



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

# BRAK

## MITTEILUNGEN

SONDERDRUCK

6. ZPR-SYMPOSIUM DER  
BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER  
VOM 15. BIS 17. MÄRZ 2012 IN POTSDAM

■ **VORWORT**

**Hansjörg Staehe**

■ **AUFSÄTZE**

**Thomas Kehren**

Verfahrensmanagement nach der ZPO –  
Gestaltungsmöglichkeiten und Förderungsanreize

**Ingo Saenger**

Verfahrensmanagement im Zivilprozess –  
Gestaltungsmöglichkeiten und Anreize

**Thomas Pfeiffer**

Der Vorschlag der Kommission zur Reform der  
Brüssel I-VO

**Björn Retzlaff/Bernhard von Kiedrowski**

Prozessuale Waffengleichheit durch Partei-  
vernehmung



# INHALT

## VORWORT

<b>Hansjörg Staehle</b>	2
-------------------------	---

## AUFSÄTZE

<b>Thomas Kehren</b> Verfahrensmanagement nach der ZPO – Gestaltungsmöglichkeiten und Förderungsanreize	3
<b>Ingo Saenger</b> Verfahrensmanagement im Zivilprozess – Gestaltungsmöglichkeiten und Anreize	9
<b>Thomas Pfeiffer</b> Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Brüssel I-VO	24
<b>Björn Retzlaff/Bernhard von Kiedrowski</b> Prozessuale Waffengleichheit durch Parteivernehmung	31

## VORWORT

Alle zwei Jahre findet das ZPR-Symposium der BRAK statt, im Frühjahr 2012 haben wir das sechste dieser Art in Potsdam durchgeführt. Federführend war erneut der Ausschuss ZPO/GVG der BRAK, dem ich an dieser Stelle im Namen des Präsidiums herzlich dafür danken möchte. Das ZPR-Symposium hat sich über die Jahre hinweg zu einem intensiven Austausch von Fachleuten des Zivilprozessrechtes entwickelt. Die Veranstaltung versammelt regelmäßig Hochschullehrer, Richter und Rechtsanwälte sowie Vertreter des Bundesjustizministeriums die diese Gelegenheit nutzen, um über aktuelle rechtspolitische oder auch praktische Probleme des Zivilprozesses zu diskutieren.

Sofern es die Referenten gestattet haben, sind in diesem Sonderheft der BRAK-Mitteilungen die jeweiligen Beiträge des 6. ZPR-Symposiums veröffentlicht. So stellte beispielsweise der Heidelberger Professor Dr. Thomas Pfeiffer den damaligen Entwurf zur Reform der Brüssel I-Verordnung vor; wenige Wochen danach – im Dezember 2012 – wurde die neue Verordnung dann vom Europäischen Parlament verabschiedet und gilt im Wesentlichen ab dem 10.1.2015.

Mit der Verfahrensbeschleunigung befassen sich einerseits der Vorsitzende Richter am LG Frankfurt Thomas Kehren und andererseits Prof. Dr. Ingo Saenger aus Münster in ihrem jeweiligen Aufsatz zum Verfahrensmanagement nach der ZPO. Beide untersuchen, welche Gestaltungsmöglichkeiten und Förderungsanreize es für Richter und Prozessbeteiligte gibt.

Ein anwaltlich-richterliches Gemeinschaftswerk ist der Beitrag des Vorsitzenden Richters am KG Björn Retzlaff und Rechtsanwalt Dr. Bernhard von Kiedrowski. Sie befassen sich mit einer Entscheidung des EGMR zur prozessualen Waffengleichheit im Zivilverfahren. Die Autoren untersuchen Umfang und Pflicht der sich aus der Entscheidung ergebenden und über die ZPO hinaus gehende gerichtliche Pflicht zur Parteianhörung oder -vernehmung.

Das nächste ZPR-Symposium wird im Herbst 2014 stattfinden und ebenfalls wieder zahlreiche interessante Fragestellungen behandeln.

Berlin, im April 2014  
Hansjörg Staehle,  
Vizepräsident der Bundesrechtsanwaltskammer

# AUFSÄTZE

## VERFAHRENSMANAGEMENT NACH DER ZPO – GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN UND FÖRDERUNGSANREIZE

VORSITZENDER RICHTER AM LG FRANKFURT AM MAIN THOMAS KEHREN

*Wie lange dauert ein Zivilprozess? – 6 bis 8 Wochen, wenn es nach der ZPO geht. Nach Eingang der Klageschrift ist diese unverzüglich zuzustellen (§ 271 ZPO). Zwischen der Zustellung und dem Termin zur mündlichen Verhandlung muss ein Zeitraum von mindestens 2 Wochen liegen (§ 274 ZPO). Neues Vorbringen muss dem Gegner, in diesem Fall dem Beklagten, spätestens eine Woche vor dem Termin vorliegen und die Gegenerklärung des Klägers muss dem Beklagten spätestens 3 Tage vor dem Termin zugehen (§ 132 ZPO). 3 Wochen nach der mündlichen Verhandlung soll der Verkündungstermin sein (§ 310 ZPO). Fassen wir diese Zeiträume zusammen, sind wir bei 6 bis 8, unter Einrechnung von Bearbeitungs- und Postlaufzeiten bei maximal 10 Wochen, also 3½ Monaten.*

*Tatsächlich aber dauert ein Zivilrechtsstreit beim LG Frankfurt am Main durchschnittlich knapp 10 Monate und bei Beendigung durch streitiges Urteil knapp 14 Monate, was minimal unter dem Durchschnitt aller hessischen Landgerichte liegt.*

### I. ZIEL DES VERFAHRENSMANAGEMENTS

Wenn es heute bei unserem Thema um die Frage geht, wie ein Zivilprozess zu managen ist, dann kann das nur bedeuten, dem von der ZPO vorgegebenen Ziel, also einem kurzen Rechtsstreit, möglichst nahe zu kommen, ohne allerdings kurzen Prozess zu machen.

Die ZPO ist und bleibt der äußere Rahmen für alle denkbaren Maßnahmen, und dieser Rahmen ist ziemlich eng. Im amtsgerichtlichen Verfahren gibt es gewisse weitergehende Freiheiten der Verfahrensgestaltung. Die verantwortliche Handhabung dieser Freiheiten erscheint mitunter zweifelhaft, wenn man manche dazu ergangene Entscheidung des BVerfG liest.

Welches sind die hauptsächlichen Hindernisse, die dem Erreichen dieses Ziels entgegenstehen?

Es sind Schriftsatzfristen, Terminbestimmung und – so kurios sich das im Moment anhören mag – vorzeitige Erledigung.

### 1. ÄUSSERES MANAGEMENT

Das betrifft das äußere Management, also das, was die Parteien und die Parteivertreter vom Zivilprozess mitbekommen. Daneben gibt es noch das interne Management der richterlichen Arbeit. Das soll dann im 2. Teil meines Beitrags behandelt werden.

Beginnen wir also mit dem äußeren Management. Die in der ZPO enthaltenen Fristen von 2 Wochen sind heutzutage völlig unrealistisch. Selbst Fristen von 4 Wochen werden regelmäßig – und damit haben wir den ersten Verzögerungsgrund – mit Fristverlängerungsanträgen beantwortet.

#### a) SCHRIFTSATZFRISTEN

Um nicht eine uferlose Ausbreitung zuzulassen, bedarf es hier also einer gewissen Steuerung der Länge der Schriftsatzfristen. Meistens lässt sich bereits anhand der Klageschrift erkennen, ob es sich um ein besonders umfangreiches Verfahren handeln wird, bei dem die üblicherweise anzuordnende Frist, die ich mit 4 Wochen ansetze, nicht ausreicht. Wenn ich eine Klageschrift von 100 oder gar 200 Seiten auf den Tisch bekomme, dann weiß ich, dass die Beklagtenseite mehr als 4 Wochen braucht, um darauf zu erwidern. Also werde ich in diesen Fällen eine entsprechend lange Frist setzen.

Mit dem Austausch von Klage und Klageerwidern ist es aber im Regelfall nicht getan. Replik und Duplik sind – dafür spricht jede Erfahrung – unbedingt erforderlich, damit bis zur Verhandlung ein komplettes Bild des Sachverhalts vorgetragen ist.

#### b) VERFAHRENSKALENDER

Ich habe mir seit Jahren zur Gewohnheit gemacht, diese vier Schriftsätze vor jeder mündlichen Verhandlung einzuholen und dafür jeweils schon mit der Terminverfügung entsprechende Fristen zu setzen. Ich nenne das „Verfahrenskalender“, in dem also eine Klageerwidernsfrist, bemessen nach einer Anzahl von Wochen nach der Zustellung, und daran anschließend schon Replik- und Duplikfristen bestimmt sind.

#### Beispiel:

„Bitte beachten Sie aus Gründen der Prozessökonomie unbedingt folgenden

#### Verfahrenskalender:

Die Klägerin kann, sofern eine Klageerwidern eingereicht werden wird, eine weitere schriftsätzliche Stellungnahme bis zum

**TT.MM.JJJJ**

abgeben; die Beklagte sodann noch einmal bis zum

TT.MM.JJJJ  
erwidern.“

Gleichzeitig mache ich in meiner Terminverfügung darauf aufmerksam, dass ich im Hinblick auf diesen Verfahrenskalender Fristverlängerungen nur in Ausnahmefällen zulassen werde und auch dann nur, wenn der Gegner zustimmt, und dass es selbst in diesen Fällen zu einer Verschiebung des Termins auf das dann nächst bereite Datum kommen kann.

#### Beispiel:

„Im Hinblick auf diesen Verfahrenskalender können Fristverlängerungen nur in besonderen Ausnahmefällen gewährt werden, sofern der/die beantragende Rechtsanwalt/Rechtsanwältin das Einverständnis der Gegenseite anwaltlich versichert. Auch in einem solchen Fall kann jede Veränderung zur Verschiebung des Verhandlungstermins nach hinten an die dann jeweils bereiteste Stelle führen.“

Diese Regelung ist vor dem Hintergrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung allerdings nicht durchzuhalten. Wenn mit einigermaßen guter Begründung die Verlängerung einer Schriftsatzfrist beantragt wird, kann ich die schon aus Gründen des rechtlichen Gehörs und im Hinblick auf den angeblichen Anspruch auf eine erste Verlängerung gar nicht ablehnen. Allerdings – und die Freiheit nehme ich mir – verschiebe ich dann regelmäßig den Termin nach hinten.

In meiner Verfügung klingt das so:

#### Beispiel:

„... hat sich leider auch in diesem Rechtsstreit gezeigt, dass die vom Gericht beabsichtigte zügige Bearbeitung anhand eines Verfahrenskalenders mit üblicherweise ausreichend gestaffelten Fristen als nicht durchführbar erwiesen hat. Der auf der Grundlage obergerichtlicher Rechtsprechung trotz entgegenstehender Ankündigung nicht abzulehnende Antrag des Prozessbevollmächtigten ... auf Verlängerung der gesetzten Fristen führt jetzt zu der für diesen Fall angekündigten Konsequenz der Terminverlegung.  
Der Termin am ... wird aus den vorstehenden Gründen verlegt auf...“

Das kann allerdings zu Ungerechtigkeiten führen. Wenn nämlich die Beklagtenseite diejenige ist, die partout eine Fristverlängerung haben will, dann kann dahinter auch eine Verzögerungstaktik liegen, der ich dann zum Erfolg verhelfen würde. Deshalb gilt die quasi automatische Verlängerung nach hinten regelmäßig nur in Fällen, in denen der Klägervorteiler sich nicht an die vorgegebenen Fristen halten zu müssen glaubt.

Gerade letzte Woche aber wurde ich von einem Beklagtenvertreter „ausgetrickst“. Er hat sich die Abfolge der Fristen ganz genau angesehen und ein paar Wo-

chen „Luft“ entdeckt. Genau dazu passend begehrte er eine Fristverlängerung mit dem gleichzeitigen Vorschlag, die weiteren Fristen so zu verlängern, dass sie rechtzeitig vor dem Termin ausliefen. Er hat mein System durchschaut.

In diesen Zusammenhang kommt es aber auch darauf an, dass ein Fristverlängerungsantrag mit einer tragfähigen Begründung versehen ist. Die gängigste ist natürlich die Arbeitsüberlastung und die anderen termingebundenen Arbeiten. Seit Jahren – und das werde ich auch in Zukunft tun – verkneife ich mir die Antwort, dass in diesem Fall das Mandat eben nicht übernommen werden darf. Das wird schon aus kollegialen Gründen niemals so in einer Verfügung stehen. Zweifelhafte erscheint mir aber immer der Hinweis der Parteivertreter, zu einer Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits käme es nicht, weil der Termin ja erst in 2 Monaten ist. Dabei wird häufig übersehen – und das ist wieder eine Frage des Managements – was der Richter denn in der Zwischenzeit zu tun gedenkt. Das ist dann eine Frage des internen Managements.

#### c) BESTIMMUNG DES TERMINS

Das zweite Element zur Organisation eines möglichst schnellen Rechtsstreits, ist die Bestimmung des Termins. Ich bin nach wie vor in der Lage und sehe auch, dass dies bei vielen anderen Kammern des Landgerichts in Frankfurt am Main der Fall ist, neu eingehende Klagen in einem Abstand von 3 ½ bis 4 Monaten zu terminieren. Viel schneller kann es schon deshalb nicht gehen, weil in diese Zeit ja 3 weitere Schriftsatzfristen einzurechnen sind. Die können also schon nicht mehr jeweils 4 Wochen betragen, sondern die nachfolgenden Schriftsatzfristen für Replik und Duplik werden meist auf nur noch 3 Wochen festgesetzt. Ob und wie lange eine – wie ich finde – so zügige Terminierung erfolgen kann, hängt natürlich vom Umfang des Arbeitsanfalls ab. Dieser fällt von Jahr zu Jahr anders aus und lässt sich durch den einzelnen Richter auch nicht ansatzweise steuern.

Übrigens, da ich zum ersten Mal einen Richter in männlicher Form erwähnt habe: zur Geschlechterneutralität. Ich spreche hier weitgehend von meinem Management und meiner Erfahrung, weshalb häufig der Richter erwähnt wird, unter dem ich also mich verstehe. Ansonsten meine ich immer eine Richterperson, angesichts einer Frauenquote von 59 % beim Landgericht Frankfurt am Main kann das auch gar nicht anders sein.

#### d) VORZEITIGE ERLEDIGUNG

Ein weiterer Umstand, der der schnellen Erledigung eines Rechtsstreits entgegensteht, ist – so kurios sich das anhören mag – die vorzeitige Erledigung. Es ist ein von mir seit einiger Zeit zu beobachtendes Phänomen, dass ungefähr 14 bis 10 Tage vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung Mitteilungen kommen, dass die Parteien sich verglichen haben oder dass sie in aussichtsreichen Vergleichsverhandlungen stehen und deshalb den Termin verschoben haben wollen. Es kommen

Klagerücknahmen, vermutlich auch auf der Grundlage eines außergerichtlichen Vergleichs, der mir nicht mitgeteilt wird. Es kommen, wenn auch selten, Anerkennnisse. Das sind natürlich alles Erledigungen des einen Rechtsstreits, aber alle diese Sachen waren vorher auf einen Terminstag terminiert und fallen nunmehr weg. Die Ladungsfrist beträgt 2 Wochen, so dass es überhaupt nicht möglich ist, andere Sachen auf die jetzt frei gewordenen Termine zu setzen. Es kommt wirklich nicht selten vor, dass Termine, die vorher mit 8 Sachen randvoll waren, tatsächlich nur noch mit 4 oder 5 Sachen durchgeführt werden. Gerade wenn es Kammertermine sind, muss ich mich oftmals gegenüber den Handelsrichtern quasi dafür entschuldigen, dass wir so viel Leerlauf zwischen den einzelnen Sachen haben.

Mitunter schreibe ich in Verfügungen, dass genau diese Situation vermieden werden soll, weil die wertvolle Ressource Recht dadurch entwertet wird. Es kommt gar nicht so selten vor, dass ich bei einer derartigen Entwicklung gerade einige Tage vorher jemandem mitteilen musste, dass ich seinem Wunsch auf eine schnellere Terminierung einfach nicht entsprechen kann, weil keine Termine frei sind. Im Sinne eines zügigeren Managements anderer Prozesse wäre es schlicht erforderlich, dass Parteien und Parteivertreter sich nicht erst unter dem Druck eines Termins noch einmal der Angelegenheit annehmen, denn nur so ist ja zu erklären, dass so kurz vor dem Termin Erledigungen ohne Einschaltung des Gerichts erfolgen.

## 2. INTERNES MANAGEMENT

Das nächste Element, das wir zur Erreichung eines schnellen Rechtsstreits brauchen, ist die mündliche Verhandlung. Das bezieht sich jetzt auf die Organisation der richterlichen Arbeit, also das interne Management des Verfahrens.

### a) FRÜHER ERSTER TERMIN

Zur internen richterlichen Verfahrensorganisation gehört bereits bei der Terminierung die Entscheidung, wie das Verfahren gestaltet werden soll. Die ZPO gibt bekanntlich zwei Möglichkeiten an die Hand: den so genannten frühen ersten Termin oder das schriftliche Vorverfahren. Jüngere Kollegen, das sehe ich aus Akten, die mir von den Zivilkammern überwiesen werden, scheinen zunehmend das schriftliche Vorverfahren vorzuziehen. Ich dagegen bevorzuge den frühen ersten Termin, wobei ich nicht verkenne, dass mein System der vorherigen Anordnung von drei Schriftsatzfristen einem schriftlichen Vorverfahren nahe kommt.

Die ZPO erwartet im schriftlichen Vorverfahren im Anschluss an den Austausch der Schriftsätze eine richterliche Bearbeitung zur Vorbereitung des einzigen Haupttermins. Das heißt, spätestens am Ende des Schriftsatzwechsels steht die richterliche Bearbeitung mit im Regelfall einem Beweis-, einem Hinweis- oder einem Auflagenbeschluss. Aber gerade in den Fällen, in denen dann ein vorterminaler Beweisbeschluss ergeht, muss das nicht unbedingt förderlich sein, denn

bis dahin bestand keine Gelegenheit, den Rechtsstreit und die Sicht des Gerichts darauf in Rede und Gegenrede mit den Parteien und ihren Vertretern zu erörtern. Diese Diskussion des Falls in Rede und Gegenrede ist doch die Würze jedes Rechtsstreits. In nicht wenigen Fällen führt der Austausch von Argumenten doch auch zu einer Erledigung ohne die an sich erforderliche Beweisaufnahme. Deshalb vermeide ich möglichst das schriftliche Vorverfahren, wenn ich erwarte, dass es zu einem tatsächlich streitigen Verfahren kommt.

Ich weiß aber, dass Kolleginnen und Kollegen dieser Zwickmühle schlicht dadurch entkommen, dass sie nach dem Austausch der Schriftsätze eine „mündliche Verhandlung“ anberaumen, die dann eigentlich ein früher erster Termin ist, verfahrensrechtlich aber ein Haupttermin sein sollte.

Ich erinnere daran, dass die Entscheidung über diese beiden Formen der Verfahrensgestaltung bereits bei Eingang der Klageschrift und bei der dann anstehenden Terminierung erfolgen muss. Ich achte deshalb in der Klageschrift auf Hinweise darauf, ob die Beklagtenseite sich bisher verteidigt hat und wie. Gibt es bereits eine vorgerichtliche Korrespondenz mit einem Rechtsanwalt auf Beklagtenseite, werde ich niemals das schriftliche Vorverfahren einleiten. Denn der von mir gesehene einzige Vorteil des schriftlichen Vorverfahrens liegt darin, bei Fehlen der Verteidigungsanzeige nach nur 2 Wochen ein Versäumnisurteil erlassen zu können. Wenn ich aber weiß, dass es dazu nicht kommen wird, tritt das ein, was mir nicht vorteilhaft erscheint, nämlich der Austausch von Schriftsätzen, in denen – und da habe ich jedes Verständnis für die Anwaltschaft – zu jedem und allem, was die Gegenseite gesagt hat, entsprechend vorgetragen werden muss, um nachher nicht in die Gefahr zu geraten, dass einem unsubstantiiertes oder fehlender Vortrag vorgeworfen wird. Nach meinem Dafürhalten bläht das schriftliche Vorverfahren die Akten nur unnötig auf, die heute sowieso umfangreicher sind als früher.

Im Gegensatz dazu hat der frühe erste Termin den Vorteil, dass in einem überschaubaren Zeitraum auf der Grundlage eines regelmäßig vollständig vorgetragenen Sachverhalts das Gericht seine Sicht der Dinge mit den Parteivertretern erörtern kann und auf dieser Basis dann mit einer gewissen Struktur in die Bearbeitung des Rechtsstreits durch alle Beteiligten eintreten kann.

Aus diesem Grund ordne ich auch niemals routinemäßig das persönliche Erscheinen der Parteien im frühen ersten Termin an, wissend, dass andere Kollegen so vorgehen. Mir kommt es darauf an, in dem frühen ersten Termin einem vielleicht noch länger laufenden Rechtsstreit durch meine erste Beurteilung der Sach- und Rechtslage eine Struktur zu geben, auf die sich die Parteivertreter einstellen können. Oftmals ist es ja gerade so, dass zunächst irgendwelche Vorfragen oder Grundfragen zu klären sind, bevor man dann eventuell in die Untersuchung der Höhe eines Anspruches oder weiterführender Ansprüche kommt. Diese Diskussion führe ich gerne mit den Prozessbevollmäch-

tigten alleine, denn Anwältinnen und Anwälte treten in Anwesenheit ihrer Mandanten anders auf als wenn die Diskussion nur unter Juristen geführt wird.

Die von Kolleginnen und Kollegen vertretene andere Denkschule geht davon aus, dass es für einen Vergleichsabschluss förderlich ist, wenn die Partei anwesend ist und sich sofort entscheiden kann, bzw. muss. Das ist ein erwägenswerter Gedanke. In der Tat kann bei Anwesenheit der Partei ein Vergleich sogleich bestandskräftig geschlossen werden. Dabei bin ich aber vorsichtig; Vergleiche befrieden nach meiner Erfahrung auch und gerade in eigenen Angelegenheiten nicht automatisch, sondern nur, wenn sie nach reiflicher Überlegung und Abwägung des Für und Wider geschlossen werden und beiden Seiten wehtun. Ich bin deshalb auch stets bereit, einer anwesenden Partei einen Widerrufsvorbehalt einzuräumen. Terminologisch ist das natürlich falsch, denn der Vergleich und auch die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts ist Bestandteil des zwischen den Parteien autonom geschlossenen Vergleichsvertrags.

#### **b) INHALT DER AKTEN**

Für das interne Verfahrensmanagement des Gerichts ist es ungemein wichtig, sich auf den Sachverhalt und die Rechtslage einzustellen und den Parteien soweit wie möglich auch vor dem Termin bereits den einen oder anderen Hinweis zu geben. Das wiederum setzt voraus, dass der Inhalt der Akten in jedem Stadium des Verfahrens in allen Einzelheiten bekannt ist.

Das klingt als Anspruch sehr schön, ist aber in der Praxis – und das bedaure ich – kaum oder gar nicht durchzuführen. Wenn Schriftsätze eingehen, die heutzutage nicht selten zwischen 50 und 100 Seiten lang sind, ist es mir einfach zeitlich nicht möglich, diese Schriftsätze aktuell und intensiv durchzulesen, zu studieren und dann vielleicht auch noch gleich in den Vortrag der anderen Schriftsätze einzuordnen, die mir dann ja nicht mehr in jeder Einzelheit präsent sind. Das heißt: das interne Verfahrensmanagement des Gerichtes läuft darauf hinaus, den kompletten Akteninhalt erst bei der Vorbereitung des jeweiligen Termins im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen. Beim aktuellen Eingang wird der Schriftsatz von mir nur auf der Suche nach eventuellen Sach- oder Verfahrensanträgen überflogen, auf die eventuell sofort zu reagieren ist.

Meine Empfehlung daraus an die hier versammelte Anwaltschaft: „Verstecken“ Sie derartige Anträge nicht irgendwo im Fließtext oder im hinteren Teil eines Schriftsatzes, jedenfalls nicht ohne deutlichen Hinweis auf dem Deckblatt oder der ersten Seite.

Überhaupt zum Umfang von Schriftsätzen. Ich habe soeben von Schriftsätzen zwischen 50 und 100 Seiten gesprochen, das ist heute überhaupt keine Seltenheit mehr. Beim Landgericht in Frankfurt klagt regelmäßig ein Personalvermittlungsunternehmen, dessen Anwälte sehr ausschweifende aber dennoch intensive Schriftsätze verfassen, vermutlich teilweise bestehend aus Textbausteinen, die aber selbst bei Forderungen von 6

oder 7.000 Euro selten unter 40 Seiten sind. Schriftsätze zwischen 100 und 300 Seiten sind auch keine riesengroßen Ausnahmen mehr. Über die sicher vielfältigen Gründe dafür will ich hier nicht spekulieren, aber natürlich versucht der jeweilige Gegner, diese Zahl möglichst auch zu erreichen oder gar zu überschreiten. Akteninhalte von 200, 300 auch 500 Blatt vor der ersten mündlichen Verhandlung sind heute keine große Seltenheit mehr. Dabei will ich hier gar nicht darauf eingehen, dass vor einigen Monaten bei mir ein Schriftsatz im Umfang von 13.000 Seiten eingegangen ist, der allerdings zum großen Teil aus Daten besteht und zu dem natürlich erst mal die Gegenseite Stellung nehmen muss, denn der Vorteil der richterlichen Bearbeitung ist ja, dass sie sich nur mit den streitigen Umständen befassen muss.

#### **c) MÜNDLICHE VERHANDLUNG**

Unbedingtes Muss einer jeden mündlichen Verhandlung ist, auch wenn die Akten noch so dick sind, die gründliche Vorbereitung des Richters. Das muss bei der Zeitplanung berücksichtigt werden. Die Aktenkenntnis ist ungemein wichtig, damit Parteien und Parteivertreter erkennen, dass der Richter sich in der Materie auskennt. Nur das wird auch dazu führen, dass ernsthaft in der Sache diskutiert werden kann. Das wiederum ist erste Voraussetzung dafür, dass es überhaupt zu einer vergleichsweisen Regelung kommen kann. Sie alle kennen wahrscheinlich die Vorschläge eines Vergleichs 50:50. Das ist im Allgemeinen der schlechteste aller denkbaren Vorschläge, es sei denn er ist unter Darlegung der beiderseitigen Prozessrisiken substantiell aus der Sache heraus begründet. Dann kann sogar ein derartiger Vorschlag zum Erfolg führen.

Dank der seit einigen Jahren bestehenden bundesweiten Postulationsfähigkeit geschieht es heute fast nicht mehr, dass Terminvertreter auftreten, die sich in der Akte und im Rechtsstreit nicht auskennen. Ich bedaure zwar immer wieder Anwältinnen und Anwälte, die wegen einer Verhandlung von 20 oder 30 Minuten quer durch die Bundesrepublik reisen müssen, kann aber aus Sicht des Gerichts nur sagen, dass diese Entwicklung sehr positiv ist, denn es lassen sich dann wirklich ernsthafte Gespräche führen.

#### **d) GÜTETERMIN**

Seit einigen Jahren schreibt die ZPO auch im normalen Zivilprozess den Güetermin vor, der seine gute Berechtigung im Arbeitsgerichtsverfahren hatte und hat, der aber nach meiner Einschätzung vor allen Dingen im Rechtsstreit vor einer Kammer für Handelssachen in dieser Form nichts zu suchen hat. Bevor Kaufleute vor Gericht ziehen, hat es regelmäßig Versuche gegeben, den Konflikt anders zu lösen. Schon fast routinemäßig heißt es deshalb oft in Schriftsätzen, eine Güteverhandlung sei aussichtslos. Das nehme ich generell an.

Die ZPO verlangt an anderer Stelle (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass das Gericht in jeder Lage des Rechtsstreits auf

eine vergleichsweise Erledigung hinwirkt und das tue ich auch in nahezu jedem einzelnen Termin, so dass jeder meiner Termine quasi auch ein Gütetermin ist. Was ich allerdings nicht anberaume und was auch nicht aus den Protokollen ersichtlich ist, dass ich erst einen Gütetermin durchführe und wenn der scheitert, in die mündliche Verhandlung des Rechtsstreits eintrete. Ich müsste dann dasselbe sagen wie zuvor im „Gütetermin“.

#### e) TERMIN DER VERKÜNDUNG

Kommt es nicht zu einer vergleichweisen Regelung im Termin, ist eine Entscheidung in einem möglichst nahen Termin zu verkünden. Die der ZPO vorschwebende Frist von 3 Wochen ist – und da wollen wir ehrlich sein – aufgrund der Infrastruktur der Justizverwaltung schlicht nicht einzuhalten. Ich kenne Kolleginnen und Kollegen, die warten 3 Wochen, bis sie das Protokoll ihrer mündlichen Verhandlung wieder aus dem Schreibdienst bekommen. Für meinen Teil, der ich Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen bin, muss ich in die benötigte Bearbeitungszeit immer noch mindestens eine Woche zum Einholen der Unterschriften der Handelsrichter einrechnen. Das sind äußere Zwänge, auf die ein Richter auch keinerlei Einfluss hat, das sind Vorgaben der Justizverwaltung, denen wir uns anpassen müssen.

