

# Vom Zufall bei der Suche nach Recht

Die Revisionszulassung durch den BGH  
nach der ZPO-Reform

## I. Prolog

Vor die Majestät zu treten, hieß schon immer, zunächst die Schranke des ›Vorzimmers‹ zu überwinden. In alter Zeit war es das Vorrecht adliger Geburt, hoffähig zu sein. In neuerer Zeit ist es das Gesetz, welches die Regeln statuiert, wer ›bei Hofe‹ erscheinen darf – wer heute also bundesgerichtshoffähig ist. Nach dem neuen Revisionsrecht wird nur der vorgelassen, der ein grundsätzliches Rechtsproblem präsentieren kann. Zum Exempel machte auch Deutschlands größtes Kreditinstitut derzeit diese Erfahrung. In Sachen Leo Kirch vs. Deutsche Bank – *ad personam*: Vorstandssprecher Rolf Breuer als deren überobligatorisch mitteilbarer Exponent<sup>1</sup> – hat das Oberlandesgericht (OLG) München im Dezember 2003 das Verdikt des Landgerichts zur Schadensersatzpflicht des Bankhauses bestätigt, eine persönliche Haftung Breuers indes abgelehnt.<sup>2</sup> Obgleich viele Millionen auf dem Spiel stehen, konnte das »einstige Kronjuwel der deutschen Wirtschaft«<sup>3</sup> nach Maßgabe des OLG nicht auf den Bundesgerichtshof (BGH) hoffen, weil allein die wirtschaftliche Bedeutung eines Rechtsstreits für eine Revisionszulassung nicht genüge.<sup>4</sup> Die *causa* Breuer jedoch, so das OLG, habe nicht ›nur‹ in Geld meßbares, sondern grundsätzliches Gewicht.<sup>5</sup> Kirch stand damit contra Breuer der Gang

- 1 Im Mai 2002 wurde Breuer von Josef Ackermann als Vorstandschef abgelöst; seitdem ist er Aufsichtsratsvorsitzender der Deutschen Bank.
- 2 OLG München, Urt. v. 10.12.2003, NJW 2004, 224 ff. – Die erstinstanzliche Entscheidung (LG München I, Urt. v. 18.2.2003) ist abgedruckt in NJW 2003, 1046 ff.
- 3 F. Dohmen et al., »Kämpfen Sie!«, in: Der Spiegel, 2.2.2004 (Nr. 6), 22 ff. (23) [zum Thema Fusion bzw. Übernahme].
- 4 OLG München (Fn. 2), 231.
- 5 Weil es hinsichtlich der individuellen Einstandspflicht vom Heberger-Urteil des BGH (NJW 1994, 1281 ff.) abweiche: OLG München (Fn. 2), 230 f. Dazu

in die letzte Instanz bedingungslos offen. Dem Bankhaus hingegen wurde die Revision verwehrt, wenn auch unter Zulassungsvorbehalt nach Anrufung der Bundesrichter. Die Bank – ihrerseits mit vielen ›Vorzimmern‹ ausgestattet – mußte nun selbst in einem solchen warten.<sup>6</sup> Der vorliegende Artikel gibt einen Überblick über die zum Jahr 2002 erfolgte Novellierung des zivilprozessualen Revisionsrechts und dessen Handhabung durch den BGH seither.

## II. Funktion der Revisionsinstanz

Die beiden – scheinbar unversöhnlichen – Aufgaben der Revisionsinstanz machen Friktionen fast schon gewiß. Die Ziele, denen die Revision dient, sind im Kern antagonistisch. Ihre Funktion oszilliert zwischen Allgemeininteresse und Einzelfallgerechtigkeit. Dieser Interessenwiderstreit erfordert eine faire Gewichtung und Abwägung der Verfahrenszwecke.

Das Revisionsgericht steht – nach tonangebender Einschätzung: in erster Linie – im Dienst des öffentlichen Interesses an Rechtseinheit und Rechtsfortbildung. Qua erneuter Begutachtung von Rechtssachen mit allgemeiner, also nicht lediglich subjektiv-einmaliger Bedeutung sollen – in gebotenem Abstand zu den Tatsacheninstanzen – Rechtssicherheit gewährleistet und der Gleichheitssatz gewahrt werden, und das mit schöpferischer Komponente. Gemeint ist in diesem Kontext die Rechtsanwendungsgleichheit im materiellen Sinn; es geht um Individualschutz *in abstracto*. Zugleich aber ist die Revision, als echtes Rechtsmittel ausgestaltet, ein Behelf zur Verwirklichung von Gerechtigkeit im Einzelfall. Insofern realisiert sie den Justizgewährungsanspruch und das Prinzip der Chancengleichheit. Das Gleichheitsstatut in dieser *konkret* individualschützenden Ausprägung tritt jedoch zurück, indem der Zugang zur Revisionsinstanz dem Bürger nicht in jedem Fall gewährt wird. Mit Blick auf die allgemeingesellschaftliche Aufgabe der Revisionsinstanz soll – anhand qualitativer Kriterien – eine »quantitativ angemessene«<sup>7</sup> Herausfilterung, ein Aussieben ›revisionswürdiger‹ Fälle erfolgen, um so das Revisionsgericht vor Überlastung zu bewahren.

Ein Interessenabgleich im Wege praktischer Konkordanz läßt sich auf folgende Formel bringen: Der Instanzenzug hin zum BGH und das Revisionsverfahren selbst dienen der Einzelfallgerechtigkeit. Das öffentliche Interesse –

J. Petersen, Kirch versus Breuer im Lichte der Heberger-Rechtsprechung, in: BKR 2004, 47 ff.

6 Am 21.12.2004 hat der 11. Zivilsenat am BGH der Nichtzulassungsbeschwerde der Deutschen Bank stattgegeben und die Revision gegen das von Leo Kirch erwirkte Schadensersatzurteil zugelassen (Az. XI ZR 384/03).

7 F. Weyreuther, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, München 1971, Rz 5.

zunächst an der *Funktionsfähigkeit* des Revisionsgerichts – legitimiert indes die Aufstellung einer Zugangsbarriere; und deren Ausgestaltung wird wiederum vom öffentlichen Interesse – nun an der *Entscheidung* des Revisionsgerichts – beeinflusst.<sup>8</sup>

### III. *Rechtslage vor der Reform*

Der Zugang zur Revisionsinstanz in Zivilsachen ist durch das ZPO-Reformgesetz im Jahr 2001<sup>9</sup> erstmals seit Inkrafttreten der CPO 1879 von Grund auf neu geregelt worden. Nach alter Rechtslage war die Revision zulassungsfrei bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ab einem Streitwert von zuletzt 60.000 DM.<sup>10</sup> Eine besondere Zulassung durch das OLG war dagegen erforderlich bei vermögensrechtlichen Ansprüchen unterhalb dieser Grenze sowie bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten. Das OLG mußte in solcher Situation die Revision bei grundsätzlicher Bedeutung der Sache oder im Falle der Divergenz – also bei Unvereinbarkeit seines Urteils mit höchstrichterlichem Präjudiz – zulassen.<sup>11</sup>

1975 unternahm der Gesetzgeber einen Anlauf, dieses Korsett zu lockern und dem BGH (negative) Entscheidungskompetenzen in eigener Sache zu übertragen.<sup>12</sup> § 554 b ZPO (a. F.) sollte es dem Revisionsgericht ermöglichen, die Annahme von – an sich ohne weiteres zulässigen – Wertrevisionen abzulehnen. Die richterliche Ablehnungsbefugnis war an den Befund geknüpft, daß es der Rechtssache an grundsätzlicher Bedeutung fehle. Diesem Entlastungsbestreben zugunsten eines revisionsrechtlichen Primats der öffentlichen Belange – eben der Autonomiegewähr für den BGH – ist allerdings das Bundesverfassungsgericht mit einer Plenarentscheidung aus dem Jahr 1980 entgegengetreten, der zweiten Plenarentscheidung seit seiner Errichtung: Begründete

8 Vgl. BVerfGE 54, 277 ff. (289 f.).

9 BGBl. I 2001, 1887 ff.

10 Die Streitwertgrenze hat mehrfach gewechselt; während der Inflation in den zwanziger Jahren des vorigen Jahrhunderts lag sie kurzzeitig bei einer Milliarde Reichsmark. Die wesentlichen Etappen: 1879: 1.500 RM; 1906: 2.500 RM; 1910: 4.000 RM; 1928: 6.000 RM; 1950: 6.000 DM; 1964: 15.000 DM; 1969: 25.000 DM; 1975: 40.000 DM; 1991: 60.000 DM (siehe H. Prütting, Die Zulassung der Revision, Köln etc. 1977, 283 ff. [Anhang]). – Eine Revision war außerdem stets statthaft in den Fällen des § 547 ZPO (a. F.).

11 § 546 ZPO (a. F.). Die Abweichung mußte zudem für den Richterspruch kausal gewesen sein, also eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage betreffen. – Zur Bindungswirkung und Unanfechtbarkeit der Zulassungsentscheidung nach altem Recht BGHZ 2, 16 ff.

12 Zur Gesetzesnovelle 1975 H.-J. Vogel, Die Revision in Zivilsachen, in: NJW 1975, 1297 ff. sowie H. Kaempfe, Der Zugang zum Revisionsgericht in Zivilsachen, insbes. die Annahmerevision, Marburg 1979, 50 ff., 87 ff.

