

6. Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang

Burkhard HESS*

I. Einleitung

Nicht nur dem ausländischen Betrachter erscheint das deutsche Zivilprozessrecht als das Ergebnis einer eigenständigen, rechtskulturellen Entwicklung, die im ausgehenden 19. Jahrhundert in der Zivilprozessordnung kulminierte.¹⁾ Diesen Eindruck vermittelt vor allem die Kodifikation der ZPO, die auf den leitenden Prinzipien der Parteiherrschaft, des Beibringungsgrundsatzes, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit beruht. Seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.1879 war und ist die ZPO Gegenstand intensiver rechtswissenschaftlicher Forschung und Systembildung. Der Eindruck dogmatischer und rechtssystematischer Eigenständigkeit ist jedoch nicht ganz zutreffend. Bereits ein Blick auf die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die deutsche Kodifikation ganz nachhaltig durch äußere Faktoren geprägt wurde. Dies gilt etwa für den Einfluss, den das französische Prozessrecht im 19. Jahrhundert auf die Rechtsentwicklung hin in Deutschland ausgeübt hat.²⁾

Nach dem Inkrafttreten der ZPO entwickelte jedoch das deutsche Zivilprozessrecht sowohl in der Rechtspraxis als auch in der Rechtsdogmatik eine deutliche „Binnenorientierung“. Die Entwicklung war nicht ungewöhnlich, galt es doch zunächst, die neue Kodifikation wissenschaftlich und systematisch zu durchdringen und ihre praktische Anwendung zu begleiten.³⁾ Zur völligen Abschottung gegenüber ausländischen Rechtsentwicklungen kam es hingegen nicht. Ursache hierfür war zum einen das nachhaltige Unbehagen an der liberalen ZPO, die von Praxis und Wissenschaft keineswegs als gelungene Kodifikation erachteten.⁴⁾ Darüber hinaus enthielt die unter dem

* Geschäftsführender Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg, Richter am OLG Karlsruhe.

1) *Stürmer*, Procédure civile et culture juridique, RIDC 2004, 797 ff.

2) Vgl. *Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess (2007), S. 44.; *Stürmer*, RIDC 2004, 797, 804 f.

3) Zur vergleichbaren Entwicklung in Frankreich vgl. etwa *Ferrand*, La conception du procès civil hors de France, in: *Cadiet/Canivet* (éd.), De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de la procédure civile en France (2006), S. 277 ff.; zur Prozessrechtsentwicklung im 19. Jahrhundert im europäischen Vergleich *van Rhee*, Introduction, in ders., *European Traditions in Civil Procedure* (2005), S. 3, 7 ff.

4) Dazu *Hess/Mack*, Zivilprozessrecht, in: *Willoweit* (Hrg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur*

konzeptionellen Einfluss von *Franz Klein* 1897 entstandene, österreichische Zivilprozessordnung ein attraktives Gegenmodell.⁵⁾ Mit Österreich kam es zum intensiven wissenschaftlichen Austausch: Gemeinsame Tagungen der deutschen und österreichischen Zivilprozessrechtslehrer seit den 1920er Jahren bewirkten eine Kultur gegenseitiger Befruchtung — auf der Basis einer gemeinsamen Sprache.⁶⁾

Abgesehen von der aufmerksamen Begleitung der Rechtsentwicklung in Österreich ist jedoch der deutschen Prozessrechtsentwicklung seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert eine überwiegende Binnenorientierung zu attestieren.⁷⁾ Dieser Zustand dauerte fast ein Jahrhundert an.⁸⁾ Zwar wurden im Verlauf des 20. Jahrhunderts die wissenschaftlichen Kontakte zum Ausland, insbesondere zu italienischen, griechischen und japanischen Kollegen intensiv gepflegt, auch entfaltete die Dogmatik der deutschen Prozessualistik große Attraktivität im Ausland. Dennoch spielte die Prozessrechtsvergleiche für die innerdeutsche Entwicklung lange Zeit nur eine marginale Rolle.⁹⁾ Diese Binnenorientierung dauerte bis in die 1980er Jahre an¹⁰⁾ — die Neugründung der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht (1978) verstand sich durchaus als eine Reaktion auf die Introvertiertheit der deutschen Prozessrechtswissenschaft jener Zeit.¹¹⁾

Die wachsende Europäisierung und die massive Globalisierung der Wirtschafts- und Rechtsbeziehungen haben hingegen seit Mitte der 1980er Jahre die prozessuale Landschaft verändert. Inzwischen hat sich die rechtspolitische Perspektive umgekehrt: Es ist unbestritten, dass die Justizsysteme und die Zivilverfahrensrechte der EU-Mitgliedstaaten unter erheblichem Konkurrenz- und Anpassungsdruck stehen.¹²⁾ Die

im 20. Jahrhundert (2007), S. 701, 702 ff.

- 5) Die österreichische ZPO (1897) rezipierte zwar in großem Maß die ZPO, griff jedoch die in Deutschland geäußerte Kritik auf und erschien demgemäß quasi als ein Vorbild für eine Fortentwicklung des deutschen Modells.
- 6) *Henckel*, FS Fasching (1988), S. 213, 222 ff. Allerdings wurden Rechtswissenschaftler aus anderen europäischen Staaten ebenfalls einbezogen, insbesondere aus Italien, a. a. O., S. 224.
- 7) Dies schloss das Interesse an Rechtsentwicklungen im Ausland nicht aus — jedoch prägten Darstellungen bzw. Untersuchungen ausländischer Verfahrensrechte nicht die wissenschaftliche Diskussion, dazu *Stürmer*, FS Lüke (1997), S. 819, 834.
- 8) Die Situation in den großen Nachbarländern Frankreich, Italien und Spanien war grundsätzlich nicht anders.
- 9) So kam insbesondere die wichtige ZPO-Reform des Jahres 1976 vordergründig ohne Bezugnahmen auf ausländische Regelungsmodelle aus. Die Überlegungen *Fritz Baur*s zur Konzentration des Zivilverfahrens waren allerdings durchaus vom österreichischen Prozessrecht beeinflusst, vgl. unten Text bei Fn. 48.
- 10) Eine bemerkenswerte Ausnahme war das 1983 in 1. Auflage vorgelegte, rechtsvergleichend angelegte Lehrbuch zum Zivilprozessrecht von *Peter Schlosser*.
- 11) Vgl. dazu *Habscheid*, Vorwort, in: ders. (Hrg.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen* (1983), S. 1.
- 12) *Kerber*, *Interjurisdictional Competition within the European Union*, *Fordham Int'l LJ* 23 (2000), S. 215, 222 ff. Aktuelles Beispiel ist die Anfang 2009 vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Broschüre: „Law — Made in Germany, global, effektiv, kostengünstig“ (2009). Diese Broschüre ist eine unmittelbare Reaktion auf Werbemaßnahmen der Londoner City im Hinblick auf die

Vollendung des europäischen Binnenmarkts (zum 31.12.1993) erforderte die Effektivierung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und eine Koordinierung der nationalen Prozessrechte.¹³⁾ Zwischen 1999 und 2009 hat sich ein Europäisches, Internationales Zivilprozessrecht mit erheblicher Regelungsdichte und dogmatischer Eigenständigkeit entfaltet.¹⁴⁾ Die Öffnung der nationalen Prozessrechte ist darüber hinaus Teil einer generellen Globalisierung, sprich Amerikanisierung des (Wirtschafts-)Rechts, vor deren Hintergrund der Justizkonflikt zwischen den USA und europäischen Staaten stattfindet.¹⁵⁾ Heute befindet sich die inländische Justiz in einem veränderten Umfeld, das durch wachsende Europäisierung und Globalisierung geprägt wird und in dem professionell beratene (Wirtschafts-)Akteure zwischen attraktiven Justizplätzen mit effektiven Streiterledigungsmechanismen wählen.¹⁶⁾

Aufgrund dieser Entwicklungen sind die Prozessrechte der EU-Mitgliedstaaten heute in einem ungleich stärkeren Maße miteinander verwoben als dies noch vor einem Jahrzehnt der Fall war. In der Rechtswissenschaft haben zeitgleich das Interesse und die Kenntnisse über ausländische Prozessrechte stark zugenommen.¹⁷⁾ Die Entwicklung geht jedoch weiter: Inzwischen kommen regelrechte „Rechtsimplantate“ auf die Verfahrensrechte der EU-Mitgliedstaaten zu. Dem kann sich das deutsche Prozessrecht nicht entziehen — es entwickelt sich heute unter veränderten Rahmenbedingungen durchaus (auch) fremdbestimmt fort.

