches Wiederaufrollen soll nur noch in den von § 529 Abs. 1 ZPO vorgegebenen Grenzen stattfinden. Der Reformgesetzgeber wollte damit die Berufungsgerichte von solchen Tatsachenfeststellungen entlasten, die bereits die erste Instanz vollständig und überzeugend getroffen hat. Hierdurch sollte nicht nur dem berechtigten Interesse rechtssuchender Parteien an einer Streitbeendigung in einer Instanz Rechnung getragen werden. Vielmehr sollte zugleich auch im Interesse des Allgemeinwohls eine unnötige Inanspruchnahme der „knappen Ressource Recht“ im zweiten Rechtszug vermieden werden; die Ausgestaltung des Berufungsrechts steht insofern in Zusammenhang mit der den Parteien auferlegten Verpflichtung, im ersten Rechtszug möglichst intensiv zur ge-

¹¹ Vgl. BT-Dr. 14/4722, S. 64, 100; BT-Dr. 14/6023, S. 123. Umstritten ist, ob dem Gesetzgeber die Verwirklichung seiner Regelungsabsicht gelungen ist (so etwa MünchKomm/Rimmelspacher, ZPO, 3. Aufl. (2007), § 529 Rn. 1; *Schneider*, NJW 2001, 3756 (3758)) oder ob sich, sei es aufgrund einer defizitären gesetzlichen Umsetzung dieser Regelungsabsicht oder aufgrund der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, im Ergebnis gar nicht viel geändert hat (so *Lechner*, NJW 2004, 3593 (3599); *Greger*, JZ 2004, 805 (816); *Stackmann*, NJW 2007, 9 (14)). Vgl. zum Ganzen *Doukoff*, Die zivilrechtliche Berufung, 3. Aufl. (2005), Rn. 139 ff.

richtlichen Sachverhaltsaufklärung beizutragen.¹² Von den entscheidungserheblichen, rechtsfehlerfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz kann das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur abweichen, soweit - aufgrund Parteivortrags oder von Amts wegen - konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Man sollte freilich dazu sagen, dass die Berufungsgerichte, so jedenfalls der BGH,¹³ nach solchen Anhaltspunkten regelrecht suchen müssen,¹⁴ was - zusammen mit einer sehr großzügigen Handhabung der zu einer Neubeurteilung Anlass gebenden "Zweifel" und deren Folgen¹⁵ - zum einen den gewünschten Entlastungseffekt erheblich reduziert, zum anderen die apostrophierte funktionelle Neubestimmung der Berufung mindestens gefährdet.

b) **Novenrecht.** Verschärft hat das ZPO-Reformgesetz auch die vertikale Präklusion:¹⁶ Neuer Tatsachenvortrag in zweiter Instanz ist

¹² Vgl. BT-Dr. 14/6023, S. 123; ausführlich zum langwierigen Gesetzgebungsprozess und zu den Regelungsabsichten des Gesetzgebers *Baumann* (Fußn. 9), S. 37 ff., 45 ff.; *Jung Hoo Oh* (Fußn. 2), S. 243 ff.; *Lange* (Fußn. 9), S. 1 ff., jew. m.w.N.

¹³ In der Rechtsprechung der Berufungsgerichte wird dies offenbar in sehr unterschiedlichem Umfang nachvollzogen; s. dazu hoch unten sub 2. zu den Evaluationsergebnissen.

¹⁴ Vgl. BGHZ 158, 269 = NJW 2004, 1876 (1878 f.); BGHZ 162, 313 = NJW 2005, 1583 (1584); dazu *Gaier*, NJW 2004, 2041 (2043); *Löhnig*, FamRZ 2004, 245 (247); abl. *Fellner*, MDR 2004, 957 (958).

¹⁵ Sehr großzügig interpretiert von BVerfG NJW 2003, 2524; BGH NJW 2003, 3480 (3481); BGHZ 158, 269 = NJW 2004, 1876 ff.; BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152 (2153 f.); BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825 (2826); BGHZ 159, 254 = NJW 2004, 2828 (2830); BGHZ 162, 313 = NJW 2005, 1583 (1584); dazu *Baumann* (Fußn. 9), S. 63 ff., 102 ff., 108 ff., 112 ff.; *Doukoff* (Fußn. 11), Rn. 137, 153 ff.; *Fellner*, MDR 2006, 552, 946 u. 1366; *Gaier*, NJW 2004, 2041 (2044); *Lange* (Fußn. 9), S. 39 ff.; *Manteuffel*, NJW 2005, 2963; *Rimmelspacher*, JZ 2005, 1061; *ders.* in MünchKomm (Fußn. 1), § 529 Rn. 16 ff.

¹⁶ Grundlegend für das System der Präklusion in zweiter Instanz ist die Unterscheidung zwischen vertikaler (instanzübergreifender/zwischeninstanzlicher) und horizontaler (berufungsinstanzlicher) Präklusion: Im Vordergrund steht die auch Instanzversäumung genannte vertikale Präklusion; sie betrifft die Frage, ob die Parteien etwas überhaupt erstmals in der Berufungsinstanz vortragen dürfen

nach Inkrafttreten des ZPO-Reformgesetzes nur noch ausnahmsweise möglich; man kann schon von einem "allgemeinen Novenverbot"¹⁷ sprechen. Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind - unabhängig von einer etwaigen Verzögerung des Rechtsstreits (anders nach § 528 Abs. 1 ZPO a.F.) - nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.¹⁸ § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO betreffen Fälle, in denen das erstinstanzliche Gericht für Unzulänglichkeiten im Parteivortrag mitverantwortlich ist. Die Nr. 3 der Vorschrift betrifft dagegen die Unzulänglichkeit des Parteivortrags, deren Ursache in der Sphäre der Partei zu suchen ist; sie stellt den Kern des verschärften Novenverbots dar.¹⁹

c) **Beschlusszurückweisung.** Von praktisch überragender Bedeutung ist der durch das ZPO-Reformgesetz neu eingeführte § 522 Abs. 2 ZPO, wonach das Berufungsgericht eine aussichtslose Berufung, die keine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung besitzt, im Wege einer Vorabentscheidung durch einstimmigen Beschluss zurückweisen muss; der Beschluss ist unanfechtbar (Abs. 3). Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg, wenn das Berufungsgericht auf Grund des Akteninhalts zu der Überzeugung gelangt, dass die Berufung unbegründet ist; eine besondere "Offensichtlichkeit" der mangelnden Erfolgsaussicht wird nicht vorausgesetzt.²⁰ Vor der Beschlussfassung sind die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen; dem Berufungsführer ist befristet Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 522 Abs. 2 S. 2 ZPO). Durch die Möglichkeit der Beschlusszurückweisung sollen die Beru-

(§ 531 ZPO). Die horizontale Präklusion betrifft die Frage, *bis wann* die Parteien innerhalb der zweiten Instanz vorzutragen haben (§ 530 ZPO).

¹⁷ BGH NJW-RR 2004, 927 (928).

