

# Die Berufung in Zivilsachen

Für Praxis und Ausbildung

von

Dr. Claus-Dieter Schumann, Dr. Wolfgang Kramer

8. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 67057 2

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Wird in die Berufungsinstanz ein neuer Streitgegenstand eingeführt, so kann das Berufungsgericht, will es über ihn mit befinden und den gesamten Streitstoff erledigen, nur aufgrund mündlicher Verhandlung entscheiden. Das Berufungsgericht kann im Verfahren nach § 522 II ZPO nicht die Feststellung der Erledigung treffen, wenn der Kläger im Berufungsverfahren die Hauptsache einseitig für erledigt erklärt.<sup>35</sup> Eine Änderung des Tenors der erstinstanzlichen Entscheidung in der Hauptsache, wie sie die Feststellung der Erledigung der Hauptsache mit sich bringt, kann das Berufungsgericht im Verfahren nach § 522 II ZPO nicht vornehmen. Hingegen kann in dem Beschluss nach § 522 II 3 ZPO trotz Zurückweisung der Berufung in der Sache die erstinstanzliche Kostenentscheidung abgeändert werden.<sup>36</sup>

Mit der Berufung vorgenommene Klageänderungen, seien es Klageerweiterung, Klagebeschränkung oder Widerklage, schließen die Zurückweisung durch Beschluss nicht aus, weil der Berufungsführer sonst die mündliche Verhandlung erzwingen könnte.<sup>37</sup> Auch ist in diesen Fällen die mündliche Verhandlung nicht zwingend geboten, weil sich das Gebotensein der mündlichen Verhandlung auf den Streitstoff beziehen muss, der Gegenstand des Zurückweisungsbeschlusses ist.<sup>38</sup> Widerklage, Klageerweiterung, erstmals in der Berufung gestellter Hilfsantrag oder auch Klagebeschränkung werden mit der Beschlusszurückweisung gemäß § 524 ZPO wirkungslos.<sup>39</sup>

Die Zulässigkeit der Berufung kann nicht offen gelassen werden. Eine Verwerfung der Berufung nach § 522 I ZPO hat schon wegen der unterschiedlichen Anfechtbarkeit Vorrang.<sup>40</sup>

### 3. Hinweispflicht und Gewährung rechtlichen Gehörs

Vor einer Zurückweisung hat das Berufungsgericht oder der Vorsitzende die Parteien, also auch den Berufungsbeklagten,<sup>41</sup> auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und auf die Gründe dafür hinzuweisen. Einer Verfügung des Vorsitzenden hat entgegen in der Literatur geäußelter Ansicht<sup>42</sup> die Feststellung der Einstimmigkeit im Kollegium vorzugehen, weil erst diese dem Vorsitzenden die Berechtigung eröffnet, die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung, welche eben Einstimmigkeit voraussetzt, und die Gründe hierfür hinzuweisen. Diese in § 522 II 2 ZPO normierte Verpflichtung des Gerichts dient der Gewährung rechtlichen Gehörs und gibt dem Berufungsführer Anlass, über die Aufrechterhaltung seines Rechtsmittels nachzudenken. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass auf diesem Wege die mit der Beschlusszurückweisung bezweckte Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens zum Teil wieder verloren geht. Denn wenn der Berufungsführer nach einem solchen

405

---

sielak/Ball, § 522 ZPO Rn. 28a; Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 43; Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 64; wohl auch BGH NJW-RR 2007, 767.

<sup>35</sup> So aber OLG München NJW 2011, 1088; OLG Rostock MDR 2006, 947.

<sup>36</sup> OLG Stuttgart BauR 2010, 1642; Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 63.

<sup>37</sup> OLG Nürnberg MDR 2007, 171; Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 64; differenzierend am Maßstab des § 533 ZPO Wiczorek/Schütze/Gerken, § 522 ZPO Rn. 102 f.

<sup>38</sup> Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 37.

<sup>39</sup> KG NJW 2006, 3505; OLG Frankfurt NJW 2004, 165; OLG Rostock NJW 2003, 3211; Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 37; Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 49.

<sup>40</sup> Wie hier Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 64; Thomas/Putzo/Reichold, § 522 ZPO Rn. 13; a.A. OLG Köln NJW 2008, 3649.

