

Berlin, im Juni 2003  
Stellungnahme Nr. 35/2003

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Zivilverfahrensausschuss  
unter Beteiligung des Verkehrsrechtsausschusses**

**zum  
Entwurf der Bundesregierung  
für ein Gesetz  
zur Modernisierung der Justiz  
(Justizmodernisierungsgesetz–JuMoG)**

Mitglieder des Zivilverfahrensausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Bernd Hirtz (Vorsitzender+Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Jochen Bühling  
Rechtsanwalt Curt Engels  
Rechtsanwalt Dr. Hans C. Lühn  
Rechtsanwalt Dr. Carsten A. Salger  
Rechtsanwalt Dr. Volkert Vorwerk  
Rechtsanwältin Gabriela Wiesener-Heuschneider

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Vorsitzender des Verkehrsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt u. Notar Eckhard Höfle

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Philipp Wendt

**Verteiler:**

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzender des FORUMs Junge Anwaltschaft
- Deutscher Richterbund
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der Berufsverband der deutschen Rechtsanwälte. Er vertritt die Interessen der Deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## I.

### **Gegenstand dieser Stellungnahme**

Der Zivilverfahrensausschuss im DAV befasst sich ausschließlich mit den zivilverfahrensrechtlichen Vorschlägen des Regierungsentwurfs, also den vorgeschlagenen Änderungen der ZPO sowie des Rechtspflegergesetzes.

Die vorgeschlagenen Änderungen der ZPO werden, soweit es sich nicht um die Beseitigung handwerklicher Fehler der letzten Reformgesetze handelt, abgelehnt. Nach der im wesentlichen zum 01.01.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform hat die Umsetzung in die Praxis soeben erst begonnen. Das BMJ hat die Reform des Zivilprozessrechts als eines der großen Gesetzgebungsvorhaben der letzten Legislaturperiode bezeichnet und darauf hingewiesen, dass es nun gelte, die Auswirkungen der Reform auf die gerichtliche Praxis zu untersuchen, um zu gesicherten empirischen Erkenntnissen über die Umsetzung der Reform zu gelangen. Zu diesem Zweck hat das BMJ in Zusammenarbeit mit den Ländern ein Evaluationsprogramm entworfen, welches Untersuchungsthemen und -methoden festlegt. Das BMJ beabsichtigt, die Durchsetzung der Evaluation zur ZPO-Reform von einem Beirat begleiten zu lassen, dem neben Vertretern der Länder auch Vertreter juristischer Berufsverbände angehören sollen. Diese Evaluationsphase beginnt. Erst jetzt können erste Erfahrungen in der Praxis zu den Fragen gesammelt werden, ob die beabsichtigte Stärkung erster Instanz eingetreten und wie sich die Umgestaltung der Berufungsinstanz bewährt. Diese Evaluationsphase muss ohne weitere Eingriffe in die Zivilprozessordnung abgeschlossen werden.

Die vorgesehenen Änderungen des Rechtspflegergesetzes werden abgelehnt. Das geschieht nicht, weil in allen Fällen die geplante Übertragung von bisher dem Richter zugewiesenen Aufgaben auf den Rechtspfleger für unververtretbar gehalten würde. Der tragende Grund für die Ablehnung ist der Umstand, dass die Landesregierungen ermächtigt werden sollen, durch Rechtsverordnung bestimmte Richtervorhalte ganz oder teilweise aufzuheben. Die damit verbundene Gefahr einer Zersplitterung des Verfahrensrechts innerhalb Deutschlands ist anachronistisch, zumal gleichzeitig auf europäischer Ebene intensive Bemühungen um eine Vereinheitlichung von Verfahrensabläufen unternommen werden.

## II.

### **Für eine Atempause im Bereich der ZPO**

#### 1.

Die jetzt im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderungen der ZPO sollen das Ziel verfolgen, den Zivilprozess zu vereinfachen und effektiver zu gestalten. Mit demselben Ziel ist das ZPO-Reformgesetz vom 27.07.2001 begründet worden. Die Evaluation dieses Gesetzes steht erst am Anfang. In allen Erläuterungswerken zum ZPO-Reformgesetz wird auf die besonderen Schwierigkeiten in der Umstellungsphase hingewiesen. Wissenschaftler und Praktiker sind sich darüber einig, dass zuverlässige Erfahrungen mit der ZPO-Reform zur Zeit fehlen. Soweit Regionalberichte vorliegen, werden erhebliche Unterschiede in der Anwendung der neuen Vorschriften deutlich. Es ist deshalb richtig, dass das BMJ ein Evaluationsprogramm entwickelt hat, um die Auswirkungen der Reform auf die gerichtliche Praxis einschätzen zu können. Der 65. Deutsche Juristentag 2004 in Bonn will in der ersten Abteilung Verfahrensrecht eine erste Wirkungskontrolle der ZPO-Reform versuchen. Unsere Rechtskultur – in der besonderen Ausprägung der Gesetzgebungskultur – würde nachhaltig beschädigt, würde die ZPO in dieser Übergangsphase abermals umgestaltet.

Änderungen der ZPO, die über die bloße Beseitigung handwerklicher Fehler, die bei der ZPO-Reform unterlaufen sind, hinausgingen, sind daher abzulehnen.

2.

Erst recht abzulehnen sind Versuche etwa des Landes Hessen (Gesetzesantrag vom 10.12.2002 Bundesratsdrucksache 911/02) oder der Fraktion der CDU/CSU (Gesetzesentwurf vom 20.05.2003), die mit der ZPO-Reform eingeführte Dokumentationspflicht für richterliche Hinweise und/oder das obligatorische Güteverfahren wieder aufzuheben, um die Justiz von solchen Lästigkeiten zu befreien.

Die Zivilprozessrechtsreform hatte das Ziel, die erste Instanz so zu stärken, dass dort in der Regel die Erledigung des Streitverhältnisses erfolgen kann. In den Stellungnahmen von Wissenschaft und Praxis zur ZPO-Reform war darauf hingewiesen worden, dass der Reformansatz nur wenig geeignete Vorschläge zur Stärkung der ersten Instanz enthielt. Die beiden wesentlichen Vorschläge waren insoweit der obligatorische Güteversuch einerseits und die Ausdehnung der Hinweis- und Aufklärungspflichten **mit** Dokumentationspflicht andererseits.

Nur unter diesen Voraussetzungen konnte überhaupt die Einschränkung der Berufungsmöglichkeiten durch weitgehende Tatsachenbindung an erstinstanzliche Feststellungen hingenommen werden. Das gilt insbesondere für die Dokumentationspflicht bezüglich richterlicher Hinweise. Wenn Hinweise erteilt werden, um in erster Instanz die Sache wirklich vollständig zu klären, dann ist die Dokumentation solcher Hinweise keine wirkliche Mehrarbeit. Wenn es demgegenüber jetzt heißt, die Arbeit der Richter wäre durch die Dokumentationspflicht erschwert und deshalb müsse die Dokumentationspflicht abgeschafft werden, führt dies unmittelbar in die Zeit vor Inkrafttreten des ZPO-RG, in der nämlich insbesondere gerügt worden ist, dass das Verfahrensrecht

Überraschungsentscheidungen ermöglicht und die Hinweispflicht zu einer bloßen Förmerei verkommt. Tatbestandsberichtigungsanträge gegenüber Feststellungen in Urteilen über erteilte Hinweise scheitern regelmäßig, weil sich der Richter quasi einer Fehlbeurkundung bezichtigen lassen müsste, würde er auf einen Tatbestandsberichtigungsantrag einräumen müssen, Hinweise nicht in dieser Form gegeben zu haben. Die Dokumentation der Hinweise ist daher zugleich Teil der Gewissheit, dass effektiv rechtliches Gehör gewährt worden ist. Das Verfahrensrecht vor Inkrafttreten des ZPO-RG hat das Ungleichgewicht, das bei fehlender Dokumentationspflicht auftritt, durch die Möglichkeit neuen Tatsachenvortrags in der zweiten Instanz kompensiert. Diese Möglichkeit der Kompensation ist durch § 531 ZPO n. F. entfallen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Rechtsstaatsgebot fordern demnach die Dokumentationspflicht strikt beizubehalten, solange den Parteien die Möglichkeit genommen wird, auf nur in den Urteilen dokumentierten Hinweisen mit neuem Tatsachenvortrag in der zweiten Instanz zu reagieren.