#### f) BEWEISBESCHLÜSSE, BEWEISMITTEL, ZEUGEN

Wenn es nicht zu einer Endentscheidung durch Urteil kommt, sondern Zwischenentscheidungen, wie im Regelfall Beweisbeschlüsse, zu erlassen sind, stellt sich neben der ohnehin zu fordernden gründlichen relationstechnisch basierten Arbeit die Frage nach den Beweismitteln. Mitunter wird, gerade auch in Bausachen, eine große Anzahl von Zeugen zu einem bestimmten Thema benannt. Hier wünschte ich mir manchmal die Möglichkeit einer Art Verfahrenskonferenz, bei der mit den Parteivertretern die Anzahl der Zeugen und deren Auswahl nach Relevanz festgelegt werden. Mitunter mache ich das einseitig, indem ich anordne, „zunächst“ sollen die und die Zeugen vernommen werden. Wenn ich Glück habe, verzichten die Parteien dann nach der Beweisaufnahme auf die weiteren benannten Zeugen.

Richterlicher Augenschein ist ein Beweismittel, von dem eigentlich viel zu wenig Gebrauch gemacht wird. Nach den 3 oder 4 Ausflügen außerhalb des Gerichts zur Verhandlung vor Ort, an die ich mich erinnere, war ich mir immer sicher, ein besseres Verständnis für den Sachverhalt gewonnen zu haben. Leider ist die Zeit dafür selten vorhanden.

#### g) SACHVERSTÄNDIGE

Nach Zeugen ist der Sachverständige das am meisten eingesetzte Beweismittel. Den richtigen zu finden, ist oft nicht so einfach, denn er soll kompetent sein und trotz der recht schlechten Bezahlung durch die Gerichte schnell arbeiten. Die telefonische Ansprache des

Sachverständigen und die anschließende Übersendung des Beweisbeschlusses per E-Mail haben gerade erst kürzlich dazu geführt, dass ich von einem zum anderen weiter verwiesen wurde, bis ich den dafür wirklich kompetenten gefunden habe. Sich einfach auf die rudimentären Fachgebietenbezeichnungen in den einschlägigen Sachverständigenverzeichnissen zu verlassen, ist meist nicht hilfreich.

Die Aufforderung an die meistens sachverständigen Parteien, geeignete Sachverständige zu benennen, endet leider grundsätzlich damit, dass die Gegenseite der Bestellung einer so benannten Person widerspricht. Erfolgreicher kann es da schon sein, wenn der nicht allwissende Richter die Parteien fragt, auf welchem Fachgebiet oder Fachgebieten die sachverständige Beurteilung eigentlich zu erfolgen hat und ob es Verbände oder Organisationen gibt, die geeignete Sachverständige benennen können. So kann man sich als Richter die Sachkunde mindestens einer der Parteien zunutze machen.

Das geschieht auch in Konferenzen mit Sachverständigen, die sich als überaus positiv für den weiteren Verlauf des Rechtsstreits herausgestellt haben. In der Besprechung des Inhalts und Umfangs des Beweisthemas, um dieses überhaupt erst exakt definieren zu können, wird das Verständnis der meist technischen Zusammenhänge auch für den Richter erweitert und die Relevanz mancher der eben auch (nur) von Juristen formulierten Beweisanträge sieht danach mitunter ganz anders aus.

#### h) AUSBLEIBEN VON ZEUGEN

Ein weiteres Problem, das der zügigen Erledigung eines Rechtsstreites entgegenstehen kann, ist das Ausbleiben von Zeugen. Natürlich sieht die ZPO für diese Fälle vor, dass Ordnungsgeld verhängt werden kann und sie auch in die Kosten ihrer Säumnis verurteilt werden können. Nun ist es natürlich sehr einfach, eine nachträgliche Entschuldigung anzubringen, der gefolgt werden muss. Dazu schwebt mir ein anhängiges Verfahren vor, bei dem ein Zeuge sich schon dreimal mit nachgereichten ärztlichen Attesten entschuldigt hat. Da eine kommissarische Vernehmung wegen der Gleichbehandlung mit anderen Zeugen nicht in Betracht kommt, habe ich nunmehr mit Einverständnis der Parteien eine Vernehmung per Video-Konferenz in die Wege geleitet. Ich habe persönlich mit dem Zeugen telefoniert – auch das ist eine Möglichkeit des Verfahrensmanagements – und er hat eingewilligt, in der Nähe seines Wohnorts zu einer Videokonferenzschaltung zu erscheinen. Ich hoffe also, dass dieses Verfahren demnächst nach dieser letzten Zeugenvernehmung entscheidungsreif sein wird.

#### i) VIDEO-KONFERENZ

Überhaupt ist die Video-Konferenz eine Möglichkeit, Verzögerungen gering zu halten. Sicherlich ist die Durchführung einer solchen Verhandlung, bei der einer der beteiligten Anwälte und die Partei per Video zuge-

schaltet werden gewöhnungsbedürftig. Es ist eben etwas anderes, wenn man quasi mit einem Fernsehgerät spricht als mit einer Person. Ich habe aber auch schon Zeugen per Video-Konferenz vernommen und finde nicht, dass das die Erkenntnismöglichkeit des Gerichts irgendwie nachhaltig beeinträchtigt oder negativ beeinflusst.

Kürzlich saßen zwei Rechtsanwälte aus der Küstenregion Deutschlands vor mir in einem Fall, der in Wismar spielt. Der eine meinte dabei, ob wir das nicht vielleicht auch anders hätten organisieren können, vielleicht per Video. Darauf habe ich ihm gesagt, er möchte sich doch bitte meine Terminverfügung in seiner Akte ansehen und dort den folgenden letzten Absatz lesen:

**Beispiel:**

**„HINWEIS FÜR AUSWÄRTIGE PARTEIVERTRETER:**

Beim Landgericht Frankfurt am Main besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Verhandlung gem. § 128a ZPO im Wege der Bild- und Tonübertragung durchzuführen. Die Standorte von entsprechenden Gegenstellen bei Gerichten in Deutschland sind im Justizportal des Bundes und der Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) feststellbar. Eine derartige Videokonferenzschaltung setzt organisatorische Maßnahmen hier wie auch an der Gegenstelle voraus. Um diese einzuleiten, bedarf es einer Anregung eines Prozessbevollmächtigten und dem Einverständnis der Gegenseite. Die Organisation würde sodann von hier übernommen, wobei es keine Garantie gibt, dass die Durchführung überhaupt oder zum gewünschten Termin möglich sein wird.

Aus technischen Gründen ist derzeit eine Dreier-Konferenz nicht möglich, falls beide Parteivertreter auswärtig geschäftsansässig sind. In diesem Fall bedürfte es der Absprache, wer per Videokonferenz der Verhandlung hier vor Ort zugeschaltet wird.“

Mir schwebt außerdem ein weiterer noch anhängiger Prozess vor, bei dem es um sehr viel Geld geht und bei der drei Jahre nach Beginn des Rechtsstreits noch immer über die Aktivlegitimation der Kläger gestritten wird, die nicht in der Lage waren, belastbare Bankbescheinigungen über die Inhaberschaft bestimmter Wertpapiere vorzulegen. Die Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen muss deshalb entsprechend dem Beweisanspruch per Zeugenbeweis überprüft werden, wobei bedauerlicherweise die infrage kommenden Zeugen in USA, in England und in Kanada wohnen. Während die Zeugin aus den USA und der Zeuge aus England bereit waren, zum Prozessgericht nach Frankfurt zu kommen, ist es die Zeugin aus Kanada nicht. Die Möglichkeit einer konsularischen Vernehmung ist – um das zu vereinfachen – von der Beklagtenseite unmöglich gemacht worden. Die Vernehmung durch einen kanadischen Richter entspricht nicht der Handhabung des betreffenden kanadischen Bundesstaats, der sich insoweit nicht an das Deutsch-Britische Rechtshilfeabkommen hält, was der deutschen Regierung seit Jahren be-

kannt ist. Die Möglichkeit einer Video-Konferenz-Vernehmung ist nach derzeit noch geltendem Recht an die Zustimmung der Parteien gebunden. Die Beklagtenseite hat diese Zustimmung verweigert. Die letzte Möglichkeit habe ich in meinem Angebot gesehen, selbst nach Kanada zu reisen, um die Zeugin zu vernehmen. Aber das stößt auf diplomatische Schwierigkeiten, ist jedenfalls ein Neuversuch, etwas was keinem der beteiligten Behörden bisher bekannt ist. Es steht also in den Sternen, ob das überhaupt machbar ist.

## II. FÖRDERUNGSANREIZE

Thema meines Vortrages ist auch, welche Förderungsanreize es für Verfahrensbeteiligte und Richter gibt.

Gehen wir von dem Normalfall aus, dass die Klägerseite großes Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens hat, dann wird sie versuchen, alle Hindernisse, die entstehen können und auf die sie Einfluss hat, zu beseitigen. Gehen wir weiter davon aus, dass es Fälle gibt, in denen die Beklagtenseite ein Interesse daran hat, dass das Verfahren nicht so zügig beendet wird. Da gibt es eine Fülle von Möglichkeiten der Verzögerung. Viele von ihnen sind hier bereits angesprochen worden. Dagegen gibt es für das Gericht nur begrenzte Gegenmittel. Die ZPO geht eher von einem kooperativ geführten Rechtsstreit aus und nicht von einem konfrontativ gesteuerten Kurs. Der Anreiz für die beklagte Partei, wenn sie diese Interessen hat, ist eben das Erreichen einer Verzögerung. Das kann im Einzelfall so weit gehen, dass Krankheiten, auch von Rechtsanwälten in einer Art und Weise geltend gemacht werden, die Zweifel an der Ernsthaftigkeit wecken. Wenn das Gericht dann, gestützt auf umfangreiche BGH-Rechtsprechung, meint, die Säumnis sei nicht unverschuldet, das OLG die Sache aber anders sieht, dann kommt die Sache wegen eines Verfahrensfehlers wieder zurück und wir haben eine wunderbar eingetretene Verzögerung. Auch dies ein Fall, den ich vor geraumer Zeit erlebt habe.

Welche Anreize gibt es für den Richter? Gehen wir davon aus, dass kein materieller Anreiz im Sinne einer Bestechung gemeint ist. Ein bundesweit bekannter Strafverteidiger mit Sitz in Frankfurt hat dazu einmal gesagt, die einzige Berufsgruppe, von der er sicher annimmt, dass sie nicht bestechlich ist, ist die der deutschen Richter und Richterinnen.

Also welche anderen Anreize kann es geben? Statistik? Es wird natürlich oft kolportiert, dass Gerichtspräsidenten nichts anders tun, als ständig in die Erledigungszahlen ihrer Richterinnen und Richter zu schauen. Es gibt zu viele Gerichte in Deutschland, als dass ich darüber pauschal etwas sagen könnte. Vom Landgericht Frankfurt am Main weiß ich es aus früheren Jahren, als ich für den Präsidenten gearbeitet habe, und aus dem, was mir der Präsidialrichter dieser Tage auf Anfrage gesagt hat, dass die Statistik der Erledigungen alleine kein Kriterium für irgendetwas ist, wenn es um

eine Richterperson geht, also speziell um die Frage der Beförderung. Ob der Bestand hoch – also schlecht –, ob die Erledigungszahl hoch – also gut – ist, ist für sich allein wenig aussagekräftig. Viel wichtiger ist es, in welchem zeitlichen Abstand terminiert, mit welcher Entscheidungsfreude und damit zügig gearbeitet wird und wie die inhaltliche Qualität der Arbeit ausfällt, wozu sich mitunter eine Frage an das Rechtsmittelgericht lohnt.

Es gibt einfach Rechtsstreitigkeiten, die lange dauern, ohne dass der Richter das wirklich beeinflussen kann. Ich habe einmal ein Verfahren von einer anderen Kammer geerbt, das bereits drei Jahre anhängig war, in dem bereits zwei andere Vorsitzende gearbeitet hatten, das im Zeitpunkt der Übergabe bei einem Sachverständigen lag und ich zwei Jahre mit zwei Mal festgesetzten Ordnungsgeldern und der Androhung einer Strafanzeige wegen Aktenunterdrückung brauchte, bevor ich überhaupt die Akte wieder unbearbeitet vom Sachverständigen zurück bekommen habe. Ich habe dann eine weitere Beweisaufnahme mit Zeugen durch-

geführt und wollte danach wiederum das Sachverständigengutachten einholen. Nach dann ziemlich genau acht Jahren Verfahrensdauer haben die Parteien entnervt aufgegeben. Das ist natürlich absolut kein Ruhmesblatt für die Justiz, ich war an der Verzögerung am wenigsten beteiligt, aber natürlich hat sie meine Statistik verhägelt.

Was also bleibt als Anreiz für den Richter? Ich denke, die Führung zügiger Rechtsstreite, die strukturiert durchgeführt werden und zu einer Entscheidung kommen, die nach allen Seiten vertretbar sind und somit keinen kurzen Prozess darstellen, wird sich schlicht herumsprechen. Wenn das bei einem Richter/einer Richterin die Regel ist, wird das Ansehen dieser Richter/in dieses Richters innerhalb der Richterschaft, innerhalb der Anwaltschaft und natürlich auch bei den – trotz richterlicher Unabhängigkeit vorhandenen – „Vorgesetzten“ steigen. Aber ein gutes Gefühl und Zufriedenheit ob der erbrachten Leistung ist für viele Anreiz genug, um genau diese Tätigkeit weiter auszuüben.

## VERFAHRENSMANAGEMENT IM ZIVILPROZESS

### GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN UND ANREIZE

PROF. INGO SAENGER\*

#### I. EINFÜHRUNG

Verfahrensmanagement und Prozessleitung, auf § 136 sowie verschiedene andere Vorschriften der Zivilprozessordnung gegründet, sind in allen Jurisdiktionen bedeutsam. Ein wichtiger Grund hierfür liegt auf der Hand: Kosten!<sup>1</sup> Verfahrensmanagement soll den Gerichtsprozess optimieren. Aber was heißt „optimieren“? Die Ressourcen des Staates sollen ebenso wie die der Parteien geschont werden. Gleichwohl muss dem Justizgewährungsanspruch und damit der Gerechtigkeit Genüge getan werden. Also orientieren sich sämtliche Prozessordnungen an dem Ziel, höchste Qualität des Verfahrens in kürzester Zeit zu gewährleisten – und das zu den niedrigsten Kosten.<sup>2</sup> Letzteres ist überspitzt gesagt auch der einzige Grund, warum ein Gesetz-

geber überhaupt reagiert.<sup>3</sup> Diese „Weisheit“ ließe sich sicher auch im deutschen Schrifttum finden, ist aber dem englischen entnommen – die Erkenntnis ist also universal.

Aus Gründen der Kostenersparnis werden zuweilen traditionelle Prinzipien aufgegeben oder modifiziert. Verfahrensmanagement ist ein gutes Beispiel. Der deutsche Zivilprozess ist traditionell durch einen starken Richter geprägt, dem ganz unterschiedliche Möglichkeiten offen stehen, den Gang des Verfahrens zu bestimmen. Dies ist aber nur bis zu einer bestimmten Grenze möglich. Angesichts des Beibringungsgrundsatzes hat der Richter nur begrenzte Möglichkeiten, selbst Tatsachen zu beschaffen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber nach und nach die Tür für ein investigatives Herangehen geöffnet.<sup>4</sup> Ein solcher Widerstreit zwischen einem „sozialen“ Zivilprozess, in dem der Richter eine starke Stellung hat, und einem (nur) in die Hand der Parteien gelegten Prozess, der sich am Verhandlungsgrundsatz orientiert, wobei in diesem Zusammen-

\* Der Verfasser ist Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Gesellschaftsrecht sowie Direktor des Instituts für Internationales Wirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Daneben war er von 1999 bis 2006 als Richter am OLG Hamm tätig. Dem Beitrag liegt das Manuskript eines anlässlich des 6. ZPR-Symposiums der Bundesrechtsanwaltskammer am 16.3.2012 in Potsdam gehaltenen Vortrags zugrunde. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Vgl. auch *Storskrubb*, *Civil Procedure and EU Law: A Policy Area Uncovered* (2008), S. 285 f.

<sup>2</sup> *Flanders*, *Case management in federal courts: some controversies and some results*, 4 *Justice System Journal* (1978), 147, 149.

<sup>3</sup> *Zuckerman/Cranston* (Hrsg.), *Reform of Civil Procedure, Essays on 'Access to Justice'* (1995), S.V.

<sup>4</sup> Bereits 1988 hob *Gottwald*, *Aktive Richter – Managerial Judges. Zur Richtermacht im amerikanischen und deutschen Zivilprozess*, in: *Institute of Comparative Law Waseda University* (Hrsg.), *Law in east and west* (1988), S. 705, die zunehmenden Aufgaben des Richters bei der Informationsbeschaffung hervor.

hang der Begriff der sporting theory of justice Verwendung findet,<sup>5</sup> lässt sich auch in anderen Rechtsordnungen beobachten. So ist das amerikanische System traditionell von letzterem geprägt – zwei „moderne Gladiatoren“ im unerbittlichen Kampf unter den Augen eines nur beobachtenden „Ringrichters“.<sup>6</sup> Hiervon ist das britische Recht aber schon vor geraumer Zeit abgerückt.<sup>7</sup> Ausschlaggebend dafür war Lord *Woolf's* „Interim Report“,<sup>8</sup> in dem ganz grundsätzlich eine Übertragung der Verantwortung für die Verfahrensgestaltung von den Parteien und ihren Vertretern auf das Gericht empfohlen wurde. Mit den 1998 reformierten Civil Procedure Rules (CPR) kam es zum Paradigmenwechsel. Dahinter steht die Idee eines Verfahrensmanagements, das die Möglichkeit eröffnet, den Streit auf frühestmöglicher Stufe beizulegen. Aber auch in den Vereinigten Staaten – wo case management vor allem von Rule 16 der Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R.Civ.P.) bestimmt wird, die seit ihrem Inkrafttreten 1934 nur in 1983 und 1993 ergänzt bzw. erweitert wurde<sup>9</sup> – diskutiert man eine erhebliche Ausweitung des gerichtlichen Einflusses. Ungeachtet des Ringens um das Prinzip ist bemerkenswert, wie unabhängig die Richter in den verschiedenen Ländern doch auf die gesetzgeberischen Ideen reagieren und auf welche Weise sie von Neuregelungen Gebrauch machen.<sup>10</sup>

Verfahrensmanagement ist auch gewiss kein neues Thema für das ZPR-Symposium. Auf dessen Tagesordnung standen bereits die Effektivität des Rechtsschutzes (3. Symposium 2005) und die Bedeutung der mündlichen Verhandlung (5. Symposium 2009) ebenso wie das weite Feld der Mediation (5. Symposium 2007, zugleich Gegenstand von Zivilprozessrechtslehrtagung 2008 und Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages 2008). Hinzuweisen ist auch auf das XI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts 2008, das der ökonomischen Analyse des Verfahrensrechts gewidmet war.<sup>11</sup> Die Untersuchungen u.a. von *Prütting*<sup>12</sup> zu der Frage, ob gesetzgeberische Maßnahmen zur Beschleunigung von Gerichtsverfah-

ren positive Effekte gezeitigt haben, brachten indes kein positives Ergebnis. Entsprechendes gilt für andere interessante Untersuchungsgegenstände, wie den Auswirkungen der Altersstruktur der Richter in Bezug auf Produktivität und „Fehlerquote“ von Gerichtsentscheidungen. Überzeugt haben mich auch nicht die Forschungen zu Nutzen und Kosten der Justiz aus volkswirtschaftlicher Sicht – schon die Vorfrage, welches „Gut“ im Justizsektor „hergestellt“ werde,<sup>13</sup> befremdet. Zweifellos ist das Thema wichtig und sind praktische Lösungen nach wie vor gefragt. Indes ist vieles bereits gesagt – wenn auch vielleicht nicht von jedem. Das macht es den Referenten nicht einfach. Dennoch sollen einige neue Facetten zur Diskussion beigesteuert werden. Um das Pferd einmal von hinten aufzuzäumen und das Credo vorwegzunehmen: Es ist wohl nicht so, dass das im Zivilprozessrecht angelegte Verfahrensmanagement unzulänglich und grundlegend reformbedürftig wäre. Jüngere Gesetzesänderungen haben jedenfalls nicht zu durchgreifenden Veränderungen geführt. Ich sehe Diskussionsbedarf vor allem in Bezug auf die Art und Weise der Anwendung des vorhandenen Instrumentariums durch die Gerichte sowie die „Infrastruktur“ der Justiz.

Kommen wir zu den „Anreizen“: Für wen eigentlich – für den Richter bzw. den Staat oder für die Parteien? Am Ende ist immer Geld entscheidend. Zwar ist der Richter nicht der „Hüter der Staatskasse“.<sup>14</sup> Aber in der überlangen Dauer einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit kann eine Verletzung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG liegen.<sup>15</sup> Bekanntlich wird bei überlangen Verfahren heute eine Entschädigung gewährt.<sup>16</sup> Das hat für den Staat sicherlich „Anreizwirkung“ und soll – wie zu hören ist – auch bis hinauf zu den höchsten Gerichten „Druck“ aufgebaut haben.

Auch ungeachtet dessen obliegt es dem Staat, Mittel der Allgemeinheit ebenso wie die der Prozessbeteiligten zu schonen. Indes müssen jedenfalls die Kosten aufgebracht werden, die nötig sind, um den Justizgewährungsanspruch zu verwirklichen. Dies kann in der privaten Gerichtsbarkeit und teilweise auch in der staatlichen anderer Jurisdiktionen anders gesehen werden; im deutschen Zivilprozess haben wir aber das Spannungsverhältnis von Gerechtigkeits- und Effizienzerwägungen auszuloten.<sup>17</sup> Ohne Zweifel sollte die ZPO-Reform von 2002 nicht nur der Qualitätsverbesserung, sondern auch der Effizienzsteigerung dienen.<sup>18</sup> Voraus-

<sup>5</sup> *Schlusser*, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599, 603; *Wagner*, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, ZEuP 2008, 6, 22.

<sup>6</sup> Vgl. dazu etwa *Sherman*, 48 S. TX. L. REV. 683 (2007) und *Burke*, *aja.ncsc.dni.us/courtrv/cr40-2/CR40-2Burke.pdf* (zuletzt besucht am 8.2.2014).

<sup>7</sup> Von entscheidender Bedeutung war Lord *Woolf's* Interim Report (Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, 1995, S. 52), der für den Zivilprozess eine grundlegende Verlagerung der Verantwortung für das Verfahrensmanagement von den Prozessparteien und deren Beratern hin zu den Gerichten empfahl.

<sup>8</sup> Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, 1995, S. 52.

<sup>9</sup> *Wright/Kane*, Law of federal courts, 6th Aufl. (2002), S. 684; vgl. auch *Shapiro*, Federal Rule 16: a look at the theory and practice of rulemaking, 137 U. Pa. L. Rev. 1969 (1989).

<sup>10</sup> S. etwa zum deutschen Recht *Nassall*, Zehn Jahre ZPO-Reform vor dem BGH, NJW 2012, 113, 116 („Wandel in Kontinuität“).

<sup>11</sup> Die Beiträge vereinigt der Tagungsband *Bork/Eger/Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, Beiträge zum XI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (26. bis 29.3.2008), 2009.

<sup>12</sup> Basierend auf der rechtstatsächlichen Untersuchung *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis – Evaluation der ZPO-Reform, 2006.

<sup>13</sup> *Kirchner*, Kosten und Nutzen der Justiz aus volkswirtschaftlicher Sicht, a.a.O. (Fn. 11), S. 85, 87.

<sup>14</sup> *Thielmann*, Richter als Hüter der Staatskasse?, ZRP 2005, 123, freilich mit Blick auf Strafverfahren.

<sup>15</sup> BVerfGE 82, 126, 155; 93, 99, 107 und der Beschl. v. 2.12.2011 – 1 BvR 314/11, DB 2012, 337.

<sup>16</sup> Seit Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren v. 24.11.2011 am 3.12.2011 (BGBl. I S. 2302).

<sup>17</sup> Dazu auch *Duve/Sattler*, Der Kampf ums Recht im Jahr 2030. Die Zukunft privatrechtlicher Rechtsverfolgung – und was sie für Anwälte bedeutet, AnwBl. 2012, 2, 5.

<sup>18</sup> RegE, BT-Drucks. 14/4722, S. 1.

setzung für eine Steigerung des Effizienzgrades ist jedoch, dass mit geringerem Aufwand dasselbe Ergebnis erreicht wird.<sup>19</sup> Hält die Reform dieser „Nagelprobe“ stand?

Maßnahmen der Kostenreduktion waren beispielsweise die Einführung des originär zuständigen Einzelrichters beim Landgericht (§ 348, § 348a ZPO) und die Beschränkung der zweiten Tatsacheninstanz nach § 529 ZPO.<sup>20</sup> Auf den ersten Blick mag die Rechnung scheinbar aufgehen: Werden Kollegialgerichte und Instanzen reduziert, kommt es zu einer unmittelbaren Einsparung. Das gilt aber nur, wenn man Berufungen, Rechts- oder gar Verfassungsbeschwerden mit den entsprechenden Verlagerungen an andere Gerichte als „Kollateralschäden“ außer Betracht lässt – vom Schaden für das Ansehen des Rechtssystems ganz abgesehen. Überspitzt gesagt: Es dürfte eher unwahrscheinlich sein, dass im Einzelfall das für eine messbare Effizienzsteigerung erforderliche selbe Ergebnis erzielt werden kann, wenn man aus strukturellen Kosteneinsparungsgründen einen frisch examinierten Einzelrichter einsetzt, der seine Erfahrung nicht in einem Kollegialgericht sammelt, sondern sich „einsam“ im eigenen Dezernat im Wege des learning by doing ein training on the job verordnen lässt.<sup>21</sup> Angesichts dessen wird man an solche Strukturänderungen – zuweilen sogar offen als „Qualitätsabbau“ kritisiert<sup>22</sup> – keine allzu großen Erwartungen stellen können. Wir müssen uns also dem „Fein-Tuning“ des Verfahrens zuwenden, also der Frage, welches Instrumentarium Richtern und Parteien bzw. deren Anwälten an die Hand zu geben ist.

## II. INSTRUMENTARIUM

Trotz hektischer gesetzgeberischer Aktivitäten in der vergangenen Zeit,<sup>23</sup> sind die Koordinaten doch insgesamt behutsam geändert worden. Obwohl der Prozess durch den Verhandlungs- und Beibringungsgrundsatz<sup>24</sup> geprägt ist und die Beibringung von Tatsachen und Beweisen den Parteien obliegt,<sup>25</sup> hat der Richter ihnen wo nötig zu helfen und Beweise zu erheben, wohingegen die Parteien Beweismittel beizubringen ha-

ben.<sup>26</sup> Der Richter bestimmt das förmliche Verfahren.<sup>27</sup> Er leitet die Parteien durch das Verfahren und ist bis zu einem bestimmten Punkt auch verantwortlich, dass Tatsachen aufgedeckt werden. Dabei steht nicht allein die Verfahrensbeschleunigung im Vordergrund. Vielmehr sollen die Parteien in die Lage versetzt werden, ihre prozessualen Rechte in angemessener Weise auszuüben. So gesehen ist die Prozessleitung als Gegengewicht zur Parteiherrschaft zu verstehen.<sup>28</sup>

Aber was bedeutet Prozessleitung im Einzelnen? Der Richter trägt die Verantwortung für ein konzentriertes und beschleunigtes aber gleichwohl gründliches Verfahren.<sup>29</sup> Stürner<sup>30</sup> spricht in diesem Zusammenhang von dem modernen Modell einer richterlich vorbereiteten Hauptverhandlung. Kennzeichnend ist, dass die richterlichen Befugnisse ganz weitgehend in seinem Ermessen stehen. Dies wird insbesondere an der Vorschrift über die Bestimmung der Verfahrensweise deutlich. § 272 Abs. 2 ZPO knüpft die Entscheidung, ob der Richter einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt oder ein schriftliches Vorverfahren veranlasst, an keine Bedingung.<sup>31</sup> Indes ist die Vorschrift über die Leitung der mündlichen Verhandlung des § 136 ZPO sehr knapp gefasst. Im Wesentlichen ist nur geregelt, dass der Vorsitzende Richter in der Verhandlung das Wort erteilt und Sorge zu tragen hat, dass die Sache erschöpfend erörtert und möglichst ohne Unterbrechung zu Ende geführt wird.

Von zentraler Bedeutung ist demgegenüber § 139 ZPO.<sup>32</sup> Diese Vorschrift normiert die Frage- und Hinweispflichten des Gerichts. Entsprechende Pflichten bestehen nach § 278 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch in einer der mündlichen Verhandlung vorausgehenden Güteverhandlung. Allein die Zweckrichtung ist eine andere. Geht es bei § 139 ZPO in erster Linie um die effektive Rechtsschutzgewährung, ist § 278 ZPO auf die gütliche Beilegung des Streits gerichtet.<sup>33</sup> Gerichtliche Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts werden konkret in §§ 141–144 ZPO beschrieben (Anordnung persönlichen Erscheinens, der Urkundenvorlegung, Aktenübermittlung oder Augenscheinseinnahme). Hierzu zählen auch die Maßnahmen, die das Gericht nach § 273 ZPO zur Vorbereitung des Termins erlässt, und ebenfalls der Erlass von Beweisbeschlüssen (§ 359 ZPO).

<sup>19</sup> Bruns, Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, ZZZ 124 (2011), 29.

<sup>20</sup> Darauf weisen auch Duve/Sattler, AnwBl. 2012, 2, 5 hin.

<sup>21</sup> Wohl ebenfalls kritisch hinsichtlich der Effizienzgewinne durch die Abschaffung des Kammerprinzips Bruns, ZZZ 124 (2011), 29, 37 f. Zu der Problematik des Einsatzes von unerfahrenen Richtern insbesondere auch Wächter, Die Tatsacheninstanz in großen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO-Reform, ZZZ 119 (2006), 393, 403 f.

<sup>22</sup> Wächter, ZZZ 119 (2006), 393, 396. Vgl. dazu auch Bruns, ZZZ 124 (2011), 29, 37 f.