Wertrevisionen dürften nicht abgelehnt werden, sofern im Ergebnis Aussicht auf Erfolg bestünde, auch wenn die Sache keine grundsätzliche Bedeutung aufweise. Insbesondere gestatte die Verfassung keinerlei Rücksichtnahme auf akute Arbeitslast – ein Urteil *praeter legem* mit Akzent auf dem Revisionszweck der konkreten Einzelfallgerechtigkeit.<sup>13</sup>

#### IV. Rechtslage seit Januar 2002 – Revisionszulassung als ›Vorzimmer‹-Phänomen

Das neue Revisionsrecht hat die zulassungsunabhängige Wertrevision abgeschafft. Nunmehr gilt generell eine Kombination von Zulassungsrevision und Nichtzulassungsbeschwerde. Jede Revision muß explizit zugelassen werden, sofern die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine höchst-richterliche Entscheidung gebietet (§ 543 Abs. 2 ZPO): »ein Hendiatriön«.<sup>14</sup> Wenn das Vordergericht (OLG oder LG) keine Zulassung ausspricht,<sup>15</sup> hat der potentielle Revisionskläger Gelegenheit zur Beschwerde beim *iudex ad quem*, also dem BGH (§ 544 ZPO). Nur wenn der BGH dieser Beschwerde stattgibt, steht dem Beschwerdeführer das Revisionsverfahren offen. Für den Zugang zum Revisionsgericht hat sonach der Streitwert als Maßstab grundsätzlich ausgedient.

Vor der Hürde bundesrichterlicher Beschlußfassung in der Sache liegen in- dessen noch zwei weitere, eine temporäre und eine bleibende. Die erste schließt kumulativ an die alte Rechtslage an und bewilligt dem Geldeswert als Wert an sich eine Schonfrist. Jedenfalls bis Ende 2006 gilt nämlich – zu- sätzlich zu den Prämissen des § 543 ZPO – die Streitwertgrenze weiter, ge- senkt auf 20.000 Euro, mit der (vorläufigen) Folge, daß eine Nichtzulassungs- beschwerde unterhalb dieses Ausgangslimits unzulässig ist.<sup>16</sup> »Der Sache nach

13 BVerfGE 54, 277 ff. – Gleichwohl sind zuletzt Ablehnungsbeschlüsse aufgrund § 554 b ZPO in etwa der Hälfte der Verfahren ergangen. Mehr als 95 % der ›angekommenen‹ Verfahren gelangten aufgrund des Streitwerts an den BGH; siehe DRiZ 2000, 81 ff. (85).

14 W. Nassall, Irrwege. Wege. – Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH, in: NJW 2003, 1345 ff. (1348).

15 Ein Ausspruch über die Nichtzulassung ist entbehrlich, aber »nobile officium«: Zöller-Gummer, ZPO, 24. Aufl., Köln 2004, § 543 ZPO Rz 17.

16 § 26 Nr. 8 EGZPO. Nach BGH (5. Sen.) NJW 2002, 2720 f. soll der Wert des Beschwerdegegenstands maßgeblich sein (= subjektives Rechtsschutzziel bzw. Umfang der erstrebten Abänderung des angefochtenen Urteils), nicht der ob- jektive Wert der Beschwer (= Umfang des Unterliegens durch das angefoch- tene Urteil bzw. Wert seines sachlich nachteiligen Inhalts); a. A. (plausibel) O. Jauernig, Der BGH und die Beschwer im neuen Rechtsmittelrecht, in: NJW

handelt es sich [hierbei] um die Wiedereinführung der alten (in der Begründung] der Reform wortreich verdammt) wertgrenzenabhängigen Revision durch die Hintertür – auf um etwas erniedrigtem Niveau.«<sup>17</sup>

Die andere Klippe ist die Beschwerdebegündung. Gemäß § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO müssen die Zulassungsgründe »dargelegt« werden, und »Darlegung« erfordert mehr als Benennung, Bezeichnung, Behauptung oder Angabe. Dem Gesetzeswortlaut entnimmt der BGH strenge Begründungsanforderungen, denn er sollte, so der 11. Senat, »davon entlastet werden, die Voraussetzungen der Zulassung anhand der Akten ermitteln zu müssen«.<sup>18</sup> Statt Aktenkonvolute zu studieren, prüft der BGH jetzt nur noch die geltend gemachten Zulassungsgründe. Das Ausmaß der Darlegungs- und Substantiierungslast fassen manche Senate dabei beachtlich weit – ein erhebliches Haftungsrisiko für den Rechtsanwalt, der in der Beschwerdeschrift die Entscheidung des BGH gleichsam antizipieren muß.<sup>19</sup>

Das Zulassungserfordernis als Zugangsbarriere verweist den Bürger ins »Vorzimmer« des Rechts. Denn wenn der BGH über eine Nichtzulassungsbeschwerde befindet, trifft er keine Entscheidung in der Sache, sondern er klärt die Vorfrage, ob er sich mit dem Fall überhaupt auseinandersetzen muß. Über den Streitgegenstand wird zwar nicht entschieden, aber er wird beurteilt. In den Salon soll nicht jeder kommen. Ausgesperrt wird allerdings nicht mittels einer extralegalen Hürde,<sup>20</sup> sondern einer vom Gesetz vorgesehenen und dem

2003, 465 ff. – Mit Wirkung ab dem 1.9.2004 hat der Gesetzgeber diejenigen Fälle von § 26 Nr. 8 EGZPO ausgeklammert, in denen das Berufungsgericht die Berufung verworfen hat. Damit wurde die bis dahin bestehende Ungleichbehandlung der Rechtsmittelkläger je nach Art der Verwerfungsentscheidung beseitigt: Der Schwellenwert von 20.000 Euro muß nur dann erreicht sein, wenn das Berufungsgericht durch *Urteil* entschieden hat. Hatte es also die Berufung durch Urteil verworfen und eine Revision nicht zugelassen, war die Anrufung des BGH im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde nur bei Überschreiten dieser Wertgrenze möglich. Bei einer Verwerfung durch *Beschluß* kann dagegen ohne Rücksicht auf den Wert eine Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt werden.

17 Zöller-Gummer (Fn. 15), § 26 EGZPO Rz 12.

18 BGHZ 152, 182 ff. (185) [= NJW 2003, 65 ff.].

19 M. Gehrlein, Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Revision und Beschwerde, in: MDR 2003, 547 ff. (550) unter Verweis auf BGHZ (5. Sen.) 151, 221 ff. [= NJW 2002, 3029 ff.]; siehe auch BGHZ (6. Sen.) 152, 7 ff. [= NJW 2002, 3334 f.] sowie M. Huff, Neues Recht – neue Risiken. Haftungsfallen der Reformgesetze, in: Anwalt 4/2002, 6 ff. (8 f.). Aus jüngerer Zeit: BGH (9. Sen.) NJW 2004, 71 f.

20 Es handelt sich also nicht um eine Erschwernis tatsächlicher Art. Vgl. als rechtssoziologische Analyse R. Bender/R. Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht. Eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß, Tübingen 1980.

Recht inkorporierten. Dieses Hindernis bedeutet nicht Abweisung *a limine*, denn die Chance auf Recht wurde den Parteien vor der Station des Revisions- (zulassungs)verfahrens in der Regel schon zweimal zugestanden.<sup>21</sup> Es geht vielmehr um Gewähr oder Versagung der Aussicht auf Rechtskontrolle, also um Plazierung der normativen Grenzmarke, die dem Prozessieren ein Ende setzt: im Interesse der Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens und der Aufrechterhaltung staatlicher Autorität. Ist die Nichtzulassungsbeschwerde erfolgreich, hat das Warten im ›Vorzimmer‹ das Weiter-Gehen nur verzögert. Scheitert sie, bleibt allenfalls die unwägbarere Zuflucht zum Bundesverfassungsgericht, welches eine andere Fragestellung prüft und via § 93 a BVerfGG von einer Entscheidung in der Sache ebenso absehen kann.<sup>22</sup> Nach rechtsdogmatischer Etikettierung ist der Zulassungszwang somit – abhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens – eine Schranke aufschiebender oder endgültiger Natur.

#### V. Gründe für die Novellierung

Die Neukonzeption des Revisionsrechts – Diskussionsstoff seit Jahrzehnten – wurde von der Überlegung geleitet, daß die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht von einer starren Streitwertgrenze, »nicht vom Geldbeutel abhängen« dürfe.<sup>23</sup> Der Zugang zum BGH sollte nicht mehr »nur Reichen und Unternehmen« offen stehen; eine Änderung der Zulassungsparameter sei notwendig gewesen, um das der alten Rechtslage inhärente »Gerechtigkeitsdefizit« auszugleichen.<sup>24</sup> Das Gros der Fälle gelangte unter alter Rechtslage eben pauschal wegen des Streitwerts und nicht etwa wegen eklatanter Unzulänglichkeiten des Berufungsurteils an den BGH. Avisiert war mit der Reform also eine sozial ausgewogene Bewilligung des Ansuchens um letztinstanzliche Gerechtigkeit: Durch Streichung der Wertgrenze sollten die Zugangschancen zum BGH erhöht werden;<sup>25</sup> gleichzeitig sollte sich das Revisionsgericht aber nur noch mit sachlich bedeutsamen Fällen befassen müssen. Die Ausweitung

21 Im Falle der (fakultativen) Sprungrevision nur einmal (§ 566 ZPO).

22 Zu den (1993 verschärften) Annahmeveraussetzungen für Verfassungsbeschwerden BVerfGE 90, 22 ff.

23 BT-Drucksache 14/4722 vom 24.11.2000 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses), 58.

24 J. Wenzel, Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung, in: NJW 2002, 3353 ff. (3353 f.). Der Autor war bis Juni 2005 Vizepräsident des BGH und Vorsitzender des 5. Zivilsenats.

