

Schriften zum Prozessrecht

Band 227

Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss

**Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts**

Von

Franziska Leonhardt



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZISKA LEONHARDT

Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss

Schriften zum Prozessrecht

Band 227

Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss

Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Bundesverfassungsgerichts

Von

Franziska Leonhardt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
hat diese Arbeit im Wintersemester 2010/2011
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-13658-2 (Print)
ISBN 978-3-428-53658-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83658-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen.

Literatur und Rechtsprechung konnten bis Dezember 2010 berücksichtigt werden.

§ 522 ZPO, der die Entscheidung des Gerichts über eine Berufung durch Beschluss normiert, hat aufgrund seiner steigenden Anwendung sowohl für die Gerichte als auch für die anwaltliche Praxis eine erhöhte Signifikanz.

Seit Einführung der Norm im Jahre 2002 war diese immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen, in deren Rahmen sowohl die Änderung als auch die Abschaffung des § 522 ZPO befürwortet wurden.

Die Brisanz zeigt sich an dem aktuellen Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, BT-Drucksache 17/4431, der im Gegensatz zu dem vom Bundesjustizministerium am 24.11.2010 vorgestellten Referentenentwurf nicht nur eine Änderung des § 522 ZPO vorsieht, sondern die ersatzlose Streichung der Absätze 2 und 3.

Diese Arbeit unternimmt den Versuch, § 522 ZPO einem besseren Verständnis zuzuführen und darüber hinausgehend einen Weg aufzuzeigen, der eine gerechte Anwendung der Norm ohne ihre Abschaffung ermöglicht.

Ich möchte mich herzlich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Smid, für die Anregungen bezüglich des Themas und die Betreuung der Arbeit bedanken sowie bei Prof. Dr. Schubert für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem gilt mein besonderer Dank meiner Familie und meinem Freund Patric Drewes für die jederzeitige Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit.

Berlin, im Januar 2013

Franziska Leonhardt

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------------	----

Kapitel 1

Reichweite und Anwendungsbereich des § 522	17
---	----

A. Überblick über die Rechtsmittel der ZPO	17
I. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit von Rechtsmitteln	19
1. Justizgewährungsanspruch	19
2. Anspruch auf rechtliches Gehör	20
3. Herleitung aus § 321a ZPO	22
4. Herleitung aus anderen Artikeln des Grundgesetzes – Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 95 GG	22
5. Rechtsmittel als Kontrollinstrument	22
II. Zwischenergebnis	25
B. Das Rechtsmittel der Berufung im Zivilprozess	26
I. Notwendigkeit einer zweiten Instanz	26
1. Ausnahmen von dem Grundsatz der vollständigen Überprüfbarkeit von Entscheidungen durch eine zweite Instanz	26
a) Zulassungsvoraussetzungen gem. § 511 Abs. 2	26
b) Eingeschränkte zweite Tatsacheninstanz	27
2. Das erstinstanzliche Gericht als Instanz der materiellen Rechtsprechung	27
3. Verfahren ohne zweite Instanz – Ein Überblick	28
II. Verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine Berufungsinstanz	30
III. § 522 als Beschleunigung der Berufungsinstanz	31
C. Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 1 und Abs. 2 im Überblick	33
I. Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 1	33
1. Einlegen des Rechtsmittels	34
2. Statthaftigkeit der Berufung	35
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen	35
a) Beschwer	35
b) Form und Frist	36
4. Entscheidung über die Zulässigkeit	36
5. Formelle Rechtskraft	38
II. Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2	38

