

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

20

Hilmar Raeschke-Kessler

Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess
von 2001 - Ein Fortschritt?

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

Das *Rechtspolitische Forum* veröffentlicht Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung und mag als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen. Die in den Beiträgen enthaltenen Darstellungen und Ansichten sind solche des Verfassers und entsprechen nicht notwendig Ansichten des Instituts für Rechtspolitik.

Die Reform der Zivilprozessordnung von 2001 brachte erhebliche Veränderungen für das Berufungs- und Revisionsverfahren mit sich. Ihre Ziele waren vor allem die Stärkung der ersten Instanz, die Abschaffung der zweiten Instanz als Tatsacheninstanz sowie die Erleichterung der Revision auch für kleine Sachen. Damit ist jetzt selbst bei Bagatellsachen der Weg vom Amtsgericht zum Bundesgerichtshof möglich. Dieser Beitrag untersucht, ausgehend von der Lage, die der Gesetzgeber 2001 vorfand, die maßgeblichen Änderungen auf ihre Zweck- und Verfassungsmäßigkeit. Dabei wird die neueste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt und auf die Frage eingegangen, ob durch die Reform tatsächlich ein Fortschritt erzielt wurde.

Hilmar Raeschke-Kessler, LL.M., ist seit 1986 Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und Göttingen erlangte er an der University of Chicago den Master of Laws. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er seit 1985 Obmann, Schiedsrichter oder Vertreter in zahlreichen nationalen und internationalen Schiedsverfahren. Er gehört unter anderem der International Chamber of Commerce (ICC) und der International Bar Association (IBA) an, in welcher er Mitglied der Arbeitsgruppe „Conflicts of Interest in International Arbitration“ ist. Zugleich ist er Lehrbeauftragter für Internationales Verfahrensrecht der Universität zu Köln.

Der Beitrag ist der um Literaturhinweise ergänzte Abdruck des Vortrages, den der Verfasser am 08. Dezember 2003 gehalten hat.

DIE RECHTSMITTELREFORM IM ZIVILPROZESS VON 2001 – EIN FORTSCHRITT ?

HILMAR RAESCHKE-KESSLER, LL.M.

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

I. Einführung

Es ist eine schwierige Aufgabe zu einem Thema Stellung zu nehmen, das die Rechtsanwälte beim BGH mit einiger Sorge erfüllt.¹ Nun bin ich aber zugleich an Schiedsverfahren beteiligt² und trage deswegen zwei Seelen in meiner Brust. Insoweit sehe ich die Entwicklung mit einem lachenden und einem weinenden Auge. Alles das, was der Zivilgerichtsbarkeit als unmittelbare Folge der Rechtsmittelreform an wirtschaftlich bedeutsamen Fällen verloren geht, wird der Schiedsgerichtsbarkeit zufließen. Schaden nimmt damit die Rechtsprechung als Ganzes. Denn in einer Nation, die ihren Wohlstand nahezu ausschließlich aus den Früchten einer erfolgreichen Wirtschaft bezieht, muss es ein oberstes nationales Gericht geben, vor dem auch wirtschaftlich bedeutsame Streitigkeiten entschieden werden können, und die dabei nicht von den „kleinen“ Fällen verdrängt werden. Damit bin ich aber schon weit im Thema.

Eingeladen hat das Institut für Rechtspolitik der Universität Trier. Ein rechtspolitischer Vortrag hat sich der Methoden der Rechtspolitik zu bedienen. *Rüthers*³ umschreibt das so: Wer Rechtspolitik betreiben will, muss die Fähigkeit und die Bereitschaft haben, die maßgeblichen Wirklichkeiten unbefangen wahrzunehmen und er muss nach den Regeln der praktischen Vernunft

1 vgl. *Büttner*, BRAK-Mitt. 2003, 202 ff.; *Nirk*, NJW 2003, Heft 50, Editorial.

2 Der Verfasser ist Mitglied der Commission on Arbitration der International Chamber of Commerce – ICC –, Paris und Mitglied des Vorstands der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit – DIS –.

3 *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Rechtspolitisches Forum, Heft Nr. 15, S. 8.

aus dem Erkannten Schlüsse ziehen. Das bedingt zwei Stufen. Zur ersten Stufe gehört die objektive Erkenntnis dessen, was ist und was war und zur zweiten Stufe gehört die Suche nach der angemessenen, systemgerechten und damit „richtigen“ Lösung. Die zweite Stufe kann nur subjektiv sein. Sie findet statt im Konkurrenzkampf der unterschiedlichen Meinungen, weil es auf der Rechtsfolgenseite keine einzig richtige Lösung gibt, sondern nur Wertungen. Dabei ist Ziel die innere Widerspruchsfreiheit eines Lösungsansatzes.

II. Die Ausgangslage für den Gesetzgeber von 2001

Der objektive Tatbestand ist die Ausgangslage, wie sie der Gesetzgeber des Jahres 2001 vorgefunden hat. Damit stellt sich die Frage nach dem Normzweck der Reform.

1. Die ZPO als Dauerbaustelle

Hierzu ist ein kurzer Rückblick auf die Geschichte der ZPO notwendig. Die ZPO gehört als Teil der Reichsjustizgesetze, die 1879 in Kraft getreten sind, zusammen mit dem GVG, der StPO und der Konkursordnung ebenso wie das wenige Jahre jüngere BGB zu den großen Kulturleistungen der deutschen bürgerlichen Gesellschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Die ZPO gilt nicht nur im deutschen Rechtskreis, sondern sie hat weltweite Bedeutung erlangt. Sie können das etwa daran sehen, dass sie in Japan rezipiert worden ist. Sie hatte starken Einfluss auf die Gesetzgebung in den ost- und mitteleuropäischen Ländern und in Russland. Auch die jüngste *Woolf-Reform* des englischen Zivilprozessrechts greift Gedanken der ZPO auf, etwa den der aktiven Gestaltung des Verfahrens durch den Richter.⁴ Die ZPO gehört damit zu einer Rechtstradition, auf die wir stolz sein können. Wir haben, was das Recht in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts angeht, nicht allzu viele Dinge, auf die wir wirklich stolz sein dürfen.

4 *Tackaberry/Mariott*, Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practise, 4. Aufl., London, 2003, Rdnr. 4 – 08 ff..