Diese Entwicklungen soll der folgende Vortrag anhand mehrerer Beispiele aufzeigen: Zunächst will ich die Eigenarten des deutschen Zivilprozessrechts anhand der Entwicklungen im 20. Jahrhundert aufzeigen (II.). Dann sollen neuere Reformen im Prozessrecht auf ausländische Einflüsse hin untersucht werden (III.). Schließlich ist den europäischen Einflüssen auf die Prozessrechtsentwicklung in Deutschland nachzugehen (IV.). Im Vordergrund sollen dabei die Normenrezeption (bzw. der Normentransfer) und die Wissenschaftsrezeption stehen.¹⁸⁾

„überlegenheit“ des Justizstandorts London und des englischen Rechtssystems.

13) Dazu *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 3 I, Rdn. 11.

14) Dazu *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, §§ 6-10.

15) Globalisierte law firms bewirken ebenfalls nachhaltige Veränderungen der Praxis und der Rechtskulturen in allen EU-Mitgliedstaaten, vgl. *Hess*, AG 2006, 809 ff.

16) Zum „Systemwettbewerb“ im Prozessrecht vgl. *Hess*, in Gottwald (Hrg.), Effektivität des Rechtsschutzes (2006), S. 121, 159 ff.

17) Dazu *Koch*, Prozessrechtsvergleichung: Grundlage europäischer Verfahrensrechtspolitik und Kennzeichen von Rechtskreisen, ZEuP 2007, 735; aus französischer Sicht: *Niboyet*, La globalisation du procès civil dans l'espace judiciaire européen et mondial, Clunet 2006, 937; *Normand*, Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union Européenne, Eur. PLRev. 1998, 383 ff.

18) Zur Begrifflichkeit vgl. *Stürmer*, Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf das Ausland — von Deutschland aus gesehen, in: Habscheid (Hrg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen (1983), S. 2, 8 ff.

II. Deutsches Zivilprozessrecht im 20. Jahrhundert

1. Rechtspolitische Entwicklungen im Kaiserreich

Die Entwicklungsgeschichte der ZPO ist primär die Geschichte von Reformen, die sowohl der Grundkonzeption der Kodifikation galten, als auch durch pragmatische Eingriffe eine Effektivierung der Justiz bezweckten. Kurz nach Inkrafttreten der ZPO (1879) setzte in der Praxis Kritik an der unzureichenden Bewährung der sog. Justizgesetze (ZPO, GVG) ein. Die dogmatischen Streitpunkte betrafen die Mündlichkeit sowie den Parteibetrieb, der infolge der neuen Zustellungsvorschriften häufig mit Mängeln behaftet war.¹⁹⁾ Die liberale ZPO war durchaus unpopulär. Seit ihrem Inkrafttreten war die Rechtsentwicklung von einer kontinuierlichen Rückdrängung der (zunächst umfassenden) Parteiherrschaft und der Aufwertung richterlicher Prozessverantwortung geprägt. Bereits in die ersten substantiellen Änderungen der ZPO (1898) gingen die Ergebnisse einer ersten Beschleunigungsdiskussion ein;²⁰⁾ zugleich zeigten sich Ansätze zur Einführung der Konzentrationsmaxime.²¹⁾

2. Die Entwicklung in der Weimarer Republik

Der wirtschaftliche Niedergang im 1. Weltkrieg sowie die Inflation der Nachkriegszeit erhöhten den Druck auf den Gesetzgeber, Wege zu einer kostengünstigeren Zivilrechtspflege zu finden. Die sog. Emminger-Novelle (1924)²²⁾ zielte auf eine Straffung des Verfahrens und auf die Zurückdrängung des Parteibetriebs. Nach § 139 ZPO konnte nunmehr das Gericht den Sach- und Streitstand mit Parteien erörtern. Die Parteiherrschaft wurde (moderat) eingeschränkt:²³⁾ Die Zurückweisung weiteren Vorbringens bzw. eines Beweisantritts war bei erkennbarer Verschleppungsabsicht auch gegenüber dem Kläger möglich,²⁴⁾ die Zurückweisung des Parteivortrags in der 1. Instanz wirkte in der Berufungsinstanz fort.²⁵⁾ Die Klageänderung erforderte Sachdienlichkeit (dies implizierte

19) *Dannreuther*, Der Zivilprozess als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871-1945 (1987), S. 123 ff. Im Kern ging es um das Spannungsverhältnis von Parteiherrschaft und richterlicher Prozessverantwortung.

20) § 278 I ZPO 1898: "Angriffs- und Verteidigungsmittel können [sprich: nur] bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltend gemacht werden." *Bettermann*, ZZZP 91 (1978), 365, 378.

21) § 278 II ZPO 1898: Möglichkeit der Kostenauflegung bei säumiger Prozessführung.

22) VO über das Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13.2. 1924. Zweifelhaft war, ob die VO den Rahmen des ihr zugrunde liegenden, ersten Ermächtigungsgesetzes von 1923 einhielt, *Bettermann*, ZZZP 91 (1978), 365, 393 Fn. 82.

23) So konnten die Parteien nicht mehr durch übereinstimmenden Antrag die Vertagung erzwingen, da die nutzlose Vorbereitung des Richters als unwirtschaftlich angesehen wurde, dazu *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess (1983), S. 42 ff.

24) *Dannreuther*, Der Zivilprozess (Fn. 19), S. 355.

25) *Bettermann*, ZZZP 91 (1978), 365, 383 f.

eine Stärkung der Richterstellung), die Berufung eine Begründung, und das Gericht konnte das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen. Damit deutete sich die sog. Konzentrationsmaxime als wesentliches Mittel zur Effektivierung des Zivilprozesses an.

Die Eigenarten der deutschen Prozessrechtslehre in der 1. Hälfte des 20. Jahrhunderts spiegelte das 1927 in 1. Auflage erschienene „Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts“ von *Leo Rosenberg* wider. Die Darstellung folgte der vorherrschenden Tendenz der Prozessrechtslehre der 1920er und 1930er Jahre, materielles Recht und Prozessrecht strikt zu trennen.²⁶⁾ Des Weiteren prägten Maximendenken und die Entfaltung grundlegender Rechtsinstitute die Darstellung. Leitmotiv des Rosenberg'schen Lehrbuchs war das Bekenntnis zum liberalen Prozess; dargestellt wurde nur das positiv geltende Recht, vergleichende und historische Bezüge blieben ausgeklammert.²⁷⁾ Das internationale Zivilprozessrecht wurde nicht einbezogen, wissenschaftliche Untersuchungen erfolgten (wenn überhaupt) im Zusammenhang mit dem Internationalen Privatrecht.²⁸⁾ Im Ergebnis bewirkte die Einführung der ZPO eine deutliche Binnenorientierung der Prozessrechtswissenschaft: Lediglich die wissenschaftlichen Kontakte mit dem Ausland wurden intensiv (mit Ausnahme der Zeit zwischen 1933 und 1950) fortgeführt.

3. Der ZPO Entwurf von 1931 und seine Umsetzung im Jahre 1933

1931 publizierte das Reichsjustizministerium einen seit längerem geforderten Entwurf einer völlig neuen ZPO.²⁹⁾ Der Entwurf war wesentlich inspiriert vom österreichischen Recht,³⁰⁾ und von der Kritik am bestehenden Rechtszustand in der 14. Auflage (1928/1929) des Kommentars von *Stein/Jonas*.³¹⁾ Den Entwurf setzte eine Novelle vom 27. Oktober 1933 allerdings nur ansatzweise um, insbesondere wurde die Neukonzeption der Zwangsvollstreckung nicht verwirklicht.³²⁾ Die Novelle enthielt abgesehen vom „Vorspruch“³³⁾

26) Insbesondere *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens, 1. Auflage 1925, dazu *Neuner*, ZZP 51 (1926), 44; sowie v. *Hippel* ZZP 65 (1952) 424, 434.

