

Globalisierung und Sozialstaatsprinzip

Ein japanisch-deutsches Symposium

Herausgegeben von
Rolf Stürner und Alexander Bruns

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-153475-1

ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Kapitel 1

Die Veränderung der Rolle des Staates und die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts

Thomas Würtenberger

Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts des Wandels der Rolle des Staates	3
--	---

Hiroshi Matsudo

Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts angesichts des Wandels der Rolle des Staates	21
--	----

Kapitel 2

Der Einfluss völkerrechtlicher Rahmenbedingungen auf die Entwicklung sozialer staatlicher Strukturen

Shogo Noda

Wo ist nun eigentlich der Sozialstaat?	37
--	----

Silja Vöneky

Der Einfluss völkerrechtlicher Rahmenbedingungen auf die Entwicklung sozialer staatlicher Strukturen	63
---	----

Kapitel 3

Zivilrecht im Zeitalter des Interventionsstaates

Kenichi Moriya

Zivilrecht im Zeitalter der Ideologie. Eine Studie über Kurusu Saburos zivilistische Werke (I)	85
---	----

<i>Uwe Blaurock</i> Regulierung und Wettbewerb	113
---	-----

Kapitel 4

Das Gesellschaftsrecht und der Schutz der Arbeitnehmer

<i>Eiji Takahashi</i> Der Schutz der Arbeitnehmer im Gesellschaftsrecht. Zur Harmonisierung von Eigentumsgarantie und Sozialstaatsprinzip im japanischen Gesellschaftsrecht	133
--	-----

<i>Hanno Merkt</i> Unternehmensmitbestimmung für ausländische Gesellschaften? . . .	151
--	-----

Kapitel 5

Refinanzierung durch Zession und Schutz des Schuldners

<i>Narunobu Fujii</i> Finanzierung durch Globalsicherung an beweglichen Sachen bzw. Forderungen. Aktueller Zustand und Rechtsprobleme	175
--	-----

<i>Rolf Stürner</i> Refinanzierung durch Zession und Schutz des Schuldners	197
---	-----

Kapitel 6

Wollen wir einen klassisch-liberalen Zivilprozess oder eher einen sozialen?

<i>Masahiro Takada</i> Die Theorie des sozialen Zivilprozesses und deren Bedeutung für den japanischen Zivilprozess	213
---	-----

<i>Dieter Leipold</i> Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert	235
---	-----

Alexander Bruns

Gruppenklagen als Erscheinungsformen eines sozialen Zivilprozesses in der Marktgesellschaft?	255
---	-----

Kapitel 7

Der global beeinflusste Arbeitsmarkt
und arbeitsrechtliche Regulierung

Itaru Nemoto

Das Spannungsverhältnis zwischen den arbeitsrechtlichen Regelungen und der Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt in Japan . . .	277
--	-----

Sebastian Krebber

Arbeitnehmerschutz im liberalisierten Welthandel als Problem der Mehrebenenregulierung	293
---	-----

Kapitel 8

Die „soziale“ bzw. „transnationale“ Veränderung
des Strafbildes?

Mari Kanazawa

Die japanische Strafvollzugsreform und die (Re-)Sozialisierung . . .	315
--	-----

Wolfgang Frisch

Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand transnationalen Rechts	335
--	-----

Autorenverzeichnis	357
------------------------------	-----

Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert

Dieter Leipold

I. Zum Thema

Von der viel beschworenen Globalisierung, die in ihrem Verhältnis zum Sozialstaatsprinzip das übergreifende Thema dieses Symposiums bildet, ist in der Überschrift meines Vortrags nicht ausdrücklich die Rede. Sie steht aber gleichsam im Hintergrund, denn natürlich muss sich der Zivilprozess den mit der weltweiten Öffnung der Grenzen, der Märkte und Kulturen verbundenen Herausforderungen stellen. Dabei geht es einerseits um die Bewältigung der grenzüberschreitenden zivilrechtlichen Konflikte, andererseits um die Konkurrenz des eigenen überkommenen Zivilprozessrechts mit den Zivilprozesssystemen der anderen Staaten, auch im Hinblick auf mögliche Rechtsvereinheitlichungen in Europa oder gar in der Welt. Als Voraussetzung für solche weit reichenden Überlegungen erscheint es hilfreich, vielleicht sogar notwendig, sich der Entwicklung und des gegenwärtigen Zustandes des eigenen Zivilprozesses zu vergewissern.

II. Der maximenorientierte Parteiprozess des ausgehenden 19. Jahrhunderts¹

Die 1877 in Kraft getretene deutsche Reichscivilprozessordnung bildete in wesentlichem Maße das Vorbild für das in derselben Epoche völlig neu gestaltete japanische Zivilprozessrecht.² Die vom deutschen Gesetzgeber, auf-

¹ Umfassend zur Entwicklung der Prozessmaximen (bis 1950) *Damrau*, Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichscivilprozeßordnung von 1877 (1975). Zur Verhandlungsmaxime *Zettel*, Der Beibringungsgrundsatz (1977). Kritisch zur Geltung der Verhandlungsmaxime und zur Prägung des Zivilprozesses durch Prozessmaximen bereits *Bomsdorf*, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit (1971). Weitere Literaturhinweise s. *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., Bd. 3 (2005), vor § 128, Literaturverzeichnis vor Rdnr. 138.

² Dazu näher *Matsumoto*, Die Rezeption des deutschen Zivilprozessrechts in der

bauend auf verschiedenen Vorgängergesetzen (etwa der Civilprozessordnung des Norddeutschen Bundes) gewählte Prozessform lässt sich als maximenorientierter Parteiprozess kennzeichnen. Um die spätere Entwicklung in ihrem vollen Ausmaß zu erfassen, muss man die Gestalt des damaligen Prozesses wenigstens in einigen wichtigen Komponenten rekonstruieren. Ich greife den Parteibetrieb, den Grundsatz der Mündlichkeit, die Verhandlungs- und die Dispositionsmaxime sowie den Parteieid heraus.

1. *Der Parteibetrieb*

Der damalige Prozess ist gekennzeichnet durch den Parteibetrieb. Dabei geht es keineswegs nur um eine Formalie des Zustellungswesens. Viel entscheidender ist, dass das Gericht in der Eingangsphase des Prozesses auf eine rein formale Tätigkeit beschränkt war. Die Ladung zu einem Termin hatte nach § 191 Abs. 1 CPO durch die Partei zu erfolgen, die mündlich verhandeln will, sei es über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit. War mit der Ladung zugleich eine Klageschrift zuzustellen, so war die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen (§ 191 Abs. 2 CPO). Natürlich war die Partei nicht Herr über den Terminkalender des Gerichts. Die Ladung war zum Zweck der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen (§ 193 Abs. 1 CPO) und der Vorsitzende hatte binnen vierundzwanzig Stunden den Termin zu bestimmen. Der Richter erhielt also die Klageschrift samt Ladung nur zur Terminsbestimmung – eine sachliche Prüfung des Schriftsatzes war ebenso ausgeschlossen wie irgendwelche vorbereitenden richterlichen Anordnungen. Die Partei hatte dann die Ladung samt Terminsvermerk abzuholen und die Zustellung herbeizuführen.

