

Teil XIII

Mögliche rechtspolitische Folgerungen

Die Ziele dieses Teils sind bereits in Teil I D skizziert: vor dem Hintergrund der rechtstatsächlichen Untersuchung beispielhaft aufzuzeigen, wie Schwachstellen des geltenden Rechts beseitigt werden können, und Reformvorschläge auf ihre Tragfähigkeit zu prüfen. Die folgenden Überlegungen sind sich bewußt, daß eine Reform nicht bloß das Berufungsverfahren im Auge haben darf, sondern alle Instanzen einbeziehen muß, um ein effektives, funktional gegliedertes, der Befriedungsfunktion dienendes Verfahren zu ermöglichen. Insbesondere ist der erste Rechtszug so zu verbessern, daß er nicht bloß durch eine Rechtsmittelbeschränkung, sondern durch die Qualität seines Verfahrens und seiner Entscheidung in den allermeisten Fällen zu einem von den Parteien akzeptierten Verfahrensabschluß führt.¹ Dann bräuchte die Berufung nicht eine Art Neuauflage des Eingangsverfahrens zu bieten, sondern könnte ein eigenes Profil erhalten. Im Rahmen der vorliegenden rechtstatsächlichen Untersuchung werden daher neben Vorschlägen zur Berufungsinstanz auch einige Reformgedanken für den ersten Rechtszug erörtert.

1. Verbesserung des Verfahrens im ersten Rechtszug

Die Untersuchung läßt in Teil III zwei größere Blöcke gerügter und von Amts wegen angesprochener Verfahrensmängel erster Instanz erkennen. Dabei handelt es sich zum einen um die - in einem weiten (verfahrensrechtlichen) Sinn - Fälle der *Verletzung rechtlichen Gehörs*. Zu diesen rechnen neben den in Frage 31a/Var. 5 erfaßten Fällen auch die Fälle der Verletzung der §§ 139, 273 Abs. 1, 278 Abs. 3 ZPO (Frage 31a/Var. 2 und 3) sowie die von Amts wegen aufgegriffenen Mängel (Frage 32). Insgesamt dreht es sich um etwa 9% der Verfahren beim OLG und um rund 6% der Verfahren beim LG.² Den anderen größeren Block bilden die Rügen der *Verletzung von Beweisaufnahmeregeln*, beim OLG 9,9%, beim LG 10,7% der Verfahren.³

Im Hinblick auf die *Rüge der Gehörsverletzung* könnte Abhilfe im ersten Rechtszug dadurch geschaffen werden, daß die materielle Prozeßleitung durch das Gericht gestärkt und akzentuiert wird. Das könnte in die Regel gekleidet werden, daß das Gericht seine Entscheidung auf einen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkt, bei dem es von der Auffassung einer Partei abzuweichen beabsichtigt, nur stützen darf, wenn es Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Damit würde den Parteien zugleich schon in erster Instanz die Möglichkeit eröffnet, auf Mängel, die aus ihrer Sicht bei der Beweiswürdigung und - allgemeiner gesprochen - bei der Sachverhaltsfeststellung sowie bei der Subsumtion drohen, hinzuweisen und das Gericht zu ihrer Vermeidung zu bewegen. - Der Bericht zur Rechtsmittelreform in Zivilsachen⁴, S. 106, hat diesen Gedanken bereits aufgenommen. Die hier vorgeschlagene Formulierung bringt seinen Kern jedoch deutlicher zum Ausdruck.

Im Hinblick auf die noch zahlreicheren *Rügen der Verletzung von Beweisaufnahmeregeln* enthalten §§ 285, 370, 156 iVm. § 295 Abs. 1 ZPO an sich das nötige Instrumentarium, um Mängel schon im ersten Rechtszug entweder zur Sprache zu bringen oder zu heilen. Das trifft entspre-

¹ Rimmelspacher ZRP 1999, 177ff.

² Auswertung Fragen 31a, 32.

³ Vgl. Teil III A.3.

⁴ Vorlage an die Justizministerkonferenz vom 7. bis 9. Juni 1999.

chend auch für schriftliche Verfahren zu. Insoweit empfiehlt es sich daher eher, das geltende Recht in gebotenem Maße auch anzuwenden als neue Regeln zu schaffen.

2. Einzelrichter im erstinstanzlichen Verfahren am Landgericht

Die in Teil XII mitgeteilten Daten und deren Analyse haben gezeigt, daß die einzelrichterlichen Verfahren und Entscheidungen qualitativ auf derselben Ebene liegen wie die der erstinstanzlichen Zivilkammern. Von dieser Warte aus kann daher eine vorsichtige Ausweitung des Einsatzes von Einzelrichtern in Verfahren erster Instanz vor dem Landgericht befürwortet werden.

3. Rechtsbehelf wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs?

Daß in etwa jedem dreißigsten Verfahren die Verletzung des rechtlichen Gehörs (im engeren, verfassungsrechtlichen Sinn, ohne die Fälle der Verletzung der materiellen Prozeßleitungspflicht) gerügt wird (Teil III A.3), gibt Anlaß darüber nachzudenken, ob nicht auch gegen berufungsunfähige Urteile der Eingangsgerichte ein beschränkter Rechtsbehelf eröffnet werden sollte, mit dem die Verletzung des Verfahrensgrundrechts gerügt werden kann.

