

De dagvaardingsprocedure in civiele zaken bij de rechtbank in eerste aanleg in Duitsland vergeleken met de Nederlandse procedure na KEI-wetgeving en Spoedwet KEI

*Eckhard Mehring**

1 Inleiding

De dagvaardingsprocedure in civiele zaken is in Duitsland in de *Zivilprozessordnung* (ZPO) – het Duitse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – geregeld.

De ZPO van 30 januari 1877 is door de herzieningswet van 27 juli 2001¹ (van kracht 1 januari 2002) ingrijpend gewijzigd. Door deze wetgeving is (1) de leidende positie van de rechtbank in de procedure versterkt (§ 139 ZPO), (2) bepaald dat aan iedere mondelinge behandeling een schikkingsonderhandeling (*Güteverhandlung*) vooraf dient te gaan (§ 278 ZPO), (3) vastgelegd dat op verzoek of ambtshalve een mondelinge behandeling of een getuigenverhoor via beeld- en geluidsoverdracht kan plaatshebben (§ 128a ZPO), (4) wordt een zaak in beginsel door een enkele rechter (*Einzelrichter*) behandeld (§§ 348 en 348a ZPO), en (5) zijn de bepalingen betreffende appel (*Berufung*), cassatie (*Revision*) en bezwaar aangepast. Op deze laatste bepalingen zal in dit artikel niet worden ingegaan.

Vanaf 1 januari 2008 kunnen volgens het Duitse recht documenten met gekwalificeerde handtekening (vgl. art. 3:15a BW) van de verantwoordelijke persoon (§ 130a lid 3 ZPO) via de elektronische advocatenpostbus (*besondere elektronische Anwaltspostfach* (beA)) (§ 130a lid 4 nr. 2 ZPO jo. § 31a lid 6 BRAO) (Duitse Advocatenwet) of via De-Mail-Konto (§ 130a lid 4 nr. 1 ZPO) naar de rechtbank worden gestuurd. Het is voorts gepland dat alle papieren dossiers door elektronische dossiers vervangen worden (§ 298a ZPO). Dit proces dient 2026 te zijn afgerond (§ 298a lid 1 a ZPO).

* Mr. E.W. Mehring is *Rechtsanwalt* en advocaat bij Ekelmans & Meijer Advocaten te Den Haag.

1. Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO – RG) vom 27. Juli 2001, BGBl I 2001, Nr. 40. De thans geldende versie van de ZPO van 5 december 2005 is door de *Bundesjustizminister* bekendgemaakt, omdat tussentijds door andere wetgeving (o.a. EU-wetgeving) vele kleinere aanpassingen waren geschied en de wetgever het nodig achtte een actuele versie bekend te maken.

In Nederland is het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 29 maart 1828 eveneens in 2001 met de herzieningswet procesrecht burgerlijke zaken² gewijzigd. De belangrijkste wijzigingen waren dat (1) de rechter en de partijen verantwoordelijk zijn voor een efficiënte procedure (art. 20 e.v. Rv), (2) de substantiëringsplicht (art. 111 en art. 128 lid 5 Rv) en de waarheidsplicht zijn opgenomen (art. 21 Rv), en (3) de positie van de rechter ten aanzien van het verloop van de procedure van lijdelijkheid naar een actievere rol is gewijzigd. In het kader van het programma ‘Kwaliteit en Innovatie’ is in 2016 de KEI-wetgeving tot stand gebracht. Met deze wetgeving zijn vijf wezenlijke veranderingen beoogd:

1. een vereenvoudiging van de procedure door een geüniformeerde procesinleiding in plaats van dagvaarding en verzoekschrift;
2. afschaffing van de betekening bij exploit van de procesinleiding in vorderingsprocedures;
3. invoering van wettelijke termijnen voor het verrichten van proceshandelingen;
4. toekenning van een gesterkte regiefunctie aan de rechter, zodat deze meer sturing aan het verloop van de procedure kan geven, onder meer door het vroegtijdig overleggen met partijen; en
5. de digitalisering van de procedure.

Doel van deze wetgeving was de rechtspraak sneller en eenvoudiger maken. De KEI-wetgeving is gefaseerd ingevoerd en in feitelijke instanties slechts bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland. Na ervaringen bij deze rechtbanken is besloten het systeem niet verder uit de rollen. Met de Spoedwet KEI, die per 1 oktober 2019 in werking is getreden, is de

2. Met de wet van 6 december 2001 tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, heeft de Nederlandse wetgever eigenlijk tegelijk met de Duitse wetgever belangrijke vernieuwingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geïntroduceerd.

KEI-wetgeving op basis waarvan bij deze rechtbanken digitaal wordt geprocedeerd ingetrokken, omdat de schaal en de complexiteit van het digitaliseringsproces zijn onderschat.³ De procesrechtelijke vernieuwingen die eveneens in de wet uit 2016 waren opgenomen, wilde de wetgever echter bewaren en hij heeft deze 'zo letterlijk mogelijk' overgenomen in art. 87-90 Rv.⁴ Met de Spoedwet KEI⁵ zijn in zoverre de sterkere regiefunctie van de rechter en de verruiming van de mogelijkheden tijdens de mondelinge behandeling landelijk ingevoerd.

In Duitsland en in Nederland is dus het procesrecht in de afgelopen decennia op belangrijke punten gewijzigd. In deze bijdrage wordt aan de hand van de vergelijking van de Duitse procedure in eerste aanleg met de Nederlandse procedure in eerste aanleg bekeken op welke punten deze procedures van elkaar verschillen.

2 Verloop van de (handels)procedure bij de Duitse rechter

2.1 *Begin van een (dagvaardings)procedure*

Vergelijkbaar met het Nederlandse procesrecht verlangt eveneens het Duitse procesrecht dat een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank wordt ingeleid met een *Klage*. Een *Klage* is een door een advocaat⁶ op te stellen conclusie van eis. De *Klage* moet een duidelijke omschrijving van de zaak, de gronden van de ingestelde vordering en een eis bevatten.⁷

Samengevat stellen § 253 jo. § 130 ZPO de volgende inhoudelijke eisen aan de *Klage*:

1. de partijen, indien toepasselijk⁸ met wettelijke vertegenwoordigers met namen, beroep, woonplaats, de rechtbank, de zaak waarover het gaat (*Streitgegenstand*) en het aantal producties;
 - a. indien dit mogelijk is, de voor het doorsturen van elektronische documenten nodige informatie;⁹
2. de vordering, die partijen tijdens de mondelinge behandeling willen instellen;
3. de motivering van de vordering;
4. verklaringen omtrent feitelijke stellingen van de wederpartij;

3. *Kamerstukken II* 2018/19, 35175, nr. 3, p. 1 (MvT).

4. *Kamerstukken II* 2018/19, 35175, nr. 3, p. 3 (MvT).

5. Wet van 3 juli 2019 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken in Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht (*Stb.* 2019, 241).

6. Vertegenwoordiging door een advocaat is bij de rechtbankprocedures verplicht (vergelijkbaar met art. 79 lid 2, eerste zin, Rv), § 78 lid 1, eerste zin, ZPO.

7. Een dagvaarding is naar Duits begrip eigenlijk eerder een *Ladung*, waarmee de gedaagde door de rechtbank wordt meegedeeld dat en waarom een eis tegen hem wordt ingesteld en dat hij op een door de rechtbank bepaalde dag voor de rechtbank dient te verschijnen, althans een advocaat te stellen.

8. Bij vennootschappen.

9. In §§ 130a t/m 130c ZPO zijn regelingen voor het toesturen van elektronische documenten opgenomen, die door de regering door rechtsverordening kunnen worden bepaald. Volgens § 130d ZPO bestaat vanaf 1 januari 2022 een gebruikspllicht van elektronische documenten voor advocaten en de overheid.

5. de omschrijving van de bewijsmiddelen die de partij ter onderbouwing of weerlegging van feitelijke stellingen wil gebruiken;
6. de handtekening van diegene die voor de conclusie verantwoordelijk is.