1. Tatbestandsvoraussetzungen eines Zurückweisungsbeschlusses	39
a) Fehlende Aussicht auf Erfolg	39
b) Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache	43
c) Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung	46
aa) Fortbildung des Rechts	46
bb) Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung	47
2. Ermessensspielraum des Berufungsgerichts	48
3. Zwischenergebnis	51
D. Grundlage der Bestimmung der Erfolgsaussicht der Berufung	51
I. Rechtsebene	52
1. Umfang der Überprüfung	52
2. Zwischenergebnis	55
3. Auswirkungen auf die Erfolgsaussicht der Berufung	56
II. Tatsächliche Ebene	57
1. Prozessstoff der zweiten Instanz	57
2. Umfang des Prozessstoffes	58
a) „Festgestellte Tatsachen“ im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1	59
b) Berücksichtigung von „nicht festgestellten“ Tatsachen	61
aa) Wortlaut der Norm	61
bb) Entwurfsbegründung des Gesetzes	61
cc) Systematische Stellung der Norm	62
dd) Auslegung des BGH	64
ee) Zwischenergebnis	65
3. Nachweisbarkeit der festgestellten Tatsachen und deren Bindungswirkung	65
a) Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils als Ausgangspunkt für den Nachweis der Tatsachenfeststellung	65
b) Positive Beweiskraft des Tatbestandes	66
c) Negative Beweiskraft des Tatbestandes	67
d) Einschränkung der negativen Beweiskraft durch den BGH	70
e) Zwischenergebnis	71
4. Durchbrechung der Bindung bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung	72
a) Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel im Sinne des § 529	72
b) Gruppierung der Zweifel	74
aa) Verfahrensfehlerhafte oder fehlende Feststellung	74
bb) Beweisaufnahme	74
(1) Unvollständige oder fehlerhafte Beweisaufnahme	75
(2) Möglichkeit von Divergenzen hinsichtlich der Beweiswürdigung	78
(3) Nicht ausgeschöpfte Beweismittel	78
(4) Zwischenergebnis	78

cc) Sonderfall der Präklusion in erster Instanz	79
(1) Auswirkungen erstinstanzlich zu Recht präkludierten Vortrags in der Berufungsinstanz	80
(2) Auswirkungen erstinstanzlich zu Unrecht präkludierten Vortrags in der Berufungsinstanz	81
(3) Berücksichtigung erstinstanzlich zu Recht präkludierten Vorbringens	82
dd) Zweifel durch neuen Vortrag in der Berufungsinstanz	82
(1) Grundsätzliche Präklusion neuen Vorbringens	83
(2) Auswirkungen des neuen Vorbringens auf die Beschlusszurückweisung gem. § 522 Abs. 2	84
(a) Neues unstreitiges Vorbringen	85
(b) Neues streitiges Vorbringen	86
(c) Neues präkludiertes Vorbringen	87
ee) Rügeerfordernis bei unverzichtbaren Verfahrensvorschriften	87
ff) Rügeerfordernis bei verzichtbaren Verfahrensvorschriften ..	90
gg) Problem der zu Unrecht angenommenen Zweifel sowie der zu Unrecht nicht angenommenen Zweifel	90
c) Zwischenergebnis zur Durchbrechung der Bindungswirkung ...	91
E. Ergebnis des ersten Kapitels	92

Kapitel 2

Rechtsbehelfe, insbesondere Rechtsmittel	93
A. Rechtsmittel gegen den Beschluss gem. § 522 Abs. 1	93
I. Rechtsbeschwerde gem. § 574 ZPO	93
1. Bindungswirkung des Beschlusses gem. §§ 318, 319 analog	94
2. Fristlose Gegenvorstellung als Alternative zur fristgebundenen Rechtsbeschwerde	96
3. Formalitäten der Rechtsbeschwerde	97
II. Nichtzulassungsbeschwerde	97
III. Rechtsbehelf des § 321a	98
IV. Rechtsprechung des BGH	98
B. Rechtsbehelfe gegen den Beschluss gem. § 522 Abs. 2	99
I. Rechtsbeschwerde	99
1. Entscheidungen des BGH	99
2. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	100
II. Revision und Nichtzulassungsbeschwerde	101
1. Die Nichtzulassungsbeschwerde bei Urteilen	102
2. Meistbegünstigungsgrundsatz	102
3. Rechtsprechung des BGH	102

4. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	103
III. Rechtsbehelf des § 321a	105
1. Anwendungsfälle der Gehörsrüge	106
2. Folge des § 321a	108
3. Kritik an § 321a	109
IV. Außerordentlicher Rechtsbehelf	110
V. Dienstaufsichtsbeschwerde	110
VI. Rechtsmittel gegen den Hinweisbeschluss	111
VII. Rechtsmittel auf europarechtlicher Ebene	111
C. Ergebnis des zweiten Kapitels	111