Bei der Entscheidung dieser Frage könnten folgende Erwägungen eine Rolle spielen: Der Anteil der erstinstanzlichen Prozesse, bei denen die Parteien Anlaß zur Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu haben glauben, dürfte bei den Verfahren, die mit einem nicht berufungsfähigen Urteil enden, nicht geringer sein als bei den Verfahren mit einer rechtsmittelfähigen Entscheidung. Entsprechendes gilt wohl auch im Hinblick auf die "Erfolgsträchtigkeit" der Rüge. Nimmt man dafür als Anhaltspunkt die Daten der Tabelle III/4 bei der Fallgruppe 3, so ergeben sich Werte etwa zwischen einem Drittel beim LG und vier Zehntel beim OLG. Da der Anteil der rügebehafteten Verfahren beim LG bei 3,7% und beim OLG bei 3,1% liegt⁵, kommt man sowohl beim LG wie beim OLG auf eine "Erfolgsquote" von 1 bis 1,5%.

Dieser außerordentlich niedrige Anteil dürfte jedoch nicht allein Maßstab für den Korrekturbedarf sein. Die Akzeptanz des gerichtlichen Verfahrens als Instrument der Streitbeendigung hängt vielmehr zunächst davon ab, ob das Verfahren selbst aus der Sicht der Parteien fair abgewickelt wurde. Maßstab hierfür sind eher die Daten über die von den Parteien erhobenen Rügen der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Diese liegen mit 3 bis 4% aber deutlich höher.

Die Chance, diese Werte nachhaltig zu senken, ist jedoch nicht als gering einzustufen, wenn die materielle Prozeßleitung durch das Gericht in dem oben zu 1 vorgeschlagenen Sinn gestärkt wird. Damit würden weithin schon die Ursachen für eine mögliche Gehörsverletzung im erstinstanzlichen Verfahren selbst vermieden. Dann könnte auf die Eröffnung eines Rechtsbehelfs wegen Gehörsverletzung verzichtet werden, ohne daß eine verstärkte Inanspruchnahme der Verfassungsbeschwerde zu befürchten wäre.

4. Fristen für die Begründung der Berufung und für die Berufungserwiderung

a) Begründungsfrist

Sucht man nach Ansatzpunkten für eine äußere Beschleunigung der Berufungsverfahren, so bietet sich zunächst der Abschnitt zwischen Berufungseinlegung und -begründung an. Die Begründungsfrist beträgt gem. § 519 Abs. 2 S. 2 ZPO einen Monat. Sie kann jedoch gem. § 519 Abs. 2 S. 3 ZPO verlängert werden. Das geschieht beim OLG in rund 75%, beim LG in etwa 50% der Verfahren.⁶

⁵ Vgl. Teil III A.3.

⁶ Auswertung Frage 8.

Fixierte man in einer Reform das Ende der Begründungsfrist auf das Ende des zweiten Monats seit Zustellung des erstinstanzlichen Urteils, so änderte sich daher beim LG in rund der Hälfte der Verfahren so gut wie nichts, da der Median heute bei 29 Tagen liegt (und diese ja von der Berufungseinlegung gerechnet sind). Würde die Möglichkeit eingeräumt, die Begründungsfrist einmalig (um bis zu einem Monat) zu verlängern, so würden - legt man die heutigen Zahlen zugrunde - nur wenige Verfahren beschleunigt werden.⁷

Anders sieht es beim OLG aus. Hier müßte, wie oben erwähnt, nach den heutigen Zahlen schon in etwa 75% der Verfahren die Begründungsfrist verlängert werden. In rund 25% der Verfahren liegt heute die in Anspruch genommene Begründungsfrist bei über zwei Monaten.⁸ Diese Verfahren könnten sich aufgrund der skizzierten Reform verkürzen, wenn Parteien und Gericht nicht andere Wege suchen und finden, um Zeit zu gewinnen. Selbst wenn man berücksichtigt, daß nach geltendem Recht die Frist für die Berufungsbegründung bereits mit der Einlegung des Rechtsmittels zu laufen beginnt und damit maximal zwei Monate seit Urteilszustellung beträgt, während sie nach den Reformvorstellungen durchweg zwei Monate betragen soll, wird die Menge der Verfahren, in denen sich die Reform beschleunigt auswirken würde, nur unwesentlich geringer sein als die oben umrissenen 25%. Vorausgesetzt wird dabei, daß es gelingt, durch andere Maßnahmen die Dauer des Verfahrens bis zu den nachfolgenden Verfahrensschritten insbesondere des Gerichts zu verkürzen, weil sonst der durch die fixierte Begründungsfrist erreichte Zeitgewinn wieder verpufft.

b) Erwiderungsfrist

Eine Frist für die schriftliche Berufungserwiderung wird nur im Fall des § 520 Abs. 2 S. 2 ZPO (in Form einer Mindestfrist) gesetzlich fixiert. Die Praxis zeigt, daß sowohl beim OLG wie beim LG die durchschnittliche Zeitspanne vom Eingang der Berufungsbegründung bis zum Eingang der Berufungserwiderung etwa zwei Wochen länger ist als der Zeitraum von der Einlegung des Rechtsmittels bis zu seiner Begründung. Berücksichtigt man den tatsächlichen Verfahrensablauf nach Eingang der Rechtsmittelbegründung, so wird man sagen können, daß die Berufungsbeklagten im Schnitt etwa so viel Zeit für die Berufungserwiderung in Anspruch nehmen wie die Rechtsmittelkläger für ihre Begründung.

