BRAK Mitteilungen

Herausgeber
BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Sonderdruck

5. ZPR-Symposion der Bundesrechtsanwaltskammer am 16. und 17. April 2010 in Potsdam

Inhalt

Vorwort

5. ZPR-Symposion der Bundesrechtsanwaltskammer
(RA Hansjörg Staehle) 4

Aufsätze

Kartellrechtliche Kollektivklagen in der Europäischen Union – Aktuelle Perspektiven
(Prof. Dr. Burkhard Hess) 5

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
– ein mögliches Vorbild für eine europäische Lösung kollektiver Rechtsverfolgung? –
(Dr. Christian Dittrich) 10

Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess
(RiKG Björn Retzlaff) 15

Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung insbesondere im Hinblick auf die Lokalisation
(RA Lothar Schmude) 17

Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO
(Prof. Dr. Reinhard Greger) 22

Zur Reform der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2, 3 ZPO
(RA Dr. Michael Schultz) 27

Vorwort

Mitte April 2010 fand in Potsdam nun schon zum 5. Mal das traditionelle „ZPR-Symposion“ statt, das die Bundesrechtsanwaltskammer unter Federführung ihres ZPO/GVG-Ausschusses seit dem Jahre 1999 zu Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts veranstaltet. Die behandelten Themen waren in diesem Jahr von besonderer Aktualität: Ein kritischer Erfahrungsbericht über ein Musterverfahren in Deutschland nach dem KapMuG bildete den Auftakt zur Darstellung der Initiative der Europäischen Union zur Entwicklung eines rechtlichen Instrumentariums für Kollektivklagen in der EU. Das KapMuG läuft bekanntlich im Herbst dieses Jahres aus und steht zu einer befristeten Verlängerung an. Die Zeit für eine Übernahme entsprechender Prinzipien in das allgemeine Zivilprozessrecht scheint im gegenwärtigen Reifezustand dieser Entwicklung noch nicht gekommen zu sein. Die vertiefte Diskussion der Bedeutung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess führte zur einhelligen Erkenntnis von deren Unentbehrlichkeit. Eine Erkenntnis, die für die anstehende Modifizierung der Regelungen des § 522 Abs. 2 und 3 ZPO, wie sie namentlich durch die Rechtsanwaltschaft lautstark gefordert wird, besondere Bedeutung hat. Der Möglichkeit, nach diesen Bestimmungen Berufungen im Zivilprozess ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückzuweisen, gegen den kein weiteres Rechtsmittel gegeben ist, war ein ganzer Vormittag der Veranstaltung voll engagierter Diskussionen gewidmet.

Auch in diesem Jahr kamen wieder Hochschullehrer, Richter, Vertreter des Bundesministeriums der Justiz und der Landesjustizverwaltungen sowie Rechtsanwälte zu einem überaus fruchtbaren Dialog zusammen. In diesem Sonderdruck der BRAK-Mitteilungen werden die Beiträge des 5. ZPR-Symposions, teilweise in überarbeiteter Fassung, abgedruckt und damit der interessierten Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht.

Dem Ausschuss ZPO/GVG und insbesondere seinem Vorsitzenden, Rechtsanwalt Dr. Michael Weigel aus Frankfurt, gilt der besondere Dank des Präsidiums der Bundesrechtsanwaltskammer, dass es ihm nun schon zum 5. Mal gelungen ist, die berufsübergreifende Diskussion zu aktuellen rechtspolitischen Themen zu fördern.

Berlin, im August 2010

Hansjörg Staehle
Vizepräsident der Bundesrechtsanwaltskammer

Kartellrechtliche Kollektivklagen in der Europäischen Union – Aktuelle Perspektiven*

Prof. Dr. *Burkhard Hess*, Heidelberg

1. Einleitung

Der kollektive Rechtsschutz steht auf der Agenda des europäischen Gesetzgebers. Zwei Generaldirektionen der EG-Kommission, DG Sanco und DG Competition, haben Grün-[1] bzw. Weißbücher[2] veröffentlicht, die entsprechende Rechtsetzungsmaßnahmen im Verbraucherschutz und im Kartellrecht einleiten sollen.[3] Die Vorschläge der Kommission haben eine breite Diskussion ausgelöst. Allerdings hat sich das Gesetzgebungsverfahren verlangsamt. Im Oktober 2009 nahm die EU-Kommission einen bereits zwischen den beteiligten Generaldirektionen konsentierten Vorschlag für eine Richtlinie zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht von der Tagesordnung. Das bedeutet freilich nicht, dass das Gesetzesgebungsvorhaben vom Tisch wäre.[4] Zum anderen deswegen, weil der Text des Richtlinienentwurfes inzwischen in den „interessierten Kreisen" zirkuliert. Vor wenigen Tagen hat der neue Kommissar für Wettbewerb, *Almeira*, eine „public consultation" der interessierten Kreise für den Herbst 2010 angekündigt. Diese soll in enger Abstimmung mit den Kommissaren für Justiz und Verbraucherschutz erfolgen. Der heutige Vortrag soll die aktuelle Diskussion aufgreifen, zentrale Punkte des Richtlinienvorschlages vorstellen und vor dem Hintergrund aktueller Prozesse kritisch hinterfragen.

2. Der aktuelle Entwicklungsstand des Europäischen Prozessrechts

Eine explizite Kompetenznorm für das Prozessrecht enthält Art. 81 AEUV. Diese im Amsterdamer Vertrag (1998) neu geschaffene Gemeinschaftskompetenz (damals Art. 65 EG) hat die Entwicklung des europäischen Prozessrechts im letzten Jahrzehnt nachhaltig dominiert.[5] Art. 81 AEUV lässt allerdings nur Rechtsakte für Verfahren mit „grenzüberschreitenden Bezügen" zu. Vordergründig erscheint die Trennungslinie zwischen nationalen Prozessrechten und dem Europäischen Zivilverfahren klar: Der europäische Gesetzgeber erfasst das grenzüberschreitende Zivilprozessrecht (Prototypen: die Verordnungen Brüssel I[6] und Brüssel IIa)[7], jedoch nicht das innerstaatliche Zivilprozessrecht.[8] Dieser Eindruck ist jedoch aufgrund zwischenzeitlicher Entwicklungen überholt.[9]

Auch in anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts finden sich weitreichende Rechtssetzungsakte, die sich jedoch nicht auf grenzüberschreitende Prozesse beschränken. An erster Stelle ist die sog. *Enforcement*-Richtlinie (RL 2004/48/EG) zu nennen. Deren Kernregelungen statuieren für Prozesse über gewerbliche Schutzrechte weitreichende Auskunftsansprüche, Beweissicherungsverfahren und enthalten detaillierte Vorgaben für den einstweiligen Rechtsschutz.[10] Additive Verfahren[11] finden sich im Bereich der alternativen Streitbeilegung, etwa das Schiedsverfahren für Eintragungsstreitigkeiten über die EU-Domain.[12]

Die sektoriellen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft erfassen inzwischen zahlreiche Bereiche der nationalen Prozessrechte. Art. 81 AEUV erfasst hierbei nur einen Teilausschnitt der Rechtssetzungsaktivität. Hinter den unterschiedlichen Aktivitäten zeichnet sich eine allgemeine Rechtssetzungsstrategie ab.[13] Diese formulierte das Grünbuch zum Kartellrecht programmatisch als „private enforcement".[14] Das Weißbuch zu den Schadensklagen im Kartellrecht[15] und das Grünbuch zu den Kollektivklagen im Verbraucherrecht[16] fokussieren nunmehr (nicht zuletzt nach deutlicher Kritik am anglo-amerikanischen Regelungskonzept)[17] auf die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen bzw. von Verbraucherrechten und auf den An-

* Aktuelle Fassung des Beitrags in WuW 2010, 493 ff., die Vortragsform wurde beibehalten.

1 KOM (2008) 864 endg. (das Grünbuch wurde ohne Commission's Staff Working Paper veröffentlicht), vgl. das Begleitpapier: MEMO/08/741: Green Paper on Consumer Collective Redress – Questions and Answers.

2 KOM (2008) 165 endg., sowie Commission's Staff Working Paper (SEC 2008/404).

3 Vgl. dazu aus der Sicht der EG-Kommission Becker, Schadensersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot: Europäische Vorgaben und Vorhaben, in: Augenhofer (Hrg.), Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (2009), S. 15 ff.

4 Vgl. dazu FAZ, 20.10.2009, Nr. 243, S. 13.

5 Hodges, The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems (2008), S. 94 ff.; Storskrubb, Civil Procedure and EU Law (2008), S. 13 ff.

6 VO 44/01/EG – dazu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 6.

7 VO 2201/03/EG – dazu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 7.

8 Dementsprechend hat die Gemeinschaft zunächst eine Vielzahl von Rechtsakten zum internationalen Zivilprozessrecht nach Art. 65 EG erlassen, Überblick bei Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 2, Rdn. 2 ff.

9 Zu den sog. Rechtsakten der 2. Generation, die inzwischen vollständige Verfahren für bestimmte Sachbereiche (Mahn- und Bagatellverfahren) vorhalten, vgl. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 10 I und II.

10 RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU 2004 L 195/16 ff., dazu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht § 11, Rdn. 14 ff.

11 Das heißt Verfahren, die eigenständig neben die Prozesse der Mitgliedstaaten treten.

12 Vgl. VO 733/2002/EG über die Einführung der „eu"-Domain, ABl. EU 2002 L 113/1 sowie VO 874/2004/EG, ABl. EU 2004 L 162/40 ff. Regelungstechnisch handelt es sich um eine Annexregelung, die ein geschlossenes Streitschlichtungsverfahren schafft.

13 Zur Governance im Prozessrecht vgl. Storskrubb, Civil Procedure and EU Law (2008), S. 74 ff.

14 KOM (2005) 672 eng. (unter 1.1.) sowie sowie Commission's Staff Working Paper (SEC 2005) 1732, S. 6–8 (unter A 1–3), dazu die Kritik von Zimmer/Logemann, ZEuP 2009, 489, 495 ff.; Tulibacka, CMLR 46 (2009), 1527, 1529 f.

15 KOM (2008) 165 endg., sowie Commission's Staff Working Paper (SEC 2008/404).

16 KOM (2008) 864 endg. (das Grünbuch wurde ohne Commission's Staff Working Paper veröffentlicht), vgl. das Begleitpapier: MEMO/08/741: Green Paper on Consumer Collective Redress – Questions and Answers.

17 Eilmannsberger, CMLR 44 (2007), 431 ff.; Hodges, CMLR 43 (2006), 1381 ff.; Hess, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrg.) Zugang zum Recht (2008), S. 61, 62 ff.; Stürner, in Basedow (ed.) Private Enforcement of EC Competition Law (2008), S. 163, 168 ff. Vgl. auch die für den BDI verfasste Broschüre der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer: Private Enforcement in the European Union (BDI Imprint 2007).

spruch der Gemeinschaftsbürger, ihre vom EG-Recht verliehenen, subjektiven Rechte effektiv gerichtlich durchzusetzen.[18]

3. Rechtssetzungsstrategien der EG-Kommission im Prozessrecht

Dieses Konzept und die verwendete Terminologie sind nicht neu – neu ist freilich die veränderte Akzentuierung: Den Ausgangspunkt bildet dabei der überkommene Grundsatz, dass die (Zivil-)Gerichte der Mitgliedsstaaten das Gemeinschaftsrecht dezentral vollziehen. Der EuGH hält die Anwendung der nationalen Zivilprozessrechte beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich für ausreichend. Dabei gilt der sog. Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten,[19] eine Änderung der nationalen Prozessrechte fordert der EuGH hingegen nicht – auch nicht in den Urteilen *Manfredi* und *Courage*.[20] Die Anwendung der nationalen Prozessrechte bei der Durchsetzung von EG-Recht stellt der Gerichtshof jedoch unter die gemeinschaftsrechtlichen Vorbehalte der Effektivität und der Äquivalenz.[21] Nach dem Effektivitätsprinzip darf nationales Prozessrecht die Ausübung der vom Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechtspositionen nicht praktisch unmöglich machen oder vereiteln.[22] Wenn nun der Gemeinschaftsgesetzgeber, zunächst unter dem Schlagwort: „wirksame Rechtsdurchsetzungsverfahren“,[23] eine Effektuierung der nationalen Verfahrensrechte einfordert, erhält das Effektivitätsgebot eine andere Stoßrichtung. In Überwindung des Grundsatzes der Verfahrensautonomie geht es nun um die Implementierung prozessualer Mindeststandards und die Einführung innovativer Rechtsbehelfe in den Mitgliedsstaaten. Die Argumente, die zunächst für das Kartellrecht und heute im Verbraucherrecht vorgetragen werden, lassen sich ohne weiteres für weitere Bereiche des dezentralen Vollzugs von Gemeinschaftsrecht nutzen – etwa im Anti-Diskriminierungsrecht. So gesehen sind die heute diskutierten Maßnahmen des „collective redress“ Teil einer umfassenden Rechtssetzungsstrategie für das Zivilprozessrecht.[24]

4. Die Regelungen des (zunächst) zurückgezogenen Richtlinienvorschlags der EG-Kommission

Da der umstrittene Richtlinien-Entwurf zu den Kollektivklagen im Kartellrecht in den Fachkreisen heute bereits intensiv diskutiert wird, erscheint es angemessen, die zwischen den Generaldirektionen der EG-Kommission abgestimmte Fassung kurz vorzustellen, auch wenn eine „offizielle“ Veröffentlichung noch aussteht.[25]

a) Überblick

Nach dem Entwurf soll die Richtlinie insgesamt 19 Artikel umfassen; die operativen Vorschriften finden sich in den Art. 4–15 RL-E. Die Kernregelungen zum kollektiven Rechtsschutz enthalten die Art. 4–7 RL-E. Es folgen in Art. 8–10 RL-E Regelungen zur prozessualen Informationsbeschaffung und zum Beweisrecht (sog. *disclosure of evidence*), die der *Enforcement-RL* nachgebildet sind.[26] Die Vorschriften zeigen, dass inzwischen auch im Prozessrecht das Konzept der funktionalen Integration umgesetzt wird: Innovative oder umstrittene Regelungen werden sektoriell begrenzt, bis eine Regelung für die EU-Mitgliedstaaten allgemein akzeptabel erscheint.[27] Zudem enthält die Richtlinie materiellrechtliche Vorschriften, etwa zum sog. *passing on* (Art. 11–12 RL-E), den Schadensersatz begrenzt Art. 13 RL-E auf kompensatorische Schäden.[28] Art. 14 RL-E soll bei der Verschuldenshaftung (vgl. § 33 III GWB) die Beweislast umkehren.[29] Art. 15–17 RL-E regeln die Verjährung: Die Frist soll mindestens 2 Jahre betragen ab der Beendigung der Kartellrechtsverletzung. Die vorgesehenen Regelungen sind inhaltlich eng an die Vorschläge des Weißbuchs angelehnt.[30]

b) Die vorgeschlagene Ausgestaltung der Kollektivklagen

Im Zentrum der Diskussion stehen die Regelungen zum kollektiven Rechtsschutz. Artikel 4 des RL-Entwurfs schreibt die Einführung von zwei kollektiven Rechtsbehelfen vor: Einerseits Gruppenklagen, die auf einem Opt-in-Mechanismus beruhen (Abs. 1) und andererseits Klagen qualifizierter Einrichtungen, die auf einem Opt-in-Mechanismus aufbauen (Abs. 2). Die Vorgaben des RL-Entwurfs sollen lediglich Mindeststandards setzen, Abweichungen der Mitgliedsstaaten bleiben zulässig (Abs. 3).[31]

Die vorgeschlagene Opt-in-Klage erscheint grundsätzlich unproblematisch. Sie wahrt insbesondere die prozessualen Bestimmtheitserfordernisse.[32] Art. 5 RL-E erfordert aus der Sicht des deutschen Prozessrechts nicht die Einführung neuer Rechts-

18 KOM (2008) 165 endg., S. 2 f. (1.2: right of victims to compensation and to effective redress mechanisms); KOM (2008) 864 endg. (1.3: wirksame Rechtsdurchsetzungsverfahren).

19 Danach ist die lex fori der jeweiligen Mitgliedstaaten anzuwenden. Hodges, Reform of Class and Representative Actions in the European Legal Systems (2008), S. 94 f.; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht § 11, I, Rdn. 10 ff.

20 EuGH, 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04-C-298/04, Manfredi ./. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA. et al., Slg. 2006 I-6619; EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99, Courage ./. Crehan, Slg. 2001 I-6297; a.A. hingegen W. H. Roth, EWS 2008, 401, 407; zustimmend Zimmer/Logemann, ZEuP 2009, 489, 497 f., die freilich auf den Grundsatz der Verfahrensautonomie nicht eingehen.

21 Da das Äquivalenzprinzip hier nicht einschlägig ist, beschränken sich die folgenden Überlegungen auf das Effektivitätsprinzip.

22 EuGH, 13.3.2007, Rs. C-432/05, Unibet (London) und Unibet (International) ./. Justitiekanslern, Slg. 2007 I-02271, Rdn. 43; EuGH, 8.11.2005, Rs. C-443/03, Götz Leffler ./. Berlin Chemie AG, Slg. 2005 I-6985, Rdn. 44 ff. Ruffert/Calliess/Kahl, Art. 10 EG, Rdn. 24; van Gerven, CMLR 37 (2000), 501 ff.

23 Vgl. dazu das Commission's Staff Working Paper zum Weißbuch Schadensklage im Kartellrecht, SEC (2008) 404, Rdn. 2.

24 Dies räumt die EG-Kommission durchaus freimütig ein, vgl. Grünbuch kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM (2008), 794 endg., unter 1.5.

25 Die Annahme als Vorschlag setzt eine förmliche Beschlussfassung der EG-Kommission voraus. Zum aktuellen Verhandlungsstand FAZ 20.10.2009, Nr. 243, S. 13.

26 Zur Enforcement-RL vgl. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 11, II, Rdn. 14 ff.

27 Deutlich Becker, in: Augenhofer (Hrg.), Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (2009), S. 15, 33 (Bezugnahme auf die Enforcement-RL).

28 Anders noch das Grünbuch, dazu Zimmer/Logemann, ZEuP 2009, 489, 509 ff.

29 Für das deutsche Kartellrecht folgt hieraus keine gewichtigen Änderungen, Zimmer/Logemann, ZEuP 2009, 489, 507 f.

30 Zu den entsprechenden Änderungen im Weißbuch vgl. Roth, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 109, 122 ff.; Becker, in: Augenhofer (Hrg.), Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (2009), S. 15, 31 ff.

31 Article 4 RL-E lautet: „(1) Member States shall ensure that any injured party can effectively claim full compensation by bringing an action for damages either individually or by means of a group action pursuant to Article 5. (2) Member States shall ensure that qualified entities within the meaning of Article 7 can effectively bring representative actions pursuant to Article 6 on behalf of injured parties …“

32 So auch die Einschätzung von Roth, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 109, 131: „unproblematisch“.

behelfe.[33] Die Vorschrift schließt die neuere deutsche Praxis ein, nach der mehrere Kläger sich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) zusammenschließen, um über die GbR eine einheitliche Prozessführung zu erreichen.[34] Auch die in Düsseldorf anhängige Klage der CDC, die als Zessionarin Schadensersatzansprüche aus dem Zementkartell gegen mehrere Unternehmen der Zementindustrie einklagt, fällt unter Art. 5 des Entwurfs.[35] Nach Art. 5 III RL-E bleiben überkommene Formen der Klagebündelung in den Mitgliedsstaaten bestehen.

c) Opt-out-Klagen sog. qualifizierter Einrichtungen, Art. 6 und 7 RL-Entwurf

Im Zentrum des Richtlinienvorschlages steht die Opt-out-Klage nach Art. 6 f. RL-Entwurf. Damit übernimmt der RL-Entwurf ein US-amerikanisches Rechtsimplantat (nämlich die class action), sie will freilich deren „schädliche" Wirkungen dadurch auffangen, dass die Klagebefugnis nicht (spezialisierten) Klägeranwälten, sondern sog. qualifizierten Einrichtungen übertragen wird. Die Kernregelung enthält Art. 6 II RL-Entwurf:[36] Danach müssen bei einer Repräsentativklage die mitklagenden Personen bzw. Gruppenmitglieder nicht individuell bezeichnet werden. Es reicht aus, dass die Klage sich auf eine allgemeine Umschreibung der Gruppe beschränkt und ansonsten die Geschädigten anhand der Verletzungshandlung und der geforderten Schadenssummen umschreibt. Dies entspricht im Kern der Definition der „*commonality*" im Rahmen von Rule 23 (B) (3) F.R.C.P. Danach kann die Sammelklage bei *common questions of law and/or facts* erhoben werden.[37]

Als Gegengewicht zur vorgeschlagenen Repräsentantenklage, die keine individuelle Bezeichnung der repräsentierten Kläger erfordert, soll die Klagebefugnis auf sog. *qualified entities* beschränkt werden (Art. 7 RL-E).[38] Bei der Definition der qualifizierten Einrichtungen hat die Richtlinie über die grenzüberschreitenden Unterlassungsklagen (1998/27/EG) ersichtlich Modell gestanden.[39] Nach dieser Richtlinie können Verbraucherverbände und andere „qualifizierte Einrichtungen" der Mitgliedsstaaten bei Verletzungen des Verbraucherschutzrechts der Europäischen Union auf Unterlassung klagen. Dabei wird den Verbraucherverbänden und qualifizierten Einrichtungen eine Klagebefugnis vor allen zuständigen Gerichten der EU-Mitgliedsstaaten zuerkannt.[40] Ein Blick in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach der RL 98/27/EG zeigt jedoch, dass damit nichts erreicht wäre:[41] Die Eintragung erfolgt ohne inhaltliche Nachprüfung, in der Liste finden sich höchst heterogene Vereinigungen, deren Befugnis zur Geltendmachung grenzüberschreitender Unterlassungsklagen nicht ohne weiteres ersichtlich ist.[42] Eine Gewähr dafür, dass die „qualifizierten Einrichtungen" nur seriöse Klagen zulassen werden, ist solange nicht gegeben, als die Richtlinie keine Mindesterfordernisse statuiert. Dass die Mitgliedsstaaten die qualifizierten Einrichtungen ständig überwachen sollen (so Art. 7 III RL-E), ändert ebenfalls nichts am Fehlen materieller Kriterien.[43]

In der Praxis werden die qualifizierten Einrichtungen, wenn sie erfolgreich prozessieren wollen, mit spezialisierten Anwaltskanzleien zusammenarbeiten. Dabei bietet sich die Einschaltung erfahrener US-amerikanischer Klägerkanzleien geradezu an. Diese haben (etwa in London) bereits ihre europäischen Filialen eingerichtet. Problematisch bleibt zudem die Finanzierung: Da nur gemeinnützige, qualifizierte Einrichtungen klagebefugt sind, müssen diese mit den Anwaltskanzleien „fee arrangements" abschließen. Da die Richtlinie die Kostenfrage ausklammert, droht hier ein verschärfter Wettbewerb zwischen den EU-Mitgliedsstaaten.

Aus der Sicht der Anwaltschaft erscheint schließlich deren Ausschluss von den Opt-out-Klagen (als qualifizierte) Einrichtungen nicht unproblematisch: Ein Eingriff in die Berufs- bzw.

---

33 Article 5 RL-E (Group action) lautet: „(1) Member States shall ensure that two or more injured parties who suffered harm caused by the same infringement of Article 81 or 82 of the Treaty can jointly bring a group action for damages. (2) National courts shall treat a group action as one single action. However, the defendant shall not be prohibited from raising any defence that might be relevant with regard only to one or several of the claimants. (3) Member States shall ensure that the court, having heard the parties, can allow other injured parties who suffered harm caused by the same infringement to join a group action after the court has been seised of such action, provided that this does not impair the sound administration of justice."

34 Dazu Kölner Kommentar/Hess, Einl. KapMuG (2007), Rdn. 9; Koch, NJW 2006, 1469, 1471.

35 Vgl. dazu BGH, BB 2009, 905. Die Richtlinie wird den in Düsseldorf vorgebrachten Einwand der Beklagten, dass die („gewerbsmäßige") Abtretung von Forderungen an die (belgische) Klägerin zum Zweck der Forderungsbeitreibung unzulässig sei, die Spitze nehmen. Derartige Konstellationen will Art. 5 RL-E zulassen.

36 Art. 6 Representative action lautet: „(1) Member States shall ensure that qualified entities within the meaning of Article 7 can bring a representative action for damages on behalf of injured parties who suffered harm caused by the same infringement of Article 81 or 82 of the Treaty. (2) The qualified entity shall define the group of injured parties on behalf of which it brings the representative action. The definition of the group shall be sufficiently precise so as to allow the court to conduct the proceedings on the action in a manner consistent with the rights of all parties and in particular with the rights of defence. To this end, the qualified entity shall define the injured parties that belong to the group by describing the infringement on which the claims of the injured parties are based and the harm it has caused to the injured parties. The qualified entity shall not be required to individually identify the injured parties that belong to the group. (…)"

37 Dazu etwa KK/Hess, Einl. KapMuG (2008), Rdn. 27 ff.

38 Art. 7 lautet: „(1) For the purposes of this Directive, "qualified entity" shall mean a state body or non-profit making organisation whose main purpose and activity is to represent or defend the interests of groups of natural or legal persons, other than by, on a commercial basis, providing them with legal advice or representing them in court, and which (a) is designated by a Member State as an entity generally entitled to bring representative actions on behalf of injured parties; or (b) is authorised by a Member State, in relation to a specific infringement of Article 81 or 82 of the Treaty, to bring a representative action on behalf of all or some of its members who have suffered harm caused by such infringement. (2) Member States shall define the conditions to be fulfilled in order for an entity to be designated or authorised as a qualified entity. Such conditions shall in particular ensure that the entity has the capability to effectively bring a representative action and that it acts, and can be expected to act, in the best interests of those it represents."