Im Übrigen ist das für die Abschaffung der Dokumentationspflicht vorgebrachte Argument nur vorgeschoben. Der Arbeitsaufwand liegt im Durchdringen der Sache und in der Vorbereitung der richtigen Hinweise. Er liegt nicht in den Mühen der Dokumentation. Wer sich gegen die Dokumentationspflicht wendet, wendet sich also in Wahrheit gegen die Hinweispflicht, da nur über fehlende Hinweise und die mit der Dokumentationspflicht verbundene Nachweissituation alsdann in der Berufungsinstanz wegen fehlerhafter Sachbehandlung die zweite Tatsacheninstanz eröffnet wird.

Die erweiterte Hinweispflicht (mit Dokumentationszwang) ist auch Korrektiv für den fehlenden Gedankenaustausch innerhalb eines Kollegiums (obligatorischer Einzelrichter). Wer gezwungen ist, seine Hinweise zu formulieren, tritt immerhin mit sich selbst in einen Dialog.

Zur Frage des obligatorischen Gütetermins ist es sicher richtig, dass nicht alle Streitverhältnisse dazu geeignet sind, dass vor Beginn der ersten mündlichen

Verhandlung bereits ein Gütetermin stattfindet. Die bisherigen – allzu knappen – Erfahrungen zeigen aber, dass die Praxis mit § 278 Abs. 2 ZPO zurecht kommt. Eine erkennbar aussichtslose Güteverhandlung muss nicht bestimmt werden. Erfahrungen insbesondere innerhalb großer Amtsgerichte zeigen bereits jetzt, dass die Richter, die tatsächlich regelmäßig entsprechende Güteverhandlungen nach Vorbereitung durchführen, eine deutlich höhere Vergleichsquote haben, die zu einer besonderen Entlastung führt, weil der Prozess noch „jung“ ist. Es kann durchaus sein, dass die frühe Güteverhandlung „ritualisiert“ werden muss, um erfolgreich zu sein. Die Evaluation wird hier Ergebnisse zeigen.

3.

Die Rechtspflege ist in besonderer Weise auf Rechtssicherheit angewiesen. Zur Rechtssicherheit gehört ein vorhersehbares Verfahrensrecht. Unter diesem Blickwinkel müssen weitere Eingriffe in das Prozessrecht äußerst zurückhaltend erfolgen.

### III.

#### **Zu den vorgeschlagenen Änderungen der ZPO**

1. § 47 Abs. 2 ZPO –E

Die Vorschrift soll zur Vermeidung einer Vertagung des Termins die Fortsetzung einer Verhandlung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters bis zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch erlauben. Sie soll damit missbräuchlichen Ablehnungsgesuchen vorbeugen, indem ein Verzögerungseffekt des Ablehnungsgesuchs vermieden wird.

Die vorgeschlagene Regelung ist in jeder Hinsicht abzulehnen. Missbräuchliche Ablehnungsgesuche sind im Zivilprozess praktisch unbekannt. Es gibt keine

Erfahrung des Inhalts, dass durch missbräuchliche Ablehnungsgesuche Verzögerungen provoziert werden. Die vorgeschlagene Regelung ist auch nicht in der Lage, solche Verzögerungen zu vermeiden. Denn der Richter soll lediglich befugt sein, den Termin fortzuführen. Zu Entscheidungen (Beschlüssen und Urteilen) ermächtigt § 47 Abs. 2 ZPO-E den Richter nicht. Es bliebe also als Anwendungsbereich etwa eine begonnene Beweisaufnahme, innerhalb derer ein Ablehnungsgesuch gestellt wird, weil der Richter Nähe zu einem Zeugen erkennen lässt. Bei einer solchen Situation ist es aber untunlich, dass die Beweisaufnahme durch den Richter fortgesetzt werden kann. Selbst wenn nach festgestellter Begründetheit des Ablehnungsgesuchs dieser „Teil der Verhandlung“ durch einen anderen Richter fortgesetzt wird, sind die Zeugen durch die frühere Vernehmung und eine durch die Befangenheit des Richters geprägte Protokollierung in ihrer Aussage festgelegt. Die bloße Befangenheit des Richters wird nicht zur Korrektur von Zeugenaussagen führen. Die vorgeschlagene Regelung ist eine Gefahr für die Prozesshygiene.

## 2. § 91 Abs. 4 ZPO-E

Der Vorschlag entscheidet durch Gesetz eine praktische Streitfrage. Zu den Kosten des Rechtsstreits sollen jetzt auch die Kosten gehören, die die obsiegende Partei der unterlegenen Partei im Verlaufe des Rechtsstreits gezahlt hat. Der Begründungsansatz des RegE ist zutreffend. Grundsätzlich kann dieser Regelung zugestimmt werden. Sie rechtfertigt aber zur Zeit ein ZPO-Änderungsgesetz nicht.

In der Praxis kann es zum Streit kommen, ob die Kosten im Laufe des Rechtsstreits gezahlt wurden. Es ist daher zu erwägen, die Erstattungspflicht auf solche Kosten zu beschränken, deren Zahlung urkundlich belegt werden kann. Sind über Urkundenbeweise hinaus Beweiserhebungen erforderlich, muss es bei der Regelung des § 717 ZPO verbleiben, da diese Beweiserhebung dem Erkenntnisrichter vorbehalten bleiben muss. Zur Kompensation mag daran gedacht werden, die Widerklage aus § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO als nicht streitwerterhöhend anzusehen, weil wirtschaftlich um denselben Streitgegenstand gestritten wird.

### 3. § 91 a ZPO-E

Wenn der Beklagte auf eine zugestellte Erledigungserklärung nicht innerhalb einer Notfrist von 2 Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes reagiert, wird sein Einverständnis fingiert, wenn er zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist. Der RegE verweist auf eine entsprechende Regelung, die in § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO durch die ZPO-Reform eingeführt wurde. Die Interessenlage ist indessen nicht identisch. Bei zurückgenommener Klage hat der Beklagte kaum je eine Kostenbelastung zu befürchten. Dies kann bei Erledigungserklärung durchaus anders sein. Daher besteht die Gefahr der Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Das gilt um so mehr, als die Frist als „Notfrist“ im Sinne der Gewährung rechtlichen Gehörs mit der Wiedereinsetzungsmöglichkeit bei unverschuldeter Versäumung gestaltet ist, dieser Charakter der Notfrist aber insbesondere bei § 269 ZPO zu einer gefährlichen Situation für den Kläger führt (vgl. Vorwerk/Schrader, Das Prozessformularbuch, 7. Aufl., Kapitel 32 RZ 14 b). Nimmt der Kläger nach Verkündung und Zustellung des erst- oder zweitinstanzlichen Urteils die Klage zurück und legt er –weil vor Ablauf der Rechtsmittelfrist (beim Versäumnisurteil: Einspruchsfrist) oder auch Rechtsmittelbegründungsfrist die Notfrist des § 269 Abs. 2 Satz 3 ZPO abgelaufen ist, ohne dass der Beklagte der Klagerücknahme widersprochen hat- kein Rechtsmittel ein oder begründet er das Rechtsmittel nicht, besteht die Gefahr, dass das ergangene Urteil trotz der Regelung in § 269 Abs. 3 Halbsatz 2 ZPO rechtskräftig wird. Denn die Versäumung der Notfrist unterliegt der Wiedereinsetzung. Verweigert der Beklagte mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung die Einwilligung in die Rücknahme der Klage und wird ihm Wiedereinsetzung gewährt, wird das ergangene Urteil, weil die Rechtsmittel- oder Rechtsmittelbegründungsfrist abgelaufen ist, „nachträglich“ rechtskräftig; im Falle der abgelaufenen Begründungsfrist deshalb, weil das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden muss. Um diese Folge zu verhindern, muss die Frist zum Widerspruch als Ausschlussfrist ausgestaltet werden.

Die für § 91 a) Abs. 1 ZPO-E als Muster herangezogene Vorschrift des § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO ist also nicht unproblematisch. Daher ist die Neuregelung – ohne weitere Evaluation – abzulehnen.