¹⁸ Vgl. bereits die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/4722, S. 101; aus der Praxis etwa BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291 (292); dazu *Baumann* (Fußn. 9), S. 133 ff.; *Lange* (Fußn. 9), S. 85 ff.; *Rimmelspacher*, in: Festschrift für Schlosser (2005), S. 747 (753ff.); *Meller-Hannich*, NJW 2006, 3385 (3388). Zur Verfassungsmäßigkeit s. m.w.N. BVerfG NJW 2005, 1768 (1769); *Baumann* (Fußn. 9), S. 141 ff.; *Lange* (Fußn. 9), S. 94 ff.; a.A. *Schneider*, NJW 2003, 1434 (1435).

¹⁹ *Doukoff* (Fußn. 11), Rn. 160.

²⁰ BT-Dr 14/4722, S. 97; gebilligt von BVerfG NJW 2003, 281.

fungengerichte nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Interesse der rechtssuchenden Parteien und der Allgemeinheit an einer möglichst zügigen und unnötigen Aufwand vermeidenden Verfahrensbeendigung von Verhandlungsterminen entlastet und der Eintritt der Rechtskraft zugunsten der in erster Instanz obsiegenden Partei beschleunigt werden.²¹

Die Bestimmung über die unanfechtbare Beschlusszurückweisung wird, obwohl sie irgendeinen Ermessensspielraum an sich nicht gewährt²², durch die Berufungengerichte sehr unterschiedlich gehandhabt²³: Während ein Teil der Gerichte die Bestimmung aus praktischen und berufsethischen Erwägungen sehr restriktiv anwendet, machen andere von der Möglichkeit der Beschlusszuweisung exzessiven Gebrauch und erliegen dabei offenbar zuweilen auch der von Anfang an befürchteten Versuchung zur Selbststeuerung der Arbeitsbelastung.²⁴ Dies hat der Beschlusszurückweisung von Anfang an besondere Kritik und sogar den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit eingetragen,²⁵ und ein aktueller Gesetzesentwurf der FDP-Bundestagsfraktion verlangt aus demselben Grund, zumindest die Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses wieder aufzugeben.²⁶ Das BVerfG hat die unanfechtbare Beschlusszurückweisung dagegen in mehreren Kammerbeschlüssen als grundsätzlich

²¹ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Dr. 14/4722, S. 97.

²² BGH NJW 2007, 2644.

²³ Vgl. Siegel, MDR 2003, 481 (482); Hirtz (Fußn. 9), S. 65; Gottwald (Fußn. 9), S. 117; eingehende Zahlen bei Greger, JZ 2004, 805 (813 ff.). S. dazu noch unten sub 2. zu den Evaluationsergebnissen.

²⁴ Zutr. Doukoff (Fußn. 11), Rn. 318.

²⁵ Vgl. Barbier/Arbert, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss gem. § 522 II ZPO, ZRP 2007, 257 ff.; Nassall, "Verfassungsgerichtliche Lawinensprengung? - Das BVerfG und die Berufungs-Beschlusszurückweisung", NJW 2008, 3390; Krüger, Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 II ZPO, NJW 2008, 945; hiergegen aber Trimbach, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss im Zivilprozess - notwendig und verfassungsgemäß, NJW 2009, 401 ff.; im Wesentlichen referierend Schellenberg, Der Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO in der gerichtlichen Praxis, MDR 2005, 610 ff.; Vossler, Die aktuelle Rechtsprechung zur Berufungszurückweisung nach § 522 I ZPO, MDR 2008, 722.

²⁶ BT-Dr. 16/11457 vom 17.12. 2008.

verfassungsgemäß gebilligt,²⁷ versucht jedoch zugleich, gewissen Übertreibungen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung entgegenzuwirken. Das Berufungsgericht dürfe, so das BVerfG, eine Berufung nicht wegen mangelnder Erfolgsaussichten zurückweisen, wenn dem Rechtsstreit eine umstrittene und höchstrichterlich nicht geklärte reversible Rechtsfrage zugrunde liege. Anderenfalls verletze es das Recht des Berufungsführers auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 Abs.1 in Verbindung mit Art. 20 Abs.3 GG.²⁸ Zur Begründung weist das BVerfG darauf hin, das Gebot effektiven Rechtsschutzes beeinflusse auch die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die für die Eröffnung eines Rechtswegs und die Beschreitung eines Instanzenzugs von Bedeutung seien. Es begründet zwar keinen Anspruch auf eine weitere Instanz; die Entscheidung über den Umfang des Rechtsmittelzugs bleibt vielmehr dem Gesetzgeber überlassen.²⁹ Habe der Gesetzgeber sich jedoch für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden und sehe die betreffende Prozessordnung dementsprechend ein Rechtsmittel vor, so dürfe der Zugang dazu nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert werden.³⁰ Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes unvereinbar sei eine den Zugang zur Revision erschwerende Auslegung und Anwendung des § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO danach dann, wenn sie sachlich nicht zu rechtfertigen ist, sich damit als objektiv willkürlich erweise und dadurch den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar einschränke.³¹

²⁷ BVerfG NJW 2003, 281; BVerfG NJW 2005, 659; BVerfG NJW 2005, 1931 (1932 f.); BVerfG WM 2005, 1577 (1578 f.); BVerfG NJW 2007, 3118 (3119 f.); BVerfG NJW-RR 2007, 1194; BVerfG NJW 2008, 504 (505); BVerfG NJW 2008, 3419; BVerfG NJW 2009, 137; BVerfG NJW 2009, 572.

²⁸ BVerfG NJW 2009, 572.

²⁹ Vgl. BVerfGE 54, 277 (291) = NJW 1981, 39; BVerfGE 89, 381 (390) = NJW 1994, 1053; BVerfGE 107, 395 (401f.) = NJW 2003, 1924.

³⁰ Vgl. BVerfGE 69, 381 (385) = NJW 1986, 244; BVerfGE 74, 228 (234) = NJW 1987, 2067; BVerfGE 77, 275 (284) = NJW 1988, 1255.

³¹ BVerfG NJW 2008, 504 (505); BVerfG NJW 2009, 572.

2. Evaluationsergebnisse

a) **Statistik.** Die mittlerweile im Detail vorliegenden Evaluationsergebnisse zu den praktischen Auswirkungen der ZPO-Reform 2002³² zeigen nach Auffassung der Verfasser der Studie und des Bundesjustizministeriums, dass das neue Rechtsmittelrecht sich "bewährt" habe. Die Balance zwischen mehr Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bürgerinnen und Bürger und der Konzentration der Berufungsinstantz auf ihre Kernaufgabe (Fehlerkontrolle) sei gelungen. Insgesamt hätten sich die Berufungsverfahren signifikant beschleunigt. Insgesamt sei eine spürbare Effizienzsteigerung im Berufungsverfahren und eine deutliche Entlastung der Berufungsgerichte festzustellen. Vor diesem Hintergrund müsse eine weitergehende Beschränkung der zivilprozessualen Rechtsmittel im Rahmen einer "Großen Justizreform" mit Skepsis betrachtet werden; es sei davon auszugehen, dass die angestrebten Beschleunigungs- und Entlastungspotentiale bereits durch die ZPO-Reform ausgeschöpft worden seien bzw. werden könnten.³³

Blickt man genauer hin, so ist indes - abgesehen von offensichtlichen Ungereimtheiten der Studie³⁴ - schon sehr fraglich, ob die starken regionalen Schwankungen der Ergebnisse überhaupt eine zusammenfassende, die höchst unterschiedlichen Verhältnisse über einen Kamm scherende Würdigung erlauben.³⁵ Im Detail zeigt sich

³² Nach *Hommerich/Prütting*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis (2006, Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse s. www.bmj.bund.de/media/archive/1216.pdf).