Nun war die ZPO von Anfang an eine Dauerbaustelle. Die ersten Novellen stammen bereits aus den Jahren 1905 und 1910 und ihr Thema ist schon die Entlastung des Reichsgerichts, des Obersten Gerichts des Deutschen Reiches. Die Mittel, die dabei eingesetzt wurden, ähneln denen, die auch heute noch eingesetzt werden. 1905 wurde die Revisionssumme von ursprünglich 1.500 Mark auf 2.500 Mark hochgesetzt und zugleich der Zwang eingeführt, die Revision schriftlich zu begründen. 1910 folgte die Erhöhung der Revisionssumme auf 4.000 Mark, und Beschwerden gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte wurden ausgeschlossen. Die nächste wesentliche Änderung der ZPO sind die berühmten *Emminger-Reformen* von 1924. Sie führten den Zwang ein, auch die Berufung schriftlich zu begründen. Zugleich wurden die Senate verkleinert. Das OLG, das bis dahin mit 5 Richtern entschieden hatte, erhielt jetzt 3 Richter je Senat. Das Reichsgericht, das Senate mit je 7 Richtern hatte, erhielt Senate mit je 5 Richtern. In unserer Zeit ist das Revisionsänderungsgesetz von 1975⁵ von Bedeutung. Es hat den § 554 b ZPO a.F. eingeführt. Damit erhielt der Bundesgerichtshof zum ersten Mal die Befugnis, eine an sich zulässig eingelegte und ordnungsgemäß begründete Revision nicht anzunehmen, sondern sie durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung abzuweisen. Hierzu musste ihr die grundsätzliche Bedeutung fehlen und sie durfte im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg haben.⁶

2. *Sicht des Gesetzgebers von 2001*

Was war die Sicht des Gesetzgebers von 2001, oder genauer, die Sicht seit der Ablösung der eher konservativen CDU/FDP-Regierung durch Rot/Grün im Jahr 1998. Noch genauer ist es die Ära der Bundesjustizministerin *Hertha Däubler-Gmelin*. Die psychologische Ausgangslage ist relativ einfach. Die großen Kodifikationsleistungen der deutschen bürgerlichen Gesellschaft waren aus dem Bewusstsein der Rechtspolitiker gewichen. Sie wurden nicht mehr als bereicherndes Erbe gesehen, sondern beinahe als unsoziale Last bewertet. Vorgeworfen wurde den

5 BGBl. 1975 I, 1863.

6 BVerfGE 54, 277 ff..

Gesetzen insbesondere der Mangel an sozialer Gerechtigkeit. Beispiel mag das Schuldrechts-Reformgesetz⁷ sein, mit dem die allgemeinen Gedanken des Verbraucherschutzes als grundlegende Prinzipien in das BGB übernommen worden sind. Die Reform des materiellen Rechts ging weit über die Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft hinaus.⁸

Warum wollte die damalige Bundesjustizministerin den Zivilprozess reformieren? Darüber gibt die amtliche Begründung des Entwurfs mit folgenden Worten Auskunft:⁹

„Der Zivilprozess muss bürgernäher, effizienter und durchschaubarer werden. Die Verfahrensregelungen, die Funktion der Rechtsmittelzüge und der Gerichtsaufbau genügen den berechtigten Ansprüchen der rechtssuchenden Bürgerinnen und Bürger sowie der Wirtschaft nicht mehr. Den Richtern müssen gesetzliche Möglichkeiten geschaffen werden, den Zivilprozess noch präziser auf seine gesellschaftliche Funktion, der zügigen Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, zuschneiden zu können. Eine Reform des Zivilprozesses muss die strukturellen Rahmenbedingungen dafür verbessern, dass die Prozessparteien schnell zu ihrem Recht kommen und eine Entscheidung erhalten, die sie verstehen und akzeptieren. Dadurch wird die Zufriedenheit der Bürgerinnen und Bürger mit dem materiellen Recht erhöht und der Rechtsfrieden nachhaltig gestärkt.
....“

Diese Sätze erwecken den Eindruck, als hätten wir vor der Reform von 2001 in einem Rechtssystem gelebt, das nicht bürgernah, nicht effizient, undurchschaubar und langsam gewesen ist. Alles dies war schlicht falsch. Es gab gewiss Reformbedarf für den Zivilprozess. Der *Karlsruher Juristentag* von 1996 hat dies

7 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001 (BGBl. I 3138).

8 *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rdnr. 1 ff..

9 BT-Ds. 14/4722, S. 58.

beklagt.¹⁰ Dringend regelungsbedürftig war vor allem der Zugang zum Bundesgerichtshof, der als Folge der deutschen Einheit durch die hinzugekommenen Oberlandesgerichte aus den neuen Bundesländern überlastet war. Gleichwohl gehörten die Strukturen des deutschen Zivilprozesses zum Besten das es weltweit gibt.¹¹

Wie wollte die damalige Bundesjustizministerin ihre Ziele verwirklichen? (1) Sie wollte die erste Instanz stärken, die meisten Streitigkeiten sollten mit der ersten Instanz enden. (2) Die Berufung sollte nur noch der individuellen Fehlerkontrolle und der Fehlerbeseitigung dienen, d.h. die zweite volle Tatsacheninstanz sollte abgeschafft werden. Hier ist anzumerken, dass die zweite volle Tatsacheninstanz eine Stärke des kontinental-europäischen Rechtskreises ist. Im angloamerikanischen Rechtskreis gibt es grundsätzlich keine zweite volle Tatsacheninstanz. Das hängt damit zusammen, dass die angloamerikanischen Richter alle langjährig vorher als Anwälte tätig waren, und nur die besten von ihnen in höherem Alter Richter werden. Wir haben dagegen nahezu ausschließlich Berufsrichter. Damit können junge und relativ unerfahrene Juristen bereits als Anfänger über Rechtsstreitigkeiten entscheiden. Allein das rechtfertigt es, eine Zivilsache, die das Eingangsgericht entschieden hat, noch einmal durch eine zweite volle Tatsacheninstanz überprüfen zu lassen. (3) Der Zugang zur Revision sollte chancengleich für alle werden. Dahinter stand der Gedanke, dass nicht nur „große“ Verfahren zum Bundesgerichtshof kommen sollten, sondern auch die „kleinen“ Verfahren des „kleinen Mannes“, die am Amtsgericht anfangen. Insgesamt sollte eine durchgehende Dreistufigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit eingeführt werden mit einer breiten Basis unten und einer schmalen Spitze oben.¹²

10 Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages Karlsruhe 1996, Bd. I, A 1 – 109 u. Bd. II, I 7 – 67.

11 Gemäß Statistischem Jahrbuch 2000, S. 346, hatten die Amtsgerichte in 6 Monaten 77 % und in 12 Monaten 94 % aller Verfahren erledigt, die Landgerichte in 6 Monaten 65 % und in 12 Monaten 87 %. In Italien z.B. dauert ein Zivilprozess in der I. Instanz in der Regel bis zum Erlass des Urteils über 10 Jahre, wie italienische Kollegen zu berichten und zu beklagen wissen.

12 BT-Ds. 14/4722, S. 62 ff..

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Gesetzgeber kann nicht tätig werden, ohne das Grundgesetz zu beachten. Und nun haben wir ein merkwürdiges Phänomen. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die bei der Reform hätten berücksichtigt werden müssen, sind im Wesentlichen in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2003 enthalten. Die verfassungsrechtliche Erkenntnis ist also jünger als das Reformgesetz. Ich meine damit vor allem den Plenarbeschluss des gesamten Bundesverfassungsgerichts vom 30.4.2003¹³ und den daraufhin ergangenen Beschluss des 1. Senats vom 7.10.2003¹⁴.