27) Die Erstauflage stellt die Entwicklung des Prozessrechts vom römischen Recht bis zum Erlass der CPO auf knapp sechs Seiten dar; die spärlichen rechtsvergleichenden Hinweise beschränken sich auf den österreichischen Prozess.

28) Die erste monographische Untersuchung erfolgte 1949: *Riezler*, Internationales Zivilprozessrecht. Eine historische Untersuchung der Entwicklung des internationalen Zivilprozessrechts steht bisher aus.

29) Z.B. *Schiffer*, Die deutsche Justiz — Grundzüge einer durchgreifenden Reform. Der deutsche Richtertag im Jahre 1929 behandelte die Frage „Bedarf es einer grundlegenden Justizreform?“, dazu *Dannreuther*, Der Zivilprozess (Fn. 19), S. 413 ff. Wesentliche Impulse erfuhr der Entwurf durch die Mitarbeit von *Friedrich Stein* im vorbereitenden Ausschuss des Reichsjustizministeriums.

30) Seit 1926 tagte ein Ausschuss zur deutsch-österreichischen Rechtsannäherung vor dem Hintergrund der geplanten deutsch-österreichischen Handels- und Zollunion, vgl. *Dannreuther*, Der Zivilprozess (Fn. 17), S. 419; zu den Diskussionen in der Zivilprozessrechtslehrervereinigung vgl. *Henckel*, FS Fasching (1988), S. 213, 221 ff.

31) *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988, S. 227.

32) Dazu *Hess*, Reform des Gerichtsvollzieherwesens (2007), S. 13 ff.

33) „Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewusst sein, dass die Rechtspflege nicht nur ihnen,

kein nationalsozialistisches „Gedankengut“ und war nur als vorläufige Regelung gedacht. Inhaltlich brachte die Reform eine Wahrheitspflicht der Parteien nach österreichischem Vorbild,³⁴⁾ enthielt Maßnahmen gegen Prozessverschleppungen (Umdrehung der Beweislast),³⁵⁾ führte die Parteivernehmung anstelle des Parteieids ein,³⁶⁾ stärkte das Unmittelbarkeitsprinzip durch die Schaffung klarer Grenzen für den beauftragten/ersuchten Richter.³⁷⁾ Die im Entwurf von 1931 konzipierte, umfassende Neuformulierung der ZPO wurde hingegen nicht verwirklicht. Allerdings gelang es der nationalsozialistischen Reichsregierung ebenfalls nicht, die ZPO gänzlich durch ein paternalistisches, staatsbezogenes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit³⁸⁾ zu ersetzen.³⁹⁾

4. Zivilprozessrecht in der Bonner Republik (1949-1990)

Die Rechtswissenschaft der Nachkriegszeit griff die dogmatischen und systematischen Diskussionen der Weimarer Republik (ohne scharfe inhaltliche Distanzierung) wieder auf. Diskutiert wurde unter anderem die Lockerung der Verhandlungsmaxime, zudem eine Ermittlungsbefugnis des Gerichts ohne Beweisantrag.⁴⁰⁾ Auch in Hinblick auf die Eventualmaxime kam die Diskussion — zunächst auch rechtsvergleichend inspiriert — wieder in Gang.⁴¹⁾ Methodisch und inhaltlich griff die Prozessrechtslehre überkommene Themen wieder auf: Die konstruktive und systematische Ausformung des positiven Rechts was für die folgenden Jahrzehnte prägend, dabei wurde der Akzent zunehmend auf die Herausarbeitung übergeordneter Prinzipien (Maximen) gelegt.⁴²⁾ Wesentliche Diskussionspunkte der Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts waren das

sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient“ .

34) *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988, S. 228.

35) *Dannreuther*, Der Zivilprozess (Fn. 9), S. 477.

36) Obwohl letzterer „germanischen“ Ursprungs war, vgl. *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 390.

37) *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, (1988), S. 228.

38) Zur zeitbedingten Überschätzung der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. etwa *Bosch*, Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit, AcP 149 (1944), 32, 62 ff (mit Betonung der Eigenständigkeit des Zivilprozessrechts).

39) Die rechtsstaatsfeindlichen Übergriffe des NS-Régimes galten nicht primär dem Verfahrensrecht, sondern vor allem der richterlichen Unabhängigkeit.

40) So *Fischer*, Grundsätze des Zivilprozessrechts und ihre Anwendung in der Praxis, in: Tagung deutscher Juristen, 1947, S. 215 [Gesetz und Recht Verlag] sowie *Bernhardt*, Festschrift Leo Rosenberg (1949), S. 48 ff. Hier lebte offensichtlich die in der NS-Zeit favorisierte Stärkung der freiwilligen Gerichtsbarkeit fort, die schließlich in der Zuweisung der Streitsachen im WEG ihren Höhepunkt fand. Nach den 1950er Jahren setzte sich die „Favorisierung“ der fG nicht mehr mit vergleichbarer Intensität fort. Das FGG hat das FamFG mit Wirkung zum 1.9.2009 aufgehoben (Art. 112 FamFG).

41) *Damrau*, Prozessmaximen, S. 513 f. So forderte beispielsweise *Fischer*, dem Richter bei Verschleppung Sanktionen unter dem Gesichtspunkt des contempt of court zu ermöglichen, Grundsätze (Fn. 39), S. 220.

42) Wie schon bei *Lent*, Zivilprozessrecht (1. Aufl. 1947), behandeln *Lent/Jauernig*, Zivilprozessrecht (11. Aufl.) die „Grundsätze des Verfahrens“ als eigenständiges Kapitel am Anfang des Buches (Kapitel 2 bzw. 4).

Beweisrecht (einschließlich der Informationsbeschaffung)⁴³⁾ sowie das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht.⁴⁴⁾ Die dogmatische Arbeit „intra codificationem“ dominierte die Rechtsentwicklung. Eine Mitte der 1950er Jahre eingesetzte Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit beschränkte sich auf die Formulierung allgemeiner Empfehlungen.⁴⁵⁾

Die wichtigste Reform in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts war die sog. Vereinfachungsnovelle (1977).⁴⁶⁾ Sie setzte die zuvor im sog. Stuttgarter Modell erprobten Vorschläge von *Fritz Baur* um, die auf Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens abzielten.⁴⁷⁾ Das österreichische Prozessrecht diente als Modell, ohne dass dies explizit gemacht wurde.⁴⁸⁾ Zentrales Element war der neu formulierte § 272 ZPO, der einen umfassend vorbereiteten (Haupt)Termin zur mündlichen Hauptverhandlung einführte, der alternativ in einem frühen ersten Termin aufgehen konnte oder durch ein durch Ausschlussfristen bewehrtes, schriftliches Vorverfahren vorbereitet wurde. Die Konzentrationsmaxime wurde durch die Möglichkeit, verspäteten Vortrag auszuschließen, effektuiert (vgl. §§ 282, 296 ZPO).⁴⁹⁾ Zugleich wurde das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht auf eine neue Grundlage gestellt. Unter den Schlagworten „der verstärkten Aktivität des Gerichts“ und der „Kooperationsmaxime“ wurde ein „Abbau streng polarer Prozessgrundsätze zugunsten einer Arbeitsgemeinschaft von Gericht und Parteien“ postuliert.⁵⁰⁾ Ob mit dieser Begriffsbildung viel gewonnen war, bezweifelte bereits die zeitgenössische Kritik.⁵¹⁾ Eine prinzipielle Abkehr von der Verhandlungsmaxime erfolgte nicht — sie war auch nicht geboten.⁵²⁾ Wohl aber war die Abkehr vom Leitbild des ursprünglichen, „liberalen“ Zivilprozesses (mit einem Übergewicht der Parteien

43) Dazu *Stürmer*, Der deutsche Prozessrechtslehrer am Ausgang des 20. Jahrhunderts, FS Lücke (1997), 829, 831 m.w.N.

44) Grundlegend *Henckel*, Materielles Recht und Prozessrecht (1970); unter Einschluss der Prozessrechtsvergleiche *G. Wagner*, Prozessverträge (1998).

45) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961); die Einführung des österreichischen Berufungsmodells hatte die Kommissionsmehrheit nicht befürwortet, a.a.O., S. 128 ff.

