

**Stellungnahme**  
der Bundesrechtsanwaltskammer  
**Änderungsvorschläge zum Zivilprozessreformgesetz**

erarbeitet von dem

**ZPO/GVG-Ausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

RA	JR Dr. Karl <b>Eichele</b> , Koblenz, Vorsitzender
RA (BGH)	Dr. Hermann <b>Büttner</b> , Karlsruhe
RAuN	Horst <b>Droit</b> , Wallenhorst
RA	Dr. Gerold <b>Kantner</b> , Rostock
RA	Dr. Jürgen F. <b>Kemper</b> , Berlin
RAInuN	Dr. Bettina <b>König</b> , Pinneberg
RA	Dr. Andreas <b>Reiners</b> , München
RA	Lothar <b>Schmude</b> , Köln
RA	Dr. Hans-Heinrich <b>Winte</b> , Hildesheim

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein

---

**April 2003**

Die ersten Erfahrungen mit der Zivilprozessreform zeigen, dass in einigen Punkten dringender Änderungsbedarf besteht. Hierzu macht die Bundesrechtsanwaltskammer folgende Vorschläge, ohne damit Bedenken und Wünsche aufzugeben, die insbesondere im Berufungsverfahren die Bindung an festgestellte Tatsachen, die Beschränkung neuen tatsächlichen Vorbringens, den Verlust der mündlichen Verhandlung in den Fällen der Beschlusszurückweisung und für das Revisionsverfahren die begrenzten Zulassungsmöglichkeiten betreffen; insoweit wird der Erfahrungsbericht abzuwarten sein, der nach § 119 Abs. 6 GVG zu erwarten ist, auch wenn kein Bundesland von der –Möglichkeit des § 119 Abs.3 GVG Gebrauch gemacht hat. Die nachfolgenden Vorschläge beschränken sich deshalb auf Regelungen, die an den Grundsätzen der Zivilprozessreform nichts ändern. Es geht allein darum, den täglichen Umgang mit der Reform zu erleichtern.

## I.

### **Berufungszuständigkeit des OLG bei Amtsgerichtsurteilen, § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG**

Das Oberlandesgericht ist für Berufungen gegen Entscheidungen des Amtsgerichts zuständig, wenn eine Partei den allgemeinen Gerichtsstand „im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in erster Instanz außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes hatte“ oder „das Amtsgericht ausländisches Recht angewendet und dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich festgestellt hat“.

#### a)

Diese erst spät in das Gesetzgebungsverfahren hineingekommene Vorschrift ist (so Zöllner § 119 GVG, 1) „ohne Einbindung der Fachwissenschaft wie der Praxis“ geschaffen worden – offensichtlich als Ausgleich dazu, dass kein einheitliches Berufungsgericht gekommen ist (vgl. § 119 Abs. 3 GVG). Unabhängig davon, ob es eine gespaltene Berufung geben muss, wenn auf einer Seite mehrere Personen stehen, die ihren Wohnsitz teils im Inland teils im Ausland haben (vgl. dazu Heidemann NJW 2002, 494), ist diese Sonderzuständigkeit weder innerlich zu rechtfertigen noch praktikabel: Woher soll der Prozessbevollmächtigte erkennen, ob der Kläger tatsächlich seinen „allgemeinen Gerichtsstand“ im Ausland hat, wenn er eine deutsche Anschrift angibt? Insbesondere bei Unfällen mit Ausländern macht es wenig Sinn, allein deshalb eine OLG-Zuständigkeit zu begründen (vgl. den Beschluss des OLG Köln vom 27.09.2002 – NJW RR 2003, 283): Für die Rechtslage bei einem solchen Unfall in Deutschland ist es ohne jede Bedeutung, wo der Fahrer, der Halter oder die Haftpflichtversicherung zu Hause sind.

Es ist außerdem nicht erkennbar, dass die Anwendung ausländischen Rechts dem Landgericht als Berufungsgericht unüberwindliche Schwierigkeiten machen könnte.

Es empfiehlt sich deshalb, § 119 Nr. 1 b und c GVG ersatzlos aufzuheben.