Das Bundesverfassungsgericht stellt drei Anforderungen an den Gesetzgeber, ausgehend vom Rechtsstaatsprinzip und vom Justizgewährungsanspruch. Beides leitet sich aus Art. 19 Abs. 4 GG her. Es sagt hierzu:

„Das Rechtsstaatsprinzip fordert, dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet. Wann dies der Fall ist, entscheidet das Gesetz. Das Risiko eines immerwährenden Rechtswegs besteht nach dem Grundgesetz nicht, weil es sowohl in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes als auch im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs nur das Offenstehen des Rechtswegs garantiert, also die Öffnung des Zugangs zum Gericht.“¹⁵

Im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens nimmt daher das Rechtsschutzsystem ein verbleibendes Risiko falscher Rechtsanwendung durch die Gerichte in Kauf. Der Gesetzgeber hat jedoch (1.) den Anspruch des Bürgers auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren zu sichern. Um wiederum das Bundesverfassungsgericht zu zitieren:¹⁶

13 BVerfG v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924 ff..

14 BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 10/99, <http://www.bverfg.de>.

15 BVerfG NJW 2003, 1924 bei Nr.2a).

16 BVerfG v. 5.11.2003 – 2 BvR 1243/03, www.bverfg.de, Rdnr. 67.

„Aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG folgt ein Anspruch auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>). An diesem allgemeinen Prozessgrundrecht sind alle diejenigen Beschränkungen zu messen, die von der spezielleren grundrechtlichen Verfahrensgarantie nicht erfasst werden (vgl. BVerfGE 57, 250 <274 f.>).“

Das Bundesverfassungsgericht fordert (2.), dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Richter in einem Rechtsmittel geheilt werden kann. Es sagt dazu in seiner Plenarentscheidung¹⁷:

„Das Grundgesetz sichert rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren durch das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG. Rechtliches Gehör ist nicht nur ein „prozessuales Urrecht“ des Menschen, sondern auch ein objektiv-rechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes schlechthin konstitutiv ist (vgl. BVerfGE 55, 1 [6]). ... Der Einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 9, 89 [95]). Rechtliches Gehör sichert den Parteien ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess eigenbestimmt und situationsspezifisch gestalten können. Insbesondere sichert es, dass sie mit Ausführungen und Anträgen gehört werden.“

Dementsprechend bedeutsam für den Rechtsschutz ist die Möglichkeit der Korrektur einer fehlerhaften Verweigerung rechtlichen Gehörs. Erst

¹⁷ BVerfG NJW 2003, 1926 bei Nr. II.1.

die Beseitigung eines solchen Fehlers eröffnet das Gehörtwerden im Verfahren. ... Nicht nur die individualrechtssichernde, sondern auch die über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung der Gehörs-garantie ist eine wesentliche Grundlage der Funk-tionsfähigkeit des Rechtsstaats und der Erwartung an die Bürger, sich zur Streitbeilegung auf das Ge-richtsverfahren einzulassen.“

Für die Verletzung sonstiger Verfahrensgrundrechte durch den Richter gilt nichts anderes.

Das bedeutet z.B., dass Überraschungsentscheidungen des Ge-richts verboten sind, weil sie den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren verletzen.¹⁸ Um sicherzustellen, dass der vom Richter verletzte Anspruch auf rechtliches Gehör und/oder das von ihm verletzte Verfahrens-grundrecht einer Partei wirksam geheilt werden kann, muss (3.) der Rechtsweg und die Zulässigkeit des Rechtswegs im Gesetz klar geregelt sein:¹⁹

„Die Rechtsbehelfe müssen in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Vorausset-zungen für die Bürger erkennbar sein. Wesentli-cher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist der Grundsatz der Rechtssicherheit. Er wirkt sich im Bereich des Verfahrensrechts unter anderem in dem Postulat der Rechtsmittelklarheit aus. Das rechtsstaatliche Erfordernis der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns führt zu dem Gebot, dem Rechtssuchenden den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen klar vorzuzeichnen (vgl. BVerfGE 49, 148 [164]; BVerfGE 87, 48 [65]). Die rechtliche Ausgestaltung des Rechtsmittels soll dem Bürger insbesondere die Prüfung ermöglichen, ob und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist. Sind die Formerfordernisse so kompliziert und schwer zu erfassen, dass nicht erwartet werden kann, der Rechtssu-

18 BVerfG v. 3.7.2001 – 1 BvR 1043/00, www.bverfg.de, Rdnr. 16.

19 BVerfG NJW 2003, 1928 bei Nr. IV.2.

chende werde sich in zumutbarer Weise darüber Aufklärung verschaffen können, müsste die Rechtsordnung zumindest für eine das Defizit ausgleichende Rechtsmittelbelehrung sorgen (vgl. BVerfGE 93, 99 [108]). Diese kann aber zuverlässig nur erteilt werden, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen des jeweiligen Rechtsbehelfs in der Rechtsordnung geregelt sind.“

An diesen verfassungsrechtlichen Postulaten muss man die Arbeit des Reformgesetzgebers messen.

III. Zur Neuregelung der Berufung

1. Rechtsmittel bei Bagatellsachen

§ 511 ZPO regelt die Zulässigkeit der Berufung gegen die Urteile der ersten Instanz. Danach ist die Berufung zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands € 600,00 übersteigt. Bei einem Wert unter € 600,00 bleibt die Berufung grundsätzlich unzulässig, es sei denn, das Gericht erster Instanz hat sie ausdrücklich zugelassen. Erfasst werden damit vor allem Bagatellsachen. Bei diesen hat das Eingangsgericht jedoch die Berufung zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert.

Eingangsgerichte für Bagatellsachen sind meistens die Amtsgerichte. Ich bezweifle, dass hier der Zulassungsmaßstab für die Berufung bei Bagatellsachen sachgerecht ist. Amtsgerichte dürften nur selten in der Lage sein, zutreffend zu bestimmen, ob eine Sache grundsätzliche Bedeutung hat oder der Rechtsfortbildung dienen kann. Ihnen wird es regelmäßig am notwendigen Vergleichsmaterial fehlen, wie es etwa einem Oberlandesgericht für die Zulassung der Revision nach den gleichen Kriterien, § 543 Abs. 2 ZPO, zur Verfügung steht. Sachgerechter wäre wohl gewesen, die Berufung gegen Urteile in Bagatellsachen

gänzlich auszuschließen. Verfassungsrechtlich wäre dies zulässig gewesen.²⁰

Nun hat der Gesetzgeber für die Bagatellsachen, in denen das Eingangsgericht die Berufung nicht ausdrücklich nach § 511 Abs. 4 ZPO zugelassen hat, § 321 a ZPO eingeführt. Hier handelt es sich um ein besonderes Rechtsmittel zum *judex a quo*, also zu dem Richter, der das Urteil erlassen hat, und nicht um eine Berufung zum *judex ad quem*, zum Gericht des höheren Rechtszugs. Hat der Richter des Eingangsgerichts in einer Sache mit einem Streitwert unter € 600,00 den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, muss er auf die fristgebundene Rüge der Partei seinen Fehler selbst beseitigen. Er muss dann trotz des bereits ergangenen Endurteils den Prozess fortsetzen.