#### 4. § 159 ZPO-E

Die vorgesehene Änderung soll klarstellen, dass die Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zur Aufnahme des Protokolls nur noch fakultativ erfolgt. Mit der bisherigen Fassung von § 159 ZPO hat die Praxis keine Probleme. Da schon jetzt der Vorsitzende von der Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle absehen kann, besteht kein wirklicher Reformbedarf. Aus der derzeitigen Fassung der Vorschrift wird allerdings der Schluss gezogen, dass die Justizverwaltung die Amtspflicht hat, dem Gericht einen Protokollführer bereitzustellen. Diese Amtspflicht soll nunmehr entfallen. Darüber hinaus würden solche Fälle, in denen ein Urkundsbeamter der Geschäftsstelle nicht zur Protokollierung zugezogen wird, Zweifel eröffnen, ob der Richter in diesen Fällen auch die Aufgaben des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle übernimmt. Diese Zweifel können sich gerade in Amtsgerichtsprozessen zu Lasten der Parteien auswirken, weil nunmehr in der mündlichen Verhandlung nicht mehr Erklärungen abgegeben werden könnten, für die das Verfahrensrecht lediglich die Abgabe zu Protokoll der Geschäftsstelle vorsieht (vgl. §§ 44, 91 a, 117, 129 Abs. 2, 248, 496 ZPO; vgl. dazu auch Zöller/Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 15 RZ 11 sowie zu diesem Problem Vorwerk/Vorwerk, a. a. O., Kapitel 15 RZ 10 und 11). Die Regelung wird abgelehnt.

#### 5. § 181 ZPO-E

Mit der Änderung soll klargestellt werden, dass die Zustellung durch Niederlegung auch dann auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts erfolgen kann, in dessen Bezirk der Ort der Zustellung liegt, wenn die Post mit der Ausführung der Zustellung

beauftragt wurde. Diese Möglichkeit bestand vor Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes vom 25.06.2001 bereits. Es handelt sich um die Beseitigung eines handwerklichen Fehlers. Der Regelung kann zugestimmt werden.

#### 6. § 234 Abs. 1 ZPO-E

Der Vorschlag verlängert die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung und für die Nachholung der versäumten Prozesshandlung von zwei Wochen auf einen Monat nach Wegfall des Hindernisses, sofern die Partei verhindert war, eine Rechtsmittelbegründungsfrist einzuhalten. Dem RegE ist zuzugeben, dass ein entsprechender Regelungsbedarf besteht. Er wird aber durch den Entwurfstext nur unvollkommen umgesetzt. Im einzelnen:

##### a)

Die Wiedereinsetzung bei Rechtsmittelfristen bzw. Rechtsmittelbegründungsfristen ist erst nach der ZPO-Reform in diesem Bereich problematisch geworden. Vor der ZPO-Reform begann die Rechtsmittelbegründungsfrist mit der Einlegung des Rechtsmittels zu laufen. Wenn für das Rechtsmittel um Wiedereinsetzung gebeten worden war und diese Wiedereinsetzung gewährt wurde, wurde das Rechtsmittel eingelegt, so dass sich keine Besonderheiten bezüglich des Laufs der Rechtsmittelbegründungsfrist ergeben konnten. Lagen die Hindernisse im Bereich der Rechtsmittelbegründungsfrist selbst, konnte der Vorsitzende diese Frist auch ohne Zustimmung des Gegners verlängern.

Die ZPO-Reform knüpft hingegen den Lauf der Rechtsmittelbegründungsfrist an die Zustellung der angefochtenen Entscheidung. Außerdem ist nur noch – ohne Zustimmung des Gegners – eine einmalige Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist möglich.

Dadurch ergeben sich neuerdings die Probleme der Wiedereinsetzung bei Rechtsmitteln. Derjenige, der ohne sein Verschulden verhindert war,

Rechtsmittelfristen zu wahren, gerät nach der bisherigen Fassung von § 234 Abs. 1 ZPO in eine Fristnot hinsichtlich der Rechtsmittelbegründungsfrist. Entweder ist diese bereits abgelaufen oder sie kann nicht angemessen verlängert werden.

b)

Der Entwurf befasst sich ausschließlich mit der Versäumnis der Begründungsfrist. Dieselbe Problematik stellt sich indessen bei der Versäumung der Rechtsmittelfrist selbst. Der Entwurf ist insoweit Stückwerk.

c)

Der Entwurf führt auch in Fällen der Versäumnis der Rechtsmittelbegründungsfrist nicht zur gebotenen Gleichbehandlung mit der Partei, die nicht auf Wiedereinsetzung angewiesen ist. Denn für die auf Wiedereinsetzung angewiesene Partei läuft lediglich die nicht verlängerbare Monatsfrist, nicht aber die nach dem Gesetz ansonsten vorgesehene Begründungsfrist mit ihren Verlängerungsmöglichkeiten.

d)

Der Entwurf berücksichtigt ferner nicht ein Parallellaufen einer möglichen Rechtsbeschwerdefrist und Rechtsbeschwerdebegründungsfrist (§ 575 ZPO).

e)

Die vom RegE zutreffend erwähnten Probleme sind nur ein kleiner Teil der Probleme, die sich aus der Änderung der Rechtsmittelbegründungsfristen ergeben. Die Evaluation der ZPO-Reform wird weitere Probleme offen legen. Schon jetzt ist evident, dass der strikte Ausschluss einer zweiten Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfristen nicht nur im Falle der Revision sondern auch im Falle einer Berufung zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führt.

Nicht nur im Falle der Revision sondern auch im Falle der Berufung häufen sich die Fälle, in denen das Rechtsmittelgericht noch nicht über die Prozessakten verfügt, die

Rechtsmittelbegründungsfrist aber mangels Einverständnisses der Gegenseite nicht mehr verlängert werden darf. Auch sonstige gewichtige Gründe für eine weitere Rechtsmittelbegründungsfristverlängerung, die für sich gesehen auch die Wiedereinsetzung rechtfertigen würden, können wegen des strikten Wortlautes der entsprechenden Vorschriften „eigentlich“ eine Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist nicht rechtfertigen. Die gutwillige Praxis behilft sich damit, dass bei solchen Fallkonstellationen das fehlende Einverständnis der Gegenseite rechtsmissbräuchlich sei, so dass ein Einverständnis fingiert werden müsse. Andere halten sich an den Wortlaut der Vorschriften und verlängern die Rechtsmittelbegründungsfristen ein zweites und drittes Mal durch Beschluss, weil die Gesetzesfassung nur dem Vorsitzenden eine solche Verlängerung ohne Zustimmung der Gegenseite verbiete.

Zu ähnlichen Unzuträglichkeiten führt der Umstand, dass die Anschlussberufungs- und Anschlussberufungsbegründungsfrist insgesamt nur einen Monat beträgt, nicht verlängerbar ist und in vielen Fällen abläuft, bevor der Berufungsbeklagte wegen des Geschäftsgangs im Berufungsgericht die Gerichtsakten auch nur einsehen konnte. Der Ablauf der Anschlussberufungsfrist weit vor Ablauf einer etwaigen Stellungnahmefrist zur Berufungsbegründung und weit vor erstmaliger Entscheidungsfindung durch das Berufungsgericht dient niemandem und schadet der Rechtskultur. Aus den vorgetragenen Gründen wird die Regelung abgelehnt.

Der DAV empfiehlt daher dringend, zum alten System der Rechtsmittelbegründungsfristen (unter Einschluss der Anschlussberufung) zurückzukehren.

## 7. § 269 ZPO-E

Es wird vorgeschlagen, die Kostentragungspflicht bei Wegfall des Anlasses zur Klageerhebung vor Rechtshängigkeit nunmehr auch dann unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen des Gerichts zu

bestimmen, wenn der Kläger die Klage nicht unverzüglich nach Wegfall des Klageerhebungsanlasses zurücknimmt, weil ansonsten bei nicht unverzüglicher Klagerücknahme keine prozessökonomische Erledigung der Sache möglich ist. Dieser Begründungsansatz des Entwurfs ist zutreffend.