39 ABl. EC 1998 L 166/51 ff., dazu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 10 IV, Rdn. 119 ff.

40 Es handelt sich um einen Fall der wechselseitigen Anerkennung einer Klagebefugnis. Dieses Modell übernimmt auch Art. 7 V RL-E: „(5) Qualified entities which have been designated in one Member State in accordance with the conditions referred to in this Article shall, without any additional requirements, have the right to bring representative actions in all other Member States according to the procedural rules applicable in those Member States. The same shall apply to qualified entities which have been authorised pursuant to paragraph 1(b) with regard to the specific infringement."

41 A. A. Becker, in: Augenhofer (Hrg.), Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (2009), S. 15, 31 („sorgfältig ausgewählte und kontrollierte Einrichtungen"). Freilich räumt auch Becker (a.a.O.) ein, dass die Kommission „durchaus etwas mutiger gewisse europäische Mindeststandards" vorschlagen sollte.

42 Nur die im Verzeichnis aufgeführten Verbände und sonstigen Stellen unterfallen der gegenseitigen Anerkennung. Siehe die Mitteilung der Kommission zu Art. 4 der Unterlassungsklagerichtlinie 98/27/EG, ABl. EG 2008 C 63/5. Allein für Deutschland enthält die Liste inzwischen 73 (höchst heterogene) Verbände mit teilweise deutlich lokaler Herkunft (vgl. etwa die Nr. 68: Miet- und Pachtverein Bad Kreuznach), dazu bereits Hess, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 135, 143.

43 A. A. Roth, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 109, 130 f. (eine Klage durch zertifizierte Organisationen sei zur Geltendmachung von Streuschäden nachhaltig zu befürworten). Auf Probleme der Zertifizierung geht Roth nicht ein.

Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ist unschwer zu bejahen. Damit bleibt die Frage nach der Rechtfertigung des Eingriffs, der gewiss im Interesse der Rechtspflege vorgenommen wurde, jedoch auf strukturellem Misstrauen gegenüber „Klägerkanzleien" beruht. Mit dem Leitbild von § 1 BRAO, dass Anwälte als Organe der Rechtspflege zur sachadäquaten Führung von Rechtsstreitigkeiten am besten geeignet sind, hat Art. 6 des RL-Entwurfs wenig gemein.

5. Kollektivklagen im Zivilprozessrecht

Wenig untersucht wurden bisher die Auswirkungen der Einführung einer Opt-out-Klage auf die Strukturen der Prozessrechte der Mitgliedsstaaten.[44] Ein derartiger Rechtsbehelf ist ein „Rechtsimplantat" des anglo-amerikanischen Prozessrechts (vor allem der USA, aber auch Kanada und Australien), das die kontinentalen Prozessrechte bisher nicht kennen.[45] Das allein muss kein Nachteil sein – jedoch ist zu fragen, warum fast alle kontinentalen Prozessrechte Opt-out-Klagen bisher nicht zugelassen haben.[46]

Ein Strukturmerkmal (speziell) des deutschen Verfahrensrechts ist das Prozessrechtsverhältnis, in dem sich Kläger und Beklagter, vermittelt durch das Gericht, gegenüberstehen.[47] Das Prozessrechtsverhältnis grenzt die Beteiligten des Rechtsstreits ein: Dies zeigen die Vorschriften (und die begleitenden dogmatischen Streitigkeiten) über den Parteiwechsel (§§ 265 ff., 325 ff. ZPO), die eng verwoben sind mit der Konzeption des Streitgegenstands und der Rechtskraft. Sie beruhen letztlich auf dem Bedürfnis des Prozessrechts nach Rechtssicherheit und -klarheit in den unterschiedlichen Verfahrensstadien.[48] Zugleich gewährleistet das Prozessrechtsverhältnis den Parteien das rechtliche Gehör – mithin das prozessuale „Urgrundrecht" schlechthin. Ein Opt-out-Rechtsinstrument wäre mit der Figur des Prozessrechtsverhältnisses schwer vereinbar: Auf der Basis des überkommenen Zweiparteienprozesses bestünde für jede gebündelte Klage ein Prozessrechtsverhältnis – im Zeitpunkt der Klageerhebung würde es eine unbegrenzte Vielzahl von Prozessrechtsverhältnissen mit unbekannten Klägern geben.[49] Auch der Austritt repräsentierter Kläger mittels opt out erweist sich aus überkommener prozessualer Sicht als ein Fremdkörper: Handelt es sich hierbei um eine Klagerücknahme? Diese kann nach § 269 ZPO durch einseitige Erklärung nur bis zur Einlassung des Beklagten zur Hauptsache erfolgen; danach muss der Beklagte zustimmen.[50] Natürlich wäre de lege ferenda ein Ausstieg des Klägers mit Zustimmung des Gerichts denkbar.[51] Der Schutz des Beklagten (vor einer erneuten Klage) – auf die das geltende Prozessrecht abstellt (vgl. etwa § 269 II ZPO) – bliebe dabei unberücksichtigt. Derartige Erwägungen stehen hinter der – zugegeben nicht unkomplizierten – Ausgestaltung des KapMuG: Dort sind die Beteiligten aufgrund des Klageregisters individuell bekannt, die Anwendung der Vorschriften über den Parteiwechsel etc. bleibt möglich.[52]

Probleme bestehen auch im Hinblick auf die Gehörsgewährung der repräsentierten Geschädigten: Hier stellt der Richtlinienvorschlag lediglich allgemeine Grundsätze zum *notice requirement* auf, ohne diese näher zu präzisieren. Insbesondere stellt sich die Frage, ob bekannte Geschädigte individuell zu informieren sind. Art. 6 III RL-E unterstellt die Information (insbesondere ausländischer Klagegeschädigter) der Kontrolle des Gerichts, ohne inhaltliche Vorgaben zu machen.[53]

Weitere Bedenken bestehen im Hinblick auf die prozessuale Waffengleichheit der Parteien: Der Vorschlag geht auf die Frage nicht ein, ob auch das betroffene Unternehmen eine (negative) Feststellungsklage erheben kann und ob eine derartige Klage gegen eine qualifizierte Einrichtung die Sperrwirkungen der Rechtshängigkeit auslöst.[54] Wäre eine solche Abwehrklage zulässig, ergäbe sich ein unverhoffter, attraktiver Vorteil für das Unternehmen: Es könnte über den (repräsentierenden) Beklagten sich einen potentiell schwachen Gegner aussuchen und das Verfahren gegen einen „ideal schwachen Prozessgegner" führen.[55]

6. Die Vereinbarkeit des Richtlinienentwurfs mit der EuGVO

Ein wesentliches Anliegen des Richtlinienvorschlages ist es, auch grenzüberschreitende Kollektivklagen mit einzubeziehen. Dies erfordert eine Abstimmung des Vorschlages mit der VO 44/01/EG (EuGVO). Die EuGVO koordiniert die Prozessrechte der Mitgliedsstaaten in den Bereichen Zuständigkeit, Rechtshängigkeit und Urteilsanerkennung. Allerdings geht auch die Verordnung vom (überkommenen) Leitbild des Zwei-Personen-Prozesses aus, das mit dem vorgeschlagenen Opt-out-Rechtsbehelf nicht ohne weiteres vereinbar ist.[56]

Die ungelösten Fragen beginnen bei der Zuständigkeit: Hier begründen die Art 2 und 60 EuGVO die internationale Zuständigkeit am Sitz des Beklagten.[57] Diese allgemeine Regelung der EuGVO ist freilich für die Kläger von Nachteil – ein sog. home

---

44 Dazu bereits Hess, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 135, 144 ff.

45 Tulibacka, CMLR 46 (2009), 1527, 1530 ff.; Zimmer/Höft, ZGR 2009, 662, 663 ff.

46 Rechtspolitische Überlegungen – insbesondere die erhebliche Missbrauchsanfälligkeit derartiger Rechtsbehelfe – will ich hier nicht ansprechen. Die folgenden Überlegungen beziehen sich ausschließlich auf das deutsche Zivilprozessrecht. § 34a GWB ist kein valides Gegenargument – die missglückte Vorschrift spielt in der Praxis keine Rolle.

47 Zöller/M. Vollkommer, Einl. ZPO (27. Aufl. 2009), Rdn. 52, 58. Hess, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrg.), Zugang zum Recht (2008), S. 61, 79 ff.

48 Dazu G. Lüke ZZP 108 (1995), S. 427 ff.

49 Zum Bestimmtheitserfordernis des Parteibegriffs vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2009), § 41: Ein Prozess für oder gegen Unbekannt oder den, den es angeht, sei „unmöglich". In den USA werden häufig „John Doe"-Klagen (mit unbekannten Parteien) erhoben – dort werden freilich Parallelklagen (mit identischem Streitgegenstand) generell zugelassen und über die forum (non) conveniens koordiniert.

50 Vgl. § 269 ZPO, dazu Wieczorek/Schütze/Aßmann, § 269 ZPO (2008), Rdn. 2 (Die Vorschrift dient dem Schutz des Beklagten, der mit seiner Klageeinlassung ein Recht auf Erlass des Urteils hat).

51 So für den Fall des gewillkürten Parteiwechsels – um den es vorliegend jedoch nicht geht, vgl. § 263 ZPO analog.

52 Ausführlich KK/G. Vollkommer, § 11 KapMuG (2008), Rdn. 2 ff.; KK/G. Vollkommer, § 9 KapMuG, Rdn. 28 ff.

53 Art. 6 III RL-E lautet: „The qualified entity shall take the appropriate means to inform the injured parties belonging to the group … . If the qualified entity is situated in a Member State different from the Member States where the injured parties concerned are habitually resident, it shall do so by directing the information to the injured parties concerned by means appropriate to the cross-border situation. The qualified entity shall set out to the court the means by which it has informed those injured parties or intends to do so. The court shall either approve such means, if it is satisfied that they are suited to the particular circum-stances of the case and make it likely that those concerned learn of the existence of the representative action, or request appropriate changes..."

54 So die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 EuGVO, EuGH, 8.12.1987, Rs. 144/86, Gubisch ./. Palumbo, Slg. 1987, 4861, Rdn. 8 ff.; dazu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 6 III, Rdn. 152 ff.

55 Dass hier prozessuales Taktieren (etwa die Nutzung der sog. „Torpedo-Klage") droht, liegt auf der Hand.

56 Die folgenden Überlegungen beziehen sich allein auf die in Art. 6 und 7 RL-Entwurf vorgeschlagenen Regelungen zu Opt-out-Klagen qualifizierter Einrichtungen. Sog. Opt-in-Klagen, bei denen jeder repräsentierte Kläger ausdrücklich seine Zustimmung zum Prozess erklären muss, sind für die Anwendung der EuGVO unproblematisch und werden daher nicht weiter angesprochen.

57 Stadler, JZ 2009, 121, 124 ff.

bias ist bei internationalen Streitigkeiten häufig gegeben (trotz des Bemühens der Gerichte um Unvoreingenommenheit und Objektivität). Daher werden die (zumindest ausländischen) Kläger versuchen, einen besonderen Gerichtsstand „anzusteuern": In Betracht kommt vor allem Art. 5 Nr. 3 EuGVO, der die Zuständigkeit am Schadensort (Erfolgsort) regelt.[58] Seit dem Shevill-Urteil[59] wird dieser Gerichtsstand freilich eng ausgelegt: Der EuGH lässt am Erfolgsort nur (Teil-)Klagen auf den Ersatz des jeweilig im Erfolgsstaat eingetretenen Teilschadens zu. Damit ist eine Klage im Deliktgerichtsstand für eine qualifizierte Einrichtung immer dann uninteressant, wenn die repräsentierten Kläger nicht nur aus dem Forumsstaat, sondern aus anderen EU-Staaten stammen.[60]

Als weitere Alternative bietet sich für die Kläger Art. 6 Nr. 1 EuGVO an. Nach dieser Vorschrift kann im Gerichtsstand der Streitgenossenschaft geklagt werden. Voraussetzung ist, dass ein Beklagter (sog. anchor defendant) an seinem allgemeinen Gerichtsstand (Art. 2, 59 f. EuGVO) verklagt wird. Art. 6 Nr. 1 EuGVO verlangt zudem einen inneren Zusammenhang zwischen den eingebrachten Klagen. Dieser ergibt sich bei kartellrechtlichen Streitigkeiten jedoch aus dem Zusammenwirken der Beklagten im gemeinsamen Kartell.[61] Im Ergebnis erweist sich damit Art. 6 Nr. 1 EuGVO als ein weit ausgreifender Gerichtsstand, der forum shopping in erheblichem Maße ermöglicht.[62] Soweit die Haftung der beklagten Unternehmen auf Vertrag gestützt wird (insbesondere mit den unmittelbaren Abnehmern), ist auch eine Klage im Vertragsgerichtsstand, Art. 5 Nr. 1 EuGVO, denkbar[63] – im Fall einer Gerichtsstandsvereinbarung kann diese auch die kartellrechtliche Haftung erfassen (Art. 23 EuGVO).[64]

Die konkurrierende Rechtslage bei der internationalen Zuständigkeit verdeutlicht das Beispiel eines Zementkartells: Unterstellt, die schädigenden Unternehmen haben ihre Firmensitze in Deutschland, Belgien und England, die Geschädigten kommen aus Deutschland, Frankreich, Belgien, England und den Niederlanden. Sofern qualifizierte Einrichtungen nach Art. 6 RL-E Klage erheben, können sie im Namen aller Geschädigten am jeweiligen Sitz des Unternehmens klagen, die anderen Beklagten können nach Art. 6 Nr. 1 EuGVO dort mit verklagt werden.[65] Am Erfolgsort ist hingegen nach geltendem Recht nur eine Teilklage denkbar, Art. 5 Nr. 3 EuGVO. Im Ergebnis erweist sich damit Art. 6 Nr. 1 EuGVO als diejenige Vorschrift, die im größten Maße forum shopping erlaubt.

Größere Unsicherheiten ergeben sich bei der Verfahrenskonkurrenz und bei der Rechtshängigkeit. Art. 12 des RL-E scheint davon auszugehen, dass Art. 28 EuGVO auf konkurrierende Kollektivklagen Anwendung findet.[66] Danach kann das später angerufene Gericht bei parallelen, teilidentischen Klagen das Verfahren aussetzen, bis das zuerst angerufene Gericht entschieden hat. Diese Aussetzung steht jedoch im Ermessen des später angerufenen Gerichts.[67]

Die praktischen Schwierigkeiten verdeutlicht erneut das Beispiel der Zementklage. Unterstellt, eine qualifizierte Einrichtung erhebt eine Schadensersatzklage in Deutschland für sämtliche Geschädigte in allen EU-Mitgliedsstaaten. Das beklagte Unternehmen verklagt eine belgische qualifizierte Einrichtung auf negative Feststellung (auch für sämtliche Geschädigte). Schließlich werden in England Teilschäden eingeklagt, die in Frankreich und England eingetreten sind. Die Unternehmen versuchen schließlich, mit einem niederländischen Verein eine europaweite vergleichsweise Regelung nach dem holländischen Gesetz zur Regelung von Massenschäden herbeizuführen.[68] Wie ist die Verfahrenskonkurrenz aufzulösen: Art. 27 EuGVO findet keine Anwendung, weil hier keine identischen Klagen erhoben wurden. Maßgeblich sind dabei die lead plaintiffs. Auch in Bezug auf die parallelen Verfahren zwischen Deutschland und Belgien wäre Art. 27 EuGVO nicht anzuwenden.[69] Denn auch hier sind jeweils unterschiedliche qualifizierte Einrichtungen als jeweils führende Prozessparteien benannt. Es bleibt also bei der Aussetzung der (später eingebrachten) Parallelklagen, die freilich nach Art. 28 EuGVO im Ermessen des jeweiligen Gerichts steht. Die Möglichkeit, die Verfahren in einem Gericht zu konsolidieren, sieht das Europäische Prozessrecht nicht vor. Dasselbe gilt für einen Verfahrenstransfer. Abhilfe könnte hier nur eine ausschließliche Zuständigkeit schaffen (die Parallelklagen ausschließt), diese müsste freilich am Sitz des beklagten Unternehmens geschaffen werden, was die Kläger grundsätzlich (strukturell) benachteiligt.[70]

Das Beispiel zeigt, dass die Rechtshängigkeitsregeln der Art. 27–30 EuGVO für Sammelklagen, die auf opt out aufbauen, nicht geeignet sind.[71] Das US-amerikanische Prozessrecht kennt keine Rechtshängigkeit, sondern lässt generell Parallel-

58 Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 6 II, Rdn. 71 ff.

59 EuGH, 7.3.1995, Rs. C-68/93, Shevill ./. Presse Alliance, Slg. 1995 I-415.

60 Bedenkenswert wäre eine Interpretation des Art. 5 Nr. 3 EuGVO im Lichte des Art. 6 III VO Rom II. Danach kommt es für die Anknüpfung der kartellrechtlichen Deliktshaftung darauf an, ob der Kartellverstoß sich auf den jeweils relevanten Markt ausgewirkt hat. Eine derartige Anknüpfung an den Marktort könnte auch im Rahmen von Art. 5 Nr. 3 EuGVO vorgenommen werden. Sie hätte den Vorteil einer Abstimmung zu Art. 6 III VO Rom II, bewirkte freilich eine erhebliche Erweiterung des forum shopping, dazu Dickinson, The Rome II Regulation (2008), Rdn. 4.26 ff.

61 Dazu Mäsch, IPRax 2005, 509 ff.

62 Aktuelles Beispiel ist die von der CDC im LG Dortmund am 16.3.2009 erhobene Klage gegen 6 Mitglieder des Wasserstoffperoxidkartells (Az. 13 O 23/09). Ankerbeklagter ist ein deutsches Unternehmen mit Sitz in Essen, mitverklagt sind niederländische, finnische, französische, belgische und spanische Firmen.

63 Bei Verbraucherstreitigkeiten können zudem Art. 15 f. EuGVO eingreifen – sie sind freilich bei einer Zession der streitgegenständlichen Ansprüche an eine qualifizierte Einrichtung nach der Judikatur des EuGH nicht anwendbar, dazu Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 6 II, Rdn. 98.

64 Zurückhaltend jedoch der High Court im Fall Promivi [2003] 2 All ER 683.

65 Anders Stadler, JZ 2009, S. 121, 131 (außerhalb des Sitzstaates des Beklagten seien Klagen nur am Handlungsort des Art. 5 Nr. 3 EuGVO sowie bei Einlassung des Beklagten möglich).

66 Art. 12 Actions for damages by claimants from different levels in the supply chain lautet: „(1) Member States shall ensure that national courts seised of an action for damages take due account of (a) an action for damages that is related to the same infringement of Article 81 or 82 of the Treaty, but is brought by a claimant from another level in the supply chain; or (b) a judgment resulting from such an action. (2) This Article is without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 28 of Regulation (EC) No 44/2001."

67 Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 6 III, Rdn. 160.

68 Es handelt sich um ein Gesetz, das eine vergleichsweise Beilegung von Massenschäden zwischen Unternehmen und Verbänden mit Opt-out-Wirkung nach gerichtlicher Genehmigung ermöglicht, Überblick bei Stadler, JZ 2009, 121, 125.

69 Ebenso Stadler, JZ 2009, 121, 129 f.

70 Roth, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 109, 134, schlägt daher vor, zunächst die Opt-out-Klagen auf Betroffene zu beschränken, die im Forumstaat beheimatet sind, in dem geklagt wird.

71 Weiteres Beispiel: Ein Produkthaftungsfall oder eine Kartellklage mit Geschädigten in vielen EU-Mitgliedstaaten. Die Klage im Mitgliedsstaat A erfasst alle Geschädigten in EU Mitgliedstaaten; die Klage im Mitgliedstaat B beschränkt sich auf Geschädigte in den Beneluxstaaten; die Klage in Mitgliedstaat C erfasst Geschädigte in Wallonien und Frankreich. Es erscheint nicht sachgerecht, hier das Konkurrenzverhältnis danach aufzulösen, welche Klage zuerst erhoben wurde. Typischerweise bestimmt das Gericht den lead plaintiff danach, wer am besten geeignet erscheint (vgl. etwa § 8 I KapMuG). Ein derartiges Verfahren erforderte eine Kooperation und ein Abgabeverfahren zwischen den befassten Gerichten. Bei einer Opt-in-Sammelklage stellt sich das Problem nicht.

klagen zu und ermöglicht in großem Umfang den Klagetransfer („multi district litigation", 28 U.S.C. § 1407) und Klageverbindungen („consolidation").[72] Der europäische Prioritätsgrundsatz vermag die Konkurrenz von Opt-out-Klagen mit überlappenden Klägergruppen nicht adäquat zu bewältigen. Der Richtlinienvorschlag in seiner aktuellen Fassung macht daher nachhaltige Änderungen von Art. 27–30 EuGVO nötig (etwa die Schaffung eines Verweisungsverfahrens zwischen den Zivilgerichten oder als Alternative die Schaffung einer ausschließlichen Zuständigkeit für derartige Klagen[73]). Die Vereinbarkeit von Opt-out-Sammelklagen mit der EuGVO wurde bisher nicht hinreichend diskutiert.

Ein drittes, praktisches Problem betrifft die Anerkennung von der Opt-out-Wirkung nach Art. 6 IV RL-E.[74] Sie muss mit der Urteilsanerkennung nach Art. 32 ff. EuGVO (und bei der Anerkennung von Vergleichen nach Art. 57 EuGVO) koordiniert werden.[75] Wird beispielsweise gegen ein Unternehmen wegen behaupteten Kartellverstoßes geklagt, nachdem ein Prozess nach Art. 6 und 7 RL-E durchgeführt wurde, so wird sich das beklagte Unternehmen im Zweitprozess auf den Einwand entgegenstehender Rechtskraft berufen. Hier ist unklar, ob die ausdrückliche Anordnung des Art. 6 IV 2 RL-E eine Sonderregel enthält oder ob ergänzend die Art. 32, 34 EuGVO gelten. Eine unmittelbare Anwendung von Art. 6 IV 2 RL-E scheidet schon deswegen aus, weil es sich hierbei um eine Richtlinie handelt, die grundsätzlich nicht im Verhältnis zwischen Privaten Anwendung findet. Denkbar erscheint eine systematische Auslegung der EuGVO (vgl. Art. 67) dahin, dass die Ausschlusswirkungen des ausländischen Urteils bzw. Vergleichs (bzw. dessen gerichtliche Bestätigung) mit Ablauf des Widerspruchs anzuerkennen ist. Eine Klarstellung auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts wäre zumindest hilfreich.[76]

7. Schlussbemerkung

Die Indienstnahme des Zivilprozessrechts zur Durchsetzung überindividueller, kollektiver Ziele erscheint zwar grundsätzlich möglich.[77] Man sollte sich allerdings von der Illusion freimachen, dass es hier um kleinere Erweiterungen und Randkorrekturen geht, mit denen die Ziviljustiz, das Zivilverfahrensrecht und die Prozesskultur der Mitgliedsstaaten unbesehen klarkommen werden.[78] Ganz im Gegenteil. Die Veränderung der nationalen Verfahrensrechte durch die Verfolgung öffentlicher Interessen ist mit Händen zu greifen: Sie bewirkt eine Erweiterung der Prozessführungsbefugnis, der Auskunftspflichten, der Beweisverfahren und der richterlichen Intervention.[79] Zudem wird die Einführung kollektiver Rechtsbehelfe die bereits heute festzumachende Entwicklung zu einer deutlich stärkeren „litigatious culture" im Zivilprozess nachhaltig öffnen.[80]

Vor der Übernahme von Rechtsimplantaten ist deshalb deren Vereinbarkeit mit den gewachsenen Prozessrechtskulturen der Mitgliedsstaaten sorgsam zu evaluieren. Daher wäre der Gemeinschaftsgesetzgeber gut beraten, die Erfahrungen mit den neuen Kollektivklagen (etwa dem KapMuG, etwa der opt-in Kartell-Klage der CDC in Düsseldorf, des schwedischen, des niederländischen Gruppenklagengesetzes) zunächst zu beobachten.[81] Empirisch ist die Überlegenheit von Opt-out-Rechtsbehelfen gegenüber Opt-in-Sammelklagen keineswegs erwiesen, in rechtssystematischer Hinsicht sind derartige Rechtsbehelfe fragwürdig. Der bekanntgewordene Richtlinien-Entwurf der DG Competition erscheint freilich inhaltlich noch nicht hinreichend ausgearbeitet. Ein allgemeiner Trend in den europäischen Prozessrechten zum Ausbau kollektiver Rechtsbehelfe ist hingegen unverkennbar – ob er bereits heute eine breit angelegte Aktion der Europäischen Union erfordert, ist jedoch weniger sicher.

72 Vgl. dazu Eichholz, Die US-amerikanische class action (2003), S. 68 f.

73 Allein denkbar ist eine ausschließliche Zuständigkeit am Sitz des beklagten Unternehmens. Sie würde dieses erheblich begünstigen (Heimvorteil). Daher ist von einer solchen Regelung abzuraten.

74 Art. 6 IV RL-E lautet: „Member States shall ensure that any injured party belonging to the group can exercise its right not to be represented by the qualified entity in the representative action. Any decision by the court on the merits of the case shall be binding on all injured parties represented by the qualified entity at the time when such decision is adopted."

75 Zur grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckung eines (Kollektiv-)Schäden zusprechenden Urteils vgl. Stadler, JZ 2009, 121, 131.

76 Nur am Rande sei bemerkt, dass die vom Rat geplante Abschaffung des Exequaturverfahrens für die Anerkennung einer derartigen Ausschlusswirkung unschädlich wäre: Das ausländische Urteil wäre dann unmittelbar, d.h. ohne Exequatur anzuerkennen.