Ob sich dieses Verhältnis auch nach einer Neuregelung der Begründungsfrist einstellen wird, läßt sich nicht prognostizieren. Da andererseits die Festsetzung der Erwiderungsfrist auch von den Terminierungsmöglichkeiten des Spruchkörpers abhängt, sollte diesem die bisherige Flexibilität auch in Zukunft erhalten bleiben. Erst wenn sich zeigen würde, daß das Verhältnis von tatsächlicher "Begründungsdauer" zu tatsächlicher "Erwiderungsdauer" sich nach einer Reform nachhaltig verändern würde, weil zwar jene, nicht aber diese Dauer verkürzt (diese vielleicht sogar länger) würde, müßten mögliche Folgerungen neu überdacht werden.

5. Beschränkung des Berufungsgerichts auf die gerügten Verfahrensmängel

a) Zu denken sollte geben, daß in weniger als 40% der Verfahren, in denen ein in erster Instanz zurückgewiesenes Vorbringen im zweiten Rechtszug wiederholt wird, in der Berufungsbegründung die Rüge der Verletzung von Verfahrensnormen erhoben wird.⁹ Zwar liegt dieser Wert sehr viel höher als der entsprechende Durchschnittswert bei allen Verfahren (15,4% beim OLG, 14,0% beim LG). Da es sich in den hier einschlägigen Fällen aber geradezu um einen klassischen Fall eines Verfahrensfehlers handelt, wäre eine entsprechende Rüge in allen Berufungsbegründungen zu erwarten gewesen. Hier zeigt sich – trotz des geringen Gesamtge-

⁷ Q 3 beträgt beim LG 36 Tage.

⁸ Q 3 beträgt beim OLG 63 Tage.

⁹ Teil VII B.2.

wichts der Fälle – beispielhaft für den Bereich der Verfahrensmängel eine Möglichkeit, die Qualität der Berufungsbegründung zu verbessern, wenn eine Partei gehalten wäre, bereits in der Berufungsbegründung einen entsprechenden Verstoß zu rügen und damit ihr Begehren in diesem Punkt von vornherein deutlich zum Ausdruck zu bringen, anderenfalls sie mit dieser Rüge nicht gehört wird. Von den Parteien würde insoweit auch nichts Unverhältnismäßiges gefordert, weil präkludiertes Vorbringen nämlich der förmlichen Verbescheidung in den Urteilsgründen bedarf, womit für die Partei der Ansatzpunkt für eine eventuelle Rüge augenfällig wird.

b) Eine über diesen Einzelfall hinausgehende generelle Beschränkung der Prüfung des Berufungsgerichts auf die gerügten Verfahrensmängel würde die Verantwortung der Parteien erhöhen. In welchem Maß sie sich bei der Prüfung von Verfahrensmängeln auswirken würde, läßt sich nur grob abschätzen. Einen Anhaltspunkt für eine solche Schätzung liefern die Zahlen der von Amts wegen aufgegriffenen Verfahrensmängel (Teil III A.7). Sie zeigen, daß es in geringem Umfang ein von den Parteien bislang noch nicht ausgeschöpftes "Potential" an rügefähigen erstinstanzlichen Mängeln gibt, das zudem recht erfolgversprechend ist (vgl. dazu den Vergleich in Teil III B.5). Einen Teil dieses "Potentials" werden die Parteien wohl ausschöpfen, wenn ihre Rüge zur Voraussetzungen für die Prüfung von Verfahrensfehlern gemacht würde.

Darüber hinaus dürfte es weitere Fälle geben, in denen bislang wegen des Prinzips der Neuverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 525 ZPO) weder Gericht noch Parteien sich zu Verfahrensmängeln zu äußern veranlaßt sahen. Wird die Berufung in Richtung auf ein Mittel der Rechtskontrolle und der Korrektur des Ersturteils umgestaltet, werden die Parteien eher Grund haben, erstinstanzliche Verfahrensfehler zu rügen. Die oben zu 1 empfohlene Verstärkung und Akzentuierung der materiellen Prozeßleitung des Gerichts schon in erster Instanz im Verein mit der strikten Beachtung des § 295 Abs. 1 ZPO sollte freilich dazu beitragen, daß die Zahl der rügbaren Mängel nicht (zu sehr) anwächst.

Insgesamt dürfte sich daher eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis des Berufungsgerichts wohl in weniger als 3% der Verfahren auswirken und weder zu nennenswert höherem noch nennenswert geringerem Zeit-, Termins- und Beweisaufwand in der Berufungsinstanz führen.

c) Angesichts dieser auf den ersten Blick verhältnismäßig geringen Auswirkungen erhebt sich die Frage, ob sich eine solche Prüfungsbeschränkung überhaupt "lohnt". Die Antwort auf diese Frage darf jedoch nicht außer acht lassen, daß es nicht nur um die bei einer Rügelast „ersparten“ oder beanspruchten Berufungsressourcen geht. Es sind vor allem die Folgen in Rechnung zu stellen, die sich ergeben, wenn die Berufung als Instrument der Fehlerkontrolle und Fehlerkorrektur verstanden würde. Konnte sich das Berufungsgericht bisher darauf beschränken, erstinstanzliche Verfahrensfehler gleichsam en passant zur Kenntnis zu nehmen, weil der Rechtsstreit nach der Grundregel des § 525 ZPO ohnehin "von neuem verhandelt" wurde, so müßte nach dem neuen Konzept bei einer amtswegigen Prüfung des erstinstanzlichen Prozesses auf Verfahrensfehler das gesamte Vorgehen der Eingangsinstanz untersucht werden. Das würde ungleich mehr Zeit und Arbeitskraft binden als es bisher der Fall ist. Darin läge eine nicht zu unterschätzende Hypothek, mit der die funktionale Veränderung der Berufung verbunden wäre. Die weitere Frage ist daher die, ob eine solche Belastung unvermeidbar oder gar notwendig ist. Das trifft jedoch nicht zu.