46) *Otto*, Die BGH-Rechtsprechung zur Präklusion verspäteten Vorbringens, in: FS Wiss. BGH Bd. III (2000), S. 160 ff.

47) *Baur*, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess (1966).

48) Die Vorschläge *Baur*s beruhten im Kern auf den Konzeptionen *Franz Kleins*, dazu *Kralik*, in: Forschungsband Franz Klein, (1988), S. 89 ff.; *Damrau*, Prozessmaximen, S. 157.

49) *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 382. Die damit verbundene Streichung des § 278 I ZPO 1898 („Angriffs- und Verteidigungsmittel können bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltend gemacht werden.“) stellte allerdings insofern keine wesentliche Neuerung dar, als schon vorher Beschränkungen des „freien Nachschiebens“ bestanden; z.B. waren prozesshindernde Einwendungen bereits nach der Eventualmaxime vom Beklagten unverzüglich vorzubringen.

50) Dazu *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 25 VIII.

51) Vgl. kritisch *Baur*, NJW 1987, 2637, 2639, unter Verweis auf *Stürmer*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, 1982.

52) *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 390; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 25 VIII.

bei der Prozessleitung) definitiv vollzogen.⁵³⁾

Die Rechtsentwicklung der späten 1970er und der 1980er Jahre prägte hingegen die Konstitutionalisierung des Prozessrechts. Sie wurde im Wesentlichen vom Bundesverfassungsgericht vorangetrieben, von den Fachgerichten und der Rechtslehre mit einer gewissen Verzögerung — dann jedoch überwiegend positiv aufgegriffen.⁵⁴⁾ Bemerkenswert war dabei die „Integration“ der verfassungsrechtlichen Vorgaben in das überkommene Maximendenken. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf die GehörsGewährung, den gesetzlichen Richter, die prozessuale Waffengleichheit und den effektiven Rechtsschutz erscheinen in der modernen Rechtsdogmatik als allgemeine Verfahrensgrundsätze, die neben die überkommenen Maximen der Parteiherrschaft, der Mündlichkeit, der Beibringung und Verfahrenseffizienz treten.⁵⁵⁾ In tatsächlicher Hinsicht hat freilich das Verfassungsrecht strukturelle Defizite des Rechtsbehelfsystems ausgleichen müssen.

Im Ergebnis bewirkte die Konstitutionalisierung daher keinen „Umbruch“ im Prozessrecht, sondern fügte sich in das überkommene System(denken) ein. Die Praxis der Ziviljustiz wird jedoch bis heute vom verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt nachhaltig geprägt — die Urteilsverfassungsbeschwerde ermöglicht die Behebung schwerer Verfahrensfehler auch nach Erschöpfung des Instanzenzugs.⁵⁶⁾ Urteilsverfassungsbeschwerden (auch) aus der Ziviljustiz belasteten das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich so stark, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung eines speziellen innerprozessualen Rechtsbehelfs (§ 321a ZPO) Entlastung schaffen musste.⁵⁷⁾

5. Die Veränderungen in den 1990er Jahren

Der Einigungsvertrag vom 31. August 1990 führte das Prozessrecht der Bundesrepublik in den sog. neuen Bundesländern ein.⁵⁸⁾ Die Wiedervereinigung wurde jedoch nicht zum Anlass genommen, bewährte Regelungen der DDR auch in Westdeutschland einzuführen, etwa den dreistufigen Gerichtsaufbau zu übernehmen; stattdessen übernahmen die Länder im Gebiet der ehemaligen DDR während der 1990er

53) Kritisch insbesondere *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 395; positiv z.B. *Thomas/Putzo*, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 1978, Einleitung VII.

54) Vgl. die Analyse von *Schumann*, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, FS BGH Bd. III (2000), S. 3 ff.; zur Konstitutionalisierung auf europäischer Ebene vgl. *Hess*, JZ 2005, 540 ff.

55) Vgl. dazu etwa *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007, § 29 (rechtliches Gehör als Verfahrensgrundsatz); ebenso *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 82.

56) *Schumann*, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, FS BGH Bd. III (2000), S. 3 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 17, Rdn. 13 ff.

57) Zu dieser Entwicklung vgl. *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 29 III.

58) Übergangsregelungen galten dabei insbesondere für die Gerichtsverfassung, für die der dreistufige Gerichtsaufbau mit Kreisgerichten als Eingangsinstanz und Bezirksgerichten als Berufungsinstanz unter dem BGH zunächst beibehalten wurde.

Jahre das überkommene Justizsystem des GVG.⁵⁹⁾

Die Gesetzesinitiativen der 1990er Jahre betrafen die viel beklagte Überlastung der Justiz. Das Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17. Dezember 1990⁶⁰⁾ beschränkte insbesondere die Rechtsmittel und transformierte das bisherige Beweissicherungsverfahren in das neue selbständige Beweisverfahren (§ 485 ff. ZPO). Die Entwicklung setzte sich 1993 mit dem Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege fort, das den Einzelrichter gegen die Bedenken der Richterschaft zum Regelfall machte.⁶¹⁾ Insgesamt gesehen blieben jedoch die 1990er Jahre vom Aufbau der Justiz in den neuen Bundesländern geprägt, finanzielle Engpässe bewirkten zudem personelle Umschichtungen in der Justiz, insbesondere den verstärkten Einsatz des Rechtspflegers anstelle des Richters. Substantielle Reformen wurden jedoch nicht erwogen.

Den Entwicklungsstand und das Selbstverständnis des gegenwärtigen deutschen Zivilprozessrechts spiegelt das Lehrbuch von *Jauernig* wider:⁶²⁾ Es stellt zunächst die Prozesszwecke und die Maximen deutlich heraus und behandelt in den einzelnen Abschnitten wesentliche Institutionen des Prozessrechts: Klage, Einlassung, Beweis, Urteil (einschließlich der Rechtsmittel und der Rechtskraft). Der Stand von Rechtsprechung und Rechtsdogmatik wird prägnant dargestellt, zu wesentlichen Streitfragen nimmt der Autor dezidiert Stellung. Die (wachsenden) europäischen und internationalen Verflechtungen werden knapp erwähnt, ohne dass sie die Darstellung prägen.⁶³⁾ Auf Hinweise zur Rechtsgeschichte und zur Rechtsvergleichung wird verzichtet, das Lehrbuch ist als eine systematische und dogmatische Darstellung des geltenden, positiven Prozessrechts konzipiert.

III. Prozessrechtsreformen unter dem Eindruck ausländischer Modelle

1. Die ZPO-Reform (2002)

Zum Jahrtausendwechsel änderte sich die Justizpolitik in konzeptioneller Hinsicht: Die im Herbst 1998 neu gewählte Bundesregierung erklärte eine umfassende Justizreform (mit den Eckwerten Dreistufigkeit, Aufwertung einheitlicher Eingangsgerichte, Vereinfachung und Angleichung der Verfahrensordnungen) zum Kernanliegen ihrer ehrgeizigen Justizpolitik.⁶⁴⁾ Im Dezember 1999 veröffentlichte das Bundesjustizministerium einen

59) Vgl. *Arens/Lüke*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 1998 Rdn. 85a.

60) Vgl. *Hansens*, Die wichtigsten Änderungen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit aufgrund des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes NJW 1991, 953.

61) Vgl. *Kissel*, Gerichtsverfassung unter dem Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, NJW 1993, 489 (490).

62) *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007.

63) Bezeichnend insofern die Darstellung des internationalen Prozessrechts (Gerichtsbarkeit, Zuständigkeit unter der Überschrift: „Die Grenzen der deutschen Gerichtsbarkeit und die internationale Zuständigkeit“ (§ 16).

64) Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und GRÜNEN vom 20.10.1998, dazu *Hess/Münzberg*, Die ZPO-Reform im europäischen Umfeld, in: Hess (Hrg.) Wandel der Rechtsordnung (2003), S. 158 ff.