<sup>41</sup> Auch der Berufungsgegner hat die Möglichkeit zur Stellungnahme.

<sup>42</sup> So Schellenberg, MDR 2005, 611; Wiczorek/Schütze/Gerken, § 522 ZPO Rn. 83; MüKo/Rimmelpacher, § 522 ZPO Rn. 22; Eichele/Hirtz/Oberheim, Kapitel XIV Rn. 40.

Hinweis die Berufung nicht zurücknimmt, wird er sich durch den Hinweis des Gerichts gehalten sehen, den Versuch zu unternehmen, seine Erfolgsaussichten durch entsprechendes schriftsätzliches Vorbringen in der ihm vom Gericht gemäß § 522 II 2 ZPO einzuräumenden Frist zur Stellungnahme zu verbessern, wobei es die Rechtsanwälte nicht für sachgerecht halten, dass es dafür, gleichsam als Ersatz für eine Terminsgebühr, die im Verfahren nach § 522 II ZPO nicht anfällt,<sup>43</sup> keine weitere Besprechungsgebühr gibt. Wenn in dieser Stellungnahme rechtserhebliches neues tatsächliches Vorbringen enthalten ist, kann das eine Erwiderung des Gegners zu den neuen Behauptungen erforderlich machen, weil diese nur dann als bestritten gelten können,<sup>44</sup> unstreitiges Vorbringen aber nicht als verspätet zurückgewiesen werden darf.<sup>45</sup> Auch im Übrigen wird sich das Gericht mit der Frage befassen müssen, ob das neue Vorbringen und die Beweisantritte erheblich sind und, wenn ja, nach §§ 530, 531 ZPO berücksichtigt werden dürfen. Der Zurückweisungsbeschluss kann nur ergehen, wenn das Berufungsgericht auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Stellungnahme weiterhin einstimmig an seiner Einschätzung festhält, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist und auch die Gründe des § 522 II 1 Nr. 2 und 3 ZPO nicht entgegenstehen. In solchen Fällen ist auch eine über den bereits erteilten Hinweis hinausgehende Begründung erforderlich.

#### 4. Der Zeitpunkt der Entscheidung nach § 522 II ZPO

- 406 Von dem durch § 522 II 2 ZPO vorgeschriebenen Anhörungsverfahren zu unterscheiden ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Berufungsgericht die ihm obliegende Entscheidung, die bei Verneinung der Voraussetzungen den Parteien nicht gesondert mitgeteilt werden muss, darüber zu treffen hat, ob die Voraussetzungen des § 522 II 1 ZPO vorliegen.

Die Entscheidung über die Zurückweisung muss getroffen sein, bevor über die Übertragung des Rechtsstreits auf den streitentscheidenden Einzelrichter befunden wird, § 523 S. 1 ZPO. Überträgt das Kollegium die Sache dem Einzelrichter gemäß § 526 I ZPO, so verliert das Kollegium die Entscheidungsbefugnis für den Beschluss nach § 522 II ZPO. Gleiches gilt, wenn das Berufungsgericht sich entschließt, den Rechtsstreit einem seiner Mitglieder als Einzelrichter zur Vorbereitung zu übertragen. Das Gebrauchmachen von § 527 ZPO setzt ebenfalls voraus, dass das Kollegium sich nicht zu einer Zurückweisung nach § 522 II ZPO entschieden hat. Aber auch dann, wenn das Kollegium die Sache behält, ist jedenfalls dann kein Raum mehr für einen Beschluss nach § 522 II ZPO, wenn, was nach § 523 S. 2 ZPO unverzüglich zu geschehen hat, Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist.<sup>46</sup> Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>47</sup> ist ein Vorgehen nach § 522 II

<sup>43</sup> BGH NJW 2007, 2644; Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn 44.

<sup>44</sup> Wie hier: Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 34 m.w.N.; a.A. insoweit z.B. Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 61.

<sup>45</sup> BGH NJW 2005, 291; NJW 2008, 3434; NJW 2009, 685; NJW 2009, 2532; vgl. auch → Rn. 475.

<sup>46</sup> Wie hier OLG Zweibrücken OLGR 2004, 523; grundsätzlich wohl auch Wieczorek/Schütze/Gerken, § 522 ZPO Rn. 97; a.A. BVerfG NJW 2011, 3356; OLG Düsseldorf NJW 2005, 833; MüKo/Rimmelspacher, § 522 ZPO Rn. 32; unklar Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 49.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2011, 3356.

