



LOEWE

Exzellente Forschung für
Hessens Zukunft

www.konfliktloesung.eu

**LOEWE-SCHWERPUNKT
„Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“**

**LOEWE Research Focus
"Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution"**

Arbeitspapier/Working Paper

18 (2014)

**Gerichtliche und nicht gerichtliche Konfliktlösung
in
zivilrechtlichen Streitigkeiten**

– Deutschland –

urn:nbn:de:hebis:30:3-334159

Werner Schubert

Prof. em. Dr. iur. Werner Schubert
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Juristisches Seminar
Leibnizstr. 6
24118 Kiel
wschubert@law.uni-kiel.de

I. Überblick zur Forschung

Im 19. Jahrhundert waren für den zivil- und strafrechtlichen Bereich die Zivil- und Strafgerichte die maßgebenden Institutionen. Der überlieferte Zivil- und Strafprozess (gemeiner Prozess, Prozess nach der preußischen AGO von 1795) erfuhr unter dem Einfluss des französischen, in den linksrheinischen Gebieten nach 1814 weiter geltenden Prozessrechts einen grundlegenden Wandel, der 1877 durch die Reichsjustizgesetze seinen vorläufigen Abschluss fand. Die Prozessrechtsdiskussion vollzog sich im 19. Jahrhundert auf der Basis der für den Zivilprozess von *Gönner* herausgearbeiteten Prozessmaximen¹. Ob hierin eine „Fehlentwicklung“ zu sehen ist², mag dahinstehen. Wenn die Maximen auch die Individualität der jeweiligen Prozessformen nicht voll abbilden können, so eignen sie sich gleichwohl gut zur Charakterisierung der Grundrichtung einer Prozessordnung. Unter diesem Aspekt setzten sich im 19. Jahrhundert fast durchgehend die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens durch. Der von *Gönner* für den Zivilprozess der AGO herausgearbeiteten Untersuchungsmaxime stehen die Verhandlungsmaxime und der Beibringungsgrundsatz gegenüber, nach welchen die Prozessparteien den dem Konflikt zugrunde liegenden Tatsachenstoff vorzutragen und zu beweisen haben. Sowohl im Zivil- als auch im Strafprozess wurden die Heimlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens durch die Mündlichkeit und Öffentlichkeit abgelöst. Hinzu kommt noch für den Zivilprozess die Dispositionsmaxime, wonach die Herrschaft der Parteien über das Prozessgeschehen zu verstehen ist. Eine große Rolle spielte im Zivilprozess der Amtsbetrieb gegenüber dem Parteibetrieb, wonach die Parteien die erforderlichen Zustellungen selbst zu besorgen haben. Ferner wurde im 19. Jahrhundert die gemeinrechtliche Eventualmaxime³, wonach der Tatsachenstoff, auch soweit er nur eventuell in Betracht kam, zusammenhängend vorzutragen war, aufgegeben. Dies führte zur Degradierung der ersten Tatsacheninstanz zugunsten der besser besetzten zweitinstanzlichen Gerichte. Seit der Zivilprozessnovelle von 1924 ist der Prozessgesetzgeber bestrebt, eine striktere Konzentration des Prozessverlaufs durchzusetzen.

Detaillierte Gesamtdarstellungen für die Entwicklung des Zivil- als auch des Strafprozesses stehen für die letzten zwei Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts noch aus. Bahnbrechend für das Zivilprozessrecht bis zum Inkrafttreten der Zivilprozessordnung von 1877 ist die Monographie von *Martin Ahrens*, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess* (Tübingen 2007). Für den Strafprozess existiert eine umfassendere Untersuchung nur für die Zeit bis zur Märzrevolution von 1848⁴. Für das 20. Jahrhundert fehlen, obwohl die Quellen leicht zugänglich sind, für beide Prozessbereiche übergreifende Darstellungen.

Die Geschichte der Gerichtsverfassung ist bis heute ein Stiefkind der rechtshistorischen Forschung. Insbesondere müssten die Umgestaltung der Gerichtsverfassungen im 19. Jahrhundert und deren Vereinheitlichung durch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 näher beschrieben werden. Das vor 60 Jahren erschienene Werk von *Eduard Kern*: *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts* (1954) reicht im Wesentlichen bis zur Weimarer Zeit, und wird spezifisch rechtshistorischen Fragestellungen nicht immer gerecht. Einzig die aus dem französischen Strafprozess rezipierte Schwurgerichtsbarkeit⁵ ist durch Monographien hinreichend erforscht.

¹ *Nikolaus Thaddäus Gönner*, *Handbuch des Deutschen gemeinen Prozesses*, 2. Aufl., Bd. 2, Erlangen 1804.

² *Falk Bomsdorf*, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin 1971, 287 f.

³ Hierzu *W. Schubert*, *SavZRG Germ. Abt.* 85 (1969), 127 ff.

⁴ Hierzu *Alexander Ignor*, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*; von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn 2002.

⁵ Hierzu *Erich Schwing*, *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, Breslau 1926; für die Zeit ab 1848 *W. Schubert*, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869-1877), Entstehung und Quellen*, Frankfurt a.M. 1981, 205 ff.; *Angelika Klein*, *Individuum und Gemeinschaft in der juristischen Germanistik*. Die

Für die Konfliktlösung von großer Bedeutung ist das Aufkommen von Spezialgerichten schon bald nach 1800 und verstärkt seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts. Mit dem französischen Recht kamen die Handelsgerichte, die für die landgerichtlichen Kammern in Handels-sachen im GVG von 1877 Vorbild waren, und die Gewerbegerichtbarkeit, die durch das Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte vom 29.7.1890 für Gesamtdeutschland verbindlich wurde. 1904 kamen die Kaufmannsgerichte hinzu. Beide Gerichtsbarkeiten gingen 1927 in der Arbeitsgerichtsbarkeit⁶ auf. Erste unabhängige Verwaltungsgerichte wurden 1863 in Baden und 1875 in Preußen geschaffen. Finanzgerichte gibt es seit der Weimarer Zeit, sie wurden jedoch als unabhängige Gerichte erst nach 1945 errichtet (1950 Begründung des Bundesfinanzhofs). Eine selbständige Sozialgerichtsbarkeit wurde erst 1954 etabliert. Von herausragender Bedeutung für die Konfliktlösung waren seit 1870 das Reichsoberhandelsgericht und von 1879-1945 das Reichsgericht⁷, dessen Entscheidungen eine Vielzahl von Streitfragen entschied. Obwohl sämtliche Reichsgerichtsentscheidungen seit 1990 und zahlreiche Revisionsakten zugänglich sind⁸, ist dieser Quellenkorpus bisher erst wenig erschlossen.

Möglichkeiten einvernehmlicher Konfliktlösungen – große und kleine Schlichtung – kamen insbesondere mit dem französischen Verfahrensrecht in den Blickpunkt der rechtspolitischen Diskussion. Dagegen hatte das seit 1827 zunächst nur in Teilen Preußens bestehende Institut der Schiedsmänner keine größere Bedeutung. Seit der Wende vom 19./20. Jahrhundert erlangten meist kommunale Rechtsauskunfts- und Schlichtungsstellen eine nicht unerhebliche Bedeutung. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts existiert eine nur noch schwer überschaubare Anzahl von Schlichtungsstellen. In der CPO von 1877 erfuhr die Schiedsgerichtsbarkeit eine einheitliche Regelung. Als außergerichtliche Konfliktlösungsmöglichkeit gewinnt die seit den 90er Jahren aus den USA rezipierte Mediation zunehmend an Bedeutung. Zu dem Themenbereich der Geschichte der einvernehmlichen Konfliktlösung existieren nur wenige Teildarstellungen.

II. Zivilprozessuale Konfliktlösungsmöglichkeiten

1. Entwicklung des Zivilprozessrechts bis 1861

Die Konfliktlösung auf dem Gebiet der zivilrechtlichen Streitigkeiten erfolgt durch die Zivilgerichte, die sich seit 1879 aufteilen in Amts-, Land- und Oberlandesgerichte, an deren Spitze das Reichsgericht und heute der Bundesgerichtshof steht. Die Instrumentarien der Konfliktlösung sind enthalten im Zivilprozessrecht, das 1877 durch die Zivilprozessordnung vereinheitlicht wurde. Die Geschichte des partikularen und des vereinheitlichten Zivilprozessrechts bis 1877 ist durch die Gesamtdarstellungen von *Schwartz* und *Ahrens* erschlossen⁹. Letzterer behandelt jedoch nicht das wichtige Rechtsmittel- und Zwangsvollstreckungsrecht. Weni-

Geschworenengerichte und das „gesunde Volksempfinden“, Heidelberg 2001, 69 ff.; *Beate Linkenheil*, Laienbeteiligung an der Strafjustiz: Relikt des bürgerlichen Emanzipationsprozesses oder Legitimation einer Rechtsprechung „Im Namen des Volkes“?, Berlin 2003, 44 ff., 49 f.; *Norman Lieber*, Schöffengericht und Trial by Jury: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entstehung, gegenwärtigen Praxis und möglichen Zukunft zweier Modelle der Laienbeteiligung an Strafverfahren in Europa, Berlin 2010, 140 ff., 159 ff.

⁶ Hierzu ausführlich *Günter Graf*, Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926. Weimarer Verfassungsvollzug auf justizpolitischen Irrwegen des Kaiserreichs, Goldbach 1993.

⁷ Vorläufer war das Bundes-/Reichsoberhandelsgericht. Hierzu *W. Schubert* (Fn. 5), 140 ff., 153 ff.

⁸ Vorhanden in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs und teilweise auch im Bundesarchiv Berlin.

⁹ Hierzu *Martin Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilprozessrechts vom Ausgang des 18. Jhts. bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung, Tübingen 2007; *Johann Christoph Schwartz*, Vierhundert Jahre Deutscher Civilproceß-Gesetzgebung, Berlin 1898; *Helmut Coing*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Rechtsgeschichte, Bd. III 2, München 1982, 2331 ff., 2615 ff. (*G. Dahlmanns*).

ger gut erforscht ist die Praxis des französischen Verfahrensrechts in den linksrheinischen Gebieten, in denen ab 1807 der Code de procédure civile galt. Gleiches gilt für die Weiterentwicklung des Zivilprozessrechts und die Gerichtspraxis seit 1879. Die Quellen zur Neufassung der CPO von 1898, zur Emminger-Novelle von 1924 und zu der umfangreichen Reformdiskussion der NS-Zeit liegen vor¹⁰. Einen guten Überblick für die Zeit bis 1950 bringt *Jürgen Damrau* in seiner Monographie von 1975: „Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877“ (Paderborn 1975). Die umfangreichen Arbeiten der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (einschließlich des Verfahrensrechts) von 1955-1961 hat *André Book*¹¹ erschlossen (2005). Gleiches ist noch nicht erfolgt für die erheblich umfangreicheren Materialien der Kommission des Bundesministeriums der Justiz für das Zivilprozessrecht (1964-1975) und für die umfangreichen ZPO-Novellen von 1976, 1990, 1997 und 2002. Ferner fehlen weitgehend neuere entstehungsgeschichtlich und rechtsdogmengeschichtlich ausgerichtete Arbeiten über wichtige Bereiche des Zivilprozesses, etwa nach dem Muster der Monographie von *Bert-Hagen Strodthoff*¹²: Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive (Frankfurt a.M. 2004), der auch die Quellen zur ZPO-Novelle von 2002 herangezogen hat. Erwünscht wären z.B. Monographien über die Bedeutung der Mündlichkeit und Wahrheitspflicht im Zivilprozess, über das Beweisrecht (freie Beweiswürdigung), die Zurückweisung verspäteten Vorbringens, die Feststellungsklage sowie die Ausgestaltung der Rechtsmittel der Berufung und der Revision.

Ausgangspunkt für die Entwicklung des deutschen Zivilprozessrechts im 19. Jahrhundert waren der gemeine Zivilprozess, der preußische Prozess nach der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) von 1795 und das französische Prozessrecht von 1806.

Der gemeine Zivilprozess richtete sich im Wesentlichen nach dem vom sächsischen Prozessrecht beeinflussten Jüngsten Reichsabschied von 1654¹³. Es galt schriftliches und nichtöffentliches Verfahren mit streng durchgeführter Eventualmaxime für die einzelnen Verfahrensstationen wie Klage, Klagebeantwortung, Replik und Duplik. Das Behauptungsverfahren wurde abgeschlossen mit dem selbständig anfechtbaren und rechtskräftigen Beweisurteil (Beweisinterlocut), das auf das mittelalterliche Beweisrecht in Sachsen und in anderen norddeutschen Staaten zurückging. Abweichend von der ordentlichen Form des gemeinen Zivilprozesses existierten vereinfachte Verfahren (untergerichtlicher, summarischer Prozess), für die „Mündlichkeit, richterliche Verhandlungsleitung und richterliches Fragerecht“ kennzeichnend waren¹⁴. Im Verlauf des 19. Jahrhunderts lässt sich eine allmähliche Abkehr von der Strenge der gemeinrechtlichen Eventualmaxime erkennen. Die partikularen Zivilprozessgesetze zeigen aber auch, dass die Bundesstaaten, abgesehen von Bayern mit seiner erst 1869 erlassenen ZPO, nicht gewillt waren, die Eventualmaxime und die mit ihr verbundenen Vorteile völlig aufzugeben.