Beschränkt man das Berufungsgericht auf die Prüfung derjenigen Verfahrensmängel, die der Berufungskläger gerügt hat, so wird damit eine Lösung im Verhältnis zwischen erstem und zweitem Rechtszug erreicht, die weitgehend derjenigen des § 295 Abs. 1 ZPO innerhalb der ersten Instanz entspricht. So wie hier bei nächster Gelegenheit rügbare Verfahrensverstöße

überholt werden, wenn die betroffene Partei sie nicht rügt, so würden bei konzentrierter Prüfungsbefugnis des Berufungsgerichts Mängel des Verfahrens erster Instanz, die dort nicht (mehr) gerügt werden konnten oder mußten, durch den Devolutiveffekt des Rechtsmittels überholt, wenn sie nicht mit der Berufung geltend gemacht werden. Die Aufgabe der Parteien (und ihrer Anwälte) wäre also bei der Berufung keine grundsätzlich andere als innerhalb der ersten Instanz auf der Grundlage des § 295 Abs. 1 ZPO.

Ein Unterschied besteht freilich: Nach § 295 Abs. 1 ZPO geht die Rügemöglichkeit nicht verloren, wenn die Partei den Mangel weder gekannt hat noch kennen mußte, während bei der Rügeobliegenheit in der Berufungsinstanz ein solcher Vorbehalt nicht bestünde. Dieser Unterschied erklärt sich jedoch aus dem unterschiedlichen Stand des Verfahrens. Der Vorbehalt in § 295 Abs. 1 ZPO ergibt sich nämlich daraus, daß der Ablauf des Verfahrens (und damit auch das Vorliegen von Verfahrensmängeln) einer Partei nicht in jedem Fall bekannt sein muß und man von ihr auch nicht erwarten kann, daß sie unter allen Umständen jeden Verfahrensschritt auf seine Fehlerhaftigkeit überprüft; denn dies hieße von ihr einen unverhältnismäßigen Aufwand fordern. Hat das Gericht jedoch sein Urteil gesprochen, so verändert sich die Prozeßlage: Da die gerichtliche Entscheidung gleichsam das Konzentrat des vorausgegangenen Verfahrens bildet, schlagen sich auch eventuelle Verfahrensfehler im Urteil nieder. Daher wird es für eine Partei auf Grund des Urteils leichter feststellbar, ob dieses auf einem Verfahrensfehler beruht. Hat sich ein Verfahrensmangel aber nicht in der Entscheidung niedergeschlagen, so ist er ohnehin unerheblich. Hinzu kommt, daß man von einer Partei, bevor sie einen neuen eigenen Verfahrensabschnitt eröffnet, mehr Prüfungssorgfalt erwarten kann als innerhalb eines schon eröffneten Verfahrensabschnitts. Daher bedarf es bei der Rügeobliegenheit in der Berufung nicht des innerhalb des ersten Rechtszugs gerechtfertigten Vorbehalts.

d) In besonderen Situationen kann ein Verfahrensfehler, auf dem das Urteil beruht, freilich auch für eine besonders sorgfältig prüfende Partei unerkennbar sein, insbesondere dann, wenn es sich um Mängel handelt, die Wiederaufnahmegründen entsprechen oder diesen ähneln. In derlei Ausnahmefällen wird man es der Rechtsprechung überlassen dürfen, Regeln zu entwickeln, die der betroffenen Partei auch noch im Verlaufe des Berufungsverfahrens den jetzt erst aufgedeckten Mangel zu rügen gestattet.

6. Ausschluß der Feststellungsrügen

a) Angesichts der geringen Erfolgsaussichten der Feststellungsrüge¹⁰ kann man von einem Mißverhältnis sprechen zwischen den scheinbaren Chancen, die ein Berufungsverfahren mit dieser Rüge zu bieten vorgibt, und dem tatsächlichen Berufungserfolg ebenso wie zwischen dem Aufwand, den ein Berufungsverfahren verursacht, und der tatsächlichen Änderung des Ergebnisses erster Instanz. Daher liegt es aus Effizienzgründen nahe, die Feststellungsrüge künftig auszuschließen. Dies ist aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zu beanstanden, da die zweite Instanz keine größere, sondern eher eine geringere Garantie für die „richtigere“ Feststellung des Sachverhalts bietet als der erste Rechtszug.¹¹

Wenn die in Teil IV A.1 geäußerte Vermutung richtig ist, daß die Feststellungsrüge in vielen Fällen eine nicht ausdrücklich erklärte Beweiswürdigungsrüge darstellt, so würde künftig ein Berufungsführer dies auch ausdrücklich näher darlegen müssen, wenn er eine entsprechende Überprüfung in der zweiten Instanz erreichen will. Wenn die sorgfältige Prüfung der Erfolgsaussichten einer Berufung ergeben sollte, daß das Eingangsgericht die anerkannten Regeln der Beweiswürdigung beachtet hat, ist freilich auch zu erwarten, daß die Partei ein Rechtsmittel

¹⁰ Vgl. Teil IV B.3.

