

# Die Berufung in Zivilsachen

Kramer

9. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78106-3  
C.H.BECK

nünftigen, vermittelnden Lösungen auf, wenn es dort abschließend heißt: „Andererseits wird man selbst bei drastischer oder gar unverhältnismäßig erscheinender Einschränkung des Rechtsmittelanspruchs und dessen späterer Rücknahme nicht stets annehmen können, der Rechtsmittelkläger habe kein vernünftiges Interesse und schon bei der Antragstellung nicht beabsichtigt, das Rechtsmittel wenigstens teilweise durchzuführen. Diese Annahme wäre insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn die Antragsbeschränkung etwa darauf beruht, dass ein wesentlicher Teil des Streitgegenstandes außergerichtlich verglichen worden ist, und der beschränkte Antrag schließlich zurückgenommen wird, weil sich inzwischen auch dessen Gegenstand durch außergerichtlichen Vergleich oder sonst erledigt hat.“

Es gilt also in einem solchen Falle, entweder einen maßvoll niedrigeren Berufungsantrag zu formulieren, weil dann von einer offensichtlich willkürlichen Einschränkung nicht mehr die Rede sein kann. Oder es muss bei einem sehr auffälligen Unterschied zwischen Beschwer und Rechtsmittelantrag der gleichzeitigen oder späteren Rücknahmeerklärung eine Begründung dafür beigefügt werden, aus der sich ergibt, dass der niedrige Rechtsmittelantrag nicht offensichtlich auf Nichtdurchführung der Berufung gerichtet (gewesen) ist. Eine solche Begründung könnte zB lauten:

Angesichts des erheblichen Prozesskostenrisikos, welches der vorliegende Rechtsstreit in sich birgt, hatte der Berufungskläger von vornherein nicht die Absicht, das Urteil des Landgerichts in vollem Umfange anzufechten. Er wollte allerdings zunächst durch eine beschränkte Berufung die grundsätzliche Rechtsfrage ... durch das Rechtsmittelgericht klären lassen, um seine künftige Geschäftstätigkeit danach ausrichten zu können. Dieses Interesse an der Durchführung der Berufung ist jedoch zwischenzeitlich entfallen, weil ...

- der Berufungskläger inzwischen seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen geändert hat.
- der Berufungskläger den Geschäftszweig gewechselt hat.
- die Rechtsfrage inzwischen durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom ... geklärt erscheint. o.Ä.

## II. Form und Verfahren der Berufungsrücknahme

Für die Rücknahme der Berufung gilt grundsätzlich die gleiche Form wie für ihre Einlegung. Sie muss von einem beim Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt – außerhalb der mündlichen Verhandlung durch von ihm unterschriebenen Schriftsatz, in der mündlichen Verhandlung auch zu Protokoll – erklärt werden. Ausnahmsweise darf eine Partei, die in Unkenntnis vom Anwaltszwang persönlich Berufung eingelegt hat, das Rechtsmittel selbst zurücknehmen, braucht also nicht eigens dafür Anwaltskosten aufzuwenden.<sup>7</sup> Diese Berechtigung wird auch dem Anwalt gewährt, der Berufung eingelegt hat, obwohl er beim Berufungsgericht nicht postulationsfähig ist.<sup>8</sup> Damit soll eine „den Berufungskläger unbillig belastende und dem Gesetzeszweck nicht entsprechende leere Förmel“ vermieden werden.<sup>9</sup>

Hat ein Anwalt ohne Vollmacht eines Mandanten Berufung eingelegt, kann er das Rechtsmittel selbst zurücknehmen; denn wie sollte es anders – mangels Vollmacht, für einen anderen zu handeln – aus der Welt geschafft werden können. Dem voll-

<sup>7</sup> → § 5 Rn. 44.

<sup>8</sup> BGH NJW-RR 1994, 759; zustimmend MüKoZPO/Rimmelspacher § 516 Rn. 7; Musielak/Voit/Ball ZPO § 516 Rn. 6; Zöller/Heßler ZPO § 516 Rn. 15; BLHAG/Göertz ZPO § 516 Rn. 11 unter „Anwaltszwang“; Stein/Jonas/Althammer ZPO § 516 Rn. 11.

<sup>9</sup> So BGH NJW-RR 1994, 759.

machtlosen Vertreter sind aber die Kosten des Rechtsmittelverfahrens unmittelbar vom Gericht aufzuerlegen (*falsus-procurator*-Haftung).<sup>10</sup>

- 391 Die Berufung kann ohne Einwilligung des Gegners bis zur Verkündung, also bis zum Beginn der Verlesung des Tenors<sup>11</sup> des Berufungsurteils oder bis zur Bekanntgabe des gemäß § 329 II ZPO nicht zu verkündenden Zurückweisungsbeschlusses nach § 522 II ZPO, welche zum Zeitpunkt des mit der Zweckbestimmung der Bekanntgabe erfolgenden Hinausgehens des Beschlusses aus der Geschäftsstelle vorliegt,<sup>12</sup> zurückgenommen werden (§ 516 I ZPO), wodurch auch eine eventuelle Anschlussberufung ihre Wirkung verliert (§ 524 IV ZPO).<sup>13</sup> Auch wenn man durchaus nachvollziehen kann, dass dem Berufungsführer die Möglichkeit der Berufungsrücknahme noch nach Schluss der mündlichen Verhandlung eröffnet werden soll, so ist es gleichwohl nicht sachgerecht, dass dies kostengünstig bis unmittelbar vor der Verkündung geschehen kann, also noch zu einem Zeitpunkt, zu dem das Urteil bereits vorzuliegen hat (vgl. § 310 II ZPO). Dem trägt die Regelung Rechnung, dass die Gebührenermäßigung gemäß Nr. 1222 KV (Reduzierung von 4,0 auf 2,0) nur eintritt, wenn die Rücknahme vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung bzw. vor dem Zeitpunkt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht (§ 128 II ZPO), erklärt wird. Der Schluss der mündlichen Verhandlung ist dabei nicht schon dann anzunehmen, wenn das Gericht „Termin zur Verkündung einer Entscheidung bestimmt hat“, sondern dieser liegt erst dann vor, wenn das Gericht selbst eine Verhandlung als diejenige erachtet, auf die die Endentscheidung ergehen soll, nicht aber nach Aktenlage eine weitere mündliche Verhandlung folgen muss.<sup>14</sup> Streitig ist, ob man die Kostenermäßigung auch dann zur Anwendung kommen lassen soll, wenn der Berufungskläger die Berufung in einer ihm im Termin vom Gericht gesetzten – genügend weit vor dem Verkündungstermin ablaufenden – Frist zurücknimmt. Teils wird dies in der Rechtsprechung aus rein formalen Gründen, weil in Nr. 1220 KV nicht normiert, abgelehnt.<sup>15</sup> Vorzugswürdig ist demgegenüber die Meinung, die eine Ermäßigung der Verfahrensgebühr nach Nr. 1222 Nr. 1a KV auch dann annimmt, wenn die Rücknahme zwar erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt, aber noch innerhalb einer vom Gericht hierfür gesetzten Frist.<sup>16</sup> Auch bei dieser Vorgehensweise wird der Sinn und Zweck der Gebührenermäßigung erreicht, dass sich nämlich eine gerichtliche Entscheidung einschließlich seiner Abfassung erübrigt und damit die staatlichen Ressourcen geschont werden, weil bis zum Ablauf dieser Frist vom Gericht keine weiteren Aktivitäten entfaltet werden.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> BLHAG/Göertz ZPO § 516 Rn. 20; Zöllner/Heßler ZPO § 516 Rn. 20; OLG Köln NJW 1972, 1330; BFH BB 1979, 1187.

<sup>11</sup> BGH NJW 2011, 2662; Stein/Jonas/Althammer ZPO § 516 Rn. 5; Zöllner/Heßler ZPO § 516 Rn. 2; MüKoZPO/Rimmelspacher § 516 Rn. 9; zweifelnd Hartmann NJW 2001, 2591 f.

<sup>12</sup> BGH NJW 2017, 3239; MüKoZPO/Rimmelspacher § 516 Rn. 10; BLHAG/Göertz ZPO § 516 Rn. 4; Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 516 Rn. 4.

<sup>13</sup> → Rn. 376.

<sup>14</sup> OLG München AnwBl 2001, 579; OLG München NJW-RR 1997, 639; hierzu auch BDZ/Dörndorfer GKG KV 1222 Rn. 5.

<sup>15</sup> OLG München AnwBl 2001, 579.

<sup>16</sup> So OLG Jena NJW 2016, 1600 für den Fall der Klagrücknahme. Zustimmend BDZ/Dörndorfer GKG KV 1222 Rn. 5 aE.

<sup>17</sup> OLG Jena NJW 2016, 1600; ebenso FG Nürnberg BeckRS 2008, 26025005.

Die Erklärung der Rücknahme der Berufung muss eindeutig sein.<sup>18</sup> Sie ist bedingungsfeindlich<sup>19</sup> und kann auch nicht von einer innerprozessualen Bedingung abhängig gemacht werden.<sup>20</sup> Sie ist eine grundsätzlich unanfechtbare<sup>21</sup> Prozesshandlung und nur ausnahmsweise widerruflich.<sup>22</sup> Dieser sehr theoretisch wirkende Satz kann praktische Bedeutung erhalten, wenn zB durch ein Versehen in der Kanzlei des Anwalts die Geschäftsnummern verwechselt werden und dadurch in der falschen Sache die Rücknahme der Berufung erklärt wird. Genau genommen handelt es sich hier nur um eine *falsa demonstratio*, die aber für das Gericht, dem gegenüber die Rücknahmeerklärung abgegeben wird, nicht erkennbar ist. Irrtumsanfechtung ist in einem solchen Fall ausgeschlossen. Auch eine Wiedereinsetzung kommt nicht in Betracht.<sup>23</sup> Allerdings steht der Berufung auf die Wirkungen der Rücknahme der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen, wenn die Rücknahme auf einem vom Prozessgegner verursachten Irrtum beruhte<sup>24</sup> oder der Irrtum für Gericht und Gegner offensichtlich war.<sup>25</sup> 392

### III. Kostenlast und Kostenentscheidung bei Rücknahme der Berufung

Wer seine Berufung zurücknimmt, muss nach § 516 III 1 ZPO vorbehaltlich gesetzlicher Sonderregelungen<sup>26</sup> oder einer abweichenden Vereinbarung insbesondere in einem Vergleich<sup>27</sup> die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten tragen. 393

Die Kostenfolge aus § 516 III 1 ZPO kann allerdings auch den treffen, der seine Berufung auf Grund eines Vergleichs zurücknimmt. Wird im Vergleich keine Kostenregelung vereinbart, gilt nicht ohne weiteres die Kostenaufhebung des § 98 ZPO, vielmehr kann sich § 516 III 1 ZPO als die speziellere Vorschrift erweisen. Das gilt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann, wenn der Vergleich „im Wesentlichen eine Anerkennung des angefochtenen Urteils zum Inhalt“<sup>28</sup> hat. Man sollte also einen Vergleich mit Vereinbarung einer Berufungsrücknahme – das Gleiche gilt für die Rücknahme der Klage – nicht ohne ausdrückliche Kostenregelung schließen. 394

Bei Rücknahme der Berufung hat die Entscheidung über die Kostenlast ebenso wie der Ausspruch, dass die Zurücknahme den Verlust des eingelegten Rechtsmittels zur Folge hat, von Amts wegen durch Beschluss zu erfolgen (§ 516 III 2 ZPO). Ein Antrag des Gegners ist nicht (mehr) erforderlich. Der Beschluss bedarf keiner mündlichen 395

<sup>18</sup> Vgl. hierzu *BGH NJW-RR* 2006, 862.

<sup>19</sup> *BGH NJW-RR* 1990, 67; Stein/Jonas/*Althammer* ZPO § 516 Rn. 7; Zöller/*Heßler* ZPO § 516 Rn. 9.

<sup>20</sup> *BGH NJW-RR* 2008, 85.

<sup>21</sup> *BGH NJW* 2007, 1460; *NJW-RR* 2008, 85.

<sup>22</sup> *BGH NJW* 2007, 1460; *NJW-RR* 2008, 85; zur Widerruflichkeit, wenn das Berufungsurteil der Restitutionsklage aus § 580 ZPO unterläge: *BGH NJW* 1991, 2839; vgl. auch *BLHAG/Göertz* ZPO § 516 Rn. 9; Zöller/*Heßler* ZPO § 516 Rn. 10.

<sup>23</sup> Vgl. *BGH NJW-RR* 1998, 1446.

<sup>24</sup> *OLG Koblenz FamRZ* 1997, 368; Zöller/*Heßler* ZPO § 516 Rn. 9.

<sup>25</sup> *BGH MDR* 2016, 1288; *NJW-RR* 2008, 85; *FamRZ* 1988, 496; Stein/Jonas/*Althammer* ZPO § 516 Rn. 7.

<sup>26</sup> So bei (Teil-)Kostentragung der Säumniskosten nach § 344 ZPO: *BGH NJW* 2004, 2309, 2310.

<sup>27</sup> *OLG Frankfurt MDR* 2004, 844; Stein/Jonas/*Althammer* ZPO § 516 Rn. 19.

<sup>28</sup> *BGH NJW* 1989, 39 unter II. 1. a).

Verhandlung. Er ist anfechtbar, wenn das Berufungsgericht die Rechtsbeschwerde gemäß § 574 I 1 Nr. 2, III ZPO zulässt.

- 396 Der Satz der allgemeinen Gebühr der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren (Nr. 1220 KV) ermäßigt sich gemäß Nr. 1221 bzw. Nr. 1222 KV unter den dort genannten Voraussetzungen. Legt eine Partei ausdrücklich „**nur zur Fristwahrung**“ – ohne Stellen eines Antrags und ohne Begründung – Berufung ein und signalisiert damit, dass sie ihr Rechtsmittel unter Umständen nach besserer Prüfung zurücknehmen werde, fragt es sich, ob der Gegner gleichwohl sofort einen Anwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragen darf und der Berufungsführer die dadurch entstandenen Kosten im Falle der Rücknahme des Rechtsmittels zu tragen hat. Diese umstrittene Frage hat der Bundesgerichtshof dahin entschieden, dass der Berufungsbeklagte grundsätzlich sofort einen Rechtsanwalt einschalten kann,<sup>29</sup> weil er sonst wertvolle Zeit verlieren könnte. Allerdings ist, solange ein Berufungsantrag nicht gestellt und eine Berufungsbegründung nicht eingereicht ist, eine Berufungserwiderung nicht notwendig und daher zunächst nur die reduzierte Verfahrensgebühr nach Nr. 3201 VV (1,1fach) erstattungsfähig.<sup>30</sup> Die Notwendigkeit bestimmt sich dabei aus der „verobjektivierten“ ex-ante-Sicht der jeweiligen Prozesspartei und nicht nach einem rein objektivierten Maßstab.<sup>31</sup> Demgemäß ist eine Erstattungsfähigkeit auch zu bejahen, wenn dem Berufungsbeklagten mit einem Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts nach § 522 II ZPO eine Berufungserwiderungsfrist gesetzt worden war und der Berufungsbeklagte nach Berufungsrücknahme eine Berufungserwiderung einreicht, ohne bei der Einreichung Kenntnis von der Rücknahme gehabt zu haben.<sup>32</sup> Die (volle) Verfahrensgebühr nach Nr. 3200 VV (1,6fach) fällt allerdings dann an, wenn der Prozessbevollmächtigte des Berufungsbeklagten den zu diesem Zeitpunkt nicht notwendigen Antrag auf Zurückweisung der Berufung schriftsätzlich ankündigt, ohne die Berufungsbegründung abzuwarten, das Rechtsmittel dann aber begründet wird.<sup>33</sup>

Richtigerweise richtet sich der Streitwert des Berufungsverfahrens bis zur Rücknahme der Berufung nach dem Wert der Hauptsache, für den Zeitraum nach Rücknahme nach dem Betrag der Kosten der Rechtsmittelinstanz.<sup>34</sup> Allerdings ist der von Amts wegen zu erlassene Kostenbeschluss nach § 516 III ZPO gebührenfrei. Da es hierfür keines Antrags mehr bedarf, wird eine Prozessgebühr, auch wenn ein Antrag gestellt wird, nach dem Kostenstreitwert zusätzlich nicht mehr zu erstatten sein.<sup>35</sup>

- 397 In der gerichtlichen Praxis wird der Kostenbeschluss zuweilen zu früh erlassen. Man muss auch hier stets rechtliches Gehör gewähren, den Parteien also die Möglichkeit zur Stellungnahme einräumen und erst nach Fristablauf entscheiden. Es sind

<sup>29</sup> BGH NJW 2003, 756; Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 516 Rn. 9; aA OLG Köln MDR 1992, 1087.

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 217, 287 = BGH NJW 2018, 1403 mwN; BGH NJW-RR 2009, 859; NJW 2007, 3723; NJW 2003, 2992; NJW 2003, 1324; OLG Saarbrücken OLGR 2006, 1097.

<sup>31</sup> BGHZ 217, 287 = BGH NJW 2018, 1403 sowie BGH FamRZ 2017, 643 entgegen BGHZ 209, 120 = BGH FamRZ 2016, 900.

<sup>32</sup> So BGHZ 217, 287 = BGH NJW 2018, 1403; vgl. hierzu auch BGH MDR 2018, 58.

<sup>33</sup> BGH MDR 2009, 771; BGH VersR 2010, 1470; OLG Bamberg MDR 2011, 1222 ff. mwN.

<sup>34</sup> BGHZ 15, 394 ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher § 516 Rn. 36; aA OLG Rostock MDR 2007, 1398; Thomas/Putzo/Hüfstege ZPO § 3 Rn. 128; BLHAG/Gehle ZPO Anh. § 3 Rn. 28 „Berufung“.

<sup>35</sup> OLG Hamburg MDR 2003, 1261.

durchaus Fälle denkbar, in denen der Beschluss sonst auf falscher Grundlage ergehen könnte.

**Beispiele:**

Die Wirksamkeit der Rücknahme wird – zu Recht – bestritten.

Der Rücknahme ging eine außergerichtliche Vereinbarung bzw. ein Stillhalteabkommen<sup>36</sup> voraus, bezüglich derer zu prüfen ist, ob sie Einfluss auf die Kostentragungspflicht haben kann.

Ereignen sich solche – gewiss seltene – Fälle, hat man Mühe den Beschluss wieder aus der Welt zu bringen. Unter Umständen kann sich der Betroffene zur Gehörsrüge nach § 321a ZPO genötigt sehen. Die vorsorgliche Anhörung ist demgegenüber eine kleine Mühe.

Die nunmehr auch ohne Antrag von Amts wegen auszusprechende Verlustigerklärung hinsichtlich des zurückgenommenen Rechtsmittels wird nicht besonders bewertet, weil er keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur Grundlage für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses und die Kostenentscheidung ist.<sup>37</sup>

Zur Kostenlast hinsichtlich der Anschlussberufung bei Rücknahme der Hauptberufung → Rn. 382 ff. 399

---

<sup>36</sup> OLG Frankfurt AnwBl. 1986, 538.

<sup>37</sup> BGHZ 15, 394.

## 4. Abschnitt Das Verfahren auf zulässige Berufung

### § 18. Der zur Entscheidung berufene Richter

#### I. Vorbemerkungen

Mit den Regelungen der §§ 522, 523 I 1, 527 I 1 ZPO<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber für die 400 vom Berufungsgericht zu treffenden Entscheidungen eine bestimmte Abfolge vorgezeichnet, die auf möglichst effektivem Weg zu einer Erledigung des Rechtsstreits im Berufungsrechtszug führen soll.

Wird eine Berufung nicht gemäß § 522 I ZPO als unzulässig verworfen, so ist unverzüglich zu entscheiden, ob die Berufung mangels Aussicht auf Erfolg durch einstimmigen Beschluss des Berufungsgerichts gemäß § 522 II ZPO zurückzuweisen ist (dazu II.). Sind die Voraussetzungen dafür nicht gegeben, so entscheidet gemäß § 523 I 1 ZPO das Berufungsgericht über die Übertragung des Rechtsstreits auf den entscheidenden Einzelrichter des § 526 I ZPO (dazu III.). Kommt es nicht zu einer Übertragung auf den Einzelrichter zur Streitentscheidung, so kann das Berufungsgericht zur Vorbereitung der Entscheidung die Sache gemäß § 527 I 1 ZPO dem Einzelrichter zuweisen, der über die ihm gemäß § 527 III ZPO eingeräumte Entscheidungsbefugnis hinaus den gesamten Rechtsstreit auch im Übrigen allein entscheiden kann, wenn die Parteien ihr Einverständnis dazu erteilen, § 527 IV ZPO (dazu IV.). Kommt es weder zur Verwerfung noch zu einer Zurückweisung der Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss nach § 522 I oder II ZPO, entscheidet das Berufungsgericht grundsätzlich nach mündlicher Verhandlung<sup>2</sup> entweder durch den Einzelrichter – § 526 oder § 527 ZPO – oder in seiner kollegialen Dreierbesetzung gemäß § 75 GVG – Landgericht – bzw. § 122 GVG – Oberlandesgericht – durch Urteil (dazu V.).

Die nach §§ 522 II, 523 I 1, 527 I 1 ZPO vom Berufungsgericht zu treffenden Entscheidungen werden üblicherweise vom geschäftsplanmäßig bestimmten Berichterstatter,<sup>3</sup> der regelmäßig mit dem streitentscheidenden oder vorbereitenden Einzelrichter, der wegen des Gebots des gesetzlichen Richters festgelegt sein muss, identisch ist, durch ein Votum vorbereitet. Gesetzlicher Grundgedanke ist, dass bei zulässiger Berufung<sup>4</sup> alsbald nach dem Berufungseingang über die Zurückweisung gemäß § 522 II ZPO entschieden und anderenfalls zeitnah festgelegt wird, ob das Kollegium zuständig bleibt oder gemäß § 526 ZPO der Einzelrichter mit der Entscheidung betraut wird. Diese Vorstellung kommt darin zum Ausdruck, dass die Entscheidung über die

---

<sup>1</sup> In der Fassung des ZPO-RG vom 27.7.2001 (BGBl. I 1887).

<sup>2</sup> Es sei denn im Einverständnis der Parteien im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 II ZPO.

<sup>3</sup> Was das Zivilverfahren betrifft, findet der „Berichterstatter“ gesetzliche Erwähnung nur in der Abstimmungsreihenfolge, § 197 S. 3 GVG; allerdings eröffnet § 273 II ZPO die Möglichkeit, mit Maßnahmen zur Terminvorbereitung ein vom Vorsitzenden bestimmtes Mitglied des Prozessgerichts zu betrauen. Für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten gilt: Ergeht eine Entscheidung im vorbereitenden Verfahren, so entscheidet anstelle des Vorsitzenden der Berichterstatter, wenn ein solcher bestellt ist, § 87a III VwGO.

<sup>4</sup> Zum Verfahren bei unzulässiger Berufung vgl. → Rn. 328 ff.

Frage der Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 II 1 ZPO unverzüglich zu ergeben hat und, sobald feststeht, dass sie unterbleibt, über die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter zu befinden ist, § 523 I 1 ZPO.

- 401 Ein zeitlich zügiger Verfahrensablauf ist mit dieser Abfolge allerdings nicht gewährleistet. Schon bis zur Entscheidung darüber, ob die Berufung mangels Aussicht auf Erfolg zurückzuweisen ist, können neben der Berufungsbegründung weitere Schriftsätze zur Gerichtsakte gelangt sein. Dies gilt nicht nur, weil der nach § 522 II 2 ZPO obligatorische Hinweis auf die beabsichtigte Zurückweisung mit der Einräumung einer Frist zur Stellungnahme für den betroffenen Berufungsführer verbunden sein muss, sondern auch, weil es gemäß § 521 II 1 ZPO im Ermessen des Berufungsgerichts steht, dem Berufungsbeklagten eine Frist zur Berufungserwiderung und erforderlichenfalls dem Berufungskläger eine Frist für eine Replik zu setzen, bevor die Entscheidung nach § 522 II 1 ZPO getroffen wird.<sup>5</sup>

Selbst wenn feststeht, dass eine Zurückweisung nach § 522 II 1 ZPO ausscheidet, bedeutet dies nicht ohne weiteres, dass in unmittelbarem Zusammenhang damit auch darüber befunden wird, ob der Rechtsstreit dem Einzelrichter zur Entscheidung übertragen wird. Die Prüfung der Voraussetzungen von § 526 I Nr. 2 und 3 ZPO und die sachgerechte Ausübung des dem Berufungsgericht eingeräumten Ermessens können es erforderlich machen, den Parteien mittels nach § 521 II 1 ZPO zu setzender Fristen weiteren Sachvortrag zu ermöglichen. Erst im Anschluss an diese Entscheidung ist gemäß § 523 I 2 ZPO unverzüglich Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Kollegium oder dem Einzelrichter zu bestimmen.<sup>6</sup>

## II. Die Zurückweisung der Berufung mangels Erfolgsaussicht

- 402 Mit dem Ziel einer Beschleunigung des Verfahrens sieht das Gesetz in § 522 II ZPO vor, dass das Berufungsgericht offensichtlich aussichtslose Berufungen ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss unverzüglich zurückweist. Die Voraussetzungen dafür sind in § 522 II 1 ZPO genannt (dazu 1.). Vor Erlass eines solchen Beschlusses ist unter Hinweis auf die beabsichtigte Zurückweisung und die Gründe dafür unter Fristsetzung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (dazu 2.). Praktische Relevanz hat die Frage, bis wann der Beschluss ergehen darf, um noch als unverzüglich im Sinne von § 522 II 1 ZPO zu gelten (dazu 3.). Der Beschluss ist zu begründen, soweit die Gründe nicht bereits aus dem vorausgegangenen Hinweis ersichtlich sind (dazu 4.). Gegen den Beschluss nach § 522 II 1 ZPO steht dem Berufungsführer das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre, § 522 III ZPO nF<sup>7</sup> (dazu 5.).

### 1. Voraussetzungen des Zurückweisungsbeschlusses

- 403 Zentrale Voraussetzung für den Erlass eines die Berufung ohne mündliche Verhandlung zurückweisenden Beschlusses ist, dass die Berufung nach einstimmiger Auffassung des Berufungsgerichts offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, § 522 II 1 Nr. 1 ZPO, und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist, § 522 II 1 Nr. 4 ZPO.

<sup>5</sup> Dazu → Rn. 407.

<sup>6</sup> Stein/Jonas/Althammer ZPO § 523 Rn. 4.

<sup>7</sup> IdF von Art. 1 Nr. 1b des Gesetzes zur Änderung des § 522 ZPO vom 21.10.2011, BGBl. I 2082.