Der preußische Zivilprozess beruhte auf der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1795, dessen Grundlagen im „Corpus Juris Fridericianum (Erstes Buch von der Prozessordnung)“ (1781)¹⁵

¹⁰ Quellen unten in Fn. 39 und 41 nachgewiesen.

¹¹ *André Book*, Die Justizreform in der Frühzeit der Bundesrepublik. Die Beratungen der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit in den Jahren 1955-1961, Frankfurt a.M. 2005.

¹² *Bert-Hagen Strodthoff*, Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive, Frankfurt a.M. 2004; vgl. auch *Sebastian Adler*, Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preußischen und deutschen Zivilprozessgesetzgebung, Hamburg 2006.

¹³ *Ahrens* (Fn. 9), 12 ff.

¹⁴ *Ahrens* (Fn. 9), 37.

¹⁵ Neudruck des Corpus Juris Fridericianum, Goldbach 1994, und der Allgemeinen Gerichtsordnung (Ausgabe Berlin 1822), Goldbach 1994 (hrsg. von *W. Schubert* mit einer Einführung).

zu finden sind. Die „Instruktion“ des Prozesses lag in der Hand des sog. Dezenten, während die Justizkommissare, denen man Untätigkeit und Nachlässigkeit nachsagte, als Vertreter der Parteien nur eingeschränkte Mitwirkungsrechte hatten. Der Deputierte (Instruent) hatte als Deputierter des Gerichts auch die notwendigen Beweise aufzunehmen und den Sach- und Streitstand (*status causae et controversiae*) festzustellen. In einem Schlusstermin entschied das Gericht den Prozess aufgrund der Relation eines Referenten, der niemals der Deputierte sein durfte.

Dem französischen Gerichtsverfahren¹⁶ waren die strenge Prozessgliederung und die *Eventualmaxime* fremd. Unter dem Einfluss germanischer Rechtsgedanken räumte es dem Richter eine mehr entgegennehmende Stellung ein und überließ die Sorge für die Sammlung, Sichtung und Vorlage des Tatsachen- und Beweisstoffes den Parteien und deren Anwälten und behielt die Mündlichkeit bei. Die endgültige Festlegung erfuhr der französische Zivilprozess durch die *Ordonnance civile* von 1767, die weder die *Eventualmaxime* noch das Beweisurteil kannte. Der *Code de procédure civile* von 1806 war eine konsequente Weiterentwicklung der *Ordonnance civile* und behielt deren Grundsätze im Wesentlichen bei, da sich eine andere, in der Revolutionszeit projektierte Ausgestaltung des Prozesses nicht durchsetzen konnten. Im öffentlichen und mündlichen Verfahren vor den Kollegialgerichten erster Instanz konnte jede Partei nach einem vorbereitenden Schriftwechsel unter den Anwälten, der grundsätzlich nicht in die Hände des Gerichts gelangte, die Sache vor Gericht bringen, bei dessen erster Verhandlung die Anwälte ihre Anträge, die sog. *conclusions motivées*, zu stellen hatten. Die Parteien konnten grundsätzlich während des gesamten Verlaufs der mündlichen Verhandlung neue Tatsachen und Rechtsmittel vorbringen. Eine Zerteilung des Verfahrens, wie sie im gemeinen Recht bestand, war unbekannt. Das Beweisdekret, das wegen der erheblichen Beschränkung des Zeugenbeweises nicht annähernd die Bedeutung hatte wie in Deutschland, setzte weder den Beweissatz noch die Beweislast fest, sondern enthielt nur die zu beweisenden Tatsachen und die Ernennung des Richters, vor dem die Zeugen gehört werden sollten. Im Übrigen war das Gericht an das Beweisdekret nicht gebunden und konnte beispielsweise im Endurteil Tatsachen, über die eine Beweisaufnahme stattgefunden hatte, als für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich ansehen. Nach ihrer Beendigung kehrte die Sache wieder in die mündliche Verhandlung zurück, in der die Parteien grundsätzlich neue Tatsachen und Beweise vortragen konnten, wenn nicht der Vorsitzende Richter sie zurückwies.

Das französische Zivilprozessverfahren, das bis 1814 in weiten Teilen Norddeutschlands (im Königreich Westphalen leicht modifiziert) und in den linksrheinischen Gebieten bis zum Inkrafttreten der CPO von 1877 galt¹⁷, übte auf die Zeitgenossen eine beträchtliche Faszination aus. In ihm sahen vor allem liberale Juristen die vom Staat geforderte Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens, die zudem einen schnellen Ablauf des Prozesses zu gewährleisten schienen, vorbildhaft ausgeprägt. Hierbei ließ man außer Acht, dass der ordentliche französische Prozess wegen des schriftlichen Vorverfahrens unter den Anwälten kein rein mündliches Verfahren darstellte und eben wegen dieses oft langwierigen Vorverfahrens, der langen Wartezeiten bis zur mündlichen Verhandlung sowie wegen der zahlreichen Zwischenstreite (*incidents*) in der Regel auch nicht viel kürzer als das gemeinrechtliche Verfahren war.

In Preußen machte sich die Reformbedürftigkeit des Prozesses der AGO nach 1814 geltend. Im Rahmen der Gesetzrevision stellte der Revisor *Reinhardt* 1830/32 nach Beratung seiner

¹⁶ Hierzu *Ahrens* (Fn. 9), 44 ff.; *W. Schubert*, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Wien 1977, 570 ff.

¹⁷ *Schubert* (Fn. 16), 570 ff.

Vorschläge von 1826/27 in der Revisionskommission den Entwurf einer Zivilprozessordnung¹⁸ auf, der zu den herausragenden Arbeiten der deutschen Zivilprozessrechtsgeschichte gehört. Für das erstinstanzliche Verfahren vor den Kollegialgerichten war vorgesehen: Anwaltszwang, Einleitung des Prozesses durch Schriftsätze mit gesetzlichen Fristen und Eventualmaxime, Fortsetzung der Sache auf Antrag einer Partei, dann Feststellung des status causae et controversiae durch einen Kommissarius, so die Mehrheit; nach Reinhardt dagegen sofortige Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die zu einem unangreifbaren Beweisinterlocut führen konnte. Grundlage der mündlichen Verhandlung sollte der Vortrag eines Referenten sein. Das von mindestens drei Richtern zu erlassende Urteil war zu begründen. Die Gesamtkommission lehnte den Anwaltszwang ab, der außergerichtliche Schriftwechsel wurde wieder beseitigt, die Verhandlung zu Protokoll mit einem Dezernenten wieder zugelassen. Während über die Ausgestaltung des zweiten Rechtsmittels (Appellation mit Novenrecht) in beiden Gremien Einigkeit bestand, kamen allgemein gebilligte Vorschläge zur Reform des dritten Rechtsmittels (Revision, Nullitätsklage) nicht zustande. Die Arbeiten Reinhardts haben die Novellengesetzgebung zwischen 1833 und 1846 stark beeinflusst. Vor allem Savigny griff auf die Vorschläge Reinhardts von 1830/32 zurück.

Preußen kehrte 1833/46 „in den gemeinrechtlich geprägten, aber durch neuere französische Einflüsse gelockerten prozessualen Verbund“ zurück¹⁹. Bereits 1833 gab die Verordnung zur Einführung eines schnelleren Processganges²⁰ für einfache Rechtsstreitigkeiten den status causae et controversiae der AGO auf und ließ nach einem einfachen Schriftwechsel unter Geltung des Eventualgrundsatzes eine mündliche Verhandlung zu, die in Ausnahmefällen auch entfallen konnte (§ 29). Die Novelle von 1833, die Sachen mit einem Streitwert bis zu 50 Talern dem Verfahren in Bagatellsachen zuwies, betraf auch den Mandatsprozess, der nur die liquiden „Einreden“ des Beklagten zuließ. Eine Verordnung über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14.12.1833 (Deklaration ebenfalls von 1833)²¹ ordnete in Anlehnung an das französische Recht die letztinstanzlichen Rechtsmittel neu. Wichtige Reformen für das Zwangsvollstreckungs- und Subhastationsrecht brachten die Verordnungen vom 4.3.1834 über die Exekution in Zivilsachen und über den Subhastations- und Kaufgelderliquidationsprozess²².

Während seiner Ministerzeit scheiterte Savigny mit seinem umfangreichen ZPO-Entwurf²³ am Widerstand des Justizverwaltungsministers v. Uhdén. Zustande kam nur die maßgebend von v. Uhdén beeinflusste Verordnung vom 21.7.1846 über das Verfahren in Zivilprozessen, die dem Verfahren nach der Novelle von 1833 eine erweiterte Anwendung und vervollständigte Ausbildung gab. Die mündliche Verhandlung war nunmehr obligatorisch (§ 11), der Eventualgrundsatz war noch strenger zu handhaben. Der im Auftrage des Justizministers

¹⁸ Quellen bei *W. Schubert/J. Regge*, Gesetzesrevision (1825-1848) Abt. II, Bd. 9 (Vaduz 1989); *Knut Wolfgang Nörr*, Reinhardt und die Revision der AGO für die preußischen Staaten, Frankfurt a.M. 1975. – Über Heinrich Wilhelm Reinhardt (geb. 11.10.1782 in Magdeburg) vgl. außer *Nörr*, S. 43 f., die Akte im Geh. StA Berlin-Dahlem, Bestand Westphalen, Rep. V D Nr. 2, Bl. 131; hiernach legte Reinhardt ein Studium der Theologie und Philosophie an der Akademie in Frankfurt/Oder ab; anschließend war er bei der Stadtverwaltung Berlin und in der Regierung von Magdeburg beschäftigt. Am 13.10.1807 bewarb er sich um eine Beschäftigung in der Justizverwaltung des Königreichs Westphalen; weitere Details hierüber sind bisher nicht bekannt.

¹⁹ *Ahrens* (Fn. 9), 202.

²⁰ Quellen bei *Schubert/Regge* (Fn. 18), Bd. II 11, XXI ff.

²¹ Quellen bei *Schubert/Regge* (Fn. 18), Bd. II 11, XXIV ff.

²² Quellen bei *Schubert/Regge* (Fn. 18), Bd. II 11, XXVII ff.

²³ Hierzu und zum Folgenden *Schubert*, in: *Schubert/Regge* (Fn. 18), Bd. II 11, XXVII ff. 1841 hatte Kamptz noch einen dem bisherigen Recht verpflichteten Prozessgesetzbuch aufgestellt (*Schubert/Regge*, Bd. II 10, 1190, 415 ff.).

Bornemann 1848 von Christian Friedrich Koch ausgearbeitete CPO-Entwurf baute die Novelle unter Beibehaltung ihrer Grundsätze zu einer vollständigen Prozessordnung aus²⁴.

Einen ersten Abschluss erlangte die deutsche Prozessgesetzgebung durch die hannoversche Bürgerliche Prozessordnung von 1850²⁵, die unter Berücksichtigung des Genfer Code de procédure civile von 1819 ein „verbessertes französisches Verfahren“ mit „deutschen Einrichtungen“ verband: „In einer eigenständigen Gestaltung wurde auf diese Weise dem mündlichen Verfahren in Deutschland endgültig zum Durchbruch verholfen“. Die mündliche Verhandlung hatte einen umfassenden Einfluss auf die Prozesshandlungen und führte somit zu einer unmittelbaren Verfahrensgestaltung (Herausbildung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes). Gleichzeitig behielt die BPO die mit einer Präklusionswirkung verbundene Zweiteilung des gemeinen Prozesses bei; das Beweisinterlokut sollte nicht mehr selbständig anfechtbar sein, jedoch den Richter binden.

Baden hatte bereits 1831 eine neue „Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ erhalten²⁶, deren Entwurf ausführlich in den Ständen unter Beteiligung von Rotteck und Mittermaier beraten worden war. Nach der Badischen Prozessordnung sollte die Entscheidung der umfangreicheren bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in erster Instanz durch Kollegialgerichte erfolgen. Neben dem bloß mündlichen Verfahren sollte das schriftliche und das Verfahren zum Protokoll insoweit bestehen bleiben, „als es zur Constatirung und Festhaltung der, dem Rechtsstreite zugrunde liegenden Thatsachen und Geständnisse und der Beweise erforderlich“²⁷ war. Strikt durchgeführt waren der Verhandlungsgrundsatz und die Eventualmaxime; gegen das Beweiserkenntnis war kein Rechtsmittel gegeben und dieses für das Gericht nicht bindend (§§ 367, 368 von 1851). Die Grundsätze der PO von 1831 blieben auch in den revidierten Prozessordnungen von 1851 und 1864 bestehen. Neu war 1864, dass die mündliche Verhandlung „in dem Sinne ein ununterbrochenes Ganzes“ bilden sollte²⁸, „das die einzelnen Vorbringen nicht in scharf getrennte Prozesshandlungen zerfallen, so dass die Beendigung des einen Vorbringens jeden Nachtrag zu demselben ausschließt, sondern *Alles*, was bis zum Schlusse der Verhandlung vorgebracht wird“, „als rechtzeitig vorgebracht“ galt, „wenn es auch nach den Regeln der logischen Ordnung des Vortrags früher hätte vorgebracht werden sollen“. Für das Verfahren vor den Kollegialgerichten bestand Anwaltszwang. Die gemeinrechtliche Verfahrenszäsur durch ein Beweisdekret oder Beweisurteil mit Geltung der Eventualmaxime blieb beibehalten.