³³ Zusammenfassung aaO. sub IV.2.

³⁴ So bestehen z.B. hinsichtlich der Dauer der erledigten Verfahren in erster Instanz massive Unterschiede zwischen Zählkartenstatistik für 2003 und der Stichprobe (vgl. *Hommerich/Prütting*, aaO. Tabelle S. 386). Hinsichtlich der Erledigungsart ergeben sich ebenfalls erhebliche Unterschiede zwischen der Zählkartenstatistik 2003 und der Stichprobe (Tabelle S. 389).

³⁵ Die durchschnittliche Dauer erstinstanzlicher Verfahren vor den Landgerichten bis zu einem streitigen Urteil schwankte zwischen 11,6 in den alten und 12,3 Monaten in den neuen Ländern, zwischen 9,7 Monaten in den Stadtstaaten und 11,9 Monaten in den Flächenstaaten, zwischen 7,3 in den südlichen und 8,3 in

zudem ein sehr durchwachsendes, allenfalls leicht positives Bild. Immerhin ging nicht nur in den Senatssachen beim OLG die durchschnittliche Verfahrensdauer von 8,6 über 8,1 auf 7,4 Monate zurück sein, sondern auch in den Einzelrichtersachen von 12,0 über 11,9 auf 11,1 Monate.³⁶ Die Zahlen für das Landgericht sehen ähnlich aus, so entwickelte sich die durchschnittliche Verfahrensdauer in den Einzelrichtersachen beim streitigen Urteil von 7,8 über 7,2 auf 7,1 Monate zurück, bei den Kammersachen von 7,1 über 7,1 auf 6,6 Monate; in den Verfahren nach § 522 Abs. 1 ZPO vor dem Einzelrichter von 3,1 über 3,8 auf 4,4 Monate, vor der Kammer von 3,2 über 3,7 auf 3,9 Monate.³⁷ Es zeigt sich aber bereits, dass diese Verkürzung der Berufungsinstanz auf Kosten einer Verfahrensverlängerung in erster Instanz gehen kann, da sich die Dauer der Gesamtverfahren (Eingang erste Instanz bis Erledigung beim Oberlandesgericht) bei den dem Einzelrichter zur Entscheidung übertragenen Sachen von 25,9 über

den mittleren Bundesländern (*Hommerich/Prütting*, aaO. Tabelle S. 312, 313). Die durchschnittliche Dauer von Berufungsverfahren vor den Oberlandesgerichten schwankte, wenn ein Streitiges Urteil erging, zwischen 10,3 vor den mittleren und 11,3 vor den nördlichen Bundesländern; die Verfahrensdauer insgesamt zwischen 7,6 in den mittleren und südlichen und 7,9 in den nördlichen Bundesländern. Zwischen 10,2 in den Stadtstaaten und 7,3 in den Flächenstaaten (Tabelle S. 346). Zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme gem. § 529 Abs. 1 ZPO kam es an den Oberlandesgerichten der alten Bundesländer in 9 % der Fälle, in den neuen Bundesländern nur in 2 % der Fälle, in den Stadtstaaten in 14 % der Fälle, in den Flächenländern in 6 % der Fälle, in den nördlichen Ländern in 12 %, in den südlichen mit 6 %; hinsichtlich der Landgerichte schwanken die Zahlen zwischen 2 % an den mittleren Bundesländern und 8 % an den südlichen und nördlichen Bundesländern (Tabelle S. 347). Die Erledigung des Berufungsverfahrens durch Beschluss gem. § 522 Abs. 2 schwankte zwischen 9,3 % in den mittleren und 13,9 % in den nördlichen Bundesländern. Der Umstand, dass die durchschnittliche Dauer des Gesamtverfahrens laut Tabelle S. 343 bei 22,9 Monaten lag, was das arithmetische Mittel anging, dagegen bei 17,9, was den Median angeht, lässt ebenfalls auf eine sehr große Varianz schließen. Für das Landgericht liegen die entsprechenden Zahlen bei 15,3 und 12,8 Monaten.

³⁶ *Hommerich/Prütting* aaO. S. 361.

³⁷ *Hommerich/Prütting* aaO. Tabelle S. 355.

26,7 auf 26,1 Monate erhöhte; bei den Senatssachen sank sie allerdings von 23,3 über 23,1 auf 22,6 Monate.³⁸

b) **Bewertung durch die Praxis.** Die Berufungsrichter stehen der ZPO-Reform nicht eindeutig positiv oder negativ gegenüber. 52 % der Berufungsrichter an Landgerichten und 69 % der Richter an Oberlandesgerichten benennen sowohl positive als auch negative Aspekte der Reform, wobei die Richter an Landgerichten der Reform in der Tendenz deutlich positiver gegenüberstehen als ihre Kollegen an Oberlandesgerichten. Eindeutig ablehnend stehen jedoch in beiden Fällen unter 10 % der Richter der ZPO-Reform gegenüber.³⁹ Erstaunlicherweise differieren die Ergebnisse auch regional stark: Die generell positive Einschätzung der ZPO-Reform ist bei den Richtern an den Landgerichten und Oberlandesgerichten der nördlichen Bundesländer mit 46 % bzw. 36 % am höchsten und an den Landgerichten und Oberlandesgerichten der mittleren und südlichen Länder mit 38 bzw. 22 % am niedrigsten. Deutlich positiver ist die Einschätzung auch an den Gerichten der alten Bundesländer, negativer bei den Gerichten der neuen Bundesländer, positiver an Landgerichten als an Oberlandesgerichten.⁴⁰

Erwartungsgemäß negativer ist die Einschätzung durch die Anwaltschaft: Nur 4 % der Anwälte sehen die Einschränkung der Berufungsinstanz als volle Tatsacheninstanz positiv i.S. einer Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren, 28 % sehen demgegenüber gerade in dieser Einschränkung der Berufungsinstanz eine Beschränkung des Rechts der Parteien sowie eine Verringerung der Gewähr auf materielle Richtigkeit. Die Möglichkeit der Beschlusszurückweisung heben 1 % der Anwälte positiv, aber 16 % negativ hervor. Sogar knapp 30 % monierten in diesem Zusammenhang eine Beschränkung der Parteirechte sowie fehlende Rechtssicherheit. Etwa 60 % der Anwälte sehen durch die Bindung der Berufungsinstanz als Instanz der Fehlerprüfung an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung eine Zu-

³⁸ Hommerich/Prütting aaO. Tabelle S. 362.

³⁹ Hommerich/Prütting aaO. S. 257.