25 H. Däubler-Gmelin im Rahmen des Aktuellen Forums Justizreform auf dem 63. Deutschen Juristentag (2000), siehe DRiZ 2000, 470 f. Schließlich sollte die »maximale Wirkungsbreite« des BGH erhalten bleiben: BT-Drucksache 14/4722, 66.

war demnach von vorneherein mit einer Einschränkung verknüpft: Der potentielle Revisionskläger muß, gleich um wieviel Geld er streitet, in ein repräsentatives, ausbaufähiges, fallübergreifendes Rechtsproblem verstrickt sein. Allerdings sollte der BGH ausweislich der Gesetzesbegründung auch dann eingreifen (können), wenn eine Leitentscheidung nicht erforderlich ist, »gleichwohl aber eine Ergebniskorrektur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit oder wegen der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts geboten« erscheint.<sup>26</sup> Der Verstoß gegen Verfahrens(grund)rechte wird in der Entwurfsbegründung deshalb explizit erwähnt, weil die neue ZPO, anders als andere Prozeßordnungen, Verfahrensmängel als Zulassungsgrund nicht ausdrücklich vorsieht.<sup>27</sup>

Ungeteilte Begeisterung hat die Neufassung der ZPO freilich nicht ausgelöst. Aus der Fülle der Kritik sei hier nur eine Äußerung aus der Anwaltschaft dokumentiert: »Hauptziel der ZPO-Reform ist der Abbau des überkommenen Rechtsschutzes.«<sup>28</sup> Wie man sieht, herrscht im ›Vorzimmer‹ dicke Luft.

#### VI. Die Zulassungsvoraussetzungen in der Rechtsprechung des BGH

1. Im Jahr 2002, also im ersten Jahr nach Inkrafttreten der neuen ZPO, hat der BGH 217 Nichtzulassungsbeschwerden beschieden; in 15 Fällen (6,9%) waren diese erfolgreich. 2003 lag die Erfolgsquote von Nichtzulassungsbeschwerden bei 5,2%.<sup>29</sup> Parallel ist jedoch die Zahl der von den Vorderrichten zugelassenen (und beim BGH eingegangenen) Revisionen stark angestiegen, nämlich von 177 im Jahr 2001 auf 783 im Jahr 2002 und 842 im Jahr 2003.

In Reaktion auf die großzügigere Zulassungspraxis der Berufungsgerichte hat der BGH Abwehrmechanismen entwickelt, die bereits im Vorfeld der Entscheidung über die Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen greifen. Bemerkenswert ist dabei der ambivalente Umgang mit dem in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Recht auf den gesetzlichen Richter. Mit Blick auf §§ 348 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO wird dieses Recht

<sup>26</sup> BT-Drucksache 14/4722, 67.

<sup>27</sup> Verfahrensfehler sind demnach ebenfalls nur unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO revisibel; gleiches gilt bei *einer* möglichen Lesart der neuen ZPO auch für die (vormals?) »absoluten« Revisionsgründe des § 547 ZPO.

<sup>28</sup> E. Schneider, Praxis der neuen ZPO, 2. Aufl., Recklinghausen 2003, IX. – »Verfahren ohne Rechtsmittel heißt Staatsgewalt ohne Kontrolle« (H. Lohrmann, Naivität ohne Beispiel, in: DRiZ 2000, 163 f. [164]).

<sup>29</sup> = 138 von 2.661 erledigten Nichtzulassungsbeschwerden, von denen der BGH jedoch nur ca. 57% inhaltlich behandelt hat; die übrigen endeten durch Verwerfung als unzulässig, Rücknahme etc. Vgl. NJW 7/2004, XIV ff. sowie die Tätigkeitsberichte 2002 und 2003 auf den Internetseiten des BGH.

streng beachtet. Hiernach muß der originäre Einzelrichter am Landgericht eine Rechtssache bei (vermuteter) grundsätzlicher Bedeutung der Kammer vorlegen. Versäumt er dies und befindet über Zulassungsfragen allein, verstößt er, so der 9. Senat, gegen das Willkürverbot.<sup>30</sup> Dagegen ist – wie der 10. Senat zwischen den Zeilen verlauten läßt – die nach dem Gesetzeswortlaut (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO) bindende Revisionszulassung durch das ordnungsgemäß besetzte Vordergericht dann eventuell *nicht* bindend, wenn dessen Entscheidung der aufgeworfenen rechtsgrundsätzlichen Frage die unterlegene Partei letztendlich nicht beschwert hat.<sup>31</sup> In diesem Falle soll also dem Revisionskläger *contra legem* sein gesetzlicher Richter verwehrt werden können. Und schließlich fordert der Präsident des BGH, Günter Hirsch, im Januar 2004 ein »vereinfachtes Verfahren« bei Revisionszulassungen durch Landgerichte, mit der Folge, daß Zulassungsentscheidungen der Zivilkammern überhaupt nicht mehr bindend wären: »Hier sollte ohne ausführliches Revisionsverfahren und ohne mündliche Verhandlung eine Revision durch einstimmigen Beschluss des Senats zurückgewiesen werden können.«<sup>32</sup>

Die Judikatur der einzelnen Senate zu den Zulassungsvoraussetzungen der Revision ist – wie sich schon andeutet – tendenziell restriktiv, weicht aber doch stark voneinander ab;<sup>33</sup> euphemistisch gewendet ist »noch manches im Fluss«.<sup>34</sup> Berechenbar ist der Erfolg einer Nichtzulassungsbeschwerde derzeit

30 BGHZ 154, 200 ff. [= NJW 2003, 1254 ff.]; siehe auch BGH (12. Sen.) NJW 2003, 3712; BGH (2. Sen.) NJW 2004, 448 f. – Zur Zulassung durch den Einzelrichter im Berufungsverfahren BGH (8. Sen.) NJW 2003, 2900 ff.

31 BGHZ 153, 254 ff. (257) [= NJW 2003, 1125 f.].

32 NJW 7/2004, XIV. – Mit Einfügung von § 552 a ZPO (»Zurückweisungsbeschluss«) hat der Gesetzgeber das Postulat Hirschs aufgegriffen und die Zurückweisungsbefugnis des BGH auch auf Zulassungsentscheidungen von OLG-Senaten erstreckt; siehe dazu unten unter VIII.

33 Eine Vorlage an den Großen Senat ist bislang unterblieben, vorgeblich wegen bloßer Differenzen in den Entscheidungsgründen. Daß die Uneinigkeit bei der Auslegung der Zulassungskriterien durchaus auch auf die Ergebnisse durchschlagen kann, zeigt etwa die konträre Bewertung von Divergenzfällen: Der 8. Senat läßt eine objektive Abweichung der Vorinstanz von ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung genügen (NJW 2002, 3783 f.; NJW-RR 2003, 229). Dagegen begründet, so der 5. Senat, eine »allenfalls« fehlerhafte, die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung mißachtende Rechtsanwendung für sich allein keine Zulassung wegen Divergenz (BGHZ 154, 288 ff. [293] = NJW 2003, 1943 ff.). Gleichen Sinnes wie der 5. ist der 11. Senat (NJW 2004, 1167; dazu I. Saenger, WuB VII A § 543 ZPO 2.04). Vgl. C. v. Gierke/F. Seiler, Revisionszulassung und Rechtsbeschwerdezulässigkeit – Tendenzen in der neueren Rechtsprechung des BGH, in: NJW 2004, 1497 ff. (1499 f.).

34 Gehrlein (Fn. 19), 548. – Mehrere Monate später, im Mai 2004, ist immer noch »Vieles im Fluss« (v. Gierke/Seiler [Fn. 33], 1497) – hier allerdings entspringt

allenfalls dann, wenn man den Geschäftsverteilungsplan des BGH zu Rate zieht.

2. Hinsichtlich des Zulassungsgrundes der *Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*, der aus Sicht des Gesetzgebers zusammen mit der Variante Fortbildung des Rechts<sup>35</sup> die Matrize der grundsätzlichen Bedeutung konkretisiert, differiert die Rechtsprechung der Zivilsenate besonders mit Blick auf die Zulassungsrelevanz von Verfahrensverstößen.

Der 5. Senat hält den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung für gegeben, wenn Fehler des Vordergerichts bei der Auslegung oder Anwendung revisiblen Rechts über den Einzelfall hinaus nachhaltig die Interessen der Allgemeinheit berühren, z. B. bei einem offenkundigen Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte, sofern die Entscheidung hierauf beruht.<sup>36</sup> Nachhaltig sind die Interessen der Allgemeinheit dann berührt, wenn durch einen Fehler mit »symptomatischer Bedeutung« die Einheitlichkeit der Rechtsprechung insgesamt gefährdet ist (etwa bei konkreten Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr, im Falle eines drohenden Nachahmungseffekts<sup>37</sup> oder wenn aufgrund der Publizitätswirkung das Vertrauen in

die Diagnose des Fließens, da von Rechtsanwälten gestellt, keinem exkulpierenden Bemühen.