#### b)

Allerdings legt die bisherige Vorschrift nahe, § 281 ZPO dahin zu erweitern, dass eine Verweisung nicht nur innerhalb derselben Ebene (horizontal), sondern auch zwischen Landgericht und Oberlandesgericht ermöglicht werden sollte (vertikale Verweisung): Letztlich ist nicht einzusehen, weshalb beide Zuständigkeitsfragen unterschiedlich geregelt werden sollten und es zur Verwerfung einer Berufung deshalb kommen müsste, weil (wegen oder ohne § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG) das falsche Berufungsgericht angerufen wurde. Eine entsprechende Anwendung von § 281 ZPO befürwortet schon heute Geimer (Zöllner § 119 GVG, Rand-Nr. 16).

## II.

1.

**Hinweispflichten (§ 139 Abs. 2 und 4 ZPO).**

Die Vorschrift sollte – entgegen den Vorschlägen einiger Justizverwaltungen – nicht geändert werden. Hier sollte der Erfahrungsbericht abgewartet werden. Nach den bisherigen Erfahrungen ist die Protokollierung von Hinweisen eine wichtige Notwendigkeit, Überraschungsentscheidungen zu vermeiden, die unter dem neuen Berufungsrecht grundsätzlich nicht mehr korrigierbar sind.

2.

**Kostenregelung bei Klagerücknahme (§ 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO)**

Der Gesetzgeber wollte eine Möglichkeit schaffen, dass dem Beklagten die Kosten auch dann auferlegt werden, wenn er die Zahlungsfrist versäumt hat und deshalb Klage erhoben werden musste, die dann zurückgenommen wird: Die Rechtsprechung und vielfach die Literatur (vgl. Zöller § 269 ZPO, 8 a; Thomas-Putzo § 269 ZPO, 5; Baumbach-Lauterbach § 269 ZPO, 5, 39; anderes nur Musielak sehen die neue Vorschrift nur dann als anwendbar, wenn die Klage bereits zugestellt wurde und der Rechtsstreit deshalb rechtshängig geworden ist: Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass eine Kostenregelung zu Lasten des Beklagten bereits dann möglich ist, wenn er nach Einreichung der Klage erst gezahlt hat.

3.

**Anordnung des persönlichen Erscheinens zur Güteverhandlung (§ 278 Abs. 3 ZPO)**

Leider wird die Sollvorschrift von vielen Gerichten dahin verstanden, dass ohne Rücksicht auf die berufliche oder sonstige Belastung der Parteien oder deren persönliche Informationsfähigkeit deren Erscheinen angeordnet wird – und trotz Bitten der Gegenäußerung aufrecht erhalten bleibt. Das gilt selbst dann, wenn Fahrt- und Zeitaufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Streitigkeit stehen, so dass eine entsprechende Verärgerung über diese gesetzliche Regelung und deren Anwendung verständlich ist.

4.

**Entscheidung über die Berufungszulassung (§ 511 Abs. 4 ZPO)**

Nach § 511 Abs. 2 ZPO gibt es die „Streitwertberufung“ sowie die „Zulassungsberufung“; nach dieser Aufteilung kommt eine Berufungszulassung und damit auch eine Entscheidung über die Zulassung nur dort in Betracht, wo eine Streitwertberufung nicht zulässig ist. Deshalb sollte die in der Literatur erörterte Streitfrage gesetzlich geregelt werden, dass über die Berufungszulassung nur dort zu entscheiden ist, wo die Urteilsbeschwer 600,-- € nicht übersteigt. – Es erscheint nicht notwendig, über die Berufungszulassung dort zu entscheiden, wo die Gesamtbeschwer 600,-- € übersteigt, Einzelpositionen jedoch unter dieser Grenze liegen.

5.

**Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfristen (§ 520 Abs. 2 Satz 3 sowie § 551 Abs. 2 Satz 6 ZPO) und Einführung einer Verlängerungsmöglichkeit für die Anschlussberufung**

Nach der Reform kann das Rechtsmittelgericht ohne Zustimmung des Gegners die Begründungsfrist nur einmal verlängern und höchstens um den Zeitraum der gesetzlichen Begründungsfrist – von einem Monat für die Berufungsbegründung und von 2 Monaten für die Revisionsbegründung.