⁴⁰ Hommerich/Prütting aaO. S. 262.

satzbelastung für ihre Prozessführung in der ersten Instanz; etwa 55 % der Anwälte sieht die Präklusionsregel gem. § 531 ZPO als Ursache für eine Ausweitung des Tatsachenvortrags bzw. Prozessstoffs in erster Instanz.⁴¹

c) **Bewertung einzelner Aspekte.** 57 % der Richter an Landgerichten und 72 % der Richter an Oberlandesgerichten heben die Neuerungen des Novenrechts hervor, weil sie zur Verfahrensbeschleunigung beitragen, zu einem verbesserten Parteivortrag in erster Instanz führten und mit einer generellen Aufwertung der ersten Instanz einhergingen. Für 39 % der Richter an Oberlandesgerichten (allerdings nur 12 % der Richter an Landgerichten) ist allerdings gerade das Novenrecht zentraler Kritikpunkt; insofern wird vor allem kritisiert, dass gerade auch durch die Rechtsprechung des BGH, mit der die Einschränkung der Berufungsinstanz als zweite Tatsacheninstanz weitgehend zurückgenommen wurde, das eigentliche Reformziel mit den Neuregelungen nicht erreicht wurde.⁴²

Der Anteil der Richter, nach deren Einschätzung die Häufigkeit der Wiederholung erstinstanzlicher Beweisaufnahmen durch die Abschaffung der Berufungsinstanz als volle Tatsacheninstanz zurückgegangen ist, divergiert hinsichtlich der Berufungsrichter am Landgericht zwischen 60 % in den nördlichen und 85 % in den südlichen Ländern, während es bei den Oberlandesgerichten mit 79 % bei den nördlichen und 63 % bei den südlichen Ländern andersherum zu sein scheint. Der Anteil der Richter, nach deren Einschätzung Schwierigkeiten durch das Kriterium der "konkreten Anhaltspunkte für Zweifel" (§ 529 Abs. 1 ZPO) entstehen, divergiert zwischen 27 % bei den nördlichen und 13 % bei den südlichen Ländern, was die Berufungsrichter am Landgericht angeht, während es auch hier hinsichtlich der Oberlandesrichter mit 15 % bei den nördlichen und 25 % bei den südlichen Ländern umgekehrt zu sein scheint.⁴³

⁴¹ Hommerich/Prütting aaO. Tabelle S. 330.

⁴² Hommerich/Prütting aaO. S. 258 ff.

⁴³ Hommerich/Prütting aaO. Tabelle S. 373.

Sehr uneinheitlich ist auch die Aufnahme in der Praxis, die die Möglichkeit der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO gefunden hat. 39 % bzw. 64 % der Befragten an Land- und Oberlandesgerichten sehen sie positiv, im Wesentlichen, weil dies zur Verfahrensbeschleunigung und Arbeitsentlastung beitrage. Demgegenüber sehen 17 % der Richter an Oberlandesgerichten (allerdings nur 2 % der Berufungsrichter an Landgerichten) die Möglichkeit zur Beschlusszuweisung kritisch, weil dadurch eine Mehrbelastung der Richter entstehe und weil mit dieser Regelung ein Verlust an Rechtssicherheit einherginge.⁴⁴ Die Statistik hat zugleich ergeben, dass die Berufungsrichter den nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO erforderlichen Hinweis auf die beabsichtigte Beschlusszurückweisung in der Regel nach rund sechs Wochen am Landgericht und nach rund acht Wochen an Oberlandesgerichten erteilten. Ein solcher Hinweis erfolgte in 22 % aller analysierten Verfahren vor dem Landgericht und in 29 % der Verfahren vor den Oberlandesgerichten.⁴⁵ In der Hinweispflicht dürfte auch der Grund dafür liegen, dass für die Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO die durchschnittliche Verfahrensdauer sogar gestiegen ist, und zwar bei den Einzelrichtersachen von 2,8 über 6,0 auf 5,2 Monate bei den Senatssachen von 3,8 über 4,8 auf 5,3 Monate.⁴⁶

d) Evaluation der Evaluation. Wenn man ehrlich ist, hat die aufwendige Evaluation des ZPO-Reformgesetzes gerade hinsichtlich des im Zentrum der Aufmerksamkeit stehenden Rechtsmittelrechts kaum aussagekräftige Ergebnisse geliefert. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die ohnehin geringere Verkürzung der durchschnittlichen Verfahrensdauer in dem dringenden Verdacht stehen muss, durch unangemessenen Einsatz des Mittels der Beschlusszurückweisung mitverursacht zu sein. Die erheblichen regionalen Unterschiede, die die Studie aufgezeigt hat, ohne sie erklären zu können, verstärken diesen Verdacht noch - offenbar sind in den gemäßigten Durchschnittszahlen die Ergebnisse diametral entgegengesetzter Rechts- und Gerichtskulturen zusammengerührt: solchen, denen es primär darauf an-

⁴⁴ Hommerich/Prütting aaO. S. 258ff.

⁴⁵ Hommerich/Prütting aaO. S. 204 ff.

⁴⁶ Hommerich/Prütting aaO. Tabelle S. 366.

kommt, den Prozess zügig zum Ende zu bringen, und solchen, denen die skrupulöse Anwendung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien noch ein Selbstzweck ist und die inhaltliche Richtigkeitsgewähr wichtiger als die unbedingte Beschleunigung der Verfahrenserledigung. Wer nach richtigen Entscheidungen fragt und nach der Akzeptanz der Justiz bei der rechtsschutzsuchenden Bevölkerung, findet in einer Studie, die an ausschließlich quantitativen Kriterien und am verabsolutierten Ziel eines "kurzen Prozesses" orientiert ist, ohnehin keine Antworten.

III. Reform der zweiten Tatsacheninstanz in einer "funktional zweigliedrigen" Zivilgerichtsbarkeit

Ohne lange abzuwarten, ob sich die zu diesem Zeitpunkt kaum drei Jahre alte "große ZPO-Reform" denn in der Praxis bewähre, beschlossen die deutschen Justizminister auf ihrer Herbstkonferenz am 25.11.2004 in Berlin sog. Eckpunkte für eine "Große Justizreform".⁴⁷ Dem lag die Überzeugung zugrunde, dass das bestehende Rechtssystem an der Vielgestaltigkeit der vorgesehenen Verfahren und der Unübersichtlichkeit der Voraussetzungen und Formen des gerichtlichen Rechtsschutzes leide: Den meisten Bürgern bleibe unklar, über welche Rechtsschutzmöglichkeiten sie nach den einzelnen Verfahrensordnungen verfügten. Die mangelnde Transparenz des Systems stelle seine Handhabbarkeit und auf Dauer die bislang noch hohe Qualität der Justizgewährleistung in Frage. Dem gelte es, rechtzeitig mit einer grundlegenden Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen und Rechtsmittelsysteme zu begegnen. Das Ziel müsse es sein, ein neues System zu entwickeln, das durch hohe Transparenz und leichte Handhabbarkeit charakterisiert ist. Punkt 1.2 des "Eckpunktepapiers zur Großen Justizreform" erklärte deshalb: "Die Justizministerinnen und Justizminister sprechen sich für eine funktionale Zweigliedrigkeit aus. Der Eingangsinstanz (Tatsacheninstanz) soll grundsätzlich jeweils nur ein Rechtsmittel folgen. Die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist durch ein

⁴⁷ Vgl. www.justiz.bayern.de/ministerium/jumiko/beschluss/#anker_sprungmarke_0_9.

