

## WIEDERKEHR DER EVENTUALMAXIME?

Fritz BAUR \*

Die lange Geschichte des Zivilprozeßrechts ist begleitet von der Klage über die lange Dauer der Prozesse, die Prozeßverschleppung. Diese Klagen sind weltweit, mögen auch die Ursachen in den einzelnen Staaten verschieden sein. Sie werden vor allem in der ungenügenden Ausstattung der Gerichte mit personellen und sachlichen Mitteln, in der Herrschaft der Parteien über das Verfahren und in der schleppenden Prozeßführung durch die Gerichte wie durch die Parteien gesehen. Die vorgeschlagenen und gelegentlich auch realisierten gesetzgeberischen Abhilfemaßnahmen sind mannigfaltig; eine dieser Maßnahmen ist die zwingende Beschränkung des Parteivorbringens und der Parteivorträge auf bestimmte Abschnitte des Prozesses, insbesondere auch die Verweigerung des *ius novorum* in der Rechtsmittelinstanz. Um der damit verbundenen Präklusionswirkung zu entgehen, waren die Parteien gezwungen, ihre Anträge und Sachdarstellungen "in eventum", d.h. unter Berücksichtigung aller denkbaren Rechtsgrundlagen vorzutragen. James Goldschmidt bringt in seinem "Zivilprozeßrecht" (2. Aufl. 1932) S. 46 folgenden Spottvers, der die Eventualmaxime kennzeichnen soll: "Erstens gabst Du mir kein Geld, alles ist nicht wahr. Zweitens war's zurückgestellt schon vor einem Jahr. Drittens hast Du mir erklärt, es sei mir geschenkt. Viertens aber ist's verjährt, und der Eid, er hängt."

Der Eventualmaxime wurde vorgeworfen, daß sie den Prozeßstoff aufblähe und damit die Gerichte belaste und zu einer Prozeßverlängerung führe; denn die einzelnen Abschnitte des Verfahrens seien streng getrennt und könnten nur in exakter zeitlicher Reihenfolge behandelt werden.<sup>1</sup> So zeigte es sich jeweils bald, daß die Eventualmaxime als Folge strenger Präklusionsvorschriften keineswegs den beabsichtigten Verkürzungseffekt hatte, sondern das Verfahren noch

\* Dr. iur. Dr. iur. h. c. Prof. an der Universität Tübingen.

<sup>1</sup> Damrau, *Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877*, 1975, S.148 ff.

umständlicher und langwieriger gestaltete. Ja, die Eventualmaxime wirkte geradezu als prozessuales Schreckgespenst, das man keineswegs goutieren durfte. Daher mußte der Gesetzgeber, wenn er Baschleunigungsmaßnahmen anordnen wollte, sich immer gegen den Vorwurf wehren, er führe damit die —inkriminierte— Eventualmaxime wieder ein.<sup>2</sup> Insgesamt ein groteskes Bild: Die Konzentration des Prozeßablaufs auf bestimmte Abschnitte bewirkt nicht eine Beschleunigung, sondern —infolge des eventuell gestaffelten Parteivortrage— eine Komplikation und Verzögerung des Prozesses. Die als Beschleunigungsmittel gedachte Eventualmaxime verhindert auch Künftige anderweitige Beschleunigungsmaßnahmen, weil ihnen vorgeworfen wird, ihr Ergebnis sei letztendlich wieder die Eventualmaxime.

Dem Österreicher *Franz Klein* ist es bekanntlich als erstem gelungen, diesen Teufelskreis zu durchbrechen, und zwar nicht nur in seinen wissenschaftlichen Veröffentlichungen, sondern auch durch deren Realisierung in der Praxis, vor allem in der österreichischen ZPO von 1895.<sup>3</sup> Auch in Deutschland wurden ähnliche Versuche unternommen, vor allem durch die sog. Emminger-Verordnung von 1924;<sup>4</sup> sie brachten gewisse Fortschritte, so durch eine Stärkung der Stellung des Richters, die Schaffung des Einzelrichters auch beim Landgericht und den Zwang, die Berufung zu begründen. Ein durchgreifender Erfolg blieb dieser Reform aber versagt, und zwar vor allen deshalb, weil die angestrebte Verfahrenskonzentration nicht durch zwingende Maßnahmen sanktioniert war.

Die Bestrebungen, eine wirkliche Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, verstärkten sich nach dem zweiten Weltkrieg. Den ersten Erfolg brachte ein beim Landgericht Stuttgart praktiziertes Verfahren (sog. "Stuttgarter Modell"), das durch meine Schrift "Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß"<sup>5</sup> und durch rechtstatsächliche Erfahrungen über die Dauer der Prozesse und die Ursachen der Verzögerung vorbereitet war.<sup>6</sup> Die mit diesem Modell —das auch im Ausland Beachtung fand— erzielten Verbesserungen im Verfahrensablauf veranlaßten auch den Gesetzgeber,

<sup>2</sup> Charakteristisch etwa: Entwurf einer Reichszivilprozeßordnung, 1931, S. 251 ff.