- 35 Dieser Zulassungsgrund hat bisher eine relativ geringe Rolle gespielt. Eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts muß dann erfolgen, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Anlaß hierzu besteht nur, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungsweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (vgl. exemplarisch die in Fn. 19 genannte Entscheidung des 5. Senats). »Bei strikter Anwendung dieser Definition hätte der BGH indes keine Möglichkeit, die Revision zuzulassen, wenn er von sich aus seine bisherige Rechtsprechung korrigieren bzw. fortentwickeln will« (F. Seiler, Neues zur Revisionszulassung? – Die aktuelle Rechtsprechung des BGH, in: MDR 2003, 785 f. [786]). Zu Abgrenzungsschwierigkeiten: v. Gierke/Seiler (Fn. 33), 1498 f.
- 36 BGHZ 151, 42 ff. [= NJW 2002, 2473 f.]; 151, 221 ff. [Fn. 19]; NJW 2002, 2957, 3180 f.; NJW 2003, 754 f.
- 37 Eine Wiederholungs-/Nachahmungsgefahr soll etwa dann bestehen, wenn sich der Rechtsanwendungsfehler verallgemeinern läßt und eine beträchtliche Zahl künftiger Sachverhalte zu erwarten ist, bei denen er wieder vorkommen kann. – Die Maßgaben ›Häufigkeit‹ und ›Gefahr der Nachahmung‹ sind allerdings fragwürdig, weil sie der »Darlegungspflicht des Beschwerdeführers ... schon aus verfassungsrecht[lichen] Überlegungen nicht unterliegen [können]« – gemäß dem 11. Senat aber doch (BGH [Fn. 18], 187) – und obendrein »letztlich dazu [führen], dass ein Fehler umso revisionssicherer wäre, je schwerer (oder offensichtl[icher]) er ist; denn desto weniger wäre zu befürchten, dass er Nachahmung findet« (Zöller-Gummer [Fn. 15], § 543 ZPO Rz 14). Das Merkmal

die Rechtsprechung als Ganzes erschüttert ist). Im Ansatz scheint diese Sichtweise auf der Linie der gesetzgeberischen Erwägungen zu jenem Zulassungskriterium zu liegen – vom Erfordernis der »Offenkundigkeit« eines Verfahrensverstößes freilich einmal abgesehen.<sup>38</sup>

In Hinblick auf die obligate symptomatische Bedeutung gleichlautend, im übrigen aber fundamental entgegengesetzt zur Auffassung des 5. Senats ist die Meinung des 11. Senats,<sup>39</sup> wonach Rechtsfehler im Einzelfall vom Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auch dann nicht erfaßt werden, wenn sie offensichtlich oder besonders schwerwiegend sind oder einen Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte enthalten. Die Schwere oder Evidenz eines Fehlers sei irrelevant und eine Differenzierung auch nicht mit Blick auf die Gesetzesmaterialien geboten. Im Regierungsentwurf heißt es zwar, daß Rechtsfehler unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dann zulassungsrelevant seien, wenn von erheblichem Gewicht und geeignet, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen: »Hierher gehören vor allem die Fälle, in denen Verfahrensgrundrechte, namentlich die Grundrechte auf Gewährung des rechtlichen Gehörs und auf ein objektiv willkürfreies Verfahren, verletzt sind.«<sup>40</sup> Diese Ansicht des Regierungsentwurfs habe aber, so der 11. Senat, »im Wortlaut des § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO ... keinen Ausdruck gefunden und ist deshalb für dessen Auslegung unbeachtlich ... Insbesondere stellt § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO nicht auf das in der Gesetzesbegründung erwähnte Vertrauen in die Rechtsprechung ab, sondern auf die davon zu unterscheidende Einheitlichkeit der Rechtsprechung.«<sup>41</sup> Ob der Senat hierbei sein historisches Argument hinlänglich reflektiert hat, scheint zweifelhaft. Überdies ist zentrales Element des Bestrebens nach einheitlicher Rechtsprechung – im Sinne der Verlässlichkeit methodengeleiteter und gerechtigkeitsorientierter Rechtsfindung – stets auch

der Wiederholungsgefahr ist ohnedies entbehrlich, da »der Berufungsrichter – der ja die Revision nicht zugelassen hat (!) – sich im Einklang mit der Rechtsprechung sieht und darum regelmäßig eine Wiederholung zu befürchten ist« (Gehrlein [Fn. 19], 549).

38 Das der 5. Senat in einer späteren Entscheidung immerhin abschwächt, wenngleich er synchron die Anforderungen an die Qualität des Rechtsfehlers noch hochschraubt: Erforderlich sei eine Verletzung »grundlegende[r], verfassungsrechtlich abgesicherte[r] Gerechtigkeitsanforderungen« (BGH [Fn. 33], 296; Fortführung: NJW 2005, 153 f.). – Unbeirrt hält es der 6. Senat dagegen weiterhin für nötig, daß ein Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte »klar zu Tage« tritt, also »offenkundig« ist (NJW 2004, 688 f.); ebenso der 12. Senat (FamRZ 2004, 696).

39 BGH (Fn. 18).

40 BT-Drucksache 14/4722, 104.

41 BGH (Fn. 18), 189.

das Prinzip des Vertrauensschutzes als Ausprägung des Gleichheitssatzes. Man wüßte gern, welche Überlegungen den 11. Senat veranlaßt haben, den Konnex zwischen Vertrauensmaxime und dem Gebot einheitlicher Rechtsprechung aufzukündigen.

Während der BGH also das Zulassungsmerkmal der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einschränkend handhabt, wird gegenläufig der Schutz der Prozeßparteien *vor* dem Richter (wieder einmal) auf höchster Ebene gefestigt. Im April 2003 hat das Bundesverfassungsgericht eine Plenarentscheidung gefällt (die vierte seit 1951), die wenigstens mittelbar auch das Revisionsrecht tangiert: Dem Verstoß gegen ein Verfahrensgrundrecht mit Verfassungsrang – im entschiedenen Fall: die Gehörsgarantie – kommt, so das Bundesverfassungsgericht, Allgemeinbedeutung zu, auch wenn er sich nur im Einzelfall ausgewirkt hat.<sup>42</sup>

3. Die vom Gesetzgeber intendierte und im wesentlichen von allen BGH-Senaten konsentiertere Begriffsbestimmung der *grundsätzlichen Bedeutung*<sup>43</sup> lautet: Die Rechtssache wirft eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage auf, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann. Oder: Andere Auswirkungen des Rechtsstreits auf die Allgemeinheit berühren deren Interessen in besonderem Maß, etwa bei tatsächlichem oder wirtschaftlichem Gewicht der Sache für den Rechtsverkehr<sup>44</sup> – *nicht*: für die Partei.

Der Gesetzgeber wollte allerdings zumindest den Oberbegriff der Grundsatzbedeutung über diese gewohnte Definition hinaus in weitem Sinne verstanden wissen, um eine Ergebniskorrektur bei ›bloßer‹ grober Fehlerhaftigkeit zu ermöglichen.<sup>45</sup> Aber gleich unter welcher Zulassungsvariante

42 BVerfGE 107, 395 ff. [= NJW 2003, 1924 ff.]: Verpflichtung des Gesetzgebers zur Intensivierung der fachgerichtlichen Selbstkontrolle. – Siehe zu Art. 103 Abs. 1 GG jetzt auch BVerfG, Beschl. v. 23.6.2004, NJW 2004, 3551 f. sowie BGH (10. Sen.) NJW-RR 2004, 1717 f.

43 Der Begriff wurde auf dem Gebiet der Zivilgerichtsbarkeit erstmals verwandt in der VO zur Entlastung des Reichsgerichts vom 15.1.1924 betreffend Ehesachen; vgl. Prütting (Fn. 10), 30. Damit begann die Entwicklung hin zu dem Mischsystem von Wert- und Zulassungsrevision, das mit der ZPO-Reform 2001 beseitigt wurde.

44 BT-Drucksache 14/4722, 105; BGH (Fn. 18), 192; BGH (Fn. 33, 5. Sen.), 292.

45 Also ungeachtet der (fehlenden) Tauglichkeit des Kasus als Modellfall zur Klärung umstrittener Rechtsfragen: »Die Neudefinition der Zulassungsvoraussetzungen soll ... nach Absicht der Reform die Fixierung der Zulassungsentscheidung auf Fragen der juristischen Exegese aufbrechen ... Der Revisionsinstanz ist Rspr [Rechtsprechung] übertragen, ihre Aufgabe kann es daher nicht ausschließ[lich] sein, das Recht fortzubilden oder die Rechtsdogmatik zu sichern« (Zöller-Gummer [Fn. 15], § 543 ZPO Rz 8).

(grundsätzliche Bedeutung oder Konsolidierung homogener Rechtsanwendung) die individuelle Richtigkeitsgewähr diskutiert wird – manch ein Richter ist ihr offenbar prinzipiell abgeneigt. Der 5. Senat sieht außerhalb des Zulassungsgroundes der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung – für den er, wie gesagt, einen »symptomatischen« Rechtsfehler verlangt – keinen Anlaß zum Eingreifen im »schlichten« Einzelfall, ebenso der 7. Senat, der lapidar feststellt, daß die »offensichtliche Unrichtigkeit eines Urteils ... allein kein hinreichender Grund [ist], die Revision [unter irgendeinem der gesetzlichen Gründe] zuzulassen«. <sup>46</sup> Der 11. Senat deutet nicht das Zulassungskriterium der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, sondern dasjenige der Grundsatzbedeutung als Auffangtatbestand, legt freilich die Meßlatte für eine Revisionszulassung wegen rechtlicher Entgleisungen des Vordergerichts noch höher. Nach Auffassung dieses Senats haben Rechtsfehler im Einzelfall »ausnahmsweise« dann grundsätzliche Bedeutung, wenn »offenkundig« ist, daß die angefochtene Entscheidung objektiv willkürlich ist oder Verfahrensgrundrechte verletzt sind, und wenn »jeweils nicht zweifelhaft« ist, daß das Bundesverfassungsgericht sie auf eine Verfassungsbeschwerde hin aufheben würde. »Offenkundigkeit« liegt überdies nur dann vor, wenn der Rechtsfehler »in wenigen Sätzen zweifelsfrei aufgezeigt werden [kann]«. <sup>47</sup> Wie dies angesichts der hohen Anforderungen an die Darlegungslast des Beschwerdeführers zur zweifelsfreien Zufriedenheit des Senats geschehen soll, bleibt dunkel.