¹¹ *Rimmelspacher ZZZP* 107 (1994), 452ff.

nicht einlegt, sofern das Urteil nicht an anderen Mängeln leidet. Entsprechendes gilt, soweit ein anderer Verfahrensfehler den Hintergrund der bisherigen Feststellungsrüge bilden sollte.

b) Wie groß die Chancen sind, eine Verfahrensrüge statt einer Feststellungsrüge (oder gleichsam als qualifizierte Feststellungsrüge) zu erheben, läßt sich nicht sicher beurteilen. Jedenfalls wurde in den hier einschlägigen 153 OLG-Verfahren mit ausschließlicher Feststellungsrüge lediglich in 8 Fällen, das entspricht 5,2% von 153 oder 0,8% von 1027 Verfahren, Verfahrensfehler vom Berufungsgericht festgestellt. Die entsprechenden Zahlen für das LG als Berufungsgericht lauten: 185 Verfahren; 11 Fälle (5,9% von 185 oder 1,1% von 1019 Verfahren).

In einer Reihe von Fällen könnten die Berufungsführer bei sorgfältiger Prüfung wohl materiellrechtliche Fehler des Erstgerichts rügen. Dafür spricht die Zahl der OLG-Verfahren, in denen die Berufung insgesamt zu einer dem Berufungskläger günstigeren Sachentscheidung führte (2,9% aller Verfahren oder 19,6% der Fälle, in denen die Berufung lediglich mit einer Feststellungsrüge begründet worden ist).¹² Beim LG lauten die entsprechenden Zahlen: 5,6%; 30,8%.¹³ Die sich in diesen Daten spiegelnden "Enderfolgsquoten" liegen vergleichsweise deutlich höher als die "Erfolgsquoten" der Feststellungsrüge selbst.

c) Würde ein Berufungskläger in den bisherigen Fällen der Feststellungsrüge künftig gehalten sein, das anzufechtende Urteil auf inhaltliche Fehler oder das zugrundeliegende Verfahren auf formelle Mängel zu überprüfen und jedenfalls Verfahrensfehler auch zu rügen, so würde damit die Effizienz des Verfahrens gesteigert werden können. Soweit die heutigen Feststellungsrügen unausgesprochen vor dem Hintergrund von Verfahrensfehlern erhoben werden, würden sie den Verfahrensrügen gleichgestellt; soweit ihnen nach Auffassung des Berufungsklägers selbst aber keine Verfahrensmängel der ersten Instanz zugrunde liegen, würde nur dem schon oben (a) hervorgehobenen Gesichtspunkt Geltung verschafft.

7. Bindung des Berufungsgerichts an die materiellrechtlichen Rügen?

Die Tatsache, daß in Verfahren mit wiederholtem erstinstanzlichen Vorbringen eine materiellrechtliche Rüge weniger häufig erhoben wird als im Durchschnitt aller Prozesse (Teil VIII B.2), könnte Anlaß geben, die Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils auf Subsumtionsfehler von einer entsprechenden Rüge abhängig zu machen, um so gleichsam eine Rügelast zu begründen. Eine solche Konzentration der Prüfung – vergleichbar derjenigen bei Verfahrensmängeln – könnte Auswirkungen in zweierlei Richtungen haben.

a) Es könnte zum einen zur Verringerung der Anzahl der Rechtsmittel führen. Das ist jedoch nicht zu erwarten. Denn in dem Drittel der Berufungsverfahren, in dem bislang keine materiellrechtliche Rüge erhoben wurde, sind die Rechtsmittel ja auf andere Weise begründet worden. Daran würde sich durch die angedeutete Beschränkung nichts ändern. Die Rechtsmittelzahlen würden also allenfalls durch eine Änderung bei anderen Arten der Begründung, etwa bei den Feststellungsrügen, beeinflußt werden können.

b) Die Beschränkung könnte möglicherweise aber den Prüfungsaufwand in dem Drittel der Berufungsverfahren verringern, in dem materiellrechtliche Rügen nicht erhoben werden. Aber auch diese Erwartung erscheint unrealistisch.

¹² Vgl. Tabelle IV/3a Zeile 5.

¹³ Vgl. Tabelle IV/3b Zeile 5.

Daß derzeit der Anteil der Verfahren mit materiellrechtlicher Rüge nicht größer als etwa zwei Drittel ist, dürfte nämlich zum Teil daran liegen, daß eine Berufungsbegründung nicht alle Angriffspunkte nennen muß. Die in den Raum gestellte Beschränkung würde daher einen Berufungsführer, der sich bisher in der Rechtsmittelbegründung mit anderen, für ihn im Vordergrund stehenden Angriffen begnügt hat, wohl zu einer intensiver begründeten Berufung veranlassen, um damit eine volle materiellrechtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils zu erreichen. Soweit aber das erstinstanzliche Urteil nicht einmal den Berufungskläger zu einer materiellrechtlichen Rüge veranlaßt, dürfte die rechtliche Seite des zu beurteilenden Streitgegenstands ohnehin keine besonderen Schwierigkeiten aufwerfen und damit keinen nennenswerten Prüfungsaufwand verursachen.

c) Vor dem Hintergrund der rechtstatsächlichen Untersuchung empfiehlt sich die Beschränkung des Berufungsgerichts bei der Subsumtionsprüfung daher nicht. Auch der Umstand, daß eine derartige Regelung sogar restriktiver wäre als das geltende Revisionsgericht (§ 559 ZPO), spricht gegen sie. Im übrigen wäre sie mit der Struktur der materiellrechtlichen Prüfung nur schwer in Einklang zu bringen.¹⁴

d) Sichergestellt sollte jedoch werden, daß erstinstanzliches Vorbringen ohne weiteres auch Prozeßstoff des zweiten Rechtszugs wird, so daß er vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden kann. Einer eigentlichen „Wiederholung“ des vom Eingangsgericht nicht berücksichtigten Vorbringens bedarf es dann nicht.

8. Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts

Erwogen wird, das Berufungsgericht an die verfahrensfehlerfreien Tatsachenfeststellungen des Eingangsgerichts zu binden.¹⁵ Verknüpft man diesen Gedanken mit dem zu 5 erörterten Vorschlag, das Berufungsgericht Verfahrensmängel des ersten Rechtszugs nur im Rahmen entsprechender Rügen nachgehen zu lassen, so sind einige Auswirkungen für die Berufungsinstanz zu erwarten. Sie betreffen insbesondere das Feld der Beweiserhebungen durch das Obergericht. Dabei sind qualitative und quantitative Aspekte zu unterscheiden.

a) Qualitative Aspekte

Die Berufungsgerichte sind mit der Erhebung von Beweisen zurückhaltend. Dabei besteht zwischen Oberlandesgerichten und Landgerichten kein gravierender Unterschied. Da die Obergerichte sich bisher zu Beweisaufnahmen aber nicht nur dann veranlaßt sehen, wenn erstinstanzliche Verfahrensmängel gerügt (und festgestellt) werden, ist für die Parteien jedoch nicht abschätzbar, ob das Berufungsgericht eine Beweiserhebung wiederholen wird. Eine eindeutigere und für die Parteien verlässlichere Basis für die zweitinstanzliche Beweisaufnahme würde geschaffen, wenn diese an die vorherige Feststellung eines erstinstanzlichen Verfahrensfehlers gebunden würde.

Mit der Rüge eines solchen Verfahrensfehlers könnten sich die Parteien jedoch in der Regel nicht bis zur Berufung Zeit lassen, wenn gleichzeitig - wie zu 1 vorgeschlagen - die materielle Prozeßleitung des Gerichts in erster Instanz gestärkt würde; denn damit würde nicht nur die gerichtliche Tätigkeit intensiviert, sondern gerade auch die Aktivität der Parteien zielgerichtet verstärkt werden. Würden die Parteien die mit den gerichtlichen Hinweisen verbundene Gelegenheit zur Äußerung nicht nutzen, wären spätere Verfahrensrügen gem. § 295 Abs. 1

¹⁴ Vgl. Bericht zur Rechtsmittelreform in Zivilsachen (Fn. 4) S. 17f.

¹⁵ Bericht zur Rechtsmittelreform in Zivilsachen (Fn. 4) S. 12f.

ZPO ausgeschlossen. Daher ist nicht zu befürchten, daß der Schwerpunkt des Berufungsverfahrens sich von der Sache selbst auf Verfahrensfragen verlagert.¹⁶

Soweit Verfahrensfehler aber nicht gem. § 295 Abs. 1 ZPO überholt sind und daher im Berufungsverfahren noch gerügt werden können, würde eine gleichzeitige Bindung des Berufungsgerichts an erhobene Verfahrensrügen die Parteien auch zu einer intensiveren Prüfung des erstinstanzlichen Verfahrens vor Einlegung des Rechtsmittels veranlassen und damit die Effektivität des Berufungsverfahrens erhöhen, ohne eine Einbuße an Prüfungsintensität auf Seiten des Berufungsgerichts befürchten zu müssen (wenn die Parteien die ihnen obliegende Aufgabe tatsächlich wahrnehmen).

b) Quantitative Aspekte

In welchem Maß sich die skizzierte Reform auf den Umfang der zweitinstanzlichen Beweisaufnahmen auswirken würde, läßt sich abschätzen, wenn man die einzelnen Fallgruppen getrennt betrachtet.

(1) Entfallen würden zunächst die wiederholten Beweisaufnahmen, sofern ein Rechtsmittelkläger nicht (eine bisher nicht erhobene) verfahrensrechtliche Rüge erheben kann und erhebt. Die Zahl solcher Beweisaufnahmen ist jedoch eher gering. Bei den Fällen, in denen allein die materiellrechtliche Rüge erhoben worden war, tendiert sie - abgesehen vom wiederholten Zeugenbeweis beim OLG - gegen Null. In den Fällen der mit anderen Begründungen kombinierten materiellrechtlichen Rüge ist in etwa der Hälfte die Kombination mit der Feststellungsrüge auszumachen (Teil V A.2.). Dementsprechend dürfte auch etwa die Hälfte der wiederholten Beweisaufnahmen bei den Verfahren entfallen, in denen die materiellrechtliche Rüge mit anderen verbunden war. Das sind bei vorsichtiger Schätzung 3-5% der vorgenannten Verfahren oder 1-3% aller Verfahren.

(2) In etwa der gleichen Größenordnung dürften sich auch die Konsequenzen der angedeuteten Reform bei den Beweisaufnahmen mit neuen Beweismitteln auswirken. Einerseits liegen hier die Ausgangszahlen (absolut gesehen) deutlich höher als bei den wiederholten Beweisaufnahmen; andererseits ist ein Teil der Beweisaufnahmen mit neuen Beweismitteln dadurch veranlaßt, daß das Berufungsgericht von der materiellrechtlichen Sicht des Eingangsgerichts abweicht und daher neue Beweismittel in diesen Fällen auch in Zukunft nicht ausgeschlossen werden können.

(3) Der soeben genannte Aspekt - der andere materiellrechtliche Standpunkt des Berufungsgerichts - dürfte auch der entscheidende Grund für die Beweisaufnahmen mit Beweismitteln sein, die das Erstgericht außer acht gelassen hatte. Daher würde sich die angedeutete Rechtsmittelreform in dieser Gruppe voraussichtlich nicht auswirken.