<sup>23</sup> Die Entwicklung zwischen 1995 und 2005 thematisiert Hess, Effektiver Rechtsschutz vor deutschen Gerichten aus deutscher und vergleichender Sicht, in: Gottwald (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten (2006), S. 121, 127 ff.

<sup>24</sup> Vgl. Rauscher, MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2013, Einl., Rdnr. 306 ff.; Saenger, Hk-ZPO, 5. Aufl. 2013, Einf., Rdnr. 66 ff.; Musielak, Musielak, ZPO, 10. Aufl. 2013, Einl., Rdnr. 37 ff.; Greger, Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 128, Rdnr. 10 ff.; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2005, vor § 128, Rdnr. 146 ff.; Wieczorek/Schütze/Prütting, ZPO, 3. Aufl. 1994, Einl., Rdnr. 78 ff.

<sup>25</sup> Stein/Jonas/Leipold (o. Fn. 24), vor § 128, Rdnr. 186.

<sup>26</sup> Leipold, Limiting Costs for Better Access to Justice – The German Experience, in: Zuckerman/Cranston (o. Fn. 3), S. 265, 266.

<sup>27</sup> Seit 2002 ist § 139 ZPO an das gesamte Gericht, § 273 Abs. 2 ZPO nur an den Vorsitzenden Richter gerichtet. Dies erklärt sich damit, dass der Vorsitzende Richter der mündlichen Verhandlung vorsitzt, aber einzelne Verfahrensschritte dem Berichterstatler überlassen sein können, vgl. Stein/Jonas/Leipold (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 96.

<sup>28</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), vor § 128, Rdnr. 18 f.

<sup>29</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), vor § 128, Rdnr. 186.

<sup>30</sup> Stürner, Parteiherrschaft versus Richtermacht. Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, ZZZ 123 (2010), 147.

<sup>31</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 20.

<sup>32</sup> Umfassend dazu M. Koch, Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, 2003.

<sup>33</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 16.

Insgesamt ist dieser Bereich stark durch die Gerichtspraxis geprägt.<sup>34</sup> Wie groß der Spielraum ist, haben zuletzt die Initiativen zur gerichtlichen Mediation gezeigt. Auf diesen Gesichtspunkt soll hier aber nicht eingegangen werden. Das alles war Gegenstand umfangreicher kontroverser Diskussion<sup>35</sup> und bleibt es wohl auch über den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens hinaus.<sup>36</sup> Jedenfalls dürfte die Position des Güterichters gestärkt worden sein.<sup>37</sup> Nun aber zu verschiedenen Einzelfragen.

## 1. VORBEREITUNG DES TERMINS (§ 273 ZPO)

Die Vorschrift über die umfassende und rechtzeitige Vorbereitung der Verhandlung stellt ein Instrument für den Richter zur planvollen Beschaffung des entscheidungserheblichen Prozessstoffes dar. Damit wird die Pflicht des Gerichts zur materiellen Prozessleitung konkretisiert.<sup>38</sup> Ob und welche Maßnahmen erforderlich sind, richtet sich indes nach der Verfahrenslage und der Zumutbarkeit gerichtlichen Eingreifens.<sup>39</sup> Insofern besteht ein weites Ermessen des Gerichts. Seine Schranke findet die Prozessvorbereitung im Verhandlungsgrundsatz, wonach nur solche Vorbereitungsmaßnahmen zulässig sein können, die im Vorbringen der Parteien eine Grundlage finden.<sup>40</sup>

In Betracht kommt auch die Vorbereitung der Beweiserhebung. Damit wird die Klärung bestimmter Streitpunkte durch einzelne Beweismittel bezweckt, nicht aber die Herbeiführung einer umfangreichen Beweisaufnahme mit dem Ziel, die säumige Partei davor zu schützen, dass ihr verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleibt.<sup>41</sup> Im Einzelnen kann nach § 273 Abs. 2 ZPO weiterer Parteivortrag zur Ergänzung und Erläuterung veranlasst werden (§ 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).<sup>42</sup> Die Möglichkeit des Ersuchens um amtliche Auskunft nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gibt indes keine Ermächtigung zu Amtsermittlungen. Entsprechende Maßnahmen sind nur zulässig, wenn eine Partei sich auf den fraglichen Vorgang bezogen hat.<sup>43</sup> Nach § 273 Abs. 2 Nr. 5 ZPO kann unter den Voraussetzungen von § 144 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO die Vorlegung von Augenscheins- oder Begutachtungsobjekten angeordnet werden, nicht aber Augenschein oder Begutachtung

selbst, da es sich dabei nicht mehr nur um die Vorbereitung, sondern bereits um eine Beweisaufnahme handelt.<sup>44</sup>

## 2. GÜTEVERHANDLUNG (§ 278 ABS. 2 ZPO)

Dem case management zuzurechnen ist ebenfalls die sich aus § 278 ZPO ergebende Pflicht<sup>45</sup> des Gerichts, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht zu sein. Deshalb hat der mündlichen Verhandlung regelmäßig eine Güteverhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits vorauszugehen. Insofern steht dem Richter ebenfalls ein sehr weites Ermessen zu. Nach § 278 Abs. 2 ZPO kann er zum einen auf den Güteversuch verzichten, wenn dieser nach seiner Einschätzung „erkennbar aussichtslos“ erscheint. Maßgeblich ist dabei allein die subjektive Überzeugung des Gerichts.<sup>46</sup> Zum anderen steht der Ablauf der Güteverhandlung im freien Ermessen des Gerichts, das den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen hat. Nach § 278 Abs. 5 ZPO kann das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung vor einen Güterichter verweisen. Schließlich ermöglicht § 278 Abs. 6 ZPO den außgerichtlichen Abschluss eines Prozessvergleichs, indem das Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag machen kann, den die Parteien durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen können, so dass er nicht im Güteverfahren oder in der streitigen Verhandlung vereinbart und beurkundet werden muss.<sup>47</sup>

Der Richter ist also verpflichtet zunächst zu prüfen, ob sich die Möglichkeit einer gütlichen Streitbeilegung bietet. Die gütliche Streitbeilegung als solche wird erst zur Pflicht, wenn sie im Einzelfall zweckmäßig und vor allem aussichtsreich erscheint. Maßgeblich für die Zweckmäßigkeit der gütlichen Streitbeilegung als Alternative zum streitigen Urteil ist neben der Kostenersparnis und der Verfahrensbeschleunigung auch die Geeignetheit zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Deshalb können nicht allein prozessökonomische Gründe ausschlaggebend sein, sondern ist auch das Konfliktpotenzial zu erfassen und bei der Vorgehensweise zu berücksichtigen.<sup>48</sup>

## 3. RICHTERLICHE HINWEISPFlicht (§ 139 ZPO)

In jeder Lage des Prozesses besteht eine richterliche Frage- und Hinweispflicht, in der mündlichen Verhandlung ebenso wie bereits bei deren Vorbereitung.<sup>49</sup> Hier-

<sup>34</sup> Sozusagen zum „Idealbild“ vgl. H. Schneider, Casemanagement – Optionen bei der Verfahrensgestaltung im Zivilprozess, SchlHA 2007, 49.

<sup>35</sup> Dazu nur Henssler/Deckenbrock, Das neue Mediationsgesetz: Mediation ist und bleibt Anwaltssache!, DB 2012, 159 und Prütting, Das neue Mediationsgesetz: Konsensuale Streitbeilegung mit Überraschungen, AnwBl. 2012, 204.

<sup>36</sup> Vgl. nur den Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/5335, die Vorlage des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8058 und die verzweifelten Initiativen, auch an einer gerichtlichen Mediation festzuhalten.

<sup>37</sup> Prütting, AnwBl. 2012, 204, 206 f., 208.

<sup>38</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 1; Greger, Zöller, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 1.

<sup>39</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 4; Foerste, Musielak, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 2.

<sup>40</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 5; Foerste, Musielak, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 3.

<sup>41</sup> BGH, NJW 1980, 1102, 1103; Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 8.

<sup>42</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 11; Foerste, Musielak, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 10.

<sup>43</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 12; Greger, Zöller, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 7.

<sup>44</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 16; Greger, Zöller, (o. Fn. 24), § 273, Rdnr. 13.

<sup>45</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 3; Foerste, Musielak, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 15.

<sup>46</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 10; Prütting, MüKo-ZPO (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 18.

<sup>47</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 21; Greger, Zöller, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 34.

<sup>48</sup> Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 3; Greger, Zöller, (o. Fn. 24), § 278, Rdnr. 1.

<sup>49</sup> Zum Ganzen auch Schumann, Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs. 2 ZPO), in: FS Leipold (2009), 175 ff.

bei handelt es sich um eine Amtspflicht des Gerichts. Ein Beurteilungsspielraum besteht allenfalls im Hinblick darauf, auf welche Weise das Gericht seiner Pflicht zur Klärung des Sach- und Streitverhältnisses nachkommt.<sup>50</sup> Die Zulässigkeit der aktiven Mitwirkung des Gerichts bei der Klärung des Sach- und Streitverhältnisses wird allein von der Neutralitätspflicht und dem Grundsatz der Gleichbehandlung begrenzt.<sup>51</sup> Maßgeblich für die Pflicht zur Erteilung von Hinweisen ist der materiell-rechtliche Standpunkt des Gerichts.<sup>52</sup> Indem die Parteien über den rechtlichen Rahmen einer voraussichtlichen Entscheidung informiert werden, werden sie zugleich vor unnötigen Aktivitäten der Tatsachen- und Beweisermittlung bewahrt, was die Effizienz des Verfahrens verstärkt.<sup>53</sup>

Erörterung i.S.v. § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist ein „offenes Rechtsgespräch“,<sup>54</sup> also die allseitige Aussprache zwischen Gericht und Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Fragen sind zu stellen, wenn Zweifel hinsichtlich des Parteivorbringens bestehen.<sup>55</sup> Hinweise sind zu geben, wenn Tatsachenvortrag, Beweisangebote oder Anträge fehlen, unvollständig, widersprüchlich oder unklar sind.<sup>56</sup> Weil das Gericht nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO darauf hinzuwirken hat, dass sich die Parteien rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, ist ein Hinweis auf eine nicht hinreichend substantiierte Darstellung erforderlich, ebenso der Hinweis auf die Unschlüssigkeit der Klage.<sup>57</sup> In Bezug auf seine Rechtsauffassung hat das Gericht auf alle Gesichtspunkte hinzuweisen, die nach seiner Auffassung für die Entscheidung von Bedeutung sind.<sup>58</sup> Es muss den Parteien die Gelegenheit geben, ihren Rechtsstandpunkt zu erörtern.<sup>59</sup> Das erfordert nicht nur das Verbot von Überraschungsentscheidungen (§ 139 Abs. 2 ZPO), sondern gebietet auch der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 128 ZPO).<sup>60</sup> Indes braucht das Gericht nicht offenzulegen, welchen Rechtsstandpunkt es selbst vertritt.<sup>61</sup>

Auch ist das Gericht verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass sachdienliche Anträge gestellt und Beweismittel bezeichnet werden. Das Gericht hat deshalb auf einen fehlenden Beweisantrag hinzuweisen, was insbesondere bei Verkennung der Beweislast gilt.<sup>62</sup> Nach § 139 Abs. 2 ZPO ist auf die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte hinzuweisen, damit es nicht zu Überraschungsentscheidungen kommt. Für das Gericht ent-

scheidungserhebliche Gesichtspunkte müssen deshalb angesprochen werden, wenn eine Partei dies erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat oder das Gericht diesen Gesichtspunkt anders beurteilt als beide Parteien.<sup>63</sup>

#### 4. GERICHTLICHE INFORMATIONS BESCHAFFUNG UND BEIBRINGUNGSGRUNDSATZ – URKUNDENVORLEGUNG (§ 142 ZPO) UND VORLAGE VON AUGENSCHEINSGEGENSTÄNDEN (§ 144 ZPO)

Ausgehend vom Beibringungs- bzw. Verhandlungsgrundsatz darf das Gericht seiner Entscheidung nur tatsächlichen Prozessstoff zugrunde legen, der von den Parteien in den Prozess eingeführt wurde.<sup>64</sup> Eine Beweiserhebung soll das Gericht nur anordnen können, wenn zumindest eine Partei dies beantragt.<sup>65</sup> Dies erklärt sich daraus, dass der Zivilprozess der Durchsetzung privater Rechte dient und deshalb ohne weiteres darauf vertraut werden kann, dass die Parteien die ihnen günstigen Tatsachen auch vortragen werden. Das findet in der Privatautonomie seine materiell-rechtliche Parallele.<sup>66</sup> Die Parteien allein bestimmen das Verfahren und es besteht grundsätzlich kein öffentliches Interesse an der Ermittlung von der streitigen Privatrechtsbeziehung zugrunde liegenden Tatsachen.

Es stellt sich aber die Frage nach der Reichweite des Beibringungsgrundsatzes: Wer muss wann was darlegen und gar Beweis antreten? Wie verhält es sich, wenn die darzulegenden Tatsachen nicht zugänglich sind? Und unter prozesstaktischen Gesichtspunkten: Welche Informationen können zunächst zurückgehalten werden, ohne dass, wenn sie aufgrund prozessualen Verhaltens des Gegners Relevanz gewinnen, die Präklusion hindert, sie nachzuschieben?<sup>67</sup> Der Richter soll nach traditioneller Lesart jedenfalls nicht Herr des Verfahrens sein und sich im äußersten Fall – was die Tatsachengrundlage angeht – sogar von den Parteien an der Nase herumführen lassen müssen. Dass dies nicht die Effektivität des Rechtsschutzes fördert, ist hinlänglich bekannt.

Die Kritik wird von *Greger* nur neu formuliert, wenn er dem BGH anlastet, auf einem Standpunkt des „Nicht-offenbarens“ zu beharren,<sup>68</sup> und fordert, der deutsche Zivilprozess müsse grundlegend – eine Formulierung *Stürners*<sup>69</sup> aufnehmend – vom prozessdarwinistischen Gedankengut des 19. Jahrhunderts befreit werden und Anschluss an ein von Rationalismus geprägtes, der modernen Informationsgesellschaft entsprechen-

<sup>50</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 27.

<sup>51</sup> BGH, NJW 2004, 164; Stein/Jonas/Leipold (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 20; *Wästmann*, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 1.

<sup>52</sup> BGH, NJW 1991, 704.

<sup>53</sup> *Stürner*, ZJP 123 (2010), 147, 154.

<sup>54</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 19.

<sup>55</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 22, 24.

<sup>56</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 18, 22, 24, 35; *Wästmann*, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 2.

<sup>57</sup> BGH, MDR 2004, 468.

<sup>58</sup> BVerfGE 98, 218, 263; Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 19.

<sup>59</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 19.

<sup>60</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 19, 58.

<sup>61</sup> Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 19.

<sup>62</sup> *Wästmann*, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 5.

<sup>63</sup> *Wästmann*, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 139, Rdnr. 6.

<sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93, NJW 1995, 40; BGH, Urt. v. 13.3.1997 – I ZR 215/94, NJW 1998, 156, 159.

<sup>65</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.12.1993 – 2 BvR 65/93, NJW 1994, 1210, 1211.

<sup>66</sup> *Spickhoff*, Richterliche Aufklärungspflicht und materielles Recht (1999), S. 23.

<sup>67</sup> S. zu diesem Gesichtspunkt auch *Geipel/Geisler/Nilf*, Präklusion versus Prozesstaktik, ZAP 2007, 139.

<sup>68</sup> *Greger*, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess, BRAK-Mitt. 2005, 150, 155.

<sup>69</sup> *Stürner*, Zur allgemeinen Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZJP 104 (1991), 208, 216.

des Konfliktmanagement finden, wenn er nicht international und insbesondere im Vergleich zur Schiedsgerichtsbarkeit ins Hintertreffen geraten wolle.<sup>70</sup> Verwiesen wird auf das amerikanische Prinzip der wechselseitigen Offenlegung aller prozessrelevanten Informationen, die im französischen System statuierten allgemeinen Mitwirkungspflichten der Parteien ohne Rücksicht auf die Beweislast, den in Österreich an die Stelle der Verhandlungsmaxime getretenen und Kooperationsmodell genannten abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz sowie auf die vom englischen Richter gesteuerte gegenseitige Information der Parteien. Letztlich müssten die Parteien auf den Austausch aller prozessrelevanten Informationen zur Förderung der einvernehmlichen Streitbeilegung hinwirken, was aber – wie von *Stürner*,<sup>71</sup> *Gottwald*<sup>72</sup> und *Schlosser*<sup>73</sup> längst gefordert – ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich mache. Insoweit scheint sich inzwischen einiges in Bewegung zu befinden, auch wenn ein stimmiges Konzept der Neuorientierung noch nicht erkennbar ist.

Das Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG)<sup>74</sup> hat Erweiterungen im Rahmen der Anordnung der Vorlegung in § 142 und § 144 ZPO gebracht. Diese können im Rahmen der Vorschriften über die Prozessleitung mit Blick auf die Beibringungslast als „Einbruchstellen“ in das tradierte System gewertet werden. Sowohl die Parteiherrschaft als auch der Beibringungsgrundsatz haben an Bedeutung verloren.<sup>75</sup> *Leipold* spricht zu Recht von „tiefgreifenden Veränderungen“<sup>76</sup> in Bezug auf das Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht. Seit der Neuregelung von § 142, § 144 ZPO sind die Gerichte ermächtigt, auch gegen deren Willen Urkunden und andere Erkenntnismittel von einer Partei oder Dritten herauszuverlangen. Damit ist der Schutz entfallen, interne Papiere im Prozess präsentieren zu müssen.<sup>77</sup> Der alte Grundsatz, wonach keine Prozesspartei gehalten ist, dem Gegner für dessen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht von sich aus verfügt,<sup>78</sup> gilt wohl nicht mehr. Letztlich lassen sich zwei Wege beschreiten: Zum einen kommt die Anordnung der Vorlegung von bei den Parteien oder Dritten befindlichen Urkunden oder Augenscheinsgegenständen von Amts wegen nach § 142, § 144 ZPO in Betracht. Die Anordnung der Vorlegung von Urkunden oder Augenscheinsgegenständen durch Dritte kann zum anderen aber auch auf einen entsprechenden Antrag (§ 428 und § 371 Abs. 2 ZPO) einer Partei hin nach § 142, § 144 ZPO angeordnet werden. Es handelt

sich dann um einen echten Beweisantrag i.S.v. §§ 428 ff. bzw. §§ 371 ff. ZPO.

#### a) PROZESSLEITENDE ANORDNUNG DER VORLEGUNG VON AMTS WEGEN

Vor der Neuregelung konnte nur die Vorlage gegenüber der Partei angeordnet werden, die sich auf die in ihren Händen befindlichen Urkunden bezogen hatte. Im Besitz des Gegners befindliche Urkunden konnten vom Beweisführer nur im Wege des Urkundenbeweises und auch nur bei Bestehen eines materiell-rechtlichen Herausgabeanspruches eingeführt werden (§§ 420–423 ZPO), bei Besitz Dritter bedurfte es sogar einer gesonderten Herausgabeklage (§ 429 ZPO). Allerdings vermochte das Gericht bereits nach früherem Recht die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige unabhängig von einem Beweisantritt von Amts wegen anzuordnen (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die gerichtliche Anordnungscompetenz wurde aber mit § 144 Abs. 1 Satz 2 ZPO über die passive Duldung der Augenscheinnahme auf die Vorlegung von Augenscheinsobjekten durch die Partei oder einen Dritten erweitert.<sup>79</sup>

Wie verträgt sich dies mit dem Beibringungsgrundsatz? Die gesetzgeberische Motivation ist rasch ergründet – freilich ohne dass sich daraus Rückschlüsse auf ein Gesamtkonzept ziehen ließen. Das Gericht soll die Möglichkeit haben, sich im Interesse der Sachaufklärung möglichst früh einen umfassenden Überblick über den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt zu verschaffen.<sup>80</sup> Es handelt sich also um eine Maßnahme materieller Prozessleitung, die keinen Antrag voraussetzt. Sie soll nur der Aufklärung des vortragenen Prozessstoffes und nicht der Ausforschung dienen.<sup>81</sup> Die Grenzen einer solchen Verstärkung der materiellen Prozessleitung des Richters, dem es in erster Linie ermöglicht werden soll, sich von einer schriftlichen Unterlage, auf die eine Partei ihr Vorbringen stützt, eine unmittelbare Anschauung zu verschaffen,<sup>82</sup> lassen sich aber schwer ziehen.

aa) Einigermmaßen konkret sind nur die ersten beiden Voraussetzungen:<sup>83</sup> Adressat der Anordnung kann nur eine Partei bzw. ein Dritter sein, in dessen Besitz sich die Urkunde bzw. der Augenscheinsgegenstand befindet. Erforderlich ist zweitens die Bezugnahme auf die Urkunde durch eine Partei.<sup>84</sup> Die Anforderungen an die Bezugnahme sind indes nicht zu überspannen.<sup>85</sup> Diese kann in der mündlichen Verhandlung oder sogar unbewusst in einem vorbereitenden Schriftsatz nebst

<sup>70</sup> *Greger*, BRAK-Mitt. 2005, 150, 154.

<sup>71</sup> *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976.

<sup>72</sup> *Gottwald*, Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag 1996, S. A 15 ff.

<sup>73</sup> *Schlosser*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1991, Rdnr. 426 ff.; *ders.*, JZ 1991, 599.

<sup>74</sup> Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.7.2001, BGBl. I S. 1887.

<sup>75</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.2004 – 13 W 98/04, OLGR 2005, 594, Rdnr. 6.

<sup>76</sup> *Leipold*, Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess, FS Gerhardt (2004), S. 563.

<sup>77</sup> Ausnahmen galten bereits zuvor im Unterhaltsprozess (§ 643 ZPO) sowie im Handelsrecht (§ 102, § 258 HGB).

<sup>78</sup> So BGH, Ur. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151; *Wagner*, Urkundenedition durch Prozessparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706.

<sup>79</sup> BT-Drucks. 14/4722 S. 86.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 14/4722 S. 78 f.

<sup>81</sup> BGH, Ur. v. 14.6.2007 – VII ZR 230/06, NJW-RR 2007, 1393, 1394; *Wöstmann*, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 1.

<sup>82</sup> *Greger*, Zwischen Mediation und Inquisition – Neue Wege der Informationsbeschaffung im Zivilprozess, DStR 2005, 479, 482.

<sup>83</sup> Nach *Greger*, DStR 2005, 479, 482 ff.

<sup>84</sup> Auch durch die beweispflichtige Partei, BGH, Ur. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989, 2991.

<sup>85</sup> *Gruber/Kießling*, Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002, ZPP 116 (2003), 305, 308; *Laumen*, Zur Pflicht der nicht beweisbelasteten Partei zur Vorlegung von Urkunden, BGH-Report 2007, 984.

Anlagen erfolgen.<sup>86</sup> Nur die Vorlage von Augenscheins- und Begutachtungsobjekten nach § 144 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann auch ohne Bezugnahme angeordnet werden.<sup>87</sup>

**bb)** Alles weitere ist recht vage: Drittens soll es der hinreichenden Substantiierung bei der Bezugnahme bedürfen.<sup>88</sup> Vorausgesetzt wird, dass sich dem Vorbringen der Parteien die Existenz einer Urkunde mit einem bestimmten, entscheidungserheblichen Inhalt entnehmen lässt. Es bedarf eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags einer Partei.<sup>89</sup> Ausreichend ist der ausdrückliche oder aber auch nur konkludente Hinweis auf eine Urkunde.<sup>90</sup> Hier wird das Problem der Abgrenzung – oder sollte man besser sagen: die Unmöglichkeit der Abgrenzung – von der unzulässigen Ausforschung offensichtlich.<sup>91</sup>

Zwar ist man sich einig, dass das Ausforschungsverbot<sup>92</sup> mit der Neuregelung keine Einschränkung erfahren, also keine „pre-trial discovery of documents“ amerikanischen Vorbilds eingeführt werden sollte.<sup>93</sup> Dort ist eine Partei selbst dann zur Vorlage von Dokumenten verpflichtet, wenn die Gegenpartei weder Kenntnis von der Existenz noch des Inhalts dieser Dokumente hat.<sup>94</sup> Hingegen setzt das deutsche Recht einen schlüssigen Vortrag und demzufolge Kenntnisse voraus. Wie konkret dieser Vortrag aber sein muss, ist keineswegs geklärt. Denn dem Wortlaut des § 142 ZPO unterfallen auch Urkunden, von denen der Beweisführer keine Kenntnis hat, deren Vorhandensein sich aber vermuten lässt, weil sie regelmäßig existieren.<sup>95</sup> Dies belegt, dass die Grenze zwischen willkürlichem Behaupten und der berechtigten Annahme von der Existenz einer Urkunde durchaus verwischen kann.

**cc)** Ebenso unklar stellt sich die weitere Voraussetzung der sachgerechten Ermessensausübung des Richters dar. Von welchen Interessen er sich leiten lassen muss, um sich einen umfassenden Überblick über den Sachverhalt zu verschaffen, ist offen. Einerseits wird er sich Gedanken über die Effizienz des Verfahrens machen. Ein straff durchgeführtes weil gut vorbereitetes Verfahren mag sowohl im Interesse des Gerichts wie auch der Partei liegen, die so früher zu ihrem Termin und da-

mit zu ihrem Recht kommt. Im Interesse beider Parteien eines Rechtsstreits muss dies aber nicht zwingend sein. Dies lässt sich mit zahlreichen Verfahren belegen, die allein aus Gründen des Hinauszögerns bzw. der Verschleppung einer endgültigen Klärung geführt werden.

Die maßgeblichen Interessen sind aus Sicht der Parteien vielmehr der auf der einen Seite bestehende Wunsch nach Aufklärung und das auf der anderen Seite bestehende Geheimhaltungsbedürfnis. Aber wie soll die Abwägung vorgenommen werden? Die Vorlagenanordnung dient nicht Beweis Zwecken.<sup>96</sup> Auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sowie das Bestehen materiell-rechtlicher Herausgabeansprüche kann es deshalb nicht ankommen.<sup>97</sup> Die Kriterien für die Ermessensentscheidung sind also offen. Hier hilft auch nicht der Hinweis darauf, dass sich die prozessleitende Entscheidung vom Aufwand und Nutzen der Vorlage sowie dem voraussichtlichen Erkenntnisgewinn unter Berücksichtigung schutzwürdiger Vertraulichkeitsinteressen bzw. „Geheimbereichen“ leiten lassen müsse.<sup>98</sup> Die Unzulänglichkeit der gerichtlichen Ermächtigung zu prozessleitenden Maßnahmen wird vollends deutlich, wenn es um die Voraussetzungen für eine Anordnung gegenüber Dritten geht. Insoweit besteht Einigkeit, dass es im Allgemeinen bei einem Dritten noch weniger als bei einer Partei zu rechtfertigen sein wird, die Herausgabe interner Papiere anzuordnen, um dem Gericht die Prozessführung zu erleichtern<sup>99</sup> – ohne dass klar wäre, wann dies denn tatsächlich der Fall sein könnte.<sup>100</sup>

**dd)** Schließlich können auch die Konsequenzen einer solchen Anordnung Fragen aufwerfen. Gegenüber den Parteien ist die Vorlage nicht erzwingbar. Die Weigerung kann sich aber prozessual nachteilig auswirken. Eine nicht rechtzeitige Vorlage kann zur Präklusion führen (§ 296 Abs. 1, § 273 Abs. 2 Nr. 5 ZPO) und auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (§ 286 Abs. 1 ZPO).<sup>101</sup> Gegenüber Dritten lässt sich die Vorlagepflicht zwar zwangsweise durchsetzen. Diese können sich ihr aber – nicht nur bei Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts – bei Unzumutbarkeit entziehen. Wo die Grenze der Unzumutbarkeit liegt, ist aber offen. Teilweise wird sie bejaht, wenn das Herausuchen von Unterlagen mit erheblichem, gesetzlich

<sup>86</sup> Greger, Zöller, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 2; Wöstmann, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 4.

<sup>87</sup> Greger, DStR 2005, 479, 482.

<sup>88</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 30.5.2007 – 20 U 12/06, ZIP 2007, 1210, 1216; Stadler, Musielak, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 3 und 7; Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 9.

<sup>89</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/0517, NJW 2007, 2989, Rdnr. 20.

<sup>90</sup> Wöstmann, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 4.

<sup>91</sup> Dies kritisiert auch Leipold, FS Gerhardt, S. 563, 573.

<sup>92</sup> Dazu Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 284, Rdnr. 47.

<sup>93</sup> BGH, Urt. v. 14.6.2007 – VII ZR 230/06, NJW-RR 2007, 1393, 1394. Vgl. auch BT-Drucks. 14/6036, S. 120 (dort im Übrigen auch zur Ablehnung von Rechtsmittelfersuchen, die ein pre-trial discovery of documents-Verfahren zum Gegenstand haben). S. ferner Greger, DStR 2005, 479, 482 und Zekoll/Bolt, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129, 3133 f.

<sup>94</sup> Lüpke/Müller, „Pre-Trial Discovery of Documents“ und § 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?, NZI 2002, 588, 589; zu der disclosure englischen Rechts siehe nur Andrews, English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, 2003, Rdnr. 26.

<sup>95</sup> Lüpke/Müller, NZI 2002, 588, 589.

<sup>96</sup> Ebenso Greger, DStR 2005, 479, 483.

<sup>97</sup> Anders aber wohl Greger, DStR 2005, 479, 483.

<sup>98</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/0517, NJW 2007, 2989, Rdnr. 20, unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/6036, S. 120; OLG Stuttgart, Urt. v. 30.5.2007 – 20 U 12/06, ZIP 2007, 1210, Rdnr. 74; OLG München, Urt. v. 9.11.2006 – 1 U 2742/06, OLGR München 2007, 158, Rdnr. 22. S. auch Greger, DStR 2005, 479, 483, der allerdings auch auf die Darlegungs- und Beweislast abstellt.