In der bisherigen Praxis zur Klagerücknahme wegen eines erledigenden Ereignisses vor Zustellung hat sich das Problem ergeben, ob eine Kostenentscheidung auch dann möglich ist, wenn die Klage nicht zugestellt wird. Zahlreiche Stimmen in Wissenschaft und Praxis meinen, dass eine Kostenentscheidung nur möglich ist, wenn bereits ein Prozessrechtsverhältnis entstanden, also die Klage zugestellt ist (vgl. die Übersicht bei Deckenbrock/Dötsch, Der Prozessrechtsberater, 2003, Seite 152). Insoweit ist eine Klarstellung in dem Sinne geboten, dass eine Zustellung der Klage für die entsprechende Kostenentscheidung nicht erforderlich ist.

Zu dem weiteren Problem, dass sich aus der Gestaltung der Fristen § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO als „Notfrist“ ergibt, ist bereits vorstehend zu § 91 a) ZPO-E hingewiesen.

#### 8. § 284 ZPO-E

Der Entwurf will dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, im Einvernehmen beider Parteien von den Strengbeweisregeln abzusehen, um Verfahrensabläufe zu vereinfachen und den Prozess zu beschleunigen. Die Begründung des Entwurfs nennt ein Beispiel: Wenn in der Erörterung über das Ergebnis der Beweisaufnahme weiterer Beweiserhebungsbedarf entstehe, könne die sofortige telefonische Befragung eines Zeugen oder Sachverständigen möglicherweise einen erneuten Verhandlungstermin entbehrlich machen. Auch die E-Mail-Befragung eines Zeugen oder Sachverständigen könne schnell und effizient sein.

Die aktuelle Rechtslage beschränkt die Beweisaufnahme grundsätzlich auf die Beweisart des Strengbeweises. Das macht Beweisführung im Zivilprozess kalkulierbar. Die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sind ein hohes Gut. Die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG zur Heilung von Verfahrensmängeln (§ 295 Abs. 1 ZPO) hat immer wieder darauf hingewiesen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verzichtbar ist. In dieses ausgewogene System greift der Reformvorschlag in massiver Weise ein. Der Vorschlag ist abzulehnen.

Im Einzelnen:

a)

Nur die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme schafft die geeignete Grundlage für die Beweiswürdigung des Richters, weil regelmäßig nur derjenige am besten über den Wert und Erfolg eines Beweises zu urteilen vermag, der bei der Beweiserhebung anwesend ist, also dem Zeugen, dem Sachverständigen oder die zu vernehmende Partei hören und fragen kann, Einsicht in die vorgelegte Urkunde nimmt oder das Augenscheinsobjekt bewertet.

Gerade das Beispiel in der Begründung des RegE zeigt, welche Irrwege eine Beweisaufnahme gehen kann, die sich auf einen Telefonanruf beschränkt. Ist der Anruf lästig, kann bloßer Hinweis darauf, man habe die Unterlagen nicht zur Hand oder man habe Einzelheiten vergessen, ohne weiteres dazu führen, dass nicht weiter nachgeforscht wird. Die ansonsten dringend erforderlichen eindringlichen Belehrungen des Zeugen und die Möglichkeit des Zeugen, sich entsprechend vorzubereiten, entfallen. Geboten wird ein möglicherweise flinker Ausschnitt aus einem Wahrnehmungsbereich des Zeugen oder des Sachverständigen, der von diesem Zeugen oder Sachverständigen im Überraschungsmoment des Telefonanrufs zwanglos präsentiert werden kann. Mit der Ausschöpfung von Beweismitteln hat das nichts mehr zu tun.

b)

Die Parteiöffentlichkeit ist beim Freibeweis nicht herzustellen. Niemand außer dem Richter hört am Telefon, was gesagt und wie es gesagt worden ist. Nachfragen anderer Verfahrensbeteiligten unterbleiben. Die Dokumentation von Freibeweisen muss lückenhaft bleiben.

c)

Die bisherigen Förmlichkeiten bei der Beweiserhebung im Strengbeweis sichern zudem, dass dem Zeugen seine Wahrheitspflicht durch die Umstände, unter denen er seine Aussagen zu tätigen hat, deutlich wird. Die Förmlichkeiten geben demnach Gewähr auch für die materielle Richtigkeit der Aussage; dies ist nicht mehr gewährleistet, wenn der Zeuge – etwa noch per Handy – im Schwimmbad, auf der Straße oder im Lokal auf beweiserhebliche Umstände angesprochen wird. Zudem bieten die Umstände, unter denen Beweise im Rahmen des Freibeweises (E-Mail, Telefon) erhoben werden können, keinerlei Möglichkeiten den Zeugen als denjenigen wiederzuerkennen, der die Aussage getroffen hat; die Strafsanktionen in den §§ 153 ff. StGB gehen ins Leere, weil nicht einmal mehr die Prozessbeteiligten erklären können, dass es „der Angeklagte war, der die Aussage getätigt hat“.

d)

Die materiellrechtlichen Beweislastregeln greifen erst ein, wenn mit den bisherigen Mitteln des Strengbeweises der Beweis nicht zu führen ist. Der materielle Gerechtigkeitsgehalt der Beweislastregeln wird unmittelbar durch die Einführung eines unkalkulierbaren Freibeweises berührt. Die Möglichkeit des Freibeweises kann im Ergebnis zu einer Beweiserleichterung für die beweisbelastete Partei führen.

e)

Die Formulierung von § 284 ZPO-E geht - von allem anderen abgesehen - viel zu weit.

Der Wortlaut ist unklar. Was bedeutet „im Einverständnis mit den Parteien“? Soll

solches Einverständnis pauschal zu Beginn des Prozesses für die gesamte Beweisaufnahme erteilt werden oder ist es erforderlich, dass sich das Einverständnis auf ein bestimmtes Beweisthema und ein bestimmtes Beweismittel begrenzt. Nur in einer solchen Form, die im Wortlaut des Entwurfs nicht zum Ausdruck kommt, könnte überhaupt über eine Lockerung der Strengbeweisregeln nachgedacht werden.

Ebenso unklar ist die Formulierung, der Richter könne „die Beweise in der ihm geeignet erscheinenden Art aufnehmen“. Ist der Richter damit auch nicht mehr an die Beweisanträge der Parteien mit entsprechenden Beweismitteln gebunden? Bestimmt das Gericht, welche Beweismittel herangezogen werden? Kann es Beweisanträge der Partei unberücksichtigt lassen?

Das Einverständnis soll nur bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage widerruflich sein. Wer bestimmt, wann eine wesentliche Änderung der Prozesslage eingetreten ist? Wenn der Freibeweis für den Beweisführer nicht zum Ergebnis führt, weil der Zeuge sich nicht erinnern wollte, besteht dann Anspruch darauf, den Zeugen doch unmittelbar und persönlich anzuhören? In welche Lage soll der Prozess zurückversetzt werden?

Die im Entwurf vorgesehene Einführung des Freibeweises in den Zivilprozess per Blankoscheck der Parteien ist verfehlt und abzulehnen.

## 9. § 310 ZPO-E

Bei Entscheidung über die Verwerfung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil durch Urteil soll die Verkündung durch die Zustellung des Urteils ersetzt werden. So soll die Anberaumung eines Verkündungstermins erspart werden. Gegen diesen Regelungsvorschlag an sich bestehen keine Bedenken. Er kann allerdings die Reformbedürftigkeit der ZPO in ihrer heutigen Fassung nicht begründen.

Der DAV sieht in diesem Vorschlag abermals einen kleinen Mosaikstein zum Abbau der Öffentlichkeit in Zivilverfahren. Die Hinwendung zu immer mehr Schriftlichkeit in

den Verfahren führt nach den Beobachtungen der Anwaltschaft zu schwindender Akzeptanz der Gerichtsverfahren. Umgekehrt führt die Betonung der mündlichen Verhandlung und des Rechtsgesprächs – und sei es in einem obligatorischen ersten Gütetermin – dazu, dass die Parteien des Rechtsstreits die vermittelnde, entscheidende und ordnende Hand des Gerichts unmittelbar wahrnehmen und begreifen. In einigen Gerichtsbezirken wird neuerdings die Tendenz beobachtet, dass die Parteien Verkündungstermine vermehrt aufsuchen. Diese Chance der Akzeptanz richterlicher Tätigkeit darf nicht mit dem vordergründigen Argument der Straffung von Zeitabläufen beschädigt werden.