Nach dem Wortlaut von § 321a ZPO ist aber lediglich der Verstoß des Richters gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs heilbar. Durch § 321 a ZPO nicht heilbar, weil vom Gesetz nicht erfasst, bleibt der Verstoß des Richters gegen die sonstigen allgemeinen verfassungsrechtlich gesicherten Verfahrensgrundsätze. Hierzu gehört etwa der Anspruch auf ein faires Verfahren, wie er u.a. durch § 139 ZPO näher konkretisiert ist.

Damit haben wir einen ersten verfassungsrechtlich greifbaren Mangel der Rechtsmittelreform festgestellt. Gemessen an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist § 321 a ZPO insoweit verfassungswidrig, als die Bestimmung bei Bagatellstreitigkeiten kein Rechtsmittel zulässt, um einem Verstoß des Richters gegen solche verfassungsrechtlich gesicherten Verfahrensgrundsätze abzuhelpen, die nicht unter das rechtliche Gehör fallen.

2. *Zur Frist für die Berufungsbegründung*

Im alten Recht betrug die Frist für die Berufungsbegründung einen Monat. Sie konnte jedoch vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts jeweils verlängert werden, wenn nach dessen freier Überzeugung der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wurde, oder wenn der Berufungskläger erhebliche

²⁰ BVerfG NJW 2003, 1924 bei Nr. 2.

Gründe darlegte, § 519 Abs. 2 ZPO a.F.. Diese Verlängerungsmöglichkeiten entsprachen durchweg einem Bedürfnis der Praxis und sind deswegen von den Anwälten als wohltuend empfunden worden. Der Reformgesetzgeber hat sie im neuen § 520 Abs. 2 ZPO abgeschafft. Danach beträgt die Begründungsfrist zwei Monate. Der Vorsitzende kann auf Antrag die Frist verlängern, wenn der Gegner dem Verlängerungsantrag zustimmt. Ohne Einwilligung des Gegners darf der Vorsitzende die Frist nur um bis zu einen Monat verlängern. Das reicht in der Praxis häufig nicht aus.

In der amtlichen Begründung zum Reformgesetz fehlt jede Begründung für die Verschärfung gegenüber dem alten Recht. Nun kann man sich fragen, wie kam sie in ein Gesetz, wenn sich die alte Fassung in der Praxis bewährt hatte. Die Antwort ist einfach: Der verantwortliche Referent, der im Bundesjustizministerium für die Reform der Zivilprozessordnung zuständig war, war ein abgeordneter Bundesanwalt, also ein Staatsanwalt.

Es liegt auf der Hand, dass in Strafsachen ein staatliches Interesse daran besteht, einen Täter gegebenenfalls schnell und sicher hinter Gitter zu bringen. Fristen für Rechtsmittel gegen Strafurteile sollen daher möglichst schnell ablaufen. Das unterscheidet sich aber grundsätzlich von der Situation im bürgerlichen Rechtsstreit. Im Strafprozess stehen sich der Staat und ein möglicher Täter gegenüber. Der Zivilprozess findet regelmäßig zwischen Bürgern statt. Es stehen sich damit Gleiche gegenüber, die, jedenfalls im Regelfall, auf eigene Kosten einen Rechtsstreit ausfechten. Infolgedessen sind nicht die staatlichen Interessen am schnellen Ablauf eines Verfahrens vorrangig, sondern die Interessen der Parteien, ihren Rechtsstreit zügig abwickeln zu können. Grenze der Fristenregelung sollte damit der Missbrauch durch eine Partei sein. Wann eine Partei im Begriff ist die Missbrauchsgrenze zu überschreiten, kann am besten derjenige beurteilen, der über die beantragte Fristverlängerung zu entscheiden hat, nämlich der Vorsitzende des Berufungsgerichts. Nach altem Recht konnte er das, nach neuem Recht kann er es nicht mehr. Man muss sich nur ein komplexes Großverfahren vorstellen um zu sehen, dass man mit den gesetzlichen Fristen hinten und vorne nicht hinkommt, wenn der Gegner einer beantragten Verlängerung nicht zustimmt.

3. Zum Streitstoff des Berufungsverfahrens

Eingangs hatte ich schon gesagt, dass nach der Reformvorstellung im Berufungsverfahren nur noch eine Überprüfung auf Verfahrens- und Rechtsfehler möglich sein sollte. Nach altem Recht konnten dagegen etwas vereinfacht im Berufungsverfahren neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden, so lange das Berufungsgericht nicht die Überzeugung gewonnen hatte, dass dies missbräuchlich geschehen war, § 528 ZPO a.F.. Nach neuem Recht ist das nicht mehr möglich. Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind in der 2. Instanz nur dann zuzulassen, wenn ihr Vorbringen nicht auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit der Partei oder ihres Anwalts der Zulassung schadet, § 531 Abs. 2 ZPO. Die Anwaltschaft hatte sich energisch aber vergeblich gegen diese Verschärfung im Berufungsverfahren gewandt.

Wenn Sie mich fragen, ob ich die Neuregelung für vertretbar halte, muss ich mit einem Ja antworten. Die Schiedsgerichtsbarkeit, in der es nur eine Instanz gibt, zeigt, dass es möglich ist, in nur einem Rechtszug sachgerecht und umfassend vorzutragen.

Aber: der Zwang zu umfassendem Vortrag in der 1. Instanz setzt eine funktionierende Hinweis- und Belehrungspflicht des Richters an die Parteien voraus. Die Parteien können nicht immer wissen, worauf es dem Richter ankommt, auch dann nicht, wenn sie anwaltlich beraten und vertreten sind. Damit besteht die Gefahr, dass sie Tatsachen vortragen, die aus der Sicht des Richters unerheblich sind, während sie es gleichzeitig unterlassen, die aus der Sicht des Richters erheblichen Tatsachen vorzutragen. Der Richter muss daher auch der anwaltlich beratenen Partei den Hinweis erteilen, worauf es nach seiner Ansicht ankommt und ihr die Gelegenheit geben, ihren Sachvortrag und ihre Beweismittel zu ergänzen. So steht es auch im neuen § 139 ZPO. Wenn der Eingangsrichter diese Hinweispflichten ernst nimmt und wenn der Verstoß hiergegen als Verfahrensfehler, und zwar als Verstoß gegen das Grundrecht auf ein faires Verfahren und/oder das rechtliche Gehör angesehen wird, dann ist gegen die Beschränkung des Sachvortrags im neuen Recht nichts zu sagen. Dann ist sie praktisch zu bewältigen, denn das

Berufungsgericht muss den Sachvortrag, der in der ersten Instanz wegen fehlenden richterlichen Hinweises unterblieben ist, in der zweiten Instanz nach § 531 Abs. 2 ZPO zulassen.

4. Zur Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 Abs. 2 ZPO

Der Reformgesetzgeber hat in § 522 Abs. 2 ZPO das Berufungsgericht ermächtigt, die Berufung durch einstimmigen Beschluss als unbegründet zurückzuweisen, wenn es die Überzeugung gewonnen hat, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat. Dieser Beschluss ist nach § 522 Abs. 3 ZPO unanfechtbar.