ZPO trotz Terminsanberaumung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn nur eine Terminierungsverfügung des Vorsitzenden vorgelegen hat und diese keine Aussage dahin enthält, dass ein Verfahren nach § 522 II ZPO nicht in Betracht kommt. Diese Betrachtungsweise wird der gerichtlichen Praxis nicht gerecht, weil das Absehen von einer Beschlusszurückweisung nach § 522 II ZPO den Parteien nicht ausdrücklich (durch Beschluss oder Verfügung) mitgeteilt zu werden pflegt, so dass durch das Ergreifen von Maßnahmen im Sinne des § 523 ZPO (Einzelrichterübertragung, Terminsanberaumung) zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht wird, dass vom Vorgehen nach § 522 II ZPO abgesehen wird, wobei angesichts der notwendigen Einstimmigkeit auch schon der Verfügung (allein) des Vorsitzenden ein entsprechender Aussagewert beigemessen werden kann. Soll dieser Eindruck vermieden werden, so ist zumindest zu fordern, dass die Terminsverfügung mit einem entsprechenden Vorbehalt zu versehen ist.<sup>48</sup> Ein Zurückweisungsbeschluss scheidet auch aus, sobald das Berufungsgericht vor der mündlichen Verhandlung eine Beweiserhebung nach § 358a ZPO in die Wege geleitet hat, weil über das Ergebnis mündlich zu verhandeln ist.

Eine andere Frage ist, was einer Zurückweisung nach § 522 II 1 ZPO – abgesehen von dem obligatorischen Anhörungsverfahren nach § 522 II 2 ZPO – vorausgegangen sein darf, um sie noch als **unverzüglich** im Sinne von § 522 II 1 ZPO ansehen zu können. 407

Dem gesetzlichen Verständnis von einer zügigen Verfahrensgestaltung wird es sicherlich am besten gerecht, wenn alsbald nach Eingang der Berufungsbegründung die Entscheidung im Sinne von § 522 II 1 ZPO fällt, das Gericht also entweder die Zurückweisung in Aussicht nimmt oder das weitere Verfahren vorantreibt, indem es entweder die Sache dem Einzelrichter zur Entscheidung überträgt (§ 526 I ZPO) oder zur Vorbereitung zuweist (§ 527 I ZPO) oder Termin vor dem Kollegium anberaumt (§ 523 S. 2 ZPO).

Nach dem Gesetz besteht aber auch die Möglichkeit, dass vor der Entscheidung über die Zurückweisung der Vorsitzende oder das Berufungsgericht nach § 521 II 1 ZPO dem Berufungsbeklagten eine Frist zur Berufungserwiderung und gegebenenfalls dem Berufungskläger auch noch eine Frist zur Replik setzen.<sup>49</sup> Dies folgt aus der Gesetzessystematik, und zwar der Stellung von § 521 II 1 ZPO vor der Zurückweisungsmöglichkeit des § 522 II ZPO, und ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung. Dort heißt es nämlich, dass die mangelnde Erfolgsaussicht der Berufung „gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Berufungserwiderung und der Replik“<sup>50</sup> zu beurteilen ist.

Allerdings darf der durch derartige Fristsetzungen veranlasste, über die Berufungsbegründung hinausgehende Prozessverlauf nicht die Funktion eines schriftlichen Verfahrens ohne Einverständnis der Parteien gewinnen.<sup>51</sup> Dem Sinn und Zweck der durch § 522 II 1 ZPO eröffneten Zurückweisung ohne mündliche Verhandlung ist nur Genüge getan, wenn trotz Berufungserwiderung und Replik und in Ansehung des dann noch zusätzlich erforderlichen Hinweises nach § 522 II 2 ZPO mit der Möglichkeit zur Stellungnahme eine unverzügliche Erledigung des Rechtsstreits eintritt. Insofern sollten die Fristen, wenn sie denn gesetzt werden, kurz bemessen sein 408

<sup>48</sup> So auch Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 31.

<sup>49</sup> Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 50; Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 31; vgl. auch Fölsch, NJW 2006, 3521 ff. sowie OLG Celle OLGR 2003, 359.