77 Dazu bereits Hess, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrg.), Zugang zum Recht (2008), S. 61, 75 ff.; zu positiv jedoch Schilken, in: Meller/Hannich (Hrg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess (2008), S. 21 ff.

78 Zutreffend Stürner, in: Basedow (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law (2008), S. 164, 168 ff.; a. A. Becker, in: Augenhofer (Hrg.), Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 15, 35 f. „grundlegende Unterschiede".

79 Dazu Hess, in Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrg.), Zugang zum Recht, S. 61.; vgl. auch Janssen, in: Casper et al. (Hrg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009), S. 3 ff.

80 Vgl. die – fast beschwörenden – Aussagen des MEMO/08/741, S. 4 (Nr. 9): „The Commission seeks to encourage a competiveness culture e.g. where businesses which play the rules can realise their competitive advantages, not a litigation culture."

81 Die (frühere) englische Regierung hat im August 2009 die Vorschläge des Civil Justice Council zur Übernahme einer allgemeinen Opt-out-Sammelklage nicht aufgegriffen. Sie befürwortet ein sektorielles Vorgehen.

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz

– ein mögliches Vorbild für eine europäische Lösung kollektiver Rechtsverfolgung? –

Dr. *Christian Dittrich*, Frankfurt a.M.

1. Da auf den Märkten – auch grenzüberschreitend – Produkte und Leistungen gleich welcher Art von Verbrauchermassen in Anspruch genommen werden, kommt es immer häufiger dazu, dass eine Vielzahl von Verbrauchern durch gleichartige oder vergleichbare Handelspraktiken geschädigt werden. Beispiele hierfür gibt es viele. Zu denken ist nur an Schäden bei Geldanlagen aufgrund fehlerhaften Prospekts, durch systematische Berechnung zu hoher Stromkosten oder Überziehungszinsen sowie durch Sicherheitslücken bei der Benutzung von Kredit- und EC-Karten. Die hergebrachten Modelle der kollektiven Rechts-

durchsetzung haben sich für Massenschäden dieser Art als ungeeignet erwiesen. Zu den überkommenen Bündelungsformen im Deutschen Zivilprozessrecht gehören im Wesentlichen die Streitgenossenschaft, die Nebenintervention, die Verfahrensverbindung, die Verfahrensaussetzung, die Bildung von Interessengemeinschaften zur treuhänderischen Durchsetzung von Ansprüchen, die Bildung eines Pools in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Musterprozessabrede sowie die Prozessfinanzierung durch kommerzielle Anbieter. Ungeeignet sind diese Bündelungsformen neben einer Vielzahl von praktischen und rechtlichen Problemen der unterschiedlichsten Art vor allen Dingen deshalb, weil es Schadensfälle gibt, in denen einerseits die angebotenen Handlungsformen nicht mehr ausreichen, die Masse der Anspruchsberechtigten in einem Prozess zusammenzuführen, und andererseits die Prozessführung mit Beweiserhebungen verbunden sein kann, deren Kosten außer jedem Verhältnis zur Höhe der streitigen Einzelansprüche stehen und diese deshalb im Hinblick auf immer vorhandene Prozessrisiken weder von Einzelpersonen noch von kleineren Gruppen oder kommerziellen Prozessfinanzierern übernommen werden können, die bei Beteiligung aller Geschädigten aber erträglich wären. Ein Beispiel hierfür sind die Prozesse, die den 2. und 3. Börsengang der Deutschen Telekom zum Gegenstand haben. In diesen Verfahren, die ca. 2.700 einzelne Rechtsstreite mit insgesamt ca. 17.000 Klägern vertreten durch rund 900 verschiedene Anwaltskanzleien umfassen, ist bei einem durchschnittlichen Streitwert von knapp 5.990,00 € unter anderem die Bewertung des gesamten Grundbesitzes der Telekom, der mehr als 12.000 Grundstücke umfasst, streitig, wodurch allein schon deutlich wird, dass nur die Masse der Geschädigten das Risiko der Kosten einer Beweisaufnahme tragen kann. Während die Mehrheit des 62. Deutschen Juristentages sich noch im Jahr 1998 gegen die Notwendigkeit einer Ergänzung der ZPO durch ein Musterverfahren entsprechend § 93a VwGO aussprach, kam durch die Reformbestrebungen auf dem Kapitalmarktrecht wieder Bewegung in die Diskussion um eine kollektive Klageform. Nachdem die Regierungskommission „Corporate Governance“ in ihrem Abschlussbericht aus dem Jahr 2001, ohne jedoch eine Empfehlung abzugeben, eine Kanalisierung und Konzentrierung von Massenschäden bei deren Regulierung für unabdingbar gehalten hat, befasste sich der 64. Deutschen Juristentag 2002 erneut mit dieser Frage und entschied sich für die Einführung einer bereichsspezifischen Gruppenklage. Aufgrund der Telekom-Prozesse sah sich nunmehr auch der Bundesgesetzgeber unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Regierungskommission „Corporate Governance“ und des 64. Deutschen Juristentages gezwungen, Regeln zu schaffen, um eine möglichst zügige Bewältigung der Telekom-Prozesse zu erreichen. Auf diese Weise entstand das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), dessen Regelungsbereich auf Schadensersatzansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen sowie Erfüllungsansprüche aus Vertrag, die auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruhen, beschränkt ist. Es trat am 1.11.2005 in Kraft, und seine Geltungsdauer ist vorerst bis zum 31.10.2010 befristet. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dem KapMuG weiter Geltung verschaffen und auf der Grundlage der bisher gemachten Erfahrungen einer Überarbeitung unterziehen wird. Um hierfür eine solide Grundlage zu haben, hat er die Frankfurter School of Finance and Management mit einer Evaluierung aufgrund der bisher gemachten Erfahrungen beauftragt. Das Gutachten liegt der Bundesministerin der Justiz bereits seit Oktober 2009 vor. Aus zeitlichen Gründen wird es aber zunächst nur dazu kommen, dass der Bundestag das KapMuG in seiner bisherigen Fassung nur noch für einen begrenzten Zeitraum für anwendbar erklären wird.

2. Mit dem KapMuG hat Deutschland einen eigenen Weg eingeschlagen. Etwas Vergleichbares gibt es international nicht. Interessant wird deshalb sein, welche Entwicklung das KapMuG in der Zukunft nehmen wird. Denn auch auf europäischer Ebene wird diskutiert, wie eine kollektive Rechtsdurchsetzung zum Schutz der Verbraucher gestaltet werden kann. Am 27.11.2008 hat die Europäische Kommission ein Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher veröffentlicht, in dem letztlich fünf optionale Möglichkeiten vorgestellt werden. Damit wurde eine europaweite Debatte zu dieser Problematik in Gang gesetzt.

Nach der ersten Option soll es keine neuen Maßnahmen auf EU-Ebene geben. Lösungen sollen vielmehr auf nationaler Ebene unter Einbeziehung der Rechtsinstrumente für die grenzüberschreitende Geltendmachung von Massenforderungen und der Mediationsrichtlinie gefunden werden. Die zweite Option geht von einer Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten aus. Es müssten dann auf nationaler Ebene kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren geschaffen werden, denen sich im Ausland ansässige Verbraucher anschließen können und deren Ergebnisse auch für diesen Personenkreis Verbindlichkeit entfalten. Die dritte Option sieht eine Kombination von Instrumenten vor, die zusammen den Verbraucherschutz stärken können, indem sie die größten Hindernisse für einen wirksamen Rechtsschutz beseitigen, nämlich hohe Prozesskosten, komplexe und langwierige Verfahren sowie mangelnde Kenntnis der Verbraucher über die vorhandenen Rechtsbehelfe. Der vierten Option liegt die Vorstellung einer EU-Maßnahme zu Grunde, die sicherstellt, dass in allen Mitgliedstaaten ein kollektives Gerichtsverfahren existiert, vergleichbar der „class action“ in den USA. Die Ausgestaltung solcher kollektiver Gerichtsverfahren wird aber als schwierig angesehen, insbesondere im Hinblick auf deren Finanzierung, auf eine Missbrauchsvermeidung, auf die Klagebefugnis vor Gericht, auf ein Opt-in- oder Opt-out-Verfahren sowie auf die Verteilung eines etwaigen Schadensersatzes. In einem Konsultationspapier hat die EU-Kommission die Vorstellung einer „Opt-out-Sammelklage“ nach dem Vorbild der US-amerikanischen „class action“ wieder fallengelassen und eine fünfte Option hinzugefügt, nämlich die Idee eines kollektiven Schlichtungsverfahrens in Form einer Musterklage zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen für eine Vielzahl von Verbrauchern.

Auch der Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts ist auf europäischer Ebene Forum der Diskussion über die Notwendigkeit von Verfahrensregeln für eine kollektive Rechtsdurchsetzung. Die bisher hierfür zuständige Kommissarin hatte bereits vor einiger Zeit zu diesem Thema ein Weißbuch vorgelegt, also die Ergebnisse einer hierüber geführten weitgefächerten Diskussion. Hierauf beruhte auch der Entwurf einer Richtlinie für Verfahrensregeln über Sammelklagen, die aber im Jahr 2009 wieder zurückgenommen wurde.

Nach alledem ist die Diskussion auf europäischer Ebene noch ergebnisoffen, so dass es auch sinnvoll erscheint, darüber nachzudenken, ob das KapMuG, welches sich in der Weiterentwicklung befindet, ein Vorbild für ein europäisches Verfahrensrecht zur kollektiven Rechtsdurchsetzung sein kann.

3. Das KapMuG ist ein aus zwanzig Paragraphen bestehendes eigenständiges Verfahrensgesetz, welches im europäischen Rechtsraum, aber auch international keine Vorbilder hat und auf Schadensersatzansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen sowie auf Erfüllungsansprüche aus Vertrag, der auf einem Ange-

bot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht, beschränkt ist. Ausgangspunkt für das Musterverfahren sind zehn bei Landgerichten zu stellende gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge, mit denen die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens der für die anhängigen Ausgangsverfahren maßgeblichen anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen verlangt werden. Sind diese Anträge berechtigt, so erlässt das Landgericht, bei dem der erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde, einen Vorlagebeschluss, der an das übergeordnete Oberlandesgericht weitergeleitet wird. Das Oberlandesgericht, das an den Vorlagebeschluss gebunden ist, bestimmt einen Musterkläger und klärt dann in einem sogenannten Musterverfahren die streitigen Tatsachen und Rechtsfragen für alle anhängigen gleichgerichteten Klagen verbindlich. Damit diese auch tatsächlich erfasst werden können, sind die Landgerichte gehalten, sich über anderenorts gestellte Musterfeststellungsanträge oder erlassene Vorlagebeschlüsse, die jeweils im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht werden müssen, zu informieren und diejenigen Rechtsstreite, für die das Feststellungsziel eines Vorlagebeschlusses entscheidungserheblich ist, auszusetzen. Über die ausgesetzten Verfahren ist das den Vorlagebeschluss bearbeitende Oberlandesgericht zu informieren, da die Parteien dieser Rechtsstreite, soweit sie nicht bereits in das Musterverfahren eingebunden sind, als Beigeladene an ihm beteiligt werden müssen.

4. Die allen Verfahrensregeln zur kollektiven Rechtsdurchsetzung gemeinsame Problematik, nämlich die Regelung über Kosten des Verfahrens, ist vom KapMuG in erträglicher Weise gelöst worden. Die Kosten des Musterverfahrens vor dem Oberlandesgericht sind Teil der Kosten der Ausgangsrechtsstreite. Sie finden als eine der Klageforderung entsprechende Quote Berücksichtigung. Kostenvorschüsse für die Durchführung des Musterverfahrens und die mit ihm verbundene Beweisaufnahme werden nicht verlangt. Die Kosten der Rechtsbeschwerde sind von denjenigen zu tragen, die im Beschwerdeverfahren unterliegen, wobei sich der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens aber ausschließlich nach den Streitwerten der jeweiligen von den Beschwerdeführern geführten Ausgangsverfahren richtet. Bei teilweisem Obsiegen und Unterliegen kommt § 92 ZPO zur Anwendung, und im Falle der Aufhebung des Musterentscheids kann der BGH die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Oberlandesgericht nach billigem Ermessen überlassen.

Positiv wirkt sich ferner aus, dass weder der Vorlagebeschluss noch die Aussetzungsbeschlüsse anfechtbar sind. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das gesamte Musterverfahren bereits im Ansatz aufgrund von Verfahrenswirrnissen erstickt. Ebenso bewährt haben sich die Veröffentlichungspflichten im elektronischen Bundesanzeiger und die hiermit verbundene Vereinfachung der Ladung der Beigeladen zu den Verhandlungsterminen.

5. Obwohl das in seinen Grundzügen dargestellte Verfahren des KapMuG für eine kollektive Rechtsdurchsetzung geeignet erscheint, verlangt es nach strukturellen Veränderungen, um den zu bewältigenden Aufgaben, sei es auf nationaler oder europäischer Ebene, genügen zu können. Die Notwendigkeit solcher Veränderung ist insbesondere aufgrund folgender in der Praxis gemachter Erfahrungen und gewonnener Erkenntnisse deutlich geworden:

5.1. Problematisch ist die lapidare Aussage in § 4 Abs. 1 Satz 2 KapMuG, der Vorlagebeschluss ist für das Oberlandesgericht bindend, da viele Fragen des Verfahrensablaufs offen bleiben.

Die Formulierung lässt ohne weiteres den Schluss zu, dass das Oberlandesgericht den Vorlagebeschluss wie ein ersuchter Richter abzuarbeiten hat. Da das Oberlandesgericht aber eine Entscheidung über das Feststellungsziel treffen soll, liegt es allerdings näher, dass nach dem Relationsprinzip vorgegangen werden kann, d.h. scheidet nach den Gesetzen der Logik aufgrund der Feststellung einer bestimmten Tatsache oder der Beantwortung einer bestimmten Rechtsfrage das Vorliegen anderer Tatsachen oder Rechtsfragen aus, so braucht diesen nicht mehr nachgegangen zu werden. Eindeutig ist dies aber keineswegs, da im Falle einer erfolgreichen Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid die nicht bearbeiteten Teile des Vorlagebeschlusses Bedeutung erlangen können und es dem Sinn eines Musterverfahrens widerspricht, Alternativen offenzulassen.

Nur schwer beantworten lässt sich ferner die Frage, inwieweit das Oberlandesgericht aufgrund der Bindungswirkung gehalten ist, unsubstanziierten Prozessstoff aufzuarbeiten. Bei sorgfältiger Arbeit des Landgerichts dürfte diese Frage nicht auftauchen, da der Vorlagebeschluss nur die Streitpunkte enthalten soll, die entscheidungserheblich sind, und entscheidungserheblich nur solche sein können, die schlüssig vorgetragen sind und hinreichend Substanz haben. Die Praxis lehrt jedoch, dass sich Fragen dieser Art dennoch immer wieder stellen. Offen bleibt in diesem Zusammenhang auch, ob das Oberlandesgericht aufgrund der bindenden Wirkung des Vorlagebeschlusses verpflichtet ist, Ausforschung zu betreiben und vor offensichtlichen Fehlern die Augen zu verschließen.

5.2. Sehr negativ zu beurteilen ist das unbeschränkte Recht aller Beteiligten, beim Landgericht Ergänzungsanträge zu stellen (§ 13 KapMuG).[1] Danach können der Musterkläger, der Musterbeklagte und die Beigeladenen bis zum Abschluss des Musterverfahrens die Feststellung weiterer Streitpunkte begehren, wenn die Entscheidung ihres Rechtsstreits davon abhängt und das Prozessgericht dies für sachdienlich ansieht. Obwohl bereits in dem Vorlagebeschluss alle Streitpunkte, soweit sie entscheidungserheblich sind, enthalten sein sollen (§ 4 Abs. 2 Ziff. 2 KapMuG), gibt es dieses unbeschränkte weitere Antragsrecht, das zu erheblichen Verzögerungen des Musterentscheids führen und die Gerichte zum Spielball der Parteien machen kann. Denn zu den größten Verzögerungen führt ein unbegründeter Ergänzungsantrag. Anders als die stattgebende Entscheidung kann die Zurückweisung des Ergänzungsantrags durch das Landgericht mit der Beschwerde angefochten werden. Über diese hat das Oberlandesgericht zu entscheiden. Wird im Falle einer negativen Entscheidung für den Beschwerdeführer die Rechtsbeschwerde vom Oberlandesgericht nicht zugelassen, bleibt die von Rechtsanwälten weithin als zusätzliches Rechtsmittel missverstandene Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO und im Falle der Zurückweisung dieses Antrags die Verfassungsbeschwerde. Auf diese Weise werden die Ausgangsrechtsstreite, deren Entscheidung durch das Musterverfahren vereinfacht werden sollte, unversehens zu Instanzenmonstern mit wenigstens neun verschiedenen Verfahrensabschnitten:

Vorlagebeschluss des Landgerichts

Ergänzungsantrag und Beschluss des Landgerichts

Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts

Zugelassene Rechtsbeschwerde, andernfalls § 321a ZPO

Verfassungsbeschwerde

---

1 Aus prozessökonomischen Gründen soll der Erweiterungsantrag allerdings auch bei dem Oberlandesgericht gestellt werden können, so Reuschle in Kölner Kommentar zum KapMuG, 2008, § 13 KapMuG Rd. 9. Anhaltspunkte im Gesetz gibt es für diese Lösung aber nicht.

Urteil des Landgerichts im Ausgangsrechtsstreit

Berufung

Zugelassene Revision, andernfalls § 321a ZPO

Verfassungsbeschwerde

Hierbei handelt es sich keineswegs um ein „worst case scenario". Ein solches ist jedoch leicht vorstellbar, wenn es in Abständen immer wieder zu neuen Ergänzungsanträgen kommt, was keineswegs ungewöhnlich ist.

5.3. Bei der praktischen Auseinandersetzung mit dem KapMuG ist ferner deutlich geworden, dass das vom Willen der Anspruchssteller unabhängige Erfassen aller Rechtsstreitigkeiten, für die das Feststellungziel des Vorlagebeschlusses entscheidungserheblich ist, eine reibungslose und zügige kollektive Rechtsdurchsetzung keineswegs fördert.

Die zwangsweise Beteiligung an dem Musterverfahren macht es bei der Gestaltung eines Verfahrensrechts zur kollektiven Rechtsdurchsetzung erforderlich, genau darauf zu achten, dass die zwangsweise Beteiligten in ihren Rechten nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Auswirkungen hiervon sind im KapMuG an vielen Stellen zu finden, ohne dass sie jedoch rechtstheoretisch überzeugende und für den Verfahrensablauf zufriedenstellende Lösungen darstellen.

Gemäß § 7 Abs. 1 KapMuG hat das jeweilige Prozessgericht nach Bekanntmachung des Musterverfahrens im Klageregister, das Teil des elektronischen Bundesanzeigers ist, von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zum Erlass des Musterentscheids noch anhängig werdenden Verfahren, deren Entscheidung von der im Musterverfahren zu treffenden Feststellung oder zu klärenden Rechtsfrage abhängt, auszusetzen. Im Hinblick auf die mit der Aussetzung zwangsweise verbundene Beteiligung am Musterverfahren handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine plausible Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten. Auf der anderen Seite darf aber nicht außer Acht gelassen werden, welcher Aufwand gerade bei Massenverfahren mit der Aussetzung dieser Rechtsstreite verbunden ist und welche negative Auswirkung die Bewältigung der Aussetzung auf das laufende Musterverfahren haben kann. Werden die Voraussetzungen für die Entscheidung über eine Aussetzung ernstgenommen, so hat das jeweilige Prozessgericht jeden der Rechtsstreite genau zu durchdenken und zu überprüfen, ob es unabhängig von dem im Vorlagebeschluss formulierten Feststellungsziel Gründe gibt, aus denen der mit der Klage geltend gemachte Anspruch keinen Erfolg haben kann. Offen bleibt, ob es in diesem Zusammenhang nur auf die Schlüssigkeit der Klage ankommt oder aber streitige Gesichtspunkte, die zur Unbegründetheit der Klage führen können, zu klären sind, bevor die Kläger mit einer Aussetzung ihres Rechtsstreits zwangsweise als Beigeladene an einem langwierigen und möglicherweise auch sehr kostspieligen Musterverfahren teilnehmen müssen.

Von der Idee her nachvollziehbar, aber nicht zufriedenstellend ist ferner, dass auch alle noch bis zum Erlass des Musterentscheids anhängig werdenden Verfahren unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 KapMuG ausgesetzt werden müssen. Im Extremfall kann das dazu führen, dass die Kläger in ihrer Position als Beigeladene keinerlei Einfluss mehr auf das Musterverfahren nehmen können, andererseits aber an dessen Ergebnis gebunden sind. Einen gewissen Ausgleich schafft in diesem Zusammenhang lediglich § 16 Abs. 2 KapMuG, in dem geregelt ist, dass nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens die Beigeladenen in ihren Rechtsstreiten gegenüber dem Gegner mit der Behauptung, dass die Hauptpartei das Musterverfahren mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört werden, als sie durch die Lage des Musterverfahrens zur Zeit ihrer Beiladung oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei gehindert worden sind, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihnen unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Doch handelt es sich hierbei um ein stumpfes Schwert, insbesondere dann, wenn es sich um sehr umfangreiche Musterverfahren handelt, da solche Fehler nur schwer nachweisbar sind. Außerdem werden hierdurch Zweifel an der Sinnhaftigkeit eines rechtskräftig abgeschlossenen Musterverfahrens wach, wenn dessen Ergebnis in den Ausgangsverfahren wieder in Frage gestellt und damit auch das Verfahren wieder aufgerollt werden kann.

Der mit der Aussetzung der Ausgangsverfahren verbundene Aufwand hat bei Massenverfahren ferner zur Folge, dass es im Einzelfall Jahre dauern kann, bis in allen bereits von Anfang an anhängigen Ausgangsverfahren eine Entscheidung ergangen ist. Das Oberlandesgericht, dem der Vorlagebeschluss bereits vorliegt, steht deshalb vor dem Problem, entweder trotz der noch fehlenden Aussetzungsentscheidungen mit dem Musterverfahren zu beginnen oder aber mit dem Beginn des Musterverfahrens solange zu warten, bis zumindest in allen Ausgangsverfahren der ersten Stunde eine Entscheidung über deren Aussetzung gefallen ist. In beiden Fällen setzt sich das Oberlandesgericht nicht ganz unberechtigten Vorwürfen aus. Im ersten Fall liegt die Verletzung des Rechts der Beigeladenen auf rechtliches Gehör nahe und im zweiten Fall der Vorwurf der Untätigkeit bzw. der Rechtsschutzverweigerung. Eine Lösung hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in dem Telekom-Prozess darin gesehen, die Kläger aus den Ausgangsverfahren, sofern es noch keine Entscheidung über die Aussetzung gegeben hat, vorläufig als Beigeladene am Musterverfahren zu beteiligen. Ein Konfliktpotenzial wurde hierin nicht gesehen, da die Interessen der Kläger im Musterverfahren gleichgerichtet waren bzw. sind und das Vorbringen eines Klägers, der bei negativer Entscheidung über die Aussetzung seines Rechtsstreits wieder ausscheidet, sowie dessen Einfluss auf den Prozessverlauf zumindest von den anderen Beteiligten stillschweigend übernommen bzw. gebilligt wird. Anders ist die Situation in den Ausgangsverfahren mit mehreren Beklagten, also Beklagten, die im Falle einer Aussetzung des Rechtsstreits am Musterverfahren nur als Beigeladene teilnehmen können. Unter ihnen kann es erhebliche Interessengegensätze geben, die eine vorläufige Zulassung verbieten, so z.B. dann, wenn unter mehreren Beklagten trotz ihrer gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme Streit darüber besteht, wer von ihnen der eigentlich Verantwortliche für das streitige Schadensereignis ist.

Ein Ergebnis des Spannungsverhältnisses zwischen zwangsweiser Beteiligung an dem Musterverfahren und der Gestaltung eines möglichst beherrschbaren Verfahrensablaufs stellt die Regelung in § 10 Satz 3 und 4 KapMuG dar. Dort ist geregelt, dass Schriftsätze der Beigeladenen den übrigen Beigeladenen nicht mitgeteilt werden und die Schriftsätze der Musterparteien Beigeladene nur auf schriftlichen Antrag hin erhalten. Abgesehen davon, dass diese Regelung wegen einer möglichen Verletzung des Rechts auf Gewährung des rechtlichen Gehörs auf Bedenken gestoßen ist, kann sich ihre Absicht, den Ablauf des Verfahrens zu erleichtern, ohne Weiteres in das Gegenteil verkehren. Sofern Beigeladene den ergänzenden Vortrag der anderen Beigeladenen nicht kennen, sind sie, um ihre Rechte zu wahren, letztlich gehalten, sich zu äußern, falls sie Argumentationslücken oder Lücken in den tatsächlicher Hinsicht erkennen. Dies kann aber zur Folge haben, dass ergänzend immer wieder dasselbe vorgetragen wird, wodurch Verfahren mit tausend Beigeladenen und mehr unübersichtlich werden können.

Um dem Vorwurf der Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör zu entgehen, hat sich das Oberlandesgericht Frankfurt in dem Telekom-Prozess über die in § 10 KapMuG geregelten Einschränkungen hinweggesetzt. Es hat eine eigene passwortge-

schützte Internetseite eingerichtet, auf der alle das Musterverfahren betreffenden Schriftsätze nebst Anlagen und Übersetzungen, Entscheidungen, Verfügungen und Protokolle eingestellt wurden bzw. werden. Nur die Musterparteien haben diese Dokumente als Print-Ausgabe erhalten und Beigeladene, sofern sie dies ausdrücklich beantragt haben. Dieses Vorgehen hat sich bewährt. Es wurde in überwältigender Mehrheit akzeptiert und hat zu einer erheblichen Vereinfachung des Verwaltungsaufwands geführt, auch für die tätigen Rechtsanwälte, die ihre Mandanten weitgehend auf elektronische Weise informieren konnten.