<sup>99</sup> Greger, DStR 2005, 479, 483.

<sup>100</sup> BGH, Urt. v. 1.8.2006 – X ZR 114/03, NJW-RR 2007, 106, Rdnr. 37: „Die Reichweite dieser Bestimmung ist in der Rechtsprechung allerdings noch nicht abschließend geklärt.“

<sup>101</sup> Darüber hinaus verweist bereits die Gesetzesbegründung auf § 427 ZPO (BT-Drucks. 14/4722 S. 78). Indes setzt die Vorschrift voraus, dass eine Vorlegungspflicht besteht (§ 422 ZPO) oder aber der Vorlegungspflichtige selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat (§ 423 ZPO), vgl. Greger, DStR 2005, 479, 482. Bezüglich der Augenscheineinnahme wird in der Gesetzesbegründung (a.a.O.) auf die Folgen des § 371 Abs. 3 ZPO verwiesen.

nicht abgeholten Aufwand verbunden ist, ebenso bei einer massiven Störung des eigenen Geschäftsbetriebs.<sup>102</sup> Andere heben hervor, dass Unzumutbarkeit schon anzunehmen sei, wenn Informationen über Angelegenheiten des Dritten offenbart würden, die dieser nicht preisgeben bereit sei – freilich soweit nicht bereits eine materielle Verpflichtung des Dritten zur Vorlage bestehe.<sup>103</sup> Vertraulichkeitsinteressen sollen indes nicht zu berücksichtigen sein, weil diese abschließend durch die Bestimmungen des Zeugnisverweigerungsrechts geschützt würden.<sup>104</sup>

## b) ANORDNUNG DER VORLEGUNG AUFGRUND (BEWEIS-) ANTRAGS

Die Anordnung der Vorlegung von Urkunden oder Augenscheinsgegenständen durch Dritte kann schließlich auch auf einen entsprechenden Antrag einer Partei hin nach § 142, § 144 ZPO angeordnet werden. Es handelt sich dann um einen echten Beweis Antrag i.S.v. §§ 428 ff. ZPO.<sup>105</sup> Denn mit dem ZPO-RG wurde § 428 ZPO dahingehend ergänzt, dass dem Beweisführer, der sich zum Beweis auf eine im Besitz eines Dritten befindliche Urkunde beruft, unabhängig vom Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs die Möglichkeit eingeräumt wird, den Beweis auch dadurch anzutreten, dass er den Erlass einer gerichtlichen Anordnung nach § 142 bzw. § 144 ZPO beantragt. Diesem muss das Gericht entsprechen, wenn es davon überzeugt ist, dass die Urkunde sich im Besitz des Dritten befindet, die durch die Vorlegung der Urkunde zu beweisende Tatsache erheblich ist und der Inhalt der Urkunde zum Beweis dieser Tatsache geeignet erscheint.<sup>106</sup> Die Durchsetzbarkeit beurteilt sich wiederum nach den besonderen Voraussetzungen des § 142 Abs. 2 ZPO, nämlich Zumutbarkeit und Nichtbestehen von Zeugnisverweigerungsrechten. Entsprechendes gilt nach § 371 Abs. 2 ZPO für die Vorlage von Augenscheinobjekten. Tatsächlich ist das herkömmliche Verfahren nach §§ 428 ff. bzw. §§ 371 ff. ZPO umständlicher, so dass angeraten wird, in der Praxis auch unabhängig von einem Antrag des Beweisführers eine Anordnung nach § 142 bzw. § 144 ZPO vorzuziehen.<sup>107</sup> Aber auch damit ist die Frage, wann sich das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu einer solchen Anordnung durchringen muss, ebenso wenig beantwortet wie die, wann einem Dritten eine Vorlage bzw. Duldung der Augenscheinseinnahme oder Begutachtung unzumutbar und er hierzu deshalb nicht verpflichtet ist (§ 142 Abs. 2, § 144 Abs. 2 ZPO).<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Greger, DStR 2005, 479, 483.

<sup>103</sup> Leibold, FS Gerhardt, S. 563, 577 unter Hinweis auf OLG Saarbrücken, Ur. v. 30.4.2003 – 1 U 682/02, NJOZ 2004, 598, 599.

<sup>104</sup> Greger, DStR 2005, 479, 483.

<sup>105</sup> Leibold, FS Gerhardt, S. 563, 575f.; missverständlich spricht dagegen das OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.12.2004 – 13 W 98/04, OLGR 2005, 594, Rdnr. 7 von einer „bloßen Anregung“.

<sup>106</sup> BT-Drucks. 14/4722 S. 92.

<sup>107</sup> Eichele, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 429, Rdnr. 3.

<sup>108</sup> Auf den zweiten Ausnahmefall der Berechtigung zur Zeugnisverweigerung, der sich nach den bewährten Maßstäben der §§ 383 – 385 ZPO beurteilt, braucht nicht eingegangen zu werden. S. zur verweigerten Urkundenvorlegung durch ei-

## c) KONSEQUENZEN

Zu Recht hat Greger<sup>109</sup> auf die fließenden Übergänge zur Ausforschung und zur Amtsaufklärung hingewiesen und ebenso wie Prütting<sup>110</sup> hervorgehoben, dass man darauf bedacht sein muss, mit unserem Prozessverständnis nicht zu vereinbarende – nach dem gesetzgeberischen Instrumentarium aber mögliche<sup>111</sup> – Ergebnisse zu vermeiden. Auch Leibold stellt zutreffend fest, dass eine Kursänderung und die Möglichkeit der Annäherung an die discovery des US-amerikanischen Rechts allein von der Auslegung der Bestimmungen abhängt.<sup>112</sup> Die ursprüngliche Intention, die Befugnisse des Richters „nur behutsam“ zu erweitern<sup>113</sup> bzw. ihm ein Mittel zur Erhellung bzw. Ergänzung eines bereits vorhandenen aber lückenhaften unbestrittenen Vortrags an die Hand zu geben,<sup>114</sup> bleibt nur ein „frommer Wunsch“. Es ist inzwischen wohl überwiegend anerkannt, dass der Normzweck der § 142, § 144 ZPO nicht nur im Erschließen von Informationsquellen für das Gericht zum besseren Verständnis des Prozessstoffs, sondern auch im Bereitstellen von Beweismitteln besteht.<sup>115</sup> Schlosser spricht gar von „einer (vernünftigen) Ausforschungsmöglichkeit“.<sup>116</sup> Fälle, in denen dies relevant werden kann, lassen sich leicht vorstellen. Man denke nur an Geschäfte, bei denen ein Gläubiger seine Forderungen regelmäßig zu Zwecken der Refinanzierung abtritt. Wer wollte einen Richter, der sich ein „umfassendes Bild“ vom Sachverhalt machen will, davon abhalten, die Vorlegung einer die Rückabtretung belegenden Urkunde – die existieren mag, aber vom Gläubiger aufgrund unglücklicher Umstände nicht aufgefunden wird – selbst dann anzuordnen, wenn der Schuldner die Tatsache der Rückabtretung nicht bezweifelt und deshalb (bislang) auch nicht bestritten hat. Kann der Kläger in einem solchen Fall zur weiteren Substantiierung verpflichtet sein und damit der Grundsatz aufgegeben werden, dass sich der Umfang der Substantiierungslast nach der Einlassung des Gegners richtet?<sup>117</sup>

Rechtstatsächliche Untersuchungen<sup>118</sup> haben belegt, dass das durchaus vorhandene Potenzial der Regelun-

nen Dritten bei Erleichterung von Prozessen gegen den Dritten BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155.

<sup>109</sup> Greger, DStR 2005, 479, 484.

<sup>110</sup> Prütting, Discovery im deutschen Zivilprozess?, AnwBl. 2008, 153, 158, der in Bezug auf § 142 ZPO ebenso wie Lang, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gem. § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO (2007), S. 100ff., eine enge Auslegung befürwortet.

<sup>111</sup> So auch Lüpke/Müller, NZI 2002, 588, 589.

<sup>112</sup> Leibold, FS Gerhardt, S. 563, 577, 585.

<sup>113</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/6036, S. 120f.

<sup>114</sup> Gruber/Kießling, ZJP 116 (2003), 305, 333.

<sup>115</sup> BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155, Rdnr. 5 m. Anm. M. Huber, LMK 2007, 220846. Hiergegen aber Gruber/Kießling, ZJP 116 (2003), 305, 311ff. und kritisch ebenfalls Leibold, FS Gerhardt, S. 563, 567.

<sup>116</sup> Schlosser, Zugang der Prozessparteien zu den Informationsquellen, JZ 2003, 427, 428.

<sup>117</sup> BGH, Ur. v. 20.5.1996 – II ZR 301/95, NJW-RR 1996, 1211; BGH, Ur. v. 23.4.1991 – X ZR 77/89, NJW 1991, 2707, 2709; Saenger, Hk-ZPO, (o. Fn. 24), § 286, Rdnr. 89.

<sup>118</sup> Siehe dazu Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, (o. Fn. 12), 2006, S. 112f.; vgl. auch Stackmann, Richterliche Anordnungen versus Parteiherrschaft im Zivil-

gen zur gezielten Ermittlung gegnerischer Kenntnisse sowie von Schwächen und Stärken der jeweiligen Rechtsposition sehr zurückhaltend genutzt wird. Zwar war mehr als die Hälfte der befragten Richter der Meinung, dass die Möglichkeit zu gerichtlichen Anordnungen nach § 142, § 144 ZPO zu einer verbesserten Sachaufklärung beiträgt, weil damit eine „breitere Entscheidungsgrundlage“ für das Gericht geschaffen werde. Wen angesichts dessen Befürchtungen beschleichen, dass der Beibringungsgrundsatz an Bedeutung verliert, den werden die Erkenntnisse über die Handhabung des Instrumentariums in der Praxis beruhigen: Etwa ein Drittel der Richter haben Vorlageanordnungen gegenüber der Gegenpartei noch nie getroffen, knapp zwei Drittel nur selten. Häufig machen hiervon nur 5 % der Richter bei den Amtsgerichten und 7 % bei den Landgerichten Gebrauch. Anordnungen gegenüber Dritten sind noch seltener: Bis zu 70 % der Richter haben solche Anordnungen noch nie getroffen. Häufig machen hiervon nur 2 % der Richter Gebrauch, wobei diese Zurückhaltung damit begründet wird, dass mehr als drei Viertel der Richter keine Effizienzsteigerungen aufgrund der erweiterten Möglichkeiten zur Urkundenvorlage erkennen.<sup>119</sup>

Letztlich liegt es also in Händen der Gerichte, die seit der Neuregelung erweiterten Kompetenzen entsprechend dem ihnen zustehenden Ermessen zu nutzen. Zwar sind die berichteten Entscheidungen, die in ihrem Kern die Reichweite der § 142 und § 144 ZPO betreffen, nach wie vor noch überschaubar.<sup>120</sup> Inzwischen erscheinen die Äußerungen aber selbstbewusster<sup>121</sup> und wird auch Bestrebungen zur Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 142 ZPO – wonach dem Gegner der beweispflichtigen Partei nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Vorlegung von Urkunden nicht von Amts wegen, sondern zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nur unter den Voraussetzungen der § 422, § 423 ZPO aufgegeben werden können soll<sup>122</sup> – deutlich entgegengetreten.<sup>123</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich letztlich die Frage, ob es – ungeachtet

prozess?, NJW 2007, 3521, der konstatiert, dass § 142 Abs. 1 ZPO in der Aufsatzliteratur ein stärkeres Echo gefunden habe als in Gerichtsentscheidungen.

<sup>119</sup> Auch *Schmude*, Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess, BRAK-Mitt. 2005, 155, 156 f., hebt die „fehlende“ praktische Bedeutung hervor.

<sup>120</sup> Für § 142 ZPO wurden noch zum Zeitpunkt des ZPR-Symposiums der BRAK Anfang 2012 im Juris-System weniger als fünf BGH-Entscheidungen bzw. zehn OLG-Entscheidungen verzeichnet, noch geringer war die Ausbeute zu § 144 ZPO. Dies alles hat sich inzwischen durchaus, wenn aber auch nicht besonders nachhaltig, zum Besseren gewendet.

<sup>121</sup> Auf eine Vielzahl einschlägiger jüngerer Urteile weist auch *Siegmann*, Die Beweisführung durch „gegnerische“ Urkunden, AnwBl. 2008, 160, 161 hin. Dabei sind nur selten deutliche Worte zu vernehmen, etwa wenn der BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155, 156 hervorhebt, dass ein Dritter seine vermögensrechtlichen Interessen nicht denen der beweisführenden Partei unterordnen muss und selbst Prozessparteien grundsätzlich nicht gehalten sind, dem Gegner für seinen Prozess das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt.

<sup>122</sup> So OLG Frankfurt, Urt. v. 18.10.2006 – 1 U 19/0, OLG-Report 2007, 466; *Leipold*, FS Gerhardt, S. 563, 577, 583 f.; Stein/Jonas/Leipold, (o. Fn. 24), § 142, Rdnr. 21. Hierzu tendiert auch *Lang*, (o. Fn. 110), S. 195.

<sup>123</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989, Rdnr. 20 = BGH-Report 2007, 984 m. Anm. *Laumen*; vgl. auch BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155.

möglicher Erleichterungen im Beweisverfahren – einer so umfassenden Ermächtigung zu prozessleitenden Vorlegungsanordnungen überhaupt bedarf. Eine solche vermochte bislang nur zur Führung von Handelsbüchern verpflichtete Kaufleute auf der Grundlage von § 258 Abs. 1 HGB zu erfassen – einer Vorschrift, deren Existenz häufig keine Berücksichtigung findet. In welchem Verhältnis die Neuregelung hierzu steht, ist völlig offen. Würde von § 142 und § 144 ZPO extensiv Gebrauch gemacht, wäre der Beibringungsgrundsatz tatsächlich obsolet. Mit dem Erfordernis eines Ausgleichs struktureller Informationsdefizite lässt sich dies jedenfalls allein nicht rechtfertigen.

Festzuhalten ist, dass im deutschen Recht das Verhältnis von Richtermacht und Parteiherrschaft nach der Neuregelung der § 142, § 144 ZPO offen bleibt. Es fehlt eine klare gesetzgeberische Entscheidung für oder gegen die Beibehaltung des Beibringungsgrundsatzes in dem bislang verstandenen Sinne. Dies führt zu einer unterschiedlichen Praxis der Gerichte in Bezug auf die prozessleitende Informationsbeschaffung. Dies allein ist nicht zu beanstanden, wird den Richtern doch auch schon bislang ein weites Ermessen zugestanden. Zu befürchten ist aber, dass sich die Ausübung des richterlichen Ermessens weniger an dem zu entscheidenden Sachverhalt als vielmehr an einem unterschiedlichen Verständnis der Norm orientiert.<sup>124</sup> Denn die Regelungen sind so weit gefasst, dass sie dieser Gefahr nicht entgegenzuwirken vermögen.

## 5. VERGLEICHENDE BETRACHTUNG<sup>125</sup>

Soweit der – zugegebenermaßen holzschnittartige – Überblick über das Instrumentarium des Verfahrensmanagements im deutschen Zivilprozess. Wie sieht es in anderen Jurisdiktionen aus und welche Anregungen finden sich dort? Vorweg eine salvatorische Klausel: Eine vergleichende Betrachtung birgt immer Risiken. Zum einen ist die Auswahl begrenzt und besteht bei einer Darstellung im Überblick stets die Gefahr der Verallgemeinerung. Beschränkt man sich, wie hier, auf die USA und Großbritannien, kann man bereits nicht von einem anglo-amerikanischen Recht oder common law-System im Vergleich zum civil law-System sprechen. Denn trotz derselben Wurzeln haben sich die Rechtsordnungen erheblich voneinander entfernt.

### a) VEREINIGTES KÖNIGREICH

Die bereits angesprochenen Civil Procedure Rules 1998<sup>126</sup> nehmen sich insbesondere mit Blick auf die Rolle des Richters im englischen Prozess geradezu re-

<sup>124</sup> Dies scheint man auch dem Resümee von *Nassall*, NJW 2012, 113, 118 f., etwa S. 116 („Wandel in Kontinuität“) entnehmen zu können.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu teilweise bereits *Saenger*, Case Management in Germany, Peter Gottwald (Hrsg.), Litigation in England and Germany – Legal Professional Services, Key Features and Funding, Bielefeld: Gieseking, 2010 (Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht, Band 19), S. 15.

<sup>126</sup> Ein Überblick zur *overriding objective* findet sich bei *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 2. Aufl. 2006, chapter 1. Vgl. auch *Andrews*, A New Civil Procedural Code for England: Party-Control „Going, Going, Gone“, ZZPInt (4) 1999, 3 ff.

volutionär aus.<sup>127</sup> Denn traditionell war der Richter nicht in die Vorbereitung des Prozesses involviert. *Lord Woolf* hatte indes eine grundlegende Verlagerung der Verantwortung für das Verfahrensmanagement auf die Gerichte gefordert.<sup>128</sup> So wurde das case management zur tragenden Säule der Reform. Nun regelt die Justiz insgesamt und die Gerichte in jedem einzelnen Fall Inhalt und Fortgang der Verhandlung, entweder durch standardisierte Anordnungen oder ad hoc Beschlüsse.<sup>129</sup> Dies wird sehr konsequent betrieben. Geregelt ist ein dreigliedriges track system des case management (CPR 27–29),<sup>130</sup> das zwischen

- zahlenmäßig anwachsender small claims jurisdiction vor den county courts mit raschem und formlosen Prozess, gegebenenfalls auch unter Verzicht auf eine mündliche Verhandlung, in der Regel bei Streitwerten bis 5.000 £ (entsprechend etwa 6.000 Euro),
- einem fast track für cases in the lower end of the scale vor county courts, einem binnen maximal 30 Wochen zum Urteil führenden Eilverfahren in der Regel bei Streitwerten zwischen 5.000 und 15.000 £ (entsprechend etwa 18.000 Euro), wenn zu erwarten ist, dass die Verhandlung innerhalb eines Tages abgeschlossen ist, und
- einem multi track bei einem Streitwert bis zu 50.000 £ (entsprechend etwa 60.000 Euro) vor dem county court und sonst vor dem High Court mit case management conferences für die verbleibenden Fälle unterscheidet.

Das track system ist so gestaltet, dass es die zu entscheidenden Fälle auf der Grundlage von zu erwartenden Kosten, finanzieller Bedeutung und Komplexität zu kanalisieren vermag.<sup>131</sup> Diese initial track determination ähnelt der deutschen Herangehensweise in vieler Hinsicht, geht aber zugleich weit darüber hinaus. Es ist nicht nur weit reichend, sondern zugleich zwingend. Deshalb ist es weder ein Äquivalent zu der Vorschrift des § 272 Abs. 2 ZPO, nach der zu entscheiden ist, ob ein früher erster Termin oder aber ein schriftliches Vorverfahren angeordnet wird. Es ist aber auch nicht mit den doch eher technischen Bestimmungen für solche Verfahren vergleichbar, die vor den Amtsgerichten geführt werden (§§ 495–506 ZPO), und auch nicht mit der Regelung des § 495a ZPO, die es dem Richter gestattet, bei einem Streitwert von nicht mehr als 600 Euro das Verfahren nach billigem Ermessen zu bestimmen. Gleichwohl ist der Zweck jeweils gleich und lassen die CPR den Gerichten sehr viel Handlungsfreiheit.<sup>132</sup> Mit dem Aufstellen von Zeitplänen und der Kontrolle des Fortschritts des Verfahrens soll sicher-

gestellt werden, dass der Prozess rasch und effizient geführt wird, so dass das einvernehmliche oder streitige Verfahrensende so früh wie möglich erreicht werden kann.

Von zentraler Bedeutung ist die sog. overriding objective, also das übergeordnete Ziel, mit dem Verfahren angemessen (justly) zu verfahren. Wenn CPR 1.1(2a)<sup>133</sup> anordnet „dealing with a case justly includes, so far as is practicable – ensuring that the parties are on an equal footing“ erkennen wir § 139 ZPO wieder. Oder CPR 1.4(2)<sup>134</sup>: „Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved;... (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;... (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;...“ Nur so weit. Es wäre ein Einfaches, jeder dieser Bestimmungen – und erst recht den vollständigen und viel detaillierteren Bestimmungen über die richterlichen Befugnisse hinsichtlich des Verfahrensmanagements in CPR part 3 – ein deutsches Gegenstück oder aber zumindest eine entsprechende Kommentarstelle zur Erläuterung der Prozessleitungsbefugnisse des deutschen Richters gegenüberzustellen. In der Tat hat der Richter diese Gesichtspunkte auch bei der Bestimmung der Verfahrensweise (§ 272 Abs. 2 ZPO) und der Terminvorbereitung (§ 273 ZPO) zu berücksichtigen. Der Unterschied ist nur, dass die CPR sehr spezifische Regeln<sup>135</sup> enthalten, wohingegen die deutschen Bestimmungen herkömmlich sehr allgemein gehalten sind. Es ist schon bemerkenswert, dass ein common law-System ein kontinentales Rechtssystem in der Regelungsdichte bei weitem übertrifft. Ganz besonders gilt dies – und hier ist noch einmal auf die overriding objective zurückzukommen – für den Effizienzgedanken, der mit einem Kriterienkatalog in CPR 1.1(2) in unvergleichlicher Weise konkretisiert wird.

Vielleicht beruhen die im Vergleich zum deutschen Recht unterschiedlichen Effizienzerwägungen auf einem grundsätzlichen Unterschied: Die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen ist private matter und deshalb of no major public interest.<sup>136</sup> Selbstverständlich wird auch im englischen Verfahren law enforcement gewährt, aber – so drückt es *Zuckerman* aus – weil öffentliche Mittel begrenzt sind, kann im Zi-

<sup>127</sup> *Vorrasi*, England's Reform to Alleviate the Problems of Civil Process: a Comparison of Judicial Case Management in England and the United States, 30 *Journal of Legislation* (2004), 361.

<sup>128</sup> *Lord Woolf*, (o. Fn. 8), S. 18 (summary available at <http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>) (zuletzt besucht am 8.2.2014).

<sup>129</sup> *Andrews*, (o. Fn. 94), Rdnr. 13–12; *Andrews*, ZPInt (4) 1999, 10f.; *Zuckerman*, (o. Fn. 126), Rdnr. 10.56 ff.

<sup>130</sup> Vgl. also *Andrews*, A new civil procedural code for England: party-control „going, going, gone“, 19 *C.J.Q.* (2000), 19, 25f.

<sup>131</sup> *Lord Woolf*, (o. Fn. 8), S. 6.

<sup>132</sup> *Andrews*, (o. Fn. 94), Rdnr. 13.01.

<sup>133</sup> Vgl. im Einzelnen *Zuckerman*, (o. Fn. 126), Rdnr. 1.10.

<sup>134</sup> *Zuckerman*, (o. Fn. 126), Rdnr. 1.10 ff.

<sup>135</sup> *Zuckerman*, (o. Fn. 126), Rdnr. 1.7, weist darauf hin, dass erstmals allgemeine Prinzipien in das englische Prozessrecht Eingang gefunden haben, denen Vorrang vor individuellen Regeln zukommt.

<sup>136</sup> *Zuckerman*, Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998, in: *Gottwald* (Hrsg.), *Litigation in England and Germany – Legal Professional Services, Key Features and Funding*, Bielefeld: Gieseking, 2010 (Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht, Band 19), S. 1.

vilverfahren solche gerichtliche Unterstützung verlangt werden, die aus der Sicht der Steuerzahler auch vernünftig ist.<sup>137</sup> Nun stellt sich natürlich die Frage, welche Erfahrung man in Großbritannien mit diesen Regelungen gemacht hat. Zu einer Kostenersparnis ist es jedenfalls nicht gekommen. Ganz im Gegenteil haben sich seit der Reform von 1998 die Kosten beträchtlich erhöht.<sup>138</sup> Das mag aus der Sicht des Gesetzgebers ernüchternd sein, für die Rechtsfindung besagt dies aber gar nichts.

## b) USA

Aus amerikanischer Sicht sind pre-trial conferences und verpflichtendes scheduling seit jeher Teil des case management. Bis heute sind Flexibilität und Ermessen die bestimmenden Themen. Bei Verkündung der Federal Rules of Civil Procedure 1938 sollten u.a. Unbeweglichkeit und Formstrenge des Verfahrens überwunden werden, die man in den USA aus dem englischen Verfahren übernommen hatte.<sup>139</sup> Demgegenüber sollte das neue Recht dem Richter die Möglichkeit eröffnen, das Verfahren flexibel und nach seinem Ermessen zu gestalten.<sup>140</sup> Hauptzweck der Rule 16 Fed.R.Civ.P. war es, dem Richter zu ermöglichen – aber ihn nicht zu zwingen – an der Herausarbeitung der für das konkrete Verfahren bestimmenden Fakten und Fragen mitzuwirken.<sup>141</sup> Erst 45 Jahre später machten es steigende Kosten und eine immer längere Verfahrensdauer erforderlich, ein pre-trial management letztlich in sämtlichen Fällen einzuführen. Weil auch das amerikanische System durch das kontradiktorische Prinzip gekennzeichnet ist,<sup>142</sup> blieb der Ansatz eines das Verfahren aktiv betreibenden Richters aber nicht unwidersprochen.<sup>143</sup> So wurde kritisiert, dass den Richtern keine oder jedenfalls zu wenige Anhaltspunkte gegeben sind, wie sie ihr weites Ermessen auszuüben haben.<sup>144</sup> Und Ermessen ist nicht ungefährlich, jedenfalls dann, wenn es unbegrenzt ist.<sup>145</sup> Gleichwohl wurde Rule 16 Fed.R.Civ.P. 1983 weitgehend überarbeitet und 1993 nochmals ergänzt, so dass case management noch weiter in den Fokus der Verfahrensvorbereitung rückte.<sup>146</sup> Rule 16(a) Fed.R.Civ.P. nennt denn auch als Ziele einer pre-trial conference „(1) expediting disposition of the action; (2) establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of

lack of management; (3) discouraging wasteful pre-trial activities; (4) improving the quality of the trial through more thorough preparation, and (5) facilitating settlement.“ Gerade in diesem letzten Punkt kann man die ausdrückliche Anerkennung des Paradigmenwechsels von der Rolle des Richters als außerhalb des Verfahrens stehender neutraler Person zum aktiven Manager des Verfahrens sehen.<sup>147</sup>

## c) ALI/UNIDROIT PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE

Case management hat auch international an Bedeutung gewonnen. 2004 wurden von UNIDROIT die Principles of Transnational Civil Procedure angenommen. Vorbereitet wurden diese von einer gemeinsamen Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretern von American Law Institute und UNIDROIT.<sup>148</sup> Diese 31 Bestimmungen umfassenden Principles verstehen sich nicht nur als Muster für Gesetzgebungsprojekte in Ländern ohne längere Prozessrechtstradition, sondern sollen zugleich Impulse für Reformen auch in solchen Ländern geben, die über eine weit entwickelte Prozessrechtstradition verfügen.<sup>149</sup>

Ein active case management ist Gegenstand insbesondere der Regeln P-7, P-9.3, P-14 und P-22.2. Dabei beruht P-7 auf dem Grundsatz „verzögertes Recht ist verweigertes Recht“ (justice delayed is justice denied). Danach soll das Gericht den Rechtsstreit in angemessener Zeit erledigen. Die Parteien haben die Pflicht zur Zusammenarbeit und das Recht auf angemessenes Gehör bei der Terminierung. Insbesondere ist vorgesehen, dass gerichtliche Verfügungen einen vernünftigen zeitlichen Verfahrensablauf und Fristen vorschreiben können, deren Nichtbefolgung sanktioniert werden kann.

In Bezug auf die Struktur des Verfahrens sieht P-9.3 im Detail vor, dass das Gericht die Pflicht hat, einen Termin zur Verfahrensvorbereitung abzuhalten und einen Zeitplan für den Verfahrensablauf festzulegen. In der Erläuterung dazu wird klargestellt, dass das Konzept einer „Struktur“ des Verfahrens flexibel und mit Rücksicht auf die Gegebenheiten des jeweiligen Verfahrens angewendet werden soll. Nicht nur in diesem Zusammenhang finden sich Anleihen aus allen der zuvor erörterten Rechtsordnungen wieder. Denn die Prinzipien sollen gerade der Rechtsangleichung dienen. Dies gilt ebenso für die Folge mehrerer kurzer Verhandlungen, die für das kontinentale Recht kennzeichnend sind,

<sup>137</sup> Zuckerman, (o. Fn. 136), S. 1, 3.

<sup>138</sup> Zuckerman, (o. Fn. 136), S. 1.

<sup>139</sup> Shapiro, 137 U.Pa.L. Rev. 1969 (1989), 1972 ff., 1975; Vorrasi, 30 Journal of Legislation (2004), 361, 375.

<sup>140</sup> Shapiro, 137 U.Pa.L. Rev. 1969 (1989), 1975; Vorrasi, 30 Journal of Legislation (2004), 361, 376.

<sup>141</sup> Shapiro, 137 U.Pa.L. Rev. 1969 (1989), 1978; Vorrasi, 30 Journal of Legislation (2004), 361, 376.

<sup>142</sup> Vgl. im Einzelnen Resnik, England's Reform to Alleviate the Problems of Civil Process: a Comparison of Judicial Case Management in England and the United States, 96 Harvard Law Review (1982), 374, 380 ff.

<sup>143</sup> Wright/Kane (o. Fn. 9), S. 649.

<sup>144</sup> Peckham, Federal judge as a case manager: the new role in guiding a case from filing to disposition, 69 California Law Review (1981), 770, 796.

<sup>145</sup> Shapiro, 137 U. Pa. L. Rev. 1969 (1989), 1995; Resnik, Managerial judges and court delay: the unproven assumptions, 23 The Judges' Journal (1984), 8, 54.