Für das Königreich Sachsen lag 1865/66 der von einer Prozesskommission beratene Entwurf zu einer bürgerlichen Prozessordnung²⁹ vor, nach dem das Beweisurteil abgeschafft und die Beweisanretung mit den Verhandlungen im ersten Verfahren verbunden werden sollte. Konsequenter war insoweit die Regelung des § 589: „Zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienliche Thatsachen und Rechtsmittel, welche nicht bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung vorgebracht sind, gehen, soweit die Prozessordnung nicht etwas

²⁴ Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für den Preußischen Staat, Nachdruck 1994 (hrsg. von *W. Schubert*); über Koch *W. Schubert*, in: Chr. Fr. Koch, *Der Preußische Civil-Prozeß*, 2. Ausgabe Berlin 1855, Nachdruck Goldbach 1994, V-XIII.

²⁵ Ausführlich zur Hann. BPO *Ahrens* (Fn. 9), 430 ff.; Zitat 483.

²⁶ Überblick bei *W. Schubert* (Hrsg.), *Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden von 1851 und 1864*, Nachdruck Goldbach 1997, Einführung VIII ff.; vgl. ferner *Angelika Scheifele*, *Zivilprozessrecht in Baden 1803 bis 1864*, Diss. Konstanz 2008 (Elektr. Ressource).

²⁷ Verhandlungen der Stände-Versammlung des Großherzogthums Baden im Jahre 1831, Protokolle der 2. Kammer, Heft 28, 389.

²⁸ *Schubert* (Fn. 27), XXVIII.; Zitat aus den Motiven des Gesetzes bei *Ludwig Stempf*, *Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden*, 230.

²⁹ Hierzu mit Wiedergabe der Entwürfe *W. Schubert*, *Entwürfe zu einer bürgerlichen Prozeß-Ordnung für das Königreich Sachsen von 1864 und 1865*, Goldbach 1997, Einführung XXIII ff.

anderes bestimmt, für die Instanz verloren“. In zweiter Instanz sollte die Möglichkeit bestehen, neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (§§ 985, 997 des Entwurfs).

Württemberg und Bayern erhielten noch nach dem Ende des Deutschen Bundes neue Zivilprozessordnungen. Nach der württembergischen ZPO von 1868³⁰ sollte das Verfahren eingeleitet werden mit einem Schriftwechsel unter den Parteien. Die mündliche Verhandlung wurde abgeschlossen entweder mit einem Urteil oder einem Beweisdekret, das nur prozessleitende Funktion hatte, mit dem aber gleichwohl die Eventualmaxime verbunden sein sollte. In der Berufungsinstanz war dagegen neues Vorbringen unbeschränkt zulässig. Ein weiteres Rechtsmittel war grundsätzlich ausgeschlossen.

Der bayerische Zivilprozess richtete sich bis 1870 nach dem gemeinrechtlich orientierten³¹, 1819 und 1837 novellierten Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753. Nach fünf Reformentwürfen führte der Entwurf von 1861/63 zu einer Gesamtreform des Prozessrechts durch die Prozessordnung in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869 (1870 in Kraft getreten), die wesentliche Elemente des französischen Zivilprozesses übernahm. Das Verfahren des ordentlichen Prozesses wurde eingeleitet mit einem außergerichtlichen Schriftwechsel unter Anwaltszwang. Das Beweisurteil war unanfechtbar, d.h. nicht mit Rechtsmitteln angreifbar³²: „Befreit vom Ballast mancher unzulänglicher französischer Formen, besaß dieser bayerische Prozess eine größere Ausstrahlungskraft“ als der Code de procédure civile und „stand gleichwertig neben dem hoch gelobten Genfer Verfahren“. Die bayerische Prozessordnung von 1869 stellte den Höhepunkt der Übernahme des als liberal angesehenen französisch-rheinischen Prozesses dar, der den Wünschen der Anwaltschaft weit entgegen kam. Mit ihr war zugleich über das Schicksal der Entwürfe der Hannoverschen Kommission und des Entwurfs einer CPO für den Norddeutschen Bund entschieden, der noch die Eventualmaxime in allerdings abgeschwächter Form beibehalten wollte.

2. Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts (1861-1879)

Das hannoversche Prozessmodell fand in der zeitgenössischen Diskussion große Beachtung und Zustimmung; jedoch waren seiner Übertragung auf andere Bundesstaaten wegen ihrer unterschiedlichen Traditionen bald Grenzen gesetzt. Die Mittelstaaten des Deutschen Bundes versuchten ab 1859, durch eine Bundeskommission den Entwurf zu einer gemeinsamen CPO ausarbeiten zu lassen. In langwierigen Verhandlungen, die von Baden und Württemberg im Herbst 1860 ausgingen³³, mit den süddeutschen Staaten und Österreich gelang es Preußen nicht, letzteres für seine Sicht der Dinge – Ausarbeitung einer gesamtdeutschen CPO nur im Wege freier Vereinbarung – zu gewinnen. Das Ergebnis war, dass sich Preußen an der am 6.2.1862 von der Bundesversammlung eingesetzten sog. Hannoverschen Kommission zur Beratung einer allgemeinen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten nicht beteiligte. Schon am 25.2.1861 hatte Preußen eine eigene Kommission zur Ausarbeitung einer ZPO eingesetzt³⁴, deren Vorsitzender der auch außerhalb Preußens sehr angesehene zweite Präsident des Kammergerichts Wilhelm Bornemann wurde. Der ZPO-

³⁰ Hierzu mit Nachdruck der Gesetze *W. Schubert*, Die Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg von 1868, 2 Bde., Goldbach 1997, Bd. 1, XXI f.

³¹ Zur Entwicklung in Bayern im 19. Jahrhundert *W. Schubert*, Entwurf der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern von 1825 mit einer Einführung in die Geschichte des bayerischen Zivilprozesses im 19. Jht., Goldbach 1993, IX-XLIII; Nachdruck der Prozessordnung von 1869, von *W. Schubert* (Hrsg.), Goldbach 1993.

³² *Ahrens* (Fn. 9), 650.

³³ Hierzu *W. Schubert*, Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Nachdruck, Frankfurt/Main 1985, Bd. 1, XVII ff.

³⁴ Hierzu *W. Schubert*, Entwurf und Motive einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat von 1864, Goldbach 1994, XXVII ff.; das folgende Zitat XXIX.

Entwurf der Kommission war primär für die innerdeutsche Vereinheitlichungsdiskussion bestimmt. Hierbei ging es, wie es in dem Immediatbericht des Staatsministeriums vom 14.2.1861 an den König heißt, zugleich um „eine Frage der politischen Machtstellung Preußens in Deutschland“. Der Entwurf einer Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat von 1864 war dem französischen Zivilprozess verpflichtet. Das dem Anwaltszwang unterliegende Verfahren vor dem Kollegialgericht erster Instanz sollte mit einem außergerichtlichen Schriftwechsel beginnen, nach dessen Abschluss auf Betreiben einer Partei der Gegner zur mündlichen Verhandlung geladen werden konnte. Die Eventualmaxime war ebenso fallen gelassen wie das den Richter beengende Beweisurteil. Das Appellationsverfahren wurde wie bisher mit vollem Novenrecht ausgestaltet. Vereinfacht, d.h. umgestaltet in eine revisio in iure wurde die Nichtigkeitsbeschwerde der Novelle von 1833, mit der das französische Rechtsmittel der Kassation auf eine nicht sehr glückliche Weise rezipiert worden war. Im Falle der Aufhebung des Urteils war die Sache zwingend an das frühere Gericht oder an ein anderes Gericht derselben Art (§ 680 des Entwurfs) zurückzuverweisen. Der Entwurf wurde von sämtlichen preußischen Obergerichten mit Ausnahme der rheinischen Gerichte und des Appellationsgerichts zu Glogau sowie den meisten Staatsministern scharf abgelehnt.

Die Beratungen der sog. Hannoverschen CPO-Kommission des Deutschen Bundes begannen im November 1862 und endeten erst im März 1866 mit der Vorlage des Entwurfs einer Allgemeinen Deutschen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten (689 Bestimmungen)³⁵, dem 1864 ein Entwurf 1. Lesung vorausgegangen war. Als sich der hannoversche Referent Leonhardt für die Aufnahme des Hannoverschen Prozesses in dem von der Kommission auszuarbeitenden Entwurf aussprach, stieß er selbst bei den gemeinrechtlich orientierten Juristen nicht mehr auf einhellige Zustimmung. Nur mit Mühe konnte das Beweisurteil beibehalten werden, das, weil es den Richter aber nicht mehr binden sollte, damit eines Großteils seiner Wirkungen beraubt war. Nach Abschluss der Beratungen stellte Leonhardt fest, man würde sich in der Annahme sehr täuschen, wenn man bei der Reform des preußischen norddeutschen Zivilprozessrechts den „deutsch-rechtlichen“ Grundsatz der Verfahrensteilung aufrecht erhalten könnte.

Nachdem Leonhardt 1867 das preußische Justizministerium übernommen hatte, stellte Preußen sogleich im Bundesrat den Antrag, einen neuen ZPO-Entwurf durch eine Bundeskommission ausarbeiten zu lassen³⁶. Nur auf diese Weise schien es möglich, die nahezu unüberwindlichen innerpreußischen Meinungsverschiedenheiten über die Prozessrechtsreform zu neutralisieren. Die Mehrheit dieser Kommission legte ihren Beratungen nicht den preußischen, sondern den Hannoverschen Entwurf von 1866 zugrunde. Die gemeinrechtlich und altpreußisch orientierten Juristen stellten die Mehrheit der Kommission dar und hielten an der Eventualmaxime, wenn auch in nur noch abgeschwächter Form fest. Leonhardt, der den Vorsitz in der Kommission kaum wahrgenommen hatte, benutzte die durch den deutsch-französischen Krieg eingetretene Pause dazu, den Entwurf der Kommission umzuarbeiten. Der Ministerialentwurf³⁷, der bis Mitte 1871 im Druck vorlag, fand eine ungewöhnlich allgemeine Anerkennung. Hierzu trug außer seiner Kürze und klaren Gliederung vor allem bei, dass er das Beweisurteil und jegliche sonstigen Formen der Eventualmaxime aufgegeben hatte. Da ein derart ungegliedertes Verfahren ohne Gefahr für die Rechtssicherheit und Pro-

³⁵ Wiedergabe bei *Schubert* (Fn. 33), Bd. 18.

³⁶ Hierzu Text des Entwurfs und Beratungsprotokolle bei *W. Schubert* (Hrsg.), *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes*, Frankfurt a.M.1985, Einführung Bd. 1, XI ff.

³⁷ Dieser Entwurf und die weiteren Quellen bei *W. Schubert*, *Entstehung und Quellen der Civilprozeßordnung von 1877*, Frankfurt a.M. 1987; Einleitung 3 ff.; vgl. auch *Schubert* (Fn. 5).

zessökonomie kaum wiederholbar war, schlug der Entwurf vor, die zweite Tatsacheninstanz für die landgerichtlichen Zivilsachen abzuschaffen und durch die Revision zu ersetzen. Als weiteres Beweismittel war eine Oberrevision vorgesehen, die – ohne Beschränkung durch eine Revisionssumme – lediglich zwei difforme Urteile voraussetzte. Das neue Rechtsmittelsystem bot nach Leonhardt die Chance zu einer durchgreifenden Reform insbesondere der preußischen Gerichtsorganisation.

Der dem Reichskanzler übersandte Entwurf wurde von Bismarck dem Bundesrat überwiesen, der 1871 eine neue Kommission, der Juristen aus Preußen, Sachsen, Bayern, Württemberg und Mecklenburg-Schwerin angehörten, zur Beratung der Entwürfe einsetzte. Die Anhänger des gemeinen und altpreußischen Prozesses waren in der Minderheit. Eine Schlüsselstellung in den Beratungen nahm das bayerische Kommissionsmitglied Schmitt ein, dem es im Wesentlichen zu verdanken ist, dass die Grundlagen des Entwurfs nahezu unverändert blieben. Im Rahmen des zweitinstanzlichen Rechtsmittels der Revision sollte auch die Auslegung von Urkunden zulässig sein. Keinen Erfolg hatte der Wunsch der Mittelstaaten, das letztinstanzliche Rechtsmittel auf das Reichsrecht zu beschränken. Ebenfalls erfolglos waren Anträge, die Revision im Sinne des Leonhardtschen Entwurfs wieder als Berufung mit der Möglichkeit des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweismittel auszugestalten. Die Zulässigkeit neuen Vorbringens in der ersten Instanz bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung wurde nur hinsichtlich der Benennung neuer Zeugen nach Erlass eines Beweisbeschlusses eingeschränkt. Die anschließenden Beratungen im Justizausschuss des Bundesrates von Februar bis Mai 1874 führten zur Ausgestaltung des zweiten Rechtsmittels als Berufung mit der Möglichkeit der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Vor dem Berufungsgericht war der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen neu zu verhandeln (§ 466 der Reichstagsvorlage). Der Difformitätsgrundsatz blieb bestehen, eine Mindestbeschwer für die Revision wurde nicht eingeführt.