Schließlich ist auch der Umstand, dass in einem Musterverfahren ein Vergleich nur bei Zustimmung aller Beteiligten geschlossen werden kann, ein Ausfluss der zwangsweisen Beteiligung (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KapMuG). Für ein Verfahren mit sehr vielen Beteiligten bedeutet das, dass eine vergleichsweise Regelung so gut wie ausgeschlossen ist. Denn je größer die Zahl der Beteiligten, umso schwerer ist es, unter ihnen Einstimmigkeit zu erreichen. Obwohl das Musterverfahren von seiner Anlage her nur der Klärung von Tatsachen und Rechtsfragen dienen soll, ist es nachteilig, wenn es gerade in einem Verfahrensabschnitt, in dem einer für alle sprechen könnte, praktisch keine Möglichkeit zu einer gütlichen Einigung geben kann.

Die Regelung einer freiwilligen Beteiligung an einem Musterverfahren würde viele Ungereimtheiten in den bestehenden Vorschriften beheben und dem Gesetzgeber Möglichkeiten eröffnen, verfahrensvereinfachende und -erleichternde Regelungen zu schaffen. Da ein freiwilliger Anschluss an ein Musterverfahren nur in Kenntnis der Verfahrensordnung erfolgt, kann das Verfahren durch Einschränkung der üblichen prozessualen Rechte stringenter gestaltet werden. Denkbar ist z.B. die Festlegung eines bestimmten Quorums für den Abschluss eines Vergleichs, die Beschränkung des Antragsrechts und eine weniger aufwändige Gestaltung der Informationspflichten.

Eine solche Regelung würde schließlich auch im Hinblick auf die Belastung mit den Verfahrenskosten zu gerechteren Ergebnissen führen, da jeder Anspruchsteller frei entscheiden kann, ob er sich an einem Musterverfahren, in dem möglicherweise sehr hohe Kostenrisiken bestehen, beteiligt oder nicht.

Aufgrund von Veröffentlichungspflichten im elektronischen Bundesanzeiger, die zum Teil schon jetzt bestehen, kann auch sichergestellt werden, dass es jedem Rechtsanwalt möglich ist, im Falle eines kollektiv durchsetzbaren Anspruchs seine Mandantschaft über einen Beitritt zum Musterverfahren zu beraten, so dass auch die in einer Opt-out-Lösung liegenden Probleme umgangen werden könnten.

Außerdem könnte in Erwägung gezogen werden, dass die in einem vereinfachten Verfahren schlüssige Darlegung einer zum Musterverfahren passenden Forderung bereits für einen Beitritt reicht und auf diese Weise die umfangreichen und zeitaufwändigen Aussetzungsverfahren entfallen können.

5.4. Zu Problemen hat weiterhin ein dem KapMuG eigener, Missverständnisse verursachender Umgang mit bereits feststehenden und neu gebildeten Begrifflichkeiten geführt.

In § 1 Abs. 3 KapMuG ist festgeschrieben, dass ein Musterfeststellungsantrag unzulässig ist, wenn der ihm zu Grunde liegende Rechtsstreit bereits entscheidungsreif ist. Unter dem Begriff „entscheidungsreif" versteht das Zivilprozessrecht seit jeher, dass alle entscheidungserheblichen Tatsachen geklärt sind und nur noch die Entscheidung über Rechtsfragen offensteht. Inhaltlich anders ist offenbar aber das Verständnis des KapMuG von dem Begriff „entscheidungsreif". Denn in § 1 Abs. 1 KapMuG heißt es, dass durch einen Musterfeststellungsantrag auch die Klärung von Rechtsfragen begehrt werden kann. Hierdurch erfährt der Begriff „entscheidungsreif" im Ergebnis eine inhaltliche Veränderung, weil davon ausgegangen werden muss, dass ein Rechtsstreit im Sinne des KapMuG nicht entscheidungsreif ist, wenn alle Tatsachenfragen geklärt sind, eine zu entscheidende Rechtsfrage aber für eine Vielzahl von Parallelfällen maßgebende Bedeutung hat. Die Verwendung ein und desselben Begriffs für unterschiedliche Situationen hat in Fällen, in denen das Landgericht einen Musterfeststellungsantrag wegen Entscheidungsreife des ihm zu Grunde liegenden Rechtsstreits zurückgewiesen und gleichzeitig die Klage abgewiesen hat, in den Rechtsmittelverfahren zu wenig überzeugenden Ergebnissen geführt. Wird der Beschwerde gegen die Zurückweisung des Musterfeststellungsantrags stattgegeben, so könnte das klagabweisende Urteil, auch wenn die Rechtsfrage zutreffend entschieden worden ist, keinen Bestand haben. Wird hingegen die Beschwerde – so wie es der BGH befürwortet[2] – als unzulässig zurückgewiesen, weil der Musterfeststellungsantrag für die Entscheidung des Rechtsstreits keine Bedeutung mehr hat, so wird deutlich, dass das dem KapMuG nicht entsprechende Verständnis des Begriffes „entscheidungserheblich" im Rechtsmittelverfahren nicht mehr korrigiert werden kann. Die Nachlässigkeit des Gesetzgebers bei der Verwendung bereits feststehender Begrifflichkeit für andere Sachverhalte führt also dazu, dass die mit dem KapMuG verfolgten Ziele ad absurdum geführt werden können.

Nicht weniger problematisch ist die Verwendung der neu gebildeten Begriffe „Feststellungsziel" und „Streitpunkte". Nach der Legaldefinition ist das Feststellungsziel „die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen" während die Streitpunkte „alle zur Begründung des Feststellungsziels dienenden tatsächlichen und rechtlichen Umstände" sind. Diese Definitionen sind aber nicht sehr hilfreich, insbesondere bei komplexen Fällen.

Nach dem Wortlaut können also jedwede Anspruchsvoraussetzungen Gegenstand eines Feststellungsziels sein.[3] Tatsächlich ist das aber nicht so, weil individuelle subjektive Voraussetzungen kaum verbindlich für eine Vielzahl von Fällen festgestellt werden können. Auch soll der Anspruch selbst nicht Gegenstand des Feststellungsziels sein, so dass es naheliegt, in dem Feststellungziel den abstrakten rechtlichen Gedanken zu sehen, der den Streitpunkten übergeordnet ist. Aber das trifft nicht zu, weil Streitpunkte auch rechtliche Umstände und Feststellungsziele auch Tatsachen sein können. Deswegen fragt es sich, welchen Sinn die Unterscheidung zwischen Feststellungsziel und Streitpunkten hat. Offen ist auch, ob ein Musterverfahren mehrere Feststellungziele zum Gegenstand haben kann. Denkbar und erforderlich erscheint eine Bündelung von Feststellungszielen insbesondere dann, wenn der Anspruch, um den es geht, mehrstufig begründet wird, z.B. einerseits als Anspruch wegen verspäteter Ad-hoc-Mitteilung sowie andererseits als Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen Betrugs. Ist das Feststellungsziel dann aber nicht mehr als die Beantwortung von Streitpunkten, so dass dieses einer besonderen Definition nicht mehr bedarf? Viel näher als alle anderen Überlegungen liegt dieser Gedanke, zumal die verbindliche Beantwortung der Streitpunkte im Kern die eigentliche Zielrichtung des Musterverfahrens darstellt.

Im Zusammenhang mit dem Nennen der Streitpunkte weist das Gesetz eine weitere Unklarheit auf, die durch die Verwendung des Wortes „alle" in § 4 Abs. 2 Satz 2 KapMuG verursacht wird. Auf den ersten Blick liegt in dieser Formulierung der Ausgangspunkt für einen Präklusionsmechanismus. Dieser Gedan-

2 BGH, WM 2008, 124 (125).

3 BGH, WM 2008, 1643 (1645).

ke wird aber nur neun Paragraphen weiter zerstört, da Ergänzungsanträge bezüglich der Streitpunkte bis zum Abschluss des Musterverfahrens gestellt werden können (§ 13 Abs. 1 KapMuG). Welchen Sinn hat dann das Wort „alle" noch? Es bleibt allein übrig, dass die Streitpunkte aller im Klageregister veröffentlichten Musterfeststellungsanträge, die mehr als zehn sein können, Berücksichtigung finden sollen. Aber auch das führt zu Schwierigkeiten, sofern weitere gleichartige Musterfeststellungsanträge nach Erlass des Vorlageschlusses eingehen.

5.5. Einen weiteren strukturellen Mangel stellt die fehlende Honorarregelung für die Prozessvertreter der Musterparteien dar, der durchaus Auswirkungen auf den Ablauf des Musterverfahrens hat. Während der Musterbeklagte in der Regel alle Ausgangsverfahren auf Seite der Beklagten betreut, trifft dies für den Musterkläger ohne weiteres nicht zu. Da auf Klägerseite eine Vielzahl von Rechtsanwaltsbüros beteiligt sein können, so z.B. beim Telekom-Prozess ca. 900, während die Telekom AG nur von einem Anwaltsbüro vertreten wird, stehen sich im Musterverfahren in finanzieller Hinsicht ungleich ausgestattete Parteien gegenüber. Auf den Verfahrensablauf wirkt sich dies vor allem deshalb aus, weil mit umfangreichen Musterverfahren sehr viel Arbeit verbunden ist und jeder Rechtsanwalt versuchen wird, die Bearbeitung dieses Verfahrens so in seinen Kanzleibetrieb zu integrieren, dass es hierdurch zu keinen Mandatsverlusten kommt. Dies führt wiederum dazu, dass für die erforderlichen Stellungnahmen sehr viel Zeit verlangt und, um eigenen Arbeitsaufwand zu ersparen, von dem Recht auf richterliche Hinweise in äußerst extensiver Weise Gebrauch gemacht wird. Obwohl auch die Präklusionsvorschriften der ZPO in dem Musterverfahren anwendbar sind, ist es aber ratsam, sie wegen des Umfangs der Arbeit nur zurückhaltend einsetzen, so dass ein verzögernder und stockender Verlauf unvermeidbar ist. Hinzu kommt, dass auch das Haftungsrisiko des Musterklägers, der neben seinen eigenen Mandanten eine anonyme Masse vertritt, erheblich gestiegen ist, so dass auch die hierdurch bedingten Unsicherheiten in der Prozessführung im Wege einer extensiven Auslegung und Nutzung der Rechte aus § 139 BGB und durch Anträge auf Beiziehung aller möglichen, auch ungesichteten Materialien auf das Gericht abgewälzt werden.

6. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das KapMuG in seiner derzeitigen Fassung nicht besonders gut geeignet ist, Massenklagen zu bewältigen. Ein interessanter entwicklungsfähiger Ansatz ist aber vorhanden, der auch für europäische Lösungen als Ausgangsmodell in Frage kommen könnte.

Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess

RiKG *Björn Retzlaff,* Berlin

1. Rechtliche Voraussetzungen

Der Zivilprozess unterliegt dem Grundsatz der Mündlichkeit (§ 128 Abs. 1 ZPO). Der Abschluss eines Rechtsstreits durch eine streitige Entscheidung des Gerichts setzt damit in der Regel die Durchführung einer mündlichen Verhandlung voraus. Zugleich kann sich das Gericht in dieser Entscheidung nur auf solchen Parteivortrag stützen, der – und sei es durch (konkludente) Bezugnahme auf zuvor eingereichte Schriftsätze (§ 137 Abs. 3 ZPO) – Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung war.

Das Gesetz macht für Inhalt und Ablauf der mündlichen Verhandlung vor dem Zivilgericht eine Reihe von Vorgaben: Die Verhandlung wird durch den Vorsitzenden eröffnet und geleitet. Der streitigen Verhandlung soll zum Zwecke der einvernehmlichen Beilegung des Rechtsstreits in aller Regel eine Güteverhandlung vorausgehen (§ 278 Abs. 2 S. 1 ZPO), in der das Gericht mit den Parteien den Sach- und Streitstand erörtert und, soweit erforderlich, Fragen stellt (§ 278 Abs. 2 S. 2 ZPO). Zur streitigen mündlichen Verhandlung kommt es – eventuell in einem gesonderten Termin –, wenn die Parteien ihren Streit im Gütetermin nicht abschließend beilegen konnten. Sie haben nunmehr ihre Anträge zu stellen (§ 137 Abs. 1 ZPO). Der Vorsitzende hat dafür Sorge zu tragen, dass jede Partei zu Wort kommt und der Rechtsstreit sowie das Ergebnis einer eventuellen Beweisaufnahme (§ 279 Abs. 3 ZPO) „erschöpfend" (§ 137 Abs. 3 ZPO) in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht erörtert werden. Soweit dies noch nicht geschehen ist, hat das Gericht insbesondere darauf hinzuwirken, dass sich die Parteien zu allen erheblichen Gesichtspunkten erklären. Hat eine Partei einen erheblichen Gesichtspunkt übersehen oder nicht sachgerecht gewürdigt, muss sie hierauf hingewiesen werden (§ 139 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die ZPO fordert, dass ein Rechtsstreit in der Regel in einem einzigen umfassend vorbereiteten Termin erledigt wird (§ 272 Abs. 1 ZPO). Zu diesem Zweck muss das Gericht den Parteien etwaige Hinweise so früh wie möglich, also mit deutlichem Vorlauf vor dem Verhandlungstermin, erteilen (§ 139 Abs. 4 ZPO). Ein erst im Termin erteilter Hinweis führt häufig zur Anberaumung eines neuen Termins. Denn die Partei, an die er gerichtet ist, zeigt sich in aller Regel nicht in der Lage, hierzu sogleich Stellung zu nehmen. Im Termin ist damit meistens die Gewährung einer Schriftsatzfrist geboten (§ 139 Abs. 5 ZPO). Muss zu dem dann nachgereichten Schriftsatz wiederum der Gegenseite rechtliches Gehör gewährt werden (vgl. § 296a S. 2 ZPO), ist die Anberaumung einer neuen Verhandlung erforderlich. Dem Ziel der Erledigung des Rechtsstreits in einem einzigen Termin dienen demgegenüber auch die in § 273 Abs. 2 ZPO aufgeführten Maßnahmen zu seiner Vorbereitung, insbesondere einer etwaigen Beweiserhebung, sowie die Befugnis des Gerichts, eine solche auch schon vor dem Termin durch Beschluss anzuordnen und durchzuführen (§ 358a ZPO).

2. Der Nutzen der mündlichen Erörterung

Zwischen den Parteien eines Rechtsstreits besteht nicht nur ein Interessengegensatz, sondern in der Regel auch ein Verständnisproblem. Als Richter kann man nicht selten feststellen, dass die Parteien nicht nur unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten, sondern dass jeder Seite Missverständnisse bei der Auseinandersetzung mit der Argumentation der Gegenseite unterlaufen.

Auch das Gericht hat an diesen in der Natur eines Zivilprozesses liegenden Verständnisschwierigkeiten Anteil. Insbesondere in größeren Verfahren, in denen von den Parteien und dem Gericht umfangreiche und komplexe Sachverhalte unter Zeitdruck zu bewältigen sind, ist es nicht verwunderlich, dass Einzelheiten der Darstellung unklar bleiben und sich Missverständnisse einschleichen.

Die Hauptaufgabe des Gerichts in der mündlichen Verhandlung ist es, derartige Unklarheiten und Verständnisprobleme zu bereinigen und im Rechtsgespräch mit den Parteien die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte herauszuarbeiten. Eine durch das Gericht strukturierte mündliche Diskussion ist hierzu besser geeignet als der Wechsel von Schriftsätzen und gerichtlichen Schreiben, wo es leichter möglich ist, aneinander „vorbeizuschreiben". Unklarheiten, Widersprüche, Ansichten, denen man nicht zustimmt, sind im mündlichen Vortrag leichter auszumachen. Ebenso ist der mündliche Widerspruch jedenfalls in einer konstruktiven Gesprächssituation wirkungsvoller und damit ein besserer Anstoß, eine bestimmte Rechtsposition nochmals zu überdenken, als eine schriftliche Erwiderung. Ein schwieriger Sachverhalt, dessen schriftliche Darstellung ebenso viel Zeit benötigt wie die spätere Erarbeitung dieser Darstellung durch den Leser, ist in einem mündlichen Gespräch durch die Möglichkeit, an den neuralgischen Punkten nachfragen zu können, viel schneller vermittelt.

Wenn ein vom Gericht eingeholtes Sachverständigengutachten noch Fragen aufwirft bzw. solche unbeantwortet gelassen hat, ist aus diesem Grund ebenfalls die mündliche Anhörung des Sachverständigen (§ 411 Abs. 3 ZPO) das Mittel der Wahl. Die häufig praktizierte Einholung schriftlicher Ergänzungsgutachten führt aus den genannten Gründen häufig nicht zu einer verlässlichen Klärung. Die mündliche Befragung des Sachverständigen im Termin ist demgegenüber nicht nur der regelmäßig zuverlässigere Weg, sondern auch schneller und billiger als eine ergänzende schriftliche Stellungnahme. Dies gilt jedenfalls dann, wenn keine weiteren Untersuchungen erforderlich sind, die im Termin nicht durchgeführt werden können. Aber selbst dann erweist es sich häufig als vorteilhaft, die noch ausstehenden Maßnahmen mit dem Sachverständigen mündlich im Termin vorab zu erörtern.

3. Das Rechtsgespräch im Termin: detailliert, aber ergebnisoffen

Die Leitung des Rechtsgesprächs im Termin ist eine der wichtigsten Aufgaben des Gerichts im Verlauf eines Zivilprozesses. Für das Gericht gilt es hier, zwei Ziele miteinander zu vereinbaren, zwischen denen ein Spannungsverhältnis besteht. Detailliertheit der Diskussion auf der einen, ihre Ergebnisoffenheit auf der anderen Seite. Damit das Rechtsgespräch nutzbringend ist und die Funktion erfüllt, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren, müssen die durch einen Rechtsstreit aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen möglichst genau thematisiert werden. Bei aller wünschenswerten Detailliertheit muss das Gericht aber dafür Sorge tragen, sich hierbei nicht zu früh festzulegen. Dies liefe dem Sinn der mündlichen Verhandlung zuwider. Schließlich sollen die Parteien hier die Möglichkeit haben, das Gericht von ihrer Rechtsauffassung zu überzeugen, etwa indem einem Aspekt nochmals Nachdruck verliehen wird, den das Gericht in seiner Einführung in den Sach- und Streitstand nach Auffassung einer Partei nicht in angemessener Weise gewürdigt hat. Geht das Gericht mit einer schon weitgehend festgelegten „vorläufigen" Rechtsauffassung in den Termin, beraubt es sich der Möglichkeit einer Fehlerkontrolle durch den Diskurs mit den Parteien.

Selbst wenn sich die Auffassung des Gerichts schon „deutlich verfestigt" haben sollte, ist es wichtig, sie im Termin als vorläufige jedenfalls darzustellen. Weil es aber zugleich darum geht, die einzelnen Aspekte der betroffenen Problematik möglichst genau und nachvollziehbar für die Parteien zu erörtern, erfordert diese ergebnisoffene Darstellung eine ständige Selbstkontrolle des Richters, zumal auch die Parteien nicht selten versuchen werden, ihn auf eine bestimmte Position „festzulegen".

Ein ergebnisoffenes Rechtsgespräch zu führen, verlangt vom Richter, sich über seine Rolle und sein Auftreten in dem Rechtsstreit und speziell in der mündlichen Verhandlung klar zu werden. Es geht schlicht und einfach darum, dem Rollenmuster zu widerstehen, im Termin unangreifbar zu sein – sei es durch die Präsentierung überlegener Rechtskenntnisse oder sei es durch die Beschränkung auf wenig aussagekräftige und die Parteien nicht weiterführende Stellungnahmen, durch die eine Diskussion abgeblockt wird.

Es kann dem Gericht helfen, den Rechtsstreit, den die Parteien führen, beim Wort zu nehmen: Er ist ein „Prozess", in dessen Verlauf es einen Fortschritt, nämlich einen Erkenntnisfortschritt gibt, an dem auch das Gericht teilhat. Von einem Richter wird nicht erwartet, vor Abschluss des Verfahrens auf alle Rechtsprobleme, die der Fall aufwirft, eine Antwort parat zu haben. Deshalb macht sich als Richter auch nicht angreifbar, wer sich im Interesse der rechtlichen Durchdringung des Falles Nachfragen und fachliche Einwände gefallen lässt, ohne sie gleich im Termin entkräften oder zurückweisen zu können.

Ideal erscheint eine „sokratische" Herangehensweise: Bei der mündlichen Erörterung der Rechtsstreits sollte das Gericht die Parteien weniger mit Feststehendem konfrontieren als Fragen aufwerfen, die die Partei zum Überdenken einer möglicherweise unzutreffenden Rechtsauffassung und den gebotenen Konsequenzen für den Parteivortrag bringen können. Wer solchermaßen fragt oder fragend denkt, vermeidet Festlegungen. Diese verbieten sich im Termin natürlich nicht generell. Genau genommen wäre eine möglichst frühe Festlegung auf das Richtige sogar erwünscht, weil die Parteien dann umso eher wüssten, „woran sie sind" und der Gefahr einer Überraschungsentscheidung frühzeitig Vorschub geleistet wird. Das Problem ist aber, dass „das Richtige" erst noch herausgearbeitet werden muss. Es ist nun einmal so, dass sich die vom Gericht zunächst vertretene Auffassung als unrichtig erweisen kann. In diesem Fall macht die frühe Festlegung ihre spätere Änderung zu einem „Rückzug" und erschwert jedenfalls psychologisch die gebotene Korrektur einer unzutreffenden Position.

Die Grenze, um die es hier geht, verläuft zwischen den Modalverben „dürfte" und „könnte". Erteilt das Gericht einen Hinweis mit der Formulierung, die Rechtslage „dürfte" so sein wie von ihm dargestellt, werden die Parteien dies in der Regel schon als deutliche Festlegung in der genannten Richtung verstehen. Revidiert das Gericht im weiteren Verlauf des Rechtsstreits dann seine Auffassung, wird dies aus Sicht der Parteien als „Umschwenken" verstanden werden. Das Gericht wird eine solche Anpassung seiner Rechtsauffassung daher häufig nicht ohne einen erneuten Hinweis hierauf vollziehen können, was regelmäßig einen neuen Termin erforderlich macht. Eine zu starke Festlegung führt dann auch zu einer Verzögerung des Rechtsstreits.

Eine Darstellung, in der das Gericht seine Rechtsauffassung nur als bloße Möglichkeit aufzeigt – es „könnte" so sein – thematisiert die entscheidenden Gesichtspunkte ebenso, vermeidet demgegenüber aber eine Festlegung auf ein Ergebnis. Durch solche fragenden Formulierungen nimmt das Gericht die Möglichkeit ernst, sich irren zu können, und erhält sich die nötige Manövrierfreiheit, um im Termin ergebnisoffen aber eben auch detailliert den Sach- und Streitstand mit den Parteien erörtern zu können.

Die Betonung des richterlichen Irrtums legt den Einwand nahe, das Gericht solle vor einem Termin lieber die Rechtslage besser recherchieren, dann müsse es sich nicht so sehr mit der Möglichkeit seines Irrtums beschäftigen. Auch bei einer gewissenhaften Terminsvorbereitung ist es aber lebensfremd, den Fall einer Fehleinschätzung des Gerichts auszublenden. Hier ermöglicht das Institut der mündlichen Verhandlung dem Gericht den

Erkenntnisgewinn durch die rechtliche Diskussion mit den Parteien. Die Erfahrung lehrt, dass Argumente, die in solch einem diskursiven Prozess „getestet" und „bewährt" sind, eine höhere Richtigkeitsgewähr haben als das ohne die kritische Erwiderung eines Gegenparts allein in Stillarbeit Zusammengetragene. Das Gericht sollte sich daher die Möglichkeit aktiv zunutze machen, seine Rechtsauffassung in der mündlichen Verhandlung von den Parteien auf den Prüfstand nehmen zu lassen. Dies gilt umso mehr, als immer mehr Entscheidungen auf den Einzelrichter übertragen werden und es daher innerhalb des Spruchkörpers kaum noch Beratungen über die Entscheidung des Rechtsstreits gibt.

Ein konstruktives Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung dient der Rechtsprechung damit in mehrfacher Hinsicht: Den Parteien wird rechtliches Gehör gewährt. Sie, aber eben auch das Gericht, erhalten Gelegenheit, ihre bisherige Rechtsauffassung unter Berücksichtigung der Diskussion nochmals zu überprüfen. Die Abwägung der widerstreitenden Argumente, insbesondere wenn das Gericht ihr letztendliches Ergebnis offen hält, wird die Parteien häufig für die Schwachpunkte der eigenen Position sensibilisieren und daher die Vergleichsbereitschaft erhöhen, was in vielen Fällen zu einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreits führen kann. Schließlich erhöht das Rechtsgespräch auch die Akzeptanz der Parteien für eine eventuelle streitige Entscheidung des Rechtsstreits. Idealerweise wird den Parteien im Termin deutlich, dass sich das Gericht unvoreingenommen der Sache nähert und es allein die besseren Argumente sind, die den Rechtsstreit entscheiden.

Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung insbesondere im Hinblick auf die Lokalisation

RA *Lothar Schmude*, Köln

I. Aufgabenstellung

Die mündliche Verhandlung ist der Mittelpunkt des heutigen Zivilprozesses (§ 279 ZPO); in ihr mündet die Verfahrensvorbereitung der Parteien und des Gerichts, aus ihr erwächst die jeweilige Entscheidung des Gerichts. Die Einigkeit über ihre zentrale Bedeutung scheint ungebrochen, gleichwohl hört man in Gesprächen mit Kollegen und Richtern immer wieder Feststellungen darüber, dass das Abhalten der mündlichen Verhandlung seit dem Wegfall der Lokalisation schwieriger geworden sei: Anwälte müssen zur Wahrnehmung von Verhandlungsterminen auch weite Reisen durch die Republik auf sich nehmen, es wächst damit die Belastung durch unproduktive Reisezeiten; Richter stellen fest, dass sie auf immer geringere Flexibilität bei der Terminierung stoßen, weil die beteiligten Anwälte an einem Tage häufig nur einen einzigen Termin wahrnehmen können – früher war es kein Problem, um 10 Uhr und um 12 Uhr am selben Tage einen Verhandlungstermin beim örtlichen Landgericht wahrzunehmen, das geht aber bereits dann nicht mehr, wenn die Gerichtsorte auch nur 50 km auseinanderliegen.

Nicht nur in solchen Gesprächen wird dann über den vermehrten Rückgriff auf ein schriftliches Verfahren nachgedacht, vor allem aber über den Einsatz moderner Kommunikationsmittel, hier vor allem das Instrument der Videokonferenz.

Auch aus einer anderen Richtung drohen der mündlichen Verhandlung Einbußen: Seit § 522 Abs. 2 ZPO dem kollegial besetzten Berufungsgericht die Möglichkeit eröffnet hat, eine Berufung ohne mündliche Verhandlung als unbegründet zurückzuweisen – einzige Voraussetzung ist Einstimmigkeit –, muss man sich erst recht die Frage vorlegen, ob man tatsächlich noch von einer allgemeinen und zentralen Wertschätzung der mündlichen Verhandlung als dem Mittelpunkt des Zivilprozesses ausgehen kann.

Diese und ähnliche Beobachtungen haben uns dazu bewogen, der heutigen Bedeutung der mündlichen Verhandlung nachzugehen.

II. Prinzipien der mündlichen Verhandlung

Sinn und Inhalt der mündlichen Verhandlung werden nach wie vor in drei wesentlichen Aspekten gesehen:

– der Mündlichkeit (§ 128 ZPO)

– der Unmittelbarkeit (§ 309 ZPO)

– der Öffentlichkeit (§ 169 ff. GVG).

Der Grundsatz der **Mündlichkeit** bedeutet, dass die Parteien

„ihre Anträge und ihren Tatsachenvortrag in der mündlichen Verhandlung vorbringen (§ 128 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann grundsätzlich nur den Streitstoff, der in die mündliche Verhandlung eingeführt wurde, seiner Entscheidung zugrunde legen (BGH NJW 1999, S. 1339; 1997, S. 397, 398). Sinn und Zweck dieses Mündlichkeitsgrundsatzes ist es, einen unmittelbaren und lebendigen Eindruck vom Streitstoff zu ermöglichen. Das Gericht soll zur Erleichterung der Sachverhaltsaufklärung unmittelbare Fragen an die Parteien stellen und zwanglos beiden Seiten Gehör gewähren können. Im Übrigen sind die Öffentlichkeit der Verhandlung und die Kontrolle der Rechtsprechung durch die Öffentlichkeit nur bei einer mündlichen Verhandlung denkbar."

(statt aller Saenger, Handkommentar zur ZPO, Einführung, Rdz. 66).

Der Grundsatz der Mündlichkeit wird zwar unter anderem durchbrochen durch die Möglichkeit der Bezugnahme auf vorbereitende Schriftsätze (§ 137 Abs. 3 und § 297 Abs. 3 ZPO), es handelt sich aber lediglich um eine Verbesserung der Praktikabilität, ähnlich wie die Möglichkeit, zwischen frühem ersten Termin und schriftlichem Vorverfahren zu wählen (§ 272 Abs. 2 ZPO). Der eigentliche Grundsatz der Mündlichkeit wird dadurch nicht aufgegeben. Dabei sind

„die Vorträge der Parteien … in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen." (So ausdrücklich § 137 Abs. 2 ZPO).

Der Grundsatz der **Unmittelbarkeit** bedeutet, dass die

„mündliche Verhandlung einschließlich einer erforderlichen Beweisaufnahme (§ 355 Abs. 1 ZPO) vor dem erkennenden Gericht stattfinden (muss). Nur Richter, die der mündlichen Verhandlung beigewohnt haben, dürfen gemäß § 309 ZPO am Urteil mitwirken. Das Gericht soll seine Entscheidung unter dem eigenen unmittelbaren Eindruck von Verhandlung und Beweisaufnahme treffen …" (Saenger a.a.O., Rdz. 68).

Der Grundsatz der **Öffentlichkeit**

„... ist in § 169 ff. GVG niedergelegt. Danach erfolgt die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Beweisaufnahme und der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich (§ 169 Satz 1 GVG). Dies bedeutet, dass im Rahmen der tatsächlichen Möglichkeiten (Kapazität des Verhandlungsraumes) jedem beliebigen Zuhörer die Teilnahme an der Sitzung offenstehen muss (BVerfG NJW 02, 814).“ (Saenger a.a.O., Rdz. 69).

Zusammengefasst sollen danach Mündlichkeit und Unmittelbarkeit garantieren, dass die Entscheidung aufgrund eines lebendigen persönlichen Austausches zwischen Gericht und Prozessparteien stattfindet, Öffentlichkeit soll ihrerseits die Richtigkeit dieser Rechtsprechung sicherstellen.

III. Die Diskussion um die mündliche Verhandlung im 19. Jahrhundert – Erkenntnisse für die heutige Praxis?

Bei weitem nicht jede mündliche Verhandlung, die heute in unseren Gerichtssälen stattfindet, dürfte dem vorstehend zitierten Anspruch gerecht werden. Eine öffentliche Kontrolle in dem Sinne, dass tatsächlich Publikum oder gar Medienvertreter im Gerichtssaal anwesend sind, ist die seltene Ausnahme. Dass regelmäßig eine intensive Erörterung stattfände, wird man ebenso wenig feststellen können. Könnte man nicht durch weitere Einschränkungen der mündlichen Verhandlung sehr viel Zeit – und Geld – sparen, ohne dass unsere Rechtspflege Schaden nähme?

Manchmal hilft es, gegenüber solchen Fragen zunächst einmal Abstand von seinem Gegenstand zu gewinnen. Hier bietet es sich an, diesen Abstand als historischen Abstand zu begreifen und sich in die länger zurückliegende Vergangenheit zu begeben, in das frühe 19. Jahrhundert.

Generell sind nahezu alle wesentlichen Fragen des Verfahrensrechts bereits von den Juristen des 19. Jahrhunderts erwogen worden, und bei näherem Hinsehen erweist sich oft, dass wir heute nicht wesentlich klüger geworden sind. Wichtiger aber noch ist, dass im frühen 19. Jahrhundert, überwiegend mit der Adaption des napoleonischen Rechts, die mündliche Verhandlung in Deutschland nicht nur eingeführt worden ist, sondern nachgerade zu einem Siegeszug angetreten ist. Ausgangspunkt sind die rheinischen Territorien, in denen bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit der französischen Gerichtsbarkeit auch die mündliche Verhandlung eingeführt wurde. Gerade den in der Rechtspflege in Köln Tätigen – zu denen ich als Rechtsanwalt seit vielen Jahren gehöre – sind diese Wurzeln auch heute noch bewusst, und es bietet sich bei einer Betrachtung des heutigen Sinnes der mündlichen Verhandlung an, der Frage nachzugehen, wie die Juristen und Rechtspolitiker des 19. Jahrhunderts die Einführung der mündlichen Verhandlung begründet haben und mit welchen Gegenargumenten sie sich auseinandersetzen mussten.

IV. Die historischen Argumente

Die nachfolgenden Ausführungen wollen allerdings nicht als eine rechtsgeschichtliche Aufarbeitung verstanden werden. Für unsere Betrachtung sind die Argumente von Interesse, die in den damaligen Schriften vorgetragen werden, und die – ihrer altertümelnden Sprache entkleidet – außerordentlich modern geblieben sind – darüber hinaus auch zuweilen Aspekte betont haben, die heute zu Unrecht in Vergessenheit geraten sind.

Als erstes ist eine Schrift zu nennen, die in Frankfurt am Main im Jahre 1818 erschienen ist, Autor ist der Oberappellationsgerichtspräsident Freiherr von Dalwigk, der Titel lautet:

„Auch ein Wort über die Anwendbarkeit der mündlichen öffentlichen Rechtspflege bei bürgerlichen Rechtssachen in Deutschland.“

(Zitiert nach der online-Bibliothek des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt – http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22125417_00000001.gif“)

Dalwigk führt aus, dass

„(die mündliche Verhandlung) *… durch ihre Öffentlichkeit das Ehrgefühl anfeuert, unlautere Schleichwege zu vermeiden und den Rechtsanwalt zu der wahren Würde eines gewissenhaften, rechtbietenden Fürsprechers der Dürftigen sowohl als auch der Reichen erhebt, daß sie die Reinheit, Deutlichkeit und den lebhaften Ausdruck der vaterländischen Sprache befördert – daß alle Richter (was sehr wichtig ist) zu gleicher Zeit von der Entwicklung der gerichtlichen Wahrheit in Kenntniß gesetzt werden, daß diese in den meisten Fällen schneller, lebendiger und richtiger aufgefaßt und zutage gefördert wird, und daß sie die Processe wesentlich abkürzt“* (a.a.O. S. 12).

Interessant ist, dass die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung – neben anderem – die Qualität anwaltlicher Tätigkeit heben soll. Das ist ein Aspekt, auf den zurückzukommen sein wird.

Dalwigk zitiert des Weiteren ein Werk, das er besonders lobt, dessen Verfasser aber leider anonym bleibt:

„Gründe für und wider die mündliche öffentliche Rechtspflege in bürgerlichen Rechtssachen, von einem Justizbeamten des linken Rheinufers, Mainz 1816.“

(online unter: http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22144545_00000001.gif)

Bei diesem Justizbeamten handelt es sich – seiner eigenen Schilderung nach – um einen Richter, der sowohl in der vornapoleonischen Zeit im schriftlichen Verfahren als auch in der späteren Zeit in der mündlichen Verhandlung gearbeitet hat, und zwar jeweils über viele Jahre. (Wahrscheinlich ist es der spätere Präsident der Appellationsgerichte Kaiserslautern und Zweibrücken, Andreas Georg Friedrich Rebmann.)

Diese Streitschrift soll uns zunächst mit den Argumenten der Gegner einer mündlichen Verhandlung und Anhängern des alten schriftlichen Verfahrens vertraut machen:

Das schriftliche Verfahren sei sicherer in dem Sinne, dass es dem Richter ständig alle Facetten des Rechtsstreits vor Augen führe:

„Das Gedächtniß des Richters ist kein so sicheres Überlieferungsmittel, als die bleibende Schrift, besonders in verwickelten Fällen“ (S. 34).

Dann geht es aber sogleich wieder um die Advokaten, vor deren Ränken man die Rechtspflege schützen muss:

„Ein schlauer, ränkevoller Advokat kann durch den mündlichen Vortrag seinen Gegner überlisten, und dem bewegten Gemüthe der Richter durch seine hinreißende Beredsamkeit ein ungerechtes Urteil ablocken, daß aus den Verrichtungen des kalten Verstandes allein hervorgehen sollte. Dahingegen schützt das nüchterne, reif überdachte, gründliche schriftliche Verfahren vor diesen Ränken.“ (a.a.O.)

Aber es kommt noch besser – die Gegner der mündlichen Verhandlung haben noch Pfeile im Köcher, die selbst in unsere heutige Zeit zielen:

„Der mündliche Vortrag verbreitet die heillose Chikane[1], von welcher die öffentlichen Gerichtshöfe gleichsam die hohe Schule sind.

Der öffentliche Triumpf der Chikane über das Recht, macht den schlimmsten Eindruck auf die Moralität des Publikums und entwürdigt die Rechtspflege selbst, die doch die heiligste Verbindlichkeit der höchsten Staatsgewalt ist. Die Rechtsanwälte wollen lieber für schlaue Rechtsverdreher angesehen werden, als rechtliche Menschen, indem das gute Recht einer Parthie geltend zu machen und auf diese Art den Prozess zu gewinnen, seinem Verstande und seiner Geschicklichkeit weniger huldigen, als dem Unrechte den Sieg über das Recht zu verschaffen, weil hier seine persönliche Geschicklichkeit, und dort die Güte der Sache selbst triumpfieret.

Bei keinem Volke ist auch die Chikane mehr in Aufnahme, als in England und Nordamerika, wo doch die Gerichte öffentlich gehalten werden, und der Vortrag mündlich ist, ...“ (S. 35)

Bemerkenswert ist die offene Darstellung des Anwalts, der mit allen erlaubten und unerlaubten Mitteln kämpft und von dem dies durchaus auch erwartet wird. Jedenfalls in manchen Medien und nicht zuletzt auch in der Vorstellung mancher Bürger lebt diese Vorstellung heute noch fort – es gehört zuweilen zu den ersten Aufgaben in einem neuen Mandat, solche unrichtigen Vorstellungen des Mandanten über die Rolle des Anwalts zurechtzurücken.

Noch bemerkenswerter ist der kritische Blick auf die angelsächsische Rechtspflege – immerhin bereits vor nahezu 200 Jahren.[2]

Ein weiterer Vorwurf gegenüber der mündlichen Verhandlung wird in der Überschreitung der Grenzen der Privatsphäre gesehen:

„Der mündliche Vortrage vor einem öffentlichen Gerichte macht das Publikum mit den Privatverhältnissen der Parthieen bekannt, welches sich eine Angelegenheit daraus macht, die nicht selten auf den Richter Einfluß hat und unter den Parthieen sowohl als ihrem Anhange unversöhnliche Feindschaften stiftet und Faktionen bildet, wo in dem schriftlichen Verfahren der Richter von allem äußeren Einflusse gesichert ist, und die inneren Blöße des bürgerlichen Lebens mit schonender Verschwiegenheit bemäntelt bleibt.

Die Vorschrift der Öffentlichkeit der Verhandlung verletzt das Recht der Parteien, deren Eigenthum die Akten und der Prozess sind.“ (S. 35 f.)

Die Gründe für die Einführung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess überwiegen demgegenüber nach Meinung der damaligen Juristen bei weitem:

Der erste und tragende Grund wird in zahlreichen Facetten immer wieder hervorgehoben; es ist die Lebendigkeit der Darstellung der mündlichen Verhandlung, die Unmittelbarkeit des Eindrucks von den Parteien und ihrem Anliegen auf das Gericht. Es sei hier nur statt vieler ein Zitat angeführt:

„Die lebendige Darstellung eines mit dem gehörigen Nachdruck gemachten klaren mündlichen Vortrages, der feurige Widerspruch, tragen nicht wenig bei, das Gesagte tief in das Gedächtniß einzuprägen.“ (S. 39)

Es fehlt dann auch nicht der Hinweis darauf, dass auch bei einem mündlichen Vortrag die Tatsachen und Umstände schriftlich eingereicht werden, so dass zur Lebendigkeit des mündlichen Vortrags die Sicherheit der schriftsätzlichen Darstellung hinzutritt.

Die Gründe gehen tief in die Beschreibung des allzu Menschlichen hinein: Der Verfasser weiß, wovon er spricht, wenn er über die Beratung des Kollegialgerichts berichtet:

„In der Berathschlagungskammer ist die Zerstreuung eines oder mehrerer Richter bei Abstattung dieses Berichtes (des Berichterstatters) *ebenso denkbar und weit nachtheiliger, weil keiner der Richter vorher nur einige Kenntniß von dem Prozesse hat außer dem Berichtsteller, dem alles sowohl in Betreff des Faktums als in Betreff der Rechtsgründe allein anvertrauet ist. Das erstere ziehet er aus den größtentheils weitschichtigen Akten nach seiner einseitigen Ansicht; ist die Rechtsfrage verwickelt, so hat er sich allein auf dieses Thema gerichtet, und er kann, besonders wenn er ein gewandter Rechtsgelehrter und ein Mann von Ansehen ist, auch mit dem besten Willen seiner Mitrichter seine Meinung ihnen aufdringen, und das „accedo domini referentis voto“ abblocken („ich pflichte dem Votum des Herrn Referenten bei.“); ist er noch dazu eigensinnig, vertheidiget er seine Meinung mit Heftigkeit, so wird mit ungleichen Waffen gekämpfet und alle Vortheile stehen auf Seiten des vorbereiteten Berichtstellers. Alle Vorzüge eines mit mehreren Richtern besetzten Gerichtes gehen gänzlich verloren ...*

Bei dem mündlichen Vortrage (dagegen) *ist jeder Richter im Stande, den Bericht zu machen, jeder ist auf die Rechtsgründe vorbereitet, weil jeder Richter seine Meinung begründen muss und den lebendigen Vortrag mit allen Hülfsquellen selbst gehöret hat und schnell nachlesen kann. Nimmt man noch hinzu, dass die lebendige Rede … die Achtsamkeit des Zuhörers vielmehr zu spannen und zu unterhalten vermag, und mehr in den inneren Sinn eindringet als ein abgelesener Bericht in einem eintönigen Vortrage: so wird man gestehen müssen, dass die Zerstreuung weit häufiger bei Anhörung eines Referenten sich einschleichet, als bei der mündlichen Rede des Fürsprechers.“* (S. 44 f.)

Bei diesen Ausführungen muss man kurz innehalten. Wir vermeiden es heute, so mit menschlichen Schwächen zu argumentieren, wie es seinerzeit geschehen ist – tatsächlich dürften diese menschlichen Schwächen aber dieselben geblieben sein.

Man ist bei den Beobachtungen des Verfassers, die er vor fast 200 Jahren gemacht hat, sofort an die heutige Problematik der Einstimmigkeit bei Entscheidungen nach § 522 ZPO erinnert: Der „dritte Mann“, also der Beisitzer, der nicht Berichterstatter ist, wird in aller Regel in Verfahren, die mit einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO enden, die Akten nicht gelesen haben, sondern sich auf Vortrag und Votum des Berichterstatters und die Einschätzung des Vorsitzenden verlassen. Den kritischen Worten unseres Verfassers ist dem auch aus heutiger Sicht nichts mehr hinzuzufügen.

Eine weitere Anmerkung sei gestattet:

Es war und ist guter anwaltlicher Brauch, in schwierigen Fällen, in denen die eigene Position auf den Widerstand des Gerichts stößt, den „dritten Mann“ für die Sache zu interessieren und den Versuch zu unternehmen, gegenüber dem Votum des Berichterstatters kritischen Gedanken Raum zu verschaffen. Ähnliches gilt auch für das Arbeitsgerichtsverfahren, in dem die Laienrichter regelmäßig den Sachverhalt ausschließlich aus dem Bericht des Vorsitzenden kennen, nicht aber aus den Akten. Es

1 Den Begriff der Chikane erläutert der Verfasser der Mainzer Schrift so: „Ich begreife ...,unter seiner Bedeutung alle augenscheinlich unzweckmäßige oder gar unrechtliche Mittel im Prozesse; wenn der Rechtsfreund sich mit leeren Wortklaubereien abgiebt; wenn er verletzte Formen, den Gerichtsstand und dergleichen Punkte in Fällen angreift, die, ohne seiner Parthie einen wirklichen Vortheil zu verschaffen, den Prozeß unnöthiger Weise verlängern; wenn er absichtlich das Faktum verdrehet; wenn er muthwillig läugnet, was sogleich erwiesen werden kann; wenn er alle Redlichkeit beseitigt, u.d.gl.“ (S. 86)

2 Unser Verfasser sieht im Weiteren die Möglichkeit solcher „Chikane“ in den Prozessordnungen und dem Recht selbst begründet: „Die Menge von Chikanen in England und Nordamerika kommen von Wortklaubereien und ängstlicher Auslegung des Buchstabens ihrer Gesetze, aber nicht von dem mündlichen Vortrage.“ (S. 53)

hat sich deswegen zuweilen durchaus als vorteilhaft erwiesen, gerade vor den Arbeitsgerichten zu plädieren und den Sachverhalt aus der Sicht der eigenen Partei darzustellen.

Nach diesen Anmerkungen wieder zurück zu den Gründen für die mündliche Verhandlung bzw. zur Widerlegung der Argumente der Gegner.

Zur „Chikane" äußert sich unser Verfasser so:

„Ein- oder ein paarmal mag wohl ein rühmlicher Sieg erfochten werden, allein dann kröhnt den biedern Rechtsfreund, der mit klarer, siegreicher Beredsamkeit die Schleichwege enthüllt, die Ehre der öffentlichen Achtung und ihn wählen die rechtlichen Parteien, der Sophist wird gescheut, weil das Vorurtheil gegen ihn auch auf die von ihm vertheidigten Sachen übergeht.

Die dem mündlichen Vortrage gegenwärtigen Parthieen hindern oft selbst dergleichen Verzögerungen und gestehen Thatumstände ein, die der Advokat geläugnet hatte, und die Gerichte sind eine Schule wo man wohl die Chikane lernen kann, wenn man ein unrechtlicher Mann ist, so wie man sich auch daselbst vor der Chikane zu hüten und das Recht selbst kennen und ehren lernet, wenn man hierauf sein Augenmerk richtet." (S. 52)

Durch die Öffentlickeit wird also auch die Qualität anwaltlicher Arbeit gestärkt, während das schriftliche Verfahren Stärken wie Schwächen des Anwalts verdecken hilft:

„Hat er seine Sache noch so fleißig schriftlich auseinander gesetzt, und noch so gründlich unterstützt, die Entscheidung fiel aber in unwissende, oder durch äußere Verhältnisse bestrikte Hände, so kann er sich weder vor seiner Parthie, noch weniger vor dem Publikum rechtfertigen; seine Ehre, so wie seine Schande werden gleich sanft in den Archiven des Gerichts begraben." (S. 15)

Zur Frage der Geheimhaltung und, wie wir heute sagen würden, zum Persönlichkeitsschutz meint unser Verfasser, dass gerade durch das Verfahren ja feststünde, ob der gute Ruf zu Recht leide oder nicht:

„allein ist durch Urtheil anerkannt, dass der Beschimpfte diese Behandlung wirklich verdient habe, so geschiehet ihm sein Recht." (S. 55)

Der Justizbeamte fasst zusammen, was die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung ausmacht:

„...daß der lebhafte, feurige Widerspruch der Redner und die neutrale Staatsbehörde durch ihre, mit Gründen unterstützten Anträge die sämmtlichen Richter vorzüglich in die Lage versetzt, schneller und lebendiger die Wahrheit aufzufassen und den rechten Entscheidungspunkt zu treffen; daß die Öffentlichkeit die Gerichte durch die Feierlichkeit der Handlung die Würde der Rechtspflege erhebe, und die streitenden Theile vor aller möglichen Schwäche und Partheilichkeit der Richter schütze, den Rechtsanwälten die Alleinherrschaft über den Prozess entreiße, und die Parthieen gegen Beeinträchtigungen derselben bewahre;..." (S. 63)

Was danach tatsächlich mit Hilfe der Öffentlichkeit geschieht, ist mithin eine Art Binnenkontrolle der handelnden Personen untereinander und durch die jeweils vertretenen und selbst anwesenden Parteien. Dabei sind die Kontrollierten nicht allein die Richter, sondern mindestens ebenso die Anwälte.

Mitte des 19. Jahrhunderts, in einer Schrift des Hofgerichtsrats Eduard Brauer aus Mannheim *„Das mündliche Verfahren vor dem Untergericht in bürgerlichen Streitsachen"*, Karlsruhe 1852, wird dies so zusammengefasst:

„Wenn auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Öffentlichkeit insofern von geringerer Bedeutung scheint, als in Ermangelung anziehender Gegenstände Zuschauer und Zuhörer sich nur selten einfinden und als namentlich bei unseren Untergerichten die Einrichtung der Geschäfte und der Geschäftsräume auf regelmäßige Theilnahme des Publikums wenig berechnet ist, und wenn auch der häufige Mißbrauch der Öffentlichkeit überhaupt und ihres Namens in unseren Tagen dem Rufe derselben schaden musste (von so manchem öffentlichen Unfug und Unglimpf, von so manchem öffentlichen Gaukelspiel hoher und niederer Art wollen wir lieber schweigen als reden) so ist auch die Öffentlichkeit als Grundsatz auch im bürgerlichen Gerichtsverfahren als ein nicht zu verachtendes Kleinod festzuhalten, und wir wollen uns darüber freuen, daß unser kleines, so viel geprüftes und von so vielen Seiten her zur Ungebühr angefochtenes Heimatland schon vor zwei Jahrzehnten vor fast allen anderen deutschen Bruderländern, in dessen Besitz kam.

Nicht darin freilich besteht der Vorzug der Öffentlichkeit des Verfahrens, daß ein zahlreiches Publikum den Gerichtssaal füllt und sich die Zeit vertreibt, nicht darin, dass ein Schnellschreiber ergötzliche Rechtszänkereien zur Befriedigung der Zeitungsleser oder Zeitungsherausgeber aufzeichnet, auch nicht darin, dass stets eine Anzahl von Augen- und Ohrenzeugen der Gerichtsverhandlung beiwohnt, um den Richter in jedem Augenblick zu überwachen (den Richter, der sich nicht selbst überwacht, wird solche Überwachung wenig bessern); der Vorzug der Öffentlichkeit des Verfahrens in bürgerlichen Streitsachen besteht vielmehr darin, dass einerseits jeder rechtliebende Bürger, wenn er vor die Schranken des Gerichts tritt, das beruhigende Bewußtsein in sich tragen mag, es werde die Rechtspflege in einer Weise gehandhabt werden, die das Licht nicht zu scheuen hat, und es stehe ihm jederzeit frei, den Gang der Verhandlung dem prüfenden Blick unbeteiligter Mitbürger zu unterstellen." (S. 28 f.)