Referentenentwurf, der nicht nur die Rechtsmittel neu konzipierte, sondern auch den Einstieg in einen dreistufigen Gerichtsaufbau vorsah:⁶⁵⁾ die Oberlandesgerichte sollten generell über die Berufungen gegen Urteile der Amtsgerichte entscheiden.⁶⁶⁾ Intendiert war eine Angleichung der Eingangsinstanzen (d.h. eine mittelfristige Zusammenführung der Amts- und Landgerichte). Zugleich wurde der Einzelrichtereinsatz bei den Landgerichten als Regelbesetzung vorgesehen, vgl. §§ 348, 526 ZPO-E (1999).⁶⁷⁾

Dem Vorhaben widersetzen sich die Richter- und die überwiegende Anwaltschaft,⁶⁸⁾ die eine „Einsparrunde“ hinter der Reform vermuteten.⁶⁹⁾ Der beschworene Abbau ortsnaher Amtsgerichte traf zudem auf den Widerspruch zahlreicher Landespolitiker, die „Standortnachteile“ befürchteten.⁷⁰⁾ Gegen den Widerstand der Länder konnte das Bundesjustizministerium den Einstieg in die Dreistufigkeit nicht durchsetzen. Originäres Berufungsgericht gegen Urteile der Amtsgerichte ist weiterhin das Landgericht (§ 72 GVG); nach § 119 III GVG können die Bundesländer den Oberlandesgerichten allgemein oder in bestimmten Sachbereichen die Berufungen bzw. Beschwerden gegen Entscheidungen der Amtsgerichte zuweisen.⁷¹⁾ Von dieser „Experimentierklausel“, die bis zum 1.1.2008 befristet wurde (§ 119 V und VI GVG), hat jedoch kein einziges Bundesland Gebrauch gemacht.⁷²⁾ Auch die in § 119 I GVG vorgesehene, neue Berufungszuständigkeit der Oberlandesgerichte in Verfahren mit Auslandsbezug wurde zum 1.9.2009 wieder aufgehoben.⁷³⁾

Der Schwerpunkt der ZPO-Reform galt der Neuausrichtung der Rechtsmittel.⁷⁴⁾ Die Eingangsinstanz wurde gestärkt,⁷⁵⁾ die Berufung als Kontrollinstanz neu konzipiert (mit der Folge einer verstärkten Tatsachenbindung des Berufungsgerichts und einer verschärften Präklusion erneuten Vorbringens, §§ 513, 529, 531 ZPO).⁷⁶⁾ Die kombinierte Annahme-/Wertrevision wurde abgeschafft und durch eine Zulassungsrevision ersetzt.⁷⁷⁾ Das

65) Zu den politischen Widerständen die damalige Justizministerin *Däubler-Gmelin*, FS Geiss (2000), S. 45, 60 ff.

66) Dazu statt vieler *Stein/Jonas/Brehm*, Vor § 1 ZPO (22. Aufl. 2003), Rdn. 202, m.w.N.

67) Die Abschaffung des Kollegialprinzips stieß vor allem in der Richterschaft auf Ablehnung, *Musielak*, NJW 2000, 2769, 2772 m.w.N.; *Prütting*, FS Schumann (2001), S. 309, 320.

68) Vgl. *Freundling*, NJW 2000, 782 ff.; *Busse*, NJW 2000, 785 ff.

69) Zu dieser Diskussion *Greger*, JZ 2000, 843 ff.; *Stürmer*, NJW 2000, Beil. zu Heft 25, 31 ff.; kritisch *Prütting*, Rechtsmittelreform 2000, 19 ff.; *Musielak*, Reform des Zivilprozesses, NJW 2000, 2769 ff.

70) Dies veranlasste einige Bundesländer, sich grundsätzlich gegen das Reformvorhaben zu stellen — entgegen der ursprünglichen, einmütigen Billigung durch die Justizministerkonferenz im Juni 1999, dazu *Hanisch/Meyer-Seitz/Engers*, ZPO-Reform (2002), S. 42 ff.

71) Zur Zuständigkeit des OLG nach § 119 II Nr. 1b) und c) GVG bei der Anwendung ausländischen Rechts, vgl. *Geimer*, Sonderheft NJW 2005, Abschied zum Ende eines Gerichts, S. 31 ff.

72) *Musielak/Wittschier*, § 119 GVG (6. Aufl. 2008), Rdn. 28.

73) Art. 22 FamFG, BGBl. 2008 I 2586.

74) BT-Drs. 14/4722, S. 59.

75) Überblick bei *Musielak*, NJW 2000, 2769 ff.

76) Dazu *Greger*, JZ 2004, 805, 810 ff.; *Roth*, Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess — Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 2005, 174 ff.

77) Dazu *Gerhardt*, FS Beys (2003), S. 419, 427 f.

Beschwerderecht wurde konzeptionell an die anderen Rechtsmittel angelehnt.⁷⁸⁾ Zugleich sollte die Abschaffung bzw. Reduktion der Wertgrenzen den Zugang (des „kleinen Mannes“) zur Justiz verbessern und die bisherige Gesetzgebungstendenz zur fortwährenden Anhebung der Wertgrenzen umkehren.⁷⁹⁾ Damit wurde erstmalig die Revision gegen die Berufungsurteile der Landgerichte zugelassen; dasselbe Konzept prägt auch die Rechtsbeschwerde.⁸⁰⁾

Die ZPO-Reform 2002 übernahm inhaltlich das österreichische Modell der beschränkten Berufungsinstanz zur Fehlerkontrolle und Fehlerbehebung der ersten Instanz, verbunden mit einem Verbot neuen Tatsachenvortrags (§§ 529 ff. ZPO). Zugleich wurde das ursprünglich von der ZPO umgesetzte Modell des französischen Berufungsrechts (sog. *double degré de juridiction*), das die Berufung als volle Tatsacheninstanz konzipiert, aufgegeben (vgl. § 525 ZPO a.F.).⁸¹⁾ Diese Reform hatte die Rechtslehre seit langem gefordert, erstmals wurden im Gesetzgebungsverfahren auch rechtsvergleichende Alternativen diskutiert.⁸²⁾ Die Umsetzung der ZPO-Reform bereitete der Rechtspraxis weniger Schwierigkeiten als zunächst prognostiziert; allerdings interpretiert der Bundesgerichtshof die Zurückweisung neuen Tatsachenvortrags nach § 529 ZPO restriktiv.⁸³⁾ Bewährt hat sich die in der Reform geschaffene Befugnis des Berufungsgerichts, über die Zulassung der Berufung (auch im Hinblick auf die Erfolgsaussichten) vorab zu entscheiden, vgl. § 522 ZPO.⁸⁴⁾ Allerdings ist es der Rechtssprechung bisher noch nicht hinreichend gelungen, die Zulassungsvoraussetzungen des § 522 II ZPO zu konkretisieren.⁸⁵⁾ Gewichtiger sind die Veränderungen in der Revisionsinstanz — die neuere Rechtspraxis des BGH wird zunehmend durch Rechtsbeschwerden und weniger durch Revisionen geprägt. Hier deutet sich eine Neukonzeption der Revision an, deren Hauptfunktionen die Wahrung der Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung sind, hin zu einer Kassations-

78) Ball, Die Reform der ZPO — eine Wirkungskontrolle, das neue Revisionsrecht, Vhdlg 65. DJT 2004, Bd. I, A 69 ff.

79) Vgl. § 511 II ZPO n.F. — in der Revision ist freilich die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 n.F. bei einem Wert der Beschwer von mehr als 20.000 € für eine Übergangszeit bis zum 1.1.2012 zulässig, vgl. § 26 Nr. 7 EGZPO.

80) Dazu Hess, Effektiver Rechtsschutz in vergleichender Sicht, in: Gottwald (Hrg.), Effektivität des Rechtsschutzes (2006), S. 133 ff.

81) Hess, La procédure d'appel en droit allemand: exposé général, in: Closset Marchéal/Salletti/Hess (ed.), Le double degré de juridiction (erscheint 2009).

82) Vgl. Gilles (Hrg.), Rechtsmittel im Zivilprozess — unter besonderer Berücksichtigung der Berufung (1985); Gottwald, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag 1996, Vhdlg 61. DJT 1996; Rimmelspacher, ZZP 107 (1994), 421; JM Baden-Württemberg (Hrg.), Rechtsstaat — Rechtsmittelstaat (1999) mit rechtsvergleichenden Beiträgen von Leipold und von Rimmelspacher.