Noch auffälliger ist aber die Bezugnahme auf das Höchstgericht: Eine Zulassung soll nur dann gerechtfertigt sein, wenn die angegriffene Entscheidung einer Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht keinesfalls standhalten würde. Dieses hat indessen 1980 entschieden, daß eine Ablehnung nicht statthaft ist, wenn die Revision Aussicht auf Erfolg hat – und eben nicht, wenn eine Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg hätte. Hiervon sagt sich der 11. Senat »in dramatischer Weise« los, <sup>48</sup> indem er die Zulassung einer Revision von der Erfolgsprognose einer Verfassungsbeschwerde abhängig macht. Eine solche Parallelisierung – eher: Gleichschaltung – der Verfahrensergebnisse bedeutet in ihrer Konsequenz fachrichterliche Rechtsverweigerung. <sup>49</sup> Der Senat folgert seinen Standpunkt obendrein aus einer Betrachtung, die Zweifel an der Existenzberechtigung des BGH als Gericht schlechthin erwecken könnte: <sup>50</sup> Ein »unabweisbares Interesse [der Allgemeinheit] an einer

46 NJW 2003, 831 f. (831).

47 BGH (Fn. 18), 194.

48 T. Purps, Das Spannungsverhältnis von Verfassungsrecht und Revisionsrecht nach dem Zivilprozessreformgesetz, in: Neue Justiz 2003, 397 ff. (397).

49 Vgl. S. Scheuch/R. Lindner, Zur Auslegung der Zulassungstatbestände des § 543 II ZPO, in: NJW 2003, 728 ff. (730).

50 Vgl. Nassall (Fn. 14), 1347.

Korrektur des Berufungsurteils« könne »in der Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen bejaht werden«, denn: »In aller Regel hat die Allgemeinheit an der Entscheidung eines gewöhnlichen Zivilrechtsstreits kein Interesse.«<sup>51</sup>

Mittlerweile hat der 5. Senat die Sichtweise des 11. Senats streckenweise adaptiert:<sup>52</sup> Für die Revisionszulassung wegen eines Rechtsfehlers des Berufungsgerichts seien »die gleichen Voraussetzungen maßgebend, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Erfolg einer Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil führen würden«. <sup>53</sup> Der (solidarisch gesonnene?) Senat meint, so Verfassungsbeschwerden zu vermeiden<sup>54</sup> – doch dieses Motiv ist im revisionsrechtlichen Kontext *per se* ebenso fragwürdig wie der behauptete Entlastungseffekt zugunsten der Verfassungshüter. Von der gleichen Zulassungsvermeidungsstrategie scheint auch eine Entscheidung des 5. Senats vom Oktober 2003 getragen zu sein, nach der *mehrere Rechtsfehler* in der Vorinstanz die Chancen auf Revisionszulassung sogar *mindern* können.<sup>55</sup> Der Senat hatte über eine Rechtsbeschwerde zu befinden, die sich gegen einen Beschluß des Landgerichts richtete, mit dem die Berufung als unzulässig verworfen wurde.<sup>56</sup> Dieser Beschluß enthielt mehrere Rechtsfehler. Der gerügte Rechtsfehler hatte – wie der 5. Senat selbst nicht bezweifelt – Grundsatzbedeutung, die weiteren Fehler nicht. *Deshalb* – mangels Zulassungsrelevanz *sämtlicher* Rechtsfehler – verwarfen die Bundesrichter die Rechtsbeschwerde als unzulässig, denn: Basiere die angefochtene (falsche) Entscheidung alternativ auf mehreren Rechtsfehlern, sei der Zugang zur Revision verschlossen, wenn nur hinsichtlich *eines* Rechtsfehlers ein öffentliches Interesse an seiner Bereinigung nachgewiesen werde.<sup>57</sup> Dahinter stand die Überlegung, daß eine

51 BGH (Fn. 18), 193.

52 Und *vice versa*, dazu unten unter VIII.

53 BGH (Fn. 33), 297; siehe auch oben Fn. 38.

54 BGH (Fn. 33), 296 f.

55 So schon der 10. Senat (Fn. 31); dazu R. Lindner, Die Entscheidungserheblichkeit der Grundsatzfrage beim Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache, in: NJW 2003, 1097 ff.; A. J. Baumert, Revisionsverfahren – Entscheidungserheblichkeit des Zulassungsgrundes der Rechtsgrundsätzlichkeit, in: MDR 2003, 606 ff.

56 Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der – revisionsähnlich ausgestalteten – Rechtsbeschwerde (§ 574 ZPO) sind inhaltsgleich mit den Zulassungsgründen in § 543 ZPO, und die Vorschriften werden vom BGH auch kongruent gedeutet.

57 NJW 2004, 72 f. – C. v. Mettenheim, Rechtsanwalt beim BGH, lastet dem Gericht mit Blick auf diese und eine weitere Entscheidung »Zynismus« an und beklagt, daß die ZPO-Reform das Verfahrensrecht »pervertiert« habe (FAZ v. 4.2.2004 [Nr. 29], 23). Im zweiten Fall, den v. Mettenheim vorstellt, waren drei gleich gelagerte Verfahren nahezu simultan zum BGH gelangt. Die zuerst eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde war erfolgreich, und der BGH hob das

Revision nur dann in Betracht kommt, wenn die Klärung der Grundsatzfrage auch zu erwarten sei. Diese Bedingung war nach Ansicht des Senats nicht erfüllt, weil die angegriffene Entscheidung schon aus anderen Gründen aufzuheben wäre, welche eine Zulassung nicht rechtfertigten. Die Prognose, daß das Grundsatzproblem nicht behandelt werden wird, ist jedoch nur dann akzeptabel, wenn der Fehler mit Grundsatzqualität ein *obiter dictum* ist, an logisch untergeordneter Position steht, oder wenn das Berufungsgericht seine Entscheidung auf mehrere selbständige rechtliche Gesichtspunkte gestützt hat.<sup>58</sup> Keine dieser Konstellationen war hier gegeben. Vielmehr beruhte die abschlägige Entscheidung des Berufungsgerichts auf einer *Verknüpfung* seiner Würdigung der zulassungsrelevanten Rechtsfrage mit den weiteren, revisionsrechtlich ›irrelevanten‹ Rechtsfehlern. Der Senat hätte demnach durchaus Gelegenheit gehabt, zur Grundsatzfrage vorzustoßen.<sup>59</sup> Drei Wochen später zeigt er sich etwas milder: Sei eine Rechtsbeschwerde einmal zulässig, gelte dies unabhängig von der Entscheidungserheblichkeit der Rechtsverfehlung.<sup>60</sup>

4. Heinrich Jagusch, ehemals Senatspräsident am BGH, hat 1963 das Bild des ›idealen‹ Revisionsrichters entworfen: Der sorgfältige Revisionsrichter sei ständig mit der Prüfung konfrontiert, »ob ihn nicht gerade der gegenwärtige Fall etwas Neues lehre. Wer das nicht kann, sieht oder will, eignet sich nicht zum Revisionsrichter. Dieser muß festen Sinn für Stetigkeit mit Spürsinn für Notwendiges, mit wachem, kritischem Geist und gesunder Verachtung für

(falsche) Berufungsurteil auf. Da das – in allen drei Fällen identische – Rechtsproblem nunmehr geklärt sei, lehnte der BGH sodann die Zulassung der beiden anderen Revisionen ab, mit der Folge, daß zu Lasten der ›nachrangigen‹ Beschwerdeführer die (ebenso falschen) Berufungsurteile rechtskräftig wurden (Beschl. v. 22.10.2003, Az. IV ZR 39/03). So wird offenbar frei nach Gorbatschow derjenige bestraft, der im Leben (und vor den BGH) zu spät kommt.

- 58 Vgl. zu den Fällen, in denen die Revision fehlschlagen kann, weil das ›revisionswerte‹ Rechtsproblem aller Voraussicht nach nicht geklärt werden wird, Prütting (Fn. 10), 131 ff. Weyreuther (Fn. 7) betont, daß sich bei solchen Voraussagen »Zurückhaltung« empfehle und eine Zulassung stets geboten sei, »sofern nach Lage der Dinge nicht nur Gründe dagegen, sondern auch Gründe dafür sprechen, daß es zu einer Klärung kommen wird bzw. würde« (Rz 82).
- 59 Nachvollziehbarer, wenn auch nicht unproblematisch, ist ein späterer Beschluß des 5. Senats, wonach die Revision ausgeschlossen ist, wenn mehrere Rechtsfehler des Berufungsgerichts durch ihr Zusammenwirken zu einer im Ergebnis richtigen Entscheidung führen (NJW 2004, 1167 ff.). Dem 6. Senat genügt eine »im Ergebnis hinnehmbar[e]« Entscheidung, um von einem Einschreiten abzusehen (NJW 2003, 2011 f.). – Wiewohl irritierend, zeigen diese Verlautbarungen immerhin, daß es der BGH mit der angeblichen Irrelevanz einer ›bloßen‹ Einzelfallbetrachtung zuweilen selbst nicht ganz genau nimmt.
- 60 NJW 2004, 367 ff. – Zur ›Beruhensfrage‹ bei §§ 543 f. ZPO: NJW 2003, 3205 ff.

unnachgeprüfte Routinesätze verbinden.«<sup>61</sup> Im bezeichnenden Unterschied hierzu beschreibt *anno* 2002 Eike Ullmann, Vorsitzender Richter am BGH, den Revisionsrichter des neuen Verfahrensrechts in nautischer Metapher: Er »hat nicht mehr das Ruder in der Hand, um das Schiff ›Rechtsprechung‹ durch die Klippen zu steuern, sondern er steht neben dem Steuermann (dem Richter zweiter Instanz) und darf erst dann eingreifen, wenn das Schiff ›Rechtsprechung‹ aus dem Ruder zu geraten und zu zerschellen oder auf Sand zu laufen droht, nicht aber schon dann, wenn dieses Schiff ins Schlingern gerät ... Den Wunsch, dem Einzelfall ein gerechtes Ergebnis zu geben, muss er zurückdrängen.«<sup>62</sup>

Angesichts solchen Selbstverständnisses, welches in mancher BGH-Entscheidung aufscheint, wundert es nicht, daß die Rechtsprechung des BGH zur Revisionszulassung in den juristischen Publikationsorganen seit dem Jahr 2002 heftig angegriffen worden ist: vorwiegend von der Anwaltschaft, hauptsächlich von Rechtsanwälten aus Karlsruhe, maßgebend von Rechtsanwälten beim BGH. Stellungnahmen aus der Richterschaft – die seit Ende 2002 abebben – waren dagegen tendenziell wohlwollend, allenfalls moderat kritisch.<sup>63</sup> Gegenüber dem Kreuzfeuer der Praktiker hat sich die Wissenschaft nur spärlich zu Wort gemeldet.<sup>64</sup> Auch dies erhellt Interessenkonstellationen.