2. *Der Grundsatz der Mündlichkeit*

Von den Prozessmaximen beanspruchte in der Diskussion um das neu zu schaffende Recht der Grundsatz der Mündlichkeit die größte Aufmerksamkeit für sich, verständlicher Weise, stand man doch vor der Alternative, der Schriftlichkeit des gemeinrechtlichen Prozesses oder, vor allem dem französischen Vorbild folgend, der Mündlichkeit den grundsätzlichen Vorzug zu geben. Die mündliche Verhandlung stand im Mittelpunkt des Zivilprozesses. Den Inhalt der mündlichen Verhandlung bestimmten die Parteien. Ver-

Meiji-Zeit und die weitere Entwicklung des japanischen Zivilprozessrechts bis zum Zweiten Weltkrieg, ZZP 120 (2007), 3.

handlung meint dabei die Aussprache mit der Gegenpartei. Das kommt im Wortlaut des § 128 Abs. 1 ZPO³ klar zum Ausdruck, wenn es heißt: „Die Parteien verhandeln über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich.“ Sie verhandeln *vor* dem Gericht, nicht mit dem Gericht, und erst recht nicht verhandelt das Gericht mit den Parteien. So steht es bis heute im Gesetz, aber die Rollen der Beteiligten haben sich, wie zu zeigen sein wird, vollständig verändert. Die Schriftsätze hatten vorbereitenden Charakter im strengen Sinne des Wortes. Sie erlaubten es dem Gericht nicht, schon vor der mündlichen Verhandlung aufgrund des Inhalts der Schriftsätze tätig zu werden.

Die mündliche Verhandlung war zwingende Voraussetzung jeglicher richterlichen Entscheidung, nicht etwa nur des Endurteils. So konnte insbesondere ein Beweisbeschluss nur aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehen. Auch die Anordnung des persönlichen Erscheinens einer Partei konnte nur aufgrund einer mündlichen Verhandlung getroffen werden, also nicht etwa bereits zur Vorbereitung des ersten mündlichen Termins.

3. Die Verhandlungsmaxime und die Dispositionsmaxime

Der bestimmende Einfluss der Parteien auf den Inhalt und den Ablauf des Prozesses fand seinen dogmatischen Ausdruck in der Verhandlungsmaxime. Dieser Begriff umfasste zunächst sowohl die Freiheit der Parteien, über den Prozess als Ganzes zu verfügen, als auch ihre Berechtigung, den Prozessstoff zu bestimmen, also die im Prozess zu erörternden, im Streitfall zu klärenden Tatsachen vorzutragen und die Beweismittel dazu beizubringen. Der Begriff Dispositionsmaxime wurde ursprünglich als gleichbedeutend mit der Verhandlungsmaxime verwendet. Erst später entwickelte sich das bis heute übliche Begriffsverständnis, wonach sich die Verhandlungsmaxime allein auf den Tatsachenstoff bezieht, während der Dispositionsmaxime die Verfügungen der Parteien über den Prozess als Ganzes zuzuordnen sind. Dass beide Maximen zusammen Ausdruck der Parteifreiheit und der Parteiverantwortung waren, sollte über der späteren begrifflichen Unterscheidung nicht vergessen werden.

Eine Wahrheitspflicht der Parteien statuierte die CPO in ihrer ursprünglichen Fassung nicht. Die richterliche Fragepflicht kannte das Gesetz von Anfang an (§ 130 CPO), doch war sie in ihrer damaligen Form kein Instrument, um in die Parteifreiheit einzugreifen. Vielmehr war das Ziel richterli-

³ Der ursprüngliche § 119 CPO lautete: „Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche.“

cher Fragen allein die Klärung des Vorbringens. Fragen oder gar Hinweise zu den von den Parteien zu stellenden Anträgen waren dem Gericht im landgerichtlichen Verfahren, das den Regeltyp des Prozesses darstellte und seine parteibezogene Prägung vor allem durch den Anwaltszwang erhielt, überhaupt nicht erlaubt. In der führenden Kommentierung durch *Friedrich Stein* hieß es dazu:

„Im übrigen hat sich die Befragung in den Grenzen der Verhandlungsmaxime zu halten, darf also nicht dazu benutzt werden, die Verbesserung an sich klarer, wenn auch nicht zweckdienlicher Anträge (anders § 503 für den Parteiprozess) und die sachliche Änderung des tatsächlichen Vorbringens herbeizuführen, oder die Partei zur Abgabe privatrechtlicher Willenserklärungen zu veranlassen.“⁴

Etwas anders war dies in der Tat im amtsgerichtlichen Verfahren (also im Prozess ohne Anwaltszwang). Hier konnte der Richter die Parteien auffordern, alle relevanten Tatsachen vorzutragen und die sachdienlichen Anträge zu stellen. Auch hierzu betonte *Friedrich Stein* die Grenzen:

„Damit ist nicht gemeint, dass der Amtsrichter – abweichend von der Verhandlungsmaxime – tatsächliche Behauptungen oder Anträge den Parteien an die Hand geben soll.“⁵

Die unterschiedliche Umschreibung der richterlichen Fragepflicht für den Anwalts- und den Parteiprozess macht zugleich deutlich, wie sehr der Prozess der CPO im Regelverfahren von der Mitwirkung der Rechtsanwälte und dem Vertrauen auf ihre Sachkunde geprägt war.

4. Der Parteieid

Eine Vernehmung der Parteien als Zeugen ließ die CPO nicht zu. Sie enthielt vielmehr das Institut des Parteieids. Diejenige Partei, der die Beweislast für eine bestrittene Tatsache oblag, konnte der anderen Partei unter bestimmten Voraussetzungen⁶ den Eid zuschieben, also beantragen, dass sich der Gegner unter Eid über die Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsache äußerte. Die Leistung des Eides wurde durch bedingtes Endurteil auferlegt (§ 425 Abs. 1 CPO), in dem bereits die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides festgestellt wurden (§ 427 Abs. 1 CPO). Wurde der Eid geleistet, so war das Ergebnis für das Gericht bindend, denn der Eid erbrachte den vollen Beweis

⁴ *Gaupp/Stein*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. u. 9. Aufl. (1906), § 139 Anm. II.

⁵ *Gaupp/Stein* (Fn. 4), Anm. zu § 503.

⁶ Die Eideszuschreibung war nach § 410 CPO nur über Tatsachen zulässig, die in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestanden oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen waren.

der beschworenen Tatsache (§ 428 Abs. 1 CPO). Es waren nun die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides durch Endurteil auszusprechen (§ 427 Abs. 2 CPO). Einen richterlichen Spielraum in Gestalt der freien Beweiswürdigung gab es hier nicht. Vielmehr stand der Parteieinfluss ganz im Vordergrund.

III. Der soziale Zivilprozess als Idealvorstellung

1. *Der Frontalangriff: Anton Menger*

Die Diskussion über den sozialen Zivilprozess erlebte in Deutschland ihren Höhepunkt in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts. Aber die Forderung, die soziale Dimension des Zivilprozesses zu beachten und zum Schutz der schwächeren Partei den Prozess aus der Verfügungsfreiheit der Parteien herauszunehmen, war schon wesentlich früher zu vernehmen. In radikaler Form äußerte sich bereits 1890 *Anton Menger* in seiner berühmten Schrift „Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen“. Nach seinem Eindruck verschaffen die Mitwirkung der Anwälte, Notare, Gerichtsvollzieher den besitzenden und gebildeten Schichten „ein ungeheures Übergewicht über die besitzlosen Volksklassen“.⁷ In Verbindung mit der „unnatürlichen Passivität des Richters“⁸ im Prozess wird so die Rechtsverfolgung für unbemittelte Parteien aufs Verderblichste beeinflusst. Abhilfe erwartete *Menger* von einem aktiven Richter, der die Gleichheit der Parteien herstellen, ja geradezu „die Vertretung der armen Prozesspartei“⁹ übernehmen müsse. Zu den praktischen Einzelheiten äußerte sich *Menger* kaum, aber man wird seine Ausführungen so verstehen müssen, dass mit der Stärkung der richterlichen Befugnisse vor allem der Übergang zum Amtsbetrieb und zur Untersuchungsmaxime gemeint war.¹⁰

2. *Franz Klein: Der Prozess als Wohlfahrtseinrichtung*

Während den Gedanken *Mengers* – schon aufgrund ihrer Verankerung in sozialistischem Ideengut – keine praktische Auswirkung beschieden war,

⁷ *Anton Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1. Aufl. 1890, 4. Aufl. 1906, zitiert Nachdruck 1968), S. 31.