Ook verplicht de ZPO de eiser – § 253 jo. § 130 ZPO is vergelijkbaar met art. 21 jo. art. 111 Rv – de relevante feiten volledig en waarheidsgetrouw weer te geven (§ 138 lid 1 ZPO) en ook op de verweren van gedaagde in te gaan (§ 138 lid 2 ZPO). De eiser dient voorts zijn stellingen te bewijzen en daarvoor in de *Klage* ook al bewijs aan te dragen (§ 139 lid 1, tweede zin, ZPO). In de praktijk geschiedt dit doordat direct achter iedere concrete en gespecificeerde stelling het concrete bewijs voor de desbetreffende feiten wordt aangeboden. Als het om een document gaat, worden dit document en de vindplaats van de relevante passage uitdrukkelijk benoemd en een kopie van het document als bijlage bij de *Klage* gevoegd. Als het om een getuige gaat, dient na het gestelde feit, waarover de desbetreffende getuige relevante kennis heeft en derhalve zal moeten worden gehoord, de getuige met naam, adres en woonplaats worden genoemd. Wanneer het noodzakelijk lijkt dat een deskundige voor een bepaald vraagstuk wordt benoemd, wordt gebruik gemaakt van de vermelding *Sachverständigengutachten*.¹⁰

Het Nederlandse Rv kent ook een dergelijke substantiëeringsplicht (art. 21, eerste volzin, jo. art. 111 lid 3, eerste volzin, Rv). Een met het Duitse recht vergelijkbare bewijsaan draagplicht als uitwerking van de substantiëeringsplicht voor de eiser is in art. 111 lid 3, tweede volzin, Rv (art. 128 lid 5 Rv voor de gedaagde) opgenomen. In de praktijk wordt in een Nederlandse dagvaarding daaraan voldaan door in de dagvaarding het bewijs te omschrijven en het schriftelijke stuk als productie bij te voegen. Getuige en/of andere bewijsmiddelen worden summierlijk aan het eind van de dagvaarding/conclusie van eis benoemd.

De Duitse wijze waarop een *Klage* is ingericht, heeft het voordeel dat de rechter, die de *Klage* leest, direct over de concrete bewijslevering voor een bepaalde stelling geïnformeerd is. In zoverre is de Duitse *Klage* van meet af aan concreter, zodat de rechtbank de nodige bewijsmiddelen eenvoudiger in een latere bewijsbeschikking¹¹ kan benoemen zonder in een tussenvonnissen de partijen te vragen hoe zij het bewijs willen leveren. In dit kader is ook relevant dat getuigen door de rechtbank en niet door partijen worden opgeroepen of schriftelijk worden gehoord (§ 377 ZPO). Dit lijkt mij duidelijker dan de meer algemene regeling in art. 111 en 85 Rv, die door een landelijk procesreglement aangevuld en gespecificeerd wordt, en

10. Zie ook voetnoot 76 en 73.

11. Een bewijsbeschikking is een gerechtelijke beslissing die anders dan een vonnis niet uitgesproken moet worden (§ 329 lid 2 ZPO), en korter en eenvoudiger is dan een tussenvonnissen. In de beschikking wordt conform § 359 ZPO het probandum aangegeven, de bewijsmiddelen waarbij de te horen getuigen, deskundigen of partijen worden vermeld en wie de bewijslast draagt.

de in 2.4 van dit procesreglement¹² gestelde eisen voor bij te voegen producties en bewijsstukken.

De *Klage* wordt door de advocaat direct bij de rechtbank ingediend en niet pas aangebracht nadat eerst een exploit door een deurwaarder in opdracht van een advocaat is uitgebracht aan gedaagde. Deze regeling komt enigszins overeen met indiening van de procesinleiding in de KEI-wetgeving (art. 30c jo. art. 112 KEI-wetgeving). De *Klage* wordt in opdracht van de rechtbank na enkele procesvoorbereidingen (zie par. 2.2) rechtstreeks bij de gedaagde betekend.¹³ De inhoud van een *Klage* is minder omvangrijk dan de gegevens die in art. 111 lid 2 Rv worden verlangd. Dit komt met name doordat de *Klage* niet per exploit geschiedt, maar direct naar de bevoegde rechtbank wordt gestuurd. Vervolgens neemt de rechtbank de leiding over de procedure.

Het Duitse procesrecht kent, anders dan het Nederlandse procesrecht, geen rol waarop de zaak door de griffier wordt ingeschreven, nadat de eiser (de advocaat) het exploit op tijd vóór de in de dagvaarding genoemde roldatum heeft ingediend (art. 125 lid 2 Rv). De rechtbank monitort zelf de voortgang van de procedure: zij heeft de volledige formele en materiële procesleiding; zij bepaalt van rechtswege de termijnen (§ 216 ZPO), zorgt voor de oproepingen (§ 214 ZPO) en de betekening van de vonnissen (§§ 270 en 317 ZPO).

De bij een rechtbank binnengekomen *Klage* wordt volgens een bepaald verdeelsysteem¹⁴ (vaak afhankelijk van de eerste letter van de achternaam van de eiser) aan een van de kamers van de rechtbank, die uit drie rechters bestaat, toegewezen. Binnen deze kamer wordt de behandeling van een zaak intern onderverdeeld.¹⁵ De rechter, die de zaak als lid van de kamer behandelt, wordt *Berichterstatter*¹⁶ genoemd. De *Berichterstatter* is onderdeel van de kamer die over een zaak beslist. Hij is niet de 'zaaksrechter', een begrip dat met de KEI-wetgeving is geïntroduceerd in het kader van de versterking van de regiefunctie van de rechter,¹⁷ omdat de *Berichterstatter* niet de regie over de zaak heeft, maar slechts intern de zaak behandelt. 'Zaaksrechter' zou ten hoogste de *Einzelrichter* zijn, die na de reform van de ZPO in 2002 conform §§ 348 en 348a ZPO door de kamer met de beslissing in de zaak belast is, voor zover de zaak in feitelijk of juridisch opzicht geen bijzondere moeilijkheden heeft of van principiële betekenis is.¹⁸ Voor deze rechter gelden uiteraard ook alle bevoegdheden die de kamer heeft, met name de bevoegdheid met betrekking tot de proces-

leiding zoals deze in beginsel ex § 136 ZPO aan de voorzitter van de kamer is toegekend.

De rechtbank neemt door deze werkwijze dus al in een vroeg stadium van een procedure inhoudelijk kennis van de zaak. Dit is een groot verschil met de Nederlandse gang van een procedure, waarin de rechter later, voor de mondelinge behandeling, kennisneemt van de inhoud van de stukken.

2.2 Procesvoorbereiding van de rechter

De rechtbank heeft in de eerste plaats in het kader van de procesvoorbereiding ambtshalve te onderzoeken of de *Klage* aan de dwingendrechtelijke voorwaarden voldoet.¹⁹

Voorts dient de rechter te onderzoeken of de in de *Klage* gestelde feiten – juistheid verondersteld – de eis/eisen kunnen dragen (de zogenoemde *Schlüssigkeitsprüfung*). Is dit niet het geval, dan zal de *Klage*, ongeacht de deugdelijkheid van het verweer van de gedaagde, als ongegrond (*unbegründet*) worden afgewezen.²⁰ Een dergelijk vonnis is niet vergelijkbaar met een verstekvonnis.

Overigens leidt het onderzoek naar de *Schlüssigkeit* er niet toe dat de rechter uitmaakt hoe en waarover wordt geprocedeerd. Ook in het Duitse recht geldt het beginsel dat de partijen de omvang en de inhoud bepalen van hetgeen waarover de rechtbank dient te oordelen (vgl. art. 23 en 24 Rv).²¹

In de literatuur wordt in dit verband van *Verhandlungsgrundsatz* of *Beibringungsgrundsatz* alsook *Verhandlungsmaxime* gesproken,²² dat wil zeggen het recht van partijen te bepalen waarover 'verhandelt' wordt en daarvoor de nodige stellingen te poneren en deze te bewijzen, althans daarvoor bewijs aan te bieden.

De *Schlüssigkeitsprüfung* geeft de rechtbank echter gelegenheid door zogenoemde *Hinweise* (zie hierna paragraaf 2.5) er vroegtijdig op aan te dringen dat eiser zijn verklaringen zo nodig nader toelicht c.q. zijn stellingen of de toelichting daarbij aanvult, bewijsmiddelen benoemt en ter zake dienende verzoeken indient,²³ waardoor de feiten in een vroeg stadium van de procedure helder zijn. Op basis van deze beginselen bepalen de partijen dus de inhoud van de procedure.

De zaak is met het indienen van de *Klage* bij de rechtbank aanhangig.²⁴ Een wijziging van de inleidende *Klage* is dan alleen nog met instemming van de gedaagde mogelijk, of indien de rechtbank dit geboden en ter zake dienend acht.²⁵ Hiervan zou sprake kunnen zijn indien door de wijziging nog bestaande geschilpunten in de aanhangige procedure kunnen

12. Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken, zevende versie (www.rechtspraak.nl).