## VII. Bilanz

Die Rekapitulation der Probleme, die mit dem ZPO-Reformgesetz – speziell der Neufassung des Revisionsrechts – *überwunden* werden sollten, ist *mutatis mutandis* eine Skizzierung derjenigen, welche die Reform in der Praxis *aufgeworfen* hat. Um soziale Gesichtspunkte in den dritten Rechtszug einzubringen, hat der Gesetzgeber die Revision vom Streitwert losgelöst und an die

61 H. Jagusch, Grundsatzrevision in Zivilsachen? Ausweg oder Irrweg?, in: NJW 1963, 1 ff. (3).

62 E. Ullmann, Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechtsbeschwerde in Zivilsachen vor dem Bundesgerichtshof, in: WRP 2002, 593 ff. (598).

63 Deutlich aber im Juli 2004 der Präsident des OLG Koblenz: »Die gegenwärtige Praxis findet keine Akzeptanz, berührt die Autorität des Revisionsgerichts, führt zu einem Verlust an Vertrauen beim Publikum, erscheint insbesondere aus dessen Sicht abweisend und willkürlich« (H. G. Bamberger, Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle, in: ZRP 2004, 137 ff. [141]).

64 Wenn aber, dann hat sie vornehmlich der Anwaltschaft sekundiert, etwa: P. Schlosser, JZ 2003, 266 ff., M. Vollkommer, WuB VII A § 544 ZPO 1.03 (beides Anm. zu BGH [11. Sen.], Beschl. v. 1.10.2002 [Fn. 18]); B. Rimmelpacher, JZ 2003, 797 ff., W. Grunsky, LMK 2003, 156 f. (beides Anm. zu BGH [5. Sen.], Beschl. v. 27.3.2003 [Fn. 33]).

Signifikanz der Sachfrage gekoppelt. Zugleich wollte er die Tür zum BGH auch für solche Fälle einen Spalt breit offenhalten, an deren Klärung nur der Betroffene, nicht aber die Allgemeinheit ein Interesse hat. Dieses Ziel hat der Gesetzgeber nicht erreicht. Mit dem Verzicht auf prägnante Direktiven hat er freilich dazu beigetragen, das Gelingen der Reform zu erschweren. Zu Fall gebracht hat die gesetzgeberischen Absichten allerdings der BGH.

1. Zunächst hatte sich der Gesetzgeber mit dem Reformvorhaben das Ziel gesetzt, den Zivilprozeß »bürgernäher, effizienter und transparenter«<sup>65</sup> zu gestalten. Dem Gebot der Rechtsmittelklarheit, dem das Revisionsrecht unterliegt, stehen unscharfe Zugangsregelungen jedoch entgegen.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber hat die Definitionsmacht an den BGH delegiert, und dieser definiert wiederum unter Zuhilfenahme ausfüllungsbedürftiger (und von ihm mit aktenreduzierendem Resultat ausgelegter) Begriffe. Die Wahl von interpretationsoffenen Rechtsbegriffen, von Blankettnormen – »narrative[n] Strukturnormen«<sup>67</sup> – ermöglicht zwar Flexibilität und Selbststeuerung.<sup>68</sup> Andererseits, altbekannt, birgt allzu große Wertungsoffenheit Risiken: *casus* heißt eben nicht nur ›Rechtsfall‹, sondern auch ›Zufall‹. Zufall ist nach alter Begriffsbestimmung »im gewöhnlichen Leben alles, was uns nicht als notwendig oder beabsichtigt erscheint, oder für dessen Eintreten wir einen Grund nicht nachweisen können, das also nach unsrer Meinung ebensogut in anderer Weise und zu anderer Zeit hätte geschehen können«.<sup>69</sup> Gerade die andre, vielleicht aber nicht ebenso gute Weise und damit die Gefahr der Beliebigkeit von Zulassungsentscheidungen nimmt das neue Revisionsrecht in Kauf – je nach der richterlichen Bereitschaft zur Anerkennung von ›Grundsätzlichem‹ unter dem Aspekt des Arbeitsanfalls beim BGH. Dessen Rechtsprechung zur Revisionszulassung ließe sich unter die erste Variante der Meyerschen Zufallsdefinition fassen, welche die Zufälligkeit als Gegenstück zur Notwendigkeit beschreibt. »Sinkt die Grundsatzrevision zu einer Technik der Gerichtsentlastung hinab, so büßt sie ihren Sinn ein«, so Adolf Arndt im Jahr 1962, denn:

65 BT-Drucksache 14/4722, 1.

66 Vgl. Schneider (Fn. 28), Rz 12 f., wonach die gehäufte Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe »kontraproduktiv« zur Absicht des Gesetzgebers sei, die ZPO durchschaubarer zu fassen.

67 A. Piekenbrock / G. Schulze, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, in: JZ 2002, 911 ff. (922).

68 Ob die ZPO-Reform aber tatsächlich zu einer Entlastung führen wird, ist – so BGH-Präsident Günter Hirsch im Januar 2004 – noch nicht absehbar (NJW 7/2004, XIV). – Die Ergebnisse einer profunden empirischen Evaluation der ZPO-Reform durch das Justizministerium sollen Ende 2005 vorliegen.

69 Meyers Konversations-Lexikon, 6. Aufl., Bd. 20, Leipzig und Wien 1908, 1008.

»Ziel gerade einer Grundsatzrevision muß es sein, die schöpferische Rechtsentwicklung zu fördern.«<sup>70</sup> Einen allseits abgewogenen, vor allem aber auch einen gradlinigen Umgang mit dem neuen Revisionsrecht und eine sensible Beachtung der gesetzgeberischen Zielsetzung wäre der BGH schon sich selbst schuldig gewesen, und den »Rechtsuchenden« gegenüber umso mehr, als ihm die Deutungskompetenz über ein *verfahrensrechtliches* Hemmnis anvertraut wurde, mit welchem schon der bloße Einlaß zum Gericht reguliert wird. Hier, im prozessualen Bereich, wirkt die Auslegung einer Generalklausel oder eines unbestimmten Rechtsbegriffs einschneidender, als wenn der Erfolg einer Klage von der Interpretation *materiellen* Rechts abhängt: Ist der (Rechtsmittel-) Kläger einmal über die Schwelle vor die Richterbank gelangt und damit zur Erörterung seines Anliegens zugelassen, erhält er immerhin die Chance, seinen Standpunkt in der Sache selbst zu behaupten. Elementarer trifft es ihn hingegen, wenn er schon bei der Entscheidung über den Zugang zum Gericht in die Grauzone des Geratewohls gerät und die Unwägbarkeiten wertungs-offener Klauseln und Begriffe zu spüren bekommt.

2. Vor allem aber wollte der Gesetzgeber die begrenzte Ressource Revisionsinstanz »gerechter« verteilen, um das Rechtsmittelrecht nicht weiterhin dem »Vorwurf sozialer Schieflage«<sup>71</sup> auszusetzen. Dieser Impetus der Reform ist sympathisch. Zu bedenken ist nur, ob nicht die Forcierung sozialer Belange gerade ins Gegenteil umschlagen kann, wenn das Gesetz die Tendenz weg vom gleichberechtigten oder gar dominierenden<sup>72</sup> Revisionsziel der Einzelfallgerechtigkeit begünstigt. Das Rechtsmittel der Revision mag sich bis zu einem gewissen Grad der Kategorie »sozial gerecht« entziehen, weil es – legitimerweise<sup>73</sup> – *nicht nur* um des einzelnen willen existiert.<sup>74</sup> Dennoch sollte nach

70 A. Arndt, Zur Problematik der Grundsatzrevision aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: NJW 1962, 1660 ff. (1661). – »Jeder Einzelfall bleibt in seinen Besonderheiten gekennzeichnet durch eine bestimmte Beziehung zum bisher für richtig Erkannten« (J. Esser, Not und Gefahren des Revisionsrechts. Zur Problematik der »Grundsatzrevision« in Zivilsachen, in: JZ 1962, 513 ff. [515]).

71 BT-Drucksache 14/4722, 59.

72 So P. Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, Frankfurt a.M. 1972, 75 (Anm. 188), 79 f.

73 »Der BGH hat nur zu oft nicht nur das Recht zu finden, sondern erst mit seinem Urteilsspruch zu setzen. An sich kann für den Gesetzgeber *Hegels* Bild von der Eule der Minerva gelten, die ihren Flug erst in der Abenddämmerung antritt« (Präsident des BGH a.D. G. Pfeiffer, Der BGH – nur ein Gericht für das Grundsätzliche?, in: NJW 1999, 2617 ff. [2620]).