⁸ *Menger* aaO S. 32.

⁹ *Menger* aaO S. 35.

¹⁰ Dazu näher *Leipold*, Zivilprozessrecht und Ideologie, JZ 1982, 441, 443.

begegnen wir in der Person *Franz Kleins* demjenigen Zivilprozessualisten, der in Theorie und Praxis den größten Einfluss auf die Gestaltung des Zivilprozessrechts ausgeübt hat, zunächst und vor allem bei der Reform des österreichischen Rechts, aber auch weit über die Grenzen seines Heimatlandes hinaus. Das Leitbild des Zivilprozesses war für *Klein* nicht der Zivilprozess als Kampf – etwa im Sinne von *Rudolf von Jherings* Kampf ums Recht – oder gar als Krieg der Parteien. *Klein* sah vielmehr im Prozess eine staatliche Wohlfahrtseinrichtung.¹¹ Mit Vehemenz bekämpfte *Klein* die Verhandlungsmaxime, die den Prozessstoff zum Eigentum der Parteien erkläre.¹² Der soziale Gedanke findet sich in der Feststellung, die dem Richter aufgezungene Passivität gereiche vor allem dem des Rechts unkundigen Unbemittelten zum Nachteil.¹³ *Klein* fordert daher die Kooperation des Gerichts mit den Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung.¹⁴ Er verwahrt sich gegen den Vorwurf, er rede einer richterlichen Inquisition das Wort, verlangt aber eine erhebliche Erweiterung der richterlichen Befugnisse, etwa das Recht, von sich aus Tatsachen in den Prozess einzuführen, und die Befugnis, einen Zeugen auch ohne Parteiantrag zu vernehmen.¹⁵ Besonders wichtig ist für ihn die Schaffung eines Rechts der Partei, vom Gegner die Vorlage aller für die Beweisführung wichtigen Urkunden zu verlangen.¹⁶

3. Der soziale Zivilprozess der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts

In der Forderung nach dem sozialen Zivilprozess, wie sie in der Bundesrepublik Deutschland in den siebziger Jahren des 20. Jahrhundert laut wurde, mischten sich verschiedene Begründungsstränge.¹⁷ Es gab – auch im Gefolge der Studentenrevolte des Jahres 1968 – eine stark ideologisch geprägte Kritik an einer angeblichen „Klassenjustiz“, die dem Unbemittelten von vornherein die Rechtsverfolgung erschwere oder gar verwehre. Dabei wurde in manchen Kreisen auch eine deutliche Sympathie für eine sozialistischen Gesellschaftsordnung erkennbar, auch wenn schwerlich zu übersehen war,

¹¹ *Franz Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse (Vortrag 1901), in: Reden, Vorträge/Aufsätze, Briefe, Bd. 1 (1927), S. 117, 134.

¹² *Franz Klein*, Pro Futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich (1891), S. 10.

¹³ *Franz Klein* (Fn. 12), S. 19.

¹⁴ *Franz Klein* (Fn. 12), S. 23.

¹⁵ *Franz Klein* (Fn. 12), S. 34 f.

¹⁶ *Franz Klein* (Fn. 12), S. 49.

¹⁷ Näher s. *Leipold* JZ 1982, 441, 446 f.

dass die Rechts- und Gesellschaftsordnung der DDR genauso wie die der anderen Ostblock-Staaten den Gedanken eines demokratischen Sozialismus nicht zu verwirklichen vermochte. In der Zivilprozessordnung der DDR war die Verhandlungsmaxime durch den Untersuchungsgrundsatz ersetzt und die Parteidisposition durch erhebliche Befugnisse der Staatsanwaltschaft eingeschränkt worden. Auch im geforderten westdeutschen „sozialen Zivilprozess“ sollte die Verhandlungsmaxime durch eine Kooperationsmaxime ersetzt werden und dem Richter die Aufgabe der „Kompensation“ zugewiesen werden, d. h. des Ausgleichs von Defiziten, die aus der Ungleichheit der Parteien resultieren.¹⁸ Weitergehend forderten manche einen Funktionswandel der Gerichte, deren zentrale Aufgabe nicht mehr die Bewahrung des Rechtsfriedens, sondern der Schutz des Schwächeren sein sollte.¹⁹ Der gerichtlichen Aufklärung sollte insoweit entscheidende Bedeutung zukommen, so dass an die Stelle der Parteiherrschaft grundsätzlich eine richterliche Aufklärungsmaxime treten müsse.²⁰

In dem Gedanken, der Zivilprozess müsse dem Schutz des Schwächeren dienen, ist die Parallelität zur Entwicklung des materiellen Rechts unübersehbar, in dem seit den siebziger Jahren der Verbraucherschutz immer stärkere Bedeutung erlangte. Aber für den Zivilprozess bedeutet dies nichts anderes als eine Einschränkung der Parteifreiheit bei gleichzeitiger Stärkung der Richtermacht. Das wurde etwa bei der Reform der Gerichtsstandsvereinbarungen (§§ 38 ff. ZPO) deutlich, die 1974 (parallel zur verbraucherschützenden Reform des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) erfolgte und an die Stelle der früheren Prorogationsfreiheit ein grundsätzliches Verbot von Zuständigkeitsvereinbarungen setzte.

International kam der Gedanke einer sozialen Prägung des Zivilprozessrechts vor allem in der Access-to-Justice-Bewegung zum Ausdruck. Den Zugang zum Gericht auch den finanziell unbemittelten Personen zu ermöglichen, ist in der Tat die nächstliegende (und in ihrer Berechtigung auch nicht zu bestreitende) Forderung, die sich aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten lässt. In Deutschland wurde im Jahre 1980 das frühere Armenrecht durch das Recht der Prozesskostenhilfe ersetzt, mit der Tendenz, den Weg zum Gericht durch großzügigere staatliche Hilfe zu erleichtern.

¹⁸ *Rudolf Wassermann*, *Der soziale Zivilprozess* (1978), S. 89, 109.

¹⁹ *Rolf Bender*, *Funktionswandel der Gerichte?* ZRP 1974, 235, 236.

²⁰ *Bender/Schumacher*, *Erfolgsbarrieren vor Gericht. eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß* (1980), S. 118.

