



Postanschrift: Unter den Linden 9
10099 Berlin
Sitz: Unter den Linden 9
(Altes Palais) Raum 321a
Telefon: (030) 2093-3460
Fax: (030) 2093-XXXX
wagner@rewi.hu-berlin.de

Berlin, 12.05.18

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes,
betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung,
BT-Drucks. 19/1686**

Der Gesetzentwurf beinhaltet einen einzigen Punkt, nämlich die Verlängerung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen um 18 Monate, d.h. bis zum Ablauf des Jahres 2019. Sollte das Gesetz verabschiedet werden, ändert sich nichts, sondern es bleibt, wie es ist.

I. Die Konzeption der Revision durch die Reform 2001/2002

Die aktuelle Rechtslage geht zurück auf die Zivilprozessrechtsreform des Jahres 2001, die zum 1.1.2002 in Kraft getreten ist. Mit dem Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.7.2001 ist das Revisionsrecht tiefgreifend umgestaltet worden.¹ An die Stelle einer Kombination aus Zulassungsrevision und Wertrevision trat das Tandem aus Zulassungsrevision und Nichtzulassungsbeschwerde. Die frühere Wertrevision war unabhängig davon zulässig, ob das Berufungsurteil eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwarf oder von der Entscheidung eines anderen Berufungsgerichts abwich. Die Wertrevision zielte daher auf Einzelfallgerechtigkeit; sie

¹ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.7.2001, BGBl. I, 1887.

sollte Urteile kassieren und korrigieren, die mit Gesetz und Recht nicht in Einklang standen und den Revisionsführer in seinen Rechten verletzen.

Mit der ZPO-Reform 2001/2002 wurde die Wertrevision abgeschafft. An ihre Stelle trat die Nichtzulassungsbeschwerde. Seit dem 1.1.2002 findet die Revision nur statt, wenn sie entweder vom Berufungsgericht in seinem Berufungsurteil zugelassen wurde oder das Revisionsgericht sie aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde zugelassen hat (§ 543 Abs. 1 ZPO). Damit wollte der Deutsche Bundestag das Rechtsmittel der Revision konsequent am öffentlichen Interesse, hier in Form von Rechtseinheit, Rechtskonkretisierung und Rechtsfortbildung, ausrichten.² Für den Zugang zum Bundesgerichtshof als der höchsten Instanz in Zivilsachen reicht es seither nicht mehr aus, dass geltend gemacht wird, das Berufungsurteil verstoße gegen Gesetz und Recht. Aufgabe des Bundesgerichtshofs ist nicht die Korrektur fehlerhafter Berufungsentscheidungen, sondern die Gewährleistung der Einheit der Rechtsanwendung im Bundesgebiet sowie die Fortbildung des Rechts.

II. Die Unverzichtbarkeit der Nichtzulassungsbeschwerde

Wird diese Zielbeschreibung der Revision zugrunde gelegt, darf es für die Zulässigkeit des Rechtsmittels eigentlich nur darauf ankommen, ob die Überprüfung des Berufungsurteils im Hinblick auf die Ziele der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung geboten ist oder nicht. Ob der zugrunde liegende Rechtsstreit Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft oder auf eine divergente Rechtsprechung der Berufungsgerichte trifft, kann am besten das Berufungsgericht beurteilen, das mit dem Fall vertraut ist. Deshalb ist es konsequent, wenn die Zulässigkeit der Revision von einer entsprechenden Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts abhängig gemacht wird (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Allein auf eine Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts darf der Gesetzgeber allerdings nicht vertrauen. Denn mit der Zulassung der Revision eröffnet das Berufungsgericht den Parteien einen Weg, das eigene Urteil aus dem Weg zu räumen. Das ist eine Entscheidung, die auch denjenigen Richterinnen und Richtern, die mit dem höchsten Berufsethos ausgestattet sind, nicht immer leichtfallen dürfte. Diese Einschätzung wird durch empirische Evidenz bestätigt. Mit dem Inkrafttreten der

² Vgl. BT-Drucks. 14/4772, S. 59, 61, 65 f.

ZPO-Reform zum 1.1.2002 schnellte die Zahl der Revisionszulassungen durch die Berufungsgerichte nach oben, und zwar von 177 im Jahr 2001 auf 783 im Jahr 2002.³ Die Zulassungsrevision hatte es auch schon im Jahr 2001 gegeben, doch was fehlte, war die Nichtzulassungsbeschwerde. Sie ist dafür verantwortlich, dass sich die Zahl der beim Bundesgerichtshof aufgrund der Zulassung durch das Berufungsgericht anhängig gemachten Revisionen binnen eines Jahres mehr als vervierfacht hat. Übrigens ist die Zahl der aufgrund von Zulassung durch das Berufungsgericht anhängig gemachten Revisionen in den Jahren seit 2002 stabil geblieben. Sie pendelt seither zwischen 700 und knapp 900 Fällen pro Jahr.⁴

Dieses Bild wird durch einen Blick in die Zahlen des Statistischen Bundesamts zur Zulassung der Berufung durch die Oberlandesgerichte bestätigt. Im Jahr 2001, dem letzten Jahr vor Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde durch die ZPO-Reform, wurden 64.244 Berufungsverfahren durch die Oberlandesgerichte erledigt, davon 26.640 durch streitiges Urteil. Davon wurde in nicht mehr als 117 Fällen die Revision zugelassen.⁵ Im Jahr 2002, dem ersten Jahr unter dem neuen Recht mit Zulassungsbeschwerde, erledigten die Oberlandesgerichte 63.243 Berufungsverfahren, davon 24.997 Fälle durch streitiges Urteil. In nicht weniger als 2.633 dieser Fälle wurde die Revision zugelassen.⁶ Die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde durch die ZPO-Reform 2002 hat somit nicht nur zu einer Vervierfachung der Zulassungsrevisionen, sondern in gleichem Umfang auch eine Erhöhung der Revisionszulassungen bewirkt.