<sup>146</sup> Vorrasi, 30 Journal of Legislation (2004), 361, 376.

<sup>147</sup> Vorrasi, 30 Journal of Legislation (2004), 361, 377.

<sup>148</sup> Englische Fassung: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>; französische Fassung: <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>; deutsche Übersetzung von Stürmer: <http://www.unidroit.org/german/principles/civilprocedure/ali-unidroit-principles-g.pdf> (alle zuletzt besucht 8.2.2014). Vgl. American Law Institute/International Institute for the Unification of Private Law (Hrsg.), Principles of Transnational Civil Procedure: As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C., U.S.A., May 2004 and by UNIDROIT at Rome, Italy, April 2004 (2006); Stürmer, Die Principles of Transnational Civil Procedure – Eine Einführung in ihre wichtigsten Grundlagen, ZZPInt (11) 2006, 381; Storskrubb, (o. Fn. 1), S. 289 ff.

<sup>149</sup> Vgl. <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Deutsche Übersetzung von Stürmer verfügbar unter <http://www.unidroit.org/german/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-g.pdf> (alle zuletzt besucht 8.2.2014).

wie für das auf ein abschließendes „trial“ ausgerichtete common law-Verfahren. Für die Regelungen ist von erheblicher Bedeutung, dass Gerichte in sämtlichen Rechtskreisen die Möglichkeit haben, Termine zur Verfahrensvorbereitung anzuberaumen, und sich das Verfahren auch im kontinentalen Recht auf eine abschließende Verhandlung hin konzentriert.<sup>150</sup> Dies ist von ganz erheblicher Bedeutung und unterstreicht, dass die Reform des Zivilverfahrensrechts eine globale Dimension erreicht hat.<sup>151</sup> Entsprechend regelt P-14 über die Verfahrensleitung als Aufgabe des Gerichts, dass dieses so früh wie möglich verfahrensleitende Maßnahmen ergreifen und dabei sein Ermessen in einer Weise ausüben soll, die eine faire und effiziente Erledigung des Rechtsstreits in angemessener Zeit erlaubt. Darüber hinaus soll das Gericht, soweit dies praktisch sinnvoll ist, verfahrensleitende Maßnahmen erst nach Anhörung der Parteien treffen. Die weit reichende Regelung von P-22 über die Aufgabenverteilung bei der Sachverhaltsaufklärung und Rechtsfindung regelt schließlich nicht nur, dass das Gericht die Aufgabe hat, alle erheblichen Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen und die richtige Rechtsgrundlage für seine Entscheidung zu bestimmen, sondern hält in P-22.2 auch einen detaillierten Katalog der dazu nötigen Mittel bereit. So kann das Gericht nicht nur die Parteien veranlassen, den tatsächlichen oder rechtlichen Vortrag zu verbessern und zusätzliche Rechtsausführungen oder Beweismittel anzubieten. Es vermag auch eine Beweisaufnahme anzuordnen, die vorher keine Partei beantragt hat oder sich auf eine rechtliche Begründung oder Würdigung von Tatsachen oder Beweismittel zu stützen, die von keiner Partei vorgebracht worden sind.<sup>152</sup> Damit erhalten die Parteien Zugriff auf die erheblichen Beweismittel, wobei Weigerungsrechte in den Hintergrund treten.

#### d) PRIVATE GERICHTSBARKEIT

Zeit- und Kosteneffizienz sind auch zentrale Motive aller jüngeren Reformen internationaler Schiedsordnungen. Dies gilt für die 2010 in Kraft getretenen Neuregelungen der UNCITRAL-Arbitration Rules<sup>153</sup> ebenso wie für die von der International Bar Association aufgestellten IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit<sup>154</sup> und auch für die zum 1.1.2012 reformierte Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer<sup>155</sup> (ICC-SchO).<sup>156</sup> Bezüglich des ohnehin stark administrierten ICC-Schieds-

verfahrens<sup>157</sup> ist auf die Einfügung eines neuen Art. 22 ICC-SchGO hinzuweisen, der zum Ablauf des Verfahrens vorsieht, dass „[d]as Schiedsgericht und die Parteien ... mit allen Mitteln darauf hin[wirken], dass das Schiedsverfahren unter Berücksichtigung der Komplexität und des Streitwerts zügig und kosteneffizient geführt wird. Um eine effiziente Verfahrensführung sicherzustellen, kann das Schiedsgericht nach Anhörung der Parteien alle Verfahrensmaßnahmen ergreifen, die es für geeignet hält, sofern diese nicht einer Vereinbarung der Parteien widersprechen.“ Im Zusammenhang mit dem nach Art. 23 ICC-SchO zu formulierenden Schiedsauftrag ist nach Art. 24 ICC-SchO die Einberufung einer Verfahrensmanagementkonferenz vorgesehen, anlässlich derer die Parteien zu möglichen Verfahrensmaßnahmen und Verfahrensmanagementtechniken nach Art. 22 ICC-SchO angehört werden und ein „Verfahrenskalender“ aufgestellt wird, aus dem sich die Abschnitte des Verfahrens und insbesondere die Termine für die Einreichung von Schriftsätzen sowie die etwaige mündliche Verhandlung ergeben<sup>158</sup> und dem das Gericht zu folgen gedenkt. Auch findet sich eine Kostenregelung in § 37 Abs. 5 ICC-SchO. Danach kann das Schiedsgericht bei der Kostenentscheidung berücksichtigen, inwieweit „jede der Parteien das Verfahren in einer zügigen und kosteneffizienten Weise betrieben hat.“

Verweilen wir noch einen Moment bei dem im Zusammenhang mit der Verfahrensmanagementkonferenz in Art. 24 ICC-SchO erwähnten Anhang IV über die im Ermessen des Gerichts stehenden Verfahrensmanagementtechniken. Dieser enthält eine Darstellung von „Beispiele[n] für Verfahrensmanagementtechniken, die vom Schiedsgericht und den Parteien zur Zeit- und Kostenkontrolle eingesetzt werden können.“ Hingewiesen wird darauf, dass „[b]ei wenig komplexen Fällen mit geringem Streitwert... ein angemessenes Verhältnis zwischen Zeit- und Kostenaufwand und Verfahrensgegenstand von besonderer Bedeutung [ist].“ Als Instrumente zur Effizienzsteigerung werden nicht nur die Zweiteilung des Verfahrens oder der Erlass eines oder mehrerer Teilschiedssprüche zu Fragen von zentraler Bedeutung genannt, sondern auch die vorherige Feststellung, welche Fragen durch Absprachen zwischen den Parteien oder deren Sachverständigen bzw. ohne mündliche Beweisführung oder rechtliche Erörterung bei der mündlichen Verhandlung allein aufgrund der Aktenlage entschieden werden können. Hinsichtlich der Vorlage von Dokumenten wird nicht nur die Aufforderung an die Parteien, Dokumente bereits zusammen mit den zugehörigen Schriftsätzen vorzulegen, sondern auch der Verzicht bzw. die Beschränkung von „document requests“ sowie die Möglichkeit einer Fristsetzung für entsprechende Anträge in Betracht gezogen. Genannt wird weiterhin auch die Möglichkeit der Begrenzung von Länge und Inhalt von Schriftsät-

<sup>150</sup> Comment P-9C, <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (zuletzt besucht 8.2.2014).

<sup>151</sup> Vgl. *Storskrubb*, (o. Fn. 1), S. 285.

<sup>152</sup> Comment P-22C, <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (zuletzt besucht 8.2.2014).

<sup>153</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (zuletzt besucht 8.2.2014).

<sup>154</sup> <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=F60BF16D-29E9-402F-A329-F1C191B174A1>.

<sup>155</sup> <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Business-Service/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-GERMAN-version/> (zuletzt besucht 8.2.2014).

<sup>156</sup> *Pörnbacher/Baur*, Die Reform der Schiedsgerichtsordnung der ICC, BB 2011, 2627, 2628.

<sup>157</sup> *Pörnbacher/Baur*, BB 2011, 2627.

<sup>158</sup> Dazu auch *Pörnbacher/Baur*, BB 2011, 2627, 2629.

zen und schriftlicher und mündlicher Beweisführung, um Wiederholungen zu vermeiden und eine Konzentration auf die zentralen Fragen zu ermöglichen. Schließlich wird auch der Einsatz von Telefon- oder Videokonferenzen für Verhandlungen zu Verfahrensfragen und andere Verhandlungen, bei denen eine persönliche Anwesenheit nicht erforderlich ist, genannt, ebenso der Einsatz von Informationstechnologie, die eine Online-Kommunikation zwischen Parteien und Gericht ermöglicht. Überdies wird die Organisation einer ersten Besprechung mit dem Schiedsgericht vor der mündlichen Verhandlung vorgeschlagen, bei welcher die Vorbereitungen für die Verhandlung diskutiert und abgesprochen werden können und das Schiedsgericht gegenüber den Parteien die Fragen bezeichnen kann, die seiner Einschätzung nach Schwerpunkt der mündlichen Verhandlung sein sollten. Wegen weiterer Techniken wird ausdrücklich auf eine ICC-Publikation mit dem Titel „Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration“ verwiesen.<sup>159</sup>

## 6. QUINTESSENZ

Auch wenn die Instrumente nicht immer die gleichen sind, haben die verschiedenen Rechtssysteme doch eines gemeinsam: Die Zuversicht, dass der Richter seine Befugnisse in vernünftiger Weise nutzen wird – was letztlich auch durch Kontrollmechanismen abgesichert werden kann.<sup>160</sup> Ein hohes Maß an Flexibilität und Ermessen wird immer erforderlich sein, um individuelle Gerechtigkeit zu gewährleisten<sup>161</sup> – selbst im amerikanischen Bereich wird darauf hingewiesen, dass es der Richter ist, der „von der Wiege bis zur Bahre“ die Verantwortung für das Verfahren trägt.<sup>162</sup> Andererseits sollte aber das Verhältnis von Richtermacht und Parteiherrschaft grundsätzlich geklärt sein, was nach der Neuregelung von § 142, § 144 ZPO nicht unbedingt der Fall ist. Es fehlt eine klare gesetzgeberische Entscheidung für oder gegen die Beibehaltung des Beibringungsgrundsatzes in dem bisher verstandenen Sinne. Dies führt zu einer unterschiedlichen Praxis der Gerichte in Bezug auf die prozessleitende Informationsbeschaffung. Zu befürchten ist, dass sich die Ausübung des richterlichen Ermessens weniger an dem zu entscheidenden Sachverhalt als an einem unterschiedlichen Verständnis der Norm orientiert.

## III. „INFRASTRUKTUR“

Nun ein kurzer Blick auf Aspekte, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem in der ZPO geregelten Instrumentarium des Verfahrensmanagements stehen:

<sup>159</sup> [http://www.icc-deutschland.de/fileadmin/ICC\\_Dokumente/ICC\\_arbitration\\_TimeCost\\_E.pdf](http://www.icc-deutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/ICC_arbitration_TimeCost_E.pdf) (zuletzt besucht 8.2.2014).

<sup>160</sup> *Storskruubb*, (o. Fn. 1), S. 286; vgl. *Resnik*, 96 *Harvard Law Review* (1982), 374, 432 f.

<sup>161</sup> Vgl. auch *Davis*, *Discretionary justice; a preliminary inquiry* (1969), S. 19.

<sup>162</sup> Nach *Murrah*, zitiert nach *Flanders*, 4 *Justice System Journal* (1978), 147, 150.

## 1. SPRUCHKÖRPER

Wie bereits festgestellt, kommt der Person des Richters erhebliche Bedeutung zu. Entscheidend ist damit auch in Zukunft die Entwicklung der Gerichte in personeller Hinsicht. Nicht selten wird kritisiert, dass Richtern bei komplizierten zivil-, gesellschafts- und wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen Hintergrundkenntnisse betriebswirtschaftlicher, bilanzieller und steuerlicher Art fehlen.<sup>163</sup> Teilweise wird insoweit vom „Richterrisiko“ gesprochen.<sup>164</sup> Letztlich dürften hinsichtlich der Besetzung der Gerichte zwei Faktoren entscheidend sein, nämlich Zeit und Kompetenz.

Aus dem Blickwinkel der Besetzung der Spruchkörper wird beides zugleich bedeutsam, wenn man die Frage aufwirft, in welchen Bereichen Kollegialgerichte erforderlich sind. *Hawickhorst*<sup>165</sup> hat bereits auf die wenig überzeugende Vorschrift des § 348 Abs. 1 Satz 2 ZPO hingewiesen, die bedeutsame Sachgebiete benennt, bei denen die Kammerzuständigkeit aber davon abhängt, dass diese im Geschäftsverteilungsplan des jeweiligen Gerichts vorgesehen ist. Aus eigener Erfahrung wird jeder Praktiker spontan weitere Rechtsgebiete nennen können, in denen diese wünschenswert wäre, ohne dass es allein auf den Streitwert ankommt. Insbesondere im Bereich der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen wären alternative Gestaltungen denkbar, zumal die Besetzung mit Laienrichtern nicht immer die Erwartungen zu erfüllen vermag. Vor allem aber sollte Einigkeit darüber bestehen, dass ausreichend Zeit für eine sorgfältige Erörterung bleibt. Denn nur dies kann Gewähr für die erforderliche Akzeptanz des Verfahrens bieten und die Chancen einer sachgerechten gütlichen Streiterledigung erhöhen. Dies hat *Lachmann* bereits anlässlich des 3. ZPR-Symposiums 2005 hervorgehoben und darauf hingewiesen, dass die staatliche Justiz insoweit ihre frühere Attraktivität eingebüßt hat.<sup>166</sup> Diese Aussage hat nach wie vor Berechtigung. Erst kürzlich war zu lesen, dass die „Wiedererweckung der Mündlichkeit der Verhandlung“ Einigungsmöglichkeiten und durch die Befragungsmöglichkeiten höhere Richtigkeitsgewähr schaffe.<sup>167</sup> In der Tat fehlt häufig die Zeit für Sachverhaltsaufklärung und Rechtsgespräch. In wirtschaftlich relevanten Streitigkeiten kann dies die Gefahr einer Flucht in die private Gerichtsbarkeit begründen.

Fachliche Kompetenz lässt sich im Wege der Spezialisierung erschließen. Häufig wird in Deutschland im Zu-

<sup>163</sup> *Wächter*, ZP 119 (2006), 393, 403 f.

<sup>164</sup> *Hawickhorst*, Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten und den staatlichen Gerichten im Vergleich aus richterlicher Sicht, BRAK-Mitt. 2005, 222, 224.

<sup>165</sup> *Hawickhorst*, BRAK-Mitt. 2005, 222, 224. Kritik äußert jüngst ebenfalls *Nassall*, NJW 2012, 113, 118 f.

<sup>166</sup> *Lachmann*, Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten und den staatlichen Gerichten, BRAK-Mitt. 2005, 217, 219.

<sup>167</sup> *Hirtz*, Einforderung des Rechtsgesprächs im Zivilprozess ist Anwaltssache, AnwBl. 2012, 21. Vgl. dazu auch die Referate anlässlich des 5. ZPR-Symposiums 2010 von *Retzlaff*, Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess, BRAK-Mitt. Sonderdruck 5. ZPR-Symposium 2010, S. 15; *Schmude*, Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung insbesondere im Hinblick auf die Lokalisation, BRAK-Mitt. Sonderdruck 5. ZPR-Symposium 2010, S. 17.

sammenhang mit dem Gerichtswesen über Standortnachteile sinniert. Zu erinnern ist nur an die auch von der Bundesrechtsanwaltskammer unterstützte Initiative „Law made in Germany“.<sup>168</sup> Anlässlich des viel beachteten Streits zwischen Apple und Samsung über das Design von Tablet-Computern wurde vor einiger Zeit wieder einmal hervorgehoben, dass gerade bei Patentstreitigkeiten im internationalen Vergleich nicht nur niedrige Kosten ein Standortvorteil Deutschlands seien, sondern auch, dass Verfahren rasch durchgeführt werden könnten und es kein so aufwändiges vorgerichtliches Beweisverfahren wie im angelsächsischen System gebe. Begünstigt werde der weltweite „Run“ auf deutsche Gerichte bei solchen Streitigkeiten auch wegen der Bildung von Schwerpunktgerichten und durch die damit verbundene besondere Kompetenz der Richter.<sup>169</sup> Eine solche Spezialisierung ist schon heute auch in anderen Bereichen und nicht nur in der Berufungsinstanz anzutreffen. Es wäre daran zu denken, weitere Kompetenzen zu bündeln. Auch als Reaktion auf die zunehmende Verbreitung von Fachanwaltschaften könnte es zu einer verstärkten Spezialisierung auch innerhalb der Richterschaft kommen.<sup>170</sup> Dieses Potenzial ließe sich freilich nicht erschließen, wenn es zu einem Rückgang des staatlichen Leistungsangebots aufgrund der Reduzierung von Richterstellen und Standortschließungen käme, was den Justizgewährungsanspruch „auf die Probe stellen“ würde.<sup>171</sup>

Viel zu wenig beachtet wird auch der Aspekt der Kompetenz durch Erfahrung. Warum ist das deutsche Justizsystem so undurchlässig? Selbstverständlich gibt es Beispiele dafür, dass Anwälte auf die Richterbank wechseln bzw. Richter sich für die Anwaltstätigkeit entscheiden. Dies sind aber entweder Entwicklungen der beruflichen Orientierung in relativ jungen Jahren oder Ausnahmefälle, die auf besondere Konstellationen zurückzuführen sind. Initiativen, die es attraktiv machen, dass gerade erfahrene Rechtsanwälte, zumal noch mit Spezialkenntnissen, auf die Richterbank wechseln, sind mir hingegen nicht bekannt. Geeignete Persönlichkeiten sollten sich ohne weiteres finden lassen. Dies kann allein schon die Tatsache belegen, dass sich zahlreiche und durchaus gut beschäftigte sowie hervorragend ausgewiesene Rechtsanwälte unter erheblichem zeitlichen Aufwand in berufsständischen Vereinigungen engagieren und dabei auch, wenn sie in Sozietäten tätig sind, von ihren Partnern tatkräftig unterstützt werden. Dass diese Aspekte – fachliche Kompetenz und Erfahrung – von erheblicher Bedeutung sind, belegt gerade die Attraktivität von Schiedsgerich-

ten, die wegen der individuellen Wahl geeigneter Schiedsrichter gerade dies zu gewährleisten vermögen.

Sprechen wir über die Besetzung der Richterbank, sollte ein weiterer Aspekt nicht unerwähnt bleiben. Wenn wir über Kompetenz sprechen, müssen wir unter dem Gesichtspunkt der Qualität auch an die Attraktivität des Richterberufs für gute Juristen denken. Damit ist die Vergütung gemeint. Ungeachtet der Vorzüge, welche der Richterberuf – wenn überhaupt – bieten mag, ist es nicht hinzunehmen, dass dieser vor dem Hintergrund des Besoldungsrechts nicht als Alternative zur Tätigkeit beispielsweise in wirtschaftsrechtlich ausgerichteten oder aber Großkanzleien in Betracht kommt. Zwar haben sich etwa im Zusammenhang mit den jüngeren Veränderungen der gesamtwirtschaftlichen Lage die Perspektiven bei jungen Menschen verändert und dürfte der Richterberuf auch bei männlichen Juristen etwas an Attraktivität gewonnen haben. Aber auch unabhängig davon sollte man darauf bedacht sein, dass sich die „Einkommensschere“ nicht zu weit öffnet. Angesichts der nach wie vor großen Zahl von Absolventen des Assessorexamens und der aufgrund dessen vielen nicht voll ausgelasteten Juristen wird dabei wohl auch nicht ein durchschnittliches Anwaltseinkommen zum Maßstab erhoben werden können.

Es steht außer Frage, dass der Staat verpflichtet ist, ein funktionsfähiges Gerichtswesen bereitzuhalten. Ebenso steht fest, dass diese vom Staat zu erwartende Leistung nicht rentabel ist. Der Rechtsstaat ist nicht umsonst zu haben. Andererseits muss es im Interesse des Staates liegen, im Rahmen der Gerichtskosten zumindest teilweise auf seine Kosten zu kommen. Da der Justizgewährungsanspruch nicht zwischen kleinen und großen Streitigkeiten unterscheidet, sollte es notwendigerweise – wenn man den Begriff in diesem Zusammenhang verwenden kann – zu einer Mischkalkulation kommen. Indes besteht die Gefahr einer „Schiefelage“, wenn gerade wirtschaftlich bedeutsame und durch hohe Streitwerte gekennzeichnete Verfahren zur Schiedsgerichtsbarkeit abwandern. Ob Anzeichen hierfür bestehen, lässt sich nicht belegen. Letztlich ist für die Wahl zwischen staatlichem Prozess und Schiedsverfahren aber die Besetzung des Spruchkörpers entscheidend,<sup>172</sup> was wiederum die Bedeutung des Richters unterstreicht.

## 2. KOSTEN

Kostenregelungen dürften hingegen für die Parteien nur begrenzt geeignet sein, Anreize zu bilden. Der Justizgewährungsanspruch dürfte maßgeblich dafür sein, dass nur in beschränktem Maße eine Kostenverlagerung in der Weise in Betracht kommt, dass nach dem Verursacherprinzip von einer streitwert- auf eine aufwandsabhängige Vergütung übergegangen wird.<sup>173</sup> Denkbar ist indes die Möglichkeit der Schadensersatz-

<sup>168</sup> <http://www.lawmadeingermany.de/> (zuletzt besucht 8.2.2014).

<sup>169</sup> Vgl. dazu bspw. FAZ Nr. 51 v. 29.2.2012, S. 13 „Deutschland zieht Patentkläger aus aller Welt an“.

<sup>170</sup> Ewer, Wenn nur der Konsens zählt – was bleibt für das Gerichtsverfahren? Mediation alleine kann es nicht richten: Die Gesellschaft braucht Gerichte und Anwälte, AnwBl. 2012, 18, 19. S. dazu auch Trittmann/Schroeder, Der Einfluss der Reform des Zivilprozesses auf die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, SchiedsVZ 2005, 71, 75.

<sup>171</sup> Duve/Sattler, AnwBl. 2012, 2, 6 f.

<sup>172</sup> Darauf weist bereits Lachmann, BRÄK-Mitt. 2005, 217, 221 hin.

<sup>173</sup> Vgl. Duve/Sattler, AnwBl. 2012, 2, 6.

haftung bei Verfahrensverzögerung, was beispielsweise für die Schiedsgerichtsbarkeit in Betracht gezogen wird.<sup>174</sup> Entsprechende Ansätze lassen sich auch in Großbritannien finden. Dort besteht hinsichtlich der Kostenfestsetzung ein erheblicher Ermessensspielraum, der auch die Möglichkeit eröffnet, sich daran zu orientieren, wie konstruktiv eine Partei an dem Verfahren mitgewirkt hat. Der Tatsachenerhebung und dem Verfahrensmanagement insgesamt abträglich scheint darüber hinaus zu sein, dass das RVG nicht mehr den in der Beweisaufnahme liegenden Aufwand honoriert.<sup>175</sup> Deshalb steht zu befürchten, dass diesem wichtigen Abschnitt nicht immer genügend Rechnung getragen wird.

### 3. WEITERE GESICHTSPUNKTE

Zwei weitere Aspekte sollen nur angedeutet werden. Zum einen ist offen, welches Potenzial sich künftig aus der digitalen Aktenführung ergeben wird. Mit dem Justizkommunikationsgesetz sind seit 2005 die rechtlichen Voraussetzungen für eine elektronische Aktenführung geschaffen (§ 130a, § 130b, § 298a ZPO). Dies wird in der Praxis des Zivilprozesses wohl noch nicht hinreichend wahrgenommen.<sup>176</sup> Ob sich aber allein durch die Beschleunigung des Aktenverkehrs und vor allen Dingen die Beschleunigung der Produktion von Urteilsabschriften die Rechtsverwirklichung effizienter gestalten lässt, erscheint zweifelhaft.<sup>177</sup> Über einen weiteren Punkt ist es letztlich müßig zu diskutieren, nachdem die Würfel längst gefallen sind. Angesprochen ist damit das Berufsrecht und konkret der Wegfall von Lokalisation und Singularzulassung. Bemerkenswert ist – und deshalb erwähne ich es überhaupt nur – wie unterschiedlich die Konsequenzen für das Verfahren und insbesondere das Rechtsgespräch beurteilt werden. So will *Hirtz*<sup>178</sup> eine Tendenz erkennen, nicht den eingearbeiteten und mit der Angelegenheit vertrauten Sachbearbeiter den mündlichen Verhandlungstermin wahrnehmen zu lassen. Andere heben hingegen hervor, dass die Möglichkeit des Auftretens vor jedem Gericht es nunmehr gerade ermögliche, dass der eigentliche Sachbearbeiter gemeinsam mit seinem Mandanten den Termin wahrnehmen könne. Freilich würden in diesem Zusammenhang andere Hindernisse relevant, so etwa aufgrund der Tatsache, dass Richter und Anwälte sich gegenseitig nicht einzuschätzen vermögen, was eine gewisse „Anlaufphase“ und damit eine Verlängerung eines Termins mit sich bringen könne.<sup>179</sup>

<sup>174</sup> *Duve/Sattler*, AnwBl. 2012, 2, 7 verweisen insoweit auf *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 12, Rdnr. 9.

<sup>175</sup> Darauf weist schon *Lachmann*, BRAK-Mitt. 2005, 217, 220 hin.

<sup>176</sup> *Hirtz*, AnwBl. 2012, 21, 22. S. dazu auch *Degen*, Mahnen und Klagen per E-Mail – Rechtlicher Rahmen und digitale Kluft bei Justiz und Anwaltschaft?, NJW 2008, 1473, insbes. S. 1476.

<sup>177</sup> Vgl. zu den (positiven) Erwartungen insoweit im britischen Bereich *Susskind*, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford (2008), S. 201 ff.

<sup>178</sup> *Hirtz*, AnwBl. 2012, 21 f.

<sup>179</sup> *Schmude*, BRAK-Mitt. Sonderdruck 5. ZPR-Symposion 2010, S. 17, 21 f.

## IV. RESÜMEE

Auf unterschiedliche Weise wurde in allen der betrachteten Rechtsordnungen eine große Verantwortung auf die Richter und die Gerichte verlagert, um eine Verbesserung des Verfahrensmanagements zu erreichen. *Stürmer* hat schon vor geraumer Zeit vorausgesagt, dass am Ende der weltweiten Entwicklung die alleinige Verantwortung der Gerichte für die vollständige Ermittlung aller Sach- und Rechtsfragen sei.<sup>180</sup> Ungeachtet unterschiedlicher Lösungsansätze war die Entwicklung überall von der Sorge um das Risiko geprägt, dass das Ansehen des Richters als Unparteiischem geschwächt wird, wenn diesem die Rolle eines „Managers“ verordnet wird. Eine andere Sorge besteht dahingehend, dass Richter in die Lage kommen können, wichtige Entscheidungen treffen zu müssen, bevor alle Tatsachen bekannt sind.<sup>181</sup> Kritiker des case management befürchten gar, dass Parteien und deren Vertreter von übereifrigen, pedantischen, gar übellauligen und tyrannischen Richtern drangsaliert werden könnten, insbesondere im Vorfeld der eigentlichen mündlichen Verhandlung.<sup>182</sup>

Tatsächlich hat der Richter einen Drahtseilakt zu vollführen. Jede Anordnung muss zuvor aus der Perspektive sämtlicher Parteien bewertet werden. Alle Interessen sind zu berücksichtigen. Ein in diesem Sinne verstandenes effektives Verfahren liegt im Interesse beider Parteien, wenn innerhalb vernünftiger Zeit und zu gerechtfertigten Kosten ein abschließendes Ergebnis erzielt wird. Offen bleibt allein die Frage, wie weit reichend die gesetzlich verankerten Aufgaben eines Richters sein können, ohne dass man auf ein inquisitorisches System zusteuert. Ungeachtet großer Unterschiede ist doch Folgendes hervorzuheben: Die Sorge, dass erweiterte richterliche Befugnisse bezüglich des Verfahrensmanagements die Gefahr voranschreitender Amtsermittlung begründen könnte, ist jedenfalls nicht gerechtfertigt, wenn man sich die viel weit reichenderen britischen Regelungen vergegenwärtigt, die insoweit keinerlei Verdacht erregen.<sup>183</sup> Ganz im Gegenteil: Weil das deutsche Recht das Verfahrensmanagement weit gehend dem richterlichen Ermessen anheimstellt, was wiederum durchaus dem amerikanischen Recht ähnelt, kann den individuellen Gegebenheiten eines jeden Verfahrens Rechnung getragen werden.

Damit kann festgehalten werden, dass die Regelungen über das Verfahrensmanagement durchaus Vorbildcharakter haben. Aufgrund des Zuschnitts der Prozessleitung kommt dem Richter eine starke Stellung zu. Die Ausübung des weiten richterlichen Ermessens stellt jedoch Anforderungen an den Zuschnitt und die Besetzung der Spruchkörper, denen unter den Zwängen

<sup>180</sup> *Stürmer*, ZZPInt (11) 2006, 381, 393.

<sup>181</sup> *Scott*, *Caseflow Management in the Trial Court*, in: *Zuckerman/Cranston* (Hrsg.), (o. Fn. 3), S. 1, 26.

<sup>182</sup> *Andrews*, *The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency*, in: *Zuckerman/Cranston* (o. Fn. 3), S. 169, 177.