Nun ergeben sich gegen die Unanfechtbarkeit eines derartigen Beschlusses erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken dann, wenn das Berufungsgericht im Berufungsverfahren erstmals ein Verfahrensgrundrecht verletzt hat, etwa den Anspruch auf rechtliches Gehör oder auf ein faires Verfahren. Und das soll vorkommen. Da das Bundesverfassungsgericht fordert, dass gegen derartige Verfahrensfehler ein Rechtsmittel gegeben ist²¹, ist § 522 Abs. 2 und 3 ZPO in der gegenwärtigen Form verfassungswidrig. Er wird einer Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht nicht standhalten.

§ 522 Abs. 3 ZPO ist auch rechtspolitisch unerwünscht. Nach der den BGH-Anwälten zugänglichen internen Statistik des Bundesgerichtshofs waren im alten System etwa 15 % aller eingelegten Revisionen erfolgreich. Eine Quote von 15 % ist eine relativ erhebliche Fehlerquote auf dem Niveau der Oberlandesgerichte. Unter dem neuen Recht liegt die Erfolgsquote von Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision bei nur noch 6 %. Nun kann man mit Sicherheit nicht sagen, dass die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte innerhalb von zwei Jahren signifikant besser geworden ist, wie es die Zahlen von 15 % und 6 % an sich nahe legen. Es rutschen vielmehr – von der Reform ausdrücklich erwünscht und von der hierzu bereits ergangenen

21 BVerfG NJW 2003, 1926 bei Nr. II.

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebilligt²² – vermehrt fehlerhafte Berufungsurteile der Oberlandesgerichte durch das Sieb des Bundesgerichtshofs. Der negative Rückkoppelungseffekt liegt auf der Hand: Die Oberlandesgerichte werden durch eine erfolglose Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in ihrer Rechtsauffassung bestätigt, obgleich ein rechtlich fehlerhaftes Urteil vorliegen kann, das sie jedoch selbst für richtig halten. Tritt in späteren Verfahren eine vergleichbare Situation auf, die vom Bundesgerichtshof durch die Nichtzulassung der Revision scheinbar „gebilligt“ worden ist, ist es naheliegend, dass es bei passender Gelegenheit eine Berufung als offensichtlich unbegründet durch einen nicht anfechtbaren Beschluss nach § 522 ZPO zurückweist. Das gleiche gilt natürlich für die Landgerichte als Berufungsgerichte in Amtsrichtersachen. Berufungsurteile der Landgerichte dürften keine höhere „Richtigkeitsquote“ als Urteile der Oberlandesgerichte aufweisen.²³

Mit anderen Worten: Den Berufungsgerichten eröffnet sich durch die Reform der blaue Himmel, der sie nachgerade ermuntert, von dem Mittel des § 522 Nr. 2 ZPO, der Zurückweisung einer Berufung durch Beschluss, Gebrauch zu machen. Und das ist rechtspolitisch unerwünscht, solange ein solcher Beschluss unanfechtbar bleibt und nicht auf Grund eines Rechtsmittels überprüft werden kann. Die Forderung ist also, § 522 Abs. 3 ZPO abzuändern, die Unanfechtbarkeit aufzuheben und auch gegen derartige Beschlüsse der Berufungsgerichte die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nach § 574 ZPO zuzulassen.

IV. Zur Neuregelung der Revision

Die objektive Ausgangslage vor der Reform von 2001 war die Überlastung des Bundesgerichtshofs insbesondere als Folge der deutschen Wiedervereinigung, die Revisionen gegen die Berufungsurteile von 5 neu gegründeten Oberlandesgerichten aus

22 BGHZ 152, 182 ff.; BGH NJW 2002, 2957 ff.; BGH NJW 2003, 1943 ff..

23 Leider enthält das *Statistische Jahrbuch 2000* hierzu keine Angaben.

den neuen Bundesländern ermöglichte.²⁴ Seit der ersten ZPO-Novelle von 1905 war jedenfalls auch die Überlastung des obersten Zivilgerichts der Nation stets Anlass für eine ZPO-Reform. In der Vergangenheit war auch das Reformmittel immer gleich: Der Streitwert, der den Zugang zum Revisionsgericht eröffnete, wurde erhöht. Dass man hier an eine Grenze stieß, hinter der ein weiteres Erhöhen nicht mehr möglich war, weil es dann ins Unsoziale umgeschlagen wäre, war offensichtlich. Nach dem bis Ende 2001 geltenden Recht waren Revisionen gegen Urteile der Oberlandesgerichte uneingeschränkt zulässig, wenn die Beschwer DM 60.000,00 überstieg, § 546 Abs. 1 ZPO a.F.. Der Bundesgerichtshof konnte es jedoch ablehnen, eine derartige Revision anzunehmen, wenn sie nach seiner Auffassung keine grundsätzliche Bedeutung hatte, § 554 b ZPO a.F.. Das Bundesverfassungsgericht hatte § 554 b ZPO a.F. jedoch mit einer Schranke ausgestattet und gesagt, dass die Revision auch die Beseitigung eines fehlerhaften Urteils im Einzelfall ermöglichen müsse.²⁵ Der Bundesgerichtshof musste danach bei jeder zulässig eingelegten Streitwertrevision im Annahmeverfahren nach § 554 b ZPO a.F. prüfen, ob die Sache im Ergebnis Aussicht auf Erfolg hatte. Hatte sie dies, musste er die Revision annehmen. Seither hieß die ständige Formel, mit der er die Annahme einer Revision nach altem Recht abgelehnt hatte: „Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung und im Endergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg“.

Blieb nach altem Recht die Beschwer unter DM 60.000,00 konnte das Oberlandesgericht die Revision zulassen, insbesondere wegen grundsätzlicher Bedeutung, § 546 Abs. 1 ZPO a.F.. Nun war sich der Bundesgerichtshof stets darüber im Klaren, dass die Zulassung von zweifelhaftem Wert war. Die Oberlandesgerichte haben zu wenig zugelassen, und sie haben die wirklichen Fälle von grundsätzlicher Bedeutung häufig nicht vorgelegt. Wenn sie die Revision ausnahmsweise zugelassen hatten, war oft nicht erkennbar warum. Ich entsinne mich mehrerer mündlicher Verhandlungen über zugelassene Revisionen, in denen der

24 Brandenburgisches OLG, OLG Rostock, OLG Dresden, OLG Naumburg, Thüringer OLG.

25 BVerfGE 54, 277 ff..

Vorsitzende bei der Einführung in den Sachstand sagte, warum das Oberlandesgericht diese Revision zugelassen habe, sei für ihn nicht erkennbar geworden.