9. Neues Vorbringen

Erwogen wird, im zweiten Rechtszug nur noch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, welche die Partei in der Eingangsinstanz noch nicht vortragen konnte oder infolge eines Rechtsfehlers des Erstgerichts nicht vorgebracht hat.¹⁷ Welche Auswirkungen könnte ein solcher Vorschlag haben?

¹⁶ Dazu und dagegen bereits *Rimmelspacher*, Die Berufungsinstanz zwischen Rechtskontrolle und Tatsachenkorrektur, in: Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Rechtsstaat-Rechtsmittelstaat, Triberger Symposium, 1999, S. 47 (61f).

¹⁷ Bericht zur Rechtsmittelreform in Zivilsachen (Fn. 4) S.19ff. - Dazu *Rimmelspacher ZZP* 107 (1994), 440ff;

a) Ein nennenswerter Rückgang der Berufungen ist als Folge einer derartigen Regelung kaum zu erwarten. Schon bisher wurden nämlich weniger als zwei Prozent der Berufungen ausschließlich mit neuem Vorbringen gerechtfertigt.

Um abschätzen zu können, wieviel davon auf die Fälle mit den (auch nach dem genannten Reformvorschlag) zulässigen Nova entfallen, bietet sich ein Blick auf die Zulassungsbegründungen der Berufungskläger an.¹⁸ Da diese nur in 33,1% beim OLG, in 25,5% beim LG Nova allein mit entsprechenden Begründungen vortragen,¹⁹ wird man den Entlastungseffekt einer Novenbeschränkung in der apostrophierten Weise für die Anzahl der Berufungen auf deutlich unter 1% einschätzen müssen. Daran ändert sich auch nichts wesentliches, wenn man berücksichtigt, daß nicht in allen Fällen die von der Partei vorgetragene Begründung vom Berufungsgericht als zutreffend angesehen wird. So haben die Berufungskläger zwar in 109/65 Fällen (OLG/LG) neues Vorbringen ausschließlich mit der Begründung gerechtfertigt, sie seien in erster Instanz zum Vortrag noch nicht in der Lage gewesen (Frage 26c, Spalte 1, Var. 1-4), die Berufungsgerichte haben dieses Vorbringen in 27/28 Fällen (OLG/LG) aber mit anderer Begründung (Frage 26d, Spalte 1, Var. 6,7,8,11) zugelassen.

b) Etwas stärker fällt der Entlastungseffekt beim Beweisaufwand zu Buch. Er dürfte in 3 bis 4% aller Verfahren (beim LG eher an der unteren, beim OLG eher an der oberen Grenze) bisher durchgeführte Beweisaufnahmen zu Nova entbehrlich werden lassen.

c) Die beiden vorgenannten Entlastungseffekte wirken sich in den konkret betroffenen Verfahren in Form einer deutlichen Verkürzung der Verfahrensdauer spürbar aus. Das bestätigt auch der Blick auf die Verfahren, in denen vorgetragene Nova vom Berufungsgericht nicht zugelassen wurden.²⁰ Damit würde sich folglich auch die durchschnittliche Dauer aller Berufungsverfahren verringern.

d) Ausweichstrategien in der Berufungsinstanz bieten sich für die Parteien kaum an. Es gibt insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, daß in den Fällen, in denen Parteien bisher Nova mit der Begründung, sie wirkten nicht prozeßverzögernd, oder ohne Begründung im zweiten Rechtszug vorgetragen haben, sie nach einer Novenbeschränkung in der angedeuteten Weise auf dann noch zulässige Begründungen ausweichen könnten. In einer gewissen Zahl von Fällen ist freilich damit zu rechnen, daß eine Beschränkung des Vorbringens neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel für die Berufungsinstanz die Parteien zur vermehrten Anstrengung im ersten Rechtszug veranlassen werden, so daß, was bisher vom Berufungsgericht korrigiert werden mußte, bereits vom Eingangsgesicht zutreffend entschieden werden kann.

e) Dem hier erörterten Vorschlag, neues Vorbringen im zweiten Rechtszug zu beschränken, wird freilich die Befürchtung entgegengehalten, daß die Parteien dann in erster Instanz so viel Prozeßstoff wie möglich in das Verfahren einführen, gleichgültig ob es aus ihrer Sicht darauf

Triberger Symposium 1998, S. 58ff.

¹⁸ Vgl. Tabellen VI/3a-4b.

¹⁹ Tabellen VI/3a-4b, jeweils Nr. 1-4 bei Addition der Spalten 1 und 2.

²⁰ Vgl. Tabellen VI/10.

ankommt, um bei einer Änderung des materiellrechtlichen Standpunkts im zweiten Rechtszug genügend „Material“ zur Verfügung zu haben.

Die Befürchtung, auf diese Weise das erstinstanzliche Verfahren zu belasten, ist jedoch unbegründet, wenn sichergestellt wird, daß eine Partei in Fällen der gerade bezeichneten Art die in erster Instanz nicht vorgetragenen Angriffs- und Verteidigungsmittel im zweiten Rechtszug nachbringen kann.

10. Präklusion

Die bisherige für die Berufung spezifische Präklusionsregelung des § 528 Abs. 1, 2 ZPO würde mit dem zu 9 erörterten Vorschlag obsolet werden.

Dagegen besteht kein Anlaß, die Präklusionsnorm des § 528 Abs. 3 ZPO zu ändern. Insoweit kommt es vielmehr darauf an, sie auch tatsächlich anzuwenden.

11. Neue Ansprüche in der Berufungsinstanz

In Teil IX hat sich gezeigt, daß insbesondere vor dem OLG eine nicht geringe Zahl neuer Ansprüche in Form von Klageänderungen, Widerklagen und Aufrechnungen ins Berufungsverfahren eingeführt wird. Die dadurch verursachten Verfahrensverzögerungen sind von nicht unerheblichem Gewicht, die „Erfolgsquote“ für die neuen Ansprüche liegt freilich unter 50%.