<sup>183</sup> *Vorrasi*, 30 *Journal of Legislation* (2004), 361, 385.

eines Spardiktats gewiss nicht Rechnung getragen werden kann. Vor nicht allzu langer Zeit hat *Gerstenmaier*<sup>184</sup> auf einen bereits in den achtziger Jahren in den USA erschienenen Beitrag von *Langbein* mit dem Titel „The German Advantage in Civil Procedure“ hingewiesen.<sup>185</sup> Dieser ist in den USA nicht unwidersprochen geblieben, nicht nur wegen des aus deutscher Sicht schmeichelhaften Titels und der Feststellung, „managerial judging is more compatible with the theory of Ger-

man procedure than with our own.“<sup>186</sup> Bevor wir uns mit dem Prädikat „Qualität made in Germany“ schmücken, sollten wir aber auch noch weiter lesen und die bereits vor mehr als 25 Jahren aus neutraler Sicht getroffene Aussage beachten: „The judicial career must be designed in a fashion that creates incentives for diligence and excellence. The idea is to attract very able people to the bench, and to make their path of career advancement congruent with the legitimate interests of the litigants.“<sup>187</sup> Diesen Vorteil sollte man nicht verspielen!

<sup>184</sup> *Gerstenmaier*, The „German Advantage“ – Myth or Model, *SchiedsVZ* 2010, 21.

<sup>185</sup> *Langbein*, The German Advantage in Civil Procedure, 52 U. Chi. L. Rev. 823 (1985).

<sup>186</sup> *Langbein*, 52 U. Chi. L. Rev. 823 (825) 1985.

<sup>187</sup> *Langbein*, 52 U. Chi. L. Rev. 823 (848) 1985.

## DER VORSCHLAG DER KOMMISSION ZUR REFORM DER BRÜSSEL I-VO\*

PROF. DR. THOMAS PFEIFFER, HEIDELBERG\*\*

*Meine Überlegungen dienen einmal der Darstellung der Kommissionspläne, zum anderen der Bewertung. Bei alledem geht es um 4 Punkte, nämlich*

- erstens den Anwendungsbereich im Verhältnis zur Schiedsgerichtsbarkeit;
- zweitens die Ausweitung des Zuständigkeitssystems der Brüssel I-VO;
- drittens die Modifikation der bisher recht starr ausgestalteten gehandhabten Regeln zur Beachtung konkurrierender Rechtshängigkeit und
- viertens die Abschaffung des bisherigen Exequaturverfahrens unter Beschränkung der Ordre public-Kontrolle.

*Das Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg war an den Vorarbeiten für die jetzt anstehende Reform dadurch beteiligt, dass die gegenwärtig geltende Fassung der Brüssel I-VO eine Evaluation vorsah, die Herr Kollege Hess und ich in Heidelberg zusammen mit Herrn Kollegen Schlosser aus München durchgeführt haben. Das Ergebnis liegt vor in Form des sog. Heidelberg-Reports.<sup>1</sup>*

\* Die neue Brüssel-I-Verordnung wurde als Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlamentes und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen am 20.12.2012 im EU-Amtsblatt verkündet (Amtsbl. EU L 351 Seite 1), trat am 9.1.2013 in Kraft und gilt ab dem 10.1.2015.

\*\* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung, Internationales Verfahrensrecht sowie Geschäftsführender Institutsdirektor des Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der nachfolgende Text beruht auf dem nur geringfügig bearbeiteten Ton-Mitschnitt des frei gehaltenen mündlichen Vortrags des Verfassers anlässlich des 6. ZPR-Symposiums der Bundesrechtsanwaltskammer am 16.3.2012 in Potsdam. Er beruht auf dem damaligen Diskussionsstand. Die Vortragsform ist beibehalten und lediglich um einige Nachweise ergänzt.

<sup>1</sup> *Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer/Peter Schlosser*, The Brussels I Regulation 44/2001 – Application and Enforcement in the EU, 2008.

### I. ANWENDUNGSBEREICH IM VERHÄLTNIS ZUR SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

Zu dieser Problematik enthält bereits der Heidelberg-Report einen Vorschlag.<sup>2</sup> Als wir diesen vorgelegt haben, haben wir zunächst gelegentlich das Argument gehört, teils aus England: „If it's not broken, don't fix it“ – wenn es nicht kaputt ist, soll man nicht versuchen, es zu reparieren. Will man sich auch auf diese flapsige Ebene begeben, kann man drei Dinge sagen – erstens: auch Dinge, die nicht kaputt sind, benötigen manchmal eine Wartung; zweitens werden mitunter Dinge, die nicht kaputt sind, durch Modifikationen besser und drittens ist „es“ kaputt, d.h. die gegenwärtige Rechtslage weist in der Tat einen Defekt auf. Das wurde augenfällig, während wir an unserem Evaluierungsbericht arbeiteten, und zwar durch eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2009, der viel zitierten Entscheidung im Fall *West Tankers*.<sup>3</sup>

Dort ging es um die rechtliche Aufarbeitung einer Schiffshavarie in Gewässern in der Nähe von Italien. Die Ansprüche einer Partei waren auf die italienische Tochter von Allianz übergegangen und in dem ursprünglichen Beförderungsvertrag fand sich eine Schiedsklausel, mit dem Schiedsort London. Eine der Parteien sah sich wegen des Anspruchsübergangs auf die Versicherung an die Schiedsklausel nicht gebunden und erhob parallel zum bereits begonnenen Londoner Schiedsverfahren Klage vor den staatlichen Gerichten auf der schönen Insel Sizilien, nämlich in Syrakus. An diesem – im wahrsten Sinne des Wortes – archime-

<sup>2</sup> *Hess*, *Hess/Pfeiffer/Schlosser* (Fn. 1) Rdnr. 105 ff.

<sup>3</sup> EuGH, 10.2.2009, Rs. C-185/07, *Allianz SpA und Generali Assicurazioni Generali Spr. ./ West Tankers Inc.*, 2009, I-663.



dischen Punkt kann man nun manches fest machen. Das Londoner Gericht wollte das tun, was englische Gerichte in diesem Fall tun, weil – wenn man das in dieser Pauschalität sagen kann – das angloamerikanische Recht ein anderes Verständnis von Gerichts- und Schiedsvereinbarungen hat als wir.

Das deutsche Recht steht bekanntlich auf dem Standpunkt: diese Vereinbarungen wirken gewissermaßen nur dinglich, sie schließen die Zuständigkeit von Gerichten aus und begründen die Zuständigkeit von Gerichten oder Schiedsgerichten. Das englische Recht sieht diese Vereinbarungen zugleich als schuldrechtlichen Vertrag, gegen dessen Verletzung man durch Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen, erstere auch im einstweiligen Rechtsschutz, vorgehen kann. Folge: es gibt einstweilige Verfügungen, die darauf gerichtet sind, andernorts die Verfahrenseinleitung oder -fortführung, die im Widerspruch zu der schuldrechtlichen Verpflichtung aus der Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarung steht, zu unterlassen. Anti-suit-injunctions kennen praktisch alle angloamerikanischen Rechtsordnungen.

In Deutschland gibt es nur einen Fall, der wirklich bekannt geworden ist, in dem diese Problematik eine Rolle gespielt hat, die berühmte Scheidung des Intendanten Max Reinhart in den 30er Jahren. Da hat das Reichsgericht den Standpunkt vertreten, das Scheidungsverfahren in Lettland, eingeleitet durch Max Reinhart sei eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung seiner Ehefrau. Daraus folge ein Anspruch aus § 826 BGB auf Unterlassung.<sup>4</sup> Lettland war das europäische Scheidungsparadies der 20er und 30er Jahre. Die Entscheidung ist aber vereinzelt geblieben. Wir kennen einen solchen Rechtsbehelf im Grundsatz nicht.

Das englische House of Lords hat nun mit seiner Vorlage an den EuGH gefragt: Können wir eine solche anti-suit-injunction zum Schutz eines englischen Schiedsverfahrens erlassen oder verstößt das gegen die Brüssel I-VO? Und der EuGH hat im Ergebnis gesagt: Ja, das ist ein Verstoß, und zwar aus folgenden Gründen: In Art. 1 Abs. 2 Buchstabe d) der Brüssel I-VO ist zwar eine Anwendungsausnahme für die Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen. Vereinbarungen in Sachen Schiedsgerichtsbarkeit liegen außerhalb des Anwendungsbereichs der Brüssel I-VO. Ein Verfahren, mit dem eine Schiedsvereinbarung durchgesetzt werden soll, fällt an sich unter diese Ausnahme.

Anders liegt es dagegen im Hinblick auf das Verfahren in Syrakus: Hier handelt es sich um ein normales Gerichtsverfahren, eine zivilrechtliche Schadensersatzklage. Die Brüssel I-VO ist anwendbar. Jetzt ist die Frage: Wenn in einem Verfahren darauf geklagt wird, dass die Partei das andere unterlässt, worauf kommt es dann an?

<sup>4</sup> RGZ 157, 136; s. noch OLG Köln, FamRZ 1962, 72, zu einer Schadensersatzklage wegen politischer Verfolgung, die durch Einleitung eines Zivilprozesses in der damaligen DDR ausgelöst wurde.

Und dazu meint der EUGH: Hinter der Brüssel I-VO steht ein allgemeines Prinzip, das lautet: Jedes Gericht in einem Mitgliedstaat entscheidet selbst über seine Zuständigkeit und kein anderer Mitgliedstaat darf in diese Entscheidung gleichsam hineinregieren.

Dieses allgemeine Prinzip schlägt nach Ansicht des EuGH deshalb durch, weil die Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung für das italienische Verfahren nur eine Vorfrage sei. Es gehe in der Hauptsache in Italien nicht um die Schiedsvereinbarung. Eine anti-suit-injunction verletze demgegenüber das genannte Prinzip, sie sei unzulässig. Damit ist nach dieser Entscheidung die parallele Durchführung eines Schiedsverfahrens in London und eines Gerichtsverfahrens in Italien mit demselben Gegenstand, wenn man von Feinheiten absieht, möglich. Und darin besteht das Problem, das einer Antwort bedarf. Handlungsbedarf besteht deshalb, weil nämlich anti-suit-injunctions gewissermaßen die Antworten des Common Law auf diese konkurrierende Zuständigkeit sind und diese Antwort nicht mehr gegeben werden darf.

Und unsere klassische kontinentaleuropäische Antwort ist dagegen die Schaffung einer Rechtshängigkeitsregel. Die Brüssel I-VO ist im Grunde, selbst wenn sie auch in England gilt, ihrem Ursprung nach ein zivilistisches Instrument und deswegen ist es systemgerecht, eine Rechtshängigkeitsregel zu schaffen. Das schlägt nun auch die Kommission, allerdings in abgemilderter Form, vor, nämlich mit der gewollten Änderung des Art. 1 Abs. 2 (d).

Nach dem Regelungsvorschlag der Kommission soll zukünftig folgendes gelten: Die Schiedsgerichtsbarkeit ist ausgenommen, es sei denn, es ist ausdrücklich eine Ausnahme von der Ausnahme, also eine Rückausnahme angeordnet. Gemeint sind zwei Regelungen; die wichtigere findet sich in Art. 29 Abs. 4 des Vorschlags: Wenn der Schiedsort in einem Mitgliedstaat liegt, dann soll das Gericht eines anderen Mitgliedstaates das Verfahren in solchen Konkurrenzfällen zukünftig aussetzen, sobald die Gerichte des Schiedsortes angerufen wurden, um die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung abzuklären.

Übertragen auf den Fall West Tankers heißt das: Die Frage ob die Schiedsvereinbarung wirksam ist, soll nicht in Syrakus entschieden werden, sondern am Schiedsort. Und zwar entweder – so lautet das Regelungskonzept des Kommissionsvorschlags – von den Gerichten des Schiedsortes oder von dem Schiedsgericht des Schiedsortes. Letzteres ist deswegen bedeutsam, weil die Ausgestaltung der sog. Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte – wer entscheidet, ob die Schiedsvereinbarung wirksam ist und das Schiedsgericht kompetent ist und entscheiden das die Schiedsgerichte abschließend selbst, oder entscheiden das letztlich die staatlichen Gerichte? – unterschiedlich ist in den Mitgliedstaaten. Wir in Deutschland haben zwar zunächst einmal eine Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte (§ 1040 Abs. 1 ZPO), aber man kann

zum staatlichen Gericht gehen (§ 1040 Abs. 3 ZPO). Das ist in anderen Mitgliedstaaten teilweise anders und deswegen diese Regelung.

Obwohl ich selbst sagen muss: Meines Erachtens sind alle sachlichen Einwände, die gegen den ursprünglichen Vorschlag des Heidelberg Reports sprachen, mit der jetzigen Ausgestaltung abgearbeitet. Trotzdem bleiben Widerstände. Man darf gespannt sein, wie sich das endgültige Ergebnis dieser Diskussionen innerhalb des politischen Prozesses darstellt. Auch ich selbst bin mit dem Vorschlag nur zum Teil zufrieden. Denn man muss eines sehen: Die Regelung löst das Rechtshängigkeitsproblem. Sie ist aber imperfekt. Wir haben in dem Vorschlag zwar eine Regelung, die sagt: Im Falle konkurrierender Rechtshängigkeit muss ein Verfahren gegenüber der anderem zurücktreten – soweit gut. Es fehlt aber eine Regelung, die sagt, was gilt, wenn sich keiner daran hält. Es findet sich kein Anerkennungshindernis – oder anders herum gesagt – keine Anerkennungspflicht zugunsten derjenigen Entscheidung, die nach der Rechtshängigkeitsregel den Vorrang genießt. Insofern ist meine Bewertung: Der Vorschlag enthält zwar eine klare Verbesserung gegenüber dem Status quo, aber es bleibt eine imperfekte Regelung, weil eben keine Absicherung auf der Ebene der Anerkennung erfolgt.

Man darf also gespannt sein, was sich durchsetzt. Ich meine, es wäre auch für die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen eine Verbesserung, denn gegenwärtig gibt es im Falle einer Schiedsvereinbarung keinen Abwehrmechanismus gegen ein anderes gerichtliches Verfahren in einem Mitgliedstaat. Nach dem Vorschlag der Kommission gäbe es einen.

## II. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT

Um den Vorschlag in diesem Punkt zu erfassen, muss man sich zunächst vergegenwärtigen, wie das bisherige System der Zuständigkeit nach der Brüssel I-VO in seinen wesentlichen Punkten ausgestaltet ist. Und da sind folgende Gesichtspunkte maßgebend:

Erstens: Das Brüsseler Zuständigkeitssystem gilt immer dann, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat. Im Falle einer Gerichtsstandsvereinbarung weiß man im Vorhinein noch nicht vorher, wer der Beklagte sein wird, also reicht der Wohnsitz einer der beiden Parteien.

Zweitens: Die Brüssel I-VO erfordert keinen innerunionalen Zuständigkeitskonflikt. Wenn ein Amerikaner mit einem Deutschen eine Gerichtsstandsvereinbarung schließt oder wenn ein Deutscher mit einem Amerikaner in England verklagt wird, auch wenn er in Deutschland verklagt wird, immer ist Brüssel I anwendbar. Brüssel I ist dagegen nicht anwendbar, wenn Sie als Deutscher gegen einen Beklagten mit US-amerikanischem Wohnsitz klagen. Hierfür gilt nationales Zuständigkeitsrecht.

Und dieser letztgenannte Punkt soll sich nun zum Teil ändern. Vorgesehen ist eine Ausdehnung auf Drittstaater. Art. 4 Abs. 2 des Vorschlags besagt dies und in Art. 23 Abs. 2 des Vorschlags findet sich die erforderliche Regelung, soweit es um eine Gerichtsstandsvereinbarung geht. Der Grund für diesen Vorschlag ist einmal, dass man sich in manchen Fällen, in denen kein Zuständigkeitsproblem besteht, fragen kann: Warum behandelt man Drittstaater eigentlich anders? Warum können wir nicht die Gerichtsstände der Brüssel I-VO auf Drittstaater anwenden, jedenfalls was die streitgegenstandsbezogenen betreffenden besonderen Gerichtsstände anbelangt?

Vor allem jedoch führt das gegenwärtige System zu Ungleichbehandlungen in der Union und zwar aus folgendem Grund: Alle Mitgliedstaaten haben in ihrem nationalen Recht in unterschiedlicher Form das, was man als exorbitante Gerichtsstände bezeichnet. Wir in Deutschland kennen den Vermögensgerichtsstand des § 23 ZPO. Wer in Deutschland keinen Wohnsitz hat, aber ein Bankkonto in Frankfurt, den kann ich vor die deutschen Gerichte bringen, sofern irgendwie sonst ein hinreichender Inlandsbezug vorhanden ist. Und der hinreichende Inlandsbezug, für den reicht es aus, wenn man einen deutschen Kläger hat. Die anderen Mitgliedstaaten haben teilweise andere Systeme weit reichender Zuständigkeiten. Die Engländer kennen noch die klassische Common-Law-Zuständigkeit kraft Zustellung. Die Franzosen verfügen über die berühmten Vorschriften der Art. 14 und 15 des Code Civil. Ein Franzose kann gegen irgendwen auf der Welt immer in Frankreich klagen – immer, außer der Beklagte wohnt in der EU, dann ist er privilegiert.

Was heißt das nun, wenn man es einmal im Dreiecksverhältnis betrachtet? Ein Franzose kann nach Deutschland kommen und kann kraft des deutschen Vermögensgerichtsstands den Amerikaner in Frankfurt verklagen. Ein Deutscher kann aber nicht nach Frankreich gehen, es sei denn er wohnt dort. Aber wenn er nicht dort wohnt, kann er in Frankreich nicht die Art. 14 und 15 Code Civil nutzen. Und darin liegt eben in Bezug auf das Verhältnis zu Dritten eine gravierende Ungleichbehandlung in der Union. Diese ist auch nicht günstig für uns Deutsche.

Das Problem ist nur Folgendes: Vergleichen Sie den umfangreichen Katalog der Gerichtsstände in der ZPO, die §§ 12 ff. und ihr vollständiges Zuständigkeitssystem, mit dem sehr bescheidenen Katalog der Art. 5 und 6 der Brüssel I-VO ist der Brüsseler Katalog sehr knapp gehalten. Es gibt den Vertragsgerichtsstand, den Gerichtsstand für unerlaubte Handlungen etc. Deshalb sind die Gerichtsstände der Brüssel I-VO viel zu schmal, um alle Fälle eines Rechtsschutzbedarfes gegenüber Drittstaatern zu erfassen. Im Heidelberg-Report hatten wir deshalb festgestellt: Wenn man das Brüsseler System auf Drittstaater ausdehnt, ist der hilfsweise Zugriff auf nationales Recht unvermeidbar. Und wir hatten der Einfachheit halber vorgeschlagen, da man nicht am grünen Tisch einen Kata-

log an Gerichtsständen entwickeln kann, dann soll man subsidiär diesen Rückgriff auf die nationalen Gerichtsstände zulassen.<sup>5</sup>

Die Kommission will es nun etwas anders. Auch sie sagt, dass maßvolle Erweiterungen des Zuständigkeitskatalogs sinnvoll seien. Wirklich gefehlt hat bisher ein nicht ausschließlicher Gerichtsstand für dingliche Klagen bei beweglichen Sachen: Wenn ein Kunstwerk in Wien versteigert wird und ich sage, es gehört mir, konnte ich bisher nicht in Wien auf Herausgabe klagen. Das war absurd und bedurfte der Änderung. Und diesen Vorschlag des Heidelberg-Reports<sup>6</sup> hat die Kommission aufgegriffen. Die Möglichkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen bei Gewerberaummieta ist ebenfalls eine Ausweitung, sie gab es bisher nicht.

Anders als der Heidelberg-Report,<sup>7</sup> will die Kommission die verbleibenden Lücken nicht durch eine subsidiäre Anwendung nationaler Gerichtsstände ausgleichen, sondern durch zwei sehr weit gehende Erweiterungen der in der Brüssel I-VO selbst geregelten Zuständigkeiten: erstens einen eingeschränkten Vermögensgerichtsstand und zweitens eine Notzuständigkeit. Die Alternative wäre demgegenüber entweder ein eigener umfangreicher Zuständigkeitskatalog in Brüssel I oder subsidiäre Anwendung nationalen Rechts. Für letzteres ist die Zeit nicht reif; ersteres gab dem nationalen Recht nach Auffassung der Kommission vermutlich eine zu große verbleibende Rolle.

Der begrenzte Vermögensgerichtsstand, der nun vorgeschlagen wird, setzt voraus: Inländisches Vermögen, die Wahrung eines angemessenen Verhältnisses des inländischen Vermögens zur Forderungshöhe sowie einen hinreichenden Inlandsbezug. Die Erfahrungen mit § 23 ZPO lassen dieses Modell nur als beschränkt erstrebenswert erscheinen. *Jochen Schröder* hat einmal formuliert, es sei unmäßig, Millionenprozesse an die Belegenheit von Obstkörben zu knüpfen.<sup>8</sup> Und es gibt eine herrliche Entscheidung zur Frage, ob ein nur teilweise beschriebenes Handelsbuch noch einen Vermögenswert darstelle, in dem nämlich das Reichsgericht Überlegungen der Vorinstanz billigt, in denen ausgeführt wird: Es handele sich „um ein großes Buch mit festem Umschlag“, das 300 Blatt Papier umfasse, von denen erst 180 beschrieben seien<sup>9</sup> – um den Vermögenswert zu begründen. Und dann wird aus Österreich der Fall der Klage gegen den französischen Skirennläufer Jean-Claude Killy kolportiert, bei dem es sich dem Vernehmen nach um eine unveröffentlichte erstinstanzliche Entscheidung handelt: Danach wurde am österreichischen Vermögensgerichtsstand (§ 99 öst Jurisdiktionsnorm) ein Vaterschaftsprozess gegen Jean-Claude Killy angestrengt,

bei dem als Vermögenswert vergessene Unterwäsche gedient haben soll.<sup>10</sup>

Die Österreicher haben auf das Problem der Unverhältnismäßigkeit reagiert, indem sie die Vermögenszuständigkeit um das Korrektiv einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt haben (§ 99 Abs. 1 Satz 2 öst Jurisdiktionsnorm). Dieses Regelungskonzept greift der europäische Gesetzgeber jetzt auf: ein unangemessenes Verhältnis. Was das sein wird, das muss allerdings der EuGH entscheiden. Wenn man an das österreichische Vorbild denkt, dann könnte man von einem Verhältnis von 1:5 ausgehen.<sup>11</sup> Also: wenn ich 20.000 Euro auf dem Konto habe, darf ich bis 100.000 Euro verklagt werden.

Zusätzlich muss ein hinreichender Inlandsbezug bestehen. Im deutschen Recht hat das der BGH als ungeschriebenes Merkmal bereits Anfang der 90er Jahre in § 23 ZPO hinein gelesen.<sup>12</sup> Zwar ist nicht ganz klar, was ein hinreichender Inlandsbezug eigentlich ist. Doch weil der BGH die Ansicht vertritt, der inländische Klägerwohnsitz reicht in der Regel aus, taucht das meistens nicht als Problem auf. Wenn man allerdings den Inlandsbezug so weitgehend abstrahiert, dann hat man in der Folge Rechtsstreitigkeiten, die gegenüber dem Forum weitgehend beziehungslos sind. Auf der anderen Seite kann man sagen: Für die inländische Anwaltschaft können internationale Prozesse lukrativ sein und das wäre dann auf anderer Ebene ein gewisser Vorteil.

Vorgeschlagen ist ferner eine begrenzte Notzuständigkeit. Notzuständigkeit setzt voraus, dass es kein Gericht gibt, an das ich mich wenden kann. Dann bin ich in Zuständigkeitsnot und Zuständigkeitsnot löst Notzuständigkeit aus: „Wo kein Gericht auf der Welt zuständig ist, soll jedes Gericht zuständig sein.“ Etwas anderes ist hier vorgeschlagen. Die Verordnung soll als Voraussetzungen der Notzuständigkeit vorsehen: kein zuständiges Gericht in einem Mitgliedstaat, kein hinreichender Rechtsschutz durch einen Drittstaat sowie einen hinreichenden Inlandsbezug. Der nicht hinreichende Rechtsschutz durch einen Drittstaat soll in zwei verschiedenen Fällen vorliegen: Nämlich entweder, wenn das drittstaatliche Verfahren unzumutbar oder unmöglich ist, oder wenn die drittstaatliche Entscheidung zwar erlangt werden kann, aber nicht anerkennungsfähig oder vollstreckbar ist, trotz eines Anerkennungsbedürfnisses. Außerdem wird jedoch ein ausreichender Bezug zum Forum verlangt. Das wirft eine Fülle von Problemen auf, weil diese Merkmale sehr vage sind.

Die Notzuständigkeit kennen wir als ungeschriebene Regel bereits im deutschen Prozessrecht. Es gibt einige Entscheidungen: Beispielsweise wurde während der Bürgerkriegszeit im Libanon entschieden, dass, obwohl

<sup>5</sup> Pfeiffer, Hess/Pfeiffer/Schlösser (Fn. 1), Rdnr. 163.

<sup>6</sup> Pfeiffer, Hess/Pfeiffer/Schlösser (Fn. 1), Rdnr. 153.

<sup>7</sup> Hess/Pfeiffer/Schlösser (Fn. 1), Rdnr. 157–163.

<sup>8</sup> *Jochen Schröder*, Internationale Zuständigkeit, 1971, S. 402.

<sup>9</sup> RGZ 51, 163, 164f.; Vorinstanz: OLG Dresden, SeuffArch 57 (1902), Nr. 162.

<sup>10</sup> *Jan Kropholler*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I Kap. III, § 2 Abs. 3 Satz 3, Rdnr. 314.

<sup>11</sup> Z.B. OGH, 8.7.2003, 4 Ob 128/03g.

<sup>12</sup> BGHZ 115, 90.

libanesische Gerichte an sich zuständig wären, eine Notzuständigkeit deutscher Gerichte in Betracht kommt.<sup>13</sup> Aber die Frage ist: Wie sicher muss es eigentlich sein, dass der Rechtsschutz nicht zumutbar oder das Urteil nicht anerkennungs-fähig ist?<sup>14</sup> Das spielt etwa eine Rolle, wenn das zuständige Gericht voraussichtlich eine Entscheidung erlassen wird, von der wir annehmen, dass sie gegen den deutschen *Ordre public* verstoßen und sie deswegen nicht anerkannt wird. Muss man abwarten bis die Entscheidung da ist, also erst einmal fünf Jahre im Ausland prozessieren, oder kann man gleich in einem Mitgliedstaat klagen? Wie ist es, wenn die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung im Raum steht und unklar ist, ob wirklich die Zuständigkeit des betreffenden Gerichts begründet? In diesen Fragen steckt eine Fülle von Unsicherheit. An sich ist das Konzept einer Notzuständigkeit gut und sinnvoll, aber nur wenn es dazu dient, in unvermeidlichen Ausnahmefällen gegenüber einer Rechtsschutzverweigerung vorzubeugen – dagegen nicht, wenn sie als Bestandteil des regulären Zuständigkeitsystems fungieren soll, wenn die Notzuständigkeit zur Regelzuständigkeit wird.

Unklar ist auch, was der verlangte ausreichende Bezug zum Forum im Einzelnen erfordert. Das bisherige System der Brüssel I-VO beruht darauf, dass die zuständigkeitsrechtlichen Anknüpfungsmomente eine hinreichende Beziehung zum Forum widerspiegeln. Demgegenüber führt das Erfordernis eines hinreichenden Inlandsbezugs zu einer zweiten Ebene, schwächerer, noch schwächerer und allerschwächster Bezüge,<sup>15</sup> von denen man dann überlegen muss: Welche reichen denn eigentlich noch aus? – ein wenig klares System. Zudem kann man zweifeln, ob man ein solches begrenzendes Merkmal bei der Notzuständigkeit tatsächlich benötigt. Notprozesse auf eigene Kosten will ohne Rechtsschutzbedürfnis niemand führen.

Änderungen ergeben sich auch für Gerichtsstandsvereinbarungen. Einmal soll in die maßgebende Vorschrift des Art. 23 aufgenommen werden: Die Beurteilung der Wirksamkeit erfolgt nach der *Lex Fori*, und zwar *Lex Fori* des prorogierten Gerichts, also des Gerichts, dessen Zuständigkeit die Parteien vereinbart haben. Sprich: wenn die Parteien die ausschließliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte vereinbaren und eine Partei trotzdem in Italien klagt, muss das italienische Gericht über die Wirksamkeit der Zuständigkeitsvereinbarung nach deutscher *Lex Fori* entscheiden.

Allerdings gibt es eine Unklarheit. Die Begründung der Brüssel I-VO sagt: Unser Vorbild ist das Haager Zuständigkeitsübereinkommen. Und von dort ist es in der Tat übernommen. Die offiziellen Materialien, nämlich der offizielle Bericht zum Haager Zuständigkeitsübereinkommen sagt: Die Beurteilung der Gerichts-

standsvereinbarung nach der *Lex Fori* ist das, was das IPR eine Gesamtverweisung nennt.<sup>16</sup> Es wird das Recht angewandt, von dem die *Lex Fori* sagt: Es soll angewandt werden. Wie ist es im Moment in Deutschland? Was sagt die deutsche *Lex Fori* zur Frage, nach welchem Recht sich die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt? Die Antwort des deutschen Rechts ist: Diese Frage ist gesondert zu prüfen. Die Parteien können für die Gerichtsstandsvereinbarung eine eigene Rechtswahlvereinbarung treffen, tun sie das nicht, gilt das Recht des Hauptvertrags, was in tatsächlicher Hinsicht in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Regel ist. Ob hier der EuGH gewissermaßen die besagte rechtstechnische Schleife, die ich in der Sache für sinnvoll halte, weil sie die Gerichtsstandsvereinbarung mit dem Hauptvertrag harmonisiert und weil die Parteien meistens ebenso denken, nachvollziehen wird, bleibt abzuwarten, weil das Europäische Kollisionsrecht gegenüber etwaigen Weiterverweisungen bisher doch eher skeptisch war. Zu begrüßen wäre ein solches Konzept aber.

