



**Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer
Vorauszahlungsverpflichtung der Gebühren für das
Berufungsverfahren in bürgerlichen Streitigkeiten sowie zur
Änderung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes
BT-Drs. 16/5335**

**erarbeitet durch den
Ausschuss ZPO/GVG
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

RA Dr. Hermann **Büttner**, Karlsruhe, Vorsitzender (Berichterstatter)
RAuN Horst **Droit**, Wallenhorst
RA Dr. Hans **Eichele**, Mainz
RA Dr. Gerold **Kantner**, Rostock
RA Dr. Jürgen **Lauer**, Köln (Berichterstatter)
RA Lothar **Schmude**, Köln
RA Dr. Michael **Weigel**, Frankfurt/M.
RAuN Dr. Hans-Heinrich **Winte**, Hildesheim

RAin Anabel **von Preuschen**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Gerichtsvollzieherbund
Deutsche Rechtspflegervereinigung
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein

Juni 2007

BRAK-Stellungnahme-Nr. 23/2007

Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Vorauszahlungsverpflichtung der Gebühren für das Berufungsverfahren in bürgerlichen Streitigkeiten sowie zur Änderung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes Stellung zu nehmen.

- I. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt im Grundsatz den Vorschlag, die unterbliebene Einzahlung der Verfahrensgebühr für das Berufungsverfahren einer Sanktion zu unterwerfen. In erster Instanz riskiert der Kläger, der den Gebührenvorschuss nicht oder nicht rechtzeitig einzahlt, dass die Klage nicht zugestellt, das Verfahren nicht in Gang gesetzt und womöglich eine Verjährungsfrist nicht gehemmt wird. Vergleichbare Sanktionen gibt es für das Berufungsverfahren bisher nicht (vgl. § 10 GKG). Die Verfahrensgebühr wird bereits mit der Einreichung der Rechtsmittelschrift fällig (§ 6 Abs. 1 GKG). Der Berufungskläger erhält nach Einreichung der Begründungsschrift, aus welcher der Umfang der Anfechtung hervorgeht, eine Kostenrechnung der Gerichtskasse; unterbleibt die Zahlung, setzt sich der Berufungskläger als Kostenschuldner zwar der zwangsweisen Beitreibung der Verfahrensgebühr, nicht aber irgendwelchen prozessualen Nachteilen in Bezug auf sein Rechtsmittel aus. Der Argumentation, dass der Berufungsbeklagte, der in erster Instanz ein für ihn günstiges Urteil erstritten hat, in unbilliger Weise an dessen Vollstreckung gehindert werde, kann jedoch nicht gefolgt werden. Das erstinstanzliche Urteil ist nach §§ 708 ff ZPO vorläufig vollstreckbar.

- II. Gegen die praktische Umsetzung der Vorauszahlungsverpflichtung in zweiter Instanz und die Gestaltung der Rechtsfolgen bestehen mehrere Bedenken:
 1. Das gesamte Regelungskonzept des Gesetzesantrags berücksichtigt zuwenig die Vorschrift des § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG, wonach sich der Streitwert im Rechtsmittelverfahren nach den Anträgen des Rechtsmittelführers bestimmt. Die Berufungsanträge werden aber regelmäßig erst mit der Berufungsbegründung gestellt; dass sie schon vorher, etwa in der Berufungsschrift, mitgeteilt werden können, ist zwar gesetzlich nicht

ausgeschlossen, kommt aber nur in Ausnahmefällen vor und entspricht nicht dem in § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ZPO zum Ausdruck gebrachten Regelfall, dass die Berufungsanträge in der Berufungsbegründung gestellt werden. Deshalb ist schon die neue Vorschrift des § 12 Abs. 6 Satz 1 GKG-E, wonach die Verfahrensgebühr „spätestens mit der Einreichung der Berufungsbegründung zu zahlen“ ist, verfehlt. Der Berufungskläger hat das verfassungsmäßig gewährleistete Recht, die Berufungsbegründungsfrist voll auszuschöpfen und sich auch erst am letzten Tag der Frist zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er das Urteil angreift. Die Berufungsbegründung kann fristgerecht im Nachtbriefkasten oder per Telefax vor 24:00 Uhr eingereicht werden; für eine Zahlung binnen gleicher Frist fehlt es aber an jeder realistischen Möglichkeit.

§ 12 Abs. 6 Satz 2 GKG-E ist demgegenüber unbedenklich, weil hier die Bekanntgabe der Wertfestsetzung die zweiwöchige Zahlungsfrist in Lauf setzt.