Nach § 252 der Reichstagsvorlage sollten Verteidigungsmittel, die von den Beklagten nachträglich vorgebracht wurden, auf Antrag zurückgewiesen werden, „wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Überzeugung gewinnt, dass der Beklagte in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat“. Die grundsätzlich zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörende Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sollte auch einem obersten Landesgericht überwiesen werden können, ein Antrag, den nur Preußen und Braunschweig ablehnten. Die Justizkommission des Reichstags ließ die Revision auch bei zwei konformen Urteilen zu, womit das Erfordernis der Difformität beseitigt war. Gleichzeitig wurde die Zulässigkeit der Revision von einer Beschwer von über 1500 RM abhängig gemacht. In der 2. Lesung des Entwurfs im Reichstag wies Leonhardt auf die „Gefahren“ hin, „daß die CPO, so wie sie liegt, Gefahren in sich trägt“³⁸: „Die CPO beruhe auf dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlungen vor dem zur Entscheidung berufenen Richter. Man kann nun ein sehr lebhafter Vertheidiger dieses Mündlichkeitsprinzips sein, und zu diesen Vertheidigern gehöre ich bekanntlich, und dennoch der Erwägung sich nicht verschließen, dass die Mündlichkeit neben ihren großen durchgreifenden Vortheilen auch Nachtheile mit sich bringt, welche vollständig schwerlich zu überwinden sind.“ Insgesamt liegt der CPO ein „eigenständiger Prozesstyp“ zugrunde (Ahrens, S. 650), der dem justizpolitischen Programm des liberalen Bürgertums und ihrer Rechtsanwaltschaft entsprach.

³⁸ Zitiert nach C. Hahn, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Berlin 1880, 1292.

3. Erste Reformen (1898, 1905, 1910, 1924 und 1933)

Die Diskussionen zur Reform der CPO begannen bereits 1881 mit einer Enquete durch das Reichsjustizamt unter den Bundesstaaten³⁹. Die Reformbestrebungen bis 1885 fasste ein preußischer Entwurf zusammen, nach dem der Anwaltszwang vor den Landgerichten eingeschränkt werden sollte – Bismarck hatte die vollständige Aufhebung des Anwaltszwangs gefordert – und der selbständige Gerichtsvollzieher beseitigt werden sollte. Der Prozessbetrieb und die Zustellungen sollten zumindest für den amtsgerichtlichen Prozess dem Richter übertragen werden. Im Übrigen wurde der Zivilprozess nach der CPO je nach den partikularen Traditionen unterschiedlich gehandhabt. Die von der CPO angestrebte vorrangige Mündlichkeit des Prozesses konnte sich außerhalb der Gebiete des französischen Zivilrechts nicht durchsetzen. Die Reformforderungen des preußischen Staatsministeriums und des Reichsjustizamts in den Jahren 1894/95 betrafen das Zustellungswesen, die Vertagungen, das Verfahren vor den Amtsgerichten und das Mahnverfahren. Im Zusammenhang mit den abschließenden Arbeiten am BGB wurden nur noch die Vorschläge der 2. BGB-Kommission zur Änderung der CPO (Entmündigungsverfahren; Zwangsvollstreckungsrecht) sowie eine Erhöhung der Revisionssumme auf 3000 RM und die Einführung eines Vortermins im landgerichtlichen Verfahren verfolgt. Im Reichstag war dies ebenso wenig durchzusetzen wie die vom Zentrum gewünschte Erweiterung des Amtsbetriebs im Zustellungswesen.

Das Ergebnis der Reformarbeiten war die CPO (jetzt ZPO) vom 10.5.1898 in neuer Paragrafenzählung. Bereits 1905 erfolgte eine erste Reform des Revisionsrechts (Erhöhung der Revisionssumme von 1500 auf 2500 RM; Notwendigkeit einer Revisionsbegründung)⁴⁰. Der Amtsgerichts-Novelle von 1909 ging eine umfangreiche Reformdiskussion voraus. Sie beschränkte sich auf eine Erhöhung der Zuständigkeitsgrenze für amtsgerichtliche Zivilprozesse auf 600 RM, die Einführung des Amtsbetriebs bis auf die Urteilszustellung und auf die Möglichkeit des Gerichts, durch vorherige Anordnungen die mündliche Verhandlung vorzubereiten. Ebenso umstritten war die Reichsgerichts-Novelle von 1910, die nur zur Einführung von sog. kleinen Entlastungsmitteln führte (Anhebung der Revisionssumme auf 4000 RM; Präzisierung der Anforderungen an die Revisionsbegründung). Abgelehnt wurden dagegen die „großen Entlastungsmittel“: Beschränkung in der Nachprüfung tatsächlicher Fragen, Difformitätsgrundsatz, Besetzung der Senate als Spruchkörper mit nur fünf Richtern und Möglichkeit der Zurückweisung der Revision durch Beschluss.

Die Diskussionen zur Reform des Zivilprozessrechts, an denen auch der spätere Leiter des Zivilprozessreferats des RJM Erich Volkmar teilnahm, erreichten 1912/13 ihren Höhepunkt⁴¹. Entlastungsverordnungen von 1915/16 sollten das Verfahren in Zivilsachen beschleunigen. 1924 wurde die Besetzung der Oberlandesgerichts- und Reichsgerichts-Senate als Spruchkörper jeweils um zwei Richter reduziert. Radbruch setzte als Reichsjustizminister im Herbst 1922 eine Kommission ein zur Vorbereitung des Entwurfs einer neuen ZPO unter dem Referat von Volkmar und Sauerländer, die hierzu einen Reformentwurf vorlegten. Zur Eröffnung der Beratungen stellte Radbruch fest⁴²: „Die geltende Prozessordnung stamme aus der Zeit der liberalen Weltanschauung, sie sei aufgebaut auf dem Grundgedanken des freien Spiels der Kräfte im Kampfe ums Recht. Demgegenüber erheische das moderne soziale Zeitalter

³⁹ Hierzu die Quellen bei *W. Schubert*, in: *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Die Beratung des BGB, Einführungsgesetz zum BGB und Nebengesetze, Berlin 1990, 5 ff., 994-1493.

⁴⁰ Hierzu *Jürgen Damrau*, Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung 1877, Paderborn 1975, 179 ff., 228 ff.; *Schubert*, ZS für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 2, 167 ff.

⁴¹ Hierzu und zum Folgenden *W. Schubert*, Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit. Quellen zur Emminger-Zivilprozessordnung vom 13.2.1924 und zu den Arbeiten der ZPO-Kommission des Reichsjustizministeriums (1922-1930), Frankfurt a.M. 2005, XIV ff.; Zitat S.290 der Kommissionssitzung vom 26./27.10.1922.

⁴² *Schubert* (Fn. 41), 290 f.

auch auf dem Gebiet der Rechtspflege vor allem eine fürsorgende Tätigkeit des Staates; neben die streitentscheidende Tätigkeit müsse eine vorbeugende Tätigkeit, neben die Rechtschirurgie die Rechtshygiene treten.“ Vor allem müsse die jetzt von einer streng individualistischen Grundanschauung beherrschte Zwangsvollstreckung in eine von einem sozialen Geiste erfüllte privatrechtliche Verwaltungstätigkeit umgestaltet werden. Im Hinblick auf die in der Inflation als besonders gravierend empfundene lange Dauer der Zivilprozesse wurde die Prozessreform teilweise durch die in den Gesetzgebungsgremien (Rechtsausschüsse des Reichsrats und des Reichstags) beratene, und später in der Öffentlichkeit sehr umstrittene Verordnung vom 13.2.1924 über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten⁴³ vorweggenommen. Sie führte zu folgenden Änderungen: Beseitigung der Parteiherrschaft über die Fristen und Termine, Aktenlageentscheidung und Möglichkeit der Anordnung des Ruhens des Verfahrens, Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Zulässigkeit nachgereichter Schriftsätze, Erweiterung der Möglichkeit der Zurückweisung nachträglich vorgebrachter Angriffs- und Verteidigungsmittel, Vorbereitung der Entscheidung durch Einzelrichter sowie Einschränkung neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz und Zwang zur Begründung der Berufung.

Die Beratungen der ZPO-Kommission des Reichsjustizministeriums wurden bis 1930 fortgesetzt, ohne dass diese den 1931 durch das RJM veröffentlichten Entwurf einer ZPO⁴⁴ im Ganzen gebilligt hatte. Im Entwurf waren die Regelungen für den Prozessverlauf nicht mehr am landgerichtlichen, sondern am amtsgerichtlichen Verfahren ausgerichtet. Nach Volkmar war der „Einzelne nicht mehr als ein ganz für sich alleinstehendes Wesen“ zu betrachten, sondern „entscheidendes Gewicht auf seine Gemeinschaftsgebundenheit“ zu legen⁴⁵: „Wenn wir auch keineswegs verkennen, dass es sich im Zivilprozess um Privatinteressen handelt, so ist doch der Prozess nicht des Einzelnen wegen, sondern zur Wahrung der Rechtssicherheit, zum Rechtsschutze da. Ein wirksamer Rechtsschutz verlangt einen geordneten und schleunigen Prozessgang. Die hohe Wohlfahrtsaufgabe des Staates darf nicht unter übertriebener Rücksichtnahme auf den Parteiegoismus leiden“. Der Entwurf verschärfte die Möglichkeit der Zurückweisung verspäteten Vorbringens in der ersten und zweiten Instanz. Die Zurückweisung einer Revision sollte auch ohne mündliche Verhandlung erfolgen können. Vorgesehen waren ferner die Einführung der Wahrheitspflicht und die Beseitigung des Parteieids durch die Parteivernehmung. Das Mahnverfahren sollte nicht mehr das Klageverfahren, sondern die Zwangsvollstreckung einleiten. Diese sollte bei einem Vollstreckungsgericht (Amtsgericht) konzentriert werden (Abschaffung des selbständigen Gerichtsvollziehers, der vom Vollstreckungsgericht mit der Durchführung der Mobiliarovollstreckung beauftragt werden sollte). Über die Art der Durchführung der Zwangsvollstreckung sollte grundsätzlich das Vollstreckungsgericht entscheiden, das auch Ermittlungsbefugnisse haben sollte.

Ein Gesetz vom 23.10.1933⁴⁶ setzte einige Regelungen des Entwurfs von 1931 in Kraft: Straffere Zusammenfassung des Streitstoffes, Anhebung der Revisionssumme auf 6000 RM, Abschaffung des Parteieides und der Wahrheitspflicht, womit die materielle Gerechtigkeit gefördert werden sollte. In der Besprechung der Novelle stellte Volkmar fest⁴⁷, dass die Grundgedanken der Prozessnovelle 1924 „von der heutigen Staatsauffassung ... völlig anders als bei ihrer Entstehung beurteilt“ werden müssten: „Sie erscheinen heute nicht mehr als in ein bewährtes Rechtssystem eingefügte fremde Gedanken, sondern als die notwendi-

⁴³ RGBl. I 1924, 135 ff.; auch bei *Schubert* (Fn. 41), 167 ff.

⁴⁴ Erschienen unter dem Titel „Entwurf einer Zivilprozeßordnung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium“, Berlin 1931.

⁴⁵ *Volkmar*, *Judicium* 1932, Sp. 277.

⁴⁶ RGBl. I 1933, 780.