13. § 271 ZPO.

14. Geschäftsverteilung, § 24e Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

15. § 21g GVG.

16. *Berichterstatter* is een lid van de kamer bij de rechtbank – door de voorzitter van deze kamer conform § 273 lid 2 nr. 1 ZPO benoemd – dat de beslissing van de kamer door een mondeling of schriftelijk advies voorbereidt en uiteindelijk – na beraad en afstemming – ook het schriftelijke vonnis formuleert. Na beraad stemt de *Berichterstatter* als eerste (§ 197 GVG).

17. J.D.A. den Tonkelaar, 'De regisserende zaaksrechter: de regierol van de rechter volgens KEI, TCR 2015, afl. 4, p. 105 e.v.

18. § 348 lid 1 n ZPO: 'De civiele kamer beslist door een van haar leden als *Einzelrichter*. (vert. EM).

19. Conform § 56 ZPO onderzoekt de rechtbank van rechtswege de actieve en passieve legitimatie enz., maar naar algemene opvatting ook de andere aan een vonnis te stellen voorwaarden (*Sachurteilsvoraussetzungen*). Musielak/Voit, *Grundkurs ZPO*, 14de druk, München: C.H. Beck 2018, Rn 269.

20. Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, Gehle, *Zivilprozessordnung: ZPO*, 78de druk, München: C.H. Beck 2020, § 331 lid 2 ZPO, Rn 11 met verdere verwijzingen.

21. § 308 lid 1 ZPO (*ne ultra petita partium*).

22. Baumbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Rn 20 met verdere verwijzingen.

23. § 139 lid 1, tweede zin, ZPO.

24. § 261 lid 1 ZPO.

25. § 263 ZPO.

worden betrokken, waardoor een nieuwe procedure wordt vermeden. Een wijziging is bijvoorbeeld niet ter zake dienend wanneer met die wijziging een volledig nieuw geschilpunt wordt geïntroduceerd, waarvoor de bereikte resultaten in de lopende procedure niet relevant zijn.²⁶

Deze bevoegdheid van de rechtbank dient de effectiviteit van de procesvoering, waarbij een zo eenvoudig mogelijke, snelle en kostenefficiënte oplossing van een procedure wordt nagestreefd.

Deze regeling gaat minder ver dan de Nederlandse bepaling tot eiswijziging in art. 130 Rv, die de eiser de mogelijkheid geeft zijn eis of de gronden daarvan aan te passen, zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen en de eiswijziging niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. In het Nederlands recht heeft de rechter wel de speelruimte een eiswijziging buiten beschouwing te laten, indien deze naar zijn mening in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

2.3 Betekening Klage

Na de eerste controle door de rechtbank op formele correctheid en op *Schlüssigkeit* van de *Klage* wordt de *Klage* door de rechtbank onverwijld aan de gedaagde betekend. De griffie van de rechtbank verzorgt de betekening.²⁷ De griffie kan de *Klage* – en daarvan wordt regelmatig gebruik gemaakt – via de post aan gedaagde betekenen (vgl. art. 112 KEI-wetgeving). Uiteraard is ook betekening door een deurwaarder mogelijk. Hiervan wordt gebruik gemaakt indien verzending per post door de rechter niet zinvol wordt geacht.²⁸ De betekening geschiedt door overhandiging van een gesloten envelop waarin het stuk zich bevindt. De ontvanger dient daarbij een formulier te tekenen, dat aan de rechtbank als bewijs van de succesvolle betekening wordt teruggestuurd.

Het Duitse procesrecht kent geen bijzondere procedure voor een verzoekschrift (*Antragsverfahren*). Voor zover procedures met een verzoek worden ingediend (bijvoorbeeld bij het aanvragen van een voorlopige voorziening (*einstweilige Verfügung*) en/of (conservatoir) beslag (*Arrest*)), gelden geen andere regels, temeer omdat bij dit soort verzoeken de rechtbank heel vaak een mondelinge behandeling achterwege laat.

Bij de betekening van de *Klage* ontvangt de gedaagde ook een brief met toelichting van de rechtbank, de zogenaamde *Prozessleitende Verfügung*. In de *Prozessleitende Verfügung* wordt de gedaagde door de rechtbank over het feit geïnformeerd dat tegen hem de *Klage* (die aan hem betekend is) is ingediend. Tevens wordt hem verzocht een advocaat te stellen indien hij zich tegen de *Klage* wenst te verdedigen.²⁹ Voorts wordt de datum van de eerste (vroeg) mondelinge behandeling³⁰ meegedeeld. Indien de voorzitter van de kamer nog geen datum voor de mondelinge behandeling heeft vastgesteld, maar een schriftelijke voorprocedure³¹ heeft gelast,

wordt een korte termijn voor de indiening van conclusie van antwoord (*Klageerwiderung*) vastgesteld, die ten minste twee weken moet bedragen (§ 274 lid 3 ZPO).

Voor de *Klageerwiderung* stelt de wet geen bijzondere, gespecificeerde eisen. Volgens de wet dient de gedaagde zijn verdedigingsmiddelen toe te lichten en uiteraard ook bewijs voor zijn stelling aan te bieden, voor zover dit naar de stand van de procedure voor een zorgvuldige en op voortvarendheid van de procedure gerichte procesvoering gepast is.³² De gedaagde dient ook aan te geven of er redenen zijn de beslissing in de zaak niet aan één rechter over te laten.

De Duitse wet verlangt van de rechtbank in een vroeg stadium een grondige voorbereiding van de verplichte mondelinge behandeling. De voorzitter van de kamer of de *Berichterstatter* kan in dat kader aan de partijen verzoeken zich aanvullend of toelichtend nader over bepaalde punten uit te laten, die – volgens de rechtbank – nog toelichting behoeven.³³ Hij *mag* niet alleen, maar hij *moet* partijen aanwijzingen (*Hinweise*) (zie par. 2.5) geven, indien naar zijn mening stellingen van de eiser – en later in de procedure ook van gedaagde – onvolledig zijn.

Omdat de rechtbank de leiding over de procedure heeft, kent het Duitse procesrecht ook geen procesreglement en de daaruit voortvloeiende beperking van te nemen conclusies of aktes. Naar mijn mening ligt hierin het grootste verschil tussen de Nederlandse en de Duitse civiele procedure: de rechter is van meet af aan bij de procedure betrokken en heeft de *leiding*, niet alleen de *regie*. Door deze keuze in het Duitse civiele procesrecht en het daaruit voortvloeiende directe contact tussen advocaten en rechtbank volgt dat een formalisatie van de in een procedure te nemen stappen niet nodig is. Het verloop van de procedure is in de wet geregeld en voor zover hierin hiaten zouden zijn, worden deze in het kader van de procesleiding en met inachtneming van een goed procesverloop en proceseconomie door de rechtbank, en zo nodig in overleg met partijen, opgelost.

2.4 Hinweisplicht

§ 139 lid 4 ZPO schrijft voor dat de rechtbank haar aanwijzingen (*Hinweise*) zo vroeg mogelijk dient te geven en deze in het dossier dient vast te leggen. De wetgever stelt aldus hoge eisen aan de rechtbank. Enerzijds dient de rechter onafhankelijk en onpartijdig te zijn, anderzijds dient hij er echter op toe te zien dat een partij, die zich ingevolge § 138 lid 1 ZPO volledig en waarheidsgetrouw dient uit te laten, haar stellingen aanvult indien de rechtbank dit ter zake dienend acht na geconstateerd te hebben dat de stellingen of verklaringen van die partij tot dan toe nog onvolledig zijn.

26. Zöller, ZPO, 33ste druk, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2020, § 263 ZPO, Rn 13 met verdere verwijzingen. Baumbach, § 263 ZPO, Rn 24.

27. § 168 ZPO.

28. § 168 lid 2 ZPO.

29. § 272 lid 2 jo. § 215 lid 2 ZPO.

30. § 272 lid 2 jo. § 275 ZPO.

31. § 272 lid 2 jo. § 276 ZPO.

32. § 277 lid 1, eerste zin, ZPO.

33. § 273 lid 2 nr. 1 ZPO.

De *Hinweispflicht*³⁴ en het vaststellen van de *sekundäre Darlegungslast*³⁵ dienen, om een snelle afhandeling van een procedure te bevorderen, zo mogelijk met maar één mondelinge behandeling.