IV. Der Weg zum maximenfreien richterzentrierten Zivilprozess der Gegenwart

Während dem Gedanken, das zivilgerichtliche Verfahren insgesamt in radikaler Weise in einen sozialen Prozess umzukrempeln, kein Erfolg beschieden war, ist doch durchgehend im gesamten 20. Jahrhundert eine Entwicklung zu beobachten, die dem deutschen Zivilprozess inzwischen ein völlig anderes Gepräge verschafft hat als zu Zeiten der CPO. Gemeint ist die immer weiter voranschreitende Stärkung der richterlichen Befugnisse. Was in den Forderungen nach sozialer Gestaltung eher als Korrektiv auftaucht – richterliche Kompetenzen zum Schutz des Schwächeren – ist, ganz unabhängig von solchen Kompensationsgedanken, zum zentralen Kennzeichen des heutigen Zivilprozesses geworden. Zwangsläufig ging damit eine Beschneidung der Parteifreiheit und der Parteirechte einher. Gleichzeitig haben die herkömmlichen Prozessmaximen ihr prägende Kraft verloren.

1. Die Abschaffung des Parteibetriebs und die richterliche Vorbereitung der mündlichen Verhandlung

Der Parteibetrieb wurde schrittweise durch den Amtsbetrieb ersetzt.²¹ Dies geschah zunächst 1909 für das amtsgerichtliche Verfahren, dann 1943, zu Zeiten des Zweiten Weltkriegs, auch für den landgerichtlichen Prozess. Die Entscheidung zugunsten des Amtsbetriebs wurde auch bei der Rechtsbereinigung im Jahre 1950 beibehalten. Als letztes Relikt des Parteibetriebs wurde die Zustellung der Urteile durch die Parteien im Jahre 1976 ebenfalls durch den Amtsbetrieb ersetzt (jetzt § 317 ZPO).

Die Verantwortung für den Prozessfortgang trägt aufgrund des Amtsbetriebs von Anfang an das Gericht. Zugleich wurde damit die Möglichkeit für frühzeitige gerichtliche Maßnahmen zur Förderung des Prozesses eröffnet. Vorbereitende Anordnungen des Gerichts vor der mündlichen Verhandlung wurden zunächst (wiederum 1909) für das amtsgerichtliche Verfahren eingeführt, dann auf das landgerichtliche Verfahren erweitert und (1924) als allgemeine gerichtliche Pflicht im Gesetz verankert. Später (1976) trat die gerichtliche Befugnis hinzu, einen Beweisbeschluss schon vor der mündlichen Verhandlung zu erlassen und unter bestimmten Voraussetzungen auch schon die Beweiserhebung in diesem Stadium durchzuführen.

Der Charakter der mündlichen Verhandlung wurde auf diese Weise stark verändert. Statt eines freien Austausches des tatsächlichen und rechtlichen

²¹ Näher s. *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 20. Aufl., Bd. I (1984), vor § 166 Rdnr. 4.

Vorbringens durch die Parteien vor dem Gericht, hat sie eine Darstellung des Streitstands durch das Gericht und eine richterliche Befragung der Parteien zum Inhalt.

2. Die Ersetzung des Parteieids durch Parteivernehmung und Parteianhörung

Im Anschluss an das österreichische Vorbild wurde 1933 der Parteieid durch die Parteivernehmung ersetzt.²² Die mit dem Parteieid verbundene Parteidisposition unter Bindung des Richters an formale Beweisregeln entfiel. Die Parteivernehmung ist reines Beweismittel. Sie unterliegt ebenso wie die anderen Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidungsmacht des Richters wurde auf diese Weise erheblich erweitert. Es kommt hinzu, dass die Parteivernehmung von einer Partei nur unter engen Voraussetzungen beantragt werden kann (§ 445 ZPO), während im Übrigen das richterliche Ermessen über die Vernehmung der einen oder anderen Partei entscheidet (§ 448).

Doch damit nicht genug: die Gerichtspraxis hat sich durch persönliche Anhörung der Parteien (§ 141 ZPO) einen form- und voraussetzungslosen Weg verschafft, die Einengungen durch die Regeln der Parteivernehmung zu vermeiden und die Äußerungen der Parteien nach Belieben bei der Beweiswürdigung zu verwerten.²³ Die persönliche Ladung der Parteien kann als vorbereitende Maßnahme schon vor der mündlichen Verhandlung angeordnet werden. Praktisch kann die frühzeitige persönliche Anhörung der Parteien dem Gericht auch dazu dienen, den Einfluss der prozessbevollmächtigten Rechtsanwälte auf den Prozessinhalt zu beschneiden. Die Übergänge zwischen einer Parteianhörung und einer amtswegigen Sachverhaltsermittlung durch das Gericht sind fließend.

3. Die Stärkung der materiellen Prozessleitung durch das Gericht

Zu dem soeben geäußerten Befund trägt die Erweiterung der Befugnisse des Gerichts zur materiellen Prozessleitung entscheidend bei. Nachdem 1909 zunächst für das amtsgerichtliche Verfahren die Pflicht des Gerichts einge-

²² Dazu *Stein/Jonas/Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl., Bd. I (1972), vor § 445 Anm. I und II.

²³ Durch die hieran geübte Kritik hat sich die Praxis nicht beeinflussen lassen, näher s. *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., Bd. 3 (2005) § 141 Rdnr. 3 ff., Bd. 5 (2006), vor § 445 Rdnr. 3 ff.

fügt worden war, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern, dehnte man 1924 sowohl diese Regelung als auch die Pflicht des Gerichts, auf sachdienliche Anträge hinzuwirken, auf das landgerichtliche Verfahren aus. 2001 wurde der für das amts- wie für das landgerichtliche Verfahren geltende § 139 ZPO in verschiedener Hinsicht neu gefasst, mit der Absicht, die Rolle des Gerichts bei der Erarbeitung des Prozessstoffs noch stärker zu betonen.²⁴ Die Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte, wie sie vor den Landgerichten durch den Anwaltszwang sogar erzwungen wird, stellt keine Grenze für die richterlichen Bemühungen dar, die Parteien zu dem – nach Ansicht des Gerichts – sachdienlichen prozessualen Verhalten zu lenken. Man kann trefflich darüber streiten, ob und unter welchen Voraussetzungen die richterlichen Aufklärungsbefugnisse durch die Pflicht des Richters zur Unparteilichkeit begrenzt werden, man kann auch versuchen, dem richterlichen Hinwirken auf sachdienliche Anträge Schranken zu ziehen, etwa durch die These, das richterliche Bemühen müsse sich innerhalb des von den Parteien unterbreiteten streitigen Interesses halten, praktisch sind doch die Aufklärungs- und Anregungsmöglichkeiten des Gerichts weitgehend unbeschränkt – bis zu einer begründeten Ablehnung des Richters wegen Befangenheit ist ein weiter Weg.

4. Die erweiterte Beweiserhebung von Amts wegen

Die Befugnisse des Gerichts, Beweis von Amts wegen zu erheben (§§ 142 bis 144 ZPO), wurden durch die Reform des Jahres 2001 erheblich verstärkt. Anordnungen zur Vorlage von Urkunden, die zuvor nur gegenüber den Parteien ergehen konnten, sind nun auch gegenüber Dritten zulässig und ihre Befolgung kann vom Gericht mit Ordnungsmitteln erzwungen werden. Aber auch die Möglichkeit, den Parteien die Vorlage von Urkunden, sonstigen Unterlagen oder Augenscheinsgegenständen aufzugeben, wurde stark erweitert. So kann das Gericht die Vorlage einer Urkunde durch eine Partei schon dann verlangen, wenn sich der Gegner auf diese Urkunde bezogen hat. Anders als beim Urkundenbeweis auf Parteienantrag kommt es nicht darauf an, ob die Partei, zu deren Gunsten der Beweis erfolgen soll, einen Anspruch gegen den Gegner auf Herausgabe der Urkunde hat. Versuchen, dieses Spannungsverhältnis zwischen der Beweiserhebung von Amts wegen und auf Parteienantrag durch eine einschränkende Auslegung des § 142 ZPO (der Rechtsgrundlage für die amtswegige Anordnung) zu beheben,²⁵ ist der

²⁴ Näher s. *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., Bd. 3 (2005), § 139 Rdnr. 5.