### III. KONKURRIERENDE RECHTSHÄNGIGKEIT

Die wesentliche Stärkung der Gerichtsstandsvereinbarung folgt aus den nunmehr vorgesehenen Regeln über die konkurrierende Rechtshängigkeit. Das gegenwärtige System der Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit in Europa ist geprägt durch den strikten Prioritätsgedanken. Der EuGH geht erstens von einem – im Vergleich zum deutschen Recht – weiten Streitgegenstandsbegriff aus. Es reicht aus, dass es materiell-rechtlich im Kern um dasselbe geht. Das führt insbesondere dazu, dass Leistungsklagen und negative Feststellungsklagen, die auf vorgreifliche Rechtsverhältnisse zielen, denselben Gegenstand haben. Und dann, wenn das der Fall ist und ein Gericht früher in Anspruch genommen wird, dann hat das strikten Vorrang. Das ist das gegenwärtige System.

Und weil es Mitgliedstaaten gibt, deren Justizsystem in dem Ruf steht, eine lange Verfahrensdauer zu begünstigen, liegt hierin ein ernstes Problem, das man insbesondere in Bezug auf Italien und Belgien erörtert hat. Der EuGH hat ausdrücklich noch einmal 2003 entschieden: Die strikte Priorität nach der Brüssel I-VO gilt auch bei überlanger Verfahrensdauer.<sup>17</sup> Das Regelungsproblem vor dem man steht, ist: Die Rechtsprechung des EuGH eröffnet die Möglichkeit, das Verfahren vor dem eigentlich zuständigen Gericht zu obstruieren. Ein derart möglicher „Torpedo“ kann ausschließliche eindeutige Gerichtsstandsvereinbarungen konterkarieren und den Rechtsschutz in die Länge ziehen. Eine zusätzliche Absurdität besteht zudem darin, dass ein solcher Torpedo auch bei einem rein nationalen Sachverhalt möglich ist.

<sup>13</sup> LAG Frankfurt, RIW/AWD 1982, 52.

<sup>14</sup> Dazu etwa *Thomas Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerichtlichkeit, 1995, S. 465.

<sup>15</sup> Kritisch schon *Schröder* (Fn. 8) S. 216. *Thomas Pfeiffer* (Fn. 14) S. 459.

<sup>16</sup> *Trevor Hartley/Masato Dogauchi*, Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention, 2007, S. 43, Rdnr. 125.

<sup>17</sup> EuGH, 9.12.2003, Rs C-116/02 *Gasser GmbH/MISAT Srl*, Slg. 2003, I-14721.

Das Problem ist, dass, sobald man diesen Mechanismus umdreht, statt der Gefahr der missbräuchlichen Torpedoklage die Gefahr der missbräuchlichen Berufung auf eine angebliche Gerichtsstandsvereinbarung besteht: Eine Partei zaubert aus ihrer Schublade niemals kommunizierte AGB und versendet sie nachträglich, um alsdann zu behaupten, es gebe eine Gerichtsstandsvereinbarung.<sup>18</sup>

Der Vorschlag versucht deswegen einen Mittelweg. Es gibt im Vorschlag in Art. 29 Abs. 2 einen Vorrang der vereinbarten ausschließlichen Zuständigkeit und es gibt eine Regelung, dass in sechs Monaten darüber entschieden werden soll. Außerdem gibt es eine Informations- und Kooperationspflicht. Es ist im Prinzip der Versuch, das Unvereinbare miteinander vereinbar zu machen. Ich finde das in der Tat ein wenig besser als die radikale ausnahmslose zeitliche Priorität, die im Moment gilt.

#### IV. ABSCHAFFUNG DES EXEQUATUR-VERFAHRENS UND BESCHRÄNKUNG DER ORDRE PUBLIC-KONTROLLE

Als ich diesen Teil des Vorschlags zum ersten Mal gelesen habe, fiel mir sofort das berühmte Diktum von Einstein ein: „Alles soll so einfach wie möglich sein, allerdings nicht einfacher.“ Die Frage ist, was hier der richtige Gradmesser für die anzustrebende Vereinfachung ist? Dazu zunächst wiederum ein Blick auf das gegenwärtige System der Brüssel I-VO. Gegenwärtig ist für die Urteilsanerkennung, nicht aber für die Vollstreckung, das Konzept automatischer Anerkennung kraft Gesetzes maßgebend. Ein italienisches Urteil beispielsweise gilt im Anwendungsbereich der Brüssel I-VO kraft Gesetzes mit allen seinen Wirkungen außer der Vollstreckbarkeit, in Deutschland wie in jedem anderen Mitgliedstaat. Nur die Vollstreckung setzt voraus, dass der Vollstreckungsstaat, eine Behörde oder ein Gericht, es für vollstreckbar erklärt. Dafür genügt aber bereits heute ein einseitiger Antrag einer Partei. Wenn der Vollstreckungsschuldner Einwände hat, dann muss er Rechtsmittel einlegen.

Anerkennung und Vollstreckung werden also verschieden behandelt, weil ein konzeptioneller Unterschied zwischen beiden besteht. Traditionell stehen sich bei der grenzüberschreitenden Urteilsandererkennung zwei Grundkonzeptionen gegenüber: Die sog. Wirkungserstreckungstheorie und die Nostrifizierungstheorie. Wirkungserstreckungstheorie heißt: ein Urteil hat im Ausland dieselbe Wirkung, die es auch im Urteilsstaat hat. Die im Urteilsstaat vorgesehenen Wirkungen werden ins Ausland erstreckt. Die Nostrifizierungstheorie, die man lange in Österreich zugrunde gelegt, besagt dagegen: Ein ausländisches Urteil, wenn es denn anerkannt wird, hat im Inland dieselben Wirkungen, wie ein inländisches.

Die Nostrifizierungstheorie kann eigentlich nicht richtig sein, weil es ja stets möglich ist dass ein Urteil im Zielstaat weitergehende Wirkungen hat, als im Urteilsstaat. Zu diesen weiteren Wirkungen wurde aber im Erkenntnisverfahren kein Gehör gewährt. Daher ist die Theorie von der Wirkungserstreckung vorzuzugswürdig.

Für die Vollstreckbarerklärung muss aber bedacht werden, dass die Vollstreckung immer nach dem Vollstreckungsrecht des Zielstaates erfolgt und deswegen auch die Wirkungen eines Zielstaatsurteils, beschränkt auf den Bereich der Vollstreckung, haben muss. Hier ist also eine Nostrifizierung unvermeidlich. Deswegen bedarf es dort immer einer Zusatzprüfung, des Exequatur. Darin liegt ein Grund, warum wir die Anerkennung kraft Gesetzes, die Vollstreckung nur mit zusätzlicher inländischer Bestätigung zulassen. Außerdem spielt die Souveränität eine Rolle. Ein ausländisches Urteil ist ausländischer Hoheitsakt; er soll im Inland nur dann Zwangswirkungen entfalten, wenn eine deutsche Behörde ihr Einverständnis gegeben hat.

Jetzt soll das Exequaturverfahren abgeschafft werden. Das heißt: Im Ursprungsstaat vollstreckbare Entscheidungen sollen auch in anderen Mitgliedstaaten kraft Gesetzes vollstreckbar sein, und zwar ohne dass hierfür irgendeine Vollstreckbarerklärung erfolgen muss oder es sonst irgendeines Hoheitsaktes des Vollstreckungsstaates, also des Zielstaates, bedarf. Mit anderen Worten: Das bisherige Exequaturverfahren, das es in allen Mitgliedstaaten gibt, ist nicht mehr erforderlich und die Mitgliedstaaten dürfen auch keines einführen oder aufrechterhalten. Der Kern des Exequaturverfahrens ist bisher geregelt in der Brüssel I-VO selbst. Wenn das wegfällt, dürfen die Mitgliedstaaten auch keine nationale Ersatzlösung einführen. Das bedeutet: Die Partei muss, wenn sie sich gegen die Vollstreckung eines ausländischen mitgliedstaatlichen Urteils zukünftig wenden will, aktiv dagegen vorgehen.

Schon bisher gibt es nur einen beschränkten Katalog von Vollstreckungshindernissen. Manche soll man zukünftig allerdings schon im Urteilsstaat geltend machen. Andere können auch im Zielstaat geltend gemacht werden. Die wesentliche Änderung ist aber inhaltlicher Art. Es soll keine materielle Ordre public-Kontrolle mehr geben. Der prozessuale Ordre public kann noch kontrolliert werden, aber nicht mehr der materiell-rechtliche Ordre public. Nur für Fälle der Verletzung von Persönlichkeitsrechten und vergleichbaren Rechten und kollektiven Rechtsverhältnissen, bleibt eine materielle Ordre public-Kontrolle möglich.

Man kann spekulieren, warum man an dieser Ausnahme festgehalten hat. Es gibt ja die These, dass man auf den Charakter einer Nation daraus Rückschlüsse ziehen kann, welcher Art die Schimpfworte in dieser Nation üblich sind – das will ich nicht vertiefen. Jedenfalls ist der wahre Grund hier nicht dieser, sondern der Umstand, dass das materielle IPR in der Union durch Rom I- und Rom II-Verordnung zwar vereinheitlicht ist, aber nicht für diesen Bereich. Die Rom II-VO nimmt die besagten Bereiche von der Harmonisierung des IPR aus;

<sup>18</sup> Ausführliche Abwägung bei Matthias Weller, Hess/Pfeiffer/Schlosser (Fn. 1), Rdnr. 388 ff.

wohl deshalb hält man eine materielle Ordre public Kontrolle in diesem Bereich für weiterhin erforderlich.

Die Abschaffung des Exequaturverfahrens beruht auf folgenden Zielen und Prinzipien: Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sieht eben vor die Schaffung eines einheitlichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. So wie bayrische Urteile selbst im preußischen Potsdam gelten, soll auch die EU einen einheitlichen Raum der Freiheit und Rechtssicherheit bilden. Es gilt überall das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung. Nun mag man einwenden, ein wirklich gleichwertiges Vertrauen in die Justiz aller Mitgliedstaaten sei eine Illusion. Aber sie ist jedenfalls offizielle Politik. Der Binnenmarkt setzt diese Freizügigkeit in jedem Fall voraus. Titulierte Forderungen sind, ökonomisch gesehen, ein property right. Ihre Funktion können sie nur entfalten, wenn sie überall im Binnenmarkt exklusiv gelten, was Urteilsfreizügigkeit fordert. Nur wenn Titel überall im Binnenmarkt gelten kann, kann ich z.B. titulierte Forderungen überall abtreten, damit also Handel treiben. Deswegen setzt der Binnenmarkt diese Freizügigkeit voraus.<sup>19</sup>

Die Abschaffung der materiellen Ordre public-Kontrolle wirft gleichwohl erhebliche Probleme auf. Der EuGH hat in der Krombach-Entscheidung gesagt, der Ordre public werde zwar national definiert, aber das EU-Recht verlangt, dass es um ein Prinzip von hinreichendem Gewicht geht.<sup>20</sup> Insofern ist die materiellrechtliche Ordre public-Kontrolle schon bislang sehr vorsichtig zu handhaben.

Für die Abschaffung spricht nun Folgendes: Herr Kollege Hess und ich haben letztes Jahr eine Studie zur Anwendung der Ordre public-Kontrolle in den Mitgliedstaaten durchgeführt.<sup>21</sup> Wir mussten feststellen: Es gibt praktisch keine Fälle. Darauf beruht auch die Position des Entwurfs: Keine Fälle, kein Bedarf.

Doch gibt es nach wie vor politische, wirtschaftliche, soziale und ethische Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten. Um es zugleich in schärfster Zuspitzung zu zeigen: Der Druck, die Verteilung und die Lieferung nationalsozialistischer Propaganda, ist in bestimmten Mitgliedstaaten erlaubt. In Deutschland sind das Straftaten. Man stelle sich vor, ein mitgliedstaatliches Gericht, deren Rechtsordnung den erstgenannten Standpunkt einnimmt, entscheidet gegen eine deutsche Partei nach ihrem eigenen Recht über einen solchen Liefervertrag und spricht einen Lieferanspruch zu. Soll dieser nun in Deutschland vollstreckbar sein, obwohl die Vornahme der geschuldeten Handlung – Erfüllung des Lieferanspruchs, nicht die Zahlung, diese ist unproblematisch – eine Straftat darstellt? Das kann nicht funktionieren.

<sup>19</sup> Pfeiffer (Fn. 14), S. 349.

<sup>20</sup> EuGH, 28.3.2000, C-7/98, Krombach ./.. Bamberski, Slg. 2000, I-1935, Tz. 21 ff.

<sup>21</sup> Hierzu und zum Folgenden mit Nachweisen und weiteren Beispielen *Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer*, Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law, 2011, pp. 164–167, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/juri/2011/453189/IPOL-JURI\\_ET%282011%29453189%28PARO1%29\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/juri/2011/453189/IPOL-JURI_ET%282011%29453189%28PARO1%29_EN.pdf), 11.6.2012 (die englische Fassung ist die Originalversion; die deutsche Fassung wurde vom Übersetzungsdienst des Parlaments angefertigt).

Es gibt eine ganze Reihe weiterer Gegenstände, deren Lieferung in einen Mitgliedstaat erlaubt und in einem anderen eine Straftat darstellt. Außerdem fällt das ganze Arbeitsrecht unter Brüssel I. Auch in diesem Bereich sind Fälle zu erwarten, in denen für den Ordre public Anwendungsbedarf besteht.

Dann gibt es noch Konstellationen in Dreiecksverhältnissen unter Einbeziehung von Drittstaaten. Der Entwurf steht auf dem Standpunkt, wir brauchen keine Ordre public-Kontrolle, denn wir haben ja ein einheitliches IPR und nur dort, wo wir kein einheitliches IPR haben, brauchen wir ausnahmsweise eine Kontrolle.

Das berücksichtigt allerdings nicht hinreichend, dass es Dreieckskonstellationen gibt: Ein Deutscher und ein Amerikaner schließen einen Vertrag nach dem Recht der USA bzw. eines US-Bundesstaates. Sie einigen sich auf ein neutrales Gericht in England. Dort wird verhandelt und entschieden. Und das englische Gericht wird das amerikanische Recht anhand seines Ordre public prüfen, aber nicht nach unserem Ordre public. Und wenn Deutschland das englische Urteil ohne Ordre public-Kontrolle anerkennen muss, besteht eine offene Flanke. Das sehen Sie an folgendem Beispiel:

Das Recht der USA kennt das Rechtsinstitut des Strafschadensersatzes. Nach unserem Dafürhalten sind exorbitante Strafschadensersatzurteile und auch Vorschriften, die sie tragen, mit dem Ordre public in Deutschland unvereinbar.<sup>22</sup> So sieht es der BGH – und das halte ich selbst auch für zutreffend. Das englische Recht kennt nun selbst zwar keine punitive damages, aber sieht in ihrer Zuerkennung auch keinen Ordre public-Verstoß. Mit anderen Worten: Es sind englische Urteile auf der Grundlage des US-amerikanischen Rechts zum Strafschadensersatz denkbar, die alsdann ohne Ordre public-Kontrolle in Deutschland vollstreckt werden müssen. Die Vereinheitlichung des IPR ist ohne Vereinheitlichung des materiellen Ordre public stets unvollkommen. Für eine Vereinheitlichung des Ordre public fehlen indessen die Voraussetzungen. Auf eine materielle Ordre public-Kontrolle kann daher bei der prozessualen Urteilsanerkennung einstweilen nicht verzichtet werden.

## V. POST SCRIPTUM

Einige der Vorschläge der ursprünglichen Vorschläge der Kommission, wie sie diesem Vortrag zugrundeliegen und zum Teil kritisiert wurden, sind in der Zwischenzeit wohl aufgegeben oder geändert worden.<sup>23</sup> Für die Schiedsgerichtsbarkeit bleibt es weitgehend bei der bisherigen Rechtslage; auf die Einführung einer Vermögens- und Notzuständigkeit sowie auf die weitgehende Abschaffung der materiellen Ordre public-Kontrolle wird verzichtet.

<sup>22</sup> BGHZ 118, 312.

<sup>23</sup> Siehe dazu das auf der Ratsitzung der Innen- und Justizminister am 7.6.2012 behandelte Dokument: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st10/st10609-ad01.en12.pdf>, 16.6.2012.

# PROZESSUALE WAFFENGLEICHHEIT DURCH PARTEIVERNEHMUNG

VORSITZENDER RICHTER AM LG BJÖRN RETZLAFF UND RA DR. BERNHARD VON KIEDROWSKI, BERLIN

*Nach einem viel beachteten Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>1</sup> zur prozessualen Waffengleichheit im Zivilprozess ist ein Gericht unter bestimmten Umständen verpflichtet, im Rahmen der Beweisaufnahme eine Partei auch dann zu vernehmen oder anzuhören, wenn das nationale Zivilprozessrecht dies nicht vorsieht. Die deutschen Gerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und sie fortgeführt, insbesondere mit Blick auf sog. Vier-Augen-Gespräche. Dabei fasst das Bundesarbeitsgericht den Anspruch auf Parteivernehmung weiter als BVerfG und BGH. Der folgende Beitrag untersucht Umfang und Grenzen dieser Pflicht zur Parteienanhörung oder -Vernehmung, die dem Wortlaut der ZPO nicht entnommen werden kann.*

## I. DIE VERFASSUNGSRECHTLICH GEBOTENE VERNEHMUNG ODER ANHÖRUNG DER PARTEI

### 1. SKEPSIS GEGENÜBER DER PARTEIVERNEHMUNG

Unter den Beweismitteln der ZPO nimmt der Antrag auf Parteivernehmung eine Sonderstellung ein. Das Gesetz steht der Vernehmung einer Partei über eine umstrittene Tatsache skeptisch gegenüber. Da eine Partei „Zeuge in eigener Sache“ ist, besteht die Gefahr, dass ihre Aussage von ihrem Interesse am Prozessausgang beeinflusst ist und damit dem Ziel der Beweisaufnahme widerspricht, die Wahrheit über den streitigen Sachverhalt herauszufinden.<sup>2</sup> Natürlich kann auch ein Zeuge ein Interesse an einem bestimmten Ergebnis eines Rechtsstreits haben. Die ZPO nimmt hier aber zulässigerweise eine generalisierende Sichtweise ein.<sup>3</sup> Das abstrakte Risiko einer interessegeleiteten und damit nicht der Wahrheit entsprechenden Aussage ist bei der Vernehmung einer Partei sicherlich höher als bei der Vernehmung eines Zeugen.

Aus diesem Grund regelt die ZPO, dass der Beweisantritt einer Partei, sie selbst zum Beweis einer umstrittenen Behauptung zu vernehmen, für das Gericht nicht bindend ist. Gem. § 447 ZPO ist ihm nur mit dem Ein-

verständnis der Gegenseite nachzukommen. Die in § 448 ZPO geregelte – und im Verhältnis zu anderen möglichen Beweiserhebungen subsidiäre – Parteivernehmung von Amts wegen setzt voraus, dass bereits ein sog. „Anfangsbeweis“ für die zu beweisende Behauptung spricht. Ein solcher ist nur dann anzunehmen, wenn die auf der Grundlage des bisherigen Parteivortrags und einer eventuell durchgeführten Beweisaufnahme getroffene richterliche Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass von einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Tatsachenbehauptung auszugehen ist. Es muss auf Grundlage der heranzuziehenden Beweise, des bisherigen Prozessverhaltens der Parteien, allgemeiner Erfahrungssätzen, der Persönlichkeit der Parteien sowie der unstrittigen Indizien mehr für als gegen das Vorliegen der behaupteten Tatsache sprechen.<sup>4</sup> Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände trägt eine bloße Tatsachenbehauptung für sich allein keinen solchen „Anfangsbeweis“ für ihre eigene Richtigkeit in sich.<sup>5</sup>

### 2. DIE „FAIRE BALANCE“ ZWISCHEN DEN PARTEIEN

Während diese Regelungen das Ziel verfolgen, das Gericht davon zu entbinden, eine Partei im Rahmen der Beweisaufnahme zu vernehmen, verstößt nach dem EGHR<sup>6</sup> und dem BVerfG<sup>7</sup> unter bestimmten Umständen genau dies gegen das Recht der Partei auf prozessuale Waffengleichheit und auf rechtliches Gehör.

Nach der entscheidenden Passage in dem Urteil des EGHR muss in einem Rechtsstreit eine „faire Balance“ zwischen den Parteien bestehen. Dies verlangt, dass jeder Partei die Möglichkeit eingeräumt werden muss, „ihren Fall – einschließlich ihrer Zeugenaussage – vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zu ihrem Prozessgegner bedeuten.“<sup>8</sup>

In dem vom EGHR zu entscheidenden Fall ging es um den Inhalt eines Gesprächs zwischen dem Geschäftsführer der beweisbelasteten Klägerin und einem bei der Beklagten angestellten Mitarbeiter, der als Zeuge benannt war. Das Ausgangsgericht vernahm in der Beweisaufnahme lediglich den Zeugen der Beklagten und lehnte eine Vernehmung des Geschäftsführers

<sup>1</sup> UrT. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413.

<sup>2</sup> Prütting, Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl., 2011, vor §§ 445 ff., Rdnr. 1; Schreiber, MünchKommZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl., 2008, § 445, Rdnr. 1; Geimer/Greger, Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vor § 445, Rdnr. 5.

<sup>3</sup> Vgl hierzu die beiden abweichenden Stellungnahmen der Richter Martens und Pettiti zum UrT. des EGHR, NJW 1995, 1413 (1414f.): „Da die oben genannte Regel [Anm.: nämlich das Verbot der Vernehmung der beweisbelasteten Partei] auf der unwiderlegbaren Vermutung beruht, dass eine Aussage, die ein „Zeuge in eigener Sache“ gibt, nicht vertrauenswürdig ist, liefern die unterschiedlichen Rollen des Herrn van W und van Reijndam [Anm.: Geschäftsführer der beweisbelasteten Partei] eine entscheidende und ausreichende Erklärung – weshalb ihnen nicht beiden erlaubt werden sollte, als Zeugen auszusagen.“

<sup>4</sup> BGH, UrT. v. 5.7.1989 – VIII ZR334/88, NJW 1989, 3222 (3223); UrT. v. 16.7.1998 – I ZR 32/96, NJW 1999, 363 (364); UrT. v. 19.2.2002 – V ZR 90/01, NJW 2002, 2247 (2249); Greger, Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 448, Rdnr. 4; Schreiber, MünchKommZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl., 2008, § 448, Rdnr. 33; Prütting, Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl., 2011, vor §§ 445 ff., Rdnr. 1.

<sup>5</sup> BGH, UrT. v. 5.7.1989 – VIII ZR334/88, NJW 1989, 3222 (3223).

<sup>6</sup> UrT. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413.

<sup>7</sup> Beschl. v. 21.2.2011 – 2 BvR 140/00, NJW 2001, 2531.

<sup>8</sup> UrT. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 (Rdnr. 33).

der Klägerin als unzulässige Parteivernehmung ab. Nach Auffassung des EGHR verstößt dies gegen den aus Art. 6 EGMR<sup>9</sup> abgeleiteten Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit. Da auch die beweisbelastete Partei (bzw. deren Geschäftsführer) bei dem mündlichen Gespräch Wahrnehmungen zu dem betreffenden Vorgang gemacht hat und ihr keine anderen Beweismittel zur Verfügung standen, musste ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Wahrnehmungen ebenfalls dem Gericht „präsentieren“ zu können, damit sie bei der anschließenden Beweiswürdigung berücksichtigt werden können.<sup>10</sup>

Die deutschen Gerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und gehen ebenfalls davon aus, dass eine Partei unter bestimmten Voraussetzungen von einem Zivilgericht im Zuge der Beweisaufnahme angehört oder vernommen werden muss. Das BVerfG leitet dieses Recht der Partei eines Zivilprozesses aus Art. 103 Abs. 1 und aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ab.<sup>11</sup> Hieraus ergibt sich die Pflicht des Gerichts, die Richtigkeit bestrittener Tatsachen nicht ohne hinreichende Prüfung zu bejahen. Zugleich müssen die Parteien eines Zivilprozesses die Möglichkeit haben, sich im Rechtsstreit nicht nur mit rechtlichen, sondern auch mit tatsächlichen Argumenten zu behaupten. Mit Blick auf etwaige eigene Wahrnehmungen der Parteien muss jeder von ihnen eine „vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden, ihren Fall – einschließlich ihrer Aussage – vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für sie keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner darstellen.“<sup>12</sup>

Auch der BGH und das BAG haben in einer Reihe von Entscheidungen ein Recht der Partei angenommen, ihre Wahrnehmungen zu einer streitigen Tatsache in der Beweisaufnahme zu „präsentieren“, sodass das Gericht sie würdigen muss.<sup>13</sup>

### 3. DIE UMSETZUNG DES RECHTS AUF PARTEIVERNEHMUNG

Dabei besteht Einigkeit, dass es weder der Anspruch auf rechtliches Gehör noch der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit gebieten, die zeugenlose Partei nach §§ 445ff. ZPO förmlich zu vernehmen. Vielmehr genügt es, wenn die Partei zu der betreffenden Problematik gem. § 141 ZPO angehört wird.<sup>14</sup> Zwar ist die Parteianhörung nach § 141 ZPO kein Beweismittel

tel i.S.d. ZPO, sodass ein dahingehender Antrag grundsätzlich keinen wirksamen Beweisantritt darstellt.<sup>15</sup> Die Angaben der Partei in einer – möglicherweise auch nur von Amts wegen – durchgeführten Anhörung können aber genauso wie eine Parteivernehmung der Beweiswürdigung unterzogen werden.<sup>16</sup> Damit ist dem Recht der Partei auf prozessuale Waffengleichheit auch durch eine Anhörung genüge getan.

War die zeugenlose Partei in der Beweisaufnahme zugegen, kann es sogar bereits ausreichen, wenn sie dort oder im anschließenden Termin die Gelegenheit hatte, durch eine Wortmeldung nach § 137 Abs. 4 ZPO ihre Sicht der Dinge vor Gericht darzustellen.<sup>17</sup> Ob die Möglichkeit zu Wortmeldung und Zeugenbefragung auch über die vom BVerfG und BGH entschiedenen Einzelfälle hinaus ausreicht, um den Anspruch einer zeugenlosen Partei zu erfüllen, ihre Wahrnehmungen vor Gericht zu präsentieren erscheint fraglich.<sup>18</sup> Man denke daran, wie leicht in der Aufmerksamkeit des Gerichts die an einen Zeugen gestellte Frage durch seine Antwort in den Hintergrund gedrängt werden kann oder wie oft nähere Erläuterungen eines Fragenenden durch das Gericht oder die Gegenseite mit der Ermahnung kommentiert werden, er solle an den Zeugen nur Fragen richten und keine Stellungnahmen abgeben.

Da aber jedenfalls Parteivernehmung nach §§ 445ff. ZPO und Parteianhörung nach § 141 ZPO beide gleichermaßen geeignet sind, den prozessualen Rechten einer zeugenlosen Partei Geltung zu verschaffen, werden im Folgenden die Begriffe „Recht auf Parteivernehmung“ und „Recht auf Parteianhörung“ synonym verwendet.<sup>19</sup>

### 4. WANN BESTEHT DER ANSPRUCH AUF PARTEIVERNEHMUNG?

Die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt indessen keineswegs, dass ein Zivilgericht jedem Antrag einer zeugenlosen Partei auf ihre Vernehmung nachzukommen hätte. Vielmehr gilt nach wie vor der aus § 447 und § 448 ZPO zu entnehmende Grundsatz, dass das Gericht einen solchen Antrag in der Regel nicht befolgen muss.<sup>20</sup> Die im Gefolge des Urteils des EGHR ergangenen Entscheidungen modifizieren diesen Grundsatz lediglich für bestimmte Fallkonstellationen.

<sup>9</sup> Art. 6 Abs. 1 EGMR: „Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise... gehört wird...“.

<sup>10</sup> Ur. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 (1414, Rdnr. 35): „Während der hier interessierenden Unterredung verhandelten Herr van Reijndam und Herr van W auf gleicher Grundlage, beide waren zu den Verhandlungen von ihrer jeweiligen Partei befugt. Es ist daher schwierig einzusehen, warum ihnen nicht auch beiden die Gelegenheit gegeben worden ist, als Zeuge auszusagen“.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.2.2001 – 2 BvR 140/00, NJW 2001, 2531; Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170.

<sup>12</sup> Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170.

<sup>13</sup> BGH, Ur. v. 23.4.2008 – XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; Ur. v. 27.9.2005 – XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschl. v. 25.9.2003 – III ZR 384/02, NJW 2003, 3636; Beschl. v. 11.2.2003 – XI ZR 153/02, MDR 2003, 647; BAG, Ur. v. 19.11.2008 – 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschl. v. 22.5.2007 – 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 2427.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170; BGH, Ur. v. 27.9.2005 – XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschl. v. 25.9.2003 – III ZR 384/02, MDR 2004, 227.

<sup>15</sup> BGH, Ur. v. 3.7.1967 – VII ZR 48/65, MDR 1967, 312.

<sup>16</sup> Tatsächlich ist der gesamte Akteninhalt der Beweiswürdigung zugänglich.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170; BGH, Ur. v. 23.4.2008 – XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086.

<sup>18</sup> In dem durch das BVerfG zu entscheidenden Fall kam hinzu, dass die nicht vernommene zeugenlose Partei ihre Vernehmung oder Anhörung nicht beantragt hatte, im Fall des BGH kamen weitere objektive Umstände hinzu, auf die das Gericht die Beweiswürdigung gestützt hatte – vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 25.9.2003 – III ZR 384/02 und unten Ziff. 2.f).

<sup>19</sup> In jedem Fall muss eine Partei ihre Vernehmung oder Anhörung aber beantragen, es besteht keine Pflicht des Gerichts, sie von Amts wegen durchzuführen, vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170, so zuletzt auch OLG Oldenburg, Beschl. v. 7.4.2010 – 5 U 98/09, MDR 2010, 1078.