83) Zwischenzeitlich hatte das Bundesverfassungsgericht den BGH aufgefordert, eine einheitliche und transparente Rechtsprechung zu §§ 522, 543 ZPO zu entwickeln, BVerfG, 8.1.2004, NJW 2004, 1371.

84) Die fehlende Anfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses wird in der Literatur heftig kritisiert, vgl. Krüger, NJW 2008, 945 ff.; Nassall, NJW 2008, 3390 ff.; a.A. Trimbach, NJW 2009, 401, 404 f.

85) Rechtsprechungsübersicht bei Roth, JZ 2009, 237, 241 ff.

instanz.⁸⁶⁾ Auch das Verhältnis zwischen Bundesgerichtshof und Europäischem Gerichtshof ist angesichts der nachhaltigen „Europäisierung“ des Privatrechts noch nicht abschließend geklärt — der EuGH übernimmt im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 HEG/ 267 AEUV zunehmend die Funktion eines Revisionsgerichts.⁸⁷⁾ Die Tatsache, dass die jüngsten Reformen der ZPO nachhaltig von ausländischen Modellen beeinflusst wurden, hat die rechtspolitische (und die rechtsdogmatische) Diskussion noch nicht erreicht.

2. Vorgängige Reformen nach ausländischen Vorbildern

Bereits in den 1990er Jahren waren zwei weitere Reformen im Verfahrensrecht nachhaltig von ausländischen Regelungsmodellen beeinflusst worden: Die Reform des Insolvenzrechts (zum 1.1.1999) orientierte sich am U.S.-amerikanischen Reorganisationsrecht nach Chapter 11 des Bankruptcy Code der USA.⁸⁸⁾ Die Sanierungsinstrumente der Insolvenzordnung, insbesondere das Planverfahren nach §§ 217 ff. InsO werden in der Praxis jedoch nur zögerlich übernommen.⁸⁹⁾ Inzwischen ist das deutsche Insolvenzrecht unter dem Eindruck von grenzüberschreitenden Großinsolvenzen im Europäischen Justizraum unter weiteren Reformdruck geraten.⁹⁰⁾

Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit hat der deutsche Gesetzgeber ein internationales Modell übernommen, die Reform des 10. Buchs der ZPO übernahm (mit gewissen Modifikationen) das UNCITRAL Model Law zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit.⁹¹⁾ Dabei war es das erklärte Ziel des Reformgesetzgebers, den Schiedsstandort Deutschland zu stärken, gerade gegenüber der Konkurrenz in London, Paris, Stockholm, Wien und Zürich.⁹²⁾ Im Ergebnis hat die freiwillige Übernahme ausländischer Regelungsmodelle die inländische Rechtswissenschaft und auch die Rechtspraxis im Hinblick auf ausländische Alternativen sensibilisiert. Allerdings betreffen die aufgezeigten Entwicklungen eher Randbereiche, nicht die klassischen Kernbereiche der ZPO. Dennoch kann die überkommene Binnenorientierung der deutschen Prozessualistik

86) Dazu MünchKomm/*Rimmelspacher*, Vor §§ 511 ff. ZPO, Rdn. 3 (der freilich Kassation und Reformation als von einander getrennte Zwecke der Rechtsmittel nicht unterscheiden will).

87) *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 12, Rdn. 12.; vgl. auch *Gotsche*, Der BGH im Wettbewerb der Rechtsordnungen (2009), S. 22 ff.

88) So explizit BT-Drs. 12/2443, S. 105, dazu etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999), S. 49 ff.

89) Das Planverfahren wird tatsächlich in weniger als 1% aller Verfahren genutzt.

90) Vgl. etwa *Uhlenbruck/Vallender*: Zehn Jahre Insolvenzordnung — eine kritische Zwischenbilanz, NZI 2009, 1 ff.

91) Zu den Hintergründen vgl. Böckstiegel/Kröll/Nacimiento/*Wagner*, Arbitration in Germany (2007), § 1025, Rdn. 2 ff.; MünchKomm/*Münch*, Vor § 1025 ZPO, Rdn. 108 ff.

92) Eine wesentliche Rolle spielen die New Yorker Konvention zur Schiedsgerichtsbarkeit (1958) sowie das UNCITRAL-Modellgesetz zu Schiedsgerichtsbarkeit von 1985, vgl. *Schlosser*, Neues deutsches Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Gottwald (Hrg.), Revision des EuGVÜ (2000), S. 163 ff.; *Raeschke-Kessler*, Stand und Entwicklungstendenzen der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Gottwald (Hrg.), Revision des EuGVÜ (2000), S. 211, 215 ff.

spätestens seit der Jahrtausendwende nicht mehr attestiert werden.⁹³⁾

IV. Die aktuelle Situation: Nationales Zivilprozessrecht und Europäische Angleichungsvorgaben

Die überkommene Situation, nach der der nationale Reformgesetzgeber in souveräner Entscheidung eine eigenständige Lösung erarbeitet oder ein ausländisches Modell adaptiert, beginnt sich zu ändern. Ursache ist die Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene, die zunehmend Vorgaben für das Zivilverfahrensrecht implementiert. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen: Die Neuregelung des Beweisrechts und des einstweiligen Rechtsschutzes durch die sog. „Enforcement Richtlinie“ sowie die geplante Einführung kollektiver Rechtsbehelfe im Kartell- und Verbraucherrecht. Weitere Beispiele, etwa im Bereich der Mediation oder des Bagatell- und des Mahnverfahrens, lassen sich unschwer hinzufügen. Die aktuelle Entwicklung betrifft nicht nur das deutsche Zivilprozessrecht, sondern die Verfahrensrechte aller EU-Mitgliedsstaaten gleichermaßen.

1. Die Reform des Beweisrechts durch die RL 2004/48/EG

Detaillierte Vorgaben zur Ausgestaltung der nationalen Prozessrechte enthält die sog. „Enforcement“-Richtlinie (RL 2004/48/EG) zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.⁹⁴⁾ Die Richtlinie setzt die Vorgaben der Art. 41 ff. TRIPS-Übereinkommen um.⁹⁵⁾ Ziel ist eine Effektivierung der Bekämpfung der Produktpiraterie mit Hilfe des Zivil- und vor allem des Zivilprozessrechts.⁹⁶⁾ Die Kernregelungen betreffen die Prozessrechtsangleichung. Art. 6-9 der RL 2004/48/EG harmonisieren die Beweissicherung, die Vorlage von Beweismitteln durch den Prozessgegner und durch Dritte, Auskunftsansprüche des Geschädigten sowie den einstweiligen Rechtsschutz. Die Vorschriften sollen die Informationsdefizite des Schutzrechtsinhabers gegenüber einem potentiellen Verletzer beheben und ihn in die Lage versetzen, bei Verdacht einer Schutzrechtsverletzung eine möglichst umfassende Aufklärung herbeizuführen. Auf der Basis der erlangten Informationen soll der Schutzrechtsinhaber rasch und effektiv den Verletzer verklagen können.⁹⁷⁾ Im Ergebnis enthält die Enforcement-RL weit reichende Vorgaben für die Ausgestaltung der Prozessrechte der Mitgliedstaaten.

Das zeigen folgende Beispiele: Nach Art. 6 RL müssen die Gerichte der Mitgliedstaaten die Vorlage von Beweismitteln bereits beim konkreten Verdacht einer

93) Weitsichtig bereits *Stürner*, FS Lücke (1997), S. 829, 840 ff.

94) RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU 2004 L 195/16.

95) Dazu *Zhou*, Einstweiliger Rechtsschutz (2007), S. 136 ff.

96) Vgl. Art. 1 RL 2004/48/EG, dazu *Heinze*, Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht (2007), S. 64 ff.

97) Vgl. Art. 3 RL, dazu *Amschewitz*, Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht (2008), S. 98 ff.