²⁵ *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., Bd. 3 (2005), § 142 Rdnr. 20f.

BGH²⁶ nicht gefolgt. Vielmehr begnügte sich der BGH mit der Feststellung, die Beweiserhebung von Amts wegen stehe, anders als diejenige auf Parteiantrag, im Ermessen des Gerichts. Dadurch wird die Richtermacht bei der Sachverhaltsermittlung erheblich gestärkt. Gleichzeitig wird deutlich, dass die im Rahmen der Reformdiskussion von manchen befürchtete Annäherung an die Discovery des US-amerikanischen Rechts keineswegs eingetreten ist. Gestärkt wurden nicht die Rechte der Parteien, sondern allein die Macht des Gerichts.

5. Die Verschärfung der Parteipflichten

Hand in Hand mit der Erweiterung der richterlichen Macht geht die Verschärfung der Parteipflichten. 1933 wurde die Wahrheitspflicht der Parteien in das Gesetz aufgenommen (§ 138 Abs. 1 ZPO). Was wahr ist, entscheidet der Richter. Durch die Vereinfachungsnovelle 1976 wurde, an schon zuvor bestehende Regeln anknüpfend, den Parteien die Prozessförderung, d. h. das rechtzeitige und umfassende schriftliche Vorbringen der Angriffs- und Verteidigungsmittel schon vor der mündlichen Verhandlung, zur umfassenden Pflicht gemacht (§ 282 ZPO). Den Richtern wurden weit reichende Befugnisse eingeräumt, das Parteivorbringen durch die Setzung von Fristen zeitlich zu begrenzen. Wird eine solche Frist nicht gewahrt, so ist das Vorbringen im Regelfall vom Gericht zurückzuweisen (§ 296 Abs. 1 ZPO), es sei denn, dass seine Zulassung den Prozess nicht verzögert oder die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Auch ohne Fristsetzung kann nach dem Ermessen des Gerichts eine Zurückweisung erfolgen, wenn die Verspätung des Vorbringens auf grober Nachlässigkeit der Partei beruht (§ 296 Abs. 2).

6. Die gütliche Einigung als oberstes Prozessziel

Die seit langem andauernde Stärkung der Richtermacht findet ihren Höhepunkt im Kontext des heutigen Bestrebens, die Beendigung eines Zivilprozesses durch Einigung der Parteien soweit wie möglich zu fördern. Zwar steht schon lange in der ZPO (jetzt § 278 Abs. 1), der Richter solle in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Auch steht das Recht der Parteien, den Prozess durch Vergleich zu beenden, als Bestandteil der Dispositionsmaxime seit je her außer Streit.

²⁶ BGH NJW 2007, 2989.

Aber durch neuere Reformen haben die richterlichen Befugnisse zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung eine neue Dimension erreicht. Dies geht Hand in Hand mit einer von Politikern, Justizministerien und zumindest Teilen der Richterschaft gleichsam von oben herab erzeugten Grundstimmung zugunsten aller möglichen Formen der Prozessbeilegung ohne richterliche Entscheidung. Dass der Zweck des Zivilprozesses in erster Linie im Schutz subjektiver Rechte liegt, droht in Vergessenheit zu geraten. Dazu hat auch eine viel zitierte Äußerung des Bundesverfassungsgerichts²⁷ beigetragen, wonach die Bewältigung einer zunächst streitigen Problemlage durch eine einverständliche Lösung auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzuzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung sei.

Durch die Reform des Jahres 2001 wurde die Güteverhandlung im Zivilprozess eingeführt (§ 278 Abs. 2 bis 5 ZPO). Sie geht zum Zweck der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits der mündlichen Verhandlung voraus. Daraus zu schließen, die Funktion der mündlichen Verhandlung bliebe unberührt, wäre aber eine zu vordergründige Betrachtung. Vielmehr bleibt von der herkömmlichen Substanz der mündlichen Verhandlung kaum noch etwas übrig. Denn schon in der Güteverhandlung hat das Gericht den Sach- und Streitstand mit den Parteien zu erörtern, und zwar, wie es im Gesetz heißt, „unter freier Würdigung aller Umstände“ (§ 278 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Nicht die Parteien verhandeln, legen Beweismittel vor und versuchen das Gericht von ihrem Rechtsstandpunkt zu überzeugen, sondern das Gericht erklärt den Parteien gleich zu Beginn des Prozesses, wie es die Sache einschätzt. Das gilt nicht zuletzt für die Tatsachenlage und die Beweisfragen. Ohne Bindung an die strengen Regeln der ZPO über das Beweisverfahren darf das Gericht eine Stellungnahme abgeben. Es kann z. B. die Schwierigkeit hervorheben, den streitigen Sachverhalt durch Beweiserhebung zu klären, oder auch ganz konkret auf seine Zweifel hinweisen, ob man dieser oder jener denkbaren Behauptung eines Zeugen werde Glauben schenken können. Das Recht der Parteien auf Beweiserhebung und das Verbot, Beweismittel im Voraus zu würdigen, spielen hier keine Rolle. Aber auch von der Bindung des Gerichts an den Tatsachenvortrag und an die Anträge der Parteien bleibt im Rahmen der freien Würdigung kaum etwas übrig. Das Gericht kann „soweit erforderlich“ Fragen stellen und sich auch an die persönlich erschienenen Parteien wenden.

Es versteht sich, dass das vom Gesetz zur Verfügung gestellte Instrumentarium von den Gerichten in der Regel auch genutzt wird. Wenn der Richter aufgrund der erwähnten „freien Würdigung“ einen Vergleichsvorschlag

²⁷ BVerfG NJW-RR 2007, 1073, 1074.

macht, fällt es den Parteien schwer, ihn abzulehnen, müssen sie doch damit rechnen, auch durch ein späteres Urteil aus der Hand dieses Richters kein besseres Ergebnis zu erhalten.

Nicht immer hält sich das richterliche Bemühen, die Parteien zu einem Vergleich zu bewegen, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Jeder forensisch tätige Rechtsanwalt weiß Geschichten über Vergleichsdruck²⁸ seitens mancher Richter zu erzählen. Und es spricht, was die Praxis angeht, für sich, wenn ein Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht in einem vor wenigen Wochen erschienen Aufsatz den Hinweis für erforderlich hält, verboten seien dem Richter „eine Darstellung der Rechtslage wider besseres Wissen als vermeintlich sicher oder unsicher und andere Formen der Druckausübung auf die Parteien, unter Anwälten als „Vergleichsquetsche“ gefürchtet“.²⁹

Wie weit der richterliche Vergleichsdruck zuweilen geht, zeigt sehr anschaulich eine neuere Entscheidung des BAG,³⁰ in der die Anfechtbarkeit eines Prozessvergleichs wegen rechtswidriger Drohung (§ 123 Abs. 1 BGB) durch den Richter bejaht wurde. Eine rechtswidrige Drohung, so das BAG, liege zwar nicht schon in der Verdeutlichung der Prozessrisiken durch den Richter, sei aber dann zu bejahen, wenn bei der Partei der Eindruck erweckt werde, sie könne bei Ablehnung des gerichtlichen Vergleichsvorschlags nicht mehr mit einem fairen Fortgang des Prozesses rechnen. Im konkreten Fall konnte, so mit Recht das BAG, durch völlig überzogene Formulierungen des Richters („Gleich werden Sie an die Wand gestellt und erschossen“; „Seien Sie vernünftig, sonst müssen wir Sie zum Vergleich prügeln“ u. ä.) bei der Partei durchaus diese Befürchtung hervorgerufen werden.

Schon der bisherige Gesetzestext stellte dem erkennenden Gericht neben der Güteverhandlung vor dem erkennenden Gericht verschiedene andere Wege zur Verfügung, um eine gütliche Einigung der Parteien zu fördern. So konnte das Gericht eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen,

²⁸ Dazu *Steinberg*, Richterliche Gewalt und Mediation, DRiZ 2012, 19, 20 mit weiteren Nachweisen.

²⁹ *Probst*, Zivilprozess und Verhandlungskultur – Mut zur Zukunft, JR 2011, 507, 510. *Probst* selbst bemüht sich zwar, die „traditionelle“ Aufgabe des Zivilprozesses – Durchsetzung des materiellen Rechts – nicht aus den Augen zu verlieren, aber Streitschlichtung und Mediation treten durchweg als eine mit der Streitentscheidung „zumindest gleichrangige, wenn nicht sogar vorzugswürdige“ Aufgabe der Gerichte in den Vordergrund (aaO S. 510). Abschließend betont *Probst*, der deutsche Zivilprozess habe sich durch seine Kombination von Parteimaxime und richterlicher Prozessleitung als vergleichsweise leistungsfähig erwiesen (aaO S. 512), aber im Text zuvor (s. zu den Verfahrensmaximen aaO S. 509) kommen die Parteimaxime bzw. die Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime überhaupt nicht zur Sprache.

³⁰ BAG NZA 2010, 1250.

also die Parteien gewissermaßen vom Gericht erst einmal wieder wegschicken. Weniger weit ging die Befugnis, die Parteien zum Zweck der Güteverhandlung an einen beauftragten Richter (d.h. einen einzelnen Richter der zuständigen Kammer) oder an einen ersuchten Richter (d.h. an ein anderes Gericht) zu verweisen.

Weitergehend stößt seit geraumer Zeit die „gerichtsinterne Mediation“ als neuartiger Weg, um die Durchführung eines Zivilprozesses zu vermeiden, auf besonderes Interesse. Unter Mediation ist, wenn man den Begriff ernst nimmt, eine Methode der Gesprächsführung zu verstehen, die es den Konfliktparteien ermöglichen soll, *selbst* eine für beide Seiten zufriedenstellende Lösung zu erarbeiten. Der Mediator hat nicht die Aufgabe, den Parteien die Rechtslage bzw. den rechtlichen Rahmen zu erläutern oder Einigungsvorschläge zu unterbreiten. Das unterscheidet die Mediation grundsätzlich von einer richterlichen Vergleichsbemühung. Wieso die Mediation, wenn man darunter eine rechtsferne Gesprächsförderung versteht, Sache des Richters sein soll und wie man es rechtfertigen will, die Parteien, die sich zur Erlangung von Rechtsschutz bereits an das Gericht gewandt haben, erst einmal auf diesen Weg zu verweisen, ist nicht leicht zu verstehen. Allerdings wird im heutigen Sprachgebrauch der Unterschied zwischen Mediation und Schlichtung zunehmend verwischt.³¹ Im Entwurf des deutschen Mediationsgesetz – dieses Gesetz ist durch eine Europäische Richtlinie erforderlich geworden – war die Einführung der gerichtlichen Mediation vorgesehen, doch wurde diese Regelung vom Deutschen Bundestag in letzter Minute abgeschwächt. Den Hintergrund bildeten Einwände der Anwälte, von denen viele selbst als „Mediator“ tätig sind und nicht akzeptieren wollen, dass ihnen die Gerichte in diesem Bereich gewissermaßen Konkurrenz machen dürfen. Statt der ursprünglich geplanten gerichtlichen Mediation wurde (in § 278 Abs. 5 ZPO) der „Güterichter“ eingefügt. Dies ist ein nicht entscheidungsbefugter Richter desselben Gerichts, an den der mit dem Prozess befasste Spruchkörper die Sache zur Güteverhandlung oder für weitere Güteversuche verweisen kann. Der Deutsche Bundesrat war bemüht, das Rad wieder in Richtung des ursprünglichen Entwurfs zurückzudrehen und rief zu diesem Zweck den Vermittlungsausschuss an – die Justizminister der Länder stehen der gerichtlichen Mediation sehr positiv gegenüber.

³¹ *Steinberg* DRiZ 2012, 19, 21 weist darauf hin, dass in Theorie und Praxis ein weites Verständnis von Mediation in dem Sinne vorherrscht, dass der Richtermediator seine juristische Sachkenntnis einbringt. *Stürner*, Parteiherrschaft versus Richtermacht. Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, ZZP 123 (2010), 147, 160 betont die Vorzüge einer solchen am Recht orientierten richterlichen Mediation.

Gleichwohl wurde die gerichtliche Mediation in der Form, in der sie im Gesetzentwurf enthalten war, nicht wieder in das Gesetz³² aufgenommen. Auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses wurde dem § 278 Abs. 5 ein zweiter Satz angefügt, wonach der Güterichter alle Methoden der Streitbeilegung, einschließlich der Mediation, einsetzen kann. Auf die Einzelheiten ist hier nicht weiter einzugehen³³ – dass die Entwicklung immer mehr vom klassischen Zivilprozess wegführt, wenn an die Stelle der Streitverhandlung und Streitsentscheidung zunehmend die richterliche Schlichtung und an deren Stelle dann auch noch die richterliche Mediation oder etwas Ähnliches treten, steht außer Zweifel.³⁴

7. Das Ergebnis

Schlagwortartig kann man den Verlauf der Reformgesetzgebung zur ZPO ohne weiteres mit dem Satz zusammenfassen „alle Macht dem Richter“.³⁵ Die herkömmlichen Prozessmaximen spielen als Leitlinien für die Gesetzgebung wie als Maßstab für die praktische Handhabung des Gesetzes kaum noch eine Rolle.

³² Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012, BGBl. I 2012, S. 1577.

³³ Näher s. *Leipold*, Schlichtung, Mediation und Zivilprozess, *Ritsumeikan Law Review* 2013, International Edition, Juni 2013, 135, 156 ff.

³⁴ Sehr kritisch zur richterlichen Mediation (auch aus der Sicht der Prozesstheorie) *Steinberg* DRiZ 2012, 19, 23 der abschließend bemerkt: „Bei der Lektüre richterlicher Erfahrungsberichte zur Mediation stimmt es bedenklich, wie gering die tradierten, historisch geradezu errungenen Prozessprinzipien oftmals geschätzt, wie bereitwillig sie der Prozessökonomie und dem Reiz neuer Mode geopfert werden.“ Aus der kontroversen Literatur über die gerichtsinterne Mediation sei das Streitgespräch von *Burkhard Hess* (pro) und *Hanns Prütting* (contra) auf der Tagung der Zivilprozessrechtslehrer in Wien 2010 erwähnt, s. *Hess*, Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland, ZZP 124 (2011), 137; *Prütting*, Ein Plädoyer gegen die Gerichtsmediation, ZZP 124 (2011), 163.