<sup>50</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 97.

<sup>51</sup> Insoweit kritisch auch Wieczorek/Schütze/Gerken, § 522 ZPO Rn. 98.

und die Mindestfrist von zwei Wochen (§§ 523 II 2, 277 III, IV ZPO) möglichst nicht überschreiten. Auch ist es nicht legitim, die gerichtlichen Fristsetzungen mit Auflagen zu weiterem Vorbringen an die Parteien zu verbinden. Gerichtliche Maßnahmen, die der Vorbereitung des Termins im Sinne von §§ 525, 273 ZPO dienen, machen es erforderlich, dann auch eine solche mündliche Verhandlung durchzuführen oder im Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren nach § 128 II ZPO anzuordnen.

### 5. Inhalt des Zurückweisungsbeschlusses

409 Für den die Berufung ohne mündliche Verhandlung zurückweisenden Beschluss dürfte eine Begründungspflicht schon von Verfassungs wegen bestehen. Sie ist in § 522 II 3 ZPO auch vorgeschrieben und nur insoweit entbehrlich, als die Gründe für die Zurückweisung bereits in dem zwingend vorauszugehenden schriftlichen Hinweis gemäß § 522 II 2 ZPO enthalten sind und insoweit nicht wiederholt werden müssen. Allerdings muss der Beschluss auch auf die zu dem Hinweis des Gerichts regelmäßig zu erwartende Stellungnahme des betroffenen Berufungsführers eingehen und deutlich werden lassen, dass das Gericht auch diese ergänzende Äußerung, insbesondere neue tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte, beachtet hat, sowie darlegen, weswegen sie entweder im Sinne von §§ 530, 531 ZPO nicht berücksichtigt werden dürfen oder rechtlich unbeachtlich sind. Aus dem Beschluss, der auch im Umlaufverfahren ergehen kann,<sup>52</sup> muss sich ergeben, dass die Entscheidung einstimmig ergangen ist.<sup>53</sup>

Eine erweiterte Beschlussbegründung ist gemäß § 522 II 4 ZPO erforderlich, wenn die Entscheidung gemäß § 522 III ZPO n.F. mit der Nichtzulassungsbeschwerde angreifbar ist, wobei das Berufungsgericht bei zweifelhafter Höhe des erst vom Rechtsmittelgericht verbindlich zu bestimmenden Beschwerwertes zur Vermeidung der Angreifbarkeit vorsorglich den erhöhten Anforderungen genügen sollte. Der Wortlaut des § 522 II 4 ZPO entspricht der für das Berufungsurteil geltenden Regelung des § 540 I 1 Nr. 1 ZPO, so dass der Beschluss eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen zu enthalten hat. Insbesondere müssen sich die Berufungsanträge aus dem Beschluss ergeben. Im Umfang wird er allerdings häufiger knapper ausfallen können als ein Urteil.

Das Berufungsgericht hat auszusprechen, dass das erstinstanzliche Urteil ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, § 708 Nr. 10 S. 2 ZPO. Während in der Sache, von der Richtigstellung offener Unrichtigkeiten im Sinne von § 319 I ZPO abgesehen, nur eine Zurückweisung der Berufung mit der grundsätzlichen Kostenfolge aus § 97 ZPO<sup>54</sup> in Betracht kommt, kann die Kostenentscheidung erster Instanz von Amts wegen korrigiert werden.

Bindungswirkung entfaltet dieser nicht zu verkündende Beschluss mit der ersten Hinausgabe aus dem inneren Gerichtsbetrieb, wenn also der Beschluss die Geschäftsstelle mit der Zweckbestimmung verlassen hat, den Parteien bekannt gegeben zu werden.<sup>55</sup> Davon ist auszugehen, wenn der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle ihn dem

<sup>52</sup> Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 59.

<sup>53</sup> Zöller/Heßler, § 522 ZPO Rn. 32.

<sup>54</sup> Zur Kostentragungspflicht in Bezug auf eine unwirksam werdende Anschlussberufung → Rn. 382 ff.

<sup>55</sup> BGH NJW-RR 2004, 1575; Thomas/Putzo/Reichold, § 329 ZPO Rn. 5.