Weliswaar geeft het nieuwe art. 87 Rv Spoedwet KEI de rechter de mogelijkheid – ook ambtshalve – in elke stand van het geding een mondelinge behandeling te bevelen en daarbij partijen te verzoeken hem inlichtingen te geven of hun gelegenheid te geven hun stellingen nader te onderbouwen. In het desbetreffende tussenvonnissen zal de rechter uitleggen wat het doel is van de mondelinge behandeling en over welke onderwerpen de rechter nader met partijen wil spreken. Dit is echter iets anders dan een *Hinweisbeschluss*, waarin de rechtbank al enigszins gemotiveerd een standpunt met betrekking tot bepaalde stellingen inneemt. De verwijzing in art. 87 lid 7 Rv Spoedwet KEI naar art. 22 Rv lijkt onzorgvuldig; immers art. 22 lid 1 Rv is inhoudelijk nagenoeg gelijk aan art. 87 lid 1 en 2 Rv Spoedwet KEI. Alleen de termijinstelling in art. 87 lid 7 Rv Spoedwet KEI is ‘nieuw’, maar dat had eenvoudiger gekund en een dergelijke termijinstelling is regelmatig ook in een tussenvonnissen opgenomen.

Met de hiervoor genoemde uitleg zou men kunnen stellen dat ook het Nederlandse procesrecht de rechter de mogelijkheid geeft aan partijen aanwijzingen te geven. In welk stadium dit kan geschieden, blijft natuurlijk afhankelijk van het tijdstip waarop de rechter kennisneemt van de *Klage*/dagvaarding c.q. *Klageerwiderung*/conclusie van antwoord. Met het oog hierop lijkt mij het Duitse systeem, waar de rechter direct – en zonder rol – kennisneemt van de stukken, de voorkeur te verdienen om een effectieve en snelle rechtsgang te bevorderen.

De Duitse rechtbank heeft, bij een daadwerkelijk feitelijk en/of juridisch onduidelijke situatie, overigens ook te voldoen aan een verzoek van een advocaat tot het geven van een aanwijzing aan zijn eigen partij om verdere noodzakelijke aanvullingen van de stellingen te leveren.³⁶

Natuurlijk dient de andere partij over een dergelijke aanwijzing door de rechtbank te worden geïnformeerd³⁷ en moet dan in de gelegenheid worden gesteld om hierop te kunnen reageren. De rechtbank (en daarmee iedere rechter)³⁸ bevindt zich dus in een haar door de wetgever opgelegde spagaat tussen partijautonomie en zorgplicht. De bepaling van § 139 ZPO dient naar Duitse opvatting zowel het streven naar onpartijdigheid van de rechterlijke macht alsook het recht op een gelijke behandeling³⁹ en wordt dus aangemerkt als een veran-

kering van de rechtsbeginselen die zijn vervat in art. 2 lid 1 en art. 20 lid 3 van de Duitse grondwet (*Grundgesetz* (GG)).⁴⁰ Handelen in strijd met de *Hinweispflicht* zou een gebrek in de procedure (*Verfahrensmangel*)⁴¹ kunnen zijn en onder omstandigheden zelfs in strijd zijn met art. 103 lid 1 GG (het beginsel van hoor en wederhoor).⁴²

De verplichtingen die de wetgever in § 139 lid 4 ZPO aan de rechtbank in het kader van de vaststelling van de feiten oplegt, gaan heel ver. De rechtbank heeft volgens § 139 lid 1, tweede zin, ZPO daarop toe te zien: ‘(...) dat de partijen zich tijdig en volledig over alle relevante feiten uitlaten, met name onvoldoende informatie met betrekking tot de gestelde feiten aanvullen, de bewijsmiddelen benoemen en ter zake dienende eisen stellen’.⁴³ Door de jurisprudentie is in dit verband het beginsel van de secundaire stelplicht (*sekundäre Darlegungslast*) ontwikkeld. Secundaire stelplicht betekent dat de tegenpartij onder omstandigheden conform § 138 lid 2 ZPO het niet bij het *betwisten* van stellingen van de andere partij kan laten, maar op deze stellingen gesubstantieerd dient te *reageren*. Voorwaarde daarvoor is, kort samengevat, dat voor de partij die eigenlijk (primaire) de bewijslast draagt een nadere onderbouwing van haar stellingen, bij gebrek aan kennis van de wezenlijke feiten, niet mogelijk is of dit van haar niet gevergd kan worden, terwijl de tegenpartij deze kennis wél heeft en de mededeling ook van haar kan worden gevergd.⁴⁴

Een vergelijkbare regeling kent ook het Nederlandse recht met de in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde verzwaarde motiveringsplicht of verzwaarde stelplicht.

De Rechtbank Oldenburg verlangde bijvoorbeeld van Volkswagen in een procedure waarin een autokoper van Volkswagen in verband met het *Dieselskandal* een schadevergoeding eiste, een aanvullende toelichting op eerder in de procedure geponeerde stellingen. De rechtbank verwees daarbij naar uitlatingen van de heer Pötsch (voorzitter van de Raad van Commissarissen van Volkswagen) tijdens de jaarvergadering van Volkswagen op 11 mei 2017⁴⁵ en van de heer Diess (voorzitter van het bestuur van Volkswagen) in een bekende talkshow op 18 juli 2019.⁴⁶ Naar de mening van de rechtbank waren die uitlatingen niet in overeenstemming te

34. Baumbach, § 273 ZPO, Rn 2.

35. De door de jurisprudentie ontwikkelde verplichting van de niet-bewijsplichtige partij op grond van redelijkheid en billijkheid tot opheldering en waarheidsvinding bij te dragen en stellingen niet alleen te betwisten indien de bewijsplichtige partij daartoe niet in staat is; Baumbach, § 138 ZPO, Rn 30 met verdere verwijzingen; Zöller, § 138 ZPO, Rn 8b; zie nader in dit hoofdstuk p. 8 en 9.

36. Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18de druk, München: C.H. Beck 2018, § 77, Rn 22. Dit gebeurt wel eens als een advocaat weliswaar naar zijn mening voldoende feiten heeft gesteld, maar toch niet zeker is dat dit voor de rechtbank al overtuigend genoeg zal zijn.

37. Daarom geldt het voorschrift dat de aanwijzing schriftelijk moet zijn.

38. Baumbach, § 139 ZPO, Rn 6.

39. Baumbach, § 139 ZPO, Rn 2; BVerfG 101 en 404.

40. Art. 2 lid 1 GG luidt: ‘Iedereen heeft recht op vrije ontwikkeling van zijn persoonlijkheid voor zover hij niet de rechten van anderen schendt en niet in strijd met de grondwettelijke orde of tegen de goede zeden handelt’ (vert. EM). Art. 20 lid 3 GG luidt: ‘De wetgeving is aan de grondwettelijke orde, de executerende macht en de rechtsprekende macht zijn aan wet en recht gebonden’ (vert. EM). Baumbach, § 139 ZPO, Rn 1: sommigen noemen § 139 ZPO zelf de ‘magna charta’ van het Duitse procesrecht; R. Verkijs, *De advocaat in het burgerlijk proces* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 512. Verkijs geeft overigens een zeer lezenswaardig overzicht van de ontwikkeling van het Duitse civiel procesrecht.

41. *Verfahrensmängel* (*error in procedendo*) kunnen, indien erover op tijd een klacht is gedaan, een reden voor cassatie zijn (§ 551 lid 3 b jo. § 557 lid 2 ZPO).

42. Art. 103 lid 1 GG luidt: ‘Voor de rechter heeft iedereen recht te worden gehoord’ (vert. EM).

43. § 139 lid 1, tweede zin, ZPO.

44. BGH, NJW 2008, p. 982 en 984 met verdere verwijzingen.

45. ‘Er komt geen afsluitend bericht, omdat dat voor gedaagde te riskant zou zijn’ (vert. EM).

46. ‘Dat wat wij gedaan hebben, was bedrog, ja’ (vert. EM).

brenge met de eerdere stellingen van Volkswagen in deze procedure.