Schutzrechtsverletzung anordnen.⁹⁸⁾ Anders als nach der überkommenen Konzeption des materiellen Auskunftsanspruchs des deutschen Privat- und Verfahrensrechts⁹⁹⁾ setzt die Beweismittelvorlage kein Schuldverhältnis zwischen den Prozessparteien voraus: bereits der hinreichend substantiierte Vortrag des Klägers, dass eine Verletzung erfolgt sei oder drohe, löst die Vorlagepflicht des Prozessgegners aus¹⁰⁰⁾ — das Gericht kann die Vorlage anordnen. Die Auskunftsansprüche bestehen auch gegenüber Dritten, sie können im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.¹⁰¹⁾

Art. 7 RL 2004/48/EG regelt die vorprozessuale Beweissicherung. Sie kann nach dem Konzept der Richtlinie sowohl durch Beweissicherungsverfahren als auch durch einstweilige Verfügungen erfolgen. Die Richtlinie enthält dabei Vorgaben zur Ausgestaltung des Verfahrens (einseitig mit Nachholung des gegnerischen Gehörs, Abs. 1), zu den möglichen Inhalten der anzuordnenden Maßnahmen, zur Stellung einer Sicherheitsleistung (Abs. 2), gibt Fristsetzungen vor (Abs. 3), statuiert Schadensersatzansprüche im Fall der Aufhebung der Maßnahme (Abs. 4) und garantiert den Zeugenschutz (Abs. 5).¹⁰²⁾ Der Vollzug erfolgt durch einen neutralen Gutachter oder Gerichtsvollzieher. Letzterer wird von einem Sachverständigen beim Aufspüren des relevanten Materials begleitet und unterstützt.

Bei der Umsetzung der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber die Chance zur Modernisierung des nationalen Prozessrechts nicht ergriffen, sondern eine Minimallösung gewählt: Die inzwischen zum Teil widersprüchlichen Vorschriften der ZPO über die

98) Die Vorschrift lautet: “(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat, die Vorlage dieser Beweismittel durch die gegnerische Partei anordnen können, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird. . .

(2) Im Falle einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung räumen die Mitgliedstaaten den zuständigen Gerichten unter den gleichen Voraussetzungen die Möglichkeit ein, in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei, die Übermittlung von in der Verfügungsgewalt gegnerischer Partei befindlichen Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen anzuordnen, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.“

99) Zur materiellrechtlichen Konzeption der Auskunftsansprüche vgl. *Schlosser*, JZ 1991, 599 ff.; *Wagner*, JZ 2007, 706, 707 ff. Der BGH hat bereits in der sog. *Faxkartenentscheidung*, BGHZ 150, 377, 386 ff., den Berichtigungsanspruch nach § 809 BGB nachhaltig effektiviert, indem er eine wahrscheinliche Rechtsverletzung genügen lässt.

100) Dies ist keine Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes. Dieser verpflichtet die beweislasterpflichtige Partei zum Tatsachenvortrag, besagt jedoch nichts zur Informationsgewinnung, unrichtig Regierungsbegründung BT-Drs. 16/5048, S. 26.

101) Dritter ist beispielsweise der Spediteur, dazu OLG Düsseldorf, 29.11.2007, BeckRS 2008, 00088.; vgl. *Heinze*, IPRax 2008, 480, 481 f.

102) Vgl. dazu *Hess/Zhou*, IPRax 2007, 183, 185 ff. Der EuGH hat hingegen im Urteil 28.04.2005, Rs. C-104/03, *St. Paul Dairy Industries./Unibel Exser BVBA*, Slg. 2005 I-3481, Rdn. 18 ff., die offene Konzeption des Art. 7 RL nicht berücksichtigt und den Anwendungsbereich des Art. 31 EuGVO unnötig eng gezogen.

gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage (bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, §§ 142 ff. ZPO) und die anders konzipierten Vorschriften zur Urkundsvorlage im Beweisrecht (§§ 422 ff. ZPO) wurden nicht aufeinander abgestimmt.¹⁰³⁾ Stattdessen wurden in die Einzelgesetze des gewerblichen Rechtsschutzes ergänzende prozessuale Sondervorschriften aufgenommen.¹⁰⁴⁾ Die Vorgaben der Richtlinie wurden nicht als Anlass zur systematischen Überarbeitung des überkommenen Prozessrechts genutzt, sondern vielmehr minimalistisch umgesetzt, um das vermeintliche „System“ des nationalen Prozessrechts nicht zu stören.¹⁰⁵⁾

2. Die Kommissionsvorschläge zum kollektiven Rechtsschutz im Kartell- und Verbraucherrecht

Ob der deutsche Gesetzgeber an der minimalistischen Umsetzung der Enforcement-RL festhalten kann, ist derzeit eine offene Frage. Denn im vergangenen Jahr hat die EG-Kommission ein weiteres, ambitioniertes Rechtssetzungsvorhaben im Zivilprozessrecht vorangetrieben. Es strebt die Einführung von Kollektivklagen im Kartellrecht und im Verbraucherrecht an. Beide Vorschläge sollen sich ergänzen — sie sind Teil einer neuen, politischen Strategie, mit der die EU-Kommission die Zivilprozessrechte der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung von Rechtspositionen des Gemeinschaftsrechts effektuieren will. Es geht um das Konzept des „private enforcement“: Danach soll zwingendes Kartell- und Verbraucherrecht durch Schadenersatzklagen vor den Zivilgerichten der Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Wie die Bezeichnung verdeutlicht, geht es um die Implementierung eines Regelungskonzepts, das in den USA (dort vor allem im Zusammenhang mit der class action) entwickelt wurde.

Ein am 2. April 2008 veröffentlichtes Weissbuch über Schadenersatz im Kartellrecht¹⁰⁶⁾ schlägt die Einführung von Kollektivklagen vor. Diese können entweder von Verbraucherorganisationen als opt-out Klagen eingebracht oder als opt-in Sammelklagen von (ausgewählten) Klägeranwälten und Geschädigten initiiert werden.¹⁰⁷⁾ Das Weißbuch befürwortet daneben den Ausbau vorprozessualer Auskunftsansprüche und eine Effektuierung der nationalen Beweisrechte nach Maßgabe der Art. 6-8 RL 2004/48/EG.¹⁰⁸⁾ Dagegen

103) Zu den Normenwidersprüchen *Wagner*, JZ 2007, 706, 707 ff.; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 55 III.

104) Zur Umsetzung in §§ 140b PatG, 24b GebMG, 19 MarkenG, 46 GeschMG, vgl. *Dörre/Maaßen*, GRUR-RR 2008, 217, 219 f.

105) Kritisch auch *Wagner*, JZ 2007, 707, 715 ff.; a.A. *Ahrens*, GRUR 2005, 737; *Spindler/Weber*, MMR 2006, 711 ff.

106) KOM (2008) 165 endg., sowie Commission's Staff Working Paper (SEC 2008/404). Dazu *Hodges*, Reform of Class Actions (2008), S. 170 ff.

107) Mit diesen Alternativen will die EG-Kommission den unterschiedlich ausgestalteten Prozessrechten in den Mitgliedstaaten entgegenkommen. Die Begrenzung von opt out-Klagen auf „qualifizierte Einrichtungen“ soll einen Missbrauch durch (Kläger-)Anwälte ausschließen, *Hodges*, Reform of Class Actions, S. 172 f.

108) Kritisch *Stürmer*, in: Basedow (Hrg.), Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 163,

sollen die Prozesskosten der Regelung der Mitgliedsstaaten überantwortet bleiben. Diese Vorschläge lassen eine nachhaltige Effektivierung von kartellrechtlichen Kollektivklagen durchaus erwarten. Die Veränderung der nationalen Verfahrensrechte durch die Verfolgung öffentlicher Interessen ist mit Händen zu greifen: Sie bewirkt eine Erweiterung der Prozessführungsbefugnis, der Auskunftspflichten, der Beweisverfahren und der richterlichen Intervention.¹⁰⁹⁾ Letztlich verändert sich der Prozesszweck: Nicht die Beilegung privater Rechtsstreitigkeiten, sondern die Verfolgung öffentlicher Zielsetzungen stehen im Vordergrund.¹¹⁰⁾

Vor allem die selektive Übertragung von ausländischen Regelungskonzepten bzw. Rechtsimplantaten in die nationalen Prozessrechte erscheint bedenklich, weil die rechtskulturellen Auswirkungen bisher nicht hinreichend hinterfragt werden.¹¹¹⁾ Zwar betont das Weißbuch, dass eine „litigious culture“ nicht implementiert werden solle. Dennoch setzt die EG-Kommission ganz offen auf (spezialisierte) Klägeranwälte, die den neu geschaffenen „Markt“ besetzen sollen, um Haftungsklagen mit erheblichem Volumen einzubringen.¹¹²⁾ Bedenklich ist vor allem die vorgeschlagene Beibehaltung von opt out-Klagen, die funktional der class action entsprechen. Die Begrenzung der Klagebefugnis auf „qualifizierte Einrichtungen“ iSv Art. 4 RL 27/98/EG erscheint schon deshalb ineffektiv, weil deren Eintragung bzw. Akkreditierung gar nicht geregelt ist.¹¹³⁾ Die vermeintlich „kompetenziell unproblematische“ Mindestharmonisierung entfaltet hier ihre eigentliche Sprengkraft: Unterhalb der Vorgaben des EG-Rechts besteht die Konkurrenz zwischen den Prozessrechten der Mitgliedstaaten fort — sie wird zugleich durch die Implementierung neuartiger Rechtsbehelfe (auf Gemeinschaftsebene) verschärft.