Gerichtswachtmeister oder der Post zur Beförderung übergeben, ihn ins Abtrage- oder Anwaltsabholfach gelegt oder ihn zur Übermittlung per Telefax oder elektronisches Dokument weitergegeben hat. Bis dahin liegt ein innerer Vorgang vor, den das Gericht ändern und auch ungeschehen machen darf, so dass bis dahin eingegangene Schriftsätze zu berücksichtigen sind.

## 6. Anfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses

Gemäß § 522 III ZPO n.F. steht dem Berufungsführer gegen den Zurückweisungsbeschluss das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre. Die ursprüngliche vom Bundesverfassungsgericht<sup>56</sup> gebilligte Unanfechtbarkeit wurde mit Wirkung zum 27.10.2011<sup>57</sup> beseitigt. Da eine Entscheidung durch Beschluss nach § 522 II 1 ZPO nur ergehen darf, wenn das Berufungsgericht die Voraussetzungen von § 522 II 1 Nr. 2 und 3 ZPO, deren Vorliegen zu einer Zulassung der Revision nach § 543 II 1 ZPO führen müsste, verneint, kommt als Rechtsmittel nur die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 ZPO in Betracht. Diese richtet sich nicht gegen die Zurückweisung der Berufung, sondern gegen die Nichtzulassung der Revision.<sup>58</sup> Nach § 26 Nr. 8 EGZPO ist die Nichtzulassungsbeschwerde derzeit nur dann zulässig, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20 000,00 EUR übersteigt. Wird diese eingelegt und damit die Rechtskraft des Beschlusses gemäß § 544 V 1 ZPO gehemmt, so prüft das Beschwerdegericht, ob Gründe für die Revisionszulassung gegeben sind, wobei der Schwerpunkt zumeist nicht auf der richtigen Beurteilung der Revisionszulassungsgründe durch das Berufungsgericht liegen dürfte, sondern unter dem Blickwinkel der Rechtsfehlerkontrolle primär der Revisionszulassungsgrund „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ in Rede stehen wird. Bei der Kontrolle eines Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 II ZPO wird im besonderen Maße offenbar, dass dieser an sich auf die Beurteilung durch den iudex a quo zugeschnittene Revisionszulassungsgrund „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ aus der Sicht des iudex ad quem, also des Rechtsmittelgerichts, eine ganz andere Prüfungsqualität erhält. Für Einzelheiten hierzu wird auf → Rn. 605 verwiesen.

Weist der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde zurück, wird der Zurückweisungsbeschluss rechtskräftig, § 544 V 3 ZPO. Hat die Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg, wird das Beschwerdeverfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt, § 544 VI ZPO, im Rahmen dessen das Revisionsgericht die Gründe des Zurückweisungsbeschlusses und die darin enthaltenen Tatsachenfeststellungen und Rechtsanwendungen vollumfänglich auf Rechtsverletzungen zu überprüfen hat.<sup>59</sup> Ist die Revision begründet, wird der Zurückweisungsbeschluss in der Regel aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, anderenfalls wird die Revision zurückgewiesen.

Unterhalb der Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO (bis 20 000,00 EUR) ist der Beschluss wie ein Urteil desselben Inhalts unanfechtbar und erwächst in Rechtskraft. Macht der Berufungsführer geltend, sein Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2007, 3118; NJW 2008, 1938; NJW 2009, 572.

<sup>57</sup> Art. 1 Nr. 1b, 5 des Gesetzes zur Änderung des § 522 ZPO vom 21.10.2011, GVBl. I S. 2082.

<sup>58</sup> Wieczorek/Schütze/Gerken, § 522 ZPO Rn. 93; Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 65.

<sup>59</sup> BT-Drs. 17/5334, S. 8; Stein/Jonas/Althammer, § 522 ZPO Rn. 65.

GG) sei in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden, so steht ihm mangels der Eröffnung eines Rechtsmittels in diesen Fällen die **Gehörsrüge nach § 321 a ZPO** zur Verfügung. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn das Berufungsgericht fristgemäß eingereichte Schriftsätze nicht berücksichtigt hat, weil sie nicht rechtzeitig zur Akte gelangt oder vom Gericht nicht beachtet worden sind.