Vorlageverfahren für Fälle der Divergenz und der grundsätzlichen Bedeutung sicherzustellen. Rechtsmittel sind zu vereinheitlichen und auf das verfassungsrechtlich Notwendige zu beschränken."

1. Bestandsaufnahme: Der Instanzenzug in den Gerichtsbarkeiten

Um zu verstehen, was die Justizminister zu diesem Schritt motivierte, bedarf es zunächst einer Bestandsaufnahme des Status quo, also des Instanzenzugs in den verschiedenen deutschen Gerichtsbarkeiten. Dies ist deshalb sinnvoll, weil die mit den "Eckpunkten" der Justizminister aus dem Jahr 2004 losgetretene rechtspolitische Diskussion in Deutschland nicht zuletzt bei der Verschiedenartigkeit des Instanzenzugs und der Ausgestaltung der Rechtsmittel ansetzt und diese auf den Prüfstand stellen will.

Bei der Berufung sind zunächst diejenigen Gerichtsbarkeiten zu nennen, die eine solche gar nicht vorsehen. Das sind zum einen die Finanzgerichtsbarkeit, zum anderen sind es diejenigen Strafsachen, die erstinstanzlich beim Landgericht verhandelt werden; in beiden Fällen ist die Revision das einzige Rechtsmittel. Den Gegenpol bilden drei Gerichtsbarkeiten bzw. Verfahrensarten mit einer weitgehend einschränkungslosen zweiten Tatsacheninstanz: das sozialgerichtliche Verfahren, das Beschwerdeverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴⁸ und schließlich diejenigen Strafsachen, die vor dem Amtsgericht verhandelt worden sind (wobei ich hier das von der Praxis of-

⁴⁸ Ab dem 1.9. 2009 ist hier nicht mehr das "Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (FGG), sondern das neue "Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (FamFG) anzuwenden. Die Berufung wird danach auch in denjenigen Familiensachen, in denen sie gegenwärtig noch das statthafte Rechtsmittel ist, von der befristeten Beschwerde nach §§ 58 ff., 63 FamFG abgelöst (vgl. etwa *Schael*, Die Statthaftigkeit von Beschwerde und sofortiger Beschwerde nach dem neuen FamFG, FPR 2009, 11 f.). Nach § 65 Abs. 3 FamFG kann die Beschwerde nach wie vor auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, so dass sich eine volle zweite Tatsacheninstanz ergibt. In vermögensrechtlichen Bagatellstreitigkeiten mit einem Wert von bis zu 600 Euro besteht nach § 61 FamFG analog zur Berufung (§ 511 Abs. 2 - 4 ZPO) ein Zulassungserfordernis. Dritte Instanz ist die analog zur Revision in Zivilsachen zulassungsbedürftige Rechtsbeschwerde (§§ 70 ff. FamFG).

fenbar kaum angenommene Wahlrechtsmittel in Jugendstrafsachen einmal ebenso außen vor lasse wie die Sprungrevision); auch der Zugang zur Rechtsmittelinstanz ist hier kaum beschränkt, lediglich in Bagatellsachen bedarf es der Annahme bzw. Zulassung der Berufung.

Gewissermaßen in der Mitte stehen die beiden letzten Gruppen, die sich danach unterscheiden, ob die für notwendig gehaltene Entlastung des Rechtsmittelgerichts durch Beschränkung des Zugangs zur zweiten Instanz erfolgt oder durch Beschränkung des Prüfungsumfangs. Den ersten Weg geht seit der 6. VwGO-Novelle von 1997 der Verwaltungsprozess: Die Berufung muss entweder durch das Verwaltungsgericht oder das Oberverwaltungsgericht zugelassen werden, hierfür nennt das Gesetz neben den aus dem Revisionsrecht bekannten objektiven Zulassungsgründen - Divergenz- und Grundsatzfragen - auch die auf Einzelfallgerechtigkeit abzielenden Zulassungsgründe des Richtigkeitszweifels, der tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeit und des Verfahrensfehlers. Den zweiten Weg beschreiten demgegenüber heute der Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess, wo der Zugang zur zweiten Instanz, sieht man von den Bagatellsachen ab, ohne weiteres eröffnet ist, jedoch keine völlige Neuverhandlung des gesamten Streitstoffs erfolgt, sondern die Kontrolle und Beseitigung von Fehlern des Ausgangsverfahrens im Vordergrund steht (es sei denn, dass ausnahmsweise neue Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, was im Arbeitsgerichtsprozess eigenartigerweise in deutlich weitergehendem Umfang zulässig ist als im Zivilprozess).

Für alle vier Fallgruppen lassen sich übrigens, was ich hier nur andeuten kann,⁴⁹ auch rechtsvergleichend Vorbilder finden: Beschränkt man sich einmal auf den Zivilprozess, so mag man in der Beschränkung auf die Revision eine Parallele zum *appeal* des US-amerikanischen Bundesprozessrechts sehen, in der Zulassungsberufung zur Rechtslage in England und Wales (mit zusätzlicher weitgehender Beschränkung auf die Rechtskontrolle), zu Frankreich, was die komplette zweite Tatsacheninstanz angeht, und zu Italien und

⁴⁹ S. zum Zivilprozess etwa *Leipold*, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich, in: Rechtsstaat - Rechtsmittelstaat? (1999), S. 66 ff.

Österreich, was die vermittelnde Lösung der neuen ZPO angeht; das "modernste" Zivilprozessgesetz, die neue Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, verbindet die Kontrollfunktion der Berufung mit einer Vorprüfungsmöglichkeit analog zu § 522 ZPO.⁵⁰

Am Ende sei noch ein kurzer Blick auf die dritte Instanz gestattet - auch hier geht es, von dem gemeinsamen Merkmal einer reinen Rechtsanwendungskontrolle einmal abgesehen, bunt durcheinander: Wir haben Fälle unbeschränkten Zugangs zur Revisionsinstanz, wie im Strafverfahren und bei der weiteren Beschwerdeverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, aber auch das System mit Zulassungserfordernis und Nichtzulassungsbeschwerde wie in allen anderen Gerichtsbarkeiten, wobei sich letztere noch dadurch unterscheiden, dass es im Zivilprozess nurmehr die objektiven und durch den BGH zudem sehr restriktiv interpretierten⁵¹ Zulassungsgründe Divergenz und Grundsatzfrage gibt,⁵² während im übrigen auch die Nichtzulas-

⁵⁰ Vgl. §§ 310, 312, 317f. schwZPO.