Vorgeschlagen wird eine Änderung dahin, dass entsprechend der bisherigen Regelung für die Berufungsbegründungsfrist (in § 519 Abs. 2 Satz 3 ZPO a.F.) verlängert werden kann:

„Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden, wenn nach seiner freien Überzeugung der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn der (Berufungs- oder Revisions-) Kläger erhebliche Gründe darlegt.“

Die Bundesrechtsanwaltskammer teilt voll die Auffassung des BGH-Präsidenten in dessen Schreiben vom 16.09.2002 an das Bundesministerium der Justiz. Aus anwaltlicher Sicht kommen folgende Überlegungen hinzu:

a)

Ohne Einsicht in die Gerichtsakten kann der Prozessbevollmächtigte nicht überprüfen, ob dem Gericht alle Schriftsätze vorliegen – außerdem die in den Schriftsätzen in Bezug genommenen Anlagen. Dafür ist eine Einsicht in die Gerichtsakten unabdingbar. Es zeigt sich in der Praxis immer wieder, dass in die Gerichtsakten nicht alle Schriftsätze gelangt sind; auch wenn beide Seiten darauf Bezug nehmen, bemerkt das Gericht das Fehler nicht in jedem Falle, weist in Einzelfällen die Parteien nicht auf ein festgestelltes Fehlen hin. Zuweilen wird von Anwaltsseite übersehen, Anlagen einem Schriftsatz beizufügen; umgekehrt werden zuweilen große Anlagenteile (Anlagenbände pp.) beim Gericht gesondert aufbewahrt und gelangen dann nicht ohne weiteres zum Rechtsmittelgericht (mitunter nimmt nicht einmal der Urteilsverfasser sie zur Kenntnis). Unabhängig davon, ob alle Anlagen und Schriftsätze in die Gerichtsakten gelangt sind, können mitunter Fotos oder Pläne, die lediglich als Kopien in den Handakten des Prozessbevollmächtigten sind, im Gegensatz zu den bei den Gerichtsakten befindlichen Originalen kein zuverlässiges Bild abgeben. Nicht immer gibt der Gegner seine dem Gericht vorgelegten Anlagen auch der anderen Partei; das ist zum einen nach § 131 ZPO nicht notwendig, im übrigen minimiert sich die Unterrichtung auf der Grundlage der durch die Rechtsprechung immer mehr eingeschränkten Erstattbarkeit von Kopiekosten (trotz Einführung der Dokumentenpauschale, § 27 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO i.V. mit Gebühren-Nr. 9000 in Anlage 1 zum GKG). Jedenfalls kann der Prozessbevollmächtigte ohne unmittelbare Kenntnis von den in den Gerichtsakten befindlichen Anlagen nicht verantwortlich arbeiten.

b)

Der Prozessbevollmächtigte ist auf eine Einsicht in die Gerichtsakten regelmäßig angewiesen, wenn er Verfahrensrügen begründet:

- Sind etwa Fristsetzungen durch das Gericht ordnungsgemäß unterschrieben (und nicht lediglich paraphiert) ?
- Ist die Streitverkündung ordnungsgemäß erfolgt und zugestellt ?
- (Wie) Sind Hinweise, die den Parteien nicht schriftlich zugegangen sind, „aktenkundig“ gemacht (vgl. § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO) ? Nach der Regierungsbegründung zu § 139 ZPO kann durch einen lediglich internen Vermerk „aktenkundig“ gemacht werden, was deshalb für den Prozessbevollmächtigten ohne Einsicht in die Gerichtsakten nicht erkennbar ist.
- Verfristungen (etwa nach § 12 Abs. 3 VVG) oder der Verjährungseintritt sind zuweilen nur durch Einsicht in die Gerichtsakten zu klären: Zu welchem Zeitpunkt ist die Klageschrift eingegangen, wann der Gerichtskostenvorschuss angefordert, wann ist er eingegangen ?
- Sind Zustellungen überhaupt in Ordnung ? Ist möglicherweise die Klageschrift nicht unterzeichnet worden ?

c)

Der Rechtsmittelführer ist nicht nur auf die Einsicht in die Gerichtsakten angewiesen, die oft erst sehr spät zum Rechtsmittelgericht gelangen (beispielsweise wegen einer Tatbestandsberichtigung, wegen der Kostenfestsetzung oder auch der Gerichtskostenabrechnung). Der Prozessbevollmächtigte kann auf Informationen durch die Partei angewiesen sein. Insbesondere in üblichen Urlaubszeiten können sich der Urlaub der Prozessbevollmächtigten mit demjenigen der Partei (und/oder ihres Sachbearbeiters) addieren, so dass der Prozessbevollmächtigte des Rechtsmittelführers auf großzügigere Verlängerungsmöglichkeiten für die Begründungsfrist angewiesen ist; in Umfangsverfahren kommt das Problem hinzu, eine große Aktenmasse innerhalb begrenzter Fristen zu bearbeiten.