#### 10. § 320 Abs. 3 ZPO-E

Das Vorgesagte gilt hier entsprechend. Es erscheint indes sinnvoll und ausreichend, es der Initiative der Parteien zu überlassen, eine mündliche Verhandlung über einen Berichtigungsantrag herbeizuführen, so dass der Neuregelung, die ihrerseits Reformbedarf allerdings nicht begründen kann, zugestimmt werden kann.

#### 11. § 321 a) Abs. 5 ZPO-E

Nach einer begründeten Gehörsrüge soll der Prozess nach dem Entwurf nur in dem Umfang fortgeführt werden, „soweit die Rüge reicht“. Dieser Vorschlag wird – ohne sorgfältige Evaluation der erst durch das ZPO-Reformgesetz eingeführten Gehörsrüge – abgelehnt, und zwar aus folgenden Gründen:

##### a)

Bei Einführung von § 321 a) Satz 5 ZPO war in Wissenschaft und Praxis darauf hingewiesen worden, dass es im Zusammenhang mit der Gehörsrüge, die kein Rechtsmittel darstellt, kein Verbot der reformatio in peius gibt. Derjenige, der sich auf eine Gehörsrüge berufen will, muss daher gewärtigen, dass auch Argumente der Gegenseite, mit denen sich das Gericht bislang nicht auseinander gesetzt hat, gehört werden müssen. Nur dies entspricht den Grundsätzen des fairen Verfahrens. So wird zugleich eine Filterwirkung in Bezug auf unbegründete Gehörsrügen erzeugt.

Diese wesentlichen Erwägungen werden durch den jetzt vorliegenden Änderungsentwurf missachtet.

b)

Der Entwurf meint, dem Gegner der Rügepartei dürfe keine ungerechtfertigte „zweite Chance“ durch die erfolgreiche Gehörsrüge der Gegenseite gewährt werden. Dieser Erwägung fehlt jede innere Begründung. Warum soll der schlechter gestellt werden, der eine durchaus mögliche Gehörsrüge unterlassen hat, weil er mit dem bisher gefundenen Ergebnis leben konnte oder wollte (vgl. das Institut der Anschlussberufung)?

c)

Der Änderungsvorschlag missachtet verfassungsrechtliche Vorgaben. Das BVerfG hat in allen Fällen, in denen eine zivilrichterliche Entscheidung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben wurde, den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung an das Zivilgericht zurückgegeben. Einschränkungen auf den Bereich der Gehörsrüge gibt es nicht.

Es gibt keine Veranlassung, dass eine in das Verfahrensrecht eingearbeitete Gehörsrüge von diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben abweicht.

d)

Es ist eine Fehlvorstellung des Entwurfs, im Falle einer Gehörsrüge müsse es um logisch abtrennbare Positionen gehen. Die Einschränkung „soweit die Rüge reicht“ wird zu unfruchtbarem Streit über die Auswirkungen der Gehörsrüge führen. Sinnvoller wäre richterliche Arbeitskraft mit einer Entscheidung in der Sache befasst, nachdem eine Gehörsrüge Erfolg hatte.

Die bisherige Praxis mit der Gehörsrüge hat viele weitere Streitfragen aufgeworfen. Zu den prominentesten gehört die Frage, ob außerordentliche Rechtsbehelfe wegen Gehörsverletzung noch gegeben sind. Die ersten Erfahrungen der Praxis mit der

Gehörsrüge lassen das Entstehen weiterer Streitfragen erwarten. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil die vorgeschlagene Ergänzung nicht die Probleme löst, die bei teilweise Obsiegen und teilweise Unterliegen auftreten und nur einer Partei den Weg über § 321 a ZPO eröffnet, während die andere Partei Berufung einzulegen hat (vgl. hierzu Vorwerk/Fullenkamp/Kuhlmann, a. a. O., Kapitel 40 RZ 24 f.). Gerade hier ist die Evaluationsphase abzuwarten.

## 12. § 374 ZPO-E

Der Entwurf will die Vernehmung eines Zeugen durch die Verwertung der Niederschrift über seine rechtliche Vernehmung in einem anderen Verfahren ersetzen, wenn dies zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Prozessgericht zweckmäßig erscheint und wenn von vornherein anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag.

Der Entwurf begründet den Zugriff auf Beweisaufnahmen und Beweisergebnisse anderer Verfahren mit spürbaren Effizienzgewinnen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Er konstatiert zur Zeit eine häufig unnötige und unergiebig doppelte Vernehmung eines Zeugen in verschiedenen Gerichtsverfahren.

Die vorgeschlagene Neuregelung ist abzulehnen, und zwar aus folgenden Gründen:

a)

Schon nach der bisherigen Rechtslage können Vernehmungsniederschriften aus anderen Verfahren als Urkunde in den Zivilprozess eingeführt werden. Nur dann, wenn eine Seite die erneute Vernehmung des Zeugen im Zivilprozess beantragt, ist die Verwertung dieser Urkunden als Beweis unzulässig. Die Praxis zeigt, dass vielfach über diesen Weg doppelte Beweisaufnahmen vermieden werden können.

Es geht also letztlich alleine darum, ob auch **gegen** den Willen der Parteien eine nochmalige Vernehmung der Zeugen unterbleiben kann, wenn der Richter dies nach dem eben eingeräumten Ermessen für zweckmäßig hält.

In Wahrheit verletzt § 374 ZPO-E nicht nur die bisherigen Grundregeln des Strengbeweisverfahrens, er führt zu einer nur vom richterlichen Ermessen abhängigen Abschaffung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme und zu einer Einschränkung rechtlichen Gehörs der betroffenen Parteien.

b)

Dabei ist schon die Annahme des Entwurfs, eine entsprechende Verwertung von Vernehmungsprotokollen führe zur Effizienzsteigerung der Justiz, falsch. Bisher konnten diese anderen Verfahren, insbesondere Ermittlungsverfahren oder Strafverfahren, unbelastet von zivilrechtlichen Erwägungen geführt werden. Ermittlungsverfahren und Strafverfahren werden aber besonders belastet, wenn die Vernehmung der dortigen Zeugen mit weitergehenden Überlegungen geführt werden muss. Zivilrechtliche Fragestellungen werden alsdann die Strafverfahren belasten. Soweit Verfahrensbeteiligte überhaupt die Möglichkeit haben, in diesen anderen Verfahren Protokollierungsanträge zu stellen, werden diese Anträge gestellt, um zivilrechtlich relevante Fragestellungen zu dokumentieren.

c)

Das Beweisziel von (insbesondere) Strafverfahren und Zivilverfahren ist ein völlig anderes. Im Zivilverfahren kann die mitverursachende Beteiligung des Geschädigten und/oder Dritter nie unberücksichtigt bleiben; im Strafverfahren kommt es oft darauf nicht an.

d)

Erschwert werden in Ermittlungs- und Strafverfahren auch verfahrensbeendende Absprachen zwischen Verteidigung und Gericht. Diese Absprachen führen zu kurzen Protokollen von wenigen Zeugenaussagen oder wenigen Einlassungen des

Beschuldigten oder Angeklagten. Wenn diese Protokollierung zivilrechtliche Folgewirkungen haben, werden entsprechende vereinfachende und abkürzende Absprachen in Strafverfahren zukünftig nicht mehr in demselben Maße möglich sein.

e)

Der geschädigten Partei selbst, die im Strafverfahren möglicherweise Zeuge ist, stehen im Strafverfahren in der Regel keine Fragerechte zu. Das kann die Befragung von Zeugen und Angeklagten im Strafverfahren in erheblicher Weise verengen. Auch daher ist die Verwendung von Niederschriften über die richterliche Vernehmung von Zeugen aus einem anderen Verfahren in der ZPO ein ungeeignetes Beweismittel, wenn dies gegen den Widerspruch einer Partei erfolgt.

f)

Richterliche und anwaltliche Erfahrung bestätigen die bisherige Rechtsprechung des BGH, wonach das Gericht nicht ohne weiteres davon ausgehen darf, dass die beantragte Vernehmung des Zeugen zu demselben Ergebnis führen wird wie der Urkundenbeweis über frühere Aussagen. Die Fokussierung des Zivilprozesses auf bestimmte Abläufe, die Vorfrage für die geltend gemachten Ansprüche oder Einwendungen und Einreden sind, führt zu einer ganz anderen Bewertung von Tatsachen, als es die hinsichtlich strafrechtlicher Normen ergebnisorientierte Befragung im Ermittlungs- oder Strafverfahren sein kann. Diese banalen Erfahrungssätze werden durch die Erkenntnis bestätigt, dass die gründliche Vernehmung von Zeugen im anschließenden Zivilprozess zu einem durchaus unterschiedlichen Beweisergebnis führt. Hier ist der materielle Gerechtigkeitsgehalt, der durch die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme gewährleistet werden soll, direkt berührt.