⁴⁷ *Volkmar*, *JW* 1933, 2427 f.

ge Beseitigung verhängnisvoller Reste einer überwundenen egoistischen Weltanschauung“. Volkmar versuchte nachzuweisen, dass die neuen Bestimmungen „nichts weiter bedeuten als die Anwendung der unsere Volkserhebung tragenden Gedanken auf das Prozessverfahren“. Der „innerste Grund“ für die „verfehlte Grundeinstellung“ des alten Rechts war nach ihm die „liberalistische Gedankenwelt, aus der es stammte, der Grundsatz vom *laissez faire laissez aller*. Es war der Gedanke vom freien Wechselspiel der Kräfte, demzufolge dem Einzelegoismus unbeschwert von obrigkeitlicher Leitung breiter Betätigungsraum gelassen werden sollte.“

4. Der Zivilprozess unter dem Nationalsozialismus. Reformdiskussion und gesetzliche Änderungen

Zwischen Anfang 1934 und Anfang 1942 befasste sich der Ausschuss bzw. Unterausschuss der Akademie für Deutsches Recht für Bürgerliche Rechtspflege mit der Reform des Zivilprozesses und der Zwangsvollstreckung⁴⁸, zunächst unter dem Vorsitz des Rechtslehrers Wilhelm Kisch, anschließend von Friedrich Lent und Erich Volkmar, der den Vorsitz in den Beratungen des Unterausschusses ab Januar 1940 an Lent abgab. Der ZPO-Entwurf von 1931 spielte in allen Beratungen eine zentrale Rolle, die sich bis März 1934 mit dem allgemeinen Verfahrensrecht und danach bis Januar 1935 mit dem Zwangsvollstreckungsrecht befassten⁴⁹. Die Diskussionen hielten sich grundsätzlich im Rahmen der Reformdiskussion der Zeit bis 1933, waren jedoch nicht unbeeinflusst vom nationalsozialistischen Zeitgeist. Nach Kisch war die Parteinahme für einen starken Richter nicht als Aufweichung der Verhandlungsmaxime zu verstehen. Von Mai 1934 bis Oktober 1937 setzte sich der Ausschuss sehr breit mit der Reform des Zwangsvollstreckungsrechts nach dem Entwurf von 1931 auseinander, deren Notwendigkeit von Volkmar und Jonas mit der „Grundrichtung“ der neuen Staatsauffassung gerechtfertigt wurden, so dass die Beratungen nicht frei waren von einer gewissen Färbung durch die nationalsozialistische Ideologie. 1934 hatte Volkmar aus Anlass der Lex Köppen⁵⁰ festgestellt, dass sich nirgends die „liberalistische Einstellung der alten ZPO verhängnisvoller“ auswirke „als im Vollstreckungsrecht“: „Ein Recht, dass die Vollstreckung als einen Kampf zwischen Gläubiger und Schuldner ansieht, bei dem der Staat lediglich die Grenzen der Befugnisse der beiden Streitparteien absteckt und wahrt, im Übrigen aber den Parteien gestattet, innerhalb der gesetzlichen Grenzen ihre Rechte und Gegenrechte hemmungslos durchzusetzen, kann zu keinen befriedigenden Ergebnissen führen.“ Wichtigster Streitpunkt war die Stellung des Gerichtsvollziehers⁵¹, hinsichtlich der man sich darauf einigte, dass beide Vollstreckungsorgane, „soweit nicht besondere Anweisungen vorlägen, nach eigenem Ermessen und unter eigener Verantwortung, also selbständig handeln“. Der Gläubiger sollte auch die Möglichkeit haben, den Vollstreckungsantrag beim Gerichtsvollzieher zu stellen. Sehr umstritten war die Verallgemeinerung der 1934 erlassenen Vollstreckungsschutzklausel, die nach Meinung der Mehrheit der Ausschussmitglieder nicht dazu führen sollte, ein rechtskräftiges Urteil zu korrigieren. Soweit feststellbar wurde die Reform des Zwangsvollstreckungsrechts im RJM nicht weiter betrieben, vielleicht deshalb, weil Grundentscheidungen des Entwurfs von 1931 nach Meinung der Ausschussmehrheit zwar nicht unerheblich modifiziert werden sollten, jedoch die liberal-rechtsstaatliche Ausrichtung des Zwangsvollstreckungsrechts nicht vollständig aufgegeben werden sollte.

⁴⁸ Protokolle des Ausschusses für Bürgerl. Rechtspflege bei *W. Schubert*, Akademie für Deutsches Recht, Bde. VI und XXI, Frankfurt a.M. 1997 und 2013.

⁴⁹ Protokolle in Bd. VII der Akademieedition, Frankfurt a.M. 2008, 228 ff.; hier auch die Protokolle der Beratungen zur Reform der Vergleichsordnung, 1-176.

⁵⁰ RGBl. I 1934, 1234. Diese Lex brachte eine vollstreckungsrechtliche Missbrauchsklausel; das folgende Zitat von *Volkmar*, JW 1934, 1622 f.; vgl. auch *W. Schubert*, SavZRG, Germ. Abt. 121 (2004), 350 ff., 398 ff.

⁵¹ Hierzu *Schubert* (Fn. 50), 368 ff.; Quellen in Bd. XVII der Akademieedition (Fn. 49).

In den Ausschussberatungen von Ende 1937 und von Ende 1941 bis November 1942 ging es um die insbesondere von Jonas gewünschte Einschränkung der Verhandlungsmaxime. In der letzten Sitzung des Ausschusses am 21.11.1942 sprach sich der Ausschuss dahin aus⁵², dass die Verhandlungsmaxime auch im „künftigen Prozessrecht“ beizubehalten sei, mit der Begründung, „dass es nicht Aufgabe einer nationalsozialistischen Prozessreform sein könne, die Initiative der Parteien im Zivilprozess zu verkümmern und derart auf das Gericht zu übertragen, dass dieses von sich aus unter Umständen über den Kopf der Parteien hinweg, den Sachverhalt zu ermitteln habe“. Eine selbständige Ermittlungsfunktion sollte dem Gericht nur zustehen, „als es sich um Umstände handelt, deren Nichtberücksichtigung dem öffentlichen Interesse entgegenstehen würde“. Einig war man sich ferner darüber, dass es wünschenswert sei, die bisher in § 138 Abs. 1 ZPO enthaltene kurze Vorschrift über die Wahrheitspflicht der Parteien näher auszugestalten und auch die Wirkungen dieser Vorschrift näher festzusetzen, z.B. klarzustellen, dass das Gericht an ein der Wahrheitspflicht widersprechendes Geständnis nicht gebunden sei. Hinsichtlich der Bindung des Richters an die von den Parteien gestellten Anträge könne man „auch in Zukunft nur insoweit abgehen“, „als das materielle Recht dem Richter die Möglichkeit gebe, das Rechtsverhältnis der Parteien so frei zu gestalten, wie es zur Zeit im Vertragshilfeverfahren bei der Herabsetzung einer Konventionalstrafe möglich sei“.

Im Übrigen befasste sich der Ausschuss bis 1941 mit folgenden Materien: Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Gütetermin, Probleme des Einzelrichters, Mahnverfahren, deutsch-österreichische Rechtsangleichung, Partei kraft Amtes, Streitgegenstand, Zustellungsverfahren, Zuständigkeit, Rechtshängigkeit, Feststellungsklage und Klage auf künftige Leistung, Rechtskraft, Beschränkung des Vortrags in der Berufungsinstanz, Beweis durch Parteivernehmung, Umfang der Rechtskraft, Urkundenprozess, Behandlung verspäteten Vorbringens im ersten Rechtszug, Schiedsgerichtsverfahren, Streitgenossenschaft und Beteiligung Dritter am Rechtsstreit, Rechtsmittel (Berufung und Revision), Wiederaufnahme des Verfahrens, Rechtskraft, Prozessvoraussetzungen, Bindung des Gerichts an Parteivereinbarungen, sowie Beschwerde. Die Beratungen fanden ab Juli 1938 unter Beteiligung österreichischer Juristen statt, die Regelungen aus dem österreichischen Zivilprozessrecht nur am Rande durchsetzen konnten. An dem Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in Zivilsachen vom 15.7.1941 war der Ausschuss nicht beteiligt. Die Vereinfachungsverordnungen zum Zivilprozess vom 16.5.1942 und vom 12.1.1943 berücksichtigten einige Vorschläge des Ausschusses.

Insgesamt sind die Beratungen des Ausschusses und dessen Beratungsergebnisse nicht frei von Einflüssen des nationalsozialistischen Rechtsdenkens, die insbesondere von Jonas und Staud ausgingen. Von diesen Einschränkungen abgesehen stehen die Beratungen bis Mitte 1941 in der Kontinuität der Reformdiskussion der Vorkriegszeit und der Weimarer Zeit. Sie behandelten Themen, die auch seit den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts die Zivilprozessreform bis heute bestimmen, Nicht mehr gilt dies für die Beratungsergebnisse des von Thierack (Reichsjustizminister) 1943 eingesetzten ADR-Sonderausschusses „Wahrheitsermittlung im Streitverfahren“⁵³ (Vorsitzender war Altstötter, der Nachfolger des in den vorzeitigen Ruhestand versetzten Ministerialdirektors Volkmar), der sich mit der Frage befasste, „ob und wie im Zivilprozess die Stellung des Richters erheblich verstärkt und jener im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit angenähert, aber vor allem durch notfalls amtswegige Klärstellung des Sachverhalts eine weitest gehende Übereinstimmung zwischen Urteil und wahrer materieller Rechtslage erzielt werden könne, um so die Garantien für eine richtige und gerechte Entscheidung zu verstärken.“ Mehrheitlich trat der neue Ausschuss für eine Gene-

⁵² W. Schubert, Akademieedition, Bd. VI, 370 f.

⁵³ Beratungsprotokolle und sonstige Unterlagen bei Schubert, Akademieedition Bd. VI, 373 ff., Zitat 373.

ralklausel ein⁵⁴, „die es dem Richter ganz allgemein gestatte, Entscheidungen zu vermeiden, die im Ergebnis dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechen“. Allerdings machten einige Ausschussmitglieder nachdrückliche Warnungen geltend, und zwar insbesondere Pagenstecher in seinem Widerspruch gegen die vorgeschlagene Generalklausel, der an Klarheit nichts zu wünschen übrig ließ. Die Beschlüsse des Ausschusses fanden in einer Denkschrift vom Oktober 1943 ihren Niederschlag und wurden in Referentenentwürfe des RJM übernommen⁵⁵, jedoch bis Kriegsende nicht weiter verfolgt. In die Zukunft wiesen die Vorschläge zur Berufung und Revision, wie die Gesetzesnovellen von 1976 zeigen. Von 1943 bis Mitte 1944 befassten sich weitere Ausschüsse und Ämter des Reichsjustizministeriums⁵⁶ mit der Einführung von Friedens- bzw. Schöffenrichtern, die auch in geringfügigen zivilrechtlichen Streitigkeiten, ohne die Möglichkeit eines Rechtsmittels, entscheiden sollten, mit den Aufgaben der Verteilung zwischen Richter und Rechtspfleger, einer Materie, die erst durch das Rechtspflegergesetz von 1969 neu geordnet wurde, und mit der Neuordnung der Stellung des Richters – geplant war ein Deutsches Richtergesetz – und der Gerichtsverfassung. Die Reformdiskussion der Zeit zwischen 1931 und 1944 zum Zivilprozess (einschließlich des Zwangsvollstreckungsrechts) ist bisher weder zusammenfassend noch für einzelne Bereiche (z.B. Berufung, Revision, Versäumnisurteil) behandelt worden.

Nach der Novelle vom 23.10.1933 erging zunächst unter dem 24.10.1934 (RGBl. I, 1070) ein Gesetz, das folgende Änderungen im Zwangsvollstreckungsrecht brachte: Erweiterung des Vollstreckungsschutzes in § 811 ZPO, Einbau der Bestimmungen über die Lohnpfändung und den dabei zu beobachtenden Pfändungsschutz in die ZPO (§§ 850-850 g ZPO; Verhinderung von Missbräuchen, Wegfall der Kahlpfändung, Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen aus freien Berufen)⁵⁷. Hinzu kam noch – wie erwähnt - eine Generalklausel zur Verhinderung von missbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten (Gesetz vom 13.12.1934; heute in § 765 a ZPO enthalten). Mit der Lohnpfändungsverordnung vom 30.10.1940⁵⁸ wurde das Lohnpfändungsrecht wieder aus der ZPO herausgenommen. Sie brachte die Gleichbehandlung aller Bezieher von Arbeitseinkommen, insbesondere die Gleichbehandlung von Beamten, Angestellten und Arbeitern (mit Gesetz vom 20.8.1953 wieder in die ZPO übernommen, §§ 850-850 i ZPO).

Die Verordnung vom 1.9.1939 über Maßnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Streitverfahrens, der Zwangsvollstreckung usw. (RGBl. I, 1657) führte zur Besetzung der Zivilkammern des Landgerichts und der Kammern für Handelssachen mit nur einem Richter. Die Wertgrenze für die Zuständigkeit der Amtsgerichte wurde auf 1500 RM festgesetzt. Weitere Wertgrenzen wurden festgesetzt für die Zulässigkeit der Berufung auf 500 RM und für die Zulässigkeit der Revision auf 10.000 RM, wobei die Oberlandesgerichte auch über das Rechtsmittel der Berufung entscheiden sollten. Eine 2. Vereinfachungsverordnung vom 18.9.1940 (RGBl. I, 1253) stellte die Besetzung der landgerichtlichen Zivilkammern mit drei Richtern in Berufungssachen wieder her. Die 3. VereinfachungsVO vom 16.5.1942 (RGBl. I, 333) setzte die Wertgrenze für Berufungen erneut auf 500 RM fest. Offensichtlich unbegründete Berufungen und Revisionen konnten durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung verworfen werden. Neues Vorbringen wurde im Berufungsverfahren erheblich eingeschränkt. Eine 4. VereinfachungsVO vom 12.1.1943 (RGBl. I, 7) vereinfachte die Klagerücknahme, die in Zukunft dem Gericht gegenüber erklärt werden musste. Das Berufungsverfahren wurde

⁵⁴ Tagungsbericht vom 15.-17.4.1943 bei *W. Schubert*, Akademieedition, Bd. VI, 414.

⁵⁵ Wiedergegeben bei *Schubert*, Akademieedition, Bd. VI, 481 ff., 514 ff.

⁵⁶ Die Quellen zu den Beratungen der Ämter bei *W. Schubert*, Akademieedition, Bd. VI, 527-832.

⁵⁷ *Marc Ludwig*, Der Pfändungsschutz für Lohneinkommen. Die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Vorschriften zum Schutz vor Lohnpfändung in Deutschland, Frankfurt a.M. 2001, 174 ff.