(Online http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22291214_00000001.gif")

V. Der heutige Stand – der „lebendige Eindruck"

Der Siegeszug der mündlichen Verhandlung im 19. Jahrhundert beruht damit nach diesen Ausführungen darauf, dass sie gesehen wird als ein dem freiheitlichen Rechtsstaat angemessenes, offenes Verfahren, von dem gleichzeitig erwartet wird, dass es die Qualität der Arbeit aller Beteiligten sichert.

Was ist von diesem idealen Typ mündlicher Verhandlung heute noch vorhanden?

Es gibt keinen umfassenden Vortrag zur Sachdarstellung mehr, Plädoyers sind selten geworden, neues Vorbringen in der mündlichen Verhandlung ist nur sehr eingeschränkt möglich (§ 296 ZPO).

Stattdessen führt nun seit der Änderung der Zivilprozessordnung im Jahre 1978 der Richter in den Sach- und Streitstand ein, und in einer nach meiner Beobachtung recht hohen Zahl von Fällen wird von den beteiligten Parteien und insbesondere von dem unterliegenden Teil diese Meinung ohne nennenswerte Bemühungen um Widerspruch und eine Änderung der Sichtweise hingenommen. Dem entspricht es auf der anderen Seite, dass es auch immer noch sogenannte Durchlauftermine gibt, und schließlich sogar die Wiederentdeckung des „Kartellsystems", wenn etwa eine größere Praxis mehrere Termine bei demselben Spruchkörper am gleichen Vormittag von demselben Anwalt erledigen lässt – unabhängig davon, wer der Sachbearbeiter ist.

Trotz dieser Veränderungen und zum Teil weniger wünschenswerten Handhabungen bleibt die mündliche Verhandlung auch im täglichen Alltagsgeschäft der Gerichte der Mittelpunkt des Verfahrens. An die Stelle des Sachvortrags ist heute das

Rechtsgespräch getreten, auf der Grundlage allseitiger Aktenkenntnis. Mit diesem Rechtsgespräch werden die tatsächlichen und rechtlichen Fragen in gleicher Weise dargestellt und geklärt, wie dies auch durch den förmlichen Vortrag und ein Plädoyer in einer mündlichen Verhandlung alten Zuschnitts möglich war. Es ist auch hier der Ort, in dem der Sachverhalt und das Anliegen der Parteien Leben erhalten, durch die handelnden und ihre Differenzen austragenden Personen. Dabei geht es nicht nur darum, dass Missverständnisse erkannt und auch ausgeräumt werden, sondern dass generell ein klarerer Blick auf den Sachverhalt und das Begehren der Streitenden gewonnen werden kann.

Aus anwaltlicher Sicht ist zudem auch bei der heutigen mündlichen Verhandlung festzuhalten, dass sie der Ort ist, in dem die Meinung und die Haltung des Gerichts zu erkennen sind, noch nicht als meist unverrückbares Votum, sondern in ihrer Entstehung, und dass deswegen die mündliche Verhandlung – neben der schriftsätzlichen Vorbereitung – der Ort ist und die Gelegenheit bietet, in dem der **Anwalt** auf das Gericht und dessen Entscheidung wesentlichen Einfluss nehmen kann.

Das setzt selbstverständlich eine Offenheit auch des Gerichts voraus – neben der Fähigkeit zuzuhören auch die Bereitschaft, den vor dem Termin erwogenen Standpunkt jederzeit zu überdenken. Es ist dies eine hohe richterliche Tugend, die allerdings durch die Notwendigkeit, zu Beginn einer mündlichen Verhandlung in den Sach- und Streitstand einzuführen, gefährdet wird. Denn es werden bei dieser Einführung auch nach außen hin Festlegungen deutlich, von denen der Richter dann nur ungern abrückt.

Zu dieser Neigung, einen einmal eingenommenen Standpunkt zu verfestigen, trägt auch eine gewisse Erwartungshaltung der Anwälte bei: Es gibt einen gewissen Wunsch nach Verlässlichkeit richterlicher Überzeugungsbildung, und nicht nur dann, wenn die Meinung des Gerichts im konkreten Fall der eigenen entspricht. Ich habe es erlebt, dass ein Kollege, dem es soeben gelungen war, mit guten Gründen die aus einer Kollegialberatung hervorgegangene Meinung des Gerichts zu ändern, sich später intern unter uns Anwälten fast darüber mokierte, dass der Vorsitzende so „wankelmütig“ gewesen sei. Wir müssen demgegenüber die ständige Bereitschaft, das eigene Votum und Urteil in Frage zu stellen, als eine wichtige richterliche Tugend achten und fördern.

Es ist aber nicht nur der Anwalt, der in der mündlichen Verhandlung wesentlichen Einfluss nehmen kann. Es ist – das wird nach meiner Einschätzung viel zu wenig gesehen – auch der **Richter**, der im Dialog mit Anwälten und Parteien nicht nur den Gang der Verhandlung, sondern auch deren Ergebnis wesentlich mitbestimmen kann. Es geht mir dabei um die Feststellung des Sachverhalts: Man kann gerade durch die Befragung von Parteien der Wahrheit näher kommen als durch das Studium von Akten. Nach meiner Erfahrung ist es auch nicht notwendig, bei solchen Anhörungen und Befragungen falsche Rücksichten zu nehmen. Ein früherer Vorsitzender eines Versicherungssenates in Köln pflegte insbesondere in Fällen, in denen der Verdacht betrügerischer Inanspruchnahme der Versicherung in Rede stand, den jeweiligen Versicherungsnehmer sehr genau und intensiv zu befragen, mit eingehenden Vorhaltungen zu Details des Sachverhalts etc. Ich erinnere mich an einen anderen Fall, in dem es um einen Sachverhalt ging, den nur eine der Parteien – ein noch junger Mann – wissen konnte und von dem der Ausgang des Rechtsstreits entscheidend abhing. Der Vorsitzende hat damals dem jungen Mann tief ins Gewissen geredet, und er hat damit seinerzeit die Entscheidung letztlich für alle Beteiligten akzeptabler gemacht: Wenn es deutlich wird, dass alle Beteiligten sich ernsthaft um das Richtige bemühen, wird das Ergebnis akzeptiert – auch im Bewusstsein der möglichen Fehler, die Menschen in solchen Entscheidungen machen können. Ich denke, es ist dies, was unsere Vorfahren im 19. Jahrhundert mit dem lebendigen Eindruck aus der mündlichen Verhandlung gemeint haben.

VI. Öffentlichkeit und Akzeptanz

Bereits dann, wenn neben den Anwälten auch die Parteien am Termin teilnehmen, findet auch heute über die wechselseitige Kontrolle aller Beteiligten eine Kontrolle durch die „Öffentlichkeit“ statt. Zudem kann man die Akzeptanz, die eine mündlich verhandelte Entscheidung findet, nicht hoch genug bewerten. Die Gelegenheit, in seiner eigenen Sache mündlich zu verhandeln, ist für den rechtsuchenden Bürger Essenz des Rechtsstaats und seines Anspruchs auf rechtliches Gehör – dem entspricht eine erhebliche Befriedigungsfunktion gerade in der mündlichen Verhandlung. Wer erlebt hat, wie ein Bürger, der als Partei vor Gericht – häufig nur ein einziges Mal im Leben – über die Behandlung seines Falles denkt und wie er dies erlebt, wird dies nur bestätigen. Ein Kläger oder Beklagter, dessen Sache schlecht steht, der aber erlebt hat, dass sein Anwalt alle Gesichtspunkte auch mündlich noch einmal angesprochen hat, der die Reaktion des Gerichts hierauf erlebt hat, hat in der überwiegenden Zahl der Fälle jedenfalls Verständnis dafür, warum er mit seinem Standpunkt nicht durchgedrungen ist. Sei es, dass eine Tatsachenfeststellung nicht so geschehen ist, wie dies im Sinne dieses Klägers oder Beklagten gewesen wäre, sei es, dass die rechtlichen Überlegungen des Gerichts andere waren als die eigenen und diejenigen des Prozessbevollmächtigten, in jedem Falle ist eine unterlegene Partei zwar nicht zufrieden mit dem Ausgang des Rechtsstreits, das berechtigte Gefühl aber, mit dem eigenen Begehren gehört worden und ernst genommen worden zu sein, ist aber fast ebenso wichtig. Das leistet letztlich nur eine mündliche Verhandlung.

Man kann all diesen Beobachtungen und Erfahrungen angesichts der knapperen Mittel die Frage vorlegen, ob man damit nicht einen zu aufwendigen Idealzustand beschreibt. Kommen wir nicht vielleicht zu nicht ganz so qualitätvollen, aber immer noch hinnehmbaren Entscheidungen (von ausreichender „Bearbeitungstiefe“) auch ohne diesen Aufwand? Wird unsere Zivilrechtspflege zu teuer? Muss nicht auch der Anwalt viel enger kalkulieren als früher?

Ich gebe hier die Antwort des rheinischen Justizbeamten:

„Man könnte noch die einfache und minder kostspielige Einrichtung der Gerichte unter die Beweggründe ...(für die mündliche Verhandlung) ...anführen, allein man schwieg absichtlich von diesem Grunde, weil man es unter der Würde der Herrscher glaubte, denselben eine Sparsamkeit in einem so wesentlichen Staatszweige … als Grund anzugeben.“ (S. 64)

Man wird dem nicht sehr viel hinzufügen müssen. Die Rechtspflege ist nicht mit betriebswirtschaftlichen Maßstäben zu messen. Es gibt grundsätzlich nicht „ein bisschen richtig“ oder „ein bisschen gerecht“.

VII. Lokalisation

Zusätzlich zu dem erheblichen Mehraufwand an Zeit und Reisetätigkeit sind mit der Aufhebung der Lokalisation auch inhaltlich Veränderung einhergegangen.

Die prozessbeteiligten Richter und Rechtsanwälte kennen sich in vielen Fällen nicht mehr. Während früher die Richter und Anwälte des jeweiligen Landgerichts oder Oberlandesgerichts einander nahezu täglich begegneten, nimmt man heute in weit entfernten Städten Termine wahr, und es ist in aller Regel so, dass man dieses Gericht und die Mitglieder des jeweiligen

Spruchkörpers nur in diesem einen Verfahren sieht und dann nicht mehr.

Damit ist zwangsläufig ein größerer Aufwand verbunden. Während man sich früher beruflich recht genau kannte, also wusste, wie der jeweilige Gesprächspartner einzuschätzen war – was natürlich auch umgekehrt galt –, ist es jetzt erfahrungsgemäß so, dass alle Beteiligten zunächst einmal eine längere „Anlaufzeit" benötigen, um eine für alle Beteiligten auch fruchtbare Verhandlung führen zu können.

Diesem Nachteil steht allerdings ein unbestreitbarer Vorteil gegenüber, der – soweit ich sehe – bisher eher unkommentiert geblieben ist: In aller Regel nehmen die sachbearbeitenden Prozessbevollmächtigten diese Termine wahr, so dass Gericht und Gegner jeweils einen kompetenten Ansprechpartner zur Verhandlung vorfinden.

Das war früher zu Zeiten der Lokalisation eher anders: Auswärtige Mandate wurden in großem Umfang durch Korrespondenzanwälte erledigt, die außer dem Inhalt der Schriftsätze nichts weiter von der Sache kannten, also nicht aus eigener unmittelbarer Kenntnis der Sache verhandeln konnten. Das ist heute anders geworden – die Chance, im Termin substantiell zu erörtern und zu verhandeln, ist deutlich höher als früher.

VIII. Schlussbetrachtung

Es wundert nicht, wenn als Ergebnis festzuhalten ist, dass das schriftliche Verfahren in keiner Weise das leisten kann, was eine mündliche Verhandlung an Möglichkeiten bietet. Das schriftliche Verfahren muss deswegen auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Zu diesen Ausnahmefällen gehört nach meiner Einschätzung mit Sicherheit nicht die Möglichkeit des § 522 Abs. 2 ZPO.

Was die eingangs angesprochene Möglichkeit von Videokonferenzen angeht, so muss man auch hier eher skeptisch sein. Dasjenige, was den Wert einer mündlichen Verhandlung ausmacht, nämlich die Lebendigkeit des Austausches und der Auseinandersetzung, kann eine Videoübertragung mit Sicherheit nicht leisten. Im Übrigen gibt es noch zu geringe Erfahrungen – wer Videokonferenzen erlebt hat, rät allerdings eher von deren Einsatz im gerichtlichen Bereich ab.

Es mag denkbar sein, die Videokonferenz in außerordentlich einfach gelagerten Fällen einzuführen – ob ein solcher Fall vorliegt, sollte aber nur dann angenommen werden, wenn beide Parteien übereinstimmend davon ausgehen. Nur dann ist auch der Aspekt des rechtlichen Gehörs angemessen berücksichtigt.

Es überrascht letztlich nicht, dass die Kernüberlegungen zur mündlichen Verhandlung in ihren wesentlichen Elementen gleich geblieben sind. Es geht um die Erfahrung, dass aus lebendiger Rede und Gegenrede, in geordneter Form geführt, eine sicherere Entscheidungsgrundlage gewonnen werden kann als aus bloßen schriftlich ausgetauschten Darstellungen und Argumenten. Zumindest kann mit der mündlichen Verhandlung der Eindruck, der aus der Vorbereitung der Schriftsätze entstanden ist, überprüft und wo nötig korrigiert werden.

Gerade zum Letzteren sei zum Abschluss noch auf einen wesentlichen Punkt aufmerksam gemacht:

Gerade erfahrenere Richter und Anwälte pflegen die Meinung zu hegen, dass der Gang eines Verhandlungstermins recht gut vorhergesagt werden könne, man habe hier immerhin seine Erfahrung: Was ein Zeuge bekunden, was ein Sachverständiger bei seiner Anhörung erklären wird, kann in der Tat in vielen Fällen vorhergesagt werden. Es kommt aber auch hier nicht selten anders, als man es erwartete. Betrachten wir deswegen die mündliche Verhandlung auch als den Ort, in dem sich diese Lebendigkeit zeigt, die Fähigkeit und Bereitschaft der Beteiligten, Neues und auch Unerwartetes zu hören und zu erleben.

Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO

Prof. *Dr. Reinhard Greger*, Erlangen-Nürnberg

Während sich die Turbulenzen um das 2002 reformierte Berufungsrecht, insbesondere die Tatsachenbindung und die Präklusion neuen Vorbringens, weitgehend gelegt haben, erregt eine Vorschrift immer noch die Gemüter: § 522 Abs. 2 ZPO, der es dem Berufungsgericht gebietet, in einem Vorprüfungsverfahren unbegründete Rechtsmittel auszusondern und durch einen unanfechtbaren Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen. Diese Vorschrift soll nachstehend auf den Prüfstand gestellt werden.

I. Die Erwartungen des Gesetzgebers

Die Vorschrift wurde 2001 im Zuge der Neugestaltung des Rechtsmittelsystems durch das ZPO-Reform-Gesetz geschaffen. Laut Begründung des Regierungsentwurfs[1] wurde mit ihr das Ziel verfolgt, die Berufungsverfahren zu verkürzen und zu vereinfachen: Wenn bereits nach Eingang der Schriftsätze für alle Mitglieder des Berufungsgerichts eindeutig ersichtlich ist, dass die Berufung keinerlei Aussicht auf Erfolg bietet, soll der Aufwand einer mündlichen Verhandlung vermieden werden, um eine unnötige Bindung richterlicher Arbeitskraft zu verhindern und einen schnelleren Verfahrensabschluss zu ermöglichen.

Der Gesetzgeber ging, wie sich ebenfalls aus der amtlichen Begründung ergibt,[2] davon aus, dass es nach der Neuregelung des Berufungsverfahrens vermehrt zu Fällen kommen wird, in denen die Unbegründetheit des Rechtsmittels schon nach den Schriftsätzen beurteilt werden kann: Da neues Vorbringen nur noch sehr beschränkt zulässig sein und das Berufungsgericht statt der Neuverhandlung nur noch eine Fehlerkontrolle durchführen soll, wäre es bei Fehlen schlüssiger Angriffe gegen das Ersturteil nicht sinnvoll, eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Damit aber bei Sachen von übergeordneter Bedeutung gleichwohl der Weg in die Revisionsinstanz offensteht, machte der Gesetzgeber die Zurückweisung durch Beschluss davon ab-

1 BT-Drs. 14/4722, S. 96 f.

2 A.a.O. S. 97.

hängig, dass die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine obergerichtliche Entscheidung auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.

Dies war ein durchaus nachvollziehbares Regelungskonzept. Wenn sich die Berufung in ein Rechtsmittel mit einem eng begrenzten Prüfungsumfang verwandelt, also einer Revision annähert, ist auch eine Vorprüfung der Erfolgsaussichten, wie sie vom früheren Revisionsannahmeverfahren nach § 554b ZPO[3] oder von der Revision in Strafsachen (§ 349 Abs. 2 StPO) her bekannt ist, durchaus systemgerecht.

Übersehen wurde dabei allerdings, dass die Berufung auch nach ihrer beabsichtigten Metamorphose zwar revisionsähnlich, aber nicht revisionsgleich geworden wäre. Sie sollte nicht die letzte Instanz sein, die Aufgabe der Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung sollte vielmehr dem BGH als dritte Instanz vorbehalten bleiben; und hierin liegt nun ein gravierender Systembruch: Der mit der ZPO-Reform für alle Fälle mit übergeordneter rechtlicher Bedeutung eröffnete Weg zum BGH kann durch den Beschluss nach § 522 Abs. 2, 3 ZPO in unanfechtbarer Weise verstellt werden.

Im Gesetzgebungsverfahren fand dieser Systembruch nur geringe Beachtung. Der Widerstand gegen die vorgesehene Beschlusszurückweisung wurde eher mit pragmatischen Erwägungen geführt.

So begründete der Bundesrat seinen Antrag, auf die Vorschrift zu verzichten, damit, dass sie nur eine geringe Entlastungswirkung haben werde.[4] Nur 10–15 % der Berufungen könnten in diesem Verfahren erledigt werden. In allen anderen führe die Vorprüfung zu zusätzlichem Aufwand: Das Berufungsgericht werde gezwungen, jede Berufung sogleich nach ihrem Eingang in voller Spruchkörperbesetzung durchzuprüfen, d.h. aufgrund eines Votums des Berichterstatters müsse die Kammer bzw. der Senat über die Voraussetzungen des § 522 II ZPO beraten und entscheiden.

Bei positiver Entscheidung müsse ein mit Gründen versehener Hinweis auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung abgefasst und nach Eingang der Stellungnahme hierzu erneut beraten werden.

In den 85–90 % der Fälle, in denen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung verneint würden, erweise sich der Aufwand für das Vorprüfungsverfahren als sinnlose Vergeudung richterlicher Arbeitskraft, da bis zur mündlichen Verhandlung so viel Zeit vergehe, dass eine erneute Vorberatung, evtl. über weiteres Vorbringen und in veränderter personeller Zusammensetzung des Spruchkörpers, erforderlich werde. Substanzlose Berufungen ließen sich auch ohne dieses Verfahren in kurzer Zeit erledigen; auf entsprechende Hinweise des Gerichts in oder vor der mündlichen Verhandlung werde häufig die Berufung zurückgenommen. Zudem böte die mündliche Verhandlung die Möglichkeit, Missverständnisse auszuräumen und gütliche Einigungen herbeizuführen. Auch werde eine nach mündlicher Verhandlung ergehende negative Entscheidung vom Berufungsführer eher akzeptiert als eine Zurückweisung durch Beschluss.

Die Bundesregierung hielt demgegenüber an ihrer Einschätzung fest, dass es aufgrund der Neuregelung des Berufungsrechts zu einer erheblichen Zunahme erfolgloser Berufungen kommen wird.[5] Da nach dem bisherigen Recht zahlreiche Berufungen allein aufgrund neuen Vorbringens Erfolg hätten und ein solches durch die neue Präklusionsregelung weitgehend ausgeschlossen sei, werde die Erfolgsquote spürbar sinken. In mehr als der Hälfte der anfallenden Berufungsverfahren werde daher eine Zurückweisung in Betracht zu ziehen sein. Der Entlastungseffekt sei daher wesentlich höher als vom Bundesrat angenommen. Zu Berufungsrücknahmen werde es auch aufgrund der Hinweise auf die beabsichtigte Zurückweisung kommen. Auf die atmosphärischen Argumente – Ermöglichen gütlicher Lösungen, Förderung der Akzeptanz – ging die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung nicht ein. Ihr Entwurf passierte dann, im Wesentlichen unverändert, das Gesetzgebungsverfahren.

II. Die tatsächliche Entwicklung

1. Objektive Befunde:

Der Blick in die bundesweite Erledigungsstatistik[6] zeigt, dass die Prognose des Bundesrates, es würden ca. 10–15 % der Berufungsverfahren durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt, zutreffend war. Die Quote betrug im Jahre 2008 bei den Landgerichten 13,8 %, bei den Oberlandesgerichten 15,3 %. Die Annahme der Bundesregierung, in mehr als der Hälfte der anfallenden Berufungsverfahren werde eine Zurückweisung in Betracht zu ziehen sein, hat sich dagegen nicht bestätigt.

Ebenso unerfüllt blieb die Erwartung des Regierungsentwurfs, die Zahl der unbegründeten Berufungen werde sich infolge des neuen Berufungsrechts deutlich erhöhen. Bei den Landgerichten wurden im letzten Jahr vor der Reform (2001) 27,1 % der Berufungen durch Urteil zurückgewiesen, im Jahre 2008 machten die Zurückweisungen durch Urteil und durch Beschluss nach § 522 II ZPO nur 26,3 % aus; etwas erhöht hat sich lediglich die Zahl der Berufungsrücknahmen (von 26,9 auf 31,5 %).

Bei den Oberlandesgerichten wurden 2001 20,2 % der Berufungen zurückgewiesen, 2008 waren es 25,9 %; dafür blieb dort die Zahl der Berufungsrücknahmen nahezu unverändert (30,6 statt 29,6 %).

2. Bewertung:

Die in diesen Befunden zutage tretende Fehleinschätzung des Entwurfs ist seinen Verfassern nicht anzulasten. Dem Vorprüfungsverfahren hätte sich wohl tatsächlich ein breiterer Anwendungsbereich erschlossen, wenn das Berufungsverfahren, den ursprünglichen Vorstellungen entsprechend, in eine Art Mini-Revision umgestaltet worden wäre, die nicht mehr als Neuverhandlungs-, sondern als Fehlerkontrollinstanz fungiert, neues Vorbringen strikt präkludiert und grundsätzlich an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen gebunden ist. Die Entwicklung ist aber anders verlaufen:[7] Während der Referentenentwurf noch eine strikte Bindung an die rechtsfehlerfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz vorsah, lockerte bereits der Regierungsentwurf diese Bindung für den Fall „ernstlicher Zweifel“ an deren Richtigkeit auf. Der Rechtsausschuss des Bundestags strich dann auch noch das Adjektiv „ernstlich“, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Bindung an die in der ersten Instanz festgestellten Tatsachen auch schon dann entfällt, „wenn aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird“. Den damit ermöglichten Erhalt der Berufung als zweite Tatsacheninstanz hat der BGH sodann durch seine Rechtsprechung verfestigt, die

3 In der Ausprägung durch BVerfGE 54, 277.

4 BT-Drs. 14/4722, S. 150 f.

5 BT-Drs. 14/4722, S. 158 f.

6 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1.

7 Wiedergabe bei *Hannich/Meyer-Seitz*, ZPO-Reform 2002, § 529 Rdn. 4 ff.

den Wiedereinstieg in die Tatsachenfeststellung im Ergebnis zur Disposition des Berufungsgerichts stellt.[8] Auch die Präklusion neuen Vorbringens ist vom BGH sehr entschärft worden.[9]

Wie immer man diese Entwicklung beurteilen mag, fest steht jedenfalls, dass sie mit dem Bild, welches die amtliche Begründung zu § 522 Abs. 2 ZPO von der neugestalteten Berufungsinstanz zeichnet, wenig gemein hat.

§ 522 Abs. 2 ZPO erscheint damit als ein Relikt aus einer früheren, nicht verwirklichten Reformkonzeption. Er blieb stehen, obwohl sich die Bedingungen, aus denen er seine Daseinsberechtigung zog, grundlegend gewandelt haben.

Derartige Normrudimente, derer es viele in unserem nicht planvoll gewachsenen Gesetzesrecht gibt, sind nicht per se schädlich. Meistens laufen sie einfach leer. Im Falle des § 522 Abs. 2 ZPO liegt es aber anders. Hier besteht die Problematik vor allem darin, dass er gerade nicht leerläuft, sondern ein bedenkliches Eigenleben entfaltet. Der oben genannte Systembruch entfaltet infolgedessen schädliche Wirkungen erheblichen Ausmaßes.

III. Der Fehlgebrauch des § 522 Abs. 2 ZPO

Bei einer näheren Analyse der Statistik ergibt sich, dass die Vorschrift von vielen Berufungsgerichten in einer Art und Weise gehandhabt wird, die nicht den Intentionen des Gesetzgebers und nicht den Anforderungen an eine rechtsstaatliche Justiz entspricht.