Es war der Wunsch des Bundesgerichtshofs, nach einer Reform des Revisionsrechts den freien Zugriff auf das Rechtsmittel zu haben, also frei darüber entscheiden zu können, ob er eine Revision annehmen wollte oder nicht. Das sollte durch die Zulassung gesichert werden, die der Bundesgerichtshof selbst aussprechen wollte, wenn die Beschwer DM 60.000,00 überstieg. Diese u.a. von dem damaligen Präsidenten des Bundesgerichtshofs, Prof. Dr. *Odersky*, sehr geförderte und gewünschte Lösung ist vor allem am Widerstand der BGH-Anwälte gescheitert, die damals noch nicht wussten, dass ab 1998 die Bundesjustizministerin *Däubler-Gmelin* auf sie wartet. Hätte man das vorhergesehen, hätten die BGH-Anwälte sicherlich früheren Reformvorschlägen aus der Mitte des Bundesgerichtshofs aufgeschlossen gegenübergestanden. Ich habe in Amerika studiert. Ich kannte das bewährte Zugriffsverfahren bei Revisionsachen aus den Bundesgerichten der USA durch den *Supreme Court* der Vereinigten Staaten nach dessen Rule 10. Dort heißt es kurz und bündig *certiorari granted* oder *certiorari not granted*.²⁶ Damit war die Revision entweder angenommen oder abgelehnt.

26 Revised Rules of the Supreme Court of the United States of January 27, 2003, www.supremecourtus.gov/ctrules:

Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari.

Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring in the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

1. Zu §§ 543 f. ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO und 574 ZPO

Die Koalitionen Rot/Grün hat es seit 1998 als nachgerade unerträgliche Gerechtigkeitslücke empfunden, dass die „großen“ Sachen mit einem Streitwert über DM 60.000,00 ohne weiteres zum BGH laufen konnten, die kleinen aber zulassungsbedürftig waren. Der BGH sollte nicht mehr ein Gericht der „Reichen“ sein. Kleine Sachen seien für den kleinen Mann genauso bedeutend wie große Sachen für Unternehmen. Was ist im Justizreformgesetz aus dieser Vorstellung – unter Berücksichtigung des eigentlichen Reformbedürfnisses, der Entlastung des Bundesgerichtshofs – geworden?

§§ 543 und 544 ZPO führen die Zulassungsrevision ein. Zugelassen wird jedoch grundsätzlich durch die Berufungsgerichte. Das sind sowohl die Landgerichte als Berufungsgerichte in Amtsrichtersachen wie die Oberlandesgerichte als Berufungsgerichte gegen Urteile der Landgerichte. Damit ist dem ursprünglichen Wunsch des Bundesgerichtshofs nicht entsprochen worden, selbst über die Zulassung entscheiden zu können. Das oberste Zivilgericht hat es daher von vornherein nicht selbst in der Hand, darüber zu befinden, welche Fälle nach seiner Auffassung revisionswürdig sind und welche nicht. Es ist schon frappierend, dass der Gesetzgeber die langjährigen guten Erfahrungen des *US-Supreme Court*, des wohl angesehensten Gerichts der Welt, mit dem Zulassungsverfahren gemäß seiner Rule 10 und deren Vorgänger nicht wenigstens vergleichsweise herangezogen hat.

Das Berufungsgericht muss zulassen, wenn nach (1) seiner Auffassung die Sache grundsätzliche Bedeutung hat oder wenn (2) die Fortbildung des Rechts oder (3) die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, wobei weiterhin der Bundesgerichtshof an die

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions to this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

Zulassung gebunden ist, § 543 ZPO. Daneben hat man als neues Rechtsmittel die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht eingeführt, § 544 ZPO. Diese kann zum Bundesgerichtshof eingelegt werden, wenn die Partei, die im Berufungsverfahren unterlegen war, der Auffassung ist, dass das Berufungsgericht die Revision hätte zulassen müssen. Neu ist auch, dass die Landgerichte als Beschwerdegerichte oder als Berufungsgerichte ebenso wie die Oberlandesgerichte unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie für die Zulassung der Revision gelten, die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zulassen können, § 574 Abs. 1 und 2 ZPO, sofern die Rechtsbeschwerde nicht schon nach dem Gesetz statthaft ist. Das ist etwa gemäß § 1065 ZPO bei Entscheidungen der Oberlandesgerichte über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen der Fall. Unterbleibt die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht in den Fällen, in denen sie nicht bereits nach dem Gesetz statthaft ist, gibt es jedoch hiergegen kein Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof.

Nun hat man gesehen, dass mit der neuen Zulassung von Rechtsmitteln zum BGH durch 116 Landgerichte zusätzlich zu den traditionell anfechtbaren Entscheidungen der 25 Oberlandesgerichte²⁷ eine Flut auf den Bundesgerichtshof zukommen kann, die das eigentliche Reformbedürfnis – nämlich die Beschränkung des Zugangs – wieder vereitelt. Der Reformgesetzgeber hat deswegen eine Schranke an einer Stelle eingeführt, die noch heute manchem Anwalt unbekannt ist, nämlich im Einführungsgesetz zur ZPO, dort in § 26 Nr. 8 EGZPO. Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision zum Bundesgerichtshof, sind danach nur dann zulässig, wenn der Beschwerdewert € 20.000,00 übersteigt.

Die Schranke soll nur bis zum 31.12.2006 gelten. Sie ist an der falschen Stelle angebracht und sie ist unter dem neuen Regime ein völlig unzureichendes Mittel. Zwei Jahre Praxis unter dem neuen Gesetz belegen, dass das zentrale Reformziel des Bundesgerichtshofs, nämlich seine Entlastung, fehlgeschlagen ist. Die Eingangszahlen sind derart gestiegen, dass vor allem für die

27 Statistisches Jahrbuch 2000, S. 345, Nr. 15.1.

Rechtsbeschwerden ein völlig neuer Senat gegründet werden musste, nämlich der IX a-Senat.²⁸

2. *Verfassungsrechtliche Bedenken gegen §§ 543, 544, 574 ZPO*

Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen gegen §§ 543, 544 und 574 ZPO erhebliche Bedenken. Die Bestimmungen sehen nicht vor, dass erstmalige Verstöße des Berufungs- oder Beschwerderichters gegen Verfahrensgrundrechte rechtsmittelfähig sein müssen und deshalb mit der Revision oder Rechtsbeschwerde angegriffen werden können. Das Gebot, die Zugangsvoraussetzungen zum Revisionsgericht bei Grundrechtsverstößen des Vorderrichters klar im Gesetz zu regeln, gilt selbstverständlich auch für das Revisions- und Rechtsbeschwerdeverfahren.²⁹ Die oszillierende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierzu³⁰ vermag den Mangel des Gesetzes nicht zu heilen.

Für das Berufungsverfahren fehlt auch eine vergleichbare Vorschrift wie bei § 321 a ZPO für das Eingangsgericht. Der erstinstanzliche Richter kann wenigstens seinen Verstoß gegen das Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren, selbst heilen. Das Berufungsgericht oder Beschwerdegericht kann dies nicht. Es ist daher verfassungsrechtlich geboten im Gesetz für den Berufungsrichter die Möglichkeit zu eröffnen, von ihm begangene Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte einer Partei in den Fällen selbst zu heilen, in denen er die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen hat und die Beschwerde hiergegen nach § 544 ZPO an der Wertgrenze von § 26 Nr. 8 EGZPO scheitert. Das gleiche gilt für den Beschwerderichter, sofern die Rechtsbeschwerde gegen seine Entscheidung nicht bereits nach dem Gesetz statthaft ist, und er sie auch nicht nach § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zugelassen hat.