Die Funktion der Nichtzulassungsbeschwerde besteht demnach nicht allein darin, in Fällen, in denen das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat, die Tür zum Bundesgerichtshof doch noch aufzustoßen, sondern auch – und vielleicht vor allem – darin, dem Berufungsgericht einen Anreiz zu vermitteln, die Revision in geeigneten Fällen tatsächlich zuzulassen. Der Sprung von 117 positiven Zulassungsentscheidungen der Berufungsgerichte in 2001 auf 2.633 in 2002 zeigt eindrucksvoll, dass der

³ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2013, 2014, Nr. 9.1, S. 96; in späteren Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamts werden die den Bundesgerichtshof betreffenden Daten nicht mehr erfasst.

⁴ Statistisches Bundesamt, aaO.

⁵ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Zivilgerichte 2001, 2003, Nr. 8.1.1 Zeile 31.

⁶ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2002, Nr. 8.1.1 Zeile 31.

durch die Nichtzulassungsbeschwerde geschaffene Anreiz für die Berufungsgerichte, die Revision in geeigneten Fällen zuzulassen, tatsächlich wirkt. *Deshalb* ist die Nichtzulassungsbeschwerde unverzichtbar.

Ein auf die Ziele der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung ausgerichtetes Revisionsrecht bedarf somit zweier Zugangsportale, nämlich der Zulassung durch das Berufungsgericht und der Nichtzulassungsbeschwerde. Die Voraussetzungen beider Zugangswege zum Bundesgerichtshof sind auf die genannten Ziele der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung auszurichten. Das geltende Recht trägt dem durch die spiegelbildliche Formulierung der Voraussetzungen von Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in §§ 543 Abs. 2, 544 Abs. 2, 3 ZPO Rechnung.

III. Die Systemwidrigkeit der Wertgrenze

Unter den eben geschilderten normativen Prämissen des geltenden Revisionsrechts ist die Beschränkung der Nichtzulassungsbeschwerde durch eine Streitwertgrenze bzw. wie derzeit in § 26 Nr. 8 S. 1 EG ZPO durch einen Mindestwert der Beschwerdysfunktional. Einen Zusammenhang zwischen dem Wert der Beschwer und den Kriterien der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung gibt es nicht. Es lässt sich nicht sagen, dass in Fällen mit einem Beschwerdewert von weniger als EUR 20.000,- keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO auftreten können. Zwar mag es einen gewissen Zusammenhang zwischen dem Gegenstandswert eines Rechtsstreits und seiner rechtlichen Komplexität geben, weil die Parteien bei hohem Gegenstandswert einen größeren Anreiz haben, in die anwaltliche Aufbereitung und Vertretung zu investieren. Erfahrungsgemäß werden die Rechtsstreitigkeiten bei hohen Streitwerten von selbst komplexer, weil die juristische Durchdringung durch die beteiligten Anwälte ansteigt. Gleichwohl lässt sich nicht behaupten, dass es bei geringen Streitwerten niemals oder nur selten zu einer Divergenz der berufsgerichtlichen Rechtsprechung kommen kann oder Rechtsfragen von einer über den jeweiligen Einzelfall hinausgehenden Bedeutung nicht auftreten könnten.

Indem das geltende Recht die Nichtzulassungsbeschwerde bei Beschwerdewerten von unter EUR 20.000,- ausschließt, legt es die Entscheidung über den Zugang zum Bundesgerichtshof ausschließlich in die Hände des Berufungsgerichts. Aus den oben

(II.) genannten Gründen ist dies unbefriedigend: Zum einen ist es nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht das Vorliegen von Revisionszulassungsgründen (§ 543 Abs. 2 ZPO) verkennt. Darüber hinaus vermittelt die Nichtzulassungsbeschwerde dem Berufungsgericht den erforderlichen Anreiz, die Zulassung der Revision mit der gebotenen Sorgfalt und Skrupelhaftigkeit zu prüfen.

Der Deutsche Bundestag scheint die Einschätzung, dass die Wertgrenze des § 23 Nr. 8 EG ZPO dem System des Revisionsrechts im Grunde widerspricht, zu teilen. Andernfalls bedürfte es nicht ihrer Abschiebung in das EG ZPO und ihrer zeitlichen Befristung, über die immer wieder neu entschieden werden muss.