<sup>3</sup> S. Dazu Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 1984, Rn. 34 ff.; Baur, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß*, ÖJBl. 1970, 445 (= Baur, *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*, 1983, 135), je m.w.N.

<sup>4</sup> Dazu Goldschmidt aaO S. 20 f.

<sup>5</sup> (= Baur, *Beiträge*, S. 223 ff.).

<sup>6</sup> Literaturnachweise s. bei Jaernig, *Zivilprozeßrecht*, 21. Aufl. 1985, § 28; Baur, *Zivilprozeßrecht*, 5. Aufl. 1985, Rn. 51 a.

dieses Modell allgemein zur Grundlage einer Reform zu machen, mit dem Ziel einer Verfahrenskonzentration und Beschleunigung der Prozesse. Ergebnis der gesetzgeberischen Arbeit ist die sog. Vereinfachungsnovelle<sup>7</sup> von 1976.

Im Zusammenhang mit unserem Thema soll die Neuregelung des Verfahrens in der ersten Instanz, insbesondere der mündlichen Verhandlung kurz skizziert werden. Dem Gesetz schwebt als Ziel vor daß der Rechtsstreit in *einem* —umfassend vorbereiteten— Termin zur mündlichen Verhandlung erledigt, das Verfahren also auf diesen *einen* Termin zur mündlichen Verhandlung konzentriert wird. Um dieses Ziel zu erreichen, sieht das Gesetz zwei Wege vor: *Entweder* wird ein früher erster Termin bestimmt. *Oder* der Vorsitzende veranlaßt ein schriftliches Vorverfahren mit dem Ziel eines Schriftsatzwechsels. Erst nach Abschluß dieses Vorverfahrens wird der "Haupttermin" angesetzt. Sowohl bei der ersten wie bei der zweiten Alternative hat das Gericht von sich aus die ihm notwendig erscheinenden vorbereitenden Maßnahmen zu treffen, also z.B. die Parteien zur Vorlage von Urkunden aufzufordern, die Begutachtung durch Sachverständige zu veranlassen oder das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Man kann insgesamt feststellen, daß der Ablauf des Prozesses bis zur mündlichen Verhandlung ausschließlich in der Hand des Gerichts liegt. Dies gilt auch für den weiteren Fortgang des Verfahrens. So sind z.B. Vertagungen mit Einverständnis der Parteien ausgeschlossen; nur das Gericht kann vertagen und dieses nur aus wichtigen Gründen.

Das Ziel, den Prozeß möglichst nach *einer* gut vorbereiteten mündlichen Verhandlung abzuschließen, soll durch eine echte Sanktion von Verstößen gegen die *Prozeßförderungspflicht der Parteien* erreicht werden. Die Sanktion besteht darin, daß die säumige Partei mit ihrem verspäteten Vorbringen, also mit Angriffs— und Verteidigungsmitteln ausgeschlossen wird (sog. *Präklusion*). Im einzelnen ist diese Sanktion für verspätetes Vorbringen verschieden, je nachdem ob eine vom Gericht auf Grund gesetzlicher Ermächtigung gesetzte Frist versäumt wurde oder ob allgemein— also ohne Fristsetzung —Angriffs— und Verteidigungsmittel nicht rechtzeitig vorgebracht wurden. Im ersten Fall ist die verspätete Angriffs— oder Verteidigungshandlung nur zuzulassen, wenn keine Prozeßverzögerung eintritt oder bei genügender Entschuldigung durch die Partei. Im zweiten Fall können die Angriffs— oder Verteidigungsmittel zurückgewiesen werden, wenn der

<sup>7</sup> Der Name ist irreführend. Man sollte besser von "Beschleunigungsnovelle" sprechen.

Prozeß verzögert würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Ob eine Verzögerung vorliegt, entscheidet sich nach Auffassung des deutschen Bundesgerichtshof allein danach, ob der Rechtsstreit bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung. Das Gericht dar also bei der Beurteilung der Verzögerung keine hypothetischen Erwägungen darüber anstellen, ob der Rechtsstreit bei rechtzeitigem Vorbringen ebenso lange oder gar länger gedauert hätte.

Es leuchtet ein, daß diese scharfe Präklusionsregelung den Richter vor ein erhebliches Dilemma stellen kann, und zwar in zweifacher Hinsicht: Einmal, soll er ein vermutlich richtiges Urteil unter Einbeziehung des verspäteten Vorbringens fällen oder ein möglicherweise unrichtiges Urteil erlassen, indem er die Augen vor dem späteren Vorbringen verschließt? Und zum anderen wird das Spannungsverhältnis zwischen Prozeßbeschleunigung durch Präklusion und dem Anspruch auf rechtliches Gehör deutlich.