74 Der über die Gerichtskosten aber immerhin die Realisierung des im Gesetz pointierten Allgemeininteresses finanziert und »nicht das geringste Interesse daran hat, ... die Rolle eines Sponsors der höchstrichterlichen Rechtsfortbil-

dem Willen des Gesetzgebers eine Revision bei markanten Rechtsverstößen stets möglich sein, und der Gesetzgeber konnte erwarten, auch so verstanden zu werden. Nach der Spruchpraxis des BGH, die das gesetzgeberische Programm weitgehend konterkariert, ist aber die Revisionsinstanz dem einzelnen eventuell auch bei drohender Existenzgefährdung oder im Falle einer gravierenden Fehlentscheidung des Berufungsgerichts versperrt. Die Gerechtigkeitsfrage stellt sich so in anderer Gestalt. Gerechtigkeit ist – nach einer heute etwas unprofessionell wirkenden, aber doch beachtenswerten Definition – »im engeren Sinn ... diejenige Verhaltensweise, die durch die Rücksicht auf die Rechte anderer bestimmt wird und sie weder selbst verletzt (passive G.) noch auch deren Verletzung duldet (aktive G.)«. <sup>75</sup> Gerechtigkeit wäre demnach vom BGH durch Abwehr von Ungerechtigkeit zu verwirklichen. Sie wird nicht dadurch erreicht, daß man seine Tür »sehenden Auges« vor individueller Bedrängnis verschließt und sich zur Bearbeitung ausgesuchter Sonderfälle mit rechtsgrundsätzlicher Qualität ins Hinterzimmer zurückzieht. <sup>76</sup>

### VIII. Epilog

Das Bundesverfassungsgericht beobachtet die Entwicklung einstweilen gelassen. Inzident stand im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens die Verfassungsmäßigkeit von § 543 Abs. 2 ZPO zur Debatte: In kleiner Besetzung hat der Erste Senat im Januar 2004 die Zulassungsregeln des neuen Revisionsrechts unter Vorbehalt – bis auf weiteres – gebilligt. <sup>77</sup> »Gegenwärtig« sei das Bestimmtheitsgebot jedenfalls nicht verletzt. Das Bundesverfassungsgericht segnet die neuen Maximen nicht rundweg ab, es wartet vielmehr ab. Als ungewöhnlich fällt auf, daß es die Vereinbarkeit der Norm mit

dung zu übernehmen« (H. Büttner, Zugangsschranken zur Rechtsmittelinstanz, in: BRAK-Mitt. 1999, 50 ff. [55]).

75 Meyers Konversations-Lexikon, 6. Aufl., Bd. 7, Leipzig und Wien 1905, 629.

76 Und noch ein anderes »Vorzimmer« muß der Revisionskläger passieren: Nach wie vor ist es notwendig, einen der einunddreißig beim BGH zugelassenen Rechtsanwälte einzuschalten. Allein diese sind vor dem BGH postulationalsfähig (siehe § 78 Abs. 1 Satz 4 ZPO sowie §§ 162 ff. BRAO) und fungieren somit »quasi als vorgeschaltete Kammer«. Dies veranlaßte bereits zur Frage, ob der BGH »de facto ... auch weiterhin nur für die Reichen erreichbar« sei (M. Riemer, Leserbrief, NJW 5/2003, XIV), bzw. nur für diejenigen, die um hohe Summen kämpfen: Ein Test, ob BGH-Anwälte ein Mandat mit einem Streitwert von wenigen hundert Euro zum RVG-Tarif annehmen, könnte hier die Antwort liefern.

77 BVerfG, Beschl. v. 8.1.2004, NJW 2004, 1371 ff. (1. Kammer des Ersten Senats: H.-J. Papier, E. Haas, W. Hoffmann-Riem).

dem Grundgesetz nicht ausschließlich an diesem selbst mißt, sondern auch an Güte und Kontur der Rechtsprechung des BGH: »Dass es dem BGH ... bisher noch nicht gelungen ist, zu einer einheitlichen und zugleich für die Rechtssuchenden eindeutigen Linie zu kommen, bewirkt angesichts der Kürze der Zeit, in der das neue Revisionsrecht bisher anzuwenden war, keinen grundsätzlichen Einwand gegen die vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik. Anders wird dies aber zu beurteilen sein, wenn die Rechtsprechung nicht in der Lage sein sollte, die Rechtsbegriffe so zu konkretisieren, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit des Rechtsmittels für den Rechtssuchenden erkennbar werden.«<sup>78</sup> Daß noch keine Vorlage an den Großen Senat des BGH erfolgt ist, beanstandet das Bundesverfassungsgericht allein deshalb nur *andeutungsweise*, weil das Anrecht auf den gesetzlichen Richter »keinen Schutz gegen jede – möglicherweise – fehlerhafte Entscheidung über die Pflicht zur Vorlage« biete, »wohl aber gegen Willkür« – wofür indes »keine hinreichenden Anhaltspunkte« bestünden.<sup>79</sup> Es ist dies eine Entscheidung, die selbst im »Vorzimmer« einer Entscheidung bleibt: Zwar stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß sich der gesetzgeberische Wille, eine Ergebniskorrektur auch jenseits der gesetzlichen Zulassungskriterien zu gestatten, »in der Formulierung des Gesetzes« nicht niedergeschlagen habe.<sup>80</sup> Es folgert daraus aber nicht, daß das Gesetz eine Berichtigung »schlichter« Fehlentscheidungen schlechthin verbiete. Erst damit hätte das Bundesverfassungsgericht die Einzelfallgerechtigkeit (auf Zeit?) preisgegeben. So bleibt das Revisionsrecht in der Schwebe.<sup>81</sup>

Kurz nach diesem ambivalenten Rechtsspruch versuchte ein Exponent der Anwaltschaft beim BGH – vorläufig resignierend? –, seinen Protest philosophisch zu untermauern, indem er die (Praxis der) Zulassungsrevision nicht mehr nur anhand der Vorgaben des Grundgesetzes, sondern auch aus dem

78 BVerfG (Fn. 77), 1372. – Zwei Monate später fügt die Trias erwartungsvoll hinzu: »Dass dies nicht gelingen wird, ist nicht ersichtlich« (BVerfG, Beschl. v. 9.3.2004, NJW 2004, 1729 f. [1730]).

79 BVerfG (Fn. 77), 1373. – Zur objektiv willkürlichen Nichtzulassung einer Berufung BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 26.5.2004, NJW 2004, 2584 f.

80 BVerfG (Fn. 77), 1371. – Die 3. Kammer des Ersten Senats verzichtet auf eine solche Festlegung: »Ob diese Absicht im Gesetz hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommen ist, kann ... unentschieden bleiben« (Beschl. v. 26.4.2004 zur Rechtswegerschöpfung in Zivilstreitigkeiten, NJW 2004, 3029 f.).

81 Und wurde im September 2004 auf dem 65. Deutschen Juristentag (Bonn) einer »Wirkungskontrolle« unterzogen (Abteilung Verfahrensrecht: »Die Reform der ZPO«). Zu den Beratungen und Ergebnissen: R. Stürner, NJW 42/2004, XXXI sowie E. Noske, ZRP 2004, 242 ff. (243); NJW 2004, 3241 ff. (Beschlüsse).

Blickwinkel der ethisch-moralischen Theoreme Kants abhandelte:<sup>82</sup> »Obwohl sie *Menschen* sind, [werden die Parteien] vom *BGH* nicht als Zweck, sondern bloß als Mittel gebraucht ... So hätte es jedenfalls *Kant* gesehen.« Und noch bohrender: »Warum leistet der *BGH* keinen größeren Widerstand dagegen, dass er selbst zu einem Instrument *gegen* die Moral umfunktioniert wird? Ist die Erinnerung an die dunklen Jahre, in denen Einzelschicksale in Deutschland keine Rolle spielten ..., wirklich so schnell verblasst?«<sup>83</sup> Trotz allzu kühner apodiktischer Parolen und sorgloser Evozierung der »dunklen Jahre« enthält dieser etwas angestrengte Appell an das Verantwortungsbewußtsein der *BGH*-Richter einen bedenkenswerten Kern: Wenn die Vorderrichter die »Furcht des Herren«<sup>84</sup> (*genitivus obiectivus!*) verlieren, weil der »Herr« auf seine Hegemonie verzichtet – und die Autonomie, die ihm der Reformgesetzgeber eingeräumt hat, nach unten weiterreicht –, kann das Ethos der »Untergebenen« ebenjener unerwarteten bis unerwünschten Libertinage anheimfallen, welche allein die Existenz des »Herren« nicht verhindert.<sup>85</sup>

Langsam, im dritten Jahr des neuen Revisionsrechts, werden einige Häupter des vielköpfigen »Herren« ihrer Garantspflicht allerdings wieder gewahrt. Im Mai 2004 wird in einer Entscheidung des 1. *BGH*-Senats unter Rückbesinnung auf das Revisionsziel der Einzelfallgerechtigkeit – soweit ersichtlich: erstmals wieder – ausdrücklich die positive Erfolgsaussicht als Prüfstein genannt;<sup>86</sup> und im gleichen Monat verabschiedet sich der 11. Senat in wesent-

82 C. v. Mettenheim, Kant, die Moral und die Reform der Revision, in: *NJW* 2004, 1511 ff.

83 v. Mettenheim (Fn. 82), 1513. – Sein gerechter Furor über den Beitrag v. Mettenheims hat den Präsidenten des *BVerwG* a. D. H. Sandler veranlaßt, in seiner Erwiderung gleich zwei rhetorische Fragen mit »?!« zu beschließen (Kant und die Reform der zivilprozessualen Revision, in: *NJW* 2004, 2068 ff.).

84 v. Mettenheim (Fn. 82), 1513.

85 In gleichem Sinne Nassall (Fn. 14), 1350: »Ein Rechtsmittelgericht, das sich selbst von vornherein die Möglichkeit nimmt, im Einzelfall eine Fehlentscheidung eines Instanzgerichts zu korrigieren, begibt sich in die Rolle einer Richterfortbildungsfernakademie« und damit »in die Bedeutungslosigkeit«.