⁵⁸ *Ludwig* (Fn. 57), 184 ff.

erheblich gestrafft: Wegfall der Berufungsbegründung, Festlegung der Anträge mit Ablauf der Berufungsfrist, Beseitigung der Anschlussberufung, Unzulässigkeit einer Klageänderung und erhebliche Einschränkung der Zurückverweisung. – Nach einem Gesetz vom 15.7.1941 (RGBl. I, 1941, 383) war der Staatsanwalt zur Mitwirkung in bürgerlichen Rechtssachen der ordentlichen Gerichte befugt, „um die vom Standpunkt der Volksgemeinschaft im Verfahren und bei der Entscheidung zu berücksichtigende Umstände geltend zu machen“. Der Staatsanwalt konnte an allen Verhandlungen teilnehmen, Tatsachen und Beweismittel vorbringen und sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern. In rechtskräftig entschiedenen bürgerlichen Rechtssachen der ordentlichen Gerichte konnte „der Oberreichsanwalt beim Reichsgericht binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen, wenn gegen die Nichtigkeit der Entscheidung schwerwiegende rechtliche oder tatsächliche Bedenken bestehen und er wegen der besonderen Bedeutung der Entscheidung für die Volksgemeinschaft die erneute Verhandlung und Entscheidung für erforderlich“ hielt. Über den Wiederaufnahmeantrag hatte der Große Senat für Zivilsachen beim Reichsgericht durch Beschluss zu entscheiden. In der erneuten Verhandlung, die als Fortsetzung des früheren Verfahrens galt, war das Gericht an die rechtliche und tatsächliche Beurteilung gebunden, die das Reichsgericht seinem Beschluss zugrunde gelegt hat.

5. Die Entwicklung des Zivilprozessrechts von 1945-2014

Für die Zeit seit 1945 fehlt es an einer umfassenden Monographie über die Entwicklung des Zivilprozessrechts und dessen Praxis. Von 1945-1950 war die Entwicklung des Zivilprozessrechts⁵⁹, insbesondere die Abschaffung der unter dem Nationalsozialismus ergangenen Änderungen nicht einheitlich. Erst das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 und ein Gesetz vom 20.8.1953 (BGBl. 1950, 453; 1953, 952) brachte die Vereinheitlichung des Zivilprozess- und des Zwangsvollstreckungsrechts unter weitgehender, jedoch nicht vollständiger Wiederherstellung des vor 1934 geltenden Prozessrechts. Die Zivilkammern waren wieder mit drei Richtern zu besetzen. Die Streitwertgrenze für die amtsgerichtliche Zuständigkeit wurde auf 1000 DM, die Berufungssumme auf 50 DM und die Revisionssumme auf 6000 DM festgesetzt mit der Möglichkeit, dass das OLG die Revision bei einer geringeren Beschwerde zulassen konnte. Der Amtsbetrieb blieb im Verfahren vor den Landgerichten bestehen entsprechend der Verordnung vom 12.1.1943. Hinsichtlich des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren wurde der frühere Rechtszustand wieder hergestellt.

Detaillierte Vorschläge zur Reform des Gerichtsverfassungs- und des Zivilprozessrechts unterbreitete die vom BMJ eingesetzte Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1955-1961)⁶⁰. Mitglieder der Kommission waren u.a. *H. A. Ruscheweyh* (Präsident des Hanseatischen OLG), *E. Wolf* (Präsident des OHG für die britische Zone bis 1950), *F. Baur* (Prof. in Tübingen), *Coing* (Prof. in Frankfurt/Main), *B. Heusinger* (Präsident des OLG Celle, 1960 des BGH) und *H. Weinkauff* (Präsident des BGH ab 1950). Nach den Vorschlägen der Kommission sollten Amtsgerichte und Landgerichte zwar nicht zu einem einzigen Gericht zusammengefasst werden, jedoch sollten daneben noch Friedensgerichte geschaffen werden, deren Urteile unanfechtbar sein sollten. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte sollte für Prozesse bis zu einem Streitwert von 2000 DM erhöht und die Richterzahl bei den Landgerichten erheblich vermindert werden. Die Revision sollte auf Sachen von grundsätzlicher Bedeutung beschränkt werden, wobei dies stets anzunehmen war, wenn das Berufungsgericht von einer Entscheidung des BGH oder von einer Entscheidung eines anderen

⁵⁹ Hierzu und zum Folgenden den Überblick bei *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO, 19. Aufl. Bd. 1, 1972, Einf. S. 45 ff. (*Pohle*).

⁶⁰ Zum Folgenden *Book* (Fn. 11); Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Berlin 1961.

OLG abwich. Die erstinstanzlichen Zivilkammern sollten künftig nur noch mit Einzelrichtern besetzt sein.

1964 setzte der damalige Bundesjustizminister Bucher drei Kommissionen ein: die Kommission für Gerichtsverfassungsrecht und Rechtspflegerecht, die Kommission für das Zivilprozessrecht und die Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich des Beurkundungsrechts⁶¹. Eine Unterkommission der GVG-Kommission erarbeitete den Entwurf zu einem neuen Rechtspflegergesetz, der die Grundlage für das Rechtspflegergesetz von 1969 (BGBl. I 1969, 2065) bildete. Die Hauptkommission sprach sich zugunsten eines dreigliedrigen Gerichtsaufbaus (mit Friedensrichtern) aus. Die Vorschläge zu den 1976 eingeführten Familiengerichten⁶² am Amtsgericht gehen auf eine gemischte Kommission zurück. Aus den Arbeiten der FGG-Kommission sind das bahnbrechende Beurkundungsgesetz von 1969⁶³ und der Entwurf zu einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit von 1978 hervorgegangen, der jedoch nicht weiter verfolgt wurde. Die ZPO-Kommission legte keinen Entwurf zu einer vollständigen Neufassung der ZPO, sondern nur zahlreiche Änderungsvorschläge vor (Bericht von 1977). Unter Verwertung der Arbeiten dieser Kommission brachten ein Gesetz vom 20.12.1974 (BGBl. I, 3651) den allein entscheidenden Einzelrichter, ein Gesetz vom 8.7.1975 (BGBl. I, 1863) eine grundlegende Umgestaltung des Revisionsrechts und die sog. Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976 (Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren; BGBl. I, 3281) zahlreiche weitere Änderungen der ZPO. Nach der Novelle von 1976 sollte eine Konzentration der mündlichen Verhandlung herbeigeführt⁶⁴, das Versäumnisverfahren vereinfacht⁶⁵, das Mahnverfahren automatisiert und die Abfassung von Urteilen vereinfacht werden. Die Novellen 1975/76 sind ebenso wie die folgenden Novellen rechtshistorisch nicht aufgearbeitet.

Weniger umfangreiche Änderungen brachten das Rechtspflegegesetz vom 17.12.1990 (BGBl. I 2847) und das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege von 1993⁶⁶. Eine erneute große Reform des Zivilprozessverfahrens erfolgte durch das ZPO-Reformgesetz vom 27.7.2001 (BGBl. I, 1206)⁶⁷, das folgende Reformschwerpunkte aufweist: Berufung nur noch als Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung (Berücksichtigung neuer Tatsachen nur noch in engen Grenzen), Ersetzung des Mischsystems von Zulassungs- und Streitwertrevision durch die Zulassungsrevision und die Nichtzulassungsbeschwerde (letztere bei Beschwer von über 20.000 Euro) sowie eine Stärkung der ersten Instanz (originärer Einzelrichter; Neuordnung der materiellen Prozessleitungsbefugnis [§ 139 ZPO]). Für die Zulässigkeit der Berufung ist maßgebend eine Beschwer von über 600 Euro; eine Zulassung durch den iudex a quo (§§ 521, 522 ZPO) ist möglich. Durch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von 2008 (BGBl. I, 2586) wurde das gesamte Familienverfahrensrecht aus der ZPO (6. Buch) ausgegliedert. Insgesamt stehen die ZPO-Reformen von 1974 an (insbesondere auch das Gesetz zur Reform der Sachaufklä-

⁶¹ Die Protokolle dieser Kommission sind rechtshistorisch weitgehend noch nicht aufgearbeitet und befinden sich im Bundesarchiv Koblenz und in der Bibliothek des BGH (Karlsruhe).

⁶² Hierzu die Quellenedition von *W. Schubert*, Die Reform des Ehescheidungsrechts von 1976, Frankfurt a.M. 2007, LII ff.

⁶³ Hierzu ausführlich *Sylvia Scharfenberg*, Die Entstehungsgeschichte des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969, Frankfurt a.M. 2003, 142 ff.

⁶⁴ Einen Teilaspekt behandelt *Bert-Hagen Strodthoff*, Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive, Frankfurt a.M. 2004, 217 ff.

⁶⁵ *W. Schubert*, Zur Rechtsgeschichte des Versäumnisurteils in der ZPO und zur weiteren Entwicklung bis zur Novelle von 1976, in: Festschrift für Egon Schneider, Herne/Berlin 1997, 65 ff.

⁶⁶ Hierzu und zum Folgenden die Übersicht im Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, Bd. 1 Rdn. 31-32 (*Thomas Rauscher*).

⁶⁷ Hierzu der Materialienband von *Bruno Rimmelspacher*, Zivilprozessreform 2002, München 2002.

rung in der Zwangsvollstreckung vom 29.7.2009, BGBl. I, 2258) in der Kontinuität der Reformdiskussion der Weimarer und der NS-Zeit⁶⁸, was allerdings bisher kaum näher thematisiert wurde.

III. Nichtprozessuale, einvernehmliche Streitbeilegung

1. Streitbeilegung durch Schiedsgerichte

Kennzeichnend für die Schiedsgerichtsbarkeit ist der Verzicht der Parteien einer Schiedsgerichtsvereinbarung auf ihren „Justizgewährungsanspruch“. Die geschichtliche Behandlung des Schiedsgerichtsverfahrens in Deutschland ist 1930 von *H. Krause* in einer Monographie behandelt worden⁶⁹, die für das 19. Jahrhundert noch einiger Ergänzungen bedarf. Die Kodifikationsgeschichte von der CPO an bis zur ZPO-Novelle von 1933 ist beschrieben bei *Y. Zieren*⁷⁰, der auch die Genfer Abkommen von 1923/27 behandelt. Eine zusammenfassende Geschichte zum Schiedsverfahrensrecht unter Einbeziehung der internationalen Entwicklung für die Zeit ab 1945 fehlt ebenso wie eine rechtshistorische Erschließung der Schiedsgerichtspraxis.

Schiedsgerichte waren bereits im römischen und kanonischen Recht anerkannt und wurden durch das gemeine Recht näher ausgestaltet. Neben dem arbiter, der nach geltendem Recht zu entscheiden hatte, war auch der arbiter ex aequo et bona anerkannt; sowohl in der preußischen AGO, als auch im Code de procédure civile (Art.1003 ff.) finden sich Regelungen über Schiedsgerichte. Nach französischem Recht hatten die Schiedsmänner nach geltendem Recht zu entscheiden, es sei denn, der Vertrag erlaubte ihnen, prononçer comme amiables compositeurs. Nach der AGO hatten die Schiedsrichter sowohl bei der Erörterung, als auch bei der Entscheidung der Sache die „wesentlichen Vorschriften der Landesgesetze“ zu befolgen (I.2 § 171). Rechtsmittel konnten die Parteien sowohl nach französischem als auch nach preußischem Recht einlegen, es sei denn, sie hätten im Schiedsvertrag darauf verzichtet. Nach dem Code de commerce waren Zwangsschiedsgerichte für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vorgesehen, deren Entscheidungen der Appellation unterworfen waren. Dieser handelsrechtlichen Regelung schlossen sich an das badische Recht, der Entwurf eines HGB von 1839 für Württemberg und der preußische HGB-Entwurf von 1857⁷¹, der allerdings Zwangsschiedsgerichte ablehnte und Rechtsmittel gegen schiedsrechtliche Urteile zuließ, es sei denn, die Parteien hätten auf die Rechtsmittel verzichtet. Insgesamt kann man nach *Krause* von einem „Aufschwung“ der Schiedsgerichte im 19. Jahrhundert sprechen, die besonders im handelsrechtlichen Bereich in Preußen, Sachsen und Württemberg verbreitet waren (ständige Börsen-, Versicherungsschiedsgerichte sowie Handelsschiedsgerichte von Kaufmannschaften).

Die CPO von 1877 brachte die einheitliche Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens (§§ 851 ff. CPO, §§ 1025 ff. ZPO 1898)⁷². Die CPO-Regelung beruht auf einer Auseinandersetzung mit der ZPO Bayerns von 1869, dem preußischen CPO-Entwurf von 1864 und dem CPO-Entwurf des Norddeutschen Bundes. Neu gegenüber dem bisherigen Recht war, dass Schiedsgerichtsvereinbarungen auch zulässig waren, wenn sie sich auf *künftige*

⁶⁸ Hierzu *W. Schubert*, in: Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung 2010, 123 ff.

⁶⁹ *Hermann Krause*, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Schiedsgerichtswesens in Deutschland, Berlin 1930.