Die Abwägungsmöglichkeit, die § 519 Abs. 2 ZPO a.F. dem Vorsitzenden eingeräumt hat, lässt jedenfalls eine missbräuchliche Handhabung im Sinne einer Verzögerung zuverlässig vermeiden.

d)

Als unbefriedigend wird die Fristenregelung bei der **Anschlussberufung** nach § 524 ZPO empfunden (OLG Celle NJW 2002, 2651). Die Anschlussberufung muss innerhalb eines Monats nach Zustellung der Berufungsbegründung eingelegt und ohne Verlängerungsmöglichkeit gleich begründet werden. Es ist nicht einzusehen, warum der Anschlussrechtsmittelkläger schlechter gestellt wird als der Rechtsmittelführer selbst, der eine Verlängerung jedenfalls um einen Monat erreichen kann. Es ist jedenfalls kein Argument, darauf zu verweisen, der Anschlussrechtsmittelführer könne sich nach Zustellung des Urteils schon einmal überlegen, ob er Anschlussrechtsmittel einlege, wenn ein Rechtsmittel komme. Zu diesem Zeitpunkt steht überhaupt noch nicht fest, wie das Rechtsmittel begründet wird.

Unabhängig davon führt diese Fristenregelung dazu, dass Anschlussberufung und Berufungserwiderung praktisch innerhalb der einmonatigen Anschlussbegründungsfrist zu fertigen sind. Das Rechtsmittelgericht setzt regelmäßig zur Begründung eine längere Frist. Wenn aber Anschlussrechtsmittel eingelegt wird, führt dies dazu, dass die Begründung für das Anschlussrechtsmittel und die Rechtsmittelerwiderung selbst zusammen angefertigt werden. Dies ist unbefriedigend. Die Reform sollte deshalb dazu genutzt werden, eine Verlängerungsmöglichkeit von jedenfalls einem Monat für die Anschlussberufung gesetzlich zu regeln.

6.

#### **Fristenprobleme durch Prozesskostenhilfverfahren während oder vor einem Rechtsmittelverfahren (§ 520 Abs. 2, § 551 Abs. 2 ZPO)**

Nach altem Recht begannen die Rechtsmittelbegründungsfristen mit Einlegung des Rechtsmittels; wenn also nach einem längeren Prozesskostenhilfverfahren zur Einlegung eines Rechtsmittels die Prozesskostenhilfe bewilligt wurde, begann die Rechtsmittelbegründungsfrist erst, wenn mit dem Wiedereinsetzungsgesuch das Rechtsmittel eingelegt war. Nach dem Reformgesetz beginnt die Begründungsfrist jedoch bereits mit der Zustellung des anzufechtenden Urteils. Bei einem längeren Prozesskostenhilfverfahren ist deshalb die Rechtsmittelfrist ebenso abgelaufen wie die Frist zu dessen Begründung. Das bedeutet, dass nach § 236 Abs. 2 ZPO mit dem Wiedereinsetzungsgesuch zugleich das Rechtsmittel wie auch dessen Begründung vorgelegt werden muss – dies innerhalb der Frist von 2 Wochen nach Behebung des Hindernisses (§ 234 Abs. 1 ZPO).

Hat etwa die Naturpartei (ohne einen Rechtsanwalt) das Prozesskostenhilfegesuch gestellt oder aber (insbesondere beim BGH) der Prozessbevollmächtigte, der das anzufechtende Urteil erstritten hat, die Partei aber vor dem Revisionsgericht nicht vertreten kann, wird jeweils ein mit dem Prozessstoff nicht vertrauter Anwalt beigeordnet; dieser ist nicht in der Lage, innerhalb von 2 Wochen verantwortungsvoll eine Rechtsmittelbegründung zu verfassen (möglicherweise sogar noch Prozessstoff herbeizuschaffen, wenn es um ein

Berufungsverfahren geht, insbesondere in solchen Familiensachen, in denen weitergehender Sachvortrag zulässig ist - §§ 615, 621 d ZPO). Die gängigen Kommentare verneinen die Möglichkeit, mit dem Wiedereinsetzungsgesuch zugleich einen Verlängerungsantrag für die Begründungsfrist vorzulegen und diese verlängern zu lassen (Zöller § 236 ZPO, 8; B-L § 236 ZPO, 13). Das OLG Zweibrücken hat in einem obiter dictum eine solche Verlängerungsmöglichkeit zwar bejaht (OLGR 2002, 437). Für jeden Prozessbevollmächtigten ist es jedoch eine Haftungsfalle, wenn er auf eine höchstrichterliche Entscheidung warten müsste, ob außerhalb des Gesetzes für die arme Partei eine neue richterliche Begründungsfrist geschaffen wird.