De rechtbank heeft Volkswagen daarom, kort samengevat, in het kader van de secundaire stelplicht bevolen ‘tenminste de desbetreffende medewerkers op werkniveau met naam te benoemen en het resultaat van de te veronderstellen verhoren in het kader van het interne onderzoek [er was een onderzoek ingesteld, maar volgens Volkswagen nog niet afgerond⁴⁷] met het oog op de informatie aan het hogere niveau van verantwoordelijkheid concreet mee te delen of mee te delen wie precies in de onderneming in de visie van de heer Diess “de” oplichting (den Betrug) had gedaan’ (vertaling EM). Een niet-acceptabele ‘fishing expedition’ (*Ausforschung*) is dat naar de mening van de rechtbank niet. Een andere beoordeling zou volgens de rechtbank ‘door een verstandig denkende partij moeten worden beschouwd als het “belachelijk maken” (*Verhöhnung*) van de belangen van een andere partij’. Het procesrecht dient er – met inachtneming van de stelplicht – allereerst toe om het materiële recht te verwezenlijken en niet om dat verwezenlijken in de weg te staan,⁴⁸ aldus de rechtbank in deze zaak.

Dat aanwijzingen of verzoeken van de rechtbank invloed hebben op de door de partijen naar voren gebrachte feiten en daarmee op de stelplicht, moge duidelijk zijn. Reageert een partij niet, of onvoldoende, op een aanwijzing van de rechtbank, dan handelt zij in strijd met haar stelplicht en haar verplichting de voortgang van de procedure te bevorderen.⁴⁹ De rechtbank heeft in een dergelijke situatie geen verplichting de aanwijzing te herhalen.⁵⁰ Voorts blijft de rechtbank vrij in haar beoordeling van de feiten in feitelijk en juridisch opzicht.⁵¹ Evenzeer moge duidelijk zijn dat de rechtbank de vragen duidelijk zonder een waardeoordeel formuleert, om niet de indruk te wekken niet-onpartijdig te zijn (en daarmee een eventuele wraking uit te lokken). De wettelijke verplichting van de rechtbank om te voorzien in een zorgvuldige voorbereiding van de mondelinge behandeling kan met zich brengen dat ook al vragen worden gesteld betreffende het (later) door (een van de) partijen te leveren bewijs. Dit kan er zelfs toe leiden dat de rechtbank een vroege bewijsopdracht geeft.

De Nederlandse wetgever is eveneens van mening dat de rechter een actievere rol bij de waarheidsvinding zou moeten hebben. In het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht⁵² is voor de rechter in een meer actieve en sturende rol voorzien. In de KEI-wetgeving lag de focus al op een snellere en efficiëntere procedure. In het wets-

voorstel wordt dit verder voortgezet door informatievergaring en bewijsverzameling in de preprocesuele fase.

Het gaat te ver om in dit artikel op het nieuwe bewijsrecht nader in te gaan.

2.5 Vroege bewijsopdracht

§ 358a ZPO geeft de rechtbank de mogelijkheid al voorafgaand aan de eerste mondelinge behandeling ook een schriftelijke bewijsopdracht uit te vaardigen⁵³ indien haar uit de voorbereidende conclusies blijkt dat bewijs over een bepaalde stelling in ieder geval nodig zal zijn.

De bewijsopdracht (§ 359 ZPO)⁵⁴ bevat:

1. een omschrijving van de betwiste feiten, waarover bewijslevering nodig is;
2. een omschrijving van de bewijsmiddelen (met benoeming van de te horen getuigen, deskundigen of te horen partij (inclusief NAW-gegevens)); en
3. bepaling van de partij die de bewijsplicht draagt en dat bewijsmiddel heeft aangeboden.

Deze mogelijkheid dient echter met grote terughoudendheid te worden gebruikt en alleen als de noodzaak een bepaald feit te bewijzen evident is.

2.6 Procesleiding en regie

Uit het voorstaande blijkt duidelijk dat de (formele) leiding van de procedure in handen van de rechtbank is en binnen de rechtbank in het kader van het *Geschäftsverteilungsplan* bij de aangewezen kamer ligt. Dit is naar mijn mening niet hetzelfde als de regie zoals beoogd met de Spoedwet KEI.⁵⁵ De voorzitter van de aangewezen kamer bij de rechtbank leidt dan ook de mondelinge behandeling,⁵⁶ die in beginsel voor iedere procedure wettelijk is voorgeschreven⁵⁷ (*Grundsatz der Mündlichkeit*).⁵⁸

In § 128 ZPO is vastgelegd dat de zaak voor de bevoegde rechtbank mondeling wordt behandeld. De bevoegde rechtbank is de kamer bij de rechtbank waaraan de zaak volgens het *Geschäftsverteilungsplan*⁵⁹ is toebedeeld. De voorzitter van deze kamer leidt dus de openbare⁶⁰ zitting van de kamer, waarbij regelmatig alleen de advocaten van de partijen aanwezig zijn (en niet de partijen zelf). De eerste mondelinge behandeling wordt overigens door een zogenaamde *Güteverhandlung* (hiervoor roept de rechtbank ook de partijen zelf op, § 278 lid 2, tweede en derde zin, ZPO) voorafgegaan.⁶¹ Een *Güteverhandlung* is nog niet de mondelinge behandeling. Het is als het ware de geformaliseerde verplichting van de rechter

47. LG Oldenburg, Beschluss v. 21 juni 2019, 60 179/18, Rn 2.

48. Handelsblatt, 9 juli 2019, p. 21; LG Oldenburg, Beschluss v. 21 juni 2019, 60 179/18.

49. Baumbach, § 139 ZPO, Rn 96 en 97.

50. Musielak, Rn 212 met verdere verwijzingen.

51. Baumbach, § 139 ZPO, Rn 19.

52. Conceptwetsvoorstel ‘Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht’. Het bevindt zich thans in de consultatiefase; advies van de Raad van State is op 27 februari 2020 uitgebracht.

53. § 358 lid 1, eerste zin, ZPO (in het Duitse procesrecht wordt bewijs middels beschikking (*Beschluss*) opgedragen, en niet in een vonnis).

54. § 359 ZPO.

55. *Stb.* 2019, 241.

56. § 136 lid 1 ZPO.

57. § 128 lid 4 ZPO.

58. § 128 lid 4 ZPO.

59. § 21e lid 1 GVG.

60. § 169 GVG; zie ook art. 27 Rv.

61. § 278 ZPO. De rechtbank is gehouden in ieder stadium van een procedure te trachten de zaak minnelijk te regelen.

in ieder stadium van de procedure te beproeven of een minnelijke schikking mogelijk is, tenzij al duidelijk is dat een minnelijke regeling uitgesloten is.⁶²

2.7 Mondelinge behandeling

De mondelinge behandeling vormt het hart van de Duitse civiele procedure. § 128 ZPO bevat enkele grondbeginselen van de procedure:

1. het beginsel van de mondelinge behandeling in lid 1;
2. het beginsel van de onmiddellijkheid eveneens in lid 1; en
3. de beginselen van gelijke behandeling en proceseconomie in lid 3 en 4.⁶³

Partijen hebben aldus, ten overstaan van de rechter die ook het vonnis zal wijzen, gelegenheid hun visie op de feiten en de juridische beoordeling te geven en te reageren (recht van hoor en wederhoor). Tegelijkertijd geeft § 128 ZPO de rechtbank en de partijen ook de gelegenheid de voortgang van de procedure te bevorderen door bijvoorbeeld een vroege mondelinge behandeling te bevelen of zelfs van een mondelinge behandeling af te zien.

Een vroege mondelinge behandeling na de conclusie van antwoord is geen doel op zich, maar een logische stap indien de bepaling van een vroege termijn is gekoppeld aan het – tijdig daarvoor – indienen van een conclusie van antwoord, zodat de rechter over de inhoud en de omvang van het geschil is geïnformeerd.

Daarbij geldt voor de rechtbank steeds de opdracht aan de opheldering van de feiten mee te werken, uiteraard met de nodige zorgvuldigheid en inachtneming van de partijautonomie.

Een vonnis mag dan ook uitsluitend worden uitgesproken⁶⁴ nadat een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, tenzij partijen met een schriftelijke behandeling akkoord zijn gegaan⁶⁵ of ingeval alleen over de kostenverdeling moet worden beslist.

Ook het Nederlandse procesrecht kent een mondelinge behandeling. Al voor de KEI-wetgeving was in art. 131 Rv bepaald dat de rechter na de *Klageerwiderung* (conclusie van antwoord) de verschijning van partijen kan bevelen (comparitie⁶⁶). De inhoud van de comparitie was nader uitgewerkt in art. 87 en 88 Rv. Met de Spoedwet KEI heeft de mondelinge behandeling een regeling gekregen in art. 131 jo. art. 87 e.v. Rv Spoedwet KEI.⁶⁷ Volgens art. 131 Rv Spoedwet KEI beveelt de rechter een mondelinge behandeling nadat de gedaagde voor antwoord heeft geconcludeerd.