Der vorgenannte Anteil der Zurückweisungsbeschlüsse an den Gesamterledigungen von ca. 15 %, der durchaus moderat erscheint, bezieht sich nämlich auf die Gesamtheit der deutschen Berufungsgerichte. Betrachtet man die Ergebnisse einzelner OLG-Bezirke, ergibt sich für das Jahr 2008 eine Schwankungsbreite von 6,5 % (OLG Bremen) bis 26,3 % (OLG Zweibrücken) bzw. 5,3 % (Landgerichte im OLG-Bezirk Karlsruhe) bis 25,1 % (Landgerichte im OLG-Bezirk Bamberg). Schlüsselt man die Statistik noch weiter auf, indem man bis zu den einzelnen Landgerichten heruntergeht, ergeben sich noch größere Divergenzen.

So wurden z.B. an einem bayerischen Landgericht im Jahr 2009 36,5 % der Berufungen durch einen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt, an einem anderen nur 5,2 %. Setzt man die Zahl der Zurückweisungsbeschlüsse in Relation zur Zahl der streitigen Berufungsurteile, so ergibt sich für die bayerischen Landgerichte im Jahr 2009, dass auf 10 Urteile 4,7 Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO fallen. Bei einem großen Landgericht entfallen auf 10 Urteile nur 1,5 Beschlüsse, bei einem anderen Landgericht vergleichbarer Größe 10,2 (d.h. es wurde etwa genauso oft durch Beschluss wie durch Urteil entschieden). Bei kleineren Landgerichten gehen die Zahlen noch wesentlich weiter auseinander: 14,2 oder 19,1 Beschlüsse pro 10 Urteile wurden hier erlassen, in einem Fall ergingen sogar fast dreimal so viele Zurückweisungsbeschlüsse wie Urteile (10 : 26,3).[10]

Dass diese erheblichen Abweichungen nicht auf örtliche Besonderheiten, sondern auf eine unterschiedliche Verfahrensgestaltung der Berufungsgerichte zurückgehen, zeigt die nachfolgende Detailauswertung der (unveröffentlichten) bayerischen Justizstatistik für 2009. Sie gibt wieder, in welchem Umfang die Landgerichte vollständig unbegründete Berufungen nach wie vor durch streitiges Urteil (statt durch Beschluss) zurückweisen.

Von den streitigen Urteilen der bayerischen Landgerichte (n = 1194) lauteten 2009 auf **volle Zurückweisung der Berufung als unbegründet**

Bayern insgesamt:	48,6 %	(2001: 62,5 %)
OLG-Bez. München	52,8 %	
OLG-Bez. Nürnberg	44,4 %	
OLG-Bez. Bamberg	30,0 %	
LG X	73,0 %	
LG Y	11,9 %	

Während also im OLG-Bezirk München mehr als die Hälfte der Berufungsurteile auf Zurückweisung der Berufung lauten, sind es im OLG-Bezirk Bamberg weniger als ein Drittel, weil dort in wesentlich größerem Umfang (s. oben) von § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht wird. Bei den einzelnen Landgerichten schwankt die Quote der zurückweisenden Urteile sogar zwischen 73 und knapp 12 %.

Noch deutlichere Unterschiede ließen sich nach (durchaus plausiblen) Schilderungen aus Anwaltskreisen beim Herunterbrechen auf einzelne Spruchkörper feststellen.[11]

Diese extremen Divergenzen lassen sich nicht mit einer unterschiedlichen Rechtsmitteleinlegungs- oder -begründungspraxis der örtlichen Anwaltschaft erklären, sondern ausschließlich mit einer nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Verfahrensweise der Gerichte. Für ein richterliches Verfahrensermessen ist nämlich hier, wo über den Zugang zur nächsten Instanz entschieden wird, kein Raum.[12] Das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO steht demzufolge, was vielfach verkannt wird,[13] nicht im Ermessen des Gerichts. Wenn es um den Zugang zu gesetzlich vorgesehenen Rechtsmitteln geht, verstieße die Einräumung eines Ermessensspielraums gegen die im Rechtsstaatsprinzip verankerte Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes.[14] Zu Recht ist § 522 Abs. 2 ZPO daher als zwingendes Recht ausgestaltet.[15] Es ist ebenso verfahrensfehlerhaft, ohne die Vorprüfung der Erfolgsaussichten oder trotz erkannter Aussichtslosigkeit der Berufung mündliche Verhandlung anzuberaumen,[16] wie es gegen das Gesetz verstößt, eine Berufung durch Beschluss zurückzuweisen, obwohl die Sache grundsätz-

8 Vgl. nur BGH, NJW 2007, 2919, wonach das Berufungsgericht an die erstinstanzliche Beweiswürdigung, die es aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht für richtig hält, nicht gebunden ist.

9 Vgl. zur Klageerweiterung BGH, MDR 2006, 565 = NZBau 2006, 254; zur Zulassung unstreitigen Vorbringens BGH, NJW 2005, 291; zur Erhebung der Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434, zum Nacherfüllungsverlangen in der Berufungsinstanz BGH, NJW 2009, 2532.

10 Die Zahlen sind der nicht veröffentlichten bayerischen Justizstatistik (ZP) entnommen.

11 *Reinelt*, ZRP 2009, 203 (Fußn. 8) berichtet von gleichgelagerten Parallelverfahren, die vom einen Senat nach § 522 Abs. 2 ZPO, vom anderen mit Beweisaufnahme und Urteil erledigt wurden. Weitere Extrembeispiele bei *Knops*, ZZP 120 (2007), 403, 407.

12 *Nassall*, NJW 2008, 3390, 3392 sieht in der unterschiedlichen Praxis einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG; ebenso *Reinelt*, ZRP 2009, 203; a.A. *Trimbach*, NJW 2009, 401, 403.

13 *Reinelt*, ZRP 2009, 204; *Krüger*, NJW 2008, 945, 946 m.w.N. Aufschlussreich der a.a.O. (S. 947, Fußn. 34) geschilderte Fall, in dem das OLG zunächst einen Hinweis nach § 522 Abs. 2 ZPO gab, dann aber doch zur mündlichen Verhandlung lud, „um dem Kläger den Weg in die Nichtzulassungsbeschwerde zu ermöglichen". Starken Ermessenscharakter tragen auch die Verfahrensschilderungen von *Trimbach*, NJW 2009, 401, 404 f. Explizit von Kann-Bestimmung ausgehend OLG Koblenz, NJW 2003, 2100.

14 BVerfGE 54, 277, 293 = NJW 1981, 39, 41; NJW 2003, 281.

15 BGH, NJW 2007, 2644; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 138 Rdn. 8; *Heßler*, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2010, § 522 Rdn. 31 m.w.N.

16 BGH, NJW 2007, 2644.

liche Bedeutung hat oder die Rechtseinheit ein Urteil erfordert. Der letztere Rechtsverstoß ist hierbei wesentlich gravierender, weil den Parteien durch ihn der Zugang zur Revisionsinstanz abgeschnitten wird. Infolge der Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses (§ 522 Abs. 3 ZPO) musste das BVerfG schon wiederholt solche Beschlüsse aufheben, weil sie den durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG garantierten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz verletzten.[17]

So ist z.B. im Fall BVerfG NJW 2007, 3118 das OLG von Beweislastgrundsätzen des BGH abgewichen, ohne sich mit diesen auseinanderzusetzen (Verkennung des Erfordernisses der Rechtsvereinheitlichung). In BVerfG NJW 2009, 572 ging es um eine Rechtsfrage, die sich in einer Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und damit von grundsätzlicher Bedeutung war. In der Sache NJW 2005, 1931 musste dem OLG aufgrund einer Presseerklärung des BGH bekannt sein, dass ein Senat des BGH in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage inzwischen eine von anderen Senaten abweichende Rechtsauffassung vertreten hat, weshalb es die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht mehr hätte verneinen dürfen.

Die erheblichen Abweichungen bei der Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO lassen befürchten, dass einzelne Berufungsgerichte in erheblichem Umfang Verfahrens- und sogar Verfassungsverstöße begehen, sicherlich nicht bewusst oder zielgerichtet, sondern weil die Vorschrift dazu verleitet, die Verfahrensgestaltung von persönlichen Präferenzen, dem Geschäftsanfall oder der Terminslage abhängig zu machen.[18] Die Unanfechtbarkeit der Zurückweisungsbeschlüsse (§ 522 Abs. 3 ZPO) verhindert das Entstehen einer gesetzeskonformen, einheitlichen Praxis.

IV. Widerspruch zu den Zielen der Reform

Hauptziele der ZPO-Reform waren es, die Bürgernähe der Justiz zu fördern, das Verfahren kommunikativer und transparenter gestalten, gütliche Lösungen zu fördern und die Akzeptanz der Entscheidungen zu erhöhen.[19] § 522 Abs. 2 ZPO erreicht, selbst wenn er sachgerecht angewendet wird, die gegenteiligen Wirkungen. Der rechtsuchende Bürger versteht es nicht, wenn sein vom Rechtsanwalt in zulässiger Weise eingelegtes Rechtsmittel ohne Verhandlung zurückgewiesen wird, weil es keine Aussicht auf Erfolg hat, und er dafür noch dazu dieselben Gebühren entrichten muss wie für ein volles Berufungsverfahren. Man wird Derartiges dem Bürger noch verständlich machen können, wenn es sich um ein Verfahren handelt, in dem eine reine Rechtsprüfung stattzufinden hat (wie bei der Nichtzulassung der Revision), nicht um ein Verfahren, in dem auch die Tatsachenfeststellungen nochmals zur Disposition gestellt werden können, die Beweiswürdigung des Erstrichters hinterfragt werden kann und in erheblichem Umfang einvernehmliche Lösungen herbeigeführt werden (die Vergleichsquote betrug 2008 bei den Landgerichten 11,5 % und bei den Oberlandesgerichten 17,1 %). Mit einem solchen Verfahren verbindet die Prozesspartei zu Recht die Vorstellung, dass der eigene Standpunkt in einer mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht werden kann.[20] Ein revisionsähnliches Verfahren ist die Berufung jedenfalls auch in ihrer derzeitigen Gestalt nicht – vielleicht abweichend von den ursprünglichen Vorstellungen der Reformbetreiber, auf denen das Fossil des § 522 Abs. 2 ZPO beruht.

Die Entscheidungsfindung in offener mündlicher Verhandlung hat auch den Vorzug, dass das Gericht sich, anders als in dem Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO, noch nicht auf eine beabsichtigte Zurückweisung der Berufung festgelegt hat. Es ist sicherlich schwieriger, das Gericht mit einer schriftlichen Stellungnahme von dieser Festlegung abzubringen, als mit einem nach außen hin noch völlig offenen Spruchkörper den juristischen Diskurs in mündlicher Verhandlung zu pflegen.[21]

Zu Recht hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf die Auffassung vertreten, dass der Ausschluss der Möglichkeit, in der mündlichen Verhandlung den Berufungsführer anzuhören, eventuelle Missverständnisse aufzuklären und eine gütliche Einigung zu erreichen, die Befriedungswirkung des Gerichtsverfahrens schwächen und die Akzeptanz der Entscheidung deutlich beeinträchtigen würde.[22] Leider ist dieser Aspekt weder in der Gegenäußerung der Bundesregierung noch im weiteren Gesetzgebungsverfahren gewürdigt worden.

Stattdessen wurden mit § 522 Abs. 2 ZPO in erheblichem Umfang Frustration und Verärgerung bei der Anwaltschaft[23] und den Rechtsuchenden[24] sowie massenhafte Nachfolgegefechte in Form von Gegenvorstellungen, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerden, Presse- und Internet-Kampagnen gezüchtet. In der Fachliteratur wird massive Kritik, auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten, geübt.[25]

Den durch § 522 Abs. 2 ZPO verbauten Zugang zu gütlichen Lösungen versuchen manche Berufungsgerichte dadurch wieder zu eröffnen, dass sie das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO – eindeutig contra legem – durch ein gerichtsinternes Mediationsverfahren ersetzen.[26]

All dies lässt nur einen Schluss zu: Abhilfe tut Not.

V. Abhilfe

Äußerungen der Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger[27] lassen hoffen, dass die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens nun auch in der Bundesregierung gesehen wird, nachdem ihre Vorgängerin Zypries noch am 5. März 2009 in der Bundestagsdebatte über einen Entwurf der FDP-Fraktion zur Änderung des § 522 ZPO[28] den gegenteiligen Standpunkt vertreten hat.[29]

Fraglich ist jedoch, wie diese Abhilfe aussehen sollte.

---

17 BVerfG, NJW 2005, 1931; 2007, 3118; 2009, 572. Die Unanfechtbarkeit an sich verstößt jedoch nicht gegen Verfassungsrecht; BVerfG, NJW NJW 2008, 3419; 2009, 137.

18 *Bornkamm*, in Festschrift Krämer, 2009, S. 425, 437 f.; *Hirtz*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags 2004, A 65 f.; *Gottwald*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags 2004, A 117 f.

19 BT-Drs. 14/4722, S. 58.

20 Nach *Knops*, ZZP 120 (2007), 423 f. ist dies sogar nach Art. 6 EMRK geboten, sofern das Berufungsgericht nicht nur über Rechtsfragen zu befinden hat.

21 *Reinelt*, ZRP 2009, 203, 204 verweist in diesem Zusammenhang auf das psychologische Phänomen der Selbstpräjudikation.

22 S. oben Fn. 4.

23 S. dazu *Reinelt*, ZRP 2009, 205.

24 *Debusmann*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags 2004, A 47, berichtet von einem erheblichen Akzeptanzverlust.

25 *Lindner*, ZIP 2003, 192 ff.; *Barbier/Arbert*, ZRP 2007, 257; *Baumert*, MDR 2008, 954 ff.; *Krüger*, NJW 2008, 945 ff.; *Nassall*, NJW 2008, 3390 ff.; *Reinelt*, ZRP 2009, 203 ff. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Unanfechtbarkeit bei *Rimmelspacher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 522 Rdn. 35.

26 Vgl. zu den dabei entstehenden Verwicklungen BGH NJW 2009, 149 und *Alpes*, SchlHA 2007, 150. *Knops*, ZZP 120 (2007) 403, 417 f. will zum Zwecke gütlicher Lösungen Ermessensentscheidungen zulassen.

27 So beim Neujahrsempfang des DAV am 20.1.2010; vgl. AnwBl. 2010, 186.

28 BT-Drs. 16/11457.

29 Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Protokoll der 208. Sitzung, S. 22448 f.

1. Eröffnung der Rechtsbeschwerde?

Der genannte Fraktionsentwurf hatte vorgeschlagen, die Unanfechtbarkeit des Beschlusses zu beseitigen, indem gegen ihn die Rechtsbeschwerde eröffnet wird. Damit würde zwar der systemwidrige Abbruch des Rechtswegs zum BGH beseitigt, das eigentliche, vorstehend herausgearbeitete Problem aber nicht gelöst. § 522 Abs. 2 ZPO hat, wie aufgezeigt, infolge der Inkompatibilität mit der bestehenden Konzeption des Berufungsverfahrens auch bei gesetzmäßiger Anwendung negative Wirkungen, weil er die Vorzüge der mündlichen Verhandlung zunichte macht. Es macht daher wenig Sinn, die Berufungsgerichte durch Schaffen einer Beschwerdemöglichkeit zu einer strikteren Beachtung der gesetzlichen Vorgaben anzuhalten.

Zudem würde die Eröffnung eines neuen Rechtsmittels neuen Verfahrensaufwand und neuen Unfrieden hervorrufen. Das Verfahren wäre äußerst beschwerlich und unpraktikabel: Der zurückgewiesene Berufungsführer müsste – durch einen beim BGH zugelassenen Anwalt – dorthin Rechtsbeschwerde erheben, mit der er nach § 574 Abs. 2 ZPO geltend machen müsste, dass das Berufungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der Sache oder das Erfordernis der Rechtsfortbildung oder Rechtsvereinheitlichung verkannt hat.[30] Nur dies könnte er zur Entscheidung des BGH stellen, nicht etwa die Kontrolle des Ersturteils (auf die es ihm doch alleine ankommt). Der BGH müsste dann darüber entscheiden, ob das Berufungsgericht über die (von ihm bereits einstimmig als aussichtslos beurteilte) Berufung mündlich verhandeln muss, um den Weg zu ihm zu eröffnen.[31] Zu diesem Zweck müsste er dann an das Berufungsgericht zurückverweisen.

Von der Etablierung eines solchen Meta-Rechtsmittels – eines Rechtsmittels, mit dem über die verfahrensmäßige Behandlung eines Rechtsmittels entschieden werden soll – ist dringend abzuraten. Der dadurch eröffnete Instanzen-Ping-Pong liefe den Bestrebungen zur Straffung des Rechtsmittelsystems krass zuwider. Zu Recht sieht unser Verfahrensrecht solche Meta-Rechtsmittel bisher nur für die Fälle vor, in denen der Zugang zu einer Instanz verwehrt wurde (Rechtsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung als unzulässig, § 522 Abs. 1 S. 4 ZPO; Beschwerde gegen Nichtzulassung der Revision, § 544 ZPO).

2. Eröffnung der Nichtzulassungsbeschwerde?

Mit dem Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO verneint das Berufungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der Sache sowie das Erfordernis von Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung. Seine Entscheidung wirkt wie ein Berufungsurteil, in dem die Revision nicht zugelassen wurde. Es könnte deshalb daran gedacht werden, gegen Beschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO zu eröffnen. Dies wäre jedenfalls systemgerechter als der umständliche Weg, über eine Rechtsbeschwerde zum BGH die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht erzwingen zu wollen. Die Sache gelangte dann sogleich in das Verfahren, in dem die gebotene grundsätzliche, rechtsfortbildende oder rechtsvereinheitlichende Entscheidung zu ergehen hätte, nämlich in das Revisionsverfahren vor dem BGH.

Dergleichen ist von der Sprungrevision her bekannt (§ 566 ZPO), nur würde das Überspringen der Berufungsinstanz hier nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf einem Rechtsirrtum des Berufungsgerichts beruhen. Zudem geht es dem Berufungsführer, der gegen eine a-limine-Zurückweisung seines Rechtsmittels vorgehen will, nicht darum, durch eine Grundsatzentscheidung des BGH einen Beitrag zur Rechtsentwicklung zu leisten, sondern er will sich die Chance einer Überprüfung seines Einzelfalles in rechtlicher und – weitgehend – auch tatsächlicher Hinsicht verschaffen, eine Chance, auf die er ein gesetzliches Anrecht hat und die ihm nicht durch eine fehlerhafte Vorprüfungsentscheidung des Berufungsgerichts genommen werden darf.

Zudem wäre dieser Zugang zur Revisionsinstanz wohl aus Gründen der Systemgerechtigkeit auch nur bei Beschwerdewerten über 20.000 Euro (§ 26 Nr. 8 EGZPO) zu eröffnen.

3. Fazit

Vor einer Rechtsmittellösung, gleich welcher Art, ist zu warnen.[32] Die ZPO-Reform war zu Recht bestrebt, das überbordende Rechtsmittelsystem, vor allem in den Nebenverfahren, einzudämmen. Die Schaffung neuer Rechtsmittel, noch dazu von Meta-Rechtsmitteln, die sich auf die Behandlung von Rechtsmitteln beziehen, würde diese Bestrebungen konterkarieren. Es macht keinen Sinn, an dem Vorprüfungsverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO herumzubasteln. Dieses Verfahren ist systemwidrig und lädt zum Fehlgebrauch ein; es verbaut den Weg zu gütlichen Lösungen, beeinträchtigt die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen und damit das Ansehen der Justiz. Den mit ihm verfolgten Zweck der Gerichtsentlastung erfüllt es kaum: Die Entlastung durch den Wegfall der mündlichen Verhandlung wird vielmehr aufgezehrt durch die zusätzlichen Beratungserfordernisse, die Hinweisbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie die zahllosen Gegenvorstellungen, Anhörungsrügen und Verfassungsbeschwerden. Die teilweise sehr ausführlichen Begründungen der Hinweis- und Zurückweisungsbeschlüsse werfen die Frage auf, worin der Entlastungseffekt gegenüber einer straffen Urteilsbegründung nach § 540 ZPO liegen soll.[33]

Es bleibt daher nur eine Lösung: Das Vorprüfungsverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO muss abgeschafft werden.[34]

Wer die Zahl mündlicher Berufungsverhandlungen reduzieren will, muss andere Wege gehen. Er könnte an ein schriftliches Berufungsverfahren nach Art des § 130a VwGO denken, welches in klaren Fällen eine Sachentscheidung über die Begründetheit der Berufung ermöglicht, die wie ein Berufungsurteil wirkt und angefochten werden kann (§ 130a Satz 2 i.V.m. § 125 Abs. 2 Satz 4 VwGO).

Man könnte auch erneut die Frage aufwerfen, ob der Zugang zur Berufungsinstanz durch ein Zulassungs- oder Annahmeerfordernis[35] oder durch strengere Präklusionsregeln generell erschwert werden sollte – ein Gedanke, der freilich erst weiter-

30 Nach BGHZ 155, 21 = NJW 2003, 2172 unterliegt auch die Rechtsbeschwerde gegen Verwerfungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 1 ZPO dieser Einschränkung.

31 Ebenso *Reinelt,* ZRP 2009, 203, 205.

32 Bedauerlicherweise scheinen die Überlegungen im Bundesministerium der Justiz (s. dazu oben Fn. 27) in diese Richtung zu gehen.

33 *Reinelt,* ZRP 2009, 203, 204; *Trimbach,* NJW 2009, 401, 404 sieht ihn vor allem im Wegfall der mündlichen Verhandlung, der intensiveren Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Urteils erster Instanz und der organisatorischen Flexibilität, ohne festen Termin zu entscheiden, sowie in der Entlastung der Geschäftsstellen von Terminsaufgaben.

34 Ebenso die Stellungnahme der BRAK Nr. 5/2009 zum Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, abrufbar unter http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2009/Stn5.pdf. Nur hilfsweise wird dort eine Rechtsmittellösung befürwortet. Dem grundsätzlich folgend *Reinelt,* ZRP 2009, 203, 206.

35 So § 522 ZPO i.d.F. des Referentenentwurfs des ZPO-Reformgesetzes; s. dazu *Hannich/Meyer-Seitz/Engers,* ZPO-Reform, S. 60 f.; *Hannich/Meyer-Seitz,* ZPO-Reform 2002, § 522 Rdn. 7 ff.; *Lindner,* ZIP 2003, 192, 193.

verfolgt werden darf, wenn die mit der ZPO-Reform intendierte Qualitätssicherung der ersten Instanz[36] Realität geworden ist.

Vielleicht ließen sich unnötige Berufungsverhandlungen aber am einfachsten dadurch vermeiden, dass die Berufungsgerichte, wenn sie nach der Vorberatung die fehlende Erfolgsaussicht der Berufung erkennen, dem Berufungsführer einen entsprechenden Hinweis erteilen und die Rücknahme des Rechtsmittels anregen. Ein solches Vorgehen war schon vor Einführung des § 522 Abs. 2 ZPO weithin gebräuchlich, ist aber offenbar durch das formalisierte Vorprüfungsverfahren in den Hintergrund gedrängt worden.[37] Dabei entspräche es dem Reformziel einer offenen, transparenten Prozessleitung wesentlich besser und beließe die Entscheidung darüber, ob ein (ggf. anfechtbares) Berufungsurteil erwirkt werden soll, ganz dem Rechtsmittelführer. Die Abschaffung des § 522 Abs. 2 ZPO, eventuell verbunden mit der Normierung eines solchen Hinweises, könnte damit den Weg zu einem entformalisierten, kommunikativeren und damit bürgernäheren Zivilprozess ebnen.

36 BT-Drs. 14/4722, S. 61 f.

37 Bei den OLG hat sich jedenfalls die Quote der Berufungsrücknahmen trotz der nunmehr gebotenen Hinweise nach § 522 Abs. 2 ZPO kaum erhöht (s. oben II 1).

Zur Reform der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2, 3 ZPO

RA Dr. *Michael Schultz*, Karlsruhe

Die Diskussion um § 522 Abs. 2, 3 ZPO hat an Fahrt zugelegt. Inzwischen wird nicht mehr nur über eine Anfechtungsmöglichkeit nachgedacht, sondern über die völlige Abschaffung. Was die Rückkehr zum alten Rechtszustand bedeuten würde, ist klar: Die Berufungsgerichte würden in allen Fällen wieder mündlich verhandeln, wenn die Parteien dem schriftlichen Verfahren nicht zustimmen. Außerdem gäbe es dann zwar noch die unanfechtbaren Verwerfungsentscheidungen der Berufungsgerichte, aber keine unanfechtbaren Beschlusszurückweisungen der Berufungsgerichte in der Sache mehr. Käme es tatsächlich so, würde in Kürze wieder die Diskussion um die Neugestaltung der Berufung insgesamt aufflammen. Eine solche Diskussion sollten wir nicht wieder führen. Vor allem deshalb muss nach einer anderen Lösung als der völligen Abschaffung der Regelungen in § 522 Abs. 2, 3 ZPO gesucht werden.

I. Vor der Reform

Der alte Rechtszustand lässt sich anhand der Erfahrungen bei den Oberlandesgerichten illustrieren. Unter ihnen hat das Oberlandesgericht Zweibrücken nun eine Vorreiterrolle eingenommen, soweit es um die Möglichkeit geht, von § 522 Abs. 2 ZPO Gebrauch zu machen: Während im Bundesdurchschnitt der Jahre 2004 bis 2008 ca. 14 % aller erledigten Verfahren durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigt wurden, waren es beim OLG Zweibrücken ca. 26 % aller Verfahren.[1]

Vor der Reform war es üblich, dass die Oberlandesgerichte substanzlose Berufungen oder solche, die die Senate dafür hielten, erledigten, indem sie den Anwalt des Berufungsklägers schriftlich, durch ein Telefonat oder in der mündlichen Verhandlung darauf hinwiesen, was der Senat von der Berufung halte. In sehr vielen Fällen kam es zur Rücknahme, weil der Anwalt seinen Mandanten informieren und ihm sagen musste, mit was für einer Entscheidung man zu rechnen habe. Die übrigen Fälle wurden durch Urteil erledigt, für das das Votum des Berichterstatters genügte und das meist keinen weiteren Beratungsbedarf auslöste.