86 *WRP* 2004, 1051 ff. [= *NJW* 2004, 3188 f.]: Fällt die eingangs gegebene Grundsatzbedeutung nachträglich weg, ist die Revision zuzulassen, wenn sie Aussicht auf Erfolg bietet – »um Ungleichheit bei der Rechtsanwendung zu vermeiden«. Wohlbewußt grenzt sich der 1. Senat damit namentlich vom 4. und 11. Senat ab, welche im Falle eines »Inzwischen geklärt« wesentlich restriktiver sind; dazu F. Seiler, Nachträglicher Wegfall von Revisionszulassungsgründen, in: *NJW* 2003, 2290 f.; A. Baumert, Zeitpunkt des Vorliegens der Revisionszulassungsgründe, in: *MDR* 2004, 71 ff. – Der 5. Senat hat sich dem 1. Senat im September 2004 vorsichtig angeschlossen (*NJW* 2005, 154 ff.): Erzeugt eine ständige Fehlerpraxis des unteren Gerichts eine »strukturelle Wiederholungsgefahr«, ist eine anfänglich begründete und erfolgversprechende Re-

lichen Punkten von seiner bisherigen Judikatur.<sup>87</sup> Wie vom 5. Senat vorexerziert,<sup>88</sup> hält nun auch der 11. Senat Darlegungen zu einer Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr nicht mehr für notwendig, wenn sich eine solche aus der rechtlichen Begründung des Berufungsgerichts selbst ergibt;<sup>89</sup> und ein Verstoß gegen das Willkürverbot oder ein Verfahrensgrundrecht – jetzt subsumiert unter den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung – muß nicht mehr »offenkundig« sein, um eine Revisionszulassung zu tragen.

Diese graduelle, überfällige Kursänderung war Anlaß für die Politik, ihr bereits wieder aufgenommenes legislatives Engagement etwas zu drosseln. Das Bemühen um ›Verfahrensvereinfachung‹ hat zum 1. Justizmodernisierungsgesetz geführt: Seit dem 1. September 2004 kann das Revisionsgericht kraft des neuen § 552 a ZPO eine vom Berufungsgericht (also OLG oder LG) zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluß zurückweisen, »wenn es davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat«. Obwohl hiermit die Ablehnungsbefugnis des alten Rechts unter anderen Vorzeichen wiederbelebt wird, bringt die Vorschrift *implizit* auch den »Rechtsuchenden« Nutzen: Daß die – vom Bundesverfassungsgericht einst betonte – Erfolgsaussicht normativ verankert wurde, bedeutet eine indirekte (und im Grunde systemwidrige) Abkehr von der alleinigen Verbindlichkeit der gesetzlichen Zulassungsgründe.<sup>90</sup>

vision zuzulassen, trotz zwischenzeitlich ergangener Leitentscheidung in einer Parallelsache – im Hinblick auf das Gebot der Rechtsmittelklarheit sowie »das rechtsstaatliche Erfordernis der Meßbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns«. Abschließend heißt es, daß der 4. und 11. Senat auf Anfrage erklärt hätten, an ihrem bisherigen Kurs (vgl. oben Fn. 57) nicht festzuhalten. Tatsächlich ist unterdessen auch der 4. Senat eingeschwenkt (NJW-RR 2005, 438).

- 87 BGHZ 159, 135 ff. [= NJW 2004, 2222 ff.]. – Die in Fn. 18 angegebene Entscheidung des 11. Senats ist damit teilweise Rechtsgeschichte.
- 88 NJW 2004, 1960 f.; siehe auch NJW 2003, 3765 f.
- 89 Welches auch bei ›Altverfahren‹ auf die Niederschrift eines Tatbestandes – aus dem sich sein rechtlicher Standpunkt ergibt – in keinem Fall verzichten darf, so BGHZ (12. Sen.) 156, 97 ff. [= NJW 2003, 3352 ff.]. Anderer Ansicht der 5. Senat, der eine Revisionszulassung allein wegen eines Tatbestandsmangels ablehnt (NJW 2003, 3208).
- 90 Zur Verfassungskonformität von § 552 a ZPO BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 17.3.2005, NJW 2005, 1485 ff.; zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt BGH (1. Sen.) NJW-RR 2005, 650 f. Angesichts des neuen (= alten?) Stellenwerts der Erfolgsaussicht (vgl. auch oben Fn. 86) wird seitens der Anwaltschaft nun gefordert, sie als selbständiges Zulassungsmerkmal anzuerkennen (F. Seiler, Die Erfolgsaussicht der Revision als Zulassungskriterium, in: NJW 2005, 1689 ff.).

Eine weitere ›Reform der Reform‹ – diesmal in erster Linie zum Wohle der Prozeßparteien – ist zum 1. Januar 2005 in Kraft getreten, doch bescheidener ausgefallen als ursprünglich geplant. Im Frühjahr 2004 hatte das Justizministerium in Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom April 2003<sup>91</sup> einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der nicht nur die Anhörungsrüge erleichtern sollte, sondern auch den Rechtsmittelzugang zum BGH. Die »absoluten« Revisionsgründe hätten ihren alten, unbedingten Status zurückerhalten;<sup>92</sup> und auch die entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sollte als eigener Zulassungsgrund – unter neuer Nummer 3 – in § 543 Abs. 2 ZPO aufgenommen werden, ohne Anlehnung an irgendeine »Offenkundigkeit«.<sup>93</sup> Die ministeriellen Vorschläge haben indes die regierungsinterne Beratung nicht überdauert. Bestandteil der nunmehr kodifizierten Regierungsvorlage sind sie nicht.<sup>94</sup> Der Anwendungsbereich des § 321 a ZPO ist zwar – wie vorgesehen – bedeutend erweitert worden;<sup>95</sup> der Katalog des § 543 Abs. 2 ZPO wurde allerdings nicht ergänzt, weil die neuere Rechtsprechung des BGH zu Verfahrensverstößen jetzt (angeblich) »uneingeschränkt« der Vorstellung des Gesetzgebers bei Neuregelung der Revisionszulassungsgründe entspreche.<sup>96</sup> Mit Blick aber auf diejenigen Zivilsenate, die beispielsweise das Offenkundigkeitserfordernis noch nicht aufgegeben haben,<sup>97</sup> hält der Gesetzgeber still – oder er mag bei dem vorzitierten Ausdruck seiner uneingeschränkten Zufriedenheit an ein altes Prinzip der Satire gedacht haben: Tadel durch Lob. Gleichwohl wird das

91 Oben Fn. 42.

92 Zur aktuellen Rechtslage oben Fn. 27.

93 Siehe W. Nassall, Anhörungsrügensgesetz – Nach der Reform ist vor der Reform, in: ZRP 2004, 164 ff. – In seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf beklagte der Deutsche Richterbund »Überregulierungen«, die Bundesrechtsanwaltskammer in ihrer ein Stehenbleiben »auf halbem Wege« (beides erwartbar und nachzulesen auf den Internetseiten des DRB und der BRAK).

94 Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vom 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3220 ff.).

95 Zur analogen Anwendung von § 321 a ZPO in der Übergangszeit BGH (2. Sen.) NJW 2004, 1531 f. (verneinend); BGH (9a. Sen.) NJW 2004, 2529 f. (bejahend); C. Althammer/M. Löhnig, ZPO-Reform und Meistbegünstigungsgrundsatz, in: NJW 2004, 1567 ff. Zum Vorrang der Nichtzulassungsbeschwerde BGH (2. Sen.) NJW 2005, 680 f.

96 BT-Drucksache 15/3706 vom 21.9.2004, 16. – Der Rang der »absoluten« Revisionsgründe bleibt weiter ungeklärt. Die Entlastung des BGH dagegen wurde weiterverfolgt: Gemäß § 544 Abs. 7 ZPO (neu) kann der BGH eine wegen Gehörsverletzung angegriffene Entscheidung aufheben und den Rechtsstreit zurückverweisen, statt das Verfahren selbst fortführen zu müssen (so § 544 Abs. 6 ZPO). Hierzu jetzt BGH (8. Sen.) NJW 2005, 1950 ff.

97 Siehe oben Fn. 38.

›Vorzimmer‹ (hauptsächlich für den Fall der Verletzung von Verfahrensgarantien) durchlässiger, vor allem aufgrund des partiellen Richtungswechsels einiger BGH-Richter – gegen den Willen oder zumindest ohne die Zustimmung mancher anderer. Rechtseinheit, die der BGH eigentlich sichern soll, scheint somit für das Revisionsrecht immer noch in gewisser Ferne. Die Zulassungsquote der Zivilsenate für die ersten vier Monate des Jahres 2004 bewegt sich zwischen 45 % (10. Senat) und 4 % (12. Senat).<sup>98</sup>

Im Jahr 1980 hat das Bundesverfassungsgericht in seiner verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 554 b ZPO (a. F.) über den Tag hinaus konstatiert: »Die Einheit der Rechtsordnung ist im Kern bedroht, wenn gleiches Recht ungleich gesprochen wird... Denn im Bereich des Normvollzugs ist die Gleichheit der Rechtsanwendung die Seele der Gerechtigkeit. Und dies seit den Anfängen unseres Rechtsdenkens (vgl. 3 Mose 19, 15).«<sup>99</sup> Die Stelle lautet: »Du sollst nicht unrecht handeln im Gericht: Du sollst den Geringeren nicht vorziehen, aber auch den Großen nicht begünstigen, sondern du sollst deinen Nächsten recht richten.«

Elena Barnert  
Frankfurt am Main

98 Zur Statistik für 2004 Nassall (Fn. 93), 168 f. mit Anm. 63. Insgesamt ist die Erfolgsquote von Nichtzulassungsbeschwerden von 5,2 % im Jahr 2003 auf 9,6 % im Jahr 2004 angestiegen, siehe den Tätigkeitsbericht 2004 auf den Internetseiten des BGH. Der Befund einer »Trendwende« braucht aber immer noch ein Fragezeichen (S. Scheuch/R. Lindner, Trendwende in der Zulassungspraxis des BGH?, in: NJW 2005, 112 ff.).

99 BVerfGE 54, 277 ff. (291, 296).