⁷⁰ *York Zieren*, Das Schiedsgerichtsverfahren der ZPO (1877-1933) unter Berücksichtigung der Genfer Übereinkommen von 1923 und 1927 sowie der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frankfurt a.M. 2013.

⁷¹ Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, Berlin 1857, neu hrsg. von *W. Schubert*, Frankfurt a.M. 1986, §§ 1046 ff. – Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg, 2 Bde., Stuttgart 1839, neu hrsg. von *W. Schubert*, Frankfurt a.M. 1986, §§ 826 ff.

⁷² Hierzu *Y. Zieren* (Fn. 70), 50 ff.

Rechtsstreitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bezogen (vgl. § 1362 preuß. Entwurf, § 1319 Abs. 2 [sog. accessorischer Schiedsvertrag], § 852 CPO). Anders als nach französischem Recht brauchten die Schiedsrichter nicht von vornherein festzustehen (§ 854 Abs. 3 CPO: Ernennung eines Schiedsrichters durch das zuständige Gericht, falls die Gegenpartei keinen Schiedsrichter benannt hat). Der Schiedsvertrag trat nach § 859 Ziff. 2 CPO außer Kraft, wenn die Schiedsgerichte anzeigten, dass es unter ihnen Stimmengleichheit gegeben habe (anders die AGO; wie die CPO der preuß. CPO-Entwurf und die bayr. CPO Art. 1319). Hinsichtlich der Einhaltung von Verfahrensbestimmungen stellten die Motive des preuß. CPO-Entwurfs fest, den Schiedsrichtern sei „in Bezug auf das Verfahren die freieste Stellung einzuräumen, sie von der Befolgung der Prozedurvorschriften zu entbinden und nur im Allgemeinen zu verpflichten, nicht ohne vorherige Anhörung der Parteien und ohne vorherige Ermittlung des Sachverhältnisses ... zur Abfassung des Urtheils zu schreiten“ (S. 333). Dieser Regelung folgte auch die CPO, die lediglich die Einhaltung von verfahrensrechtlichen Mindeststandards verlangte (§ 867; Gewährung rechtlichen Gehörs, Begründung des Schiedsspruchs). Erstmals im CPO-Entwurf von 1870 war die Bindung an das materielle Recht aufgegeben, dem wohl auch die CPO von 1877 folgte⁷³: „Die Parteien, indem sie auf die Entscheidung eines Schiedsgerichts kompromittiren, wollen den Schwierigkeiten und Verwickelungen entgehen, welche sich aus der Anwendung des positiven Rechts ergeben; sie wollen, dass unter ihnen Rechtens sei, was die Schiedsrichter nach ihrer gewissenhaften Überzeugung ... bestimmen werden. Sie werden daher regelmäßig die Schiedsrichter als die gütlichen Vermittler ihres Streits ... betrachten und sie müssen diese Anschauung haben, wenn sie mit dem Schiedsrichteramt Personen betrauen, welche der Rechte nicht kundig sind“. Jedoch enthielt die CPO-ZPO keine ausdrückliche Regelung dieser Frage, so dass das Reichsgericht 1929 sich für die Bindung der Schiedsrichter an das materielle Recht aussprach (JW 1929 S. 1862 Nr. 2); dem folgten auch der BGH und der Gesetzgeber von 1997, der in § 1051 ZPO n.F. (1997) eine ausdrückliche Regelung zur Anwendung des positiven Rechts brachte. Ferner gab die CPO die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels auf. Die Zwangsvollstreckung aus einem Schiedsspruch fand jedoch nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen worden war (§ 868 CPO).

Die Bestimmungen der CPO/ZPO waren der Verbreitung des schiedsrichterlichen Verfahrens förderlich; doch wies die Regelung einige Schwachstellen auf, mit denen sich die Literatur und der 34. Deutsche Juristentag in Köln 1926 beschäftigten⁷⁴. Die Emminger-ZPO-Novelle von 1924 brachte das Beschlussverfahren anstelle des bisherigen Klageverfahrens für die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs (§ 1044 a ließ auch die Vollstreckbarkeit eines schiedsgerichtlichen Vergleichs zu). Zwei Genfer Übereinkommen von 1923 und 1927 dienten der leichteren Vollstreckbarkeit von ausländischen Schiedssprüchen. Deutschland übernahm die Genfer Vorschläge in einer Novelle von 1930 (RGBl. I 1930, 361), in der auch die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs zugelassen wurde. Der amtliche ZPO-Entwurf von 1931 strebte eine gründlichere Reform des Schiedsverfahrensrechts an. Der Schiedsvertrag sollte der Schriftform bedürfen und unwirksam sein, „wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluss oder zur Annahme von Bestimmungen zu nötigen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung der Schiedsrichter, ein erhebliches Übergewicht über den anderen Teil einräumen“ (§ 738 des Entwurfs). Die Gründe für das Außerkrafttreten des Schiedsvertrags wurden erweitert; die Vertretung durch Rechtsanwälte sollte

⁷³ Hierzu die Quellen bei *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung, Berlin 1880, 489 ff., 885 ff.; Zitat S. 494. Zur Judikatur bis 1929 *Zieren* (Fn. 70), 203 ff.

⁷⁴ Hierzu und zum Folgenden *Zieren* mit Wiedergabe der Genfer Übereinkommen (Fn. 70), 98 ff., 292 ff.

nicht ausgeschlossen werden dürfen. Ein Schiedsspruch sollte nichtig sein, wenn dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstieß. Die ZPO-Novelle von 1933 (RGBl. I 1933, 780) übernahm aus dem Entwurf 1931 das Schriftformerfordernis für den Schiedsvertrag und die Unwirksamkeitsgründe nach § 738 des Entwurfs von 1931 in § 1025 Abs. 2.

Nach 1945 wurde die Judikatur des Reichsgerichts zum Schiedsvertrag durch den BGH fortgeführt. Neue Übereinkommen (UN-Übereinkommen von 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche; Europäisches Übereinkommen von 1961 über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit) führten im Rahmen einer Neuregelung des internationalen Privatrechts zu einer „kleinen Reform“ des Schiedsverfahrensrechts (BGBl. I 1986, 1142; Anpassung des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 an die neue Ordre public-Klausel). Eine durchgreifende Neuerung des Schiedsvertragsrechts erfolgte im Anschluss an das UNCITRAL-Modellgesetz der UN-Kammer für internationales Handelsrecht durch Gesetz von 1997 (BGBl. I 1997, 3224): Möglichkeit der Fortführung eines Schiedsverfahrens durch Bestellung eines neuen Schiedsrichters (§§ 1034 ff. ZPO n.F.), detailliertere Regelung des Schiedsverfahrens (§§ 1040-1050 ZPO), bei fehlender Vereinbarung Bindung des Gerichts an das geltende Recht.

2. Streitbeilegung durch Güteverhandlungen

Die Zulässigkeit von Güteverhandlungen bzw. Vergleichsversuchen durch das erkennende Gericht war niemals umstritten (vgl. z.B. preuß. AGO von 1795 I 11 §§ 1-14). Neu für Deutschland war die sog. große Schlichtung (*grande conciliation*) nach einem Dekret vom 16.4.1790⁷⁵, das auch seit 1798 in den linksrheinischen Gebieten galt. Die Regelungen des Dekrets von 1790 wurden ersetzt durch die Art. 48-58 des Code de procédure civile, die bis 1869 in den rheinbayerischen Teilen und bis 1879 in der preußischen Rheinprovinz in Kraft waren. Nach dieser Regelung war vor der Klage vor dem erstinstanzlichen Zivilgericht ein obligatorisches Vergleichsverfahren vor dem Friedensrichter durchzuführen: „Das Protokoll, das über die Güteverhandlung zu erstellen ist, muss die Bedingungen eines eventuellen Vergleichs enthalten. Im gegenteiligen Fall muss es summarisch erwähnen, dass die Parteien sich nicht haben einigen können“ (Art. 54). Die deutsche Literatur verhielt sich weitgehend ablehnend gegenüber der französischen Regelung, so dass die Zivilprozessgesetze des 19. Jahrhunderts nur noch ein fakultatives Güteverfahren vor dem Einzelrichter vorsahen (zu den Vermittlungsverfahren in Hannover und Sachsen vgl. *Bösken*, S. 162 ff., 174 ff.; vgl. ferner Art. 308 der württembergischen Prozessordnung von 1868 und Art. 222 der bayr. Prozessordnung von 1869).

Der ZPO-Entwurf der preußischen Gesetzesrevision von 1830 sah im Gegensatz zur AGO nur einen fakultativen Güteversuch durch den Deputierten und nicht mehr auch durch das formierte Gericht vor (vgl. auch die Regelung im ZPO-Entwurf von 1841, II § 59)⁷⁶. Der dem französischen Prozessrecht nahestehende preußische CPO-Entwurf von 1864 beschränkte sich darauf, dass das Gericht befugt sei, „in den geeigneten Fällen auf die gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder auf die gütliche Beilegung einzelner Streitpunkte in der Gerichtssitzung oder mittels Verweisung der Parteien vor ein Gerichtsmitglied hinzuwirken“ (Art. 275 des Entwurfs). Nach dem Hann. Entwurf von 1866 war der zukünftige Kläger berechtigt, vor Erhebung der Klage „zum Zwecke eines Sühneversuchs seinen Gegner vor das Einzelgericht, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, zu laden“ (§ 221 des Entwurfs). Der Landesgesetzgebung sollte vorbehalten bleiben, „über ein außergerichtliches

⁷⁵ Hierzu *Karl Heinz Bösken*, *Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten. Rechtsvergleichende und rechtshistorische Aspekte*, Bochum 1986, 17 ff.

⁷⁶ Vgl. *W. Schubert* (Fn. 18), Bd. II 10, 467.

Sühneverfahren Bestimmungen zu treffen und eine besondere Sühnebehörde hierfür niederzusetzen“. In § 376 des norddeutschen Entwurfs war bestimmt, dass das Prozessgericht „in jeder Lage des Rechtsstreites die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einem beauftragten oder ersuchten Richter verweisen“ solle. Die Möglichkeit, den Kläger vor den Einzelrichter zu laden, wurde mit Stimmenmehrheit abgelehnt.

Die CPO von 1877 enthielt in § 268 folgende Regelung: „Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelne Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.“ Eine Regelung, den Kläger zu verpflichten, den Beklagten zu einem Sühneversuch vorzuladen, war nach Meinung der Entwurfsverfasser von „sehr zweifelhaftem Werthe“⁷⁷. Jedoch beschloss die Justizkommission des Reichstags auf Antrag von Puttkamer/Struckmann, in amtsgerichtlichen Sachen dem Kläger die Möglichkeit zu geben, den Gegner vor das Amtsgericht zu einem Sühneversuch zu laden (§ 471 CPO, § 510 ZPO v. 1898). Vor Beginn des Ersten Weltkriegs wurde wiederholt ein obligatorisches Güteverfahren gefordert, das erst durch die Emminger-ZPO-Novelle von 1924 für amtsgerichtliche Prozesse eingeführt wurde (vgl. §§ 495 a-499 g ZPO). Von den Ländern war mehrheitlich ein gerichtliches Sühneverfahren abgelehnt worden. Nach sehr kontroversen Beratungen nahm der Rechtsausschuss des Reichstags unter Vereinfachung der vom RJM vorgeschlagenen Regelung die Bestimmungen über ein obligatorisches Güteverfahren an⁷⁸. Nach der preußischen Justizstatistik nahm die Zahl der Gütevergleiche in der Folgezeit erheblich zu.

Nach dem ZPO-Entwurf von 1931 sollte das Güteverfahren nach der Klageerhebung in einem Vortermine stattfinden (§§ 231-233 des Entwurfs). 1934 und 1938 kam im Akademie-Ausschuss für Bürgerliche Rechtspflege das Güteverfahren ausführlich zur Sprache⁷⁹. 1934 sprach sich die Mehrheit mit 6:5 Stimmen für eine nicht obligatorische Güteverhandlung aus. Umstritten war die Frage, ob die Güteverhandlung als „besonders qualifizierter Teil“ der Streitverhandlung geregelt werden sollte oder nicht. 1938 war wohl die Mehrheit für ein obligatorisches Güteverfahren, das möglichst auch auf das landgerichtliche Verfahren ausgedehnt werden sollte. Wohl als Kriegsmaßnahme beseitigte die 2. KriegsmaßnahmenVO vom 27.9.1944 (RGBl. I 1944, 229) das besondere Güteverfahren und bestimmte, dass der Richter „in jeder Lage des Verfahrens auf die gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinzuwirken habe“. Bei dieser Regelung ist es auch im Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950 verblieben. Die Kommission zur Vorbereitung der Zivilgerichtsbarkeit (1955-1961) schlug vor, von einem allgemeinen obligatorischen Güteverfahren vor dem Richter abzusehen und ein solches oder ein fakultatives Güteverfahren nur für Streitigkeiten mit sozialem „Einschlag“ vorzusehen⁸⁰.