³⁵ Positiver gegenüber der Entwicklung *Stürmer* ZZP 123 (2010), 147 ff. Nach seiner Analyse „geht der internationale moderne Trend in Richtung einer Stärkung materieller richterlicher Prozessleitung verbunden mit einer Konzentration von Verhandlung und Beweisaufnahme in einem Termin“ (aaO S. 152). *Stürmer* wendet sich gegen eine Beschreibung des kontinentalen und damit auch des deutschen Prozesses als „bureaucratic and hierarchical“ (aaO S. 152). *Stürmer* selbst kennzeichnet den modernen Zivilprozess als einen dialogischen Prozess und führt dazu aus: „Die materielle Prozessleitung des Richters ist im Verständnis der modernen europäischen Gesellschaft in erster Linie eine Form der Verfahrensmoderation und weniger eine Form richterlicher Machtübung. Die Prozessleitung ist Mittel der Gewährung rechtlichen Gehörs und damit ein Instrument prozessualen Dialogs. Sie ist Ausdrucksform eines *dialogischen* Zivilprozesses.“ (aaO S. 153).

Gewiss steht weiterhin der Grundsatz der Mündlichkeit im Gesetz. Aber der Inhalt der mündlichen Verhandlung hat sich, wie aufgezeigt, fundamental verändert. Folgerichtig hat der Gesetzgeber auch die Notwendigkeit der mündlichen Verhandlung stark eingeschränkt, sei es, wie bereits erwähnt, durch die Zulassung von Beweisbeschlüssen und Beweiserhebungen ohne vorausgehende mündliche Verhandlung, auch durch die Freistellung anderer Beschlüsse vom Erfordernis mündlicher Verhandlung, zuerst durch Einzelschriften, schließlich durch eine grundsätzliche Freistellung (§ 128 Abs. 4 ZPO), von der es kaum noch Ausnahmen gibt. Auch ein Prozessvergleich kann heute ohne mündliche Verhandlung geschlossen werden (§ 128 Abs. 6 ZPO).

Verhandlungs- und Dispositionsmaxime stellen praktisch keine Sperre gegenüber der heutigen richterlichen Prozessleitung dar. Sicher ist, um eines der wichtigsten Argumente für die Geltung der Verhandlungsmaxime zu nennen, das Gericht auch heute noch an ein Geständnis der Parteien gebunden (§ 288 Abs. 1 ZPO). Praktisch ist dies ohne Belang, denn das Gericht ist nicht gehindert, durch Fragen Zweifel anzumelden, ob die in Rede stehende Tatsache wirklich nicht bestritten werden soll. Bleibt es aber beim Nichtbestreiten oder sogar beim Zugestehen der Tatsache, so ist ohnehin mit größter Sicherheit von der Wahrheit der entsprechenden Behauptung auszugehen. Ebenso tritt, wie aufgezeigt, die Dispositionsmaxime hinter den Möglichkeiten der gerichtlichen Einflussnahme weit zurück. Formal entscheiden natürlich weiterhin die Parteien über den Abschluss eines Prozessvergleichs, aber heute ist es regelmäßig das Gericht, das das Parteiverhalten steuert. Ein spektakulärer Fall der Ablehnung eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags, wie er sich eben jetzt (Frühjahr 2012) im Rechtsstreit der Erben des Medienunternehmers Kirch gegen die Deutsche Bank ereignete, bildet die Ausnahme.

V. Die Prozessgrundrechte als Schutzwehr der Parteien

Sich mit den herkömmlichen Maximen des deutschen Zivilprozesses aus rechtsdogmatischer Sicht näher zu befassen, ist im Zeitalter des richterzentrierten Verfahrens weitgehend sinnlos geworden. Aus dem Mund eines Rechtswissenschaftlers, der sich mit eben dieser Materie über nahezu fünfzig Jahre befasst hat, mag dieses Resumé überraschen. Aber auch in meiner eigenen Kommentierung³⁶ sieht man bereits die Verschiebung der Gewichte.

³⁶ *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., vor § 128 Rdnr. 3 bis 206.

In dem Abschnitt über die Verfahrensgrundsätze nimmt heute der Anspruch auf rechtliches Gehör bei weitem den größten Raum ein. Um eine Prozessmaxime im herkömmlichen Sinne handelt es sich dabei nicht, denn die Prozessmaximen fragen nach Verfahrensgestaltungen, die so oder auch anders aussehen könnten. Es ging hierbei um die Alternative Mündlichkeit oder Schriftlichkeit, Parteidisposition oder Amtsmaxime, Parteibeibringung oder Untersuchungsgrundsatz. Dass es dagegen zum Anspruch auf rechtliches Gehör keine Alternative gibt, folgt aus seinem Charakter als prozessuales Grundrecht. Damit ist der Zugang zu meiner abschließenden These gefunden: als Gegengewicht gegenüber der heute so sehr gesteigerten Richtermacht verdienen die Prozessgrundrechte stärkste Beachtung. Ein Schutz der Parteirechte und eine Bewahrung der Rechtsschutzaufgabe des Zivilprozesses kann allein von ihrer Aktivierung erwartet werden. Ein ganzes Bündel solcher gerichts- und prozessbezogener Grundrechte steht heute zur Verfügung: der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und das Recht auf den gesetzlichen Richter ebenso wie der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Anspruch auf faires Verfahren und das Recht auf Gleichheit vor dem Richter. Diese verfassungsmäßigen Rechte werden nicht nur vom deutschen Grundgesetz, sondern auch vom Europäischen Recht, insbesondere durch Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, garantiert und ihre Ausdifferenzierung bleibt auf nationaler wie auf europäischer Ebene eine wichtige Aufgabe.

Soweit in der neueren Gesetzgebung Reformen zu finden sind, die einer Stärkung der Parteirechte dienen, wurzeln sie in den mit den Prozessgrundrechten vorgegebenen Wertungen. Drei Beispiele können dazu genannt werden.

1. Die Einführung der Anhörungsrüge

Nach dem durch das Reformgesetz 2001 eingefügten § 321a ZPO (die anderen Verfahrensgesetze enthalten entsprechende Regelungen) kann eine Partei gegen eine nicht mehr anfechtbare Entscheidung einwenden, das Gericht habe den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör verletzt, und aus diesem Grund die Fortführung des Verfahrens verlangen.

Die Anhörungsrüge war zunächst auf Urteile der ersten Instanz begrenzt; sie kann aber seit einer Gesetzesänderung des Jahres 2004 gegen Entscheidungen aller Instanzen, einschließlich der verfahrensbeendenden Beschlüsse, erhoben werden. Der Gesetzgeber bezweckte mit der Einführung der Anhörungsrüge vor allem, dass in sog. Pannenfällen (etwa: ein

rechtzeitig eingereicherter Schriftsatz wurde innerhalb des Gerichts nicht an den Richter weitergeleitet und daher bei der Entscheidung nicht berücksichtigt) eine Korrektur erreicht werden kann, ohne dass deshalb das Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden muss. Darüber hinaus unterstreicht die Vorschrift aber auch allgemein die Pflicht des Gerichts, sorgfältig auf die Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu achten und sich nicht aus Praktikabilitätsabwägungen darüber hinweg zu setzen.