Kapitel 3

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 112

A. Verfassungskonformität des § 522	112
B. Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG	113
I. Nichtannahmebeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 Abs. 1 GG	113
II. Zur Entscheidung angenommene Verfassungsbeschwerden, Art. 103 Abs. 1 GG	116
C. Gebot des effektiven Rechtsschutzes	119
I. Nichtannahmebeschlüsse	120
II. Zur Entscheidung angenommene Verfassungsbeschwerden	125
D. Ergebnis des dritten Kapitels	132

Kapitel 4

Lösungsansatz 134

A. Bindungswirkung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen	135
B. Änderung der Vorschrift durch den Gesetzgeber	137
I. Gesetzentwurf v. 17.12.2008	138
1. Änderungsvorschläge des Gesetzentwurfs	138
2. Kritik an dem Gesetzentwurf	139
a) Fehlen einer mündlicher Verhandlung	141
b) „Verdopplungseffekt“ statt Entlastung des Rechtsmittelführers ..	141
c) Angleichung des § 522 Abs. 2 an Abs. 1	142
d) Zwischenergebnis	143
II. Referentenentwurf v. 18.11.2010	143
1. Änderungsvorschläge des Referentenentwurfs	143
2. Der Referentenentwurf im Detail	145
a) Einfügen einer Nr. 4 in § 522 Abs. 2 S. 1	145

aa) Begründung	146
bb) Stellungnahme BRAK	146
cc) Stellungnahme DAV	146
dd) Stellungnahme Deutscher Richterbund	148
ee) Eigene Stellungnahme	148
b) Geänderte Formulierung des Rechtsfolgenausspruchs in Abs. 2 S. 1	151
aa) Begründung	151
bb) Stellungnahme BRAK	151
cc) Stellungnahme DAV	151
dd) Eigene Stellungnahme	152
c) § 522 Abs. 2 S. 4 n.F.	153
aa) Begründung	153
bb) Stellungnahme BRAK	154
d) Streichung des § 522 Abs. 3 a.F. und Einfügung eines neuen Abs. 3	155
aa) Begründung	155
bb) Stellungnahme BRAK	155
cc) Stellungnahme DAV und Deutscher Richterbund	155
dd) Eigene Stellungnahme	156
(1) Nichtzulassungsbeschwerde als geeigneter Rechtsbehelf	157
(2) Nichtzulassungsbeschwerde vs. Rechtsbeschwerde	157
e) Änderung weiterer ZPO-Vorschriften	158
aa) Änderung des § 26 Nr. 8 EGZPO	159
bb) Einfügen eines neuen § 38a EGZPO	159
f) Zusätzliche Änderungsvorschläge	159
aa) Änderungsvorschläge des Deutschen Richterbundes	159
(1) Fristgemäßer Widerspruch gegen den Zurückweisungsbeschluss	159
(2) Vorläufige Vollstreckbarkeit des Beschlusses	160
bb) Eigene Änderungsvorschläge	161
(1) Kumulative Vorlage aller Voraussetzungen des § 522 Abs. 2	161
(2) Merkmal der mangelnden Erfolgsaussicht	161
III. Empfehlung an den Gesetzgeber	162
Literaturverzeichnis	163

* * *

Alle verwendeten Abkürzungen enthalten in: *Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia*: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., Berlin 2006.

Einleitung

§ 522 ZPO¹ ermöglicht die Zurückweisung einer Berufung durch Beschluss in unterschiedlichen Konstellationen. Gem. § 522 Abs. 1 kann die Verwerfung der Berufung als unzulässig durch Beschluss ergehen, wenn eine von Amts wegen erfolgende Prüfung ergibt, dass die Berufung nicht statthaft ist oder nicht in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt wurde.

Gem. Abs. 2 der Norm weist das Berufungsgericht die Berufung unverzüglich als unbegründet durch einstimmigen Beschluss zurück, wenn es davon überzeugt ist, dass diese keine Aussicht auf Erfolg, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert.

Während gegen den Beschluss über die Zurückweisung der Berufung wegen Unzulässigkeit gem. § 522 Abs. 1 die Rechtsbeschwerde als Rechtsmittel zulässig ist, erklärt § 522 Abs. 3 den Beschluss nach § 522 Abs. 2 S. 1 für unanfechtbar.

Diese Gegebenheiten sowie die Handhabung der Rechtsbehelfe, insbesondere Rechtsmittel, für beide Beschlüsse werden im Folgenden noch näher untersucht.