De mondelinge behandeling in het Nederlandse recht, neergelegd in art. 87 Rv Spoedwet KEI, verschilt echter van de *mündliche Behandlung* in het Duitse recht. Het grootste

verschil ligt daarin dat de Nederlandse rechter de mondelinge behandeling *kan* (en alleen als hierom wordt verzocht: *moet*) bevelen, terwijl in het Duitse recht de mondelinge behandeling *een voorwaarde voor iedere beslissing is*. Ook inhoudelijk heeft de *mündliche Behandlung* naar Duits recht, door de procesleiding en de intensieve voorbereiding van de rechtbank, een ander karakter dan de mondelinge behandeling in art. 87 e.v. Rv Spoedwet KEI. In art. 87 Rv Spoedwet KEI gaat het meer om het verkrijgen van inlichtingen of onderbouwen van stellingen en minder om een (juridische) dialoog tussen de rechter en de advocaten om af te stemmen of de zaak rijp is voor een beslissing, of dat nog bewijsvergaring nodig is. De formuleringen in art. 87 lid 1 onder d Rv Spoedwet KEI ('met partijen overleggen hoe het vervolg van de procedure zou verlopen') en art. 87 lid 1 onder e Rv Spoedwet KEI ('aanwijzingen geven of proceshandelingen bevelen voor zover de rechter dit in overeenstemming met de eisen van een goede procesorder acht') geven bij een ruime uitleg wel de mogelijkheid om met de partijen c.q. hun advocaten de juridische vraagstukken van de zaak te bespreken (zoals dat in de praktijk bij een comparitie ook geschiedt). Dit is naar mijn mening echter toch iets anders dan de duidelijke opdracht die de Duitse wetgever in § 139 lid 1, eerste zin, ZPO aan de rechter geeft, namelijk: 'De rechtbank heeft de taak de feiten en het geschil (*Sach- und Streitverhältnis*), voor zover noodzakelijk, met de partijen naar de feitelijke en juridische kant te bediscussiëren en vragen te stellen' (vertaling EM).

Het belang van de mondelinge behandeling in het Nederlandse proces wordt onderstreept door art. 87 lid 8 Rv Spoedwet KEI, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de rechter, indien *geen* mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, partijen desverlangd gelegenheid biedt hun standpunt mondeling uiteen te zetten.

De mondelinge behandeling waarvoor partijen door de rechtbank worden opgeroepen (*geladen*),⁶⁸ vangt in een Duitse procedure aan met een korte inleiding van de voorzitter van de kamer over de feiten en een globale juridische inschatting hoe de kamer op dat moment, op basis van de ingediende conclusies, naar de zaak kijkt (*Sach- und Rechtsstand*). Daarna formuleren de partijen hun eisen, waarbij regelmatig op de eerder bij de rechtbank ingediende conclusies wordt ingegaan. In het proces-verbaal van de zitting (*Protokoll*) wordt dit verloop summierlijk opgenomen: 'Kläger stellt die Anträge aus der Klageschrift vom (Datum)/Der Beklagte stellt die Anträge aus der Klageerwiderung vom (Datum)'. Daarna wordt de zaak inhoudelijk besproken. Dit houdt in dat de kamer met de advocaten⁶⁹ de feiten en de stand van zaken en ook de juridische aspecten van de zaak bespreekt en zo nodig vragen ter verdere opheldering stelt. De kamer dient er, zoals eerder al genoemd, op grond van de Duitse wet voor te zorgen dat partijen zich tijdig en volledig over alle relevante feiten uitla-

62. § 278 lid 2, eerste zin, ZPO.

63. Baumbach, § 128 ZPO, Rn 2 e.v.

64. § 128 lid 4 ZPO.

65. § 128 lid 2, eerste zin, ZPO.

66. Deze bepaling is in werking getreden op 1 januari 2002.

67. Zie P.E. Ernste, 'Het wetsvoorstel Spoedwet KEI: een verruiming van regie van de rechter en de mogelijkheden rondom de mondelinge behandeling?', *TCR* 2019, afl. 3, p. 128.

68. §§ 214 en 215 ZPO.

69. De partijen nemen aan een mondelinge behandeling regelmatig niet deel, tenzij de rechtbank persoonlijk verschijnen van partijen heeft bevelen. Dit gebeurt indien dit ter opheldering van de feiten geboden lijkt (§ 141 ZPO).

ten en met name onvolledige verklaringen/stellingen aanvullen, bewijsmiddelen benoemen en ter zake dienende eisen stellen.⁷⁰

De discussie is uitdrukkelijk mondeling en volgens de wet *in freier Rede*, derhalve zonder voordracht van een pleitnota.⁷¹ Een pleidooi of een pleitnota is in civiele zaken onbekend.⁷² Er mag echter wel uit processtukken of andere documenten worden geciteerd, wanneer het op de letterlijke tekst aankomt, de andere partij daartegen geen bezwaar maakt en de rechtbank dit geboden acht. In de praktijk is het gebruikelijk dat partijen met betrekking tot bepaalde punten naar de stellingen in hun conclusies verwijzen.

Tijdens deze mondelinge behandeling dient de rechtbank partijen ambtshalve te wijzen op alle feitelijke of juridische omstandigheden of omstandigheden die voortvloeien uit de stellingen van partijen, die naar het oordeel van de rechtbank voor de beslissing relevant zouden kunnen zijn (*auf Bedenken aufmerksam machen*).⁷³ Deze aanwijzingen worden in het proces-verbaal opgenomen. Indien een partij niet in staat is direct te reageren op een dergelijke aanwijzing, stelt de rechtbank een termijn waarbinnen zij dit in een verdere conclusie alsnog schriftelijk kan doen.

Inhoudelijk zie ik niet veel verschil tussen de mondelinge behandeling naar Nederlands recht en naar Duits recht. De Nederlandse rechter kan partijen verzoeken inlichtingen te geven of gelegenheid geven hun stellingen nader te onderbouwen, een schikking beproeven, het vervolg van de procedure bespreken of proceshandelingen bevelen.⁷⁴ Tot uiterlijk tien dagen voor de mondelinge behandeling kunnen stukken in het geding worden gebracht.⁷⁵ De rechter kan partijen de gelegenheid geven voor korte toelichtingen aan de hand van spreek-aantekeningen, hetgeen geen pleidooi inhoudt.

Anders dan in Nederland, waar in art. 90 lid 3 Rv Spoedwet KEI is bepaald dat het proces-verbaal een zakelijke samenvatting van het verhandelde ter zitting bevat, geeft het Duitse procesrecht een duidelijke omschrijving van wat in het proces-verbaal dient te worden opgenomen. Het hoeft geen letterlijk verslag van de mondelinge behandeling te zijn, maar dient wel alle wezenlijke details (*wesentliche Vorgänge der Verhandlung*) te bevatten.⁷⁶ Indien het proces-verbaal op een gebruikelijk dicteerapparaat wordt opgenomen, dient het onverwijld na de mondelinge behandeling te worden uitgewerkt en aan partijen ter beschikking te worden gesteld. In een dergelijk geval zal de voorzitter van de kamer tijdens de mondelinge behandeling de wezenlijke inhoud van het besprokene hebben gedictieerd. Dit dictaat van de voorzitter van de kamer zal dan worden uitge-

werkt. Het proces-verbaal is derhalve geen woordelijk verslag van alles wat tijdens de mondelinge behandeling besproken is, maar van hetgeen door de procesleidende voorzitter van de kamer/*Einzebrichter* belangrijk wordt geacht. Het proces-verbaal dient zodanig te zijn, dat het verdere verloop van de procedure daaruit begrijpelijk wordt.⁷⁷

Partijen kunnen eisen dat bepaalde feiten of verklaringen in het proces-verbaal worden opgenomen. De rechtbank kan van het opnemen daarvan afzien indien het naar het oordeel van de rechtbank voor het nemen van de beslissing niet aankomt op deze feiten en uitlatingen.⁷⁸ Het proces-verbaal heeft bewijskracht voor de in acht te nemen formaliteiten van de rechtsgang. Fouten in het proces-verbaal kunnen echter worden gecorrigeerd, voor zover het bij de fouten om correcties met betrekking tot verklaringen van getuigen of partijen gaat, maar dit kan slechts met toestemming van de tegenpartij. Op het proces-verbaal wordt van de wijzigingen en correcties aantekening gemaakt. Deze aantekening dient door de rechter te worden getekend.⁷⁹