Im Herbst 2008 hat die EG-Kommission ein Grünbuch über Kollektivklagen im Verbraucherschutz veröffentlicht.¹¹⁴⁾ Es soll die Einführung von Kollektivklagen auf Schadenersatz im Verbraucherrecht (Art. 153 EG) vorbereiten. Inhaltlich ist das Grünbuch (seiner Funktion entsprechend¹¹⁵⁾) offen formuliert: Es enthält vier unterschiedliche Handlungsoptionen. Diese reichen von der (wenig seriösen) „Option“, die weitere Entwicklung abzuwarten,¹¹⁶⁾ über eine „Öffnung“ der nationalen, existenten

170 ff.; *Hodges*, CMLR 43 (2006), 1381 ff.

109) Dazu *Hess*, in Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrg.), *Zugang zum Recht*, S. 61 ff.

110) Hierauf verweist mit Recht *Kodek*, *öJZ* 2008, 919, 923 ff.; allgemein *Koch*, *ZEuP* 2007, 735, 750 f.

111) Von „Rechtsimplantaten“ spricht auch *Kodek*, *öJZ* 2008, 919, 922 (allerdings im Zusammenhang mit dem gemeinschaftsrechtlichen Anerkennungsprinzip, insb. Art. 32 EuGVO).

112) Derartige Haftungsklagen machen jedoch gerade die Effizienz des US-amerikanischen Klagesystems aus.

113) Dazu *Hess*, in: Casper et. (Hrg.), *Auf dem Weg zur Europäischen Sammelklage* (2009), S. 139.

114) KOM (2008) 864 endg. vom 27.11.2008

115) Grünbücher der EU-Kommission bereiten neue Gemeinschaftsrechtsakte durch eine Befragung interessierter Kreise vor und sind dementsprechend offen formuliert.

116) Trotz der offenen Formulierung handelt es sich hierbei um keine „ernsthafte“ Option, KOM (2008) 864 endg., Rdn. 20-22, dazu *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010) § 11 III, Rdn. 47 ff.

Kollektivklagen¹¹⁷⁾ für Verbraucher aus anderen Mitgliedsstaaten sowie über die Verbesserung der Kooperation bestehender nationaler Verbraucherorganisationen¹¹⁸⁾ bis hin zur Schaffung echter kollektiver Rechtsbehelfe.¹¹⁹⁾ Die offene Formulierung sollte freilich nicht über die verfolgte Strategie hinwegtäuschen: Nur die unter Nr. 4 genannte Option (der Schaffung europäischer Rechtsbehelfe) wird von der EU-Kommission ernsthaft verfolgt.¹²⁰⁾

V. Ausblick

Welche Zukunft ist dem deutschen Zivilprozessrecht im veränderten europäischen Umfeld zu prognostizieren? In den nächsten Jahren stehen weitere, erhebliche Veränderungen an, die den Entwicklungen des vergangenen Jahrzehnts gewiss nicht nachstehen werden. Folgende Entwicklungen zeichnen sich ab: Zum einen ist nicht sicher, ob der EuGH weiterhin in der Lage sein wird, sowohl die Vorlageflut der nationalen Zivilgerichte zu bewältigen als auch zugleich als oberstes Verfassungsgericht der Europäischen Gemeinschaft zu fungieren. Denn der EuGH entscheidet inzwischen über Vorlagen aus allen Rechtsgebieten, dem Zoll-, dem Straf-, dem Asyl- und dem Steuerrecht ebenso wie über Vorlagen aus dem Zivil- und Zivilprozessrecht aus 27 Mitgliedstaaten. Jüngste Versuche, die Verfahren vor dem Gerichtshof zu beschleunigen, können das Grundproblem nicht lösen, dass die Vorlageflut in Luxemburg auf Dauer nicht zu bewältigen ist. Als Alternative wird die Einrichtung dezentraler Gemeinschaftsgerichte für bestimmte Rechtsgebiete erwogen — etwa im Bereich des Schutzes geistigen Eigentums.¹²¹⁾ Sollte eine solche Entwicklung sich durchsetzen, so werden gewiss in naher Zukunft weitere Rechtsgebiete den neuen Gemeinschaftsgerichten übertragen werden.

Den Prozessrechten der Mitgliedsstaaten ist hingegen weiterer Anpassungsdruck an erfolgreichere Verfahrensmodelle in anderen EU-Mitgliedstaaten zu prognostizieren.¹²²⁾ Das Beispiel der kollektiven Rechtsbehelfe zeigt, dass eine Teilharmonisierung den Wettbewerbs- und Anpassungsdruck zwischen den Mitgliedstaaten eher noch verschärft. Die Verfahrensrechte der EU-Mitgliedstaaten bewegen sich aufgrund der wachsenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts deutlich aufeinander zu — dies muss jedoch kein

117) KOM (2008) 864 endg., Rdn. 23 ff. Richtigerweise ist jedoch bereits nach geltendem Gemeinschaftsrecht davon auszugehen, dass nach Art. 18, 26, 59 EG ausländischen EG-Bürgern die Inanspruchnahme kollektiver Rechtsbehelfe nicht verwehrt werden darf, vgl. oben § 3 I bei Rdn.

118) KOM 2008 (864) endg., Rdn. 32 ff., verweist insbesondere auf den Ausbau bestehender Instrumente.

119) KOM 2008 (864) endg., Rdn. 48 ff.; insbesondere Rdn. 53-59.

120) Dazu *Hess*, Zum aktuellen Stand der Prozessrechtsangleichung, in: Casper et. (Hrg.), Auf dem Weg zur Europäischen Sammelklage (2009), S. 13.

121) Dazu *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2009), § 11, II, Rdn. 37 ff.

122) Zusätzlicher Anpassungsdruck resultiert aus den „optionalen“ Gemeinschaftsrechtsakten, die im Vergleich zu den nationalen Prozessrechten durchaus attraktive Alternativen vorhalten (so beispielsweise das effektivere einstufige Mahnverfahren der VO 1896/2006/EG).

Nachteil sein, sofern der Verlust lieb gewordener, nationaler Tradition durch eine Effektivierung und Modernisierung des Prozessrechts aufgewogen wird. Dies zeigt das Beispiel der Enforcement Richtlinie. Umgekehrt ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, sich rechtzeitig und vernehmbar in die neuen Rechtsetzungsverfahren in Brüssel einzubringen, um zu verhindern, dass vorschnell vermeintlich moderne Rechtsimplantate in die nationalen Verfahrensrechte transponiert werden, ohne dass ein Mehrwert erkennbar wird.¹²³⁾ Rechtsvergleichung ist heute kein universitäres „Bildungserlebnis“ mehr, sondern ein notwendiges „Werkzeug“ sowohl europäischer wie auch nationaler Gesetzgebung.¹²⁴⁾ Die Prozessrechtswissenschaft im Europäischen Justizraum steht momentan vor einer neuen großen, rechtspolitischen Herausforderung und Bewährungsprobe.¹²⁵⁾

123) Die „Vorbereitung“ des Grünbuchs über Schadensklagen im Kartellrecht durch eine anglo-amerikanische Anwaltskanzlei zeigt die Gefahren einer unzureichenden, wissenschaftlichen Vorbereitung von Rechtssetzungsvorschlägen der EG-Kommission.

124) Koch, ZEuP 2007, 735, 752 f.

125) Stürner, FS Lüke (1997), S. 829, 843 f.