⁵¹ S. aber dazu, dass - auch wenn der "einfache Rechtsanwendungsfehler" nicht zur Zulassung der Revision führt - die Revision insbesondere dann zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen ist, wenn die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes in seiner Ausprägung als Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) oder auf einer Verletzung der Verfahrensgrundrechte beruht, etwa BGH, NJW 2003, 3057 (3058); BGH, NJW 2004, 688; NJW 2005, 153; BGH NJW-RR 2005, 367; BGHZ 159, 135 = NJW 2004, 2222 (2223 (unter Aufgabe von BGHZ 152, 182 = NJW 2003, 65 (67))); dazu v. Gierke/Seiler, JZ 2003, 401 (408f.); dies., NJW 2004, 1497 (1499); Nassall, NJW 2003, 1346 (1347).

⁵² Vgl. Büttner, Revisionsverfahren - Änderungen durch das Zivilprozessreformgesetz, MDR 2001, 1201; Pickenbrock/Schulze, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002, 911; Gehrlein, Erste Erfahrungen im Revisions- und Beschwerdeverfahren, MDR 2003, 547; von Gierke/Seiler, Die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO in der Rechtsprechung des BGH, JZ 2003, 403; Nassall, Irrwege. Wege. - Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH, NJW 2003, 1345; Scheuch/Lindner, Zur Auslegung der Zulassungstatbestände des § 543 II ZPO, NJW 2003, 728; Ball, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Revisionsrecht, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages Bonn 2004, Band I, Gutachten, Berichte A, S. A 69; Büttner, ebd., S. A 89; Seiler, Die Erfolgsaussicht der Revision als Zulassungskriterium, NJW 2005, 1689; Hirsch, Verfassungsrecht-

sungsbeschwerde wegen eines Verfahrensfehlers erhoben werden kann.

2. Die Diskussion in der deutschen Justizministerkonferenz in den Jahren 2004 - 2006

Mit dem soeben beschriebenen "Wildwuchs" - die Richtigkeit dieser Bezeichnung muss man wohl zugestehen - sollte nun nach dem Beschluss der Justizminister vom 25.11. 2004 aufgeräumt werden, freilich nicht mit der Gartenschere, sondern mit dem Mährescher. Zunächst mit dem Ziel einer einheitlichen Lösung für alle Prozessordnungen, später dann mit der Bereitschaft zu Differenzierungen sahen sich die Justizminister dabei hinsichtlich der Ausgestaltung der zweiten Instanz vor die Wahl zwischen zwei unterschiedlichen "Modellen" gestellt.

a) Das Modell "Kontrollinstanz". Das vorgeschlagene Modell "Kontrollinstanz" sah den freien Zugang zur Berufungsinstanz vor, allerdings bei gleichzeitiger Beschränkung des Umfangs der vom Berufungsgericht anzustellenden Prüfungen auf gerügte Rechtsfehler. Zunächst sollte die Sachprüfungskompetenz der ersten Rechtsmittelinstanz beschränkt werden, d.h. die zweite Instanz sollte grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen der Eingangsinstanz gebunden werden, es sei denn, dass die Tatsachenfeststellungen der Eingangsinstanz in entscheidungserheblicher Weise rechtsfehlerhaft zustande gekommen seien und dies vom Rechtsmittelführer gerügt werde. Von einem völligen Ausschluss eigener Tatsachenfeststellungen durch das Rechtsmittelgericht sollte allerdings aus Effizienzgründen Abstand genommen werden. Das war, wenn man in die jüngere Reformgeschichte zurückblickt, so ungefähr der Rechtszustand, wie er dem Referentenentwurf der Bundesregierung vom

liches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugangsvoraussetzungen zur dritten Instanz, Festschrift für Joachim Wenzel (2005), S. 39; Scheuch/Lindner, Trendwende in der Zulassungspraxis des BGH?, NJW 2005, 112; Gross, Revisionsrecht nach der ZPO-Reform - Fünf Jahre Probe-
lauf - Eine Zwischenbilanz, AnwBl 2006, 425; Traut, Der Zugang zur Revision in
Zivilsachen (2006), passim.

Dezember 1999⁵³ bei dem seinerzeitigen ersten Reformanlauf entspricht. Die Tatsachenbasis, die das Berufungsgericht zugrunde zu legen hat, bestünde danach aus den Feststellungen der ersten Instanz, aus den als zu Recht als rechtsfehlerhaft gerügten und daraufhin in zweiter Instanz neu ermittelten Tatsachenfeststellungen und schließlich aus den nur ausnahmsweise zulässigen Noven.

Dem Prinzip der funktionalen Zweigliedrigkeit entspreche es ferner, auf die Parteirechtsmittel der Revision und der Rechtsbeschwerde zu verzichten. Zur Sicherung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung im Allgemeininteresse sei statt dessen eine Vorlage entscheidungserheblicher Rechtsfragen durch das Rechtsmittelgericht (analog zur bereits existierenden Vorlage an den Europäischen Gerichtshof) zu ermöglichen.

b) **Das Modell "Zulassungsrechtsmittel"**. Nach einem längeren Hin und Her wurde dieser Vorschlag schließlich abgelöst von einem allgemeinen Erfordernis der Berufungszulassung. Den Justizministern und der von diesen eingesetzten Arbeitsgruppe war dieses Erfordernis zunächst für die Zivilgerichtsbarkeit ungeeignet erschienen: Der damit verbundene Filtereffekt könne in der Zivilgerichtsbarkeit in ähnlicher Weise durch die vorgeschlagene Beschränkung der Sachprüfungskompetenz des Rechtsmittelgerichts erreicht werden. Diese Lösung erscheine vorzugswürdig, weil sie im Gegensatz zu einer allgemeinen Zulassungsberufung mit der Beibehaltung eines Rechtsmittelausschlusses für Bagatellsachen vereinbar sei.

Die Staatssekretäre schlugen dann aber gleichwohl vor - und dies blieb dann bis zur vorläufigen Einstellung der Reformüberlegungen maßgeblich - , ein Zulassungserfordernis an die Stelle der Beschränkung der Kontrolldichte zu setzen. Auch wenn die Beschlusslage für den Außenstehenden nicht ganz eindeutig zu ermitteln war und ist, ist davon auszugehen, dass die Fortsetzung der Umwandlung zur Fehlerkontrollinstanz aufgegeben und die dafür erforderlich gehaltene Entlastung der Berufungsgerichte allein auf dem Wege der Zulassungsberufung verwirklicht werden sollte. Die Zulassungsgründe

⁵³ Dazu *Däubler-Gmelin*, Reform des Zivilprozesses, ZRP 2000, 33 ff.

wiederum sollten, so jedenfalls der Prüfauftrag an die Ministerialverwaltung, der seit der 6. VwGO-Novelle⁵⁴ bestehenden allgemeinen Zulassungsberufung im Verwaltungsprozess nachempfunden sein, d.h. § 124 Abs. 2 VwGO. Analog hierzu würde dies die Schaffung dreier Zulassungsgründe bedeuten, die auf Individualkontrolle im konkreten Rechtsstreit abzielen, zum einen das Vorliegen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung (Nr. 1), zum zweiten die rechtliche und tatsächliche Schwierigkeit der Sache (Nr. 2) und schließlich die Geltendmachung eines Verfahrensmangels (Nr. 5); hinzu kämen die aus dem Revisionsrecht bekannten Zulassungsgründe in Richtung auf eine angestrebte Rechtsvereinheitlichung (Nrn. 3 und 4).