Ein zweiter Mangel des neuen Rechts kommt hinzu. In Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, den Sozialgerichten und den

28 Die Gesamteingänge aller Rechtsmittel zum BGH waren für das Jahr 2000 5745 Fälle und für das Jahr 2003 5890 Fälle.

29 vgl. BVerfG NJW 2003, 1928 bei Nr. IV.2.

30 BGHZ 152, 182 ff.; BGH NJW 2002, 2957 ff.; BGH NJW 2003, 65 ff.; BGH NJW 2003, 1943 ff..

Finanzgerichten können Verfahrensfehler der jeweiligen Gerichte mit der Revision zum entsprechenden Obersten Bundesgericht angegriffen werden.³¹ Bei der ZPO-Reform hat man dagegen die Möglichkeit, allgemeine Verfahrensverstöße mit der Revision anzugreifen, bewusst ausgeschaltet.³² Man wollte materielle Fehler und Verfahrensfehler gleichstellen, die nur dann den Zugang zum Bundesgerichtshof eröffnen, wenn sie rechtsgrundsätzliche Bedeutung haben. Das ist unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes von Art. 3 GG problematisch. Denn die Frage stellt sich, ob der Gesetzgeber die Zugangskriterien zum jeweiligen Obersten Bundesgericht unterschiedlich regeln darf, wenn er dazu keine nachvollziehbare Begründung liefert. Die amtliche Begründung des Reformgesetzes schweigt hierzu. Die Neuregelung in §§ 543 f. ZPO entspricht in etwa der des Arbeitsgerichtsgesetzes.³³ Das Bundesverfassungsgericht hatte sich zu dieser Regelung in der Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 26.3.2001 bereits kritisch geäußert und ausgeführt³⁴:

„Gleichzeitig kann im arbeitsrechtlichen Verfahren ... anders als in anderen Verfahrensordnungen ... ein Verfahrensmangel die Zulassung der Revision nicht rechtfertigen. Das gilt aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ausnahmslos, selbst wenn der Verfahrensfehler offenkundig ist oder es sich - wie beim Fehlen von Gründen - um einen absoluten Revisionsgrund handelt. ... Solange dieser aus rechtsstaatlicher Sicht auf Dauer schwer hinzunehmende Mangel besteht, hat daher der Bürger bereits nach Ablauf der 5-Monatsfrist das Recht, unmittelbare Verfassungsbeschwerden gegen eine solche landesarbeitsgerichtliche Entscheidung einzulegen.“

31 §§ 132 Abs. 2 Nr.3, 138 Nr.3 VwGO; 160 Abs. 2 Nr.3 SGG; 115 Abs. 1 Nr.3 FGO.

32 BT-Ds. 14/4722, S. 105.

33 § 72 Abs. 2 ArbGG.

34 BVerfG NJW 2001, 2161, 2163.

Das Bundesverfassungsgericht hält also einen Zustand, in dem Verfahrensmängel selbst dann nicht angegriffen werden können, wenn sie offenkundig und schwerwiegend sind, aus rechtsstaatlicher Sicht auf Dauer für schwer hinnehmbar. Genau diesen Zustand hat der Gesetzgeber nur wenige Monate nach dessen Urteil zum Revisionsrecht in Arbeitsgerichtsverfahren bei der ZPO-Reform herbeigeführt. Er hat damit bewusst einen Verfassungsverstoß in Kauf genommen.

3. *Rechtspolitisch verfehlt: die Bedeutungslosigkeit der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache*

Die wirtschaftliche Bedeutung einer Sache führt weder automatisch zur Zulassung einer Revision durch das Berufungsgericht noch zum Erfolg einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung. Das gilt selbst dann, wenn die Grenze von € 100 Mio. überschritten ist, wie die Erfahrung mit dem neuen Recht zeigt.³⁵ Diese Situation ist für den Wirtschaftsjuristen kaum nachzuvollziehen, wenn der Bundesgerichtshof gleichzeitig über wirkliche Bagatellfälle zu entscheiden hat, die beim Amtsgericht begonnen haben. Das gilt etwa für den Prozess um die Kiefern in Nachbars Garten³⁶, eine zugelassene Revision. Hier hatte zunächst ein Amtsgericht darüber befunden, wie weit Kiefern in Nachbars Garten hineinragen dürfen und ob etwa die Kiefernadeln aus der Dachrinne zu entfernen sind. Das Landgericht, das als Berufungsgericht über diese Bagatelle zu entscheiden hatte, hat die Revision zugelassen. Der Bundesgerichtshof musste sich daraufhin mit dem Fall beschäftigen.

Diese und vergleichbare Fälle haben negative Folgen für das Vertrauen der Wirtschaft in eine funktionsfähige staatliche Zivilgerichtsbarkeit gerade in der höchsten Instanz. Es widerspricht den Regeln der praktischen Vernunft, große wirtschaftlich bedeutsame Streitigkeiten vom Zugang zum Bundesgerichtshof auszuschließen, um Bagatellsachen den Zugang zu eröffnen. In der an sich ironischen *Nagelmann-Festschrift* der Mitarbeiter

35 Exemplarisch: OLG München ZIP 2004, 19, 27 bei lit. D im Fall *Kirch./Deutsche Bank*.

36 BGH v. 14.11.2003 – V ZR 102/03, www.bundesgerichtshof.de.

des Bundesverfassungsgerichts gibt es einen gleichwohl ernst-ten Beitrag zur Ressource Recht als knappes Gut.³⁷ Die Ressource Recht ist ein knappes Gut. Der Zugang zum Bundesgerichtshof ist ein wirklich knappes Gut. Und das knappe Gut wird verschleudert, wenn Bagatellen auf Kosten der wirtschaftlich bedeutsamen Sachen zum Bundesgerichtshof kommen und damit die Austarierung nicht mehr funktioniert.

Vom Bundesverfassungsrichter *Di Fabio* stammt die Erkenntnis, dass die Führung der Wirtschaft in der modernen Gesellschaft eine beachtliche und beachtenswerte Konstante ist.³⁸ Wir leben alle vom Wirtschaftsstandort Deutschland. Wir reden gegenwärtig davon, was den Wirtschaftsstandort Deutschland festigen und fördern kann. Der Zugang zur höchsten Rechtsprechungsinstanz ist für die Wirtschaft fast eine volkswirtschaftliche Notwendigkeit, die der Reformgesetzgeber völlig missachtet hat. Man muss nicht unbedingt ein Anhänger der ökonomischen Analyse des Rechts sein³⁹, aber der Gesetzgeber sollte sich wenigstens ihrer Methoden zur ergänzenden Fehlerkontrolle bedienen. Die wirtschaftlichen und damit letztlich die gesellschaftlichen Folgen eines „einfachen“ Fehlurteils, mit dem ein kleineres oder mittleres Unternehmen zu Unrecht zur Zahlung von zwei Millionen Euro verurteilt worden ist, sind völlig anders als die eines Fehlurteils in einer Bagatelle wie im Kiefernadelfall. Das Unternehmen geht über ein derartiges Fehlurteil wahrscheinlich über kurz oder lang in die Insolvenz mit allen damit verbundenen Konsequenzen für die Allgemeinheit. Dass ein Fehlurteil in einer Bagatelle wie im Kiefernadelfall auch nur ansatzweise ähnliche Auswirkungen haben könnte, ist ganz unwahrscheinlich. Dann aber gebietet schon die praktische Vernunft, Bagatellfälle und Fälle von wirtschaftlicher Bedeutung beim Zugang zum Bundesgerichtshof nicht gleich zu behandeln.