IV. Der Schutz des Bundesgerichtshofs vor Überlastung

Obwohl die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EG ZPO systemwidrig ist, mag sie aus pragmatischen Gründen geboten sein. Ihr Zweck besteht offensichtlich darin, eine „Flutung“ des Bundesgerichtshofs mit Nichtzulassungsbeschwerden zu vermeiden. Wie groß die Gefahr einer Überlastung des Bundesgerichtshofs wirklich ist, lässt sich schwer abschätzen, weil niemand weiß, wie viele Nichtzulassungsbeschwerden eingelegt würden, wenn es die Wertgrenze nicht gäbe. Immerhin sprechen die derzeit verfügbaren statistischen Daten dafür, dass mit einer erheblichen Zunahme der Nichtzulassungsbeschwerden zu rechnen wäre, wenn die Wertgrenze abgeschafft bzw. nicht verlängert würde. Im Jahr 2016 haben die Landgerichte und Oberlandesgerichte insgesamt 100.324 Berufungen erledigt.⁷ Von diesen 100.324 Berufungen endeten 27.787 durch streitiges Urteil. In 1.736 Fällen haben die Berufungsgerichte in ihren Urteilen die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen. Das entspricht einer Quote von ca. 6,25%.

Würde die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EG ZPO fallen gelassen, wäre in den verbleibenden 93,75% der Berufungsurteile die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig. Das sind 26.051 Fälle.

⁷ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2016, 2017, Nr. 6.1.1, S. 68, und Tabelle 8.1.1, S. 94.

Demgegenüber sind beim Bundesgerichtshof im Jahr 2016 3.866 Nichtzulassungsbeschwerden anhängig gemacht worden.⁸ Der Vergleich dieser Zahl mit der Zahl streitiger Berufungsurteile, in denen die Revision nicht schon vom Berufungsgericht zugelassen wurde, ergibt sich ein Verhältnis von 3.866 zu 26.051. Das bedeutet: In 22.185 Fällen, in denen die Berufung nicht vom Berufungsgericht zugelassen wurde, ist die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde unterblieben. Diese Gruppe von 22.185 Fälle ist es, die als Pool für weitere Nichtzulassungsbeschwerden in Betracht kommen. Welcher Anteil dieser 22.185 Fälle derzeit durch die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EG ZPO von der Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde abgehalten wird, ist nicht bekannt.

Eine gewisse Einschätzung des Fallpotentials, das durch die Nichtzulassungsbeschwerde vom Bundesgerichtshof ferngehalten wird, ergibt sich, wenn allein die Berufungsurteile der Landgerichte ins Auge gefasst werden, bei denen wegen der Streitwertgrenze von EUR 5.000 für die erstinstanzliche Zuständigkeit der Amtsgerichte in §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG davon ausgegangen werden kann, dass der Wert der Beschwer durch das Berufungsurteil unter EUR 20.000 liegt. Die Landgerichte haben im Jahr 2016 insgesamt 14.214 streitige Berufungsurteile gefällt, und in 1.161 dieser Fälle die Revision zugelassen.⁹ Folgerichtig wäre in 13.053 Fällen landgerichtlicher Berufungsurteile im Jahr 2016 die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig gewesen, wenn es die Wertgrenze nicht gegeben hätte.

Das Bedürfnis nach einer Entlastung des Bundesgerichtshofs bzw. nach Vermeidung seiner weitergehenden Belastung ist daher plausibel.

⁸ Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2016, S. 4.
⁹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1, Rechtspflege, Zivilgerichte 2016, 2017, Nr. 6.1.1, S. 68.

V. Der Schutz des Bundesgerichtshofs vor unbegründeten Nichtzulassungsbeschwerden

Hinzu kommt, dass die große Mehrzahl der Nichtzulassungsbeschwerden unbegründet ist, der Bundesgerichtshof also feststellt, dass das Berufungsgericht die Revision mit Recht nicht zugelassen hat, weil die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO im konkreten Fall nicht gegeben sind.

Die große Masse der Nichtzulassungsbeschwerden hat keinen Erfolg, d.h. sie werden vom Bundesgerichtshof unter Ablehnung der Zulassung der Revision zurückgewiesen. Im Jahr 2017 wurden von 3.876 Nichtzulassungsbeschwerden lediglich 204 zugelassen.¹⁰ Das entspricht einer Zulassungsquote von ca. 5,25%. Nicht weniger als 2.356 Nichtzulassungsbeschwerden wurden unter Ablehnung der Zulassung zurückgewiesen, weitere 117 waren sogar unzulässig und daher durch Beschluss zu verwerfen, 1.070 Nichtzulassungsbeschwerden wurden zurückgenommen und 129 auf andere Weise erledigt.

Die Erfolgsquote von Nichtzulassungsbeschwerden ist also sehr gering. Dies bestätigt die oben (II.) begründete Einschätzung, dass die Hauptfunktion der Nichtzulassungsbeschwerde nicht darin liegt, möglichst vielen Fällen zur Revision zu verhelfen, sondern darin, den Berufungsgerichten wirksame Anreize zur Zulassung der Revision zu vermitteln.

Unter der – nicht nachprüfbaren, aber plausiblen – Annahme, dass Fälle mit einer Beschwer von weniger als EUR 20.000 statistisch gesehen nicht mehr Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufweisen als Fälle mit höherem Beschwerdewert, ist davon auszugehen, dass die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EG ZPO überwiegend solche Nichtzulassungsbeschwerden verhindert, die ohnehin nicht begründet wären, in denen also die Revisionszulassungsgründe in Wahrheit nicht vorlagen.

¹⁰ Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2017, S. 28.