Zwar ist dies für die Sondergerichtsbarkeiten geschehen: Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Frist von einem Monat seit Zustellung des die Wiedereinsetzung hinsichtlich der Einlegungsfrist gewährenden Beschlusses geschaffen, um eine Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu begründen (NJW 1992, 2307); entsprechend hat das Bundesarbeitsgericht eine solche Monatsfrist durch Beschluss vom 19.09.1983 geschaffen (NJW 1984, 941); das Bundessozialgericht hat dies ebenso getan (BSG SozR 1500 § 164 SGG Nr. 9 und § 67 SGG Nr. 13). Demgegenüber räumt der Bundesfinanzhof (BFH 104, 184) lediglich die Möglichkeit der Wiedereinsetzung ein.

Für die ordentliche Gerichtsbarkeit muss im Interesse der Rechtssicherheit eine gesetzliche Klärung erfolgen; die könnte inhaltlich etwa dahin lauten,

dass die Rechtsmittelbegründungsfrist mindestens einen Monat nach Einlegung des zulässigen Rechtsmittels beträgt (und nach den allgemeinen Vorschriften verlängerbar ist).

7.

#### **Teure Gerichtskosten für den Berufungszurückweisungsbeschluss (§ 522 ZPO)**

Die Möglichkeit, Berufungen durch Beschluss zurückzuweisen, wird von den Spruchkörpern ganz unterschiedlich gehandhabt. Hier wird im Ergebnis erst die Tatsachenforschung, die bereits im Hinblick auf die (allerdings leergelaufene) Vorschrift des § 119 Abs. 6 GVG erforderlich ist, weitere Erkenntnisse bringen.

Für die Anwaltschaft bleibt jedenfalls schlecht erträglich, dass der Beschluss, der nach § 522 Abs. 2 ZPO die Berufung zurückweist, in jedem Fall unanfechtbar ist. Unabhängig davon, dass die Vorschrift verfassungsfest ist (BVerfG BauR 2002, 1740), erscheint die Situation unausgewogen: Wenn durch Urteil entschieden wird, ist die Nichtzulassungsbeschwerde denkbar; wenn das Obergericht eine (zugelassene) Berufung einstimmig als unbegründet durch Beschluss zurückweist (§ 130 a VwGO), kann ebenfalls die Nichtzulassungsbeschwerde erhoben werden.

Das Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO kostet ebenso viel (nämlich 4,5 Gebühren nach Positionen 1220, 1226) wie ein ausführlich begründetes Berufungsurteil nach mündlicher Verhandlung und umfangreicher Beweisaufnahme. Wenn sich nach einer solchen umfangreichen Beweisaufnahme herausstellt, dass die Berufung unbegründet ist, kann sie zurückgenommen werden und kostet dann lediglich 1,5 Verfahrensgebühren; sogar dann, wenn das Urteil ergeht und auf Tatbestand wie Entscheidungsgründe verzichtet wird, kostet es mit insgesamt 3 Gebühren (Nrn. 1220, 1227) weniger als die um 50 % teurere Beschlusszurückweisung. Wenn man den jeweiligen Aufwand ins Verhältnis setzt, darf der Zurückweisungsbeschluss nicht mehr als 1 Gebühr kosten.

8.

### **Beschwerunabhängige Revision gegen ein die Berufung verwerfendes Urteil (vgl. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO) ?**

§ 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO sieht vor, dass die unzulässige Berufung durch Beschluss verworfen werden kann; gegen diesen Beschluss ist die Rechtsbeschwerde eröffnet, und zwar unabhängig von der Beschwer. Wenn dagegen erst nach mündlicher Verhandlung festgestellt wird, dass die Berufung unzulässig ist, muss sie durch Urteil verworfen werden. Aufgrund von § 26 Nr. 8 EGZPO wäre alsdann bei wörtlicher Auslegung der Zugang zum BGH nur eröffnet, wenn die Beschwer 20.000,-- € übersteigt. Zur Gleichstellung (auch im Hinblick auf § 547 ZPO a.F.) erscheint es sachgerecht, das Revisionsverfahren bei einer unzulässigen Berufung auch dann zu eröffnen, wenn sie durch Urteil verworfen wurde (s. BGH FamRZ 2003, 371).