Mit bloßen Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten und dem Ermessen des Richters, der ja ohne Kenntnis der weiteren Befragungsmöglichkeiten ex ante entscheidet, lässt sich dies nicht bezweifeln.

g)

Der Entwurf lässt außerdem außer Acht, dass im Strafverfahren in der Regel nur ein Inhaltsprotokoll erstellt wird (§ 273 StPO). Wörtliche Aussageprotokolle fehlen. Ein bloßes Inhaltsprotokoll kann nach den verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Beweisvorschriften nicht ausreichend sein zur Feststellung streitigen Sachverhalts.

h)

Sinngemäß dasselbe gilt gemäß § 402 ZPO für die Wertungsbefugnis für die Niederschriften über die richterliche Vernehmung eines Sachverständigen in einem anderen gerichtlichen Verfahren.

### 13. § 411 a) ZPO-E

Der Entwurf will die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch die Verwertung eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen gerichtlichen Verfahren ersetzen.

Der zugrunde liegende Reformansatz, die mehrfache Einholung identischer Sachverständigengutachten zu vermeiden, ist durchaus akzeptabel. Die vorgeschlagene Formulierung von § 411 a) ZPO-E geht aber deutlich zu weit.

Nur dann, wenn die Beweisthemen deckungsgleich sind, kann die schriftliche Begutachtung durch die Verwertung eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden. Die Identität des Beweisthemas muss Voraussetzung sein.

Das Recht der Parteien, dem Sachverständigen Fragen zu stellen oder die Einholung eines weiteren Gutachtens zu beantragen, darf durch die vorgesehene Ermessensentscheidung nicht verkürzt werden.

Denkbar ist folgende Regelung:

Bei Identität der Beweisthemen kann die eigentlich erforderliche schriftliche Begutachtung durch die Verwertung eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden. Das Gericht muss die Parteien rechtzeitig darauf hinweisen, welches Gutachten zu welchem Beweisthema in welchem Umfang verwertet werden soll. Es muss sicherstellen, dass den Prozessparteien dieses Gutachten vorliegt. § 411 Abs. 3 und 4 sowie § 412 ZPO bleiben unberührt.

#### 14. § 415 a) ZPO-E

Der Entwurf will die zivilprozessuale Beweiskraft des rechtskräftigen Urteils in einem Straf- oder Bußgeldverfahren erhöhen. § 415 a) Abs. 1 ZPO-E soll eine grundsätzliche Bindung des Zivilrichters an rechtskräftige Erkenntnisse des Gerichts in einem Straf- oder Bußgeldverfahren bewirken. Durch Abs. 2 wird einer Prozesspartei die Möglichkeit eröffnet, durch begründeten Antrag eine erneute Sachverhaltsfeststellung im Wege der Beweisaufnahme herbei zu führen. Ein solcher Antrag soll – in Parallele zu § 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO – voraussetzen, dass die Partei konkrete Anhaltspunkte bezeichnet, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im Sinne des Abs. 1 begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.

Die vorgeschlagene Neuregelung ist einschließlich aller Erwägungen, die zu ihrer Begründung angestellt werden, verfehlt und aus folgenden Gründen abzulehnen:

##### a)

Das ZPO-Reformgesetz wollte die erste Instanz stärken. Die Bindung an Beweisergebnisse in anderen Verfahren und insbesondere an das Ergebnis eines Strafurteils schwächt die erste Instanz des Zivilprozesses, weil nicht mehr im Zivilprozess unmittelbar verhandelt und entschieden wird, sondern weil eine Bindungswirkung an solche Urkunden erfolgt, an deren Entstehen mindestens eine Partei des Zivilprozesses in keiner Hinsicht beteiligt war.

b)

Das führt zur Belastung des Bußgeldverfahrens und Strafverfahrens mit Erwägungen, die dort bislang keine Rolle gespielt haben. Wenn entsprechende zivilverfahrensrechtliche Folgen zu befürchten sind, werden solche Überlegungen zu einer Verzögerung und besonderen Belastung des Bußgeldverfahrens und Strafverfahrens führen.

c)

Die Beweislage im Zivilverfahren kann eine völlig andere als die im Strafverfahren sein. Offenkundig wird dies in solchen Fällen, in denen im Zivilverfahren durch Erfahrungstatsachen Beweisführungshilfen geschaffen sind (z.B. bei Brandstiftungsfällen), die im Strafverfahren wegen der Unschuldsvermutung nicht weiterhelfen.

d)

Das Innenregresssystem, dass der Zivilprozess durch die Möglichkeit einer Streitverkündung aufbauen hilft, beruht auf dem Gedanken, dass der Streitverkündete nach seinem Beitritt Einfluss nehmen kann auf die Prozessführung. Diese Einflussmöglichkeit verändert sich drastisch, wenn Bindungen an Beweisaufnahmen und/oder Urteile des Strafverfahrens erfolgen. Damit wird der innere Gerechtigkeitsgehalt entsprechender Regressmöglichkeiten und das Institut der Streitverkündung beschädigt, was zu einer Vermehrung der Verfahren führen wird.

e)

Der Deal im Bußgeld- und Strafverfahren führt oft zu einer besonders kurzen Feststellung im Urteil des entsprechenden Verfahrens. Zu einem solchen Deal wird es nicht mehr kommen, wenn mit entsprechender Bindungswirkung für den Zivilprozess damit zugleich der Bestand von konkreten Anspruchsgrundlagen für das Zivilverfahren festgelegt wird. Auch dies wird zu einer zusätzlichen Belastung von Bußgeld- und Strafverfahren führen.

f)

Die Feststellungen im Strafprozess gegen den Schädiger und Täter können maßgeblich beruhen auf der Zeugenaussage des Verletzten, der alsdann Kläger im Zivilprozess ist. Die Parteivernehmung des Klägers kann aber nur in Ausnahmefällen den Beweis führen (vgl. § 448 ZPO). Diese grundlegende Beweisregel des Zivilprozessrechts wird in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Feststellung des Strafurteils bindet.

g)

Im Strafverfahren gelten unter Einschluss des Freibeweises andere Beweisregeln als im Zivilprozess. Diese Beweisregeln des Strafverfahrens werden über den vorgeschlagenen § 415 a) ZPO-E, ohne dass dies offengelegt würde oder auch nur nachvollziehbar wäre, in den Zivilprozess übertragen. Damit ist das gesamte Beweissystem des Zivilprozesses erschüttert; die Basis für das Eingreifen materiellrechtlicher Beweislastregeln verändert sich.

15. § 511 Abs. 4 ZPO-E

Die vorgeschlagene Regelung soll klarstellen, dass eine Zulassungsberufung nur in Betracht kommt, wenn die Beschwerdepartei nicht Wertberufung einlegen kann. Die Klarstellung ist wünschenswert. Die Vorschrift dürfte indessen überflüssig sein.

16. § 527 Abs. 3 ZPO-E

Es handelt sich um einen handwerklichen Fehler der ZPO-Reform, der korrigiert werden mag.

17. § 541 Abs. 1 ZPO-E

Die gesetzliche Anordnung, dass die erstinstanzlichen Gerichte die Prozessakten unverzüglich nach Anforderung durch das Berufungsgericht zu übersenden haben,

löst die Problematik nicht, die sich insbesondere im Zusammenhang mit den neueingeführten Berufungsbegründungsfristen und der fehlenden zweiten Verlängerungsmöglichkeit ergeben haben. Denn es mag gewichtige Gründe geben, die den Verbleib der Akten beim erstinstanzlichen Gericht erfordern (z.B. Tatbestandsberichtigungsanträge, angesetzte Verhandlung für die Fortsetzung des Verfahrens, § 304 Abs. 2 ZPO). Die vorgeschlagene Neuregelung wird daher nicht weiterhelfen. Geboten ist die Rückkehr zu den alten Vorschriften über die Verlängerung von Rechtsmittelfristen und des Ablaufs der Anschlussrechtsmittelfrist.