2. Die Reform der Berufungszurückweisung durch Beschluss

Die ZPO-Reform des Jahres 2001 gab dem Gericht der Berufungsinstanz das Recht, eine Berufung ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss als unbegründet zurückzuweisen, wenn nach Ansicht der Richter die Berufung keine Erfolgsaussicht hatte und die Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung hatte, § 522 Abs. 2 ZPO aF. Die Parteien waren zuvor auf die beabsichtigte Beschlusszurückweisung und die Gründe hierfür hinzuweisen. Eine Anfechtung des Beschlusses wurde durch § 522 Abs. 3 ZPO aF ausdrücklich ausgeschlossen. Gegen diese Regelung wurden von Anfang an erhebliche rechtspolitische, aber auch verfassungsrechtliche Bedenken geäußert.³⁷ Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht blieben jedoch erfolglos.³⁸ Dass sich der Gesetzgeber schließlich doch zu einer parteifreundlichen Änderung durchrang, beruhte nicht nur auf den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die ungleiche Ausgestaltung des Rechtsschutzes³⁹ – eine Zurückweisung der Berufung durch Urteil war unter bestimmten Voraussetzungen mit der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde anfechtbar, eine Zurückweisung dagegen generell unanfechtbar – sondern auch darauf, dass die Praxis von der Möglichkeit der Beschlusszurückweisung einen sehr unterschiedlichen Gebrauch machte, zum Teil in einer Häufigkeit, die auf eine missbräuchliche, allein an der Arbeitsentlastung des Gerichts orientierte Handhabung des eingeräumten Ermessens schließen ließ. Während die Berufungsgerichte in einem OLG-Bereich nur in 6,4% der Fälle die Berufung durch unanfechtbaren Beschluss

³⁷ Dazu ausführlich *Weller*, Rechtsfindung und Rechtsmittel: Zur Reform der zivilprozessualen Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, ZZZP 124 (2011), 343, der selbst aber die Verfassungskonformität der damaligen Regelung weitgehend bejaht und nur unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmittelklarheit Bedenken äußert

³⁸ BVerfG NJW 2009, 137; NJW 2005, 659.

³⁹ Dazu vor allem *Krüger*, Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 II ZPO, Ein Zwischenruf, NJW 2008, 946.

zurückwiesen, waren es in einem anderen OLG-Bezirk 27, 1%. Bei einzelnen Gerichten wurde sogar in über 50% der Fälle von der Beschlusszurückweisung Gebrauch gemacht.⁴⁰ Im Jahre 2011 wurde die Regelung insgesamt entschärft.⁴¹ Zum einen wurde die Beschlusszurückweisung an strengere Voraussetzungen geknüpft. Die Berufung muss offensichtlich unbegründet sein und eine mündliche Verhandlung darf nicht (etwa wegen der besonderen Bedeutung der Sache für den Berufungsführer) geboten sein. Vor allem aber steht nunmehr gegen den Beschluss dasselbe Rechtsmittel zur Verfügung, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre (§ 522 Abs. 3 ZPO). Diese Stärkung der Parteirechte kann man nur begrüßen.

3. Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer

Wie bereits ausgeführt, ging die Stärkung der richterlichen Befugnisse mit einer Steigerung der Parteipflichten zur Förderung eines zügigen Prozessablaufs einher. Sanktionen gegen ungerechtfertigte Prozessverzögerungen, die das Gericht zu verantworten hat, sahen die Gesetze bis zur jüngsten Reform nicht vor. Im internationalen Vergleich schneiden die deutschen Zivilgerichte, was die durchschnittliche Verfahrensdauer angeht, durchaus günstig ab. Ebenso sicher ist aber auch, dass es Fälle gibt, in denen das Verfahren unangemessen lange dauert. Dies hat wiederholt zu Beschwerden zum Europäischen Menschenrechtsgerichtshof geführt. Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert den gerichtlichen Rechtsschutz in angemessener Zeit. In mehr als vierzig Urteilen bejahte der Gerichtshof eine Verletzung der Konvention durch überlange Dauer deutscher Gerichtsverfahren (in den verschiedenen Zweigen der Gerichtsbarkeit). Der Gerichtshof stellte zugleich fest, dass es in Deutschland entgegen Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention keinen wirksamen Rechtsbehelf gegen überlange zivil- oder verwaltungsgerichtliche Verfahren gebe. Nachdem die Schaffung eines solchen Rechtsbehelfs dennoch über Jahre hinweg unterblieben war, gab der Menschenrechtsgerichtshof in einem Urteil vom 2.9.2010⁴² der Bundesrepublik Deutschland auf, spätestens binnen eines Jahres diese Lücke zu schließen. In leichter Überschreitung

⁴⁰ Zahlenangaben bei Greger, Die ZPO-Reform – 1000 Tage danach, JZ 2004, 805, 813; Weller ZJP 124 (2011), 343, 353.

⁴¹ Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung vom 21. Oktober 2011, BGBl. I S. 2082, in Kraft getreten am 27. Oktober 2011. Dazu näher Meller-Hannich, Die Neufassung von § 522 ZPO – Unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessen und ein neuartiges Rechtsmittel, NJW 2011, 3393.

⁴² EGMR NJW 2010, 3355.

selbst dieser Frist kam schließlich eine am 3.12.2011 in Kraft getretene gesetzliche Reform zustande.⁴³ Sie fand ihren Platz im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), in das ein neuer 17. Titel eingefügt wurde. Gewählt wurde eine Entschädigungslösung. Nunmehr kann eine Partei, die durch eine unangemessene Verfahrensdauer Nachteile erlitten hat, vom Staat eine angemessene Entschädigung für materielle und immaterielle Einbußen verlangen (§ 198 GVG). Voraussetzung ist, dass die Partei gegenüber dem mit der Sache befassten Gericht die Dauer des Verfahrens gerügt hat. Von der Neuregelung darf neben dem Ausgleich entstandener Nachteile auch eine präventive, die Gerichte zur Beschleunigung motivierende Wirkung erwartet werden.

VI. Zusammenfassung

Der deutsche Zivilprozess hat seit dem Inkrafttreten der Reichscivilprozessordnung im Jahre 1877 sein Gesicht gewandelt. Aus einem maximenorientierten Parteiprozess ist ein weitgehend maximenfreier, richterzentrierter Prozess geworden. Die Forderung nach einem sozialen Zivilprozess ist eine Episode geblieben. Dem Sozialstaatsprinzip kommt – abgesehen vom Kosten- und Gebührenrecht und der Prozesskostenhilfe – keine zentrale Bedeutung für die Gestaltung des Zivilprozesses zu.

Parallel zu Verstärkung der Richtermacht haben die herkömmlichen Prozessmaximen ihre prägende Kraft eingebüßt. Dafür gewinnen die prozessualen Grundrechte zum Schutz der Parteirechte immer mehr an Bedeutung. Dies zeigt sich auch an einigen neueren Akten der Gesetzgebung. Vielleicht kann eine weniger an herkömmlicher Prozessrechtsdogmatik, als an verfassungsrechtlichen Grundwerten orientierte Sicht des Zivilprozesses dazu beitragen, dem deutschen Prozessrecht auch im internationalen Vergleich weiterhin Beachtung zu verschaffen.

⁴³ Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24. November 2011, BGBl. I S. 2302. Dazu näher *Althammer/Schäuble*, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, 1; *Magnus*, Das neue Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ZZP 124 (2012), 75; zur Vorgeschichte und zum Weg zum Gesetz *Matusche-Beckmann/Kumpf*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren – nach langem Weg ins Ziel?, ZZP 124 (2011), 173.