Art. 90 Rv Spoedwet KEI regelt in Nederland het proces-verbaal. Anders dan in het Duitse procesrecht geeft art. 90 lid 1 Rv Spoedwet KEI de rechter een bepaalde vrijheid met betrekking tot het proces-verbaal. De formulering dat de rechter van de mondelinge behandeling een proces-verbaal opmaakt, indien hij dit ambtshalve of op verzoek van een partij, die daarbij belang heeft, bepaalt of op verzoek van een hogerberoepsrechter of de Hoge Raad, impliceert dat de Nederlandse rechter – in tegenstelling tot de Duitse rechter – niet altijd een proces-verbaal hoeft op te maken.⁸⁰

Als een proces-verbaal wordt opgemaakt, regelen art. 90 lid 2 en 5 Rv Spoedwet KEI de formele eisen die aan een dergelijk proces-verbaal worden gesteld. Inhoudelijk bepaalt art. 90 lid 3 Spoedwet KEI dat het proces-verbaal een zakelijke samenvatting van het verhandelde ter zitting inhoudt. In de literatuur⁸¹ wordt betoogd dat de criteria daarvoor zijn (1) dat het verhandelde relevant is voor de oordeelsvorming van de rechter, (2) dat het verhandelde behulpzaam is voor de aanvaardbaarheid van de uitspraak, en (3) dat het verhandelde betekenis kan hebben voor het partijdebat in de volgende instantie of de oordeelsvorming in de volgende instantie. Deze zinvolle uitleg komt naar mijn mening overeen met de eisen die aan het proces-verbaal in het Duitse procesrecht worden gesteld. Dit geldt temeer nu in art. 90 lid 4 Rv Spoedwet KEI is bepaald dat de rechter kan bepalen dat een verklaring integraal in het proces-verbaal zal worden opgenomen.

Het verschil tussen het Duitse en Nederlandse recht zit dus daarin dat naar Duits recht altijd een proces-verbaal moet worden opgemaakt en naar Nederlands recht niet. Een ander verschil volgt uit art. 90 lid 7 Rv Spoedwet KEI. Dat artikel

70. § 139 lid 1 ZPO, zie ook art. 21 en 22 Rv en het nieuwe art. 87 lid 2 Rv Spoedwet KEI.

71. § 137 lid 2 ZPO.

72. Zie E.W. Mehring, 'Das Plädoyer im Zivilprozess of Een beschrijving van een irrealis', in: C.M. Breur e.a. (red.), *ASSERtief! Dertien wijzen van pleiten* (75 jaar juridisch dispuut Tobias Asser), Den Haag: Jongbloed 1999, p. 37-43. Zie echter ook het nieuwe art. 87 lid 2 Rv Spoedwet KEI.

73. § 139 lid 3 ZPO.

74. Art. 87 lid 2 Rv Spoedwet KEI.

75. Art. 87 lid 6 Rv Spoedwet KEI.

76. § 190 lid 2 ZPO.

77. Baumbach, § 160 ZPO, Rn 7a.

78. § 160 lid 5 ZPO.

79. § 164 ZPO.

80. Zie Ernste 2019, p. 133.

81. Zie G. de Groot, 'Rechtsregels met betrekking tot de mondelinge behandeling', in: G. de Groot & H. Steenberg (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 172-173; Ernste 2019, p. 133.

bepaalt dat een proces-verbaal kan worden vervangen door beeld- of geluidsopnames. Uit de laatste zin van art. 90 lid 7 Rv Spoedwet KEI blijkt duidelijk dat beeld- of geluidsopnames niet per se schriftelijk moeten worden uitgewerkt. Nu uit art. 90 lid 4 Rv Spoedwet KEI echter volgt dat een opgenomen verklaring van een getuige of deskundige ondertekend moet worden, lijkt het zo te zijn dat een beeld- of geluidsopname toch wel schriftelijk moet worden vastgelegd, zolang een ondertekening op elektronische wijze (nog) niet mogelijk is.⁸²

Hoe de procedure naar het Duitse recht verder verloopt, hangt ervan af in hoeverre de zaak naar het oordeel van de kamer volledig besproken is en geen vragen meer openstaan.⁸³

Is de zaak tijdens de mondelinge behandeling naar het oordeel van de kamer volledig besproken en staan geen vragen meer open, dan sluit de voorzitter de mondelinge behandeling.

Is de kamer echter van mening dat er nog open vragen zijn en dat verdere bewijslevering nodig is – dus dat nog een of meerdere stellingen *beweisbedürftig* zijn –, dan kondigt de voorzitter aan dat een beschikking omtrent de bewijsvoering (*Beweisbeschluss*) zal volgen en aan partijen zal worden verzonden.

2.8 Schikking

Uiteraard probeert ook de Duitse rechter in iedere fase van de procedure te onderzoeken of een schikking tussen de partijen mogelijk is (§ 278 lid 1 ZPO). Evenals in Nederland is het gebruikelijk dat de rechter aan de partijen c.q. advocaten vraagt of het niet zinvol zou kunnen zijn ‘op de gang’ over een minnelijke schikking (*Vergleich*) te spreken. De rechter zou dan voordat hij de mondelinge behandeling onderbreekt en de partijen c.q. hun advocaten ‘op de gang’ stuurt een korte toelichting geven hoe de rechtbank de mogelijke uitkomst van de procedure met de kennis van dat moment feitelijk en juridisch inschat.

Anders dan in Nederland wordt na terugkeer van de partijen en heropening van de zitting het resultaat van de onderhandelingen aan de rechtbank meegedeeld en ook besproken om te onderzoeken of niet alsnog – zij het met lichte druk door de rechter – een schikking kan worden bereikt.

Als de schikking wordt bereikt, wordt hiervan een proces-verbaal opgemaakt. Daarbij wordt regelmatig ook afstand van instantie gedaan.⁸⁴

2.9 Beweisbeschluss

Anders dan in Nederland is er dus geen tussenvonnissen waarin de rechtbank al bepaalde standpunten inneemt en op grond waarvan zij oordeelt dat en waarover zij bewijs nodig acht, en wie dit bewijs zou moeten leveren, met de vraag aan die partij

hoe zij het bewijs wenst te leveren. De Duitse rechtbank noemt in haar beschikking alleen de betwiste feiten waarvoor zij bewijs nodig acht (*beweisbedürftig*), en geeft aan welke partij dit bewijs dient te leveren (verdeling van de bewijslast), omdat zij zich op dit bewijs heeft beroepen. Uiteraard dient de rechtbank er zeker van te zijn dat het te verkrijgen bewijs ook relevant voor haar beslissing is.⁸⁵

2.10 Beweisbedürftigkeit

Bewijs is nodig voor alle feiten die voor de beslissing relevant zijn, die *schlüssig*⁸⁶ zijn, niet erkend maar betwist worden, of die niet voor iedereen zonder meer duidelijk (*offenkundig*)⁸⁷ zijn of waarvoor geen wettelijk vermoeden bestaat.⁸⁸ In de Duitse terminologie worden dergelijke feiten *beweisbedürftig* (bewijsbehoevend) genoemd.⁸⁹ Zijn de door de partijen voorgedragen feiten niet precies genoeg door het onvoldoende naleven van de waarheids- en/of volledigheidsplicht of op grond van tegensprekende stellingen van de tegenpartij, dan kan de Duitse rechtbank, evenals de Nederlandse rechtbank,⁹⁰ de gedaagde partij vragen de feiten aan te vullen.⁹¹

De rechtbank dient altijd een *aanwijzing tot aanvulling van de feiten* te geven om te voorkomen dat haar beslissing en beoordeling van de feiten voor een partij mogelijkwijze verrassend zouden kunnen zijn.⁹² Maar uiteraard staat het de rechtbank bij de latere *beoordeling* van de zaak vrij haar conclusies te trekken omtrent de vraag of er voldoende is gesteld.⁹³

2.11 Beweislast

Ook naar Duits recht draagt die partij die zich op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten beroept in beginsel de bewijslast. Het is dan ook aan die partij voor de feitelijke basis van de beslissing van de rechtbank te zorgen, door de bewijzen voor haar stellingen aan te bieden. De *Behauptungslast* (*Beibringungspflicht*) inclusief de bewijsaandragplicht (*Beweisangebot*) vertaalt zich derhalve in de bewijslast.⁹⁴

De eiser biedt bewijs aan voor de feiten die de vordering ondersteunen; de gedaagde voor de feiten die aan toewijzing van de vordering van de eiser in de weg staan.⁹⁵ Dat zijn dus bevrijdende verweren.⁹⁶

2.12 Beweisangebot

Het lijkt erop dat de nieuwe regeling in art. 87 lid 6 jo. art. 85 lid 1 Rv Spoedwet KEI tot een vergelijkbare werkwijze zou

82. Zie Ernste 2019, p. 134.

83. § 136 lid 4 ZPO.