Die Anhörungsrüge auf andere **Verletzungen von Verfahrensgrundrechten** wie den Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG), auf ein faires Verfahren oder auf das Willkürverbot zu erstrecken, dürfte zwar im Interesse einer Entlastung des Bundesverfassungsgerichts liegen, setzt aber eine analoge Anwendung von § 321a ZPO voraus, die zwar bei Vorliegen offensichtlicher Verstöße gerechtfertigt erscheint, aber nicht dazu führen darf, dass der durch die Zurückweisung beschwerten Partei die Möglichkeit eröffnet wird, unter Berufung auf die Verletzung von Grundrechten gegenüber dem iudex a quo eine Art Verfassungsbeschwerde zur Korrektur der Entscheidung zu erheben. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 16.10.2012 (II ZB 6/09)<sup>60</sup> bei Verstößen gegen andere Verfahrensgrundrechte als Gehörsverletzungen eine Gegenvorstellung in analoger Anwendung von § 321a ZPO für denkbar angesehen. Soweit die analoge Anwendung von § 321a ZPO zum Ziel hat, die Gegenvorstellung, soweit man sie für zulässig hält, der Fristenregelung des § 321a II ZPO zu unterstellen, wird man dies sicherlich als sachgerecht ansehen können. Mit der überwiegenden Meinung<sup>61</sup> ist es aber abzulehnen, die Regelung des § 321a ZPO auch im Übrigen bei der Verletzung von Verfahrensrechten zur Anwendung kommen zu lassen, weil damit in die Selbstbindung der Gerichte eingegriffen wird. Diese würde nämlich die Versuchung fördern, auch einfach gesetzliche Fehler zu Grundrechtsverletzungen zu erheben und darauf die analoge Anwendung der Anhörungsrüge zu stützen. Die Selbstbindung des Gerichts gemäß § 318 ZPO, die auch für die Beschlusszurückweisung nach § 522 II ZPO gilt, würde zunehmend in Frage gestellt werden.

In der binnen einer Notfrist von zwei Wochen nach Kenntnis von der Gehörsverletzung zu erhebenden Rüge (§ 321a II 1 ZPO) ist die Art der Verletzung und die Kausalität für die Entscheidung darzulegen, also insbesondere auszuführen, was bei Gewährung rechtlichen Gehörs vorgetragen worden wäre und weswegen die Entscheidung dann anders hätte ausfallen müssen.

Hält das Berufungsgericht die Rüge für unzulässig oder unberechtigt, so verwirft es die Rüge oder weist sie als unbegründet zurück. Anderenfalls hilft es ihr ab, indem es das Verfahren fortführt (vgl. § 321a V ZPO) und nach Gewährung rechtlichen Gehörs entweder den Zurückweisungsbeschluss aufrecht erhält oder Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt.

### III. Der streitentscheidende Einzelrichter

- 411 Hält das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine Zurückweisung nach § 522 II 1 ZPO nicht für gegeben, so hat es nach § 523 I 1 ZPO darüber zu entscheiden, ob der Rechtsstreit gemäß § 526 I ZPO auf den Einzelrichter zur Entscheidung

<sup>60</sup> BGH MDR 2013, 421 f.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2009, 3710; BGH NJW 2009, 144; NJW 2008, 2126; offengelassen von BGH NJW-RR 2012, 306; wie hier Zöller/Vollkommer, § 321a ZPO Rn. 3a m.N. zum Streitstand; differenzierend Stein/Jonas/Leipold, § 321a ZPO Rn. 78; a.A. z.B. Thomas/Putzo/Reichold, § 348 ZPO Rn. 18; zum Verhältnis von § 321a zur Verfassungsbeschwerde BVerfG NJW 2013, 3506.



übertragen wird. Das hängt zum einen davon ab, ob die Voraussetzungen des § 526 I Nr. 1 bis 4 ZPO für eine Übertragung gegeben sind (dazu 1.), und zum anderen, ob das Berufungsgericht sein Ermessen in Richtung auf eine Übertragung durch Erlass eines nach § 526 I ZPO erforderlichen Beschlusses ausübt (dazu 2.). Wer der zur Entscheidung berufene Einzelrichter ist, wird nicht im Einzelfall durch den Übertragungsakt festgelegt, sondern ergibt sich aus dem zu Jahresbeginn aufgestellten spruchkörperinternen Geschäftsverteilungsplan, § 21g III GVG (dazu 3.). Unter bestimmten Voraussetzungen hat der Einzelrichter den Rechtsstreit dem Berufungsgericht zur Entscheidung darüber vorzulegen, ob es den Rechtsstreit wieder übernimmt, § 526 II ZPO (dazu 4.).