Die Anwendung der Vorschrift und diese Konsequenz auf Rechtsmittel Ebene sind seit ihrer Einführung mit der Zivilprozessrechtsreform von 2002 rechtspolitisch hochumstritten, wodurch die Norm bereits in den Fokus mehrerer Untersuchungen gekommen ist.²

Diese bisherigen Darstellungen der Norm waren umfassend und dienstvoll. Während die Arbeit „Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss“ von Gunnar Postel einen Überblick über die Materie gegeben und einen statistischen Ansatz hinsichtlich der regionalen Unterschiede in der Anwendung verfolgt hat, hat Jan Möller in seiner Dissertation „Kritische Gedanken zur Beschlusszurückweisung in der Berufung nach § 522 II ZPO“ eher die Aspekte der Verfassungsmäßigkeit und der geschichtlichen Entstehung der Norm im Gebilde des Zivilprozessrechts beleuchtet.

¹ Alle nachfolgenden §§ ohne zusätzliche Bezeichnung sind solche der ZPO.

² So auch Stadler, Plenarprotokoll 17/45 v. 9.6.2010, S. 4536; Trimbach, in: NJW 2009, 401 (401).

Beide Arbeiten stammen jedoch aus einer Zeit, in der die Norm noch nicht völlig „angenommen“ worden war. Dies lässt sich auch an der Häufigkeit der Normanwendung ablesen. Die Anwendung war bis 2005 noch regional sehr unterschiedlich und schwankte zwischen einer Anwendung des § 522 Abs. 2 von 0,7 bis 25,7 % und einer durchschnittlichen Anwendung von 12,1 %.³ Dem folgend waren die Untersuchungen an der verfassungsrechtlichen Konformität der Norm sowie der Auswertung der Statistik und Hinterfragung der Bedeutung der regionalen Unterschiede orientiert. Zu einer umfassenden Statistik zum damaligen Stand der Dinge wird auf die Darstellungen bei Postel verwiesen.⁴

Aktuelle Statistiken hingegen zeigen eine bundeseinheitlichere, aber regional immer noch unterschiedlich zunehmende Anwendung des § 522. Die nunmehr für 2009 vorliegenden Zahlen der Bundesländer weisen eine Anwendung des § 522 Abs. 2 bei den Landgerichten von 8,8 % bis 21 % und eine Gesamtanwendungsquote des § 522 Abs. 2 von 14,2 % aus.⁵ Bei den Oberlandesgerichten liegt die Gesamtanwendungsquote bei 16,1 %. Die Anwendungsquote an den einzelnen Gerichten reicht mit regionalen Unterschieden von 5,2 % (Bremen) bis 27,1 % (Rostock).⁶

Die Darstellung im Alles-oder-nichts-Prinzip, die mehr an der Beseitigung der Norm als solche interessiert ist, als daran, an ihrer Gegebenheit und ihrem Verständnis zu arbeiten, muss sowohl angesichts der Statistik als auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere der neueren Urteile v. 4.11.2008 und 25.3.2010, die nun mehrmals eine Verfassungskonformität des § 522 bestätigt haben, jedoch auch eine eventuelle Missbrauchsgefahr erkennen lassen, überdacht werden.⁷ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass immer noch ein Teil der Literatur auf die Abschaffung der Norm drängt⁸.

Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scheidet eine Nichtigkeitseinstellung der Norm über diesen Weg aus.

³ Postel, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, S. 29.

⁴ Postel, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, S. 27 ff.

⁵ BT-Drucks. 17/3517, S. 15, S. 19.

⁶ Hierbei sind die Zivilgerichte ohne Familiengerichte erfasst, Zählkartenerhebung in Zivilsachen, Jahreshefte des Statistischen Bundesamtes für 2009, Fachserie 10 Rechtspflege, Zivilgerichte, www.destatis.de; ebenso BT-Drucks. 17/3517, S. 14, S. 2.

⁷ BVerfG v. 4.11.2008, 1 BvR 2587/06, NJW 2009, S. 572 (S. 572 ff.); 25.3.2010, 1 BvR 882/09, WM 2010, S. 794 (S. 794 ff.).