84. Overigens wordt het griffierecht bij afstand van instantie (*Klagerücknahme*) bijv. door een schikking gematigd (*Gebühr*) (Nr. 1210 *Kostenverzeichnis Anlage 1 zum GKG*). De *Gerichtskosten* worden volgens § 34 *Gerichtskostengesetz* (GKG) op basis van de waarde van het geschil berekend. De tabel wijst de eenvoudige berekening van de kosten (*Gebühr*) uit. De griffierechten die door de eiser bij dagvaarding betaald moeten worden, bedragen drie keer de *Gebühr*.

85. Baumbach, § 358 ZPO, Rn 2.

86. Baumbach, § 253 ZPO, Rn 32.

87. § 291 ZPO.

88. § 292 ZPO. Overigens laat § 292 ZPO bij een wettelijk vermoeden in beginsel tegenbewijs toe.

89. Baumbach, Grundzüge vor § 284 ZPO, Rn 4.

90. Art. 128 lid 5, tweede zin, Rv.

91. BGH, NJW 2003, 3564.

92. Baumbach, § 139 ZPO, Rn 18.

93. Baumbach, § 139 ZPO, Rn 19.

94. Rosenberg, ZPO § 16, Rn 37.

95. Rosenberg, ZPO § 116, Rn 9.

96. Inclusief de zogenoemde *Einreden*-verweren, waarop uitdrukkelijk een beroep moet worden gedaan. Een betwisting is nog geen bewijsaanbod.

(kunnen) leiden en de thans gebruikelijke verwijzing naar processtuk en productie concreter zou kunnen maken. Temeer nu de wet in art. 87 lid 7 Rv Spoodwet KEI voorschrijft dat stukken die door de rechter conform art. 22 Rv zijn opgevraagd uiterlijk tien dagen voor de inhoudelijke behandeling moeten zijn ingediend.

De Duitse wet gaat er in beginsel van uit dat partijen de inhoud van de procedure bepalen en de rechtbank derhalve getuigen alleen kan horen als deze door een partij zijn aangedragen.⁹⁷ Mocht later blijken dat nog tegenbewijs nodig is, dan kan de desbetreffende partij gemotiveerd en aanvullend bewijsaanbod doen. Het is aan de rechter of hij een dergelijk aanbod als te laat (*verspätet*) terugwijst, omdat het in strijd met § 282 ZPO niet tijdig is gedaan en het toestaan een spoedig verloop van de procedure vertraagt, of indien het aanbod door grove nalatigheid te laat geschiedt (§ 296 lid 2 ZPO). Maar de rechtbank kan ook ambtshalve – zonder uitdrukkelijk bewijsaanbod door een partij – een plaatsopneming (*descente*) en bezichtiging (*Augenschein*) of beoordeling door een deskundige (*Sachverständiger*) bevelen,⁹⁸ zoals ook in het Nederlandse recht.⁹⁹ Hetzelfde geldt voor het bewijs door overlegging van aktes (*Urkunden*)¹⁰⁰ of het horen van een partij als getuige,¹⁰¹ indien het op basis van de mondelinge behandeling en een eventuele bewijsopneming naar opvatting van de rechtbank niet mogelijk is om de waarheid of onwaarheid vast te stellen.

Op zichzelf geeft de Nederlandse regeling in art. 166 lid 1, tweede zin, Rv de rechter ambtshalve de mogelijkheid een getuigenverhoor te bevelen. Uiteindelijk komt dit er echter op neer dat de rechter ambtshalve aan één partij bewijs door getuigen opdraagt.¹⁰² Voldoet die partij niet aan deze opdracht, dan kan de rechter de conclusies trekken die hij geraden acht. In zoverre zie ik deze bepaling eerder als een ‘dringende’ aanwijzing aan één partij.

De partij die getuigenbewijs aandraagt, dient de te horen getuigen en het probandum te specificeren.¹⁰³ Een getuige heeft evenals in Nederland de verplichting na oproeping voor de rechtbank te verschijnen en naar waarheid en volledig te verklaren.¹⁰⁴ Uitzonderingen bestaan ook in Duitsland voor familieleden, personen met een bijzonder verschoningsrecht en uiteraard ook voor de getuige die zich door een verklaring zelf zou belasten.¹⁰⁵

2.13 Beweisaufnahme

Beweislevering dient op grond van de wet¹⁰⁶ onmiddellijk op de mondelinge behandeling te volgen. Uiteraard is er in de

praktijk enige tijd tussen de mondelinge behandeling en de bewijslevering, tenzij de bewijsmiddelen al tijdens de mondelinge behandeling aanwezig zijn. Mocht dit laatste het geval zijn, dan wordt de bewijsbeschikking inhoudelijk in het proces-verbaal opgenomen, anders volgt er nog het formele *Beweisbeschluss*. Dit besluit wordt dan aan het einde van de mondelinge behandeling door de voorzitter aangekondigd, waarbij ook de termijn wordt gemeld wanneer de partijen het *Beweisbeschluss* zullen ontvangen. De mondelinge behandeling wordt dan als het ware geschorst en met de bewijsopneming voortgezet.¹⁰⁷

De mogelijk te horen getuigen worden, anders dan naar het Nederlands recht,¹⁰⁸ niet door de belanghebbende partij opgeroepen, maar door de rechtbank zelf.¹⁰⁹ In de oproep vermeldt de rechtbank de partijen het onderwerp waarover de getuige gehoord zal worden, en wijst de rechtbank de getuige ook op zijn verplichting te verschijnen met vermelding van de sancties die hem kunnen worden opgelegd indien hij niet verschijnt. De rechtbank kan ook met het vragen van schriftelijke beantwoording van vragen volstaan, indien de rechtbank dit toereikend acht.

De getuigen die de rechtbank oproept, zijn de getuigen die door partijen in hun conclusies voor een bepaald feitencomplex zijn voorgedragen. Iedere getuige wordt afzonderlijk gehoord. De later te horen getuigen zijn daarbij uiteraard niet aanwezig.¹¹⁰ De getuigen worden in beginsel niet beëdigd. Beëdiging vindt alleen plaats wanneer de rechtbank dit met het oog op de betekenis van de verklaring of ter bevordering van een waarheidsgetrouwe verklaring geraden acht, tenzij de partijen uitdrukkelijk van beëdiging afstand doen.¹¹¹

Duitsland kent geen uitdrukkelijke regeling van de ‘contra-enquête’.¹¹² De achtergrond daarvan is dat de rechtbank alleen de door de partijen benoemde getuigen oproept, wanneer de rechtbank een verklaring van deze getuigen voor de bewijslevering nodig acht. Een procespartij bepaalt derhalve niet zelf welke getuigen worden gehoord. Getuigen van wie de verklaringen tegenstrijdig zijn, kunnen dan reeds met elkaar worden geconfronteerd.¹¹³ In deze context bestaat minder noodzaak voor het ‘tegengewicht’ van een contra-enquête.

Wat voor getuigen geldt, geldt grosso modo ook voor het oproepen van deskundigen.¹¹⁴ Als later tijdens de procedure blijkt dat nog verder (tegen)bewijs nodig is, bestaat de mogelijkheid alsnog een aanvullend bewijsaanbod te doen. Ik verwijs in zoverre naar de opmerkingen in paragraaf 2.12 (bewijsaanbod). De benoeming van een deskundige geschiedt ook door de rechtbank.¹¹⁵

97. § 373 ZPO.

98. § 144 jo. §§ 371 e.v. ZPO (plaatsopneming) of §§ 402 e.v. ZPO (deskundige).

99. Art. 194 lid 1 en 202 lid 1 Rv.

100. § 424 nr. 2 ZPO.

101. § 448 ZPO.

102. *T&C Rv* 2020, art. 166, aant. 4.