## 1. Die Voraussetzungen des § 526 I Nr. 1 bis 4 ZPO

Erste Voraussetzung für eine Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter ist, dass auch die angefochtene **erstinstanzliche Entscheidung von einem Einzelrichter** erlassen wurde, § 526 I Nr. 1 ZPO, wobei Einzelrichter im Sinne dieser Vorschrift **nicht** der gemäß § 349 II, III ZPO allein entscheidende **Vorsitzende der Kammer für Handelssachen**<sup>62</sup> und auch nicht der Vorsitzende der Zivilkammer im Verfahren nach § 3 III AVAG<sup>63</sup> ist. Auf diese Weise wird zum einen erreicht, dass bei einer Kammerentscheidung erster Instanz auch im Berufungsrechtszug ein Kollegialorgan, nämlich der Berufungssenat des Oberlandesgerichts, entscheidet. Zum anderen ist die erstinstanzliche Spruchkörperbesetzung mit einem Einzelrichter beim Landgericht ein Indiz dafür, dass die Sache besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art nicht aufweist und auch nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist; denn nach den Vorschriften über den originären bzw. obligatorischen Einzelrichter hat in solchen Fällen die Kammer den Rechtsstreit zu entscheiden (vgl. § 348 III 1 Nr. 1 und 2 bzw. § 348a III Nr. 1 und 2 ZPO). 412

Gleichwohl ist in § 526 I Nr. 2 und 3 ZPO zusätzlich klargestellt, dass eine Übertragung des Rechtsstreits auf den entscheidenden Einzelrichter zu unterbleiben hat, wenn die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist oder grundsätzliche Bedeutung hat. Dies ist auch geboten. Denn der Tatsache einer Einzelrichterentscheidung kommt keine Indizwirkung zu, wenn der Rechtsstreit erstinstanzlich vom Amtsrichter entschieden worden ist. Außerdem kann das Berufungsgericht den Schwierigkeitsgrad bzw. die grundsätzliche Bedeutung einer Sache anders einschätzen als das Erstgericht.<sup>64</sup> 413

Die besondere Schwierigkeit einer Sache liegt nicht bereits dann vor, wenn die Sache umfangreich ist (z. B. Punktesache im Bauprozess) oder eine aufwändige Beweisaufnahme erforderlich ist. Denn die quantitative Entlastung des Kollegiums ist gerade der Zweck der Übertragungsmöglichkeit.<sup>65</sup> Vielmehr muss der Rechtsstreit deutlich über das übliche Maß hinausgehende Anforderungen stellen.<sup>66</sup>

In tatsächlicher Hinsicht besonders schwierig ist ein unübersichtlicher Sachverhalt, der eine Bewertung widersprüchlicher Zeugenaussagen mit einer komplexen Glaubwürdigkeitsprüfung erwarten lässt oder das Verständnis komplizierter wirtschaftli-

<sup>62</sup> BGH NJW 2011, 989; für die parallel liegende Vorschrift des § 568 ZPO: BGHZ 156, 320, 325; vgl. z. B. auch Zöller/Heßler, § 526 ZPO Rn. 4, 568 ZPO Rn. 3.

<sup>63</sup> OLG Köln OLGR 2002, 359; Zöller/Heßler, § 568 ZPO Rn. 3.

<sup>64</sup> MüKo/Rimmelspacher, § 526 ZPO Rn. 5.

<sup>65</sup> Stein/Jonas/Althammer, § 526 ZPO Rn. 5.