Nach den Vorschlägen der ZPO-Kommission des BMJ von 1964/1975 wurde in der Vereinfachungsnovelle von 1976 durch Zusammenfassung der §§ 296 a.F. und 495 Abs. 2 ZPO a.F. in einen neuen § 279 bestimmt, dass das Gericht „in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte“ bedacht sein solle, wobei auch das persönliche Erscheinen der Parteien sollte angeordnet werden können. Seitdem kam es zu einer umfangreichen Diskussion über eine eventuelle Ausweitung vor-

⁷⁷ Hahn (Fn. 73), 35, 282; vgl. auch *Bela Carolin*, Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozessrecht. Eine historisch-soziologische Untersuchung zum Güteverfahren im Zivilverfahrensrecht seit 1879, Diss. Jena 2004.

⁷⁸ W. Schubert (Fn. 41), 132 ff., 135 ff.

⁷⁹ W. Schubert (Fn. 48), Akademieedition Bd. VI, 184 ff., und Bd. XXI, 128 ff.

⁸⁰ Book (Fn. 11), 209 ff.

und außergerichtlicher Streitbeilegung⁸¹. Durch ZPO-Novellen von 2001 (BGBl. I 2001, 1887) und 2004 (BGBl. I 2004, 2198) wurde die Regelung des § 279 in erweiterter Form in den §§ 278 und 279 ZPO n.F. übernommen. Nach § 278 soll das Gericht „in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein“. Nach Abs. 2 soll der mündlichen Verhandlung „zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung“ vorausgehen, „es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos“. Wenn eine Partei in der Güteverhandlung nicht erscheint oder die Güteverhandlung erfolglos ist, soll sich die mündliche Verhandlung (früher erster Termin oder Haupttermin) unmittelbar anschließen. Andernfalls sollte unverzüglich ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt werden.

3. Außergerichtliche Güteverfahren vor einem Schiedsmann

Das moderne Schiedsverfahren vor Schiedsmännern bzw. Gemeindebeamten geht im Wesentlichen zurück auf die für die ostpreußischen Regierungsbezirke bestimmte preußische Verordnung von Ende 1827 über das Institut der Schiedsmänner⁸². Weitere Verordnungen ergingen für die Regierungsbezirke in Schlesien, Sachsen, Brandenburg, Posen und teilweise auch in Pommern und in Westfalen sowie später im OLG-Bezirk Kassel. Nicht eingeführt wurde das Institut in den Provinzen Hannover, Hessen-Nassau, Schleswig-Holstein und Hohenzollern. Die einzelnen, nicht ganz einheitlichen Verordnungen sahen als Aufgabe der Schiedsmänner vor, „Parteien, welche sich freiwillig zur Schlichtung ihrer streitigen Rechte an ihn wenden, anzuhören, ihre gegenseitigen Ansprüche und Einwendungen zu prüfen, die vorzulegenden schriftlichen Beweise nachzusehen, und sich bemühen, die Parteien über den Grund oder Ungrund ihrer Forderungen und Einwendungen zu belehren, und eine Vereinigung zwischen ihnen, solche, wenn sie zu Stande kommt, schriftlich abzufassen, wenn sie aber nicht gelingt, den Parteien die Ausführung ihrer Rechte vor dem Richter zu überlassen.“⁸³ Der Schiedsmann brauchte keine „besonderen Rechtskenntnisse“ zu haben und wurde von der jeweiligen zuständigen Kommunalverwaltung gewählt (auf drei Jahre). Der Schiedsspruch war von dem zuständigen Gericht für vollstreckbar zu erklären. Nach Art. 18 des Einführungsgesetzes zum preuß. StGB von 1851 war eine Klage über „Ehrverletzungen und leichte Misshandlungen, sofern sie nur im Wege des Zivilprozesses“ verfolgt wurden, erst zuzulassen, wenn ein Vermittlungsversuch beim Schiedsmann erfolglos verlaufen war.

Nach § 420 StPO (1877; 1924 § 380) war wegen Beleidigungen die Erhebung der Privatklage erst zulässig, „nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung zu bezeichnenden Vergleichsbehörde die Sühne erfolglos versucht worden ist“. Die Justizkommission des Reichstags hatte den Antrag, eine solche Regelung wegzulassen, abgelehnt mit der Begründung, der Schiedsmann habe sich in Preußen außerordentlich bewährt. Dort erging daraufhin unter dem 29.3.1879 eine neue Schiedsordnung⁸⁴, jedoch war der obligatorische Vergleichsversuch auf das Privatklagedelikt der Beleidigung beschränkt; er konnte aber auch wegen Körperverletzungen in Anspruch genommen werden. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten fand eine Sühneverhandlung nur fakultativ statt (§ 12 Abs. 1). In Süddeutschland (Bayern, Württemberg, Baden) war ein nicht von der Gemeinde gewählter Schiedsmann, sondern der Bürgermeister für den Sühneversuch zuständig. Die StPO-Reformkommission von 1903 regte an, den obligatorischen Sühneversuch auch bei Körperverletzungen, Haus-

⁸¹ Münchener ZPO-Komm./Prütting, 4. Aufl. 2013, Bd. 1, 1681 ff.

⁸² Hierzu Böskes (Fn. 75), 231 ff.; vgl. ferner Andreas Koch, Die historische Entwicklung des Schiedsmannswesens in Preußen von 1808 bis 1900, Berlin 2003.

⁸³ § 2 der VO vom 7.9.1827 für Ostpreußen (Böskes [Fn. 82], 233).

⁸⁴ Schiedsordnung vom 29.3.1879, Preuß. GS 1879, 32, Koch (Fn. 82), 196 ff.

friedensbruch und Bedrohungen vorzusehen⁸⁵, ein Vorschlag, der vom StPO-Entwurf von 1908/09 nicht aufgegriffen wurde. Durch die Lex Emminger vom 1.4.1924 (RGBl. I 1924, 15) wurde insbesondere auf preußischen Wunsch die Regelung des § 380 StPO n.F. auf die Vergehen des Hausfriedensbruchs, der leichten und vorsätzlichen Körperverletzung sowie die Vergehen nach §§ 299, 303 und 241 StGB ausgedehnt (§§ 380 StPO n.F.); die Schiedsmannsordnung für Preußen wurde durch ein Gesetz vom 3.12.1924⁸⁶ geändert.

Der Entwurf der StPO-Kommission des RJM zu einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung von 1939⁸⁷ hatte zum Ziel, das Friedensrichter- und Schiedsmannsamt in ganz Deutschland einzuführen (Schiedsrichter sollte der zuständige Amtsrichter sein; der Schiedsmann sollte vom LG-Präsidenten ernannt werden). Die Sühneverhandlung sollte nur auf Antrag stattfinden. Die Regelung des § 380 StPO sollte entfallen und durch eine Friedensrichterordnung ersetzt werden, wonach der Friedensrichter bei den bisher dem Sühneversuch unterliegenden Straftaten die Schlichtung zu versuchen und bei deren Fehlschlagen einen Friedensspruch zu erlassen hatte. 1943 befassten sich der Akademie-Ausschuss „Rechtsprechung durch das Volk“ und das parallele „Amt“ des RJM mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einsetzung eines Friedensrichters unter der neuen Bezeichnung „Schöffengericht“ eingeführt werden sollte⁸⁸. Nach dem Entwurf sollte der Schöffengericht grundsätzlich in allen leichten Straftaten (auch bei geringfügigen Betrügereien) entscheiden; jedoch sollte vorher ein Sühnetermin unternommen werden. In bestimmten Zivilsachen sollte der Schöffengericht auf Antrag des Klägers als Schlichter tätig werden und in wenigen Fällen auch selbst entscheiden können.

Nach 1945 ergingen in den Bundesländern abgeänderte bzw. neue Schiedsmannsordnungen⁸⁹, die es bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in das Belieben der Parteien stellten, ob sie eine Schlichtung wünschten. Die Regelung des § 380 StPO ist weiterhin in Kraft, so dass bei Privatklagesachen vor einer Privatklage ein Sühneversuch stattfinden muss (Übersicht über die landesrechtlichen Regelungen bei *Löwe/Rosenberg/Hilger*, StPO-Kommentar, 26. Aufl., § 380, Rdn. 61 f.).

4. Sonstige Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung (Mediation, Gütestellen)

Nach längeren Diskussionen wurde durch ein Gesetz vom 15.12.1999 (BGBl. I 1999, 2400) zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung den Ländern durch § 15 a EGZPO die Befugnis gegeben zu bestimmen, „dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist“, bestimmte Streitigkeiten „eilvernehmlich beizulegen. Dies soll gelten für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zum Geldwert von 750 Euro, für Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht sowie bei Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre.“ Von der durch § 15 a EGZPO eingeräumten Möglichkeit haben bis Februar 2013 11 Bundesländer durch Gesetze zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung Gebrauch gemacht und mit der Schlichtung grundsätzlich die bisherigen Schiedsmänner beauftragt⁹⁰. Hinzu kommen noch sonstige von der Landesjustizverwaltung

⁸⁵ Vgl. *W. Schubert* (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses (1903-1905), Bd. 2, Frankfurt a.M. 1991, 555.

⁸⁶ Preuß. GS 1924, 747.

⁸⁷ Wiedergegeben bei *W. Schubert*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Abt. III 1, Berlin 1991, 362 ff.; Beratungen im Oktober 1937 bei *Schubert*, aaO., Abt. III 2, 1, 346 ff.

⁸⁸ Quellen bei *Schubert* (Fn. 48), Bd. VI, 527 ff., 557 ff.

⁸⁹ *Bösken* (Fn. 75), 260 ff.; *Klaus F. Röhl* (Hrsg.), Das Güteverfahren vor dem Schiedsmann. Soziologische und kommunikationswissenschaftliche Untersuchungen, Köln 1987, 8 ff., 377 ff.

⁹⁰ Hierzu Münchener Kommentar zur ZPO/*Gruber*, 4. Aufl. 2013, 1107 ff.

anerkannte Gütestellen. Das Einvernehmen eines Güteversuchs wird nach Abs. 3 S. 2 des § 15 a „unwiderleglich vermutet, wenn der Verbraucher eine branchengebundene Gütestelle, eine Gütestelle der Industrie- und Handelskammer, der Handwerkskammer oder der Innung angerufen hat“. Darüber hinaus können nach einigen Schlichtungsgesetzen auch Notare und Rechtsanwälte als Schlichter tätig sein (vgl. Art. 5 des bayr. Schlichtungsgesetzes von 2000). Nach § 794 ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt aus Vergleichen⁹¹, „die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach ... vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle abgeschlossen sind.“

Eine besondere Entwicklung nahm das Vermittlungsverfahren in Hamburg⁹², wo 1922 eine „öffentliche Rechtsauskunfts- und Gütestelle“ geschaffen wurde, die ab 1924 als Vergleichsstelle entsprechend § 495 a ZPO anerkannt war. Ab 1936 übernahm das Amt für Rechtsberatung des Deutschen Volkes die Aufgaben der genannten Stelle, die durch eine Verordnung vom 4.2.1946 neu begründet wurde. Hamburg besitzt bis heute keine obligatorische Streit-schlichtung entsprechend § 15 a ZPO. Die hamburgische Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle ist lediglich Vergleichsbehörde nach § 380 StPO und anerkannte Gütestelle nach § 794 Ziff. 1 ZPO.

Eine weitere Möglichkeit außergerichtlicher Streitbeilegung stellt die Mediation dar – nach § 1 des Mediationsgesetzes von 2012 (BGBl. I 1577) ein „vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“⁹³. In den USA hatte sich diese Art von Konfliktlösung (Alternative dispute resolution) seit den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts durchgesetzt, unterstützt durch das „Community Justice Center“ von 1976. Die Mediation stieß in Deutschland in den 80er Jahren auf größeres Interesse und ist seit Mitte der 90er Jahre im „System der Konfliktbewältigung“ etabliert. 2008 erging eine Mediationsrichtlinie des EU-Parlaments für den Bereich des Zivil- und Handelsrechts für grenzüberschreitende Streitigkeiten. Über die Anliegen dieser Richtlinie hinaus geht das Gesetz zur Förderung der Mediation (Mediationsgesetz) vom 21.7.2012. Nach § 2 Abs. 6 dieses Gesetzes wirkt der Mediator „im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien eine „Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen“. Er hat „die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden. Gegebenenfalls wird das bei einer Mediation als gerichtlicher Vergleich protokolliert.“

⁹¹ Zu dieser Regelung Münch. Kommentar zur ZPO/Wolfsteiner (Fn. 85), Bd. 2, 1568 f. (Rdn. 112).

⁹² Böskens (Fn. 75), 209 ff.; Ernst Weiss, 50 Jahre Öffentliche Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle Hamburg, Hamburg 1973.

⁹³ Zur Mediation Gerald Zimmer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland. Eine Bestandsaufnahme im Lichte US-amerikanischer Erfahrungen, Frankfurt a.M. 2001, 84 ff., 113 ff.; Hanns Prütting (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung, München 2003; Klaus J. Hopt/Felix Steffek, Mediation, Tübingen 2008, 7 ff.; Martin Probst, Gerichtliche Mediation in der Rechtsmittelinstanz, in: Ulla Gläßer/Kirsten Schroeter (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, Baden-Baden 2011, 227 ff.; Roland Fritz/Dietrich Pielsticker, Mediationsgesetz. Kommentar, Handbuch. Mustertexte, Köln 2013, Einl. Rdn. 27 ff. (Pielsticker).