#### 18. § 551 Abs. 2 ZPO-E

Der Entwurf will im zivilprozessualen Revisionsrecht eine spezielle Verlängerungsoption für die Revisionsbegründungsfrist für den Fall verspäteter Akteneinsicht eröffnen. Im Zivilprozess soll dem Revisionsführer die Möglichkeit offen stehen, die Revisionsbegründung erst anfertigen zu müssen, wenn er Einsicht in die Verfahrensakten nehmen konnte.

Die vorgeschlagene Regelung löst nur einen Teil der Probleme. Sie muss erweitert werden, und zwar aus folgenden Gründen:

##### a)

Auch dem Berufungsführer muss die Möglichkeit offen stehen, die Berufungsbegründung erst anfertigen zu müssen, wenn er Einsicht in die Verfahrensakten nehmen konnte. Das Bedürfnis ist besonders hoch bei einem Anwaltswechsel zwischen erster und zweiter Instanz. Gerade weil der Grundsatz der Tatsachenbindung des Berufungsgericht gilt, wird es auch für die Berufungsbegründung auf die Darlegung von Verfahrensrügen ankommen. Dafür ist vielfach die Einsicht in die Gerichtsakten erforderlich (vgl. etwa zu diesem Komplex

Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 296 RZ 9, Stichwort: „Paraphe oder Unterschrift“; ferner §§ 191, 187 ZPO, Stichwort: Ist die Zustellung wirksam oder ist Zustellung durch Heilung eingetreten). Darüber hinaus ist für die Frage der Verjährung regelmäßig zu prüfen, ob von einer „demnächstigen“ Zustellung der Klage (§ 167 ZPO) auszugehen ist. Das lässt sich nur anhand der Gerichtsakten feststellen. Eine entsprechende Verlängerungsmöglichkeit muss daher auch für die Berufungsbegründung geschaffen werden. Wie bereits ausgeführt, behilft die Praxis sich mit Notlösungen.

b)

Beschleunigungsgesichtspunkte können einer erweiterten Regelung nicht entgegenstehen. Wenn die Akten noch nicht beim Rechtsmittelgericht angelangt sind, droht keine Verzögerung des Verfahrens, da ohne Vorlage der Akten der Rechtsstreit nicht gefördert werden kann.

c)

Soweit bekannt hat der BGH nicht nur auf die Probleme verwiesen, die sich ergeben, wenn die Akten von den Berufungsgerichten nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden. Insbesondere bei Anwaltswechsel, der durch Mandatsniederlegung wegen möglicher Interessenkollision notwendig wird, aber auch in anderen Fällen, die ansonsten Wiedereinsetzungsgründe darstellen würden, hat sich die eingeschränkte Verlängerungsmöglichkeit der Rechtsmittelbegründungsfrist als unpraktikabel erwiesen.

d)

Es ist ebenfalls nicht einsichtig, warum im Falle des Fehlens der Gerichtsakten nur eine einmonatige Frist zur Verfügung steht; der Gesetzgeber jedoch eine zweimonatige regelmäßige Begründungsfrist vorgesehen hat. Es ist deshalb die Regelfrist zu gewähren.

19. § 565 ZPO-E

Auf die Anmerkung zu § 541 Abs. 1 Satz 2 ZPO-E wird verwiesen.

## 20. § 574 ZPO-E

Es soll klargestellt werden, dass auch Rechtsbeschwerden bei Arrest und einstweiliger Verfügung nicht statthaft sind. Dem ist zuzustimmen. Zugleich sollte allerdings Nr. 1952 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 GKG) entsprechend überarbeitet werden. Dort sind Rechtsbeschwerden gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Anordnung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung ausdrücklich vorgesehen.

## 21. § 708 ZPO-E

Mit der vorgeschlagenen Regelung sollen alle Berufungsurteile in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären sein. Dem kann zugestimmt werden.

## 22. Zu 915 Abs. 1 ZPO-E

Es ist sachgerecht, wie vorgesehen eine Eintragung in das Schuldnerverzeichnis nicht von der Heranziehung eines Gerichtsvollziehers abhängig zu machen.

**IV.****Zu vorgesehenen Änderungen des Rechtspflegergesetzes**

## 1.

Der Entwurf sieht erweiterte sachliche Zuständigkeiten der Rechtspfleger dort vor, wo bislang Richtervorbehalte gelten. Grundsätzlich wird man dem Rechtspfleger die Eignung auch zur Übernahme weiterer Tätigkeiten, selbst wenn sie einen gewissen Schwierigkeitsgrad aufweisen, nicht absprechen können. Die vertiefte Ausbildung der Rechtspfleger hat Früchte getragen. Rechtspfleger meistern schon jetzt das

komplizierte Grundstückszwangsversteigerungsverfahren sowie zum Teil ebenfalls mit erheblichen Schwierigkeiten verbundene Insolvenzverfahren. Besondere Schwierigkeiten haben sich in der Praxis nicht ergeben.

Es wird daher begrüßt, dass gewisse Kompetenzen auf den Rechtspfleger übertragen werden sollen. Es wird befürwortet, dass dies nach und nach geschieht.

Abzulehnen indessen ist, den Landesregierungen eine bloße Ermächtigung zu erteilen, durch Rechtsverordnung richterliche Geschäfte auf den Rechtspfleger zu übertragen. Die Folge wird in diesem Bereich eine unübersichtliche Rechtszersplitterung der Zuständigkeit in Deutschland sein.

Diese Rechtszersplitterung ist um so problematischer, als Bereiche betroffen sind, in denen die Justiz tatsächlich Serviceleistungen für den Bürger erbringt. Es ist nicht einzusehen, dass es von den Zufälligkeiten der Zuständigkeit des jeweiligen Amtsgerichts abhängt, ob ein Rechtspfleger oder ein Richter die entsprechende Sachbearbeitung übernimmt und damit Ansprechpartner des Bürgers ist.

Im Rahmen der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der europäischen Gemeinschaft werden gerade auch im Bereich der Verfahrensrechte Harmonisierungsbestrebungen immer deutlicher. Solche Harmonisierungsbestrebungen werden ad absurdum geführt, wenn in Deutschland selbst in wesentlichen Bereichen insbesondere der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Bundesland zu Bundesland die Zuständigkeiten unterschiedlich geregelt werden.

2. Zu vorgeschlagenen Regelungen im einzelnen:

a) Aufhebung des § 4 Abs. 2 Nr. 3 RpfLG

Die beabsichtigte Aufhebung räumt dem Rechtspfleger die Möglichkeit ein, Entscheidungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle in Beschwerdeverfahren aufzuheben. Da insoweit ein Qualitätsverlust im Justizablauf nicht zu erwarten ist, kann dieser Aufhebung zugestimmt werden.

## b) Aufhebung von § 16 Abs. 1 Nr. 8 RpfLG

Die Aufhebung des § 16 Abs. 1 Nr. 8 RpfLG beseitigt den Richtervorbehalt entsprechend dem vergleichbaren Richtervorhalt in Vormundschaftssachen, soweit nämlich nach § 97 Abs. 2 FGG eine Auseinandersetzungsvereinbarung einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, die in derartigen Fällen durch die Genehmigung des Nachlassgerichts ersetzt wird. Nachdem inzwischen der Richtervorhalt für die vergleichbaren Fälle in Vormundschaftssachen durch das Betreuungsgesetz vom 12.09.1990 beseitigt worden ist, wird es als gegenstandslos angesehen, nunmehr im nachlassgerichtlichen Bereich den Richtervorbehalt aufrecht zu erhalten. Das ist akzeptabel.

## c) § 19 RpfLG-E

Es handelt sich hier um die Ermächtigung der Landesregierungen, durch Rechtsverordnung Richtervorbehalte ganz oder teilweise aufzuheben. Unabhängig von der Problematik der Zersplitterung ist hierzu folgendes zu sagen:

- Soweit die Anordnung einer Nachlasspflegschaft für Ausländer vom Richtervorhalt ausgenommen werden sollen, bestehen keine Bedenken.
- Problematisch ist die Ausnahme, soweit es um die gerichtliche Ernennung des Testamentsvollstreckers geht. Wegen der Breite der denkbaren Wortwahl kann eine solche Auslegung des Testaments mit Schwierigkeiten verbunden sein. Eine solche Auslegung ist originäre Richteraufgabe. Es ist allenfalls diskutabel, den Richtervorbehalt entfallen zu lassen bei Ernennung des Testamentsvollstreckers aufgrund eines notariell beurkundeten Testaments.
- Soweit eine begrenzte Aufhebung des Richtervorhalts für die Entscheidung über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund nach

§ 2227 BGB ermöglicht wird, handelt es sich um einen Grenzfall. Da indessen die Fälle aufgenommen werden sollen, in denen der Erblasser den oder die Testamentsvollstrecker durch Testament selbst ernannt oder einen Dritten hierzu bestimmt hat, ist die Regelung akzeptabel.

- Die Abschaffung des Richtervorbehalts hinsichtlich der Erteilung von Erbscheinen aufgrund einer Verfügung von Todes wegen, von gegenständlich beschränkten Erbscheinen, der Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, ferner der Einziehung von Erbscheinen, von Testamentsvollstreckerzeugnissen sowie Zeugnissen über die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft ist nicht ohne Probleme. Erforderlich ist in diesen Fällen die Auslegung letztwilliger Verfügungen, die nach dem bisherigen System des Erbrechts Richtersache ist. Es besteht durchaus die Sorge, dass durch die Abschaffung des Richtervorhalts insoweit das richterliche Erfahrungswissen, das sich gerade aus der Behandlung streitiger Sachverhalte speist, ungenutzt bleibt. Die Regelung stößt daher auf Bedenken.
- Das gilt auch für die weitgehende Aufhebung der Richtervorhalte in Handels- und Registersachen. Solche Verfügungen sind nach wie vor von erheblicher rechtlicher Schwierigkeit und großer gesellschaftsrechtlicher Bedeutung (insbesondere Eintragung von Satzungsänderungen, Verfügungen auf Löschungen im Handelsregister, Fehlen oder Nichtigkeit einer wesentlichen Bestimmung in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag, Erfüllen der Verpflichtungen der Gesellschafter einer GmbH nach § 19 Abs. 4 GmbHG).

Der Entwurf selbst weist darauf hin, dass der Ausbildungsstand der Rechtspfleger in allen Bundesländern hier an seine Grenzen stoßen kann. Im Sinne einer einheitlichen Praxis sollte daher jedenfalls zur Zeit der Richtervorhalt nicht in dem beabsichtigten Umfang aufgehoben werden.

- Gegen eine generelle Übertragung der Geschäfte der Amtshilfe auf den Rechtspfleger bestehen keine Bedenken.

## V.

Der Verkehrsrechtsausschuss nimmt ausschließlich zu den **Tilgungsvorschriften im Verkehrszentralregister** – § 29 StVG – Stellung:

Durch die vorgeschlagene Änderung der Tilgungsvorschriften im Verkehrszentralregister sollen Rechtsbehelfe ausgeschlossen werden, die nur zu dem Zweck eingelegt werden, das Verfahren hinauszuzögern um auf diese Weise die Löschung bereits in das Register eingetragener Verstöße zu erreichen. Nach dem Gesetzentwurf soll es daher künftig für den Eintritt der Ablaufhemmung für die Tilgung von Eintragungen in das Verkehrszentralregister nicht mehr nur auf eingetragene Entscheidungen, sondern bereits auf den Zeitpunkt der neuen Tat ankommen.

Aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins wird dieser Regelungsvorschlag weder zu einer Entlastung der Verwaltung oder Justiz noch zu einer deutlichen Abnahme der Einspruchsquoten in Bußgeldverfahren führen. Nach der derzeitigen Rechtslage wird bei Bußgeldentscheidungen allein auf die Rechtskraft bzw. auf den Tag des ersten Urteils oder der Unterzeichnung des Strafbefehls durch den Richter abgestellt. Wenn innerhalb von 2 Jahren ab Rechtskraft bzw. bei Straftaten 5 Jahre ab dem Tag des Urteils kein neuer Verstoß rechtskräftig und damit eingetragen wird, wird die Alteintragung getilgt. Rein „taktische Rechtsbehelfe“ können daher nur dann zum Erfolg führen, wenn die neue Tat kurz vor Ablauf der Tilgungsfrist begangen wurde. Gerade derartige „taktische Rechtsbehelfe“ belasten Verwaltung und Justiz nur minimal. In der Praxis ist festzustellen, dass in derartigen Fällen schon heute in der Regel auf eine Hauptverhandlung verzichtet wird.

In Fällen, in denen das Regelbußgeld wegen der Voreintragung erhöht wurde, bietet bereits die jetzige Rechtslage ausreichende Grundlagen dafür, die Verfahren ohne Hauptverhandlung im Beschlussverfahren abzuschließen. Die Vorschläge der Amtsgerichte im Beschlussverfahren zu entscheiden, werden von der Anwaltschaft

auch regelmäßig angenommen. Im Fällen, in denen der Regelsatz des Bußgeldes trotz zu berücksichtigender Voreintragungen nicht erhöht wurde, erfolgt nach Eintritt der Tilgungsreife im Regelfall eine Rücknahme des Einspruchs noch vor dem Termin.

Schließlich ist bei der Änderung des § 29 StVG zu berücksichtigen, dass die Tilgungsvorschriften auf dem Gedanken der Bewährung im Sinne der Verkehrssicherheit beruhen. Bereits zwischen der Begehung der ersten Tat und der Rechtskraft der hierauf folgenden Entscheidung sind in jedem Fall mehrere Monate vergangen. Da der Betroffene mit seinem Rechtsbehelf, den er ausschließlich zum Zweck der Erreichens der Tilgungsreife einlegt, nur dann Erfolg haben kann, wenn der Eintritt der 2-jährigen Tilgungsfrist kurz bevorsteht, hat er in jedem Fall die vom Gesetz angeordnete Zeit der Bewährung durchlaufen.

Darüber hinaus werden die Tilgungsfristen faktisch unvertretbar ausgeweitet. Es ist systemwidrig den Beginn der Tilgungsfrist und Tilgungshemmung von unterschiedlichen Auslösemomenten abhängig zu machen. Der Zeitraum der zwischen der Begehung von 2 Ordnungswidrigkeiten liegt, soll vom Prinzip her dann nicht mehr beachtlich sein, wenn er zwei Jahre überschreitet. Dieses Prinzip wird eingehalten, wenn jeweils auf die Beendigung des Verfahrens abgestellt wird. Es wird durchbrochen, wenn für den Beginn der Tilgungsfrist auf den Abschluss des Verfahrens und für die Tilgungshemmung auf den Zeitpunkt der erneuten Tat abgestellt wird. Es fallen damit auch solche Verkehrsteilnehmer in den Maßnahmebereich für Mehrfachtäter, die Verkehrsübertretungen nur so selten begehen, dass von einer nachhaltigen verkehrsfeindlichen Einstellung nicht ausgegangen werden kann.

Im Übrigen geht der Gesetzentwurf von einer falschen Motivationslage aus. Aus der Erfahrung der im Verkehrsrecht tätigen Anwaltschaft werden Bußgeldbescheide nicht, wie es der Gesetzentwurf nahe legt, vornehmlich aus taktischen Gründen,

sondern vielmehr aus der ernsthaften Gewissheit angegriffen, dass der Bescheid zu unrecht ergangen ist. Ein Verkehrsteilnehmer, der seine Rechte wahrnimmt und sich gegen den ersten Tatvorwurf wehrt, muss mit Verfahrensdauern von über einem Jahr rechnen. Die Gefahr als Wiederholer aufzufallen wird damit erheblich ausgeweitet. Letztlich stellt sich die Frage, auch einen unrichtigen Bußgeldbescheid hinzunehmen. Derartiges Verhalten kann nicht Ziel des Gesetzentwurfes sein.