<sup>66</sup> Vgl. Zöller/Greger, § 348 ZPO Rn. 21, Thomas/Putzo/Reichold, § 348 ZPO Rn. 11.



cher Zusammenhänge erfordert.<sup>67</sup> Der Bundesgerichtshof hat in früheren Entscheidungen<sup>68</sup> in Arzthaftungssachen eine Übertragung auf den Einzelrichter grundsätzlich für unzulässig gehalten. In der Tat dürfte in solchen Prozessen eine Einzelrichterübertragung meistens nicht sachgerecht sein<sup>69</sup> und im Berufungsrechtszug regelmäßig auszuscheiden haben.<sup>70</sup>

In rechtlicher Hinsicht kann ein Rechtsstreit aus einem entlegenen Rechtsgebiet oder bei Anwendung ausländischen Rechts<sup>71</sup> besondere Schwierigkeiten bereiten. Gleiches gilt, wenn Rechtsfragen in Rechtsprechung und Lehre unterschiedlich beurteilt werden, auch wenn das noch nicht zur grundsätzlichen Bedeutung der Sache führt.

Grundsätzliche Bedeutung im Sinne § 526 I Nr. 3 ZPO hat eine Sache, wenn eine Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung vorliegt, die höchstrichterlich noch nicht entschieden ist. Dieses Kriterium ist zugleich Zulassungsvoraussetzung für die Revision (§ 543 II Nr. 1 ZPO) und die Rechtsbeschwerde (§ 574 II Nr. 1 ZPO).<sup>72</sup>

- 414 Eine Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter scheidet schließlich auch aus, wenn bereits vor dem Kollegium im Haupttermin verhandelt worden ist, § 526 I Nr. 4 ZPO. Für die Qualifizierung einer Verhandlung als „Haupttermin“ im Sinne von § 272 I ZPO kommt es nicht auf die Bezeichnung – etwa in Abgrenzung zum frühen ersten Termin des § 275 ZPO, den es im Berufungsrechtszug nicht gibt – an. Gemeint ist jeder Termin, in dem mündlich verhandelt wird,<sup>73</sup> und auch der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entsprechende Termin im schriftlichen Verfahren (§ 128 II 2 ZPO).<sup>74</sup>

Die Durchführung des (Haupt-)Termins hindert die Übertragung allerdings dann nicht, wenn er zu einem Vorbehalts-, Teil- oder Zwischenurteil des Kollegiums geführt hat, § 526 I Nr. 4 letzter Halbsatz ZPO.

In **Baulandsachen** sind die Vorschriften über den Einzelrichter, also auch § 526 ZPO, **nicht** anzuwenden, §§ 229 I 2, 220 I 3 BauGB.

## 2. Das Ermessen des Berufungsgerichts

- 415 Auch wenn die in § 526 I Nr. 1 bis 4 ZPO genannten Gründe der Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter nicht entgegenstehen, ist das Berufungsgericht nicht verpflichtet, die Sache auf den Einzelrichter zu übertragen. Vielmehr ist mit der Kann-Vorschrift die Einzelrichterregelung in der Berufungsinstanz flexibler gestaltet als erstinstanzlich beim Landgericht. Die Übertragung auf den Einzelrichter steht im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts. Sie erfolgt durch unanfechtbaren **Beschluss des Berufungsgerichts**, § 526 I, III ZPO, der zumindest dann, wenn von einer Partei Einwendungen erhoben werden, kurz begründet werden sollte.<sup>75</sup>

<sup>67</sup> Vgl. weitere Beispiele bei Baumbach/Hartmann, § 348 ZPO Rn. 40.

<sup>68</sup> BGH NJW 1993, 2375; NJW 1994, 801.

<sup>69</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 205, 206; OLG Brandenburg, Urt. v. 17.7.2008 – 12 U 221/07.

<sup>70</sup> Vgl. Frahm/Nixdorf/Walter, Rn. 267.

<sup>71</sup> Vgl. Baumbach/Hartmann, § 348 ZPO Rn. 40.

<sup>72</sup> Vgl. dazu → Rn. 602 und → Rn. 348; zu den parallel liegenden Gründen für die Zulassung der Berufung Thomas/Putzo/Reichold, § 511 ZPO Rn. 19 ff.

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 638; OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 1339; MüKo/Rimmelspacher, § 526 ZPO Rn. 7.

<sup>74</sup> OLG München NJW-RR 1988, 1512; Zöller/Greger, § 348a ZPO Rn. 3.

<sup>75</sup> MüKo/Rimmelspacher, § 526 ZPO Rn. 18; für eine grundsätzliche Begründungspflicht Stein/Jonas/Althammer, § 526 ZPO Rn. 10.