Ausgehend von der ausgesprochen niedrigen Zulassungsquote von 5% erscheint es nicht sinnvoll, den Bundesgerichtshof mit noch wesentlich mehr Nichtzulassungsbeschwerden zu konfrontieren. Zur gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt trägt es überhaupt nichts bei, wenn eine Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen wird, weil es im konkreten Fall tatsächlich an den Voraussetzungen für die Zulassung der Revision fehlte. Hierin liegt der Unterschied zur Revision selbst, denn ein Urteil des Bundesgerichtshofs bewirkt immer eine Klärung oder Fortbildung des Rechts, unabhängig davon, ob die Revision begründet ist oder nicht. Bestätigt der Bundesgerichtshof beispielsweise im Revisionsverfahren ein besonders „innovatives“ Berufungsurteil, hat die revisionsführende Partei zwar verloren, die Bürgerinnen und Bürger aber etwas gewonnen, nämlich Rechtsklarheit und Fortbildung des Rechts. Dieser Nutzeneffekt kommt Beschlüssen des Bundesgerichtshofs, die eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisen und die Zulassung der Revision ablehnen, nicht zu.

Einem an Rechtseinheit und Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof interessierten Gesetzgeber kann es folglich nicht darum gehen, die Zahl der Nichtzulassungsbeschwerden zu maximieren. Das Ziel muss vielmehr darin bestehen, in möglichst effektiver Weise die Spreu vom Weizen zu trennen, also die begründeten Nichtzulassungsbeschwerden in einer Weise herauszufiltern, die die knappen Ressourcen des Bundesgerichtshofs möglichst schonen.

VI. Rechtsvergleich: Die Belastung anderer oberster Gerichtshöfe

Würde eine Belastung mit tausenden weiteren Nichtzulassungsbeschwerden zu einer Überlastung des Bundesgerichtshofs führen? Im Jahr 2017 sind 4.127 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden beim Bundesgerichtshof eingegangen.¹¹ Gegenüber den Eingängen des Jahres 2016 bedeutete dies einen Rückgang von ca. 10%, doch im Vergleich zu 2008 einen Zuwachs um ca. 28%. Daraus lässt sich folgern: Die Belastung des Bundesgerichtshofs ist in den vergangenen Jahren nicht derart zurück gegangen, dass sich eine Abschaffung der Wertgrenze unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigen ließe.

¹¹ Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahre 2016, S. 6.

Aus rechtsvergleichender Sicht fällt auf, dass die von obersten Gerichtshöfen zu bewältigenden Fallzahlen nicht starr sind, sondern von Gericht zu Gericht und Jurisdiktion zu Jurisdiktion stark variieren. Der französische Cour de cassation bewältigt pro Jahr über 20.000 Zivilverfahren,¹² und dies mit drei allgemeinen Zivilkammern (chambres civile) und einer Handelskammer (chambre commerciale, économique et financière).¹³ Ein maßgebender Grund dafür, dass die Cour de cassation so viele Fälle bewältigen kann, liegt sicher in ihrer Aufgabe und Anlage als reiner Kassationshof, der Entscheidungen der unteren Instanzen lediglich aufheben, nicht aber durch eigene Entscheidungen ersetzen kann. Hinzu kommt der französische Urteilsstil, der durch extrem kurze, nicht diskursiv begründete Entscheidungen gekennzeichnet ist.

Der US-amerikanische Federal Supreme Court besteht aus einem einzigen Spruchkörper, dem seit 1869 neun Richterinnen und Richter angehören. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs erstreckt sich auf sämtliche Rechtsgebiete, einschließlich des Verfassungsrechts. Er entscheidet in jedem Arbeitsjahr (judicial term) über ca. 100 Fälle, die er aus einer Gesamtzahl von ca. 8.000 Rechtsmittlersuchen (writs of certiorari) auswählt.¹⁴ Die hohe Fallzahl von ca. 8.000 Fällen pro Jahr bewältigt der Gerichtshof offenbar dadurch, dass er nach Ermessen über die Annahme der ihm vorgetragenen Rechtsmittel entscheidet. Die Zurückweisung der nicht zugelassenen Rechtsmittel (denial of certiorari) erfolgt durch einen Sammelbeschluss, der lediglich die Fälle auflistet, in denen das jeweilige Rechtsmittel zurückgewiesen wurde.¹⁵

Weder das französische noch das US-amerikanische Modell der Steuerung der Arbeitslast des jeweiligen obersten Gerichtshofs lässt sich ohne Weiteres auf den Bundesgerichtshof und das Rechtsmittelsystem der ZPO übertragen. Der Bundesgerichtshof ist kein reines Kassationsgericht und der Stil seiner Urteile unterscheidet sich

¹² Ministère de la Justice (Hrsg.), Les chiffres-clés de la Justice 2017, S. 10.

¹³ https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/organisation_cour_cassation_30990.html.

¹⁴ <https://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>.

¹⁵ Vgl. z.B. Order List: 583 U.S., 2.10.2017, <https://adatitleiii.lexblogplatform.com/wp-content/uploads/sites/121/2017/10/sct-orderlist.pdf>.

grundlegend von demjenigen der Cour de cassation. Eine Zurückweisung von Nichtzulassungsbeschwerden nach freiem Ermessen, wie sie der US Supreme Court praktiziert, widerspricht ebenfalls dem hierzulande dominierenden Verständnis.