Nach einem weiteren Jahr der fruchtlosen Diskussion⁵⁵ verständigten sich die Justizminister auf der Erlanger Justizministerkonferenz v. 1./2.6. 2006 zur Verschlankung der Justiz verbaliter zwar erneut auf eine "funktionale Zweigliedrigkeit" der Prozesse, wollten dies zumindest mehrheitlich aber nur noch im Sinne einer Zulassungsberufung verstanden wissen.⁵⁶ Die Justizminister hielten ferner an ihrem bereits auf der Herbstkonferenz 2005 beschlossenen Ziel fest, die Gerichtsverfassungen und Prozessordnungen für alle Gerichtsbarkeiten zu vereinheitlichen. Angestrebt werde ein gemeinsa-

⁵⁴ BGBl. 1996 I, 1626, in Kraft getreten am 1.1. 1997.

⁵⁵ Vgl. insoweit auch die Beschlüsse der Justizministerkonferenz v. 29./30.6. 2005 zur "Großen Justizreform" (s. www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/jumiko/2005/ftop_i1.pdf) sub I.2.: "Die Justizministerinnen und Justizminister ... halten an den im November 2004 beschlossenen Zielsetzungen fest, sehen hier aber noch weiteren Erörterungs- und Prüfungsbedarf. Sie bitten die Staatssekretärinnen und Staatssekretäre, in ihre weiteren Überlegungen unter Beteiligung der Praxis und unter Einbeziehung der jeweils vorliegenden Evaluierungsergebnisse der ZPO-Reform zu prüfen, ob für das o.g. Ziel auf allen Rechtsgebieten eine strukturelle Verfahrensänderung geboten ist und ob neben den bisher zur Debatte stehenden Vorschlägen der Zulassungsberufung und des Vorlageverfahrens weitere Möglichkeiten bestehen. Sie bitten die Staatssekretärinnen und Staatssekretäre, schnellstmöglich zu berichten."

⁵⁶ Vgl. www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/umiko/2006/ftopi2.pdf.

mes Gerichtsverfassungsgesetz als "Fundament" für alle Gerichtsbarkeiten. Zu dem in Aussicht gestellten Gesetzentwurf noch in der laufenden Legislaturperiode 2005 - 2009 kam es jedoch nicht, da das Projekt wegen des Widerstands des Bundesjustizministeriums unter der Ministerin Zypries als politisch aussichtslos angesehen wurde. Irgendeine publizierte Stellungnahme hierzu gibt es aber, soweit ersichtlich, nicht.

3. Kurze Würdigung

Was die Berufung angeht, liegen damit - zur Wiedervorlage in der kommenden Legislaturperiode des Bundestags, die im Herbst dieses Jahres beginnt - zwei Modelle für eine weitergehende Reform der zweiten Instanz auf dem Tisch, nämlich zum einen das Modell der ZPO-Reformfassung von 1999, das ähnlich wie das österreichische und die italienische Recht auf ein sehr konsequente Beschränkung des Tatsachenmaterials auf die in erster Instanz festgestellten zuzüglich der zu Recht als fehlerhaft festgestellt gerügten Tatsachen hinausläuft, und zum anderen das Modell der Zulassungsberufung. Beide Vorschläge haben ihre Vor- und Nachteile, wobei für meine Begriffe in beiden Fällen die Nachteile den angestrebten Entlastungseffekt überwiegen.

a) **Zulassungsberufung.** Die rechtspolitische Idee einer richterlichen Berufungszulassung geht bis in die ersten Jahre des 20. Jahrhunderts zurück⁵⁷; sie wurde, nachdem die Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit den Gedanken schon im Jahr 1961 zu eigen gemacht hatte,⁵⁸ zunächst in Gestalt verschie-

⁵⁷ Vgl. allgemein zur geschichtlichen Entwicklung der richterlichen Rechtsmittelzulassung Buscher, Die Zulassungsberufung im Verwaltungsprozess (2004), S. 34 ff.; Prütting, Die Zulassung der Revision (1977), S. 22 ff.; Lässig, Die fehlerhafte Rechtsmittelzulassung und ihre Verbindlichkeit für das Rechtsmittelgericht (1976), S. 11 ff.

⁵⁸ Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Bonn 1961, S. 138.

dener Regelungen für Sonderrechtsgebiete⁵⁹ verwirklicht und durch das 6. Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung aus dem Jahr 1996 erstmals allgemein verwirklicht, explizit mit dem Ziel, den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz grundsätzlich auf eine Tatsacheninstanz zu konzentrieren.⁶⁰ Nachdem der Gesetzgeber vorübergehend in einem unveröffentlichten und später wieder zurückgezogenen "Entwurf eines 7. Gesetzes zur Änderung der VwGO" vorgesehen hatte, das Zulassungserfordernis wieder abzuschaffen und die Berufung in Anlehnung an das ZPO-Reformgesetz in ein Fehlerkontrollinstrument umzugestalten,⁶¹ hielt er letztlich mit dem Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20. Dezember 2001 an der Grundentscheidung für die Zulassungsberufung fest und nahm nur einzelne Änderungen des Zulassungsverfahrens vor.

Die Erfahrungen aus mehr als 12 Jahren des Umgang mit § 124 Abs. 2 VwGO zeigen nun, dass zwar zu Beginn ein eindrucksvoller Entlastungseffekt in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingetreten ist, indem die Berufungszahlen ungefähr um ein Drittel zurückgegangen sind. Mittlerweile ist man aber auch schon wieder auf dem Stand von vor der Reform, was zwar einerseits die rechtspolitischen Bedenken gegen das Berufungszulassungserfordernis relativiert - es hat insbesondere nicht den dramatischen Rückgang gegeben, den die Verwaltungsrichter und die im Verwaltungsprozess tätigen Anwälte zu Beginn befürchtet hatten -, aber eben auch den möglichen Entlastungseffekt. Ein systematischer Nachteil dieses Modell besteht zudem in der Notwendigkeit der Durchführung eines zusätzlichen Verfahrens (des Berufungszulassungsverfahrens): Bei der Prüfung des Vorliegens von Zulassungsgründen hat sich das Berufungsgericht nicht selten mit der Klärung schwieriger Fragen zu befassen, die für die Erledigung des Rechtsstreits in der Sache keinen Gewinn bringen; die

⁵⁹ 1982: Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens (Asylsachen); 1983: Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (Verfahren nach § 144 SGG); 1990: Rechtspflegevereinfachungsgesetz (Wohnraummietverhältnisse).

⁶⁰ BT-Drucks. 13/3993, S. 13.

⁶¹ Vgl. *Hüttenbrink*, DVBl 2000, 882 (884 ff.); *Uechtritz*, NVwZ 2000, 1217 (1221 f.).

Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und des BVerwG zu § 124 Abs. 2 VwGO hält hier manches abschreckende Beispiel sowohl für die hier auftretenden diffizilen Fragen als auch für die auch regionale Unterschiedlichkeit ihrer Beantwortung parat.⁶²

b) Konsequente Beschränkung auf Fehlerkontrolle. Das alternative Konzept einer konsequenteren Umgestaltung der Berufung zur reinen Kontrollinstanz teilt und verschärft demgegenüber das Defizit des geltenden Rechts, den Betroffenen zunächst einmal in jedem Fall eine zweite Instanz zu eröffnen, dem Rechtsmittel aber unter Umständen selbst bei gravierenden Fehlern der tatsächlichen Feststellungen den Erfolg zu versagen. Hierzu wird aus der gerichtlichen Praxis zu Recht darauf hingewiesen worden, dass das Vertrauen der Rechtsschutz suchenden Bevölkerung langfristig großen Schaden nimmt, wenn ein Urteil auf zwar formal korrekten, aber vom Ergebnis her gesehen falschen Tatsachenfeststellungen beruht: Ein derartiges Ergebnis würde viel weniger akzeptiert als eine richterliche Rechtsauslegung, die bei dem unterlegenen Verfahrensbeteiligten auf Unverständnis stößt.

Die Ergebnisse aus der Evaluation der ZPO-Reform 2002 deuten zudem bei allen angebrachten Vorbehalten darauf hin, dass die mit der Reform angestrebte Beschränkung des Umfangs der vom Berufungsgericht durchzuführenden Prüfungen aufgrund der restriktiven Interpretation der Beschränkungsregelungen durch die gerichtliche Praxis ohnehin nicht erreicht wird. Auch das Modell der Beschränkung der berufsgerichtlichen Prüfungen auf gerügte Rechtsfehler ist für eine solche Entwicklung anfällig. Dies betrifft vor allem den Ausschluss der gerichtlichen Tatsachenüberprüfung. Hier dürfte mit einer Entwicklung zu rechnen sein, die Anforderungen an die Tatsachenfeststellung und -würdigung durch das Ausgangsgericht noch weiter zu verschärfen, um dem Berufungsgericht die Möglichkeit zu

⁶² Vgl. etwa BVerfG, NVwZ 2000, 1163 (1164); BVerwG DVBl 2002, 1556 (1557); BVerwG NVvZ 2003, 490 (491); dazu umfassend und m.w.N. *Buscher* (Fußn. 57), S. 125 ff., S. 133 ff. m. Fußn. 3, 16 ff., S. 179 ff. mit Fn. 226 ff., S. 198 ff., S. 212 ff. mit Fn. 377 ff.; s. ferner z.B. *Stüler/Hermanns*, BayVBl 2001, 385 ff.; *Bath*, LKV 2003, 80 ff. m.w.N.

eröffnen, das Vorgehen der ersten Instanz als rechtsfehlerhaft einzuordnen und sich damit den Weg zu einer Tatsachenüberprüfung frei zu machen.

c) **Notwendigkeit einer Reform.** Ob die angestrebte Entlastung der Justiz überhaupt nötig ist und wenn ja, ob sie bei einer "großen Reform" des Rechtsmittelrechts überhaupt richtig angesiedelt ist, ist zudem sehr zweifelhaft. Die Ausgestaltung des Instanzenzugs im Verwaltungsprozess - der problematisch genug erscheint - lässt sich vor dem Hintergrund eines zweistufigen Verwaltungsverfahrens (einschließlich des Widerspruchsverfahrens gem. § 68 VwGO) rechtfertigen, das in ausreichendem Maße die Gewähr für eine richtige Feststellung und zutreffende Würdigung des Sachverhalts bietet, so dass eine zweite Tatsacheninstanz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entbehrlich ist.⁶³ Die Fehlerquellen liegen im Zivilprozess dagegen weniger in der Rechtsanwendung als vielmehr in der Tatsachenfeststellung. Wird die zweite Tatsacheninstanz zur Ausnahme, führt dies mit zwingender Notwendigkeit zu einer größeren Anzahl inhaltlich falscher rechtskräftiger Urteile, die auf lange Sicht für die Akzeptanz der Justiz von Nachteil sein muss.⁶⁴ Man wende nicht ein, dem lasse sich durch die vielbeschworene "Stärkung der ersten Instanz" wirksam begegnen. Zum einen ist nur ein als (in Grenzen) "quick and dirty" konzipiertes erstinstanzliches Verfahren in justizökonomisch sinnvoller Weise zu realisieren: Massenverfahren müssen zur Ressourcenschonung, aber auch zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes zunächst mit hoher Geschwindigkeit, dafür mit relativ niedrigem Standard bearbeitet werden; erst wenn das Ergebnis nicht überzeugt, ist es sinnvoll, mit höherem Standard und größerem Aufwand nachzuarbeiten.⁶⁵ Zum anderen ist die Alternative, nämlich eine wirklich umfassende erstinstanzliche Sach- und Rechtsprüfung, mit guten Worten allein nicht zu haben: Wird den Parteien die Möglichkeit genommen, die Entscheidung in einem Berufungsverfahren zu überprüfen, muss die erste Instanz dagegen wesentlich

⁶³ Vgl. bereits Ule, DVBl 1957, 597 (602).

⁶⁴ Vgl. etwa Dury, ZRP 2005, 262 (263).

⁶⁵ Vgl. erneut Dury, ZRP 2005, 262 (263).

sorgfältiger geführt werden, und zwar nicht nur für diejenigen Prozesse, bei denen heute die Berufung eingelegt wird, also bei etwa jedem zwanzigsten amtsgerichtlichen Urteil und jedem siebten landgerichtlichen Urteil, sondern bei allen Verfahren - die Parteien wissen ja während des Prozesses nicht, wie das Urteil ausfallen wird. Hierfür bedürfte es vor allem einer massiven Personalausweitung bei den Amts- und Landgerichten, die ebenso unrealistisch ist wie sie ihrerseits, z.B. im Hinblick auf wegfallende Beförderungsstellen, Probleme mit sich brächte.⁶⁶

IV. Resümee

Das Thema der Ausgestaltung der zweiten Tatsacheninstanz konnte hier nur angerissen werden; auf die bereits erschienene Literatur muss verwiesen werden.⁶⁷ Bei aller schon aus diesem Grund gebotenen Zurückhaltung kann aber doch festgestellt werden, dass es für das deutsche Recht nicht das schlechteste Ergebnis wäre, wenn die Entwürfe zu einer "Großen Justizreform" zumindest soweit, wie sie das Rechtsmittelrecht betreffen, auch in den kommenden Legislaturperioden eingemottet blieben. Da das gleichfalls kaum uneingeschränkt gutzuheißende geltende Berufungsrecht der ZPO demgegenüber den Vorteil aufweist, schon in Geltung befindlich zu sein, bedeutet das aber zugleich, dass wir uns damit - da eine Rückkehr zum vor 2002 geltenden Rechtszustand kaum realistisch ist - dann wohl oder übel werden abfinden müssen.

⁶⁶ Vgl. erneut *Dury*, ZRP 2005, 262 (265).

⁶⁷ Nachw. oben Fußn. 7.