<sup>20</sup> Die Literatur geht teilweise weiter, vgl. z.B. *Leipold*, a.a.O., § 448 ZPO, Rdnr. 32 m.w.N.; Überblick über das Meinungsbild bei *Laumen*, in: § 18, Rdnr. 5 m.w.N.

Der vorliegende Beitrag untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Partei eines Zivilprozesses ihre Vernehmung nun beanspruchen kann und unter welchen nicht. Dabei kommt dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass EGHR, BVerfG und BGH das Recht auf Parteivernehmung zwar auch mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör begründen, es aus Sicht der Verfasser aber primär aus einem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebot herleiten (Art. 6 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Dies wird in der zitierten Äußerung des BVerfG deutlich, wonach jede Partei die Möglichkeit haben muss, ihren Fall „ohne wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner“ zu präsentieren.<sup>21</sup> Das Recht auf Parteivernehmung soll der betroffenen Partei also ein „Gleichziehen“ ermöglichen und setzt folglich ein „Ungleichgewicht“ in der Beweisaufnahme voraus.

Im Folgenden wird deshalb dieses „Ungleichgewicht“, das die Voraussetzung für den prozessualen Anspruch der Partei darstellt, zu charakterisieren sein. Dabei wird sich als entscheidende Voraussetzung für den Anspruch auf Parteivernehmung ergeben, dass sich die betreffende Partei in einem „Beweisnotstand“ befindet.<sup>22</sup> Ein solcher Beweisnotstand liegt aber nicht schon dann vor, wenn eine Partei für eine von ihr zu beweisende Tatsache (außer ihrer eigenen Vernehmung) kein Beweismittel benennen kann. Solche Beweislosigkeit kann ebenso Ausdruck eines allgemeinen Prozessrisikos sein und verlangt dann kein Abrücken von der in § 447 und § 448 liegenden Grundentscheidung des Gesetzgebers.<sup>23</sup> Auf der anderen Seite kann ein Anspruch auf Parteivernehmung wegen eines „prozessualen Ungleichgewichts“ nicht zwangsläufig davon abhängen, dass über ein sog. Vier-Augen-Gespräch Beweis erhoben wird, auch wenn dieses Schlagwort in diesem Kontext oft verwendet wird. Ebenso wenig hängt der Anspruch auf Parteivernehmung davon ab, ob die zu vernehmende Partei für die streitige Tatsache die Beweislast trägt oder ob sie auf der Gegenseite der beweisbelasteten Partei steht. Das Ziel der folgenden Ausführungen ist es, das den Anspruch auslösende prozessuale Ungleichgewicht näher darzustellen.

## II. ANHÖRUNG ODER VERNEHMUNG DER NICHT BEWEISBELASTETEN PARTEI

### 1. „GLEICHZIEHEN“ MIT DER GEGENSEITE, DIE ÜBER EINEN ZEUGEN VERFÜGT

#### FALL 1:

Die Klägerin – ein Bauunternehmen – nimmt einen Bauherrn auf die Vergütung von Malerarbeiten in

Anspruch. Sie stellt eine teurere Tapete in Rechnung als im schriftlichen Vertragsangebot vorgesehen und behauptet, der Beklagte habe dies bei einem späteren Gespräch auf der Baustelle gegen Übernahme der Mehrkosten gegenüber ihrem Mitarbeiter M in Auftrag gegeben. Der Beklagte bestreitet dies. Die beweisbelastete Klägerin benennt den Mitarbeiter M als Zeugen, den das Gericht auch vernimmt. M bestätigt den Vortrag der Klägerin. Der Beklagte beantragt seine Vernehmung als Partei. Muss das Gericht dem nachkommen?

Hier handelt es sich um den Standardfall, in dem ein Anspruch auf Parteivernehmung besteht. Der Beklagte kann zu dem streitentscheidenden Beweisthema keine Zeugen benennen, hat aber selbst Wahrnehmungen zu diesem Vorgang gemacht. Nach dem Gebot der prozessualen Waffengleichheit und dem des rechtlichen Gehörs darf es das Gericht dem Beklagten in dieser Situation nicht versagen, diese Wahrnehmungen in den Prozess einzuführen und muss sich auch im Rahmen der Beweiswürdigung hiermit auseinandersetzen. Wie bereits ausgeführt, muss der Beklagte nicht zwingend als Partei vernommen werden. Es ist ausreichend, wenn ihn das Gericht gem. § 141 ZPO anhört. In jedem Fall ist das Gericht in der Beweiswürdigung frei (§ 286 ZPO). Das bedeutet, dass es die Aussage eines Zeugen durch das Ergebnis der Parteianhörung als erschüttert ansehen oder sogar anstelle des Zeugen der angehörten Partei Glauben schenken kann.<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall müsste das Gericht in diesen beiden Varianten die Klage abweisen.

### 2. VERNEHMUNG EINES UNBETEILIGTEN ZEUGEN

#### FALL 2:

Wie Fall 1. Das umstrittene Gespräch über die Verlegung der teureren Tapete führten der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte. Der Zeuge Z, der dieses Gespräch mitgehört hat, war – anders als im Fall 1 – kein Angestellter der Klägerin, sondern eines ebenfalls auf der Baustelle arbeitenden Drittunternehmens. Die Klägerin benennt Z, er wird vernommen und bestätigt den Vortrag der Klägerin. Der Beklagte beantragt seine Vernehmung als Partei.

Es fragt sich, ob die Gebote der Waffengleichheit und der Gewährung rechtlichen Gehörs auch hier die Vernehmung oder Anhörung des Beklagten verlangen. Eine formale Betrachtung könnte dafür sprechen: Die Klägerin konnte einen Zeugen benennen, der ihre Version bestätigte. Dem Beklagten stehen keine Zeugen zur Verfügung, dafür hat er eigene Wahrnehmungen zu dem Vorgang machen können. Andererseits ist

<sup>21</sup> Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170, Rdnr. 15.

<sup>22</sup> So z.B. BVerfG, a.a.O., Rdnr. 16; BGH, Urt. v. 19.4.2002 – V ZR 90/01, BGHZ 150, 334.

<sup>23</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2008 – XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; BGH, Urt. v. 19.4.2002 – V ZR 90/01, BGHZ 150, 334; Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222; OLG Schleswig, Beschl. v. 28.2.2011 – 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschl. v. 6.8.2011 – 19 U 127/10; OLG Celle, Urt. v. 29.4.2010 – 11 U 188/09.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 25.9.2003 – III ZR 384/02, NJW 2003, 3636; Urt. v. 16.7.1998 – I ZR 32/96, NJW 1999, 363.

der vernommene Zeuge Z kein Mitarbeiter der Klägerin, steht also prima facie – die genaue Beziehung zwischen Parteien und Zeugen bleibt dem Gericht häufig unklar – nicht in „ihrem Lager“. Gleichwohl hat der Zeuge aber die klägerische Sichtweise des streitigen Vorgangs bestätigt. Der Beklagte hingegen hatte bislang keine Möglichkeit, seine Tatsachenversion dem Gericht durch ein Beweismittel zu präsentieren.

Diese Fallkonstellation gibt Anlass, sich näher mit dem Begriff der Beweisnot zu beschäftigen, der nach der hier vertretenen Auffassung die entscheidende Voraussetzung für einen Anspruch auf Parteivernehmung ist. Beweisnot ist eine prozessuale Sondersituation. Sie ist nicht gleichzusetzen mit Beweislosigkeit. Damit ist Beweisnot nicht bereits dann gegeben, wenn einer Partei für den Beweis ihrer Tatsachenversion außer ihrer Vernehmung kein Beweismittel zur Verfügung steht – eine solche Situation ist ein allgemeines Prozessrisiko, das die ZPO in § 447 und § 448 bewusst in Kauf nimmt, sodass diese Vorschriften nicht generell von der Rechtsprechung modifiziert werden können.<sup>25</sup>

Grund für die in § 447 und § 448 ZPO zum Ausdruck kommende Wertung ist aber wie dargelegt, dass das Gesetz skeptisch gegenüber der Verlässlichkeit der Aussage einer Partei ist. Diese Wertung ist im Grundsatz zu akzeptieren. Problematisch wird sie dort, wo das Gericht bereits einen Zeugen vernommen hat, der von seiner formalen Stellung her zwar Zeuge ist, bei dem eine vernünftig abwägende Gegenpartei aber Anlass zu der Befürchtung hat, dass seine Aussage – genau wie die Aussage einer Partei – interessegeleitet gewesen sein könnte. Das ist dann der Fall, wenn der Zeuge aus dem „Lager“ der Gegenpartei stammt, also in einer persönlichen oder beruflichen Nähebeziehung zu ihr steht (Ehe, Verwandtschaft, Anstellung, u.Ä.). In einem solchen Fall ist es nicht mehr hinnehmbar, einer Partei aus Sorge um ein neutrales Ergebnis der Beweisaufnahme gem. § 447, § 448 ZPO ihre Vernehmung zu verweigern. Vielmehr muss die Partei nun durch die „Präsentation“ ihrer Wahrnehmungen „gleichziehen“ können.

Es kommt also entscheidend darauf an, ob in dem Rechtsstreit bislang nur Beweismittel erhoben worden sind, die aus Sicht einer vernünftig denkenden Partei „potentiell interessegeleitet“ waren.<sup>26</sup> Ist das nicht der Fall, sondern kann sich das Gericht nach der bisherigen Beweisaufnahme auch auf Beweismittel stützen, die „neutral“ sind, besteht kein Bedürfnis nach einer Parteivernehmung zur Herstellung der Waffengleichheit. Es bleibt dann bei den allgemeinen Regeln der § 447, § 448 ZPO.<sup>27</sup>

Im Fall 2 ist der Beklagte daher nicht als Partei zu vernehmen. Der vernommene Zeuge Z steht nicht parteiähnlich im Lager der Gegenseite. Aus der Benennung des Zeugen durch die Gegenseite, kann dies nicht gefolgert werden. Meint der Beklagte, der Zeuge sei dem „Lager“ der Gegenseite zuzurechnen, obliegt es ihm, dies näher darzulegen, da dem Gericht eine solche Nähebeziehung – anders wenn etwa der Ehegatte einer Partei vernommen wird – in der Regel nicht erkennbar ist. Beispielsweise müsste der Beklagte belegen, dass der Zeuge mittlerweile nicht mehr bei einem Dritten, sondern bei der Gegenpartei ange stellt ist.

Die Beweisnot, bei der eine zeugenlose Partei ihre Vernehmung beanspruchen kann, lässt sich also wie folgt definieren: Nach dem aktuellen Stand der Beweisaufnahme wird sich das Gericht in der Bewe swürdigung im Wesentlichen nur auf die Angaben eines Zeugen stützen, bei dem die zeugenlose Partei Anlass zu der Befürchtung hat, dass er aufgrund einer Nähebeziehung zur Gegenpartei nicht neutral ist.

### 3. KEINE VIER AUGEN, KEIN GESPRÄCH

Der Umstand, dass an dem Gespräch im Fall 2 drei Personen teilgenommen haben, es sich also nicht um ein Vier-Augen-Gespräch gehandelt hat, steht dem Anspruch des Beklagten auf Parteivernehmung allerdings nicht entgegen. Entscheidend ist nicht die Anzahl der Gesprächsteilnehmer, sondern der Umstand, dass alle mit Ausnahme der ihre Vernehmung beantragenden Partei dem „Lager“ der Gegenseite zuzurechnen sind. Ist eine Partei in diesem Sinne zeugenlos, muss es unerheblich sein, ob das „Lager“ der Gegenseite nur aus einem Zeugen oder auch der Gegenpartei bzw. noch weiterer Zeugen besteht. In all diesen Fällen hat die zeugenlose Partei wie im Fall 1 – wenn nicht sogar noch stärker – das Bedürfnis, gegenüber den Aussagen der Beweispersonen der Gegenseite ihre eigene Sicht der Dinge zu präsentieren.

Ebensowenig, wie es darauf ankommen kann, dass (insgesamt) nur vier Augen Wahrnehmungen zum Beweisthema gemacht haben, kann es entscheidend sein, dass es sich bei ihm um ein Gespräch handelt. Zwar ist in der Rechtsprechung der Anspruch auf Parteivernehmung ganz überwiegend nur im Zusammenhang mit „Vier-Augen-Gesprächen“ anerkannt worden, auch bei anderen Beweisthemen kann sich eine Partei nach der Aussage eines der Gegenseite nahestehenden Zeugen aber in der Lage befinden, dass nur durch die Einführung ihrer Wahrnehmungen in die Beweisaufnahme eine „faire Balance“ hergestellt werden kann.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2008 – XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; BGH, Urt. v. 19.4.2002 – V ZR 90/01, BGHZ 150, 334; Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222; OLG Schleswig, Beschl. v. 28.2.2011 – 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschl. v. 6.8.2011 – 19 U 127/10; OLG Celle, Urt. v. 29.4.2010 – 11 U 188/09.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 27.9.2005 – XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschl. v. 11.2.2003 – XI ZR 153/02, MDR 2003, 647.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 23.4.2008 – XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; Urt. v. 19.4.2002 – V ZR 90/01, BGHZ 150, 334; Urt. v. 27.9.2005 – XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschl. v. 11.2.2003 – XI ZR 153/02, MDR 2003, 647.

<sup>28</sup> Einen anderen Vorgang als ein Gespräch, nämlich die Frage des „eigenmächtigen Handelns“ einer Person betrifft offenbar BGH, Beschl. v. 11.2.2003 – XI ZR 153/02, MDR 2003, 647.

### III. ANHÖRUNG/VERNEHMUNG DER BEWEISBELASTETEN PARTEI

#### 1. PARTEIVERNEHMUNG OHNE VORANGEGANGENE VERNEHMUNG EINES ZEUGEN?

##### FALL 3:

Die Klägerin, eine GmbH, macht gegen die Beklagte Ansprüche aus einem Bauvertrag geltend. Den Auftrag habe der Mitarbeiter M der Beklagten dem Geschäftsführer der Klägerin mündlich in einem Gespräch erteilt. Die Beklagte bestreitet dies. Zum Beweis der Auftragserteilung beruft sich die Klägerin auf die Vernehmung oder Anhörung ihres Geschäftsführers. Muss das Gericht dem nachkommen?

Nein. Das Gericht ist nicht zu einer Vernehmung der Klägerin als Partei verpflichtet – und wohl nicht einmal berechtigt. Für eine Vernehmung nach § 447 ZPO fehlt es an dem Einverständnis der Beklagtenseite, um dessen Einholung sich nicht das Gericht kümmern muss, sondern das ggf. vom Beweisführer einzuholen und vorzutragen ist.<sup>29</sup> Eine Vernehmung von Amts wegen gem. § 448 ZPO setzt die bereits erwähnte „Anfangswahrscheinlichkeit“ zugunsten der Version der zu vernehmenden Partei voraus. Dafür gibt es hier vor Beweisaufnahme<sup>30</sup> keine Anhaltspunkte. Vielmehr ist der Vortrag beider Parteien vor der Beweisaufnahme im Zweifel gleichermaßen wahrscheinlich.<sup>31</sup>

Nach Auffassung des BAG hingegen müsste das Gericht dem Antrag der Klägerin nachkommen. Das BAG hat wiederholt entschieden, dass bei umstrittenen Gesprächen zwischen den Parteien die beweisbelastete Partei dadurch Beweis antreten kann, dass sie ihre eigene Anhörung oder Vernehmung beantragt.<sup>32</sup> Diese Rechtsprechung lässt nach Meinung der Verfasser aber außer Acht, dass der Anspruch auf Parteivernehmung primär aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit gewonnen wird und ein Ungleichgewicht in der bisherigen Beweisaufnahme voraussetzt. Ist – wie hier – noch gar nicht Beweis erhoben worden, befindet sich der Kläger nicht in der von EGHMR und BVerfG beschriebenen Situation, dass er gegenüber der Gegenseite benachteiligt wäre und nun „gleichziehen“ müsste.<sup>33</sup> Als beweisbelastete Partei für einen Umstand keinen Beweisantritt liefern zu können, ist kein prozessuales Ungleichgewicht, sondern eine übliche Folge des Beibringungsgrundsatzes. Der Rechtsprechung von EGHMR und BVerfG kann nicht entnommen werden, dass dieser auch in Fällen modifiziert

werden soll, in denen noch gar keine Beweisaufnahme stattgefunden hat.

An der Rechtsprechung des BAG ist ferner zu kritisieren, dass der Antrag der klagenden Partei auf ihre Anhörung nach § 141 ZPO entgegen der Systematik der ZPO als Strengbeweismittel angesehen wird. Natürlich könnte das Gericht – ohne dazu verpflichtet zu sein – auch im Fall 3 den Kläger gem. § 141 ZPO als Partei anhören. Die Parteianhörung unterliegt nicht den Beschränkungen der Parteivernehmung, sie kann auch unabhängig vom Vorliegen eines „Anfangsbeweises“ von Amts wegen durchgeführt werden. Die Anhörung ist aber kein Beweismittel, sondern soll dem Gericht nur die Klärung des Sachverhalts ermöglichen.<sup>34</sup> Zwar kann ihr Ergebnis – wie der gesamte Akteninhalt – vom Gericht auch im Rahmen einer Beweismittelwürdigung verwertet werden.<sup>35</sup> Wie erwähnt kann dies sogar so weit gehen, dass das Gericht den Angaben einer Partei gegenüber der Aussage eines Zeugen Glauben schenkt.<sup>36</sup> Eine solche Verwertung der Anhörung setzt aber voraus, dass zuvor nach den Regeln des Strengbeweises Beweis erhoben worden ist – etwa durch Vernehmung eines Zeugen oder einer Partei. Daran fehlt es hier.

Das klägerische Vorbringen ist nach der hier vertretenen Auffassung also beweislos.

#### 2. HERBEIFÜHREN DER „BEWEISNOT“?

##### FALL 4:

Wie Fall 3. Die Klägerin benennt den Mitarbeiter M der Beklagten als Zeugen für ihre Behauptung des Vertragsschlusses. Das Gericht vernimmt ihn. M bestätigt das Beweisthema allerdings nicht sondern sagt aus, der Klägerin noch keinen Auftrag erteilt zu haben. Nunmehr beantragt K die Vernehmung ihres Geschäftsführers als Partei.

Nach der oben gegebenen Definition<sup>37</sup> besteht hier das vom EGHMR beschriebene prozessuale Ungleichgewicht, das die Vernehmung des Geschäftsführers gebietet. Allerdings hat die Klägerin diesen Notstand durch die Benennung des im Lager der Gegenseite stehenden Zeugen selbst herbeigeführt. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob auch eine Partei auf diesem Wege § 447 und § 448 ZPO „ausschalten“ und ihre Vernehmung erzwingen kann.

In den bislang ergangenen Urteilen ist der Frage, ob die zeugenlose Partei ihre Beweisnot selbst herbeigeführt hat, keine Bedeutung beigemessen worden. Dieser Umstand findet in keiner Entscheidung Erwähnung. In vielen Urteilen kann der Sachverhaltsschilderung auch nicht entnommen werden, welche Partei dem Gericht die maßgeblichen Beweisantritte unterbreitet hat. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass die

<sup>29</sup> Greger, Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Aufl., 2009, § 447 ZPO, Rdnr. 2 m.w.N.

<sup>30</sup> Hierzu BGH, Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222.

<sup>31</sup> Wie hier z.B. OLG Schleswig, Beschl. v. 28.2.2011 – 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschl. v. 6.8.2011 – 19 U 127/10; OLG Celle, Urt. v. 29.4.2010 – 11 U 188/09.

<sup>32</sup> Urt. v. 19.11.2008 – 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschl. v. 22.5.2007 – 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 885.

<sup>33</sup> Vgl. insb. BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 3.7.1967 – VII ZR 48/65, MDR 1967, 834.

<sup>35</sup> Vgl. I.1.

<sup>36</sup> Vgl. II.1.

<sup>37</sup> Vgl. II.2.

Rechtsprechung einen Anspruch auf Parteivernehmung wiederholt auch auf der Aktivseite angenommen hat, also in Fällen, in denen die zeugenlose Partei – wie hier – die Beweislast für die streitige Tatsache trägt.<sup>38</sup> Wie soeben dargelegt<sup>39</sup> geht das BAG bei Gesprächen, die allein zwischen den Parteien stattgefunden haben, sogar davon aus, dass die beweisbelastete zeugenlose Partei sogar unabhängig von der vorangegangenen Vernehmung eines Zeugen aus dem Lager der Gegenseite ihre eigene Vernehmung oder Anhörung als Partei beantragen kann.<sup>40</sup> Modifiziert diese Rechtsprechung nach Meinung der Verfasser die Regelungen der § 447, § 448 ZPO auch zu weitgehend, spricht sie doch dafür, dass die zeugenlose Partei das Ungleichgewicht in der Beweisaufnahme, das Voraussetzung für ihre Vernehmung ist, jedenfalls herbeiführen kann, ohne dass dies Auswirkungen auf ihre prozessualen Rechte hätte. Insbesondere kann eine solche Vorgehensweise der zeugenlosen Partei nicht als missbräuchlich oder gezielte Umgehung von § 447 und § 448 ZPO bezeichnet werden. Denn als die Klägerin den Zeugen aus dem Lager der Gegenseite benannte, konnte sie darauf hoffen, dass dieser vielleicht doch ihre Version der Dinge bestätigen würde. In diesem Fall wäre die Vernehmung ihres Geschäftsführers nicht erforderlich geworden. Erst wenn der Zeuge tatsächlich die Version der Gegenseite bestätigt, besteht aus Sicht der Klägerin Anlass, ein nicht neutrales Ergebnis der Beweisaufnahme zu befürchten. Die Beweisnot ist damit nicht alleinige Folge des klägerischen Prozessverhaltens, sondern auch des Verlaufs der Beweisaufnahme, der nie vorhersehbar ist. Damit muss die zeugenlose Partei hier genauso wie in den „Passivfällen“<sup>41</sup> vernommen werden.

Im Fall 3<sup>42</sup> müsste das Gericht die Klägerin wohl darauf hinweisen, dass ihrem Antrag auf Parteivernehmung nicht nachgekommen werden kann, solange nicht ein objektiver Anlass besteht, ein Ungleichgewicht in der bisherigen Beweisaufnahme zu befürchten. Die Klägerin hat dann zu entscheiden, ob sie den Zeugen der Gegenseite benennt. Auf diesem Weg kann sie die Schwelle zur Beweisaufnahme überschreiten und die Vernehmung oder Anhörung ihres Geschäftsführers erwirken. Im Ergebnis wird das Gericht nach der Vernehmung von Zeuge und Partei natürlich häufig zu einem non liquet kommen, die Klägerin würde also auch dann unterliegen. Dies ist aber – anders als eine Klageabweisung wegen Beweislosigkeit – kein zwingendes Ergebnis. Auf dem geschilderten Wege hat sie zumindest die Möglichkeit, eine Beweisaufnahme mit ihrer Vernehmung und damit eine Obsiegenschance zu erzwingen. Zudem entfällt die Notwendigkeit für die alternativ in Betracht kommende

Vorgehensweise der Klägerin, ihren Anspruch an einen Dritten abzutreten, um auf diese Weise einen Zeugen zu gewinnen.<sup>43</sup>

### 3. WAFFENUNGLEICHHEIT AUCH BEI UNERGIEBIGEM GEGENZEUGEN?

Sollte der Zeuge M im Fall 4 angeben, sich an das Gespräch kaum noch erinnern zu können und keine näheren Angaben zu seinem Inhalt machen, wäre nach Einschätzung der Verfasser der Geschäftsführer der Klägerin ebenso zu vernehmen. Auch hier besteht nach dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien, denn es ist allein ein Zeuge vernommen worden, der als Mitarbeiter der Gegenseite möglicherweise ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Zwar war die Vernehmung unergiebig, wenn sich das Gericht aber allein hierauf stützt führt dies genau wie eine Aussage, die die Version der Gegenseite bezeugt, aufgrund der Beweislast der Klägerin zu einer Klageabweisung – nunmehr wegen eines non liquet. Aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin besteht daher auch hier Anlass zu der Befürchtung, dass das Ergebnis der Beweisaufnahme allein vom Interesse der Gegenseite beeinflusst ist. Bewertete man dies anders, führte dies zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, dass es für die Beklagte am besten ist, wenn sich „ihr“ Zeuge an das Beweisthema nicht mehr erinnert.

Anders liegt der Fall natürlich, wenn der vernommene Zeuge in keiner (erkennbaren) Nähebeziehung zur Beklagten stehen sollte. Dann besteht aus Sicht der Klägerin kein Anlass zu der Befürchtung, die Beweisaufnahme werde allein durch die Interessen der Gegenseite beeinflusst. Unabhängig davon, ob die Vernehmung des neutralen Zeugen ergiebig war oder nicht hat die Klägerin dann keinen Anspruch auf ihre Vernehmung.<sup>44</sup>

### 4. „VIER-AUGEN-GESPRÄCH“ OHNE ZEUGEN

Haben an dem Gespräch in Fall 3 auf beiden Seiten ausschließlich die Geschäftsführer der Parteien teilgenommen, gilt im Prinzip dasselbe. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf ihre Vernehmung, solange nicht ausnahmsweise ein Anfangsbeweis gem. § 448 ZPO für die Richtigkeit ihres Vorbringens besteht.<sup>45</sup> Nach der hiervon abweichenden Rechtsprechung des BAG<sup>46</sup> wäre dem Antrag der Klägerin hingegen wohl nachzukommen. Nimmt man nach der hier vertretenen Ansicht an, dass sich der Anspruch auf Parteivernehmung

<sup>43</sup> Ein solches Vorgehen wird auch deshalb immer seltener von Erfolg gekrönt sein, da der Beklagte gegen den Zedenten eine sog. isolierte Drittwiderklage erheben und dadurch seine Zeugenstellung beenden könnte, vgl. BGH, Urt. v. 13.6.2008 – V ZR 114/07, NJW 2008, 2852; zum Gerichtsstand vgl. BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 460.

<sup>44</sup> Ggf. hat die Partei, die vernommen werden will, darzulegen, dass der gehörte Zeuge im „Lager“ der Gegenseite steht, vgl. II.2.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222, OLG Schleswig, Beschl. v. 28.2.2011 – 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschl. v. 6.8.2011 – 19 U 127/10; OLG Celle, Urt. v. 29.4.2010 – 11 U 188/09.

<sup>46</sup> Urt. v. 19.11.2008 – 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschl. v. 22.5.2007 – 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 885.

<sup>38</sup> So insbesondere schon im Ausgangsfall des EGHMR, Urt. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413.

<sup>39</sup> Vgl. III.1.

<sup>40</sup> Urt. v. 19.11.2008 – 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschl. v. 22.5.2007 – 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 885.

<sup>41</sup> Vgl. Fall 1 II.1.

<sup>42</sup> Vgl. III.1.

aus einem Ungleichgewicht in der Beweisaufnahme ergibt, muss die Klägerin diese herbeiführen, indem sie die Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten nach § 445 ZPO beantragt.<sup>47</sup> Die Beantragung einer Anhörung nach § 141 ZPO ist nicht ausreichend, da hierdurch nicht die Schwelle zur Beweisaufnahme überschritten wird. Dazu ist die Erhebung eines Beweismittels im strengen Sinne, also nach §§ 371 ff. ZPO erforderlich. Lässt sich der Geschäftsführer der Beklagten vernehmen<sup>48</sup> hätte danach die Klägerin Anspruch auf Anhörung oder Vernehmung ihres Geschäftsführers.

#### IV. FAZIT

Der Anspruch einer zeugenlosen Partei auf ihre Anhörung oder Vernehmung im Rahmen der Beweisaufnahme setzt ein prozessuales Ungleichgewicht voraus. Dieses ist nicht schon bei Beweislosigkeit gegeben, sondern nur dann, wenn nach dem aktuellen Stand der Beweisaufnahme das Gericht seine Beweismwürdigung im Wesentlichen auf die Angaben eines Zeugen stützen wird, der in einer Nähebeziehung zur Gegenpartei steht. Dann hat die zeugenlose Partei Anlass zu

<sup>47</sup> Vgl. III.1.

<sup>48</sup> Die Verweigerung könnte das Gericht gem. § 446 ZPO bewerten und dürfte den Anfangsbeweis für eine Vernehmung des klägerischen Geschäftsführers von Amts wegen nach § 448 ZPO begründen.

der Befürchtung, dass dieser Zeuge nicht neutral ist, so dass ihr hinsichtlich ihrer eigenen Vernehmung die in § 447, § 448 ZPO zum Ausdruck kommende Sorge des Gesetzes um die fehlende Neutralität einer Parteivernehmung nicht entgegengehalten werden darf.

Der Anspruch auf Parteivernehmung ist in der Rechtsprechung fast ausschließlich im Zusammenhang mit Vier-Augen-Gesprächen erörtert worden. Tatsächlich kommt es aber auf das Vorliegen des soeben beschriebenen prozessualen Ungleichgewichts an. Ob der zu beweisende Vorgang ein Gespräch ist und ob er unter vier oder mehr Augen stattgefunden hat, kann aus verfassungsrechtlicher Sicht daher nicht maßgeblich sein. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die zeugenlose Partei für das Beweisthema die Beweislast trägt oder nicht.

Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, dass bei Gesprächen, die allein zwischen den Parteien stattgefunden haben, die für den Inhalt des Gesprächs beweibelastete Partei Beweis antreten kann, indem sie ihre eigene Anhörung oder Vernehmung beantragt, geht nach Einschätzung der Verfasser indes zu weit.<sup>49</sup> Hier wird ohne Not eine Modifizierung der Regelungen der ZPO vorgenommen (§ 141, § 447, § 448), zu der auch nach der Rechtsprechung von EGHMR und BVerfG kein Anlass besteht.

<sup>49</sup> Vgl. III.1.