9.

### **Anschlussberufung (§ 524 ZPO)**

Die auf einen Monat (nach Zustellung der Berufungsbegründungsfrist) beschränkte Frist zur Einlegung der Anschlussberufung ist insgesamt unglücklich – insbesondere dann, wenn sie als erfolversprechend dazu führt, dass die Berufung durch Beschluss zurückgewiesen und allein deshalb der Anschlussberufungskläger mit Kosten belastet wird (OLG Düsseldorf MDR 2003, 288). Die Befristung ist jedenfalls dort nicht angebracht, wo (§§ 615, 621 d ZPO) unbeschränkt in der Berufungsinstanz vorgetragen werden kann. Insbesondere können neue Entwicklungen (etwa beim Einkommen des Unterhaltsberechtigten wie auch des Unterhaltspflichtigen) notwendig machen, den Antrag des Berufungsbeklagten entsprechend anzupassen. Die Möglichkeiten, eine Anschlussberufung einzulegen, müssen mit den Möglichkeiten des zulässigen Parteivorbringens –übereinstimmen. Andernfalls entstehen auch Probleme durch das Verhältnis zur Abänderungsklage nach § 323 ZPO: Kann es richtig sein, dass der Berufungsbeklagte noch während eines laufenden Berufungsverfahrens bereits Abänderungsklage erheben muss, um veränderte Verhältnisse (zugleich im Berufungsverfahren wie auch in erster Instanz?) geltend zu machen? Gerade in Familienverfahren prozessieren wirtschaftlich schwache Parteien; es erscheint neben den prozessualen Schwierigkeiten auch politisch nicht zu verantworten, derartigen Parteien zuzumuten, zwei Verfahren nebeneinander über denselben Sachverhalt und letztlich mit demselben Ziel zu verfolgen. Möglicherweise führt dies auch zu widersprechenden Urteilen, ganz unabhängig davon, ob beide Verfahren wirklich nebeneinander geführt werden können.

Bei diesen Überlegungen wird unterstellt, dass bei rechtzeitig beantragter Prozesskostenhilfe eine Anschlussberufung auch nach Fristablauf zusammen mit einem Wiedereinsetzungsgesuch noch eingelegt werden kann (Münchener Kommentar § 524 ZPO, 5; Musielak § 554 ZPO, 9 – dort für die Anschlussrevision).

Die Befristung ist jedoch nicht nur in Familiensachen wenig sinnvoll: Es kommt immer wieder vor, dass der Berufungsbeklagte im ersten Rechtszug in vollem Umfang obsiegt hat, das Berufungsgericht jedoch den Klageantrag und den Tenor für unrichtig erachtet, etwa im Hinblick auf die Bestimmtheit, die Präzisierung oder auch die Einschränkung eines Feststellungsausspruchs. Solche Bedenken werden dann jedoch erst bei der Terminsvorbereitung oder auch im Termin erhoben und sind für den Berufungsbeklagten jedenfalls innerhalb der Frist von einem Monat nach Zustellung der Berufungsbegründung nicht erkennbar. Solche Bedenken konnten bisher über eine Anschlussberufung (regelmäßig im Einvernehmen aller Prozessbeteiligten) repariert werden. Das ist heute nicht mehr möglich. Dadurch kann eine Berufung aus rein formalen Gründen Erfolg haben

und der Kläger die Kosten eines ersten Prozesses tragen, obwohl sein Anspruch begründet ist, so dass er auch noch in einen zweiten Rechtsstreit gezwungen wird.

Schließlich hindert die Anschlussberufungsfrist, neue Erkenntnisse, etwa aufgrund einer Beweisaufnahme, noch im Berufungsverfahren zugunsten eines Berufungsbeklagten zu berücksichtigen. Bisher konnte über die Anschlussberufung oft noch der gesamte streitige Sachverhalt abschließend und nach den Erkenntnissen der letzten mündlichen Verhandlung zutreffend erfasst und entschieden werden.

Das zeigt, dass für eine Tatsacheninstanz die Befristung der Anschlussberufung nicht sachgerecht ist.