Dieses Spannungsverhältnis hat zu zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geführt.<sup>8</sup> Das Gericht hat zwar bejaht, daß die Präklusionsvorschriften mit der Verfassung vereinbar sind, hat aber betont, daß sie "wegen der einschneidenden Folgen, die sie für die säumige Prozeßpartei nach sich ziehen, strengen Ausnahmecharakter haben. Dieser ist jedenfalls dann gewahrt, wenn die betroffene Partei ausreichend Gelegenheit hatte, sich in den ihr wichtigen Punkten zur Sache zu äußern, diese aber aus ~von ihr zu vertretenden~ Gründen versäumt hat".<sup>9</sup> Die Pflicht<sup>10</sup> zu rechtzeitigem Parteivertrag und die Sanktion bei ihrer Verletzung wird durch diese Rechtsprechung erheblich gemildert. Sie wird weiter dadurch eingeschränkt, daß *auch den Gerichten eine Prozeßförderungspflicht auferlegt* ist. Denn nach § 139 ZPO hat der Vorsitzende "dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen". Nach § 141 ZPO soll das Gericht "das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts geboten erscheint". Schließlich hat das Gericht zur Vor-

<sup>8</sup> Dieses Gericht kann nämlich im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden, wenn jemand behauptet, "durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten... oder... in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt zu sein". "Öffentliche Gewalt" ist auch die Rechtsprechung der Gerichte.

<sup>9</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 69, 145, 148.

<sup>10</sup> Man müßte besser von "Last" sprechen.

bereitung der mündlichen Verhandlung "erforderliche vorbereitende Maßnahmen rechtzeitig zu veranlassen. In jeder Lage des Verfahrens ist darauf hinzuwirken, daß sich die Parteien rechtzeitig und vollständig erklären" (§ 273 ZPO). Diese Aufklärungspflicht des Gerichts<sup>11</sup> ist wesentliches Merkmal der gesteigerten Verantwortung des Gerichts für den Prozeßverlauf; sie gehört der sog. Aktivität des Richters.<sup>12</sup> Daß damit die Parteifreiheit —im Sinne der Dispositionsmaxime und der Verhandlungsmaxime— eingeschränkt wird, ist allgemein anerkannt.<sup>12</sup> Es besteht aber weiter eine gewisse Diskrepanz zu der den Parteien auferlegten Last, ihre Anträge und ihren Parteivortrag rechtzeitig vorzubringen. Denn wenn den Parteien bei Verzögerung der Anträge und der tatsächlichen Behauptungen die Gefahr der Präklusion droht, so muß sich das Gericht immer fragen, ob der verschleppte Verfahrensgang nicht auch auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen ist ob insbesondere die Verzögerung nicht darauf beruht, daß das Gericht nicht rechtzeitig auf die Aufklärungs— und Vortragspflicht der Parteien hingewiesen hat. Hierher gehört auch die Rechtsprechung des (deutschen) Bundesgerichtshofs, daß eine Präklusion nicht vorliegt, wenn die Verspätung noch durch zumutbare Maßnahmen des Prozeßgerichts ausgeglichen werden kann.<sup>14</sup>

Als Thema dieses Berichts über einige Neuerungen im deutschen Zivilprozeßrecht hatten wir die Frage gestellt, ob eine Wiederkehr der "Eventualmaxime" festzustellen ist. Die Frage ist zu verneinen, wenn man unter Eventualmaxime die strange Einteilung des Prozesses in einzelne Abschnitte und die Beschränkung der Parteihandlungen auf diese Abschnitte versteht. Sieht man das hier dargestellte Zusammenwirken von richterlicher und parteilicher Prozeßförderungspflicht als für den Prozeß maßgebend an, so kann man zwar von einer Wiederkehr der Eventualmaxime im strengen rechtlichen Sinne nicht sprechen. Wohl aber läßt sich eine *Tendenz* zur Eventualmaxime feststellen; denn die Gefahr, mit später vorgebrachten Angriffs— oder Verteidigungsteilen ausgeschlossen zu werden, wird die Parteien veranlassen, auch solche Tatsachen zu behaupten und solche Beweisanträge zu stellen, die nach ihrer Meinung nur eventuell für die Entscheidung des Rechts-

<sup>11</sup> Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, 1982; Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 1983.

<sup>12</sup> Literaturhinweise bei Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 13. Aufl. 1981, § 78 III; Stein-Jonas-Leipold, *Kommentar zur ZPO*, 20. Aufl., § 139 Rn. 1.

<sup>13</sup> S. die Nachweise bei Baur, *Zivilprozeßrecht*, Rn. 38, 39, 42.

<sup>14</sup> *Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 75, 138, 143.

streits wesentlich sind.<sup>15</sup> Rechtsanwälte werden dies schon deshalb tun, um spätere Regressforderungen seitens ihrer Mandanten zu vermeiden.

Man kann also insgesamt feststellen, daß die im Jahre 1976 in die deutsche ZPO eingefügten Präklusionsvorschriften nicht zu einer Wiederkehr der Eventualmaxime geführt haben, daß aber doch in der Praxis gewisse Tendenzen in dieser Richtung festzustellen sind.

<sup>15</sup> Nach Mitteilungen die mir aus der Praxis zugegangen sind, versuchen die Parteien dem "eventuellen", gehäuften" Vortrag dadurch zu entgehen, daß sie in ihrem Schriftsatz (der Klage bzw. Klagerwiderung) folgende Klausel anfügen: "Falls der Gericht einen anderen Antrag oder einen anderen Parteivortrag für notwendig oder sachdienlich hält, wird um Mitteilung gebeten"!