Die ausländischen Erfahrungen zeigen immerhin, dass die Arbeitsbelastung eines obersten Gerichtshofs keine vorgegebene und unveränderliche Größe ist. Je nachdem, wie das Revisionsverfahren im Allgemeinen, aber auch das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde im Besonderen ausgestaltet wird, lassen sich uU sehr viele Fälle bewältigen. Alles kommt darauf an, wie das Verfahren ausgestaltet ist und wie hoch die Begründungsanforderungen geschraubt werden.

VI. Funktionale Äquivalente zur Wertgrenze: allgemeine Anforderungen

Die Suche nach Instrumenten, die als funktionale Äquivalente zur Wertgrenze in Betracht kommen, muss von folgenden Maximen ausgehen:

1. Alternativen zur Wertgrenze müssen eine deutliche Entlastung des Bundesgerichtshofs versprechen bzw. wahrscheinlich gewährleisten. Die jetzige Belastung des Bundesgerichtshofs liegt im Bereich des langjährig Verkraftbaren. Wesentliche Steigerungen der Arbeitsbelastung sind zu vermeiden.
2. Die Regelung in § 26 Nr. 8 EG ZPO ist dysfunktional, weil zwischen dem Wert der Beschwer und dem Kriterium, dass das Urteil des Berufungsgerichts von der Jurisdikatur anderer Berufungsgerichte abweicht oder eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, kein Zusammenhang besteht.
3. Andere Instrumente als die Wertgrenze sind nur dann vorzugswürdig, wenn sie nicht ihren Defekt teilen, dass kein Zusammenhang zwischen dem Ausschlusskriterium und den Voraussetzungen der Revisionszulassung besteht.

Mit anderen Worten gilt es ein Instrument zu entwickeln, das denselben Entlastungseffekt hat wie die Wertgrenze, aber treffsicherer ist als diese, weil sie diejenigen Fälle erfasst, in denen die Nichtzulassungsbeschwerde mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Fall von grundsätzlicher Bedeutung repräsentiert.

Allerdings ist einzuräumen, dass die Umstellung auf Instrumente, die besser geeignet sind als die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EG ZPO, bis zu deren Auslaufen am 30. Juni 2018 nicht sinnvoll ins Werk gesetzt werden kann. Soll eine Flutung des Bundesgerichtshofs mit Nichtzulassungsbeschwerden beginnend ab 1. Juli 2018 vermieden werden, bleibt nichts anderes übrig, als die derzeitige Regelung zu verlängern.

Der in der BT-Drucksache 19/1686 avisierte Zeitraum der Verlängerung bis zum 31. Dezember 2019 erscheint allerdings ebenfalls sehr knapp, wenn bis dahin sinnvolle und wirksame funktionale Äquivalente zur Wertgrenze erarbeitet und in Gesetzesform gegossen werden wollen. Deshalb wäre zu erwägen, die Verlängerung noch großzügiger zu befristen, etwa bis zum 30. Juni 2020 oder bis zum Ende des Jahres 2020, um bis dahin eine sachlich überzeugendere Lösung zu erarbeiten.

VII. Ersatz der Wertgrenze durch Fokussierung und Reduktion der Anforderungen für die Zurückweisung von Nichtzulassungsbeschwerden

Die große Masse der Nichtzulassungsbeschwerden hat keinen Erfolg, sondern wird vom Bundesgerichtshof unter Ablehnung der Zulassung zurückgewiesen. Wie oben (V.) ausgeführt, ist der Nutzen solcher Ablehnungsentscheidungen für Wirtschaft und Gesellschaft gering.

Unter diesen Prämissen drängt es sich auf, die Entlastung des Bundesgerichtshofs anstatt mit einer Wertgrenze durch Reduktion der Anforderungen an die Ablehnungsentscheidung zu gewährleisten. Die für die Revisionszulassung in § 543 Abs. 2 ZPO genannten Maßstäbe – Divergenz der Rechtsprechung der Instanzgerichte oder Relevanz einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung – sind an sich gut und rechtssicher handhabbar, weil sie keine Prüfung der Begründetheit der Revision verlangen. Für die genannten Voraussetzungen ist es irrelevant, ob das angegriffene Berufungsurteil auf einem Verfahrens- oder einem Rechtsfehler beruht oder nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO entsprechen der Ausrichtung des Revisionsverfahrens auf die Ziele der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung. Leider hat sich

die damit hergestellte Klarheit in der Praxis nicht durchhalten lassen. Bereits die Begründung zum ZPO-Reformgesetz ist ambivalent, wenn sie einerseits betont, das Berufungsurteil müsse Rechtsfragen aufwerfen, die über den Einzelfall hinausreichen, andererseits aber einräumt, auf den Einzelfall beschränkte Fehler könnten ausnahmsweise doch den Weg in das Revisionsverfahren eröffnen, wenn nämlich Verfahrensgrundrechte wie das Recht auf Gehör und auf ein willkürfreies Verfahren betroffen seien.¹⁶ Die damit geöffnete Tür hin zur Prüfung der „Revisionswürdigkeit“ des konkreten Einzelfalls hat der BGH in seiner Rechtsprechung durchaus genutzt.¹⁷ Es ist zu vermuten, dass es diese einzelfallbezogenen Revisionszulassungsgründe sind, die zu der exorbitant hohen Misserfolgsquote von 95% geführt haben.

Wollte der Gesetzgeber die Nichtzulassungsbeschwerde unter Verzicht auf eine Wertgrenze regeln, müssten die Zulassungsgründe auf ihren ursprünglichen Kern, nämlich die Gewährleistung von Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zurückgeführt werden. Ein solcher Schritt würde dem Bundesgerichtshof die Bewältigung vieler Nichtzulassungsbeschwerden wesentlich erleichtern, weil es für deren Prüfung nicht mehr darauf ankäme, ob das Berufungsurteil fehlerhaft ist oder nicht. Genau das entspricht dem Zweck eines Revisionsverfahrens.

Darüber hinaus bedarf es einer Reduktion der Anforderungen an die Begründung einer negativen Zulassungsentscheidung. Bereits nach geltendem Recht muss der die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisende Beschluss nicht zwingend mit einer Begründung versehen werden: Gemäß § 544 Abs. 4 S. 2 ZPO soll der Ablehnungsbeschluss nur regelmäßig begründet werden; von einer Begründung kann abgesehen werden, wenn sie zur Klärung der Voraussetzungen, unter denen eine Revision zuzulassen ist, nicht geeignet wäre. Die Praxis der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs zu § 544 Abs. 4 S. 2 ZPO ist uneinheitlich. Während manche Zivilsenate regelmäßig von einer Begründung von Ablehnungsbeschlüssen absehen, halten es andere Zivilsenate umgekehrt.

¹⁶ BT-Drucks. 14/4772, S. 104 f.

¹⁷ Vgl. etwa BGH NJW 2002, 2957; BGHZ 151, 221 = NJW 2002, 3029, 3030 (V. Zivilsenat); enger BGHZ 152, 182 = NJW 2003, 65, 67 (XI. Zivilsenat).

Eine Möglichkeit zur Entlastung des Bundesgerichtshofs bestünde darin, das Erfordernis einer Begründung der Ablehnungsentscheidung vollständig fallen zu lassen. Der in der Literatur hervorgehobene Zweck der Begründung, sie sei in erster Linie dazu gedacht, den Berufungsgerichten Hinweise für die Zulassungspraxis zu geben,¹⁸ trifft auf Ablehnungsentscheidungen offensichtlich nicht zu. Denn durch die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde bringt der Bundesgerichtshof zum Ausdruck, dass er mit der Einschätzung des Berufungsgerichts hinsichtlich des Nichtvorliegens von Zulassungsgründen übereinstimmt.

Darüber hinaus könnte der völlige Verzicht auf die Begründung von Zurückweisungsbeschlüssen Anlass geben, die internen Abläufe des Bundesgerichtshofs bei der Entscheidung über Nichtzulassungsbeschwerden zu reformieren. Es ist keineswegs zwingend, dass der Senat in voller Besetzung über die Nichtzulassungsbeschwerden entscheidet. Eine wesentliche Entlastung würde es bewirken, wenn die Senate Kammern mit maximal drei Richterinnen und Richtern für die Entscheidung über Nichtzulassungsbeschwerden bilden könnten. Alternativ ließe sich daran denken, die Entscheidung über Nichtzulassungsbeschwerden allein dem oder der Vorsitzenden und dem Berichterstatter anzuvertrauen. Dafür bedürfte es allerdings einer gesetzlichen Grundlage, die im Anschluss an die Regelungen über Spruchkammern beim Bundesverfassungsgericht (§§ 15a, 35b Abs. 6, 81a, 93b, 93c BVerfGG) zu konzipieren wäre.

Mit solchen Reformen ließe sich der Zweck der Nichtzulassungsbeschwerde erreichen, ohne den Bundesgerichtshof einem nicht zu bewältigenden Arbeitsanfall auszusetzen. Wenn die unbegründeten Nichtzulassungsbeschwerden in einem effektiven, ressourcenschonenden Verfahren von den begründeten Beschwerden gesondert und auf einfache Weise zurückgewiesen werden könnten, ließe sich wahrscheinlich ohne eine Wertgrenze auskommen.

Die skizzierten Schritte würden das Verfahren über Zulassungsbeschwerde – nicht hingegen das eigentliche Revisionsverfahren – der Praxis der obersten Gerichtshöfe

¹⁸ *Heßler*, in: *Zöller, Zivilprozessordnung*, 32. Aufl. 2018, § 544 Rn. 12c, der diese Auffassung selbst kritisiert.

Frankreichs und der USA in einer für die ZPO verträglichen Weise anpassen. Sie verdienen daher weitere Erforschung und Vertiefung.

VIII. Ersatz der Wertgrenze durch eine Sanktionsgebühr bei offensichtlich unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerde

Eine zweite Alternative zur Wertgrenze würde nicht auf die Erleichterung der Arbeit des Bundesgerichtshofs bei der Selektion begründeter und unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden setzen, sondern auf die Selektionskompetenz der Parteien und ihrer anwaltlichen Berater.

Für die Nichtzulassungsbeschwerde gelten die allgemeinen Prinzipien des deutschen Prozesskostenrechts. Gemäß § 97 ZPO fallen die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels derjenigen Partei zur Last, die es eingelegt hat. Dementsprechend hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens auf Zulassung der Revision zu tragen, wenn die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen wird. Gemäß Nr. 1242 des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz (GKG) wird bei Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde das Zweifache der Gebühr nach § 34 GKG fällig. Hinzu kommen die Gebühren des Rechtsanwalts beim Bundesgerichtshofs, der die Nichtzulassungsbeschwerde für die jeweilige Partei erhoben hat.

Trotz dieser sehr erheblichen Kostenrisiken werden jedes Jahr tausende von Nichtzulassungsbeschwerden erhoben – im Jahr 2017 insgesamt 3.876 – von denen der Großteil als unbegründet zurückgewiesen oder von der beschwerdeführenden Partei zurückgenommen wird (oben V.).

Angesichts der exorbitanten Misserfolgsquote bei Nichtzulassungsbeschwerden ist der Schluss unausweichlich, dass das derzeit bestehende Kostenrisiko zu gering ist, um die Parteien und ihre Anwälte von der Erhebung unzulässiger oder unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden abzuschrecken.

Überlegungen zur Verstärkung der Präventionswirkung des Kostenregimes bei der Nichtzulassungsbeschwerde müssen berücksichtigen, dass die durch ein Berufungsurteil beschwerte Partei typischerweise kein Jurist ist, die Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde also nicht selbst beurteilen kann. Hinzu kommt, dass viele Personen den Schutz einer Rechtsschutzversicherung genießen, und deshalb gegenüber kostenrechtlichen Sanktionen mehr oder weniger unempfindlich sind. Beide Umstände zusammen genommen mögen die anhaltend hohe Zahl unzulässiger oder unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden erklären. Wahrscheinlich treten noch weitere Faktoren hinzu.

Dann aber spricht vieles dafür, eine kostenrechtliche Sanktion bei Zurückweisung einer unzulässigen oder unbegründeten Nichtzulassungsbeschwerde einzuführen und diese nicht an die Partei zu adressieren, sondern an den Anwalt, der den offensichtlich erfolglosen Rechtsbehelf eingelegt hat. Der Rechtsanwalt, der das Mandat angenommen und die Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt hat, ist Experte des Revisionsrechts, denn er oder sie muss beim Bundesgerichtshof als Rechtsanwalt zugelassen sein (§§ 78 Abs. 1, 544 Abs. 1 S. 2 ZPO). Es steht daher außer Frage, dass der Rechtsanwalt über die für die Prüfung der Zulässigkeit und der Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde notwendige Fachkompetenz verfügt. Unter diesem Aspekt muss eine Erfolgsquote von lediglich 5%, wie sie derzeit besteht, zu denken geben. Die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte sind nicht sehr erfolgreich darin, die ihnen zukommende Filterfunktion wahrzunehmen und die Spreu unzulässiger oder unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden vom Weizen der Erfolg versprechenden Beschwerden zu trennen.

Die Belastung des Anwalts mit einer kostenmäßigen Sanktion für die Erhebung einer unzulässigen oder unbegründeten Nichtzulassungsbeschwerde würde der Anwaltschaft des Bundesgerichtshofs einen wirksamen Anreiz vermitteln, die Erhebung unzulässiger oder unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden zu unterlassen.

Gegen diesen Vorschlag lässt sich einwenden, dass der Ausgang eines Rechtsmittelverfahrens nie mit Sicherheit vorherzusagen ist. Dies trifft zu, doch ein Anteil von lediglich 5% erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerden ist bemerkenswert. Von wohl informierten Akteuren – und die Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof sind

wohl informiert – würde man eine Erfolgsquote von deutlich mehr als 5% erwarten. Um den zweifellos vorhandenen Schwierigkeiten bei der Prognose von Gerichtsentscheidungen Rechnung zu tragen und eine Überabschreckung zu vermeiden, könnte die Sanktionsgebühr zu Lasten des verantwortlichen Rechtsanwalts auf Fälle beschränkt werden, in denen die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde ex ante, also im Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde, offensichtlich oder zumindest erkennbar war. Das zuerst genannte Erfordernis entspricht dem Maßstab der groben Fahrlässigkeit, das andere demjenigen leichter Fahrlässigkeit. Die Vorausschbarkeit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs für die dort tätigen Anwälte würde weiter gestärkt, wenn – wie oben vorgeschlagen – die Revisionszulassungsgründe auf die über den Einzelfall hinaus weisenden Gesichtspunkte der Wahrung der Rechtseinheit und der Gewährleistung von Rechtsfortbildung fokussiert würden. So ließe sich eine Haftung mit hoher Wahrscheinlichkeit vermeiden.

Die hier vorgeschlagene kostenrechtliche Sanktion für die Erhebung offensichtlich oder erkennbar unzulässiger oder unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden ist in der deutschen Rechtsordnung nicht ohne Vorbild. Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde kann das Bundesverfassungsgericht gemäß § 34 Abs. 2 BVerfGG eine Gebühr von bis zu EUR 2.600 auferlegen, „wenn die Einlegung der Verfassungsbeschwerde einen Missbrauch darstellt“.

Die Effektivität der Missbrauchsgebühr zur Verhinderung offensichtlich unbegründeter Verfassungsbeschwerden wird von Seiten der Anwaltschaft zwar bestritten,¹⁹ doch tatsächlich besteht kein Zweifel daran, dass von der Androhung kostenrechtlicher Sanktionen der ihnen zugedachte Hemmungseffekt ausgeht.²⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, das Gebührenrecht für Zwecke der Verhaltenssteuerung zu nutzen:

„Zwar ist es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verwehrt, mit einer Gebührenregelung neben der Kostendeckung auch das Ziel anzustreben, einer

¹⁹ Vgl. die herbe Polemik von *Zuck*, NJW 1996, 1254.

²⁰ Vgl. BT-Drucks. 1/788, S. 28: „Missbräuchen vorbeugen“; *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand 2017, § 34 Rn. 19.

leichtfertigen oder gar missbräuchlichen Einlegung von Rechtsbehelfen entgegenzuwirken, etwa durch Mindestgebühren oder das Risiko von Unterliegens- oder Missbrauchsgebühren den Bürger anzuhalten, sorgsam zu prüfen, ob er einen Anlass sieht, von einem Rechtsbehelf Gebrauch zu machen. Schon im Hinblick auf die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes in Art. 19 IV GG hat eine solche Regelung freilich zu beachten, dass der Zugang zu den Gerichten nicht in unsachgemäßer und unzumutbarer Weise erschwert wird.²¹

Darüber hinaus legt das BVerfG die Vorschrift des § 34 Abs. 2 BVerfGG in ständiger Rechtsprechung so aus, dass die Gebühr nicht nur der eine missbräuchliche Verfassungsbeschwerde erhebenden Partei, sondern auch ihrem *Bevollmächtigten* auferlegt werden kann.²² Von einem Rechtsanwalt sei zu erwarten, dass er die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein von ihm angestregtes Verfahren sorgfältig prüfe und sich sodann entsprechend verhalte, ggf. also von der Einlegung eines Rechtsbehelfs absehe.²³

Eine ähnliche Regelung über die Auferlegung sog. Verschuldenskosten, wenn auch wohl nur zu Lasten einer besonders uneinsichtigen Partei, enthält § 192 Abs. 1 SGG.²⁴

Dieser Maßstab ist nicht nur für die Verfassungsbeschwerde richtig und angemessen. Anders als die Verfassungsbeschwerde kann die Nichtzulassungsbeschwerde nicht von jedermann eingelegt werden, sondern nur von einem Rechtsanwalt, der zur Vertretung vor dem höchsten deutschen Zivilgericht zugelassen und deshalb für das Revisionsrecht als Spezialist ausgewiesen ist. Die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Sorgfaltspflichten gelten für Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof deshalb in besonderem Maße.

²¹ BVerfGE 50, 217 = NJW 1979, 1345, 1346 f.; allgemein zur Zulässigkeit von Lenkungszwecken im Gebührenrecht BVerfGE 79, 1 = NJW 1992, 1303, 1306; BVerfGE 108, 1 = NVwZ 2003, 751, 717.

²² BVerfGE 88, 382 = NJW 1993, 2793; *Scheffczyk*, in: BeckOK BVerfGG, Stand 2017, § 34 Rn. 28 ff. mwNachw.

²³ BVerfG, 18.02.2016, 1 BvR 134/16, BeckRS 2016, 43363.

²⁴ Es ist streitig, ob § 192 SGG es zulässt, die Verschuldenskosten einem Prozessbevollmächtigten aufzuerlegen; vgl. dazu *B. Schmidt*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmitt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 192 Rn. 2; *Jungeblut*, in: BeckOK Sozialrecht, Stand 2018, § 192 SGG Rn. 5.

IX. Ergebnis und Zusammenfassung

1. Ein wirksamer Schutz des Bundesgerichtshofs vor einer Überflutung mit unzulässigen oder unbegründeten Nichtzulassungsbeschwerden muss gewährleistet werden.
2. Das derzeit eingesetzte Instrument zum Schutz des Bundesgerichtshofs, die Wertgrenze gemäß § 26 Nr. 8 EG ZPO, ist dysfunktional, weil das eingesetzte Selektionskriterium – Wert der Beschwer über EUR 20.000 – in keinem Zusammenhang zum Selektionsziel – Trennung erfolgversprechender von aussichtslosen Revisionsverfahren – steht.
3. In der Kürze der Zeit bis zum 30. Juni 2018 lassen sich Alternativen zur Wertgrenze, die eine Flut unzulässiger oder unbegründeter Nichtzulassungsbeschwerden verhindern, nicht sinnvoll entwickeln. Deshalb gibt es zur Verlängerung der Wertgrenze keine Alternative. Die Verlängerungsfrist sollte sogar länger als bis zum 31. Dezember 2019 bemessen werden, um die Erarbeitung solcher Alternativen und die Vorlage entsprechender Gesetzentwürfe zu ermöglichen.
4. Über den Tag hinausgedacht, kommen vor allem zwei Instrumente als Ersatz für die Wertgrenze in Betracht: (1) die Fokussierung der Revisionszulassungsgründe auf Gesichtspunkte, die über den Einzelfall hinausweisen, sodass über die Nichtzulassungsbeschwerde ohne jede Prüfung der Fehlerhaftigkeit des Berufungsurteils entschieden werden kann; (2) der völlige Verzicht auf die Begründung von Entscheidungen, die Nichtzulassungsbeschwerden als unbegründet zurückweisen, ggf. ergänzt um die Einführung von Kammern, denen die Entscheidungen über Nichtzulassungsbeschwerden oblägen; (3) die Einführung einer kostenrechtlichen Sanktion zu Lasten desjenigen Prozessbevollmächtigten, der eine offensichtlich oder erkennbar unzulässige oder unbegründete Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt hat.