Es stellt sich daher die Frage, ob sich der ermittelte Aufwand lohnt oder ob man im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung nur noch dann einen neuen Anspruch zulassen soll, wenn sich der diesem zugrunde liegende Prozeßstoff mit dem der Berufung ohnehin deckt. Dagegen empfiehlt es sich nicht, die „Sachdienlichkeit“ als entscheidendes Zulassungskriterium zu verwenden; denn dieses Merkmal wird schon jetzt teils großzügig, teils rigoros gehandhabt wird.

Gegen den hier skizzierten Vorschlag wird eingewandt,²¹ er benachteilige die Partei, die eine Klage ändern oder erweitern, eine Widerklage erheben oder eine Aufrechnung erklären wolle: es könne durchaus zweifelhaft sein, ob Tatsachen, die den neuen Antrag oder die Aufrechnung begründen sollen, zulässig sind; es könne daher geschehen, daß das Berufungsgericht eine für die Partei negative Entscheidung in der Sache trifft, weil eine einzelne anspruchsbegründende Tatsache nicht berücksichtigt werden konnte. Die Partei sei dann mit dem geltend gemachten Anspruch rechtskräftig abgewiesen, stehe also schlechter als wenn der neue Anspruch überhaupt nicht hätte geltend gemacht werden dürfen.

Dieser Einwand beruht jedoch auf einer unzutreffenden Einschätzung von der Tragweite der Rechtskraft. Diese schließt die erneute Geltendmachung eines Anspruchs nicht aus, wenn zu dessen Begründung nunmehr Umstände vorgetragen werden, die im vorigen Verfahren nicht zulässig waren. Das ist für die vergleichbare Situation beim Urkundenprozeß (§ 597 Abs. 2 ZPO) anerkannt;²² denn hiernach ist der Kläger, der seinen Anspruch nicht oder nicht vollständig mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln nachweisen konnte, nicht gehindert, den Anspruch im ordentlichen Verfahren erneut einzuklagen und nunmehr auf die im Urkundenprozeß unzulässiger Weise ins Feld geführten Beweismittel zu stützen. Die Regelung beruht auf dem Gedanken, daß die Rechtskraft eine Partei nur mit solchem Vorbringen präkludiert, das sie im Erstverfahren geltend machen konnte (unabhängig davon, ob sie es geltend gemacht hat). Umgekehrt gilt ebenso, daß eine Partei nicht mit dem Vorbringen ausgeschlossen ist, das im früheren Prozeß nicht zulässig war. Dieser Grundgedanke trifft nicht

²¹ Stellungnahme der BRAK zum Bericht zur Rechtsmittelreform in Zivilsachen, Oktober 1999, S. 26.

²² RGZ 148, 199, 201; MünchKomm-ZPO/Braun, 1. Aufl. 1992, § 597 Rn. 8; Zöller/Greger, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 597 Rn. 7 m.w.Nachw.

nur zu, wenn es sich um Beweis-, sondern auch dann, wenn es sich um Tatsachenvorbringen handelt.

Um jegliches Mißverständnis auszuschließen, könnte im Rahmen der Regelung zur Geltendmachung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz eine Klarstellung erfolgen, die sinngemäß dem § 597 Abs. 2 ZPO entspricht.

12. Entscheidung über die Berufung ohne mündliche Verhandlung

Die ZPO ermöglicht es dem Berufungsgericht in § 519b Abs. 2 nur, ein unzulässiges Rechtsmittel ohne mündliche Verhandlung zu verwerfen. Erwägenswert ist, ihm zu gestatten, in gleicher Weise auch unbegründete Berufungen zurückzuweisen. In Betracht kommen hierfür Verfahren, in denen bisher das Rechtsmittel nach einmaligem Verhandlungstermin ohne Beweisaufnahme zurückgewiesen wurde.

Das waren – nimmt man zunächst nur die Fälle in den Blick, in denen die Berufung ausschließlich mit einer materiellrechtlichen Rüge begründet wurde – beim OLG 114 Verfahren (11,1% von 1027 hier auswertbaren Verfahren) und beim LG 164 Fälle (16,1% von 1019). Damit erweisen sich allein aufgrund dieser Überlegung beim OLG rund ein Zehntel und beim LG etwa ein Sechstel aller Verfahren als mögliche „Kandidaten“ für eine Berufungszurückweisung ohne mündliche Verhandlung.

Darüber hinaus dürften aber auch unter den übrigen Fällen, in denen lediglich ein Verhandlungstermin stattgefunden und danach die Berufung in vollem Umfang zurückgewiesen wurde, weitere Verfahren sein, die für eine beschlußmäßige Zurückweisung des Rechtsmittels in Betracht kommen. Insgesamt (also einschließlich der im vorigen Absatz erörterten Verfahren) handelt es sich um 293 derartige Fälle beim OLG (12,6% von 688 Verfahren mit 1 Verhandlungstermin; 28,3% aller 1034 OLG-Verfahren) und 417 Fälle beim LG (54,9% von 759 Verfahren mit einem Verhandlungstermin; 40,8% aller 1022 LG-Verfahren).

Danach kann beim OLG bei etwa einem Fünftel, beim LG ungefähr bei einem Drittel aller untersuchten Verfahren die Möglichkeit einer Zurückweisung der Berufung ohne mündliche Verhandlung ins Auge gefaßt werden.