37 *Wieland*, Knappe Ressource Recht in: Das wahre Verfassungsrecht – Gedächtnisschrift für F.G. Nagelmann, 1984, S. 249 ff..

38 *Di Fabio*, Der juristische Begriff des Politischen, Schriften des Instituts für Rechtspolitik an der Universität Trier Nr. 1, S. 10 f..

39 Grundlegend *Richard A. Posner*, Economic Analysis of Law, 5. Aufl. 1998. *Posner* war Chief Judge des US-Court of Appeals for the 7. Circuit und ist Professor an der University of Chicago Law School.

Bereits jetzt ist deutlich spürbar, dass die Wirtschaft als Folge der Rechtsmittelreform vermehrt in die Schiedsgerichtsbarkeit ausweicht. Damit verliert die Justiz nicht nur Kostenträger, weil die Gerichtskosten, die in wirtschaftlich bedeutsamen Fällen von den Gerichtskassen eingenommen werden, die kleinen Fälle subventionieren.⁴⁰ Vor allem aber wird dadurch das Anschauungsmaterial beschränkt, das gerade der Bundesgerichtshof für die Rechtsfortbildung benötigt. Auf längere Sicht geht dann auch dessen Vorbildfunktion für die Rechtsprechung durch die Schiedsgerichte verloren.

Will man auch den kleinen Fällen aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen den Zugang zu einer dritten Instanz eröffnen, so wäre es naheliegend und vernünftig gewesen, die Oberlandesgerichte zu Revisionsgerichten in Amtsrichtersachen zu machen und auf diese Weise den dort vorhandenen Sachverstand erfahrener Richter zu nutzen. In FGG-Sachen üben die Oberlandesgerichte bei der weiteren Beschwerde nach §§ 27 f. FGG bereits die Funktion eines Revisionsgerichts aus. § 28 Abs. 2 FGG weist auch den Weg, wie bei insgesamt 25 Oberlandesgerichten in ihrer Funktion als Revisionsgericht die Rechtseinheit gleichwohl gewahrt werden kann: Ein Oberlandesgericht, das in einer FGG-Sache von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder eines anderen Oberlandesgericht abweichen will, hat die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Nichts sollte den Gesetzgeber daran hindern, in Prozessen, die der ZPO unterliegen, unter vergleichbaren Umständen eine Vorlagepflicht der Oberlandesgerichte an den Bundesgerichtshof anzuordnen. Der Bundesgerichtshof wäre hierdurch wirksam entlastet, wenn man ihn von der Bürde befreite, über Revisionen und Rechtsbeschwerden entscheiden zu müssen, die ihren Ursprung in Verfahren vor den Amtsgerichten hatten.

40 Es gibt kein statistisches Material, das darüber Auskunft gibt, was ein durchschnittliches Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof den Staat tatsächlich kostet. Präs. BGH a.D. Prof. Dr. *Odersky* hat vor Jahren einmal geschätzt, dass der Bundesgerichtshof bei Streitwerten über DM 200.000,00 kostendeckend arbeitet.

3. *Zur Fristenregelung für die Begründung vor dem Bundesgerichtshof, §§ 551 Abs. 2 ZPO, 544 Abs. 2 S. 2 ZPO, 575 Abs. 2 S. 3 ZPO*

Für die Fristen zur Begründung von Revision, Nichtzulassungsbeschwerde oder Rechtsbeschwerde gilt ähnliches wie bei der Fristenregelung für die Berufung. Nach altem Recht konnte der Vorsitzende die Frist ohne weiteres nach Anhörung des Gegners verlängern, auch dann, wenn dieser einer Verlängerung nicht zugestimmt hatte. War die Frist bereits mehrfach verlängert worden, und stimmte der Gegner einem begründeten weiteren Verlängerungsantrag nicht zu, erfolgte die Verlängerung regelmäßig mit dem Vermerk „letztmals“. Mit diesem Verfahren konnte der Bundesgerichtshof und die BGH-Anwälte gut leben, zumal mit den Verlängerungen in der Regel keine Verzögerungen bei der Bearbeitung durch den Bundesgerichtshof verbunden waren.

Nach neuem Recht kann der Vorsitzende die Begründungsfrist für alle Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof nur noch um zwei Monate verlängern, wenn der Gegner dem Verlängerungsantrag widerspricht, §§ 551 Abs. 2 S. 6, 544 Abs. 2 S. 2, 575 Abs. 2 S. 3 ZPO. Das führt häufig zu unerträglichen Situationen. Der BGH-Anwalt darf aus Gründen anwaltlicher Sorgfalt die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels ausschließlich anhand der Gerichtsakten überprüfen, weil die Handakten der Voranwälte erfahrungsgemäß kein getreuer Spiegel der Gerichtsakten sind und auch nicht die Paginierung der Gerichtsakten aufweisen.⁴¹ Die Gerichtsakten stehen aber häufig über Monate nicht zur Verfügung, etwa weil das Berufungsgericht noch über einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestands oder das Landgericht über die Kostenfestsetzung im Berufungsverfahren zu entscheiden hat. Aus diesem und aus anderen Gründen hat deshalb der Präsident des Bundesgerichtshofs *Prof. Dr. Hirsch* das Bundesjustizministerium bereits mit Schreiben vom 16.9.2001 darum gebeten, die Fristenregelung in § 551 Abs. 2 ZPO rasch ändern und den alten Zustand wieder herstellen zu lassen. Bisher ist

41 Ein Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte lässt sich nur an Hand der Gerichtsakten ermitteln.

indes die auch vom Bundesgerichtshof insoweit gewünschte Rückgängigmachung der Reform unterblieben.

V. Ergebnis

Die Rechtsmittelreform von 2001 ist in weiten Teilen mit erheblichen Mängeln belastet, die ein Nachbessern des Gesetzgebers an vielen Stellen als erforderlich oder mindestens wünschenswert erscheinen lassen. Erst wenn dies geschehen ist, könnte man von ihr als einem Fortschritt in der Rechtsentwicklung sprechen.

Impressum

Herausgeber

Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Prof. Dr. Gerhard Robbers

Unter Mitarbeit von

Oliver Windgätter, Florian Geyer und Claudia Lehnen

Redaktionelle Zuschriften

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier,
Im Treff 24, 54296 Trier, Tel. +49 (0)651 / 201-3443
Homepage: <http://www.irp.uni-trier.de>,
Kontakt: sekretariat@irp.uni-trier.de.

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und kann diese nicht zurückschicken. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion wieder.

Bezugsbedingungen

Die Hefte erscheinen in unregelmäßigen Abständen mehrfach jährlich und können zum Stückpreis zuzüglich Porto im Abonnement oder als Einzelheft bei der Redaktion angefordert werden. Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2004
ISSN 1616-8828