2. Die durch die neue Nr. 1223 KV GKG-E vorgesehene Gebühr von 3,0 für den Fall, dass die Berufung gemäß § 521a Abs. 2 ZPO-E mangels rechtzeitiger Zahlung des Vorschusses als unzulässig verworfen wird, ist nicht angemessen. Die sachliche Bearbeitung der Berufung beschränkt sich auf die Anlegung der Akte, Eintragung ins Register, Beiziehung der Akten und ggf. Verlängerungen der Berufungsbegründungsfrist. Eine sachliche Überprüfung der Berufung findet nicht statt. Selbst in den Fällen der Nr. 1222 KV GKG, in welchen das Gericht die Entscheidung über die Berufung bis zur Entscheidungsreife vorbereitet haben kann, fällt nur eine 2,0 Gebühr an. Die für die neue Nr. 1223 KV vorgesehene Gebühr von 3,0 verletzt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gebühren sind die Gegenleistung für die Inanspruchnahme der Tätigkeit einer öffentlichen Behörde und dürfen deshalb das Äquivalenz-Prinzip nicht gänzlich vernachlässigen. Auch im praktischen Ergebnis erscheint die Regelung nicht sinnvoll. Gerade gegen diejenigen, die den Auslagenvorschuss nicht zahlen, wird im Zweifel erfolglos vollstreckt.

3. § 521a Abs. 1 Satz 1 ZPO-E knüpft an die – oben kritisierte – Regelung des § 12 Abs.6 GKG-E an. Da die nicht oder nicht vollständige Einzahlung der nach dieser Vorschrift fälligen Gebühr als solche noch keine prozessualen Folgen auslöst, sondern erst die Missachtung der vom Vorsitzenden gesetzten Frist zur Zahlung der Gebühr, könnte das ganze Verfahren vereinfacht und dahingehend geregelt werden, dass der Vorsitzende generell nach Eingang der Berufungsbegründung dem Berufungskläger unter Angabe des zu zahlenden Betrages eine Frist zur Zahlung der Gebühr setzt. Für irgendwelche vorgezogenen Zahlungspflichten des Berufungsklägers besteht kein sachlicher Anlass; die bezifferte Zahlungsaufforderung des Vorsitzenden schafft demgegenüber Rechtsklarheit.

Die Ausgestaltung der Frist in § 521a Abs. 1 Satz 1 ZPO-E als Notfrist ist nicht sinnvoll. Notfristen können nicht verlängert werden. Eine Partei, die aus verständlichen Gründen (Urlaub, Krankheit) nicht in der Lage ist, die Gerichtskosten einzuzahlen, sollte statt des aufwendigen Wiedereinsetzungsverfahrens die Möglichkeit haben, die Frist verlängern zu lassen. Man kann diese Möglichkeit an strenge Voraussetzungen knüpfen.

4. Die Pflicht zur „Vorlage geeigneter Belege“ (§ 521a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO-E) hört sich gut an, ist aber unrealistisch. So wird in der Begründung eine „Bareinzahlung“ mit einem „abgestempelten Kassenbeleg“ erwähnt; dieses Beispiel ist realitätsfremd. Aber auch die Vorlage eines „Kontoauszuges mit Abbuchungsvermerk“ oder ein sonstiger urkundlicher Beleg einer bargeldlosen Zahlung setzt voraus, dass der Berufungskläger seine Bank um die Ausstellung entsprechender Belege bitten muss. Da aber enge Fristen drohen, sind solche Anforderungen unzumutbar. Vielmehr darf erwartet werden, dass ein Berufungsgericht so organisiert ist, dass die Einzahlung einer Verfahrensgebühr – jedenfalls im Regelfall – ohne weiteres feststellbar ist; die Zahlungsaufforderung des Vorsitzenden soll dann eben auch die Bankverbindung des Berufungsgerichts und den Hinweis enthalten, dass die Zahlung unter Angabe des Aktenzeichens zu erfolgen hat.
5. Mit Nachdruck entgegenzutreten ist der Vorschrift in § 521a Abs. 2 Satz 3 ZPO-E, wonach der nach Satz 1 zu erlassende Verwerfungsbeschluss nicht

anfechtbar sein soll. Es entspricht einem in der ZPO ausnahmslos durchgeführten Grundsatz, dass eine zweitinstanzliche Prozessentscheidung, die den Weg zu einer sachlichen Nachprüfung des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils versperrt, aufgrund eines ordentlichen Rechtsmittels vom Revisionsgericht überprüft werden kann (§§ 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO, 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO, 621a Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 22 Abs. 2 Satz 3 FGG); nach dem früheren Recht vor Inkrafttreten der ZPO-Reform im Jahre 2002 galt nichts anderes (§§ 519b Abs. 2, 547, 621e Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F.). Es besteht kein sachlicher Grund, im Fall eines Verwerfungsbeschlusses wegen Nichteinzahlung der Verfahrensgebühr für das Berufungsverfahren von diesem Grundsatz abzuweichen. Die Begründung hierzu ist durchgehend nicht haltbar:

Verfehlt ist zunächst schon der Vergleich mit § 522 Abs. 3 ZPO; denn bei der nach dieser Vorschrift unanfechtbaren Entscheidung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO muss das Berufungsgericht die Berufung auch in sachlicher Hinsicht geprüft, ihr aber keine Erfolgsaussicht beigemessen haben. Der von der Begründung angeführte „Zweck der Beschleunigung“ steht in direktem Widerspruch zu dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG). Geradezu erfahrungswidrig ist die Erwägung, einer Rechtsbeschwerde bedürfe es nicht, weil die Überprüfung der rein tatsächlichen Frage, ob und ggf. wann die Zahlung eingegangen ist, grundsätzlich nicht Gegenstand der Rechtsbeschwerde sein könne. Mit der gleichen Begründung könnte man die Rechtsbeschwerde auch gegen Beschlüsse abschaffen, mit denen die Berufung wegen (angeblich) verspäteter Einreichung der Berufungsschrift verworfen wird; auch hier handelt es sich stets nur um Tatfragen, die aber vom Revisionsgericht nicht selten wegen rechtlich beachtlicher Fehler des Berufungsgerichts korrigiert werden. Erst recht muss die Rechtsbeschwerde im Hinblick auf § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch dann statthaft sein, wenn das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Zahlungsfrist zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen hat. Die Begründung des Gesetzentwurfs vertritt offenbar die lebensfremde Auffassung, dass das Gericht über Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

ausnahmslos richtig entscheidet; die Erfolgsstatistik des BGH für Rechtsbeschwerden gegen fehlerhafte Wiedereinsetzungsentscheidungen der Berufungsgerichte belegt das Gegenteil.

Unverständlich ist, dass von einer gesetzlichen Regelung der Frage, wann von einem rechtzeitigen Zahlungseingang auszugehen sei, bewusst abgesehen werden sollte, da eine entsprechende Vorschrift angesichts der Vielzahl der verschiedenen Zahlungsarten sehr umfangreich und mit der Gefahr der Unvollständigkeit behaftet wäre. Die Abgabenordnung hat mit ihrem § 22 Abs. 2 gezeigt, dass die Frage des Zahlungszeitpunktes sehr wohl regelbar ist. Wenn aber, wie die Begründung meint, auf eine klare gesetzliche Regelung des Zahlungseingangs verzichtet werden und die Fortentwicklung der Rechtsprechung überlassen bleiben soll, ist ein Ausschluss der Rechtsbeschwerde gegen einen Verwerfungsbeschluss gemäß § 521a Abs. 2 ZPO-E vollends unvertretbar.

6. Abschließend ist anzumerken, dass die Regelung des § 521a ZPO-E im Zusammenhang mit PKH-Anträgen Probleme aufwirft. In der Begründung zum Entwurf heißt es, eine vorzeitige Sanktionierung des Verstoßes gegen die Vorauszahlungspflicht lasse sich in diesen Fällen durch flexible Handhabung der Soll-Vorschrift des § 521a Abs. 1 ZPO-E verhindern. Stellt ein Berufungsführer einen PKH-Antrag, so wird hierüber häufig erst im Termin entschieden. Wird der PKH-Antrag abgelehnt, so macht eine Frist zur Einzahlung des Betrages kaum noch Sinn. Das Gericht hat sich vorbereitet; der Verhandlungstermin hat stattgefunden. Der Berufungsführer weiß also ohnehin schon, was ihn erwartet.

Es dürfte auch nicht sonderlich praktisch sein, die Gerichte zu zwingen, über den PKH-Antrag schon im Vorfeld zu entscheiden. Bei einigen Oberlandesgerichts-Senaten besteht die Praxis, mit Eingang der Berufungsbegründung/des PKH-Antrages zu terminieren. Nach Eingang der Berufungserwiderung wird die Akte zur mündlichen Verhandlung vorbereitet. In diesem Zusammenhang macht sich das Gericht auch Gedanken über den PKH-Antrag. Setzt es dann erst Fristen, wird es sich im Ergebnis zweimal

sachlich mit dem Verfahren auseinandersetzen. Dies ist mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden.

In den Fällen, in denen die Oberlandesgerichts-Senate nach Eingang der Berufungswiderung über § 522 Abs. 2 ZPO nachdenken, wird der Hinweisbeschluss ergehen. In diesem Fall ist die Fristsetzung zur Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses keine geeignete Maßnahme mehr.

In PKH-Fällen wird sich deshalb das Anliegen des Gesetzentwurfs als nicht realisierbar erweisen.

* * *