⁸ Stellvertretend für viele siehe Reinelt, in: ZRP 09, S. 203 (S. 206); Petition zur Abschaffung des § 522 Abs. 2 und Abs. 3 v. 15.08.2008, Nr.: Pet 4-16-07-3100-042700; ebenso BRAK, Presseerklärung Nr. 13 v. 24.11.2010, www.brak.de; a. A. Zypries, Plenarprotokoll 16/208 v. 5.3.2009, S. 22449, die sich für die Beibehaltung des § 522 in der jetzigen Fassung ausspricht.

Es verbleiben lediglich die Möglichkeiten einer Änderung der Norm durch den Gesetzgeber⁹ oder eines anderen Verständnisses der Norm.

In dieser Arbeit werden die Fälle herausgearbeitet, in denen die Anwendung der Norm durchaus sinnvoll ist, und die Norm wird von der zivilprozessualen Seite unter der Prämisse ihrer Verfassungskonformität untersucht. Hieran schließt sich die Untersuchung der Rechtsbehelfsmöglichkeiten und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an.

Grundsätzlich gilt es hierbei zu berücksichtigen, dass es keinen verfassungsmäßig garantierten Instanzenzug gibt.¹⁰ Zwar sieht die ZPO die Möglichkeit einer Berufung als Rechtsmittel generell vor sowie auch in gegebenen Fällen die Möglichkeit einer Revision, hieraus resultiert jedoch nicht der Zwang einer allgemeinen Durchführung dieser Rechtsmittel in jedem Falle.¹¹ Allerdings haben die Gerichte bei ihren Entscheidungen, „die für den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Rechtsmitteln von Bedeutung sind, verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten“, wie es in der Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung v. 26.4.2005 heißt.¹²

Dieser Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung lag im Ausgangsverfahren der Abschluss eines notariellen Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen den Beschwerdeführern und einer Treuhandgesellschaft zum Zwecke der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zugrunde. In diesem Vertrag erteilten die Beschwerdeführer der Treuhandgesellschaft Vollmacht zum Abschluss eines Darlehensvertrages mit der Beklagten zur Finanzierung der Beteiligung und unterwarfen sich zudem der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde. Als das so abgeschlossene Darlehen 2002 notleidend wurde, kündigte die Beklagte den Kredit und verlangte Rückzahlung des ausstehenden Betrages, wobei sie beabsichtigte, den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungsurkunde geltend zu machen. Die von den Beschwerdeführern erhobene Klage gegen die Bank mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus der

⁹ Ein von der FDP-Fraktion 2008 eingebrachter Gesetzentwurf hierzu scheiterte und wird im Einzelnen noch besprochen. Stadler deutet eine Änderung der Vorschrift unter Beibehaltung des Regelungsinhalts der Norm jedoch an; vgl. Stadler, Plenarprotokoll 17/45 v. 9.6.2010, S. 4536; ein momentan vorliegender „Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung“ v. 18.11.2010, www.bmj.bund.de findet Berücksichtigung.

¹⁰ BVerfG v. 26.4.2005, 1 BvR 1924/04, NJW 2005, S. 1931 (S. 1932); 30.4.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, S. 395 (S. 402).

¹¹ St. Rechtsprechung des BVerfG v. 5.8.2002, 2 BvR 1108/02, NJW 2003, S. 281 (S. 281); 21.11.2002, 1 BvR 2015/02, Zitat nach Juris; 13.3.2007, 1 BvR 1377/04, NJW-RR 2007, S. 1194 (S. 1194 ff.); 23.10.2007, 1 BvR 1300/06, NJW 2008, S. 504 (S. 504 f.); 30.7.2008, 1 BvR 1525/08, NJW 2009, S. 137 (S. 137 ff.); 10.10.2008, 1 BvR 1421/08, Zitat nach Juris; 15.12.2008, 2 BvR 2462/07, Zitat nach Juris; 26.4.2005, 1 BvR 1924/04, NJW 2005, S. 1931 (S. 1932); 29.5.2007, 1 BvR 624/03, Zitat nach Juris; 4.11.2008, 1 BvR 2587/06, NJW 2009, S. 572 (S. 572 ff.); 25.3.2010, 1 BvR 882/09, WM 2010, S. 794 (S. 794 ff.).

¹² BVerfG v. 26.4.2005, 1 BvR 1924/04, NJW 2005, S. 1931 (S. 1932).