10.

#### **Festgestellte Tatsachen im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO**

Das Berufungsgericht ist grundsätzlich an „die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen“ gebunden. Über die Auslegung des Begriffs der „festgestellten Tatsachen“ gibt es in der Literatur Streit: Eine Seite versteht darunter die Feststellungen nach Beweisaufnahme oder nach der Bewertung von Geständnissen; eine andere Auffassung versteht darunter den gesamten Tatsachenvortrag, nämlich als die im Urteil erfolgte „tatbestandliche“ Feststellung. Diese Auffassung hat insbesondere der Bundesrichter Ball auf einem ZPO-Seminar in der Richterakademie Wustrau Anfang Februar 2003 vertreten: Das aber würde nicht nur den Richter dazu zwingen, einen umfassenden Tatbestand für jedes Urteil zu schreiben und dort genau zu trennen zwischen unstreitigem und streitigem Sachvortrag. Für die Anwälte folgen daraus ebenfalls weitgehende Pflichten, deren Verletzung regressträchtig ist: Denn alles das, aber auch nur das, was im Urteil als (unstreitiger oder streitiger) Sachvortrag niedergelegt ist, wird dann Gegenstand der Berufung und bleibt dort grundsätzlich bindend. Wenn also im Urteil nach der Auffassung des Prozessbevollmächtigten Sachvortrag fehlt oder nicht zutreffend wiedergegeben ist, muss innerhalb der kurzen Frist von 2 Wochen (§ 320 ZPO) der Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes gestellt werden. Das gilt insbesondere, wenn der Erstrichter einen nach seiner Auffassung nicht bedeutsamen Vortrag auslässt, der aber möglicherweise für die Berufung (des Gegners !) bedeutsam werden könnte. Wenn nur das, was im Urteil wiedergegeben ist, als Tatsachenvortrag im Berufungsrechtszug gewertet werden kann, wäre es wegen § 531 ZPO grundsätzlich ausgeschlossen, auf Sachvortrag zurückzugreifen, der zwar im ersten Rechtszug gebracht, aber im Urteil nicht aufgenommen war. Aus richterlicher Sicht steht diese auf dem Wortlaut von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO fußende strenge Auffassung im Widerspruch zu den Bestrebungen, den Tatbestand knapp zu halten (§ 313 Abs. 2 ZPO).

11.

#### **Unstreitiger (neuer) Sachverhalt (§ 531 ZPO)**

Wenn der Berufungskläger die Hürde des § 522 Abs. 2 ZPO (Zurückweisungsbeschluss) erfolgreich überwunden hat, sollte das Berufungsgericht nicht gezwungen sein, wegen der formellen Bindungen von §§ 531, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, über einen unstreitig unrichtigen Sachverhalt zu entscheiden; vielmehr sollte unstreitiges neues Vorbringen berücksichtigt werden können (entsprechend Crückeberg MDR 2003, 107).

12.

#### **Abhilfeverfahren in der Berufungsinstanz entsprechend § 321 a ZPO ?**

Mit dem Abhilfeverfahren nach § 321 a ZPO sollten Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs verringert werden. Diese Überlegung rechtfertigt es, § 321 a ZPO auch im Berufungsverfahren (oder sonstigen Rechtsmittelverfahren) anzuwenden. Dieser Auffassung ist wohl die überwiegende Literatur (Schmidt MDR 2002, 915; Schneider AnwBl. 2002, 620; Müller NJW 2002, 2743); das OLG Oldenburg spricht sich gegen

eine entsprechende Anwendbarkeit aus (NJW 2003, 149). Nachdem der Bundesgerichtshof (NJW 2002, 1577) wie auch das OLG Celle (NJW 2002, 3713) entschieden haben, dass mit dem Reformgesetz von einer Abschaffung des außerordentlichen Rechtsbehelfs auszugehen sei, empfiehlt es sich, § 321 a ZPO in seiner Anwendbarkeit gesetzlich auszuweiten (Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich; für eine Anwendung jetzt OLG Hamm MDR 2003, 296; OLG Celle NJW 2003, 906; dagegen OLG Oldenburg NJW 2003, 149). – Allerdings muss dies mit einer angemessenen Anwaltsvergütung verbunden sein, etwa mit einer zusätzlichen Prozessgebühr entsprechend § 38 Abs. 2 i.V. mit § 33 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO.