

# **50 Jahre Zivilprozessrecht - ein persönlicher Rückblick<sup>1</sup>**

von Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Leipold, Freiburg i.Br.

## **Dankesworte**

Für die hohe Ehre der Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Juristische Fakultät der Demokritos Universität Thrazien möchte ich mich sehr herzlich bedanken. Mein besonderer Dank gilt den Herren Professoren Constantin Calavros, Dimitris Maniotis und Stelios Stamatopoulos, auf deren Initiative diese Auszeichnung erfolgt ist. Ob ich diese Ehrung verdiene, erscheint mir, vorsichtig ausgedrückt, durchaus zweifelhaft. Ich sehe darin vor allem eine Anerkennung für die gute Zusammenarbeit der deutschen und der griechischen Zivilprozessualisten, zu der die verehrten Kollegen Calavros, Maniotis und Stamatopoulos so viel beigetragen haben. Ich bin überzeugt, dass diese Kooperation auch in der Zukunft andauern und sich, gerade innerhalb des vereinigten Europas, als fruchtbar erweisen wird.

Zu danken habe ich auch für die Gelegenheit, einige Gedanken zur Entwicklung des Zivilprozessrechts vortragen zu dürfen. Dass dieser Rückblick stark persönlich geprägt ist, lässt sich, so hoffe ich, durch den personenbezogenen Anlass entschuldigen.

## **I. Wie ich zum Zivilprozessrecht kam**

Zwar kommt es mir selbst zuweilen etwas unglaublich vor, doch macht die Zeit, in der ich mich mit dem Zivilprozessrecht beschäftige, rund gerechnet in etwa ein halbes Jahrhundert aus. Eher zufällig geriet ich gerade an dieses Fach. Zivilprozessrecht hörte ich an der Münchener Juristenfakultät bei Rudolf Pohle - eine penibel gegliederte, präzise und materialreiche Vorlesung, ein wenig trocken freilich, was sowohl der Materie als auch dem Dozenten zuzuschreiben war. Immerhin bemühte sich Rudolf Pohle unter Verwendung eines kommentierten Aktenbeispiels, das an alle Vorlesungsteilnehmer verteilt wurde, um Anschaulichkeit und Praxisnähe (das didaktische Grundproblem jeder Zivilprozess-Vorlesung, wie ich später ein akademisches Leben lang erfahren sollte). Interessanter noch wurde es in den Übungen zum Zivilprozessrecht, die ich ebenfalls bei Rudolf Pohle absolvierte. Wer in dieser Übung bei den schriftlichen Arbeiten die Note "gut" erzielte, durfte sich zum Seminar bei Pohle anmelden. Diesem Köder bin ich erlegen und dann vom Angelhaken gewissermaßen nicht mehr losgekommen! Später wurde ich Assistent und Doktorand bei Rudolf Pohle und lernte seinen wissenschaftlichen Impetus ebenso wie seine stets verständnisvolle und aufgeschlossene Persönlichkeit näher kennen und schätzen. Rudolf Pohle widmete sein rechtswissenschaftliches Bemühen nahezu ausschließlich dem Zivilprozessrecht, und dabei spielte die von ihm übernommene Bearbeitung des Kommentars von Stein/Jonas die zentrale Rolle. Im Vorwort zur 19. Auflage<sup>2</sup> schrieb Rudolf Pohle, er habe Bedenken gegen die schwere Aufgabe, die Bearbeitung dieses Werks zu übernehmen, zurückgestellt, weil er glaube, "dem Zivilprozess nicht weniger Liebe entgegenzubringen als meine Vorgänger". Diese Äußerung hat mich schon damals ein wenig verwundert, aber als Assistent stand es mir natürlich nicht zu, an den Worten meines Lehrers etwa Kritik zu üben. Geradezu von Liebe zum Zivilprozess kann ich nicht sprechen, eher schon ein wenig von Hass-Liebe, und das würde dann in der Tat auch mein jahrzehntelanges Verhältnis zum Kommentar von Stein/Jonas mit betreffen!

---

<sup>1</sup> Vortrag anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Juristische Fakultät der Demokritos Universität Thrazien am 8. Oktober 2008.

<sup>2</sup> Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 1. Bd. (1972), S. V. Das Vorwort stammt aus der 1. Lieferung zu diesem Band und datiert vom März 1964.

## II. Promotion und Habilitation

Meine Dissertation war den Problemen der Beweislast gewidmet.<sup>3</sup> Eigentlich sollte ich, nach dem Vorschlag von Rudolf Pohle, vor allem untersuchen, ob die gesetzlichen Vermutungen des BGB auch außerhalb des Zivilprozesses Anwendung finden könnten. Das setzte aber nach meinem Eindruck voraus, sich mit den Grundfragen der Beweislastlehre auseinanderzusetzen - ein Thema, das mich auch in der Folgezeit immer wieder beschäftigt hat und das ich noch heute faszinierend finde.

Zur Habilitation führte eine mehrjährige Untersuchung zu den Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes.<sup>4</sup> Rudolf Pohle hatte mich dazu ermuntert, die Universitätslaufbahn anzustreben - ich selbst hatte auch eine Tätigkeit als Rechtsanwalt oder (bayerischer) Notar erwogen. Meine Arbeit zum einstweiligen Rechtsschutz unternahm den Versuch, nicht nur den Zivilprozess, sondern auch das verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Verfahren einzubeziehen, also sozusagen Binnen-Rechtsvergleichung zu betreiben, zumal sich in den genannten anderen Verfahrensarten nach meinem Eindruck Gedanken und Wertungen fanden, die sich auch für den Zivilprozess fruchtbar machen ließen. Später habe ich versucht, diesen Fragen auch rechtsvergleichend, insbesondere im Vergleich mit dem französischen und dem englischen Recht nachzugehen. Einer der Grundgedanken war, einen schnellen Rechtsbehelf für Fälle eindeutiger Rechtslage zu schaffen, dafür aber die bloße Wahrscheinlichkeit des Hauptsacherfolgs nur zurückhaltend, unter Abwägung der beiderseitigen Interessen, als hinreichende Grundlage für eine einstweilige Maßnahme anzusehen. Ein wirklicher Durchbruch war diesen Überlegungen allerdings nicht beschieden. Ein Reformvorschlag,<sup>5</sup> der eine schnelle Titulierung eingeklagter Forderungen ermöglichen soll, soweit sich diese nach Ansicht des Gerichts schon zu Beginn des Verfahrens mit ziemlicher Sicherheit als begründet darstellen, befindet sich im Gesetzgebungsverfahren, wird aber möglicherweise erfolglos bleiben.

## III. Eine Dauerbeschäftigung: die Mitarbeit am Stein/Jonas

Waren mit Promotion und Habilitation bestimmte Themenbereiche angeschlagen, die mich auch später beschäftigten, so führte die jahrzehntelange Mitarbeit an dem bereits erwähnten ZPO-Kommentar von Stein/Jonas zu einer breiteren Befassung mit den Prinzipien des Zivilprozessrechts und den Regeln für das erstinstanzliche Verfahren. Rudolf Pohle verstarb leider viel zu früh im Juni 1967, kurz vor Vollendung seines 65. Lebensjahres,<sup>6</sup> und konnte nur noch die ersten Teile des Kommentars in der 19. Auflage vollenden. Die Bearbeitung des Werkes ging auf fünf Bearbeiter über (Wolfgang Grunsky, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann und mich selbst), alle damals noch jung an Jahren und hoffnungsfroh in eine wissenschaftliche Karriere startend. Wie weit die in die neuen Bearbeiter gesetzten Erwartungen sich erfüllt haben, muss ich der Beurteilung anderer überlassen. Später sind, um die jeweilige Neubearbeitung zu bewältigen, weitere Autoren (insgesamt sind es jetzt zehn) hinzugetreten. Aber eine Zerstückelung des Werkes durch Aufteilung auf Dutzende von Bearbeitern, wie man sie in den meisten Großkommentaren

<sup>3</sup> Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten (1966).

<sup>4</sup> Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (1971).

<sup>5</sup> Es geht um den Vorschlag des Deutschen Bundesrates, durch einen neuen § 302a ZPO eine vorläufige Zahlungsanordnung einzuführen, wiedergegeben bei Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., Bd. 4 (2008), § 302 Rdnr. 48.

<sup>6</sup> Ein Nachruf aus der Feder von *Gottfried Baumgärtel* findet sich in ZJP Bd. 81 (1968), S. 1.

heute findet, wurde glücklicher Weise vermieden. Mich selbst hat der Stein/Jonas viel Zeit und Kraft gekostet, aber diese permanente Herausforderung hat mir auch Freude bereitet. Schwerpunkte meiner Bemühungen waren die Verfahrensgrundsätze, die Prozesshandlungen, das Beweisrecht und die Rechtskraft. Die 22. Auflage des Kommentars ist - was das erstinstanzliche Verfahren angeht - seit diesem Jahr vollendet.<sup>7</sup>

#### **IV. Ebenfalls eine sehr alte Institution: die ZZP**

Den Versuch, eine alte Tradition auch in der Gegenwart fortzuführen, unternimmt die Zeitschrift für Zivilprozess, die ich - als Nachfolger meines lieben Kollegen und Freundes Karl Heinz Schwab, der leider in diesem Jahr von uns gegangen ist - seit nahezu 25 Jahren in bester Harmonie zusammen mit Rolf Stürner herausgebe. Die ZZP wurde schon im Jahre 1879 gegründet, als es zum ersten Mal in Deutschland eine reichseinheitliche Gerichtsordnung (mit dem Reichsgericht an der Spitze) und eine einheitliche Zivilprozessordnung gab. In einem Geleitwort zum 100. Band der ZZP im Jahre 1987<sup>8</sup> musste ich resignierend feststellen, dass die Rechtseinheit in Deutschland durch die Spaltung in Bundesrepublik und DDR längst wieder verloren war. Eine realistische Hoffnung auf eine Vereinigung der beiden deutschen Teile bestand zu dieser Zeit nicht. Der sensationelle Verlauf der späteren Entwicklung ist bekannt. Auch für mich waren der Zusammenbruch der sozialistischen Staaten, der Wegfall der Mauer und die deutsche Einigung das wichtigste und bewegendste politische Ereignis der letzten 50 Jahre.

Die Zeitschrift für Zivilprozess befasst sich freilich nicht nur mit dem deutschen Zivilprozessrecht, sondern bezieht in zunehmendem Maße ausländisches und internationales Recht mit ein. Mit besonderer Freude darf ich erwähnen, dass gerade griechische Autoren immer wieder bedeutende Beiträge für die ZZP geliefert haben. Das gilt ebenso für das Jahrbuch ZZP International, das wir in jüngerer Zeit an die Seite der Normal-ZZP gestellt haben, um mehr Raum für Beiträge zum internationalen, nicht zuletzt zum europäischen Zivilprozessrecht zu haben. Zu unserer großen Freude konnte Herr Kollege Nikolaos Klamaris als ständiger Mitbetreuer dieses Jahrbuchs gewonnen werden.

#### **V. Die Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer**

Auch mit der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer kam ich frühzeitig in Kontakt, da Rudolf Pohle in den Jahren meiner Assistentenzeit als deren geschäftsführender Vorstand amtierte. So durfte ich zur Vorbereitung der Tagungen Hilfsdienste leisten, zur Hamburger Tagung 1964 und zur Münchener Tagung 1966. Freilich herrschten damals noch strenge Sitten - zuhören durfte auch ein Tagungsassistent nur hinter einem Vorhang! Die Tagungen der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer hier zu nennen, ist mir auch deshalb ein besonderes Anliegen, weil gerade die griechischen Zivilprozessualisten seit Jahrzehnten an den Tagungen teilnehmen und diese durch Diskussionsbeiträge und Referate sehr bereichern, zuletzt etwa Herr Kollege Nikolaos Klamaris, seit langem eine Säule der griechisch-deutschen Kooperation, durch seinen Vortrag auf der Osnabrücker Tagung diesen Jahres. Die Themen unserer Tagungen spiegeln die aktuelle Entwicklung wieder - zunehmend geht es nicht mehr bloß um nationales Recht, sondern um die internationale und ganz besonders um die europäische Dimension. Von 1988 bis 1994 war ich selbst geschäftsführender Vorstand der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer und durfte die Tagungen in Konstanz, Bonn und Salzburg organisieren. Die Zusammenkünfte der Zivilprozessrechtslehrervereinigung waren

<sup>7</sup> Zuletzt erschienen ist Bd. 4 (§§ 253 - 327) (2008).

<sup>8</sup> Von 1944 bis 1950 konnte die ZZP nicht erscheinen; daher datiert der 100. Band später als 100 Jahre nach der Begründung der Zeitschrift.

immer durch eine freundschaftliche, ja herzliche Zusammenarbeit geprägt; ich hoffe, dass es dabei auch Zukunft bleibt und wir weiterhin auf die intensive Mitarbeit unserer griechischen Kollegen zählen dürfen.

## **VI. Die engen Kontakte zwischen griechischen und deutschen Zivilprozessualisten**

Meine eigenen Begegnungen mit griechischen Zivilprozessualisten begannen bereits in der Münchener Assistentenzeit. Die traditionell enge Verbindung, die auf der Verwandtschaft des deutschen und des griechischen Zivilprozessrechts beruht, wurde auch von meinem Lehrer Rudolf Pohle sehr gefördert. So hatte er enge Beziehungen zu Georgios Rammos, dem großen Altmeister des griechischen Prozessrechts, der auch späterhin regelmäßig an den Tagungen der Zivilprozessrechtslehrer-Vereinigung teilnahm. Nicht wenige junge griechische Zivilprozessualisten, herausragend etwa Kostas E. Beys, kamen zu Forschungsaufenthalten nach München zu Rudolf Pohle (die Zivilrechtler vor allem zu Karl Larenz), und die Kontakte mit ihnen waren für mich eine große Bereicherung. In meinen Erlanger Jahren - ich hatte dort von 1970 bis 1979 meinen ersten Lehrstuhl inne - ließen sich zusammen mit Karl Heinz Schwab - die freundschaftlichen Beziehungen zu griechischen Zivilprozessualisten bruchlos fortsetzen, etwa, um einen einzigen Namen zu nennen, mit dem hochverehrten Georg Mitsopoulos. Als ich dann nach Freiburg wechselte, war ich mich mit Peter Arens darin einig, die rechtsvergleichenden Bemühungen im Zivilprozessrecht zu verstärken. So gelang die Gründung des Freiburger Instituts für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht. Griechische Prozessualisten kamen zu unserer Freude gerne nach Freiburg - die arrivierten Kollegen etwa zu Gastvorträgen, der - damalige - Nachwuchs zu Forschungsaufenthalten, und in einigen herausragenden Fällen auch zur Promotion. Dimitris Maniotis, dem ich heute besonders zu danken habe, ist hier besonders zu nennen. Sein Doktorvater war Peter Arens, aber ein wenig durfte ich damals, glaube ich, auch zum Gelingen seiner Forschungen beitragen, und zu meiner Freude sind wir dann auch später in Kontakt geblieben. Viel zu früh verließ uns Peter Arens, mit dem ich eigentlich zusammen in Freiburg hatte alt werden wollen. Doch gelang es, mit Rolf Stürner einen herausragenden Nachfolger zu finden, dem, schon an seine Tübinger Lehrjahre bei Fritz Baur anknüpfend, die Zusammenarbeit mit den griechischen Zivilprozessualisten stets ein besonderes Anliegen war. Und es besteht kein Zweifel, dass unser Freiburger zivilprozessuales Institut auch in Zukunft der griechisch-deutschen Kooperation besonderen Stellenwert zumessen wird.

## **VII. Grundlinien der Entwicklung des Zivilprozessrechts**

Schon in den wenigen Bemerkungen zu meiner persönlichen Begegnung mit dem Zivilprozessrecht sind einige Elemente der Entwicklung angeklungen, vor allem der Trend zur Internationalisierung und Europäisierung des Zivilprozessrechts und die zunehmende Bedeutung der rechtsvergleichenden Forschung. Ich will aber versuchen, einige mir wichtig erscheinende Entwicklungsstränge etwas deutlicher herauszuarbeiten.

### **1. Vom Formalismus zur Teleologie**

Die Zeiten, in denen das Zivilprozessrecht als rein technisches Recht begriffen wurde, das im wesentlichen formelle Anforderungen umfasse und im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich strikt auszulegen sei, gehören der Vergangenheit an. Immer mehr hat sich in den letzten Jahrzehnten die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Zivilprozess im allgemeinen und seine einzelnen Einrichtungen im besonderen material zu verstehenden Zwecken zu dienen und die Interessen der Verfahrensbeteiligten zu schützen haben. Das Zivilprozessrecht ist daher nach denselben Grundsätzen auszulegen wie das materielle Recht. Die Bindung an den

Wortlaut des Gesetzes ist im Verfahrensrecht nicht strenger als im materiellen Recht. Die teleologische Auslegung ist auch im Verfahrensrecht von entscheidender Bedeutung. Auch Analogie und teleologische Reduktion sind im Verfahrensrecht gestattet. Die richterliche Rechtsfortbildung ist innerhalb derselben Grenzen als zulässig anzusehen wie im materiellen Recht. Ob die Rechtspraxis von diesen Möglichkeiten auf dem Gebiet des Prozessrechts in hinreichendem Maß Gebrauch macht, ist eine andere Frage.

Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs und dem Sturz des national-sozialistischen Unrechtsregimes trat die grundlegende Bedeutung des Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte in das allgemeine Bewusstsein. Wenngleich in der Folgezeit der Ausbau anderer Zweige der Gerichtsbarkeit, insbesondere der Verwaltungsgerichtsbarkeit, im Vordergrund stand, erhielt doch auch die Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses besonderes Gewicht. In Abkehr von der totalitären Ideologie der national-sozialistischen Zeit war man sich rasch darüber einig, dass der Zivilprozess in erster Linie dem Schutz und der Durchsetzung der subjektiven Rechte des Einzelnen zu dienen hat. Dabei geht es nicht nur um das in der Regel vom Kläger behauptete Recht, sondern ebenso um den Schutz der Rechtsposition des Beklagten, der sich gegen den angeblichen Anspruch des Klägers zur Wehr setzt. Der Rechtsschutz muss beiden Parteien in gleichem Maße gewährt werden. Die Schaffung von Rechtsfrieden und Rechtsgewissheit werden mit Recht als weitere Zwecke des Zivilprozesses genannt. Auch dabei haben die Parteiinteressen im Vordergrund zu stehen. Die Bewährung der objektiven Rechtsordnung erfolgt auf dem Wege über den Rechtsschutz für die Parteien. Sie darf dagegen nicht als vorrangiges, den Rechtsschutz der Parteien begrenzendes Prozessziel angesehen werden.

Die dominierende Ausrichtung des Zivilprozesses am Schutz subjektiver Rechte entspricht seit langem der herrschenden Meinung. In jüngster Zeit werden allerdings Strömungen erkennbar, die der Konfliktbeilegung als solcher hohen Stellenwert einräumen und das prinzipielle Ziel der Rechtsverwirklichung aus den Augen zu verlieren drohen. Darauf werde ich später noch eingehen.

Zur teleologischen Betrachtung des Zivilprozessrechts gehört auch die stetige Vergewisserung über die Verfahrensgrundsätze. Der gelegentlich erhobene Vorwurf, hier werde ein verkrustetes Maximendenken sichtbar, ist gewiss nicht berechtigt. Aus Verfahrensgrundsätzen können nicht einfach im Wege deduktiver Schlussfolgerung bestimmte Antworten auf verfahrensrechtliche Zweifelsfragen hergeleitet werden. Aber die in den Verfahrensgrundsätzen zum Ausdruck kommenden Wertungen müssen bei der Analyse von Einzelproblemen gerade im Rahmen einer teleologischen Auslegung beachtet werden. So sind im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und die Verhandlungsmaxime, heute oft auch Beibringungsgrundsatz genannt, nicht als historischer Ballast und als ungerechtfertigte Beschränkung der Richtermacht zu verstehen. Vielmehr befinden sich diese Grundsätze mit ihrer Betonung der Parteilfreiheit und der Parteiverantwortung in voller Übereinstimmung mit dem Zweck eines rechtsstaatlichen und freiheitlichen Zivilprozesses. Verfahrensgrundsätze können selbstverständlich keine ausnahmslose, apodiktische Geltung beanspruchen. Aber die Ausnahmen dürfen nicht die Regel überwuchern. Gegenwärtig scheint mir eine solche Gefahr beim Prinzip der Mündlichkeit der Verhandlung nicht ganz auszuschließen.

Zu den Grundfragen, über die gerade in der Epoche nach 1945 erneut nachzudenken war, gehört das Verhältnis zwischen dem Zivilprozessrecht und dem materiellen Recht. Aus der obersten Zielsetzung des Zivilprozesses, die subjektiven Rechte der Einzelnen zu schützen, folgt unmittelbar, dass der Zivilprozess das materielle Recht zu verwirklichen hat. Das spielt auch bei der Auslegung des Verfahrensrechts eine wesentliche Rolle. Gleichwohl halte ich die

oft anzutreffende Formulierung, das Verfahrensrecht habe dem materiellen Recht zu dienen, für unzutreffend, zumindest für missverständlich. Das Verfahrensrecht fügt in seinem Bemühen, den notwendigen Rechtsschutz zu gewähren, durchaus eigenständige Wertungen hinzu, die auch zu einer Begrenzung der Beachtung materiellen Rechts führen können. Einleuchtendstes Beispiel ist die materielle Rechtskraft, die auch einem - aus materiell-rechtlicher Sicht - unrichtigen Urteil zukommen muss. Aber auch in den Regeln über prozessuale Dispositionsakte oder über die Grenzen der Beweiserhebung, ebenso bei den Schranken der Zwangsvollstreckung, um nur einige Beispielfelder zu nennen, wird die Eigenständigkeit der prozessualen Wertungen ohne weiteres sichtbar. Das Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht ist daher nicht das zwischen einem Herrn und einem Diener. Vielmehr müssen das materielle Recht und das Verfahrensrecht, hier das Zivilprozessrecht, zusammenwirken, um das oberste Ziel des Rechts - die Gerechtigkeit - zu verwirklichen oder - realistischer formuliert - um sich diesem Ziel soweit wie möglich anzunähern.

## **2. Die Konstitutionalisierung des Zivilprozessrechts**

Die starke und stetig zunehmende Ausstrahlung des Verfassungsrechts auf die gesamte Rechtsordnung ist ein, vielleicht sogar das herausragende Charakteristikum der Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland seit Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949. Diese auch im internationalen Vergleich singuläre "Konstitutionalisierung" hat mehrere Ursachen. Sie beruht zunächst auf der umfassenden Ausgestaltung des Grundrechtskatalogs und der unmittelbaren Geltungskraft der Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG. Dabei ist für das Zivilprozessrecht von größter Bedeutung, dass das Grundgesetz neben dem allgemeinen Grundrechtskatalog gerade den justitiellen Grundrechten - dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und dem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 GG) - besondere Bedeutung zumisst. Dass die Grundrechte nicht nur auf dem Papier stehen, ist der starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts zu verdanken, das nicht nur Gesetze und Verordnungen, sondern - aufgrund Verfassungsbeschwerden - auch hoheitliche Einzelakte, insbesondere rechtskräftige Urteile, auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen hat. Die Wirkungsmacht der Grundrechte wurde erheblich verstärkt durch die vom BVerfG frühzeitig etablierte und in der Folgezeit stetig praktizierte Doktrin, wonach die Grundrechte nicht nur Schutz vor staatlichen Eingriffen bieten, sondern zugleich Ausdruck einer objektiven Werteordnung sind, die bei der Gesetzgebung wie bei der Anwendung der Gesetze gleichermaßen zu berücksichtigen ist. In einer überaus reichhaltigen Rechtsprechung verlieh das BVerfG vor allem dem Anspruch auf rechtliches Gehör einen umfassenden Wirkungsbereich, der die Auslegung des Zivilprozessrechts stark beeinflusst hat. Anforderungen an die richterliche Hinweispflicht oder an die Begründung eines Urteils wurden aus dem Recht auf Gehör ebenso abgeleitet wie Schranken für die Zurückweisung verspäteten Vorbringens. Das Recht auf den gesetzlichen Richter wirkte sich bei der Gestaltung der Geschäftsverteilung innerhalb eines Gerichts ebenso aus wie bei der praktischen Handhabung der Besetzung eines kollegialen Spruchkörpers. Auch der Anspruch auf faires Verfahren und der Gleichheitsgrundsatz wirkten auf dem Wege über die Rechtsprechung des BVerfG in vielfältiger Weise auf die Auslegung und Handhabung des Zivilprozessrechts ein.

Schon seit geraumer Zeit lässt sich eine ähnliche Entwicklung auf der gesamteuropäischen Ebene beobachten. Die Ausgestaltung der Verfahrensgrundrechte in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewann zunehmende Bedeutung, vor allem seit Verletzungen der EMRK unmittelbar mit der Menschenrechtsbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg geltend gemacht werden können. Hier steht vor allem das Recht

auf faires Verfahren im Vordergrund, das in gewissem Umfang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör in der weiten Auslegung durch das deutsche BVerfG austauschbar erscheint. Art. 6 EMRK garantiert u.a. auch das Recht auf Rechtsschutz innerhalb angemessener Frist, eine Anforderung, der deutsche Gerichte (bis hin zum BVerfG!), nicht immer gerecht geworden sind. Aber diese Aspekte brauche ich hier nicht näher darzulegen, ist doch der Menschenrechtsbezug des Zivilprozessrechts auch für das griechische Recht seit langem Realität, und gerade die griechischen Zivilprozessualisten haben zu dieser modernen und zukunftsweisenden Dimension des Verfahrensrechts wichtige Beiträge geliefert.

### **3. Wahrung der Dogmatik ohne Überbetonung der Begrifflichkeit**

Der nächste Punkt ist weniger augenfällig, erscheint mir aber doch, gewissermaßen im Wege einer Selbstreflexion der Zivilprozessualisten, von einiger Bedeutung, auch im Hinblick auf die Entwicklung des Zivilprozessrechts auf europäischer Ebene. Es geht um den Stellenwert der Dogmatik auf dem Gebiet des Verfahrensrechts, insbesondere des Zivilprozessrechts. Dabei verstehe ich unter Dogmatik - der Begriff ist zugegebenermaßen einigermaßen schillernd - das Bemühen um präzise juristische Begriffe, die sich für die abstrakt- normative Anknüpfung der Rechtsfolgen und für den Aufbau eines juristischen Systems eignen. Das Gegenstück zu einem dogmatischen Rechtsdenken sehe ich in einer allein auf den Einzelfall und die Abwägung der Interessen in der konkreten Situation bezogenen Betrachtungsweise, die sich sozusagen von Fall zu Fall weiterhandelt, aber über eine Anhäufung von Kasuistik nicht hinauskommt.

Die deutsche Zivilprozessualistik hat sich seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiet der Dogmatik große Verdienste erworben. Dass das Verfahrensrecht, später als das materielle Zivilrecht, in wissenschaftlicher Weise betrieben und mit einem tragfähigen Gerüst rechtlicher Begriffe ausgestattet wurde, ist zahlreichen großen Zivilprozessualisten zu verdanken, Namen wie Adolf Wach, Konrad Hellwig, James Goldschmidt, Friedrich Stein und Leo Rosenberg dürfen hier beispielhaft genannt werden. Grundsätzlich haben sich die dogmatischen Errungenschaften der Zivilprozessualistik auch in der jüngeren Vergangenheit bewährt. Die Lehren von den Prozessvoraussetzungen (Sachentscheidungsvoraussetzungen), von den Prozesshandlungen und Prozessverträgen bieten eindruckliche Beispiele. Manche Überspitzungen der Begriffsbildung sind mit Recht in den Hintergrund getreten. Die Figur des Rechtsschutzanspruchs kann man hierzu rechnen. Das Rechtsschutzbedürfnis bleibt als ungeschriebenes Korrektiv von Bedeutung, wird aber mit Recht heute nur noch zurückhaltend angewendet, um nicht den Hauptzweck des Zivilprozesses, die Durchsetzung subjektiver Rechte, zu gefährden.

Die Dogmatik zielt auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der rechtlichen Beurteilung. Sie muss aber in eine Balance mit der teleologischen Auslegung unter Berücksichtigung der Interessenlage gebracht werden. Ob sich das aus der deutschen Zivilprozesswissenschaft stammende, aber genauso in der griechischen Zivilprozessualistik verwurzelte dogmatische Denken auch in Zukunft bewähren und sich insbesondere auf europäischer Ebene durchsetzen wird, ist eine offene Frage. Dabei muss man natürlich auch bereit sein, die gewohnten begrifflichen Kategorien kritisch zu hinterfragen. Ein wichtiges Beispiel für diese Problematik bieten die dogmatischen Bemühungen um eine begriffliche Fixierung des Streitgegenstands. In den fünfziger und sechziger Jahren war dies, wie allgemein bekannt, ein bevorzugtes Thema der deutschen, deutschsprachigen und dem deutschen Recht nahe stehenden Zivilprozessualisten. Auch wenn nicht alle Streitfragen in dem Sinne geklärt werden konnten, dass sich ein allgemeiner Konsens gebildet hätte, hat die wissenschaftliche Diskussion doch

viel zur präziseren Abgrenzung der Wirkungen von Rechtshängigkeit und Rechtskraft beigetragen. Bei der Beurteilung der Rechtshängigkeit nach europäischem Zivilprozessrecht hat der Europäische Gerichtshof einen anderen, von der herrschenden Betrachtungsweise in Deutschland stark abweichenden Weg eingeschlagen.<sup>9</sup> Dass sich der EuGH dabei um die Lehren vom Streitgegenstand nicht weiter gekümmert hat, ist vielfach kritisiert worden. In der Tat wäre eine Auseinandersetzung damit wünschenswert gewesen. Auch ich habe mich zunächst in den Chor der Kritiker eingereiht, bin aber dann bei näherer Betrachtung zu der Überzeugung gelangt, dass die vom EuGH installierte sog. Kernpunkttheorie inhaltlich in mancher Hinsicht zu sachgerechteren Ergebnissen führt als der allzu starre Blick auf den Antrag als Begrenzungskriterium, wie er der deutschen Dogmatik entspricht. Auch im Bereich der materiellen Rechtskraft gibt es Argumente dafür, das herkömmliche deutsche Verständnis, das die Rechtskraft auf eine enge und begrifflich fixierte Reichweite beschränkt, in der einen oder anderen Hinsicht in Zweifel zu ziehen. Ich nenne als Beispiel die rechtskräftige Abweisung einer - offenen - Teilklage, die nach herrschender, mir freilich nicht einleuchtender Meinung eine erneute Einklagung des anderen Teils der angeblichen Forderung nicht hindern soll.<sup>10</sup>

#### 4. Internationalisierung, insbesondere Europäisierung

Die augenfälligste Veränderung, die das Zivilprozessrecht in den letzten Jahren erfahren hat, ist seine Internationalisierung. Gewiss war der Begriff des Internationalen Zivilprozessrechts schon länger bekannt, aber abgesehen von einigen Materien des, wie man damals meistens formulierte, zivilprozessualen Fremdenrechts, wurde dem ganzen Gebiet doch wenig Aufmerksamkeit gewidmet. So ist beispielsweise die allgemeine Anerkennung des Begriffs der Internationalen Zuständigkeit und deren klare Unterscheidung von der örtlichen Zuständigkeit wie auch vom Bestehen der nationalen Gerichtsbarkeit erst jüngeren Datums. Für Deutschland und Griechenland bei weitem am wichtigsten ist natürlich die stetig gewachsene Bedeutung des Europäischen Zivilprozessrechts. Seine Anfänge fanden zunächst bei der großen Mehrheit der Zivilprozessualisten wenig Beachtung. Auch mir ist es so ergangen. Ein Gespür für die große Bedeutung des im Jahre 1968 geschlossenen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ, oft auch als Brüssel I - Abkommen bezeichnet) erhielt ich erst, als ich im Stein/Jonas die 1974 neu formulierten ZPO-Bestimmungen über die internationale Zuständigkeitsvereinbarung zu kommentieren und deren (etwas kompliziertes) Verhältnis zum europäischen Abkommen zu erläutern hatte.<sup>11</sup> Durch die Erweiterung der Europäischen Gemeinschaft in den folgenden Jahrzehnten nahm die Bedeutung des Brüsseler Abkommens, das zudem durch das nahe verwandte Lugano-Übereinkommen im Verhältnis zu Nicht-Mitgliedstaaten ergänzt wurde, stetig zu. Dass jeweils eigene Beitrittsabkommen ausgehandelt und abgeschlossen werden mussten, um das Europäische und das nationale Recht kompatibel zu machen, gab auch für die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts wichtige Impulse. Die wesentlich später geschaffene Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des internationalen Zivilverfahrensrecht wurde erstaunlich schnell genutzt. Neben die Umformung des EuGVÜ in eine Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungsverordnung traten vergleichbare Regelungen vor allem für den Bereich des Familienrechts. Eine rasante Entwicklung machte auch das Internationale Insolvenzrecht

<sup>9</sup> Grundlegend EuGH, Urteil vom 8.12.1987 - Rs. 144/86 (Gubisch/Palumbo), Slg. 1987, 4861 = NJW 1989, 665.

<sup>10</sup> Dazu Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Bd. 4 (2008), § 322 Rdnr. 139 ff.

<sup>11</sup> Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl., Bd. 1 (1984), § 38 Rdnr. 20 ff. (Stand VII/1977). Die Bearbeitung dieses Abschnitts wurde später von Reinhard Bork übernommen.



durch, kulminierend in der Europäischen Insolvenzverordnung des Jahres 2000. Das Insolvenzrecht im allgemeinen und das Internationale Insolvenzrecht im besonderen erschien mir immer besonders reizvoll, da auf diesem Gebiet Verfahrensrecht und materielles Recht besonders eng miteinander verzahnt sind.

Beim Start des Europäischen Zivilverfahrensrechts konnte sich auch niemand vorstellen, welche große Bedeutung die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den folgenden Jahrzehnten auf diesem Gebiet erlangen sollte. Gewiss ist an den Ergebnissen wie an den Rechtsfindungsmethoden des EuGH manches zu kritisieren, auch auf dem Gebiet des Zivilverfahrensrechts. Doch ist gar nicht zu bestreiten, dass der Gerichtshof einen unverzichtbaren Beitrag zur Einhaltung wie zur einheitlichen Auslegung des Europäischen Zivilprozessrechts geleistet hat.

Durch die hier nur angedeutete rasante Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts, die sich ja auch keineswegs auf das Europäische Recht beschränkt, erhielt auch das wissenschaftliche Bemühen um das Zivilprozessrecht neuen Schwung. Es wurde entstaubt und befreit, ihm wuchsen - bildlich gesprochen - neue Flügel. Die neu gewonnene internationale und damit auch die rechtsvergleichende Dimension machten das Gebiet des Zivilverfahrensrechts für die jüngere Generation wieder zunehmend attraktiv - hoffentlich bleibt es dabei auch in der Zukunft!

## **VIII. Die ZPO in den Händen des Gesetzgebers**

Rechtswissenschaft muss mehr sein als eine bloße Beschreibung des Inhalts der jeweiligen Gesetze. Aber den Stoff, um den unsere Bemühungen kreisen, liefert zu einem guten Teil eben doch der Gesetzgeber. Als Kommentator weiß man davon ein Lied zu singen. So möchte ich versuchen, auch einige auffällige Entwicklungslinien der - deutschen - Gesetzgebung in den letzten fünfzig Jahren zu skizzieren, wobei ich mich auf das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren beschränke.

### **1. Bemühen um grundlegende Reformen**

In der ersten Zeit nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland (1949) hatte der Gesetzgeber vor allem die Aufgabe, das durch Kriegs- und Notrecht zersplitterte Zivilprozessrecht zu bereinigen und zu vereinheitlichen. Schon 1950 wurde die ZPO neu bekanntgemacht. In der Folgezeit führten weitreichende Veränderungen des materiellen Rechts, vor allem des Familienrechts, auch zu erheblichen Reformen des zugehörigen Verfahrensrechts. Bald nahm man aber auch eine grundlegende Reform des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens in Angriff. Der damalige Gesetzgeber mutete eine solche Aufgabe nicht sich allein (oder konkret: einzelnen Ministerialbeamten) zu. Vielmehr wurde eine Kommission gegründet, die den Sachverstand von herausragenden Praktikern und Wissenschaftlern nutzbar machen sollte. Auch mein Lehrer Rudolf Pohle war Mitglied dieses Reformgremiums, so dass ich schon als Assistent einiges von dem damaligen Bemühen um grundlegende Verbesserungen des Zivilprozesses mitbekam. Später traten verdienstvolle Versuche hinzu, schon im Rahmen des geltenden Zivilprozessrechts in der Praxis neue Verfahrensgestaltungen zu erproben. Das gilt vor allem für das von Fritz Baur inspirierte sog. Stuttgarter Modell. Der Gesetzgeber wurde zum ersten Mal 1974 in einer Weise aktiv, die man als grundlegend charakterisieren darf. Dabei hat man die Gerichtsstandsnovelle dieses Jahres im Kontext des damals einsetzenden zivilrechtlichen Verbraucherschutzes zu sehen; denn die starke Einschränkung der Prorogationsfreiheit war vor allem eine Reaktion auf die

verbreitete missbräuchliche Gestaltung von Zuständigkeitsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Einzelrichternovelle desselben Jahres zielte durch die Einführung eines allein entscheidenden Einzelrichters beim Landgericht - neben der Zivilkammer - nicht nur auf Entlastung der Gerichte, sondern auch auf Vereinfachung und Beschleunigung ab. Das zuvor geltende System des lediglich vorbereitenden Einzelrichters hatte in der Praxis, wie auch in rechtstatsächlichen Untersuchungen belegt wurde, eher zur Verfahrensverzögerung als zur Effektivität des Prozesses geführt.

Weit größer waren die Veränderungen des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens durch die Vereinfachungsnovelle 1976. Im Rückblick möchte ich dieses Reformgesetz als die wichtigste Tat des ZPO-Gesetzgebers in den letzten Jahrzehnten ansehen und die damals eingeführten Veränderungen im großen und ganzen auch als geglückt bezeichnen. Das Hauptziel war, basierend auf den erwähnten Vorarbeiten der Reformkommission und den Erfahrungen mit praktischen Reformversuchen, die Konzentration des Zivilprozesses, der bis dahin in aller Regel durch eine Zersplitterung auf eine Mehrzahl von Verhandlungsterminen gekennzeichnet war, in denen oft, neben der aus förmlichen Gründen erforderlichen Bezugnahme auf die ohnehin bereits eingereichten Schriftsätze, nichts Substantielles passierte. Die Vereinfachungsnovelle verfolgte das Ziel, den Prozess in der ersten Instanz in der Regel auf der Grundlage eines einzigen Haupttermins zu erledigen, insbesondere (soweit sich keine gütliche Einigung ergab) durch Urteil über die Klage zu entscheiden. Um dies zu erreichen, musste eine gründliche Vorbereitung des Haupttermins eingeführt werden. Hier schieden sich nun allerdings die Geister. Vor allem über die Frage, ob die Vorbereitung des Haupttermins durch eine Phase des Austauschs von Schriftsätzen erfolgen sollte, oder ob eine früh abzuhaltende mündliche Verhandlung vorzuziehen sei, gingen die Meinungen auseinander. Der Gesetzgeber ließ schließlich beide Varianten zu, die in Gestalt des schriftlichen Vorverfahrens und des frühen ersten Termins zur Wahl des vorsitzenden Richters stehen. Die Praxis kam und kommt damit besser zurecht, als ursprünglich zu erwarten war - nach wie vor gilt, dass beide Wege ihre Vor- und Nachteile haben.

Mit der genannten Neugestaltung des Vorbereitungsverfahrens eng verbunden, sind die damals neu eingeführten Möglichkeiten, durch Fristsetzung und Präklusion auf einen konzentrierten Parteivortrag hinzuwirken. Die zum Teil bedenklich strengen Anforderungen an die Prozessförderungspflicht der Parteien wurden in der Folgezeit durch das BVerfG in mancher Hinsicht abgemildert, so dass im Ergebnis das rechtliche Gehör keine inakzeptablen Einbußen erlitt. Auch setzte sich, sowohl durch das BVerfG als auch durch den BGH befördert, der Gedanke durch, dass neben der Prozessförderungspflicht der Parteien auch die gerichtliche Förderungspflicht zu beachten ist.

Das Hauptziel der Reform wurde jedenfalls erreicht. Wie auch statistische Befunde belegen, werden die Zivilprozesse im allgemeinen aufgrund eines oder zweier Verhandlungstermine erledigt. Auch die Verfahrensdauer ließ sich deutlich verbessern. Freilich gilt damals wie heute, dass die Dauer eines Prozesses nicht zuletzt von der Belastung der Richter und der Geschäftsstellen beeinflusst wird. Wenn in der personellen und sachlichen Ausstattung der Gerichte Defizite bestehen, ist mit einer Reform des Prozessrechts wenig auszurichten, es sei denn, man nimmt eine substantielle Beschneidung des Rechtsschutzes, z.B. durch Abschneiden des Rechtsmittelweges, in Kauf.

## **2. Effektivierung des Zivilprozesses als permanentes Reformziel**

Nach dem Erlass der Vereinfachungsnovelle mit ihren weitreichenden Änderungen der ZPO gewährte der Gesetzgeber zunächst der Praxis und den Wissenschaftlern eine gewisse Verschnaufpause. Aber seit 1990 häuften sich dann die gesetzgeberischen Eingriffe in den Normenbestand der ZPO. Jedenfalls was das Erkenntnisverfahren der ersten Instanz angeht, verdient eigentlich keines dieser Gesetze die Beurteilung als grundlegende Reform. Es wurde nun auch auf eine Beratung durch die Wissenschaft weitgehend verzichtet; an die Stelle von sorgfältig durchdachten Vorschlägen einer Reformkommission traten eher spontane, oft zufällig Einfälle der jeweiligen Referenten in den Justizministerien des Bundes und der Länder. Auf die Einzelheiten will ich hier nicht eingehen. Übergreifender Gesichtspunkt dieser bis in die Gegenwart andauernden Reformbemühungen ist das Bestreben nach Effektivierung des Prozesses und Entlastung der Gerichte. Wirklich neue Ideen hierzu wurden kaum entwickelt. Das gilt für das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz 1990 ebenso wie für das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege 1993. Aber auch die jüngeren Reformgesetze - das erste Justizmodernisierungsgesetz 2004 und das zweite Justizmodernisierungsgesetz 2006 - können trotz ihrer viel mehr versprechenden Bezeichnungen nur recht begrenzte Detailveränderungen bieten.

Anders liegt es auf dem Gebiet des Rechtsmittelrechts. Das Zivilprozessreformgesetz 2001 versuchte, der Berufung einen neuen Zuschnitt zu geben, und stellte die Revision auf ein System der Zulassungsrevision um. In beiden Hinsichten ging es eher um eine Beschneidung der Rechtsmittel, als um deren qualitative Verbesserung, und insofern lässt sich auch dieses Gesetz in das Bestreben nach Entlastung der Gerichte einfügen. Ich gebe aber zu, dass man darüber, ebenso wie über den Erfolg dieser Reform, durchaus geteilter Meinung sein kann.

Mit der Rechtsmittelreform verbunden waren Bemühungen um eine "Stärkung der ersten Instanz", etwa durch erweiterte Möglichkeiten der Beweiserhebung von Amts wegen - ich komme darauf unter dem Stichwort Amerikanisierung? noch zurück.

### **3. Einzug neuer Medien: Videokonferenz und Elektronifizierung**

In den letzten Jahren hielt auch die moderne Kommunikationstechnik Einzug in den Zivilprozess - jedenfalls in den Text des Gesetzes. Neue, durch das Zivilprozessreformgesetz 2001 eingefügte Bestimmungen erlauben es, die mündliche Verhandlung sowie die Beweiserhebung, vor allem die Zeugenvernehmung, im Wege einer Video-Konferenz durchzuführen. In verschiedenen Entwicklungsschritten, zuletzt und vor allem durch das Justizkommunikationsgesetz 2005, wurde die Einreichung elektronischer Schriftsätze, die Aufzeichnung von Entscheidungen, ja die gesamte Aktenführung in elektronischer Form ebenso geregelt wie die Nutzung elektronischer Dokumente als Beweismittel. Der Zivilprozess der Zukunft mag auf diese Weise ein neues Gesicht erhalten. Ob sich dies auch auf die inhaltlichen Prinzipien des Zivilprozesses auswirken wird - Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit, rechtliches Gehör - ist derzeit noch nicht zu beurteilen. Die Entscheidungsfindung an Stelle des Richters einem Computer zu übertragen, ist glücklicher Weise immer noch Utopie.

### **4. Güteverhandlung, Schlichtung, Mediation - Ergänzung oder Ersatz für den Zivilprozess?**

Der Gütegedanke, wie man früher meistens formulierte, also das Ziel, die gütliche Einigung in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit zu fördern, blieb das gesamte 20. Jahrhundert hindurch auf der Tagesordnung. In den 80er Jahren verstärkten sich die Bemühungen, dem Schlichtungsgedanken zu größerem Erfolg zu verhelfen. Dabei spielte der Blick auf die

Alternative Dispute Resolution (ADR) in den USA eine Rolle. Auch der traditionelle Erfolg des Schlichtungsverfahrens in Japan gab Anlass zu der Frage, warum nicht auch in Deutschland der Anteil streitiger Urteile an den Erledigungsarten zugunsten einvernehmlicher Lösungen verringert werden konnte. Bei mir überwog, gerade im Vergleich mit Japan, die Skepsis. "Die Geschichte des Schlichtungsgedankens in Deutschland ist im großen und ganzen die Geschichte seines Scheiterns" - so habe ich mir in einem Beitrag aus dem Jahre 1991 zu formulieren erlaubt.<sup>12</sup> Das muss nicht notwendigerweise immer so bleiben. Gerade in den letzten Jahren hat der deutsche Gesetzgeber verstärkte Anstrengungen unternommen, um die einvernehmliche Streitbeilegung zu fördern. So wurde 1999 durch den neuen § 15a EGZPO den Ländern die Möglichkeit eröffnet, für bestimmte amtsgerichtliche Streitigkeiten, u.a. vermögensrechtliche Streitigkeiten über ein Wert von nicht mehr als 750 €, nachbarrechtliche Streitigkeiten und Auseinandersetzungen über Ehrverletzungen, ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor der Klage vorzuschreiben. Vergleichbares hatte man allerdings schon im Jahre 1924 versucht, ohne dass sich die Erwartungen erfüllten. Ähnlich verlief die tatsächliche Entwicklung auch nach 1999. Zwar erließen die Länder durchweg entsprechende Schlichtungsgesetze, aber die Parteien waren davon in der Regel wenig begeistert und die Erfolge hielten sich in engen Grenzen. Der Gesetzgeber ließ aber nicht locker. 2001 wurde die obligatorische Güteverhandlung eingeführt. Sie ist vor der ersten mündlichen Verhandlung durchzuführen, im Regelfall vor dem Prozessgericht, auf Anordnung des Gerichts auch vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. Auch hier wird überwiegend von negativen Erfahrungen berichtet, und zum Teil wurde auch bereits die Streichung dieser noch relativ jungen Regelung gefordert.

War zuvor vor allem von Güteverhandlung und Schlichtung die Rede, so hat seit einigen Jahren die Mediation besondere Konjunktur. Dabei geht es sowohl um außergerichtliche Einigungsbemühungen vor einem Mediator als auch um sog. gerichtsnahe Mediation. Damit ist gemeint, dass nach Klageerhebung eine Mediation vor einem Richter stattfindet, der nicht der erkennende Richter ist, aber über eine besondere Ausbildung zum Mediator verfügt. Jüngst ist auch der Europäische Gesetzgeber auf diesen Zug aufgesprungen. Die im Mai 2008 erlassene Mediationsrichtlinie<sup>13</sup> soll der Mediation bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten zum Erfolg verhelfen. Sie will insbesondere die Vertraulichkeit der Mediation gesichert sehen und die grenzüberschreitende Vollstreckbarkeit einer mittels Mediationsverfahren herbeigeführten Vereinbarung ermöglichen. Ob ein hinreichender Bedarf an einer europäischen Regelung gerade dieser Materie besteht, erscheint mir freilich zweifelhaft.

Gegen alle Formen einvernehmlicher Streitbeilegung ist gewiss nichts einzuwenden, wenn diese wirklich freiwillig erfolgt. Jede Art von Druck auf die Parteien sollte aber vermieden werden. Schon beim allzu forcierten Bestreben mancher Richter, die Parteien zum Abschluss eines Prozessvergleichs zu bewegen, kann dies zum Problem werden. Ebenso gilt dieses Bedenken, wenn der Richter die Parteien zwingen kann, erst einmal eine Schlichtung oder Mediation zu durchlaufen. Gerade die flächendeckende Förderung der Mediation als Alternative zum Zivilprozess erscheint mir hier problematisch. Wenn man den Begriff der Mediation richtig versteht (und ihn nicht, was allerdings auch häufig geschieht, einfach mit Schlichtung gleichsetzt), dann handelt es sich um ein Verfahren, in dem ein neutraler Dritter den Parteien lediglich die Anleitung zur Gesprächsführung gibt, sich aber selbst einer inhaltlichen Würdigung des Streits oder gar eines Vorschlags zu dessen Beendigung enthält.

---

<sup>12</sup> Der Schlichtungsgedanke zwischen Realität und Utopie, in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren, Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka (1993), S. 237.

<sup>13</sup> Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

Das ist auch das Verständnis der Mediations-Richtlinie, die für gerichtliche Schlichtungsverfahren gerade nicht gelten soll. Gleichwohl behauptet die Mediationsrichtlinie, es gehe darum, den Zugang zum Recht zu erleichtern. Von Rechtsschutz und Rechtsverwirklichung kann aber bei der Mediation im Grunde nicht die Rede sein - es handelt sich eher um eine rechtsferne Methode der Konfliktlösung. Woher soll auch die Fähigkeit der Parteien kommen, sich an den Maßstäben des Rechts zu orientieren? Konsequenz ist insoweit der Standpunkt des neuen deutschen Rechtsdienstleistungsgesetzes (es ist 2007 an die Stelle des früheren Rechtsberatungsgesetzes getreten und regelt die Befugnis zur Erbringung entgeltlicher Rechtsdienstleistungen, die im wesentlichen weiterhin den Rechtsanwälten vorbehalten bleibt). In § 2 Abs. 3 Nr. 4 des Rechtsdienstleistungsgesetzes heißt es: "Rechtsdienstleistung ist nicht: ....4. die Mediation und jede vergleichbare Form der alternativen Streitbeilegung, sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift."

Die Mediation mag auf bestimmten Gebieten sinnvoll sein, bei denen die zunehmende Verrechtlichung problematisch erscheint - etwa im familienrechtlichen Bereich, z.B. bei den leider sehr zahlreichen Streitigkeiten über das Umgangsrecht mit Kindern. Als eine generell gleichwertige Alternative zum Zivilprozess sollte man sie dagegen nicht ansehen.

Je mehr Schlichtung vor oder zu Beginn des Prozesses, je mehr insbesondere eine rechtsferne Mediation propagiert und gefördert wird, umso mehr tritt der primäre Zweck des Zivilprozesses in den Hintergrund, die subjektiven Rechts effektiv zu schützen und zugleich für die Bewahrung der objektiven Rechtsordnung zu sorgen. Bei der heutigen starken Betonung von Schlichtung und Mediation durch den Staat als Träger der Gerichtsbarkeit drängt sich der Verdacht auf, dass sich hinter der Behauptung, solche Verfahren führten zu wesentlich besseren Ergebnissen als der streitige Prozess und das richterliche Urteil, vor allem das Bemühen verbirgt, die Gerichte zu entlasten und dem Staat die für eine funktionsfähige Justiz erforderlichen Ausgaben zu ersparen.

## **IX. Zivilprozess der Zukunft - quo vadis?**

Darüber, wie sich der Zivilprozess in der Zukunft entwickeln wird, kann man in verschiedenster Hinsicht spekulieren. Einige Stichworte - Tele-Zivilprozess, elektronischer Prozess, Verhältnis zu Schlichtung und Mediation - sind bereits gefallen. Abschließend möchte ich nur auf zwei, nach meinem Eindruck besonders wichtige Aspekte eingehen: die Entwicklung auf europäischer Ebene und den Einfluss des US-amerikanischen Zivilprozessrechts.

### **1. Europäische Zivilprozessordnung?**

Die Rechtssetzung durch die Europäische Gemeinschaft geht seit langem über den traditionellen Bereich des Internationalen Zivilprozessrechts hinaus, den es zuvor in multilateralen und bilateralen Staatsverträgen umfasste. Schon das EuGVÜ und die ergänzenden Verträge regelten nicht nur die grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen, sondern auch die Internationale Zuständigkeit (in direkter Form, nicht nur als Anerkennungsvoraussetzung) samt der Rechtshängigkeit. Die neueren europäischen Verordnungen und Richtlinien erstrecken sich über einen weiten Bereich des Zivilprozessrechts: Zustellungen, Prozesskostenhilfe, Beweisaufnahme, Europäischer (unstreitig erlassener) Vollstreckungstitel, Mahnverfahren, Verfahren für geringfügige Forderungen, Mediation - dies alles ist zu den klassischen Materien des Internationalen Prozessrechts hinzugetreten. Das Europäische Zivilprozessrecht erfasst unmittelbar nur

grenzüberschreitende Rechtssachen. Dies ist weniger der Überzeugung der Gesetzesverfasser geschuldet, eine solchermaßen begrenzte Geltung sei sachgerecht, als vielmehr der Einsicht, dass an einer weiterreichenden Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft erhebliche Zweifel bestehen. Zwischen den Zeilen kann man in den jeweiligen Erwägungsgründen durchaus die Hoffnung lesen, dass die Mitgliedstaaten ihr innerstaatliches Verfahren auch dort den europäischen Vorgaben anpassen, wo keine Verpflichtung dazu besteht. Selbst für grenzüberschreitende Rechtssachen sollen manche der neuen europäischen Verfahren nur fakultativ gelten, also wahlweise neben den Verfahren nach innerstaatlichem Recht. Das gilt für das Verfahren für geringfügige Forderungen ebenso wie für das Europäische Mahnverfahren. Auf die Dauer kann man sich eine entsprechende Verfahrensvielfalt aber kaum vorstellen. Soll etwa das Verfahren über geringfügige Forderungen vor dem Gericht eines Mitgliedstaates wirklich unterschiedlich ablaufen, je nachdem ob der Beklagte seinen Sitz im selben oder in einem anderen Mitgliedstaat hat? So ist auf den vom Europäischen Zivilprozessrecht erfassten Teilbereichen wohl mit einer Tendenz zur Rechtsharmonisierung zu rechnen.

Wie lange eine solche erstens punktuelle und zweitens weitgehend nur mittelbar herbeigeführte Rechtsvereinheitlichung den Anforderungen der Wirtschaft und den Erwartungen der Bürger im geeinten Europa genügt, ist eine andere Frage. Die Verknüpfung europäisierter Teilregelungen mit einem im übrigen nicht harmonisierten Prozessrecht hat sich schon frühzeitig - bei der Anwendung des EuGVÜ - als problemträchtig erwiesen. Und wenn in den Erwägungsgründen zu den einzelnen europäischen Rechtsakten<sup>14</sup> immer wieder formuliert wird, für Gläubiger und Schuldner müssten in der gesamten Europäischen Union gleiche Bedingungen gewährleistet werden, so liegt die Verallgemeinerung, dass dies eigentlich für die Gestaltung des Zivilprozesses als Ganzes gelten müsste, äußerst nahe. Der Gedanke einer Europäischen Zivilprozessordnung sollte daher - vor allem von der jüngeren Generation - mit Nachdruck weiter verfolgt werden. Ansehnliche vorbereitende Arbeiten, an denen griechische Zivilprozessualisten, insbesondere Herr Kollege Kerameus, tatkräftig mitgewirkt haben, liegen in Gestalt der Vorschläge der Storme-Kommission seit längerem vor,<sup>15</sup> doch ist es leider still darüber geworden. Man sollte sich nicht dadurch entmutigen lassen, dass solche Bemühungen zunächst in der Regel scharfer Kritik begegnen.

## 2. Amerikanisierung?

Ob man sich bei der Gestaltung des Zivilprozessrechts - des nationalen wie des europäischen - vom US-amerikanischen Zivilprozessrecht inspirieren lassen will, ist eine brisante Frage, die mich nun auch schon gut zwanzig Jahre begleitet. Ich gehöre, offen gesagt, zu den Skeptikern, zu denen also, die dem Weg des deutschen Zivilprozesses in die Moderne, nur Hindernisse in den Weg legen. Die Reizworte sind seit langem vor allem *discovery*, *class action* und *punitive damages*. Ob der deutsche Gesetzgeber mit einigen 2001 veränderten Regeln über die Beweiserhebung von Amts wegen (§§ 142 ff. ZPO) bereits eine "deutsche *discovery*" geschaffen hat, erscheint zweifelhaft. Die praktische Anwendung weist bisher nur in

<sup>14</sup> So z.B. in Erwägungsgrund Nr. 8 zur Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens und in Erwägungsgrund Nr. 7 zur Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen.

<sup>15</sup> Der Text der Vorschläge ist abgedruckt in ZJP Bd. 109 (1996), S. 345. Dazu *Herbert Roth*, Die Vorschläge der Kommission für ein Europäisches Zivilprozessgesetzbuch - das Erkenntnisverfahren, ZJP Bd. 109 (1996), S. 271; *Eberhard Schilken*, Die Vorschläge der Kommission für ein Europäisches Zivilprozessgesetzbuch - einstweiliger summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung, ZJP Bd. 109 (1996), S. 315; *Elmar Lemken*, Diskussionsbericht zum Europäischen Zivilprozessrecht, ZJP Bd. 109 (1996), S. 337.

Einzelfällen in diese Richtung. Meine eigenen Bemühungen,<sup>16</sup> in die geänderten Bestimmungen gewisse Begrenzungen hineinzudeuteln (es geht vor allem darum, ob schon durch bloße Bezugnahme des Gegners auf Urkunden und sonstige Unterlagen eine Vorlagepflicht der nicht beweisbelasteten Partei begründet wird), hat der BGH<sup>17</sup> allerdings ohne Umschweife verworfen und die Reichweite der amtswegigen Beweiserhebung ganz in das gerichtliche Ermessen gestellt. Zur class action hat sich der deutsche Gesetzgeber mit, wie ich meine, guten Gründen bislang nicht entschließen können. Auch der Versuch, in Kapitalmarktstreitigkeiten die mit Massenverfahren verbundenen Probleme durch ein Musterverfahren zu bewältigen,<sup>18</sup> geht andere Wege. Aber die Befürworter lassen nicht locker, insbesondere nicht auf europäischer Ebene. Dabei muss man realistischer Weise auch ein gewisses Eigeninteresse der Anwaltschaft einkalkulieren, denn es ist nicht zu übersehen, dass das US-amerikanische Zivilprozessrecht nicht nur kläger- sondern insbesondere anwaltsfreundliche Züge besitzt. Auf einem anderen Gebiet hat sich die amerikanische Sicht der Dinge in Deutschland soeben - freilich mit starken Einschränkungen - durchgesetzt. Gemeint ist das anwaltliche Erfolgshonorar. Es kommt nicht alle Tage vor, dass eine Regelung, die seit Jahrzehnten geradezu als sittenwidrig gebrandmarkt wurde (in jüngerer Zeit trat dann ein ausdrückliches gesetzliches Verbot hinzu), nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts<sup>19</sup> nicht nur zulässig, sondern sogar in gewissem Umfang verfassungsrechtlich geboten ist! Der Gesetzgeber hat dem durch neue Bestimmungen Rechnung getragen, die unter bestimmten Voraussetzungen die Vereinbarung eines Erfolgshonorars erlauben.<sup>20</sup>

Gewiss ist dies nicht mehr dogmatische Zivilprozessrechtswissenschaft, sondern Rechtspolitik. Aber Rechtswissenschaft und Rechtspolitik sollten nicht als Gegensätze verstanden werden, und gerade die gesetzliche Regelung eines Gebietes wie des Zivilprozessrechts darf man eigentlich nicht den (Partei-)politikern überlassen. Ich sage "eigentlich", denn so sehr ich die eben formulierte These nach wie vor für richtig halte, muss ich doch zugeben, mich nach der Mitte meines Lebens in eine gewisse Resignation geflüchtet zu haben. Dieses Geständnis mag zugleich als Schlussbemerkung dienen - ich danke Ihnen sehr für Ihre geduldige Aufmerksamkeit!

---

<sup>16</sup> Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess, Festschrift für Gerhardt (2004), S. 563; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., Bd. 3 (2005), § 142 Rdnr. 17 ff.

<sup>17</sup> BGH NJW 2007, 2989 = ZZZP Bd. 120 (2007), 512 (mit Anm. Völzmann-Stickelbrock).

<sup>18</sup> Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 16.8.2005, BGBl. I S. 2437. Zu den Wirkungen des Musterentscheids Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., Bd. 4 (2008), Kommentierung zu § 325a ZPO.

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2007, 979.

<sup>20</sup> § 4a Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, eingefügt durch das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 12.6.2008, BGBl. I S. 1000.