1 Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte, Tabelle 8.1.2 – eigene Auswertung der Jahre 2004–2008.

Hatte der Mandant sich nach Beratung vor der Verhandlung für die Rücknahme der Berufung entschieden, war er zwar mit dem Prozessergebnis unzufrieden, konnte mit „der Justiz“ aber nur insofern hadern, als er den Richtern meinte vorhalten zu können, sie hätten ihm, den sie nicht einmal mündlich anhören wollten, gegenüber ein Vorurteil gehabt und es durchgesetzt. Als Anwalt hatte man es in der Hand, dem Eindruck eines Vorurteils entgegenzuwirken und die Praxis der Senate zu schildern, einen Berichterstatter zu bestimmen, der die Sache anhand des gesamten Akteninhalts zu votieren hatte.

Hatte der aufgeklärte Mandant sich hingegen entschieden, standhaft zu bleiben, hatte er ebenfalls „nur“ Anlass, mit dem Prozessergebnis unzufrieden zu sein, das in den meisten dieser Fälle in der Zurückweisung der Berufung bestand. Aber diese Berufungsurteile waren eben anfechtbar. Aus Sicht der Berufungskläger war das ein Vorteil.

Natürlich muss man auch die andere Seite sehen. Die Berufungsbeklagten wünschten sich unter der Geltung des alten Rechts, die deutlichen Hinweise des Senats mögen ihren Eindruck auf den Berufungskläger nicht verfehlen, damit der Prozess ein Ende habe und nicht noch weiter in die Länge gezogen werde. Kaum ein Berufungsbeklagter hätte aber kein Verständnis dafür gehabt, dass der Berufungskläger nicht gezwungen werden konnte, seine Berufung zurückzunehmen. Zusätzlich beruhigen konnte man solche Berufungsbeklagten, indem man auf § 708 Nr. 10 ZPO verwies, der die Möglichkeit gab – und heute noch gibt –, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Sicherheitsleistung zu vollstrecken.

Der frühere Rechtszustand brachte es allerdings mit sich, dass der Senat immer eine mündliche Verhandlung terminieren musste. Bei kleinen Oberlandesgerichten war das – noch dazu zu Zeiten der Singularzulassung – kein ins Gewicht fallendes Problem. Denn der Vorsitzende oder die Vorsitzende konnte zeitnah zur Beratung ohne Abstimmungsprobleme die mündliche Verhandlung ansetzen. Heute ist das anders: Die Vorsitzenden müssen auf die Zeitplanungen der Anwälte aus der gesamten Republik Rücksicht nehmen. Vor allem kann es viel häufiger zu Terminsverlegungen kommen. Muss man sich dann mehrfach vorbereiten, ist das auch in vermeintlich oder tatsächlich klar liegenden Fällen ärgerlich.

II. Reform der Reform?

Nach diesem Blick in die Vergangenheit ist zu beantworten, ob der gegenwärtige Rechtszustand so bleiben kann, wie er ist. Um die Antwort vorweg zu geben: Er kann es nicht. § 522 ZPO enthält zwei jedenfalls in ihrer Kombination für das Rechtsmittelsystem so schädliche Bestandteile, dass etwas getan werden muss. Welche Kritikpunkte gemeint sind, liegt auf der Hand:

1. Ansätze der Kritik

Zunächst einmal entfällt in vielen Fällen die mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz. Das ist für jeden ein Nachteil, der dem Prinzip der Mündlichkeit überhaupt etwas abgewinnen kann. Ob dieser Nachteil hinnehmbar ist, muss an dieser Stelle noch nicht bewertet werden.

Ein zweiter Nachteil ist die Unanfechtbarkeit des Beschlusses, mit dem das Berufungsgericht substanzlose Berufungen erledigen kann. Für den Berufungsbeklagten ist sie natürlich ein Vorteil. Blickt man aber – wie geboten – auf das System insgesamt, ist die Unanfechtbarkeit ein Nachteil. Diese Bewertung müsste und sollte ebenfalls konsensfähig sein: Ein Rechtssystem, das sich die Anfechtbarkeit von gerichtlichen Entscheidungen in großem Umfang leisten kann, ist unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit besser als ein System, das sich diese Größe, sich selbst in Frage stellen zu wollen, nicht leistet oder nicht leisten kann.

Ein dritter Nachteil ist sicher die statistisch belegte regional ungleiche Handhabung der Regelung in § 522 Abs. 2, 3 ZPO. So erledigten etwa das Oberlandesgericht Zweibrücken durchschnittlich rund 26 %, das Oberlandesgericht Rostock 22 % und das Oberlandesgericht Bamberg 20 % aller anhängigen Verfahren durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO, während andere Oberlandesgerichte deutlich seltener von dieser Möglichkeit Gebrauch machten, so etwa das Oberlandesgericht Karlsruhe in rund 8,9 %, das Oberlandesgericht Düsseldorf in 6,5 % und das Oberlandesgericht Bremen nur in knapp 4 % aller anhängigen Verfahren.[2]

Als Nachteil aufzulisten sind auch die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen die Neuregelung erhoben worden sind, die die ZPO-Reform gebracht hat. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit bestätigt.[3] Die Diskussion ist aber nicht verstummt.

2. Erwartungen des Gesetzgebers

Bevor die beiden Hauptnachteile beleuchtet werden, die das neue Recht gebracht hat, ist in Erinnerung zu rufen, welche Erwartungen der ZPO-Reformgeber des Jahres 2000 hatte:

Er wollte eine vereinfachte Erledigung substanzloser Berufungen und empfand mündliche Verhandlungen in solchen Fällen als überflüssig.[4] Und er wollte die richterliche Arbeitskraft den nicht substanzlosen Berufungen zukommen lassen, sie also nicht vergeuden.[5]

Außerdem wollte der Gesetzgeber damals eine Beschleunigung der Erledigung jedenfalls dieser Berufungen erreichen. Nach seiner Vorstellung sollte nicht nur die mündliche Verhandlung entfallen, sondern auch die Notwendigkeit, den Fall sowohl bei Eingang der Sache als auch bei der Terminsvorbereitung zu bearbeiten.[6] Diese – nach einer neueren Untersuchung auch eingetretene –[7] Beschleunigung sollte nicht nur dem öffentlichen Interesse an der Entlastung der Gerichte dienen, sondern auch dem Interesse des Berufungsbeklagten, den der Gesetzgeber ebenfalls vor substanzlosen Berufungen schützen wollte.

Ein weiterer Vorteil wurde im Gesetzgebungsverfahren möglicherweise mitgedacht; er findet sich aber nicht in den Motiven. Gemeint ist die Entlastung des Bundesgerichtshofs, die natürlich eintritt, wenn ein großer Teil der Entscheidungen der Berufungsgerichte nicht mehr mit der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde anzugreifen ist. Aus den Motiven[8] ergibt sich der Wunsch nach Entlastung des Bundesgerichtshofs nicht; vielmehr war grundsätzlich Ziel des Entwurfs, „für mehr gerichtliche Entscheidungen als bisher grundsätzlich den Weg zur höchstrichterlichen Rechtsprechung zu öffnen und damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Rechtsgebiete zugänglich zu machen, die [derzeit] nicht zum höchsten Gericht gelangen können".[9]

III. Ziel der Reform

Besteht also überhaupt Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? Von allen Zielen des Reformgesetzgebers ist lediglich eines anzuerkennen, nämlich das Bedürfnis der Berufungsgerichte, sich auf substanzvolle Berufungen zu konzentrieren und andere schnell und mit möglichst geringem Arbeitsaufwand zu erledigen. Weil aber nur dieses Bedürfnis gerechtfertigt ist, ist der gegenwärtige Rechtszustand viel zu teuer erkauft:

1. Anfechtbarkeit

Der einfachste und zugleich wichtigste Anlass für eine Änderung des Gesetzes ist die Unanfechtbarkeit der Beschlussentscheidungen der Berufungsgerichte in der Sache. Letztlich ist gar nicht einzusehen, wieso ein solcher Beschluss des Berufungsgerichts, dem keine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist, unanfechtbar sein muss. Das wird anhand der vom Gesetzgeber formulierten Ziele[10] deutlich:

a) Die Entlastung der Berufungsgerichte ist sicher kein solcher Grund für die Unanfechtbarkeit. Die Anfechtbarkeit belastet nämlich die Berufungsgerichte nicht in relevanter Weise:

aa) Das ist klar, falls der Berufungskläger seine Berufung zurücknimmt. Nimmt er nach der Androhung des Berufungsgerichts, nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren zu wollen, seine Berufung dagegen nicht zurück, wird er sich – Anfechtbarkeit hin oder her – ohnehin häufig schriftsätzlich äußern. Der Berichterstatter und die anderen Mitglieder des Spruchkörpers werden sich die Sache dann noch einmal vornehmen müssen, ehe sie die Entscheidung absetzen, auch wenn sie unanfechtbar ist. Diese Arbeit wird kaum aufwändiger, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts anfechtbar wäre. Vielmehr hält der Arbeitsaufwand sich in ganz engen Grenzen, nachdem die Sache votiert und beraten ist. Votiert muss die Sache schon sein, um den Hinweis nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO zu erteilen. Ist sie es nicht, darf von § 522 Abs. 2 ZPO bei richtigem Verständnis ohnehin kein Gebrauch gemacht werden.

Ist die Sache also votiert, fehlt der Entscheidung des Berufungsgerichts, damit sie im Fall ihrer Anfechtbarkeit die Grundlagen der Entscheidung erkennen ließe, noch das, was heute anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen ausreicht, um nach § 540 Abs. 1 ZPO ein Berufungsurteil darzustellen. Das ist

2 Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.2 – eigene Auswertung der Jahre 2004–2008.

3 BVerfG, Beschluss v. 18.6.2008 – 1 BvR 1336/08, NJW 2008, 3419 f.

4 Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 60.

5 Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 64.

6 Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 64.

7 Vgl. *Postel*, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, 2009, S. 76–82.

8 Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 96–98.

9 BT-Drs. 14/4722, S. 97.

10 Zu ihnen oben II. 2.

nicht sehr viel: Das Berufungsgericht könnte sich mit der Bezugnahme auf die tatsächlichen Darstellungen im angefochtenen Urteil begnügen. Außerdem müsste es noch die in zweiter Instanz formulierten Anträge nennen. Zusätzlich könnte es auf den Hinweisbeschluss verweisen oder ihn wiederholen.

bb) Eine relevante Mehrbelastung der Berufungsgerichte wäre allenfalls noch denkbar, wenn künftig mit weniger Berufungsrücknahmen zu rechnen wäre. So könnten Berufungskläger sich künftig von einem Hinweis des Berufungsgerichts, nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren zu wollen, weniger beeindrucken lassen, eben weil sie auf das Rechtsmittel vertrauen. Aber von einem solchen Rückgang des Anteils der Berufungsrücknahmen als Folge einer Anfechtungsmöglichkeit ist nicht auszugehen. Denn die Statistik belegt, dass auch die Einführung der Unanfechtbarkeit – § 522 Abs. 3 ZPO – zu keinem wesentlichen Anstieg des Anteils der Berufungsrücknahmen geführt hat: Während 1996 der Anteil der Berufungsrücknahmen – im Verhältnis zu allen erledigten Verfahren – bei den Oberlandesgerichten 28,2 % und 25,7 % bei den Landgerichten betrug, erhöhte sich der Anteil bis 2008 bei den Oberlandesgerichten nur auf 30,6 % und bei den Landgerichten auf 30,8 %.[11] Also führt die Abschaffung der Unanfechtbarkeit voraussichtlich zu keinem wesentlichen Rückgang der Zahl der Berufungsrücknahmen.

cc) Festzuhalten ist also: Um die Berufungsgerichte zu entlasten, muss man die Zurückweisungsbeschlüsse der Berufungsgerichte nicht jeder Anfechtbarkeit entziehen.

b) Die Beschleunigung der Verfahren, die die vermeintlich substanzlosen Berufungen betreffen, ist ebenfalls kein überzeugender Grund, um die Unanfechtbarkeit zu halten. Denn nach einem Hinweis, nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren zu wollen, kann das Berufungsgericht das Verfahren zügig betreiben. Das gilt jedenfalls dann, wenn es keine mündliche Verhandlung ansetzen und abstimmen muss.

c) Die Belastung des Berufungsbeklagten, der die Anfechtbarkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts ertragen muss, ist ebenfalls kein Argument für die Unanfechtbarkeit. Denn dem Interesse des Berufungsbeklagten an einem ebenso zügigen Berufungsverfahren, wie es jetzt möglich ist, ist mit der Möglichkeit ausreichend Rechnung getragen, ohne Sicherheitsleistung aus dem Berufungsurteil vollstrecken zu können.

d) Was letztlich bleibt, ist die Belastung des Bundesgerichtshofs, der die Beschwerden abarbeiten müsste, die die erfolglosen Berufungskläger gegen die Entscheidungen der Berufungsgerichte richten, die sich von der Zurückweisung der Berufung nicht haben abhalten lassen. Diese Thematik der Belastung des Bundesgerichtshofs kann – worauf noch zurückzukommen sein wird –[12] kein Argument für die Unanfechtbarkeit sein. Wenn sie wirklich zu befürchten sein sollte, muss man ihr mit anderen Mitteln begegnen.

2. Mündliche Verhandlung

Was ist nun zur mündlichen Verhandlung zu sagen, die nach § 522 Abs. 2 ZPO auch auf der Strecke bleibt? Das Anliegen des ZPO-Reformgesetzgebers, die Arbeitskraft der Richter auf substanzvolle Berufungen zu konzentrieren, wenn es um wirklich aussichtslose und klar liegende Fälle geht, ist verständlich. Das Bedürfnis der Berufungsgerichte, nicht in allen Fällen wertvolle Arbeitskraft auf Terminsabstimmung zu verwenden, ist nicht von der Hand zu weisen. Darin liegt auch die eigentliche Entlastung. Denn man muss davon ausgehen, dass die Berufungsgerichte in allen Fällen die Berufungsaussichten schulmäßig und vollständig durchprüfen; diese Arbeit kann ihnen niemand ersparen. Deswegen kann die Belastung, die einzusparen oder zu mindern wäre, nur in der mündlichen Verhandlung und der für sie notwendigen Abstimmung liegen. Immerhin müsste in etwa 8.000 zusätzlichen Fällen mündlich verhandelt werden, wenn man nur auf die Oberlandesgerichte blickt.[13]

Unter den in § 522 ZPO formulierten Voraussetzungen ist eine mündliche Verhandlung verzichtbar. Wenn man die Anfechtbarkeit erreichen möchte, muss man sich für diese Lösung entscheiden. Betrüblicherweise ist wenig wahrscheinlich, dass man als Anwalt in einer mündlichen Verhandlung das durchsetzen kann, was einem mit schriftsätzlichen Darlegungen nicht durchzusetzen gelungen ist. Das, was man in einem solchen Fall zu sagen und zu schreiben hat, ist in der nächsten Instanz besser aufgehoben.

Schließlich: Die Diskussion um die Zulassungsberufung wird leider ganz schnell wiederaufleben, wenn den Berufungsgerichten nicht die Möglichkeit verbleibt, in manchen Fällen „robuster" zu verfahren. Diese Zweiklassengesellschaft in der Berufung ist zwar nicht schön, sie ist aber hinnehmbar, wenn die Angehörigen der „zweiten Klasse" überhaupt eine Anfechtungsmöglichkeit haben.

IV. Gestaltung der Reform

Wie soll also die Lösung aussehen, die in bestimmten Fällen den Verzicht auf die mündliche Verhandlung akzeptiert, nicht aber die Unanfechtbarkeit?

1. Nichtzulassungsbeschwerde statt Rechtsbeschwerde

In der Diskussion ist die Eröffnung der Rechtsbeschwerde mit der dazugehörigen Anpassung von § 26 EGZPO.[14] Das ist der erste Vorschlag. Andere schlagen vor – das ist der zweite Vorschlag –, die Regelung der VwGO zu übernehmen.[15] Denn im Verwaltungsprozessrecht kann das Oberverwaltungsgericht die Berufung gemäß § 130a S. 1 VwGO durch Beschluss erledigen, wenn es sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung für nicht erforderlich hält. Der unterlegenen Partei steht dann nach §§ 130a S. 2, 125 Abs. 2 S. 3 VwGO das Rechtsmittel zu, das zulässig wäre, wenn das Gericht durch Urteil entschieden hätte. Da man hinzudenken darf, dass das Berufungsgericht in einem solchen Fall die Revision nicht zugelassen hätte, wäre die Nichtzulassungsbeschwerde eröffnet.

Der zweite Vorschlag ist vorzugswürdig. Er ist schon deshalb stimmiger, weil er daran anknüpft, dass der Beschluss, um dessen Anfechtbarkeit es geht, urteilsvertretenden Charakter hat. Außerdem sind die Nichtzulassungsbeschwerde und das dafür vorgesehene Verfahren besser geeignet, dem Bundesgerichtshof eine abschließende Sachentscheidung zu ermöglichen, wenn die Sache ansonsten entscheidungsreif ist.

Mit einer „Verdoppelung" der Verfahren wäre nämlich niemandem gedient. Dass eine solche Verdoppelung einträte, war ja gerade ein Einwand gegen die bloße Einführung der Rechtsbeschwerde. Man ging davon aus, dass der Bundesgerichtshof nur die Entscheidung des Berufungsgerichts korrigieren könne, nicht durch mündliche Verhandlung entschieden zu haben,

11 Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 6.1.2 und Tabelle 8.1.2.

12 Dazu unten IV. 2.

13 Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.1 – eigene Auswertung für 2005–2008.

14 So der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag, BT-Drs. 16/11457.

15 Vgl. etwa *Krüger*, NJW 2008, 945, 947; *Bornkamm*, FS Krämer, 2009, S. 425, 438.

und dass das Berufungsgericht darum nach einer Aufhebung seines Beschlusses durch den Bundesgerichtshof durch Urteil entscheiden müsse, das dann mit der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde anfechtbar wäre.[16] Wenn man die Nichtzulassungsbeschwerde wie in der VwGO eröffnet, wäre einer solchen Verdoppelung der Verfahren wirkungsvoll zu begegnen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[17] müssen urteilsvertretende Beschlüsse nämlich erkennen lassen, welche Überlegungen für die richterliche Überzeugungsbildung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht maßgebend gewesen sind. Sie müssen also dem Rechtsmittelgericht die Nachprüfung der Entscheidung auf ihre inhaltliche Richtigkeit in prozessrechtlicher und materiellrechtlicher Hinsicht ermöglichen.

Die Erwartung, dass der Bundesgerichtshof die Dinge für den Zivilprozess ebenso sehen wird, scheint sehr realistisch. Deshalb kann man auf eine gesetzliche Regelung verzichten, welche Anforderungen ein urteilsvertretender Beschluss enthalten muss. Fehlt einem solchen urteilsvertretenden Beschluss das, was zur Überprüfung im Beschwerdeverfahren notwendig ist, kann darin auch ein Grund für die Zulassung der Revision liegen. Das entspricht jedenfalls der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Anforderungen an ein Berufungsurteil.[18]

2. Ausblick

Wer die Beschlusszurückweisung anfechtbar gestalten möchte, muss sich der Frage nach den Auswirkungen stellen, auch wenn die denkbare Mehrbelastung des Bundesgerichtshofs – wie bereits angesprochen –[19] kein Grund sein kann, es bei der Unanfechtbarkeit zu belassen.

a) Daher interessiert, mit was für einer Fallzahl der Bundesgerichtshof es voraussichtlich zu tun hätte.

Im Streitwertsegment oberhalb von 20.000 € werden schätzungsweise im Bundesdurchschnitt gerade einmal 4.000 Verfahren jährlich durch Beschlusszurückweisung erledigt. Durchschnittlich werden nämlich von allen Berufungsverfahren[20] etwa 14 % nach § 522 Abs. 2 ZPO behandelt.[21] Wenn man die Anfechtbarkeit nur für diejenigen Berufungskläger vorsieht, die mit mehr als 20.000 € beschwert sind und daher die Beseitigung einer Beschwer erstreben können, die 20.000 € übersteigt, hat man es mit etwa 50 % aller durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigten Verfahren[22] zu tun oder – in absoluten Zahlen – mit etwa 4.000 Verfahren,[23] wobei zugrunde gelegt ist, dass der Anteil aller Beschlusszurückweisungen über die Streitwerte hinweg in etwa gleich ist.

Was bedeuten diese Zahlen für den Bundesgerichtshof? Derzeit werden aus durchschnittlich etwa 29.000 Verfahren,[24] die als Revisionen oder Nichtzulassungsbeschwerden zum Bundesgerichtshof gelangen könnten, ca. 2.900 Verfahren;[25] das entspricht einem Anteil von 10 %. Mit mehr als 10 % der durch Beschlusszurückweisung erledigten Verfahren – in absoluten Zahlen: 400 –[26] ist also von vornherein nicht zu rechnen. Tatsächlich dürfte von einem noch wesentlich geringeren Anteil auszugehen sein. Denn der Berufungskläger, dessen Berufung durch Beschluss zurückgewiesen worden ist, wird nicht in dem Umfang von der Anfechtungsmöglichkeit Gebrauch machen, wie es Berufungskläger und Berufungsbeklagte tun, die durch ein Berufungsurteil beschwert werden. Wenn man danach von der Hälfte ausgeht, käme auf den Bundesgerichtshof eine sehr überschaubare Anzahl von weiteren Fällen zu. Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwälte sicher in vielen Fällen der Beschlusszurückweisungen, die zu ihnen gelangen, von der Durchführung des Verfahrens abraten müssen.

b) Nach allem sind jedenfalls derzeit keine weiteren Maßnahmen erforderlich, um der Belastung des Bundesgerichtshofs entgegenzuwirken. Insbesondere wäre es verfrüht, die Anfechtbarkeit inhaltlich zu beschränken[27] oder sie erst ab einer bestimmten – möglicherweise höheren als der in § 26 Nr. 8 EGZPO genannten – Wertgrenze zu eröffnen.[28]

V. Ergebnis

Die Unanfechtbarkeit der Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO muss daher abgeschafft werden. Die Anfechtbarkeit kann sich das System leisten, ohne ernsthaft in Bedrängnis zu geraten. Die volle Wiederherstellung des früheren Rechtszustands ist ohnehin nicht erreichbar. Daher sollten wir uns auf das Wesentliche konzentrieren, das auch machbar ist.

16 Vgl. etwa BRAK, Stellungnahme Nr. 5/2009 zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Änderung der ZPO (§ 522) v. 17.12.2008 (BT-Drs. 16/11457), abrufbar über www.brak.de, S. 4, 5; Bornkamm, FS Krämer, 2009, S. 425, 438.

17 BVerwG, Beschluss v. 9.6.2008 – 10 B 149/07, Umdruck, Rn. 3, m.w.N.

18 Vgl. etwa BGH, Beschluss v. 26.1.2006 – V ZR 119/05, Umdruck, S. 2; Beschluss v. 12.2.2004 – V ZR 125/03, WM 2004, 2223, 2225.

19 Vgl. oben unter III. 1. d).

20 Bei den Oberlandesgerichten sind dies insgesamt – in allen Streitwertsegmenten – durchschnittlich etwa 58.000 Verfahren jährlich, vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.1 – eigene Auswertung für 2002–2008.

21 Vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.1.2 – eigene Auswertung für 2004–2008.

22 Schätzung, basierend darauf, dass durchschnittlich 56,4 % aller Verfahren im Streitwertsegment oberhalb von 15.000 € liegen, vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O. Tabelle 8.2 – eigene Auswertung für 2002–2008.

23 50 % der rund 8.000 (14 % von 58.000) durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigten Verfahren.

24 Anzahl der Berufungsverfahren im Streitwertsegment oberhalb von 20.000 €, also 50 % der jährlich etwa 58.000 Verfahren, vgl. oben Fn. 20, 22.

25 Vgl. Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2008; ders., Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2009.

26 10 % der 4.000 nach § 522 Abs. 2 ZPO erledigten Verfahren im Streitwertsegment oberhalb von 20.000 €, vgl. Fn. 23.

27 Die damit verbundenen Schwierigkeiten liegen auf der Hand; etwa wurde vorgeschlagen, die beschwerte Partei solle nur rügen können, dass das Gericht den Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat oder dass es die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO willkürlich bejaht hat; vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 5/2009, a.a.O., S. 7.

28 Mit einer Anhebung der Wertgrenze auf 40.000 € wäre nicht besonders viel gewonnen; sie würde nur dazu führen, dass der Bundesgerichtshof mit etwa 3 % weniger Fällen belastet wäre: Denn der Anteil der Verfahren mit einem Streitwert über 20.000 € bis 40.000 € macht geschätzt etwa 20 % aus; diese Schätzung basiert darauf, dass nach dem verfügbaren statistischen Material der prozentuale Anteil der Verfahren mit einem Streitwert bis 15.000 € etwa 45 % und der Anteil der Verfahren mit einem Streitwert zwischen 15.000 € und 50.000 € etwa 30 % beträgt (vgl. Statistisches Bundesamt, a.a.O., Tabelle 8.2 – eigene Auswertung für 2002–2008). Wenn man die Grenze auf 40.000 € heraufsetzen würde, könnten also in weiteren 20 % der Fälle zwar immer noch Beschlusszurückweisungen ergehen, die aber nicht mehr anfechtbar wären. Geht man davon aus, dass die Beschlusszurückweisungen sich auf alle Streitwerte gleichmäßig verteilen, würde der Bundesgerichtshof mit etwa 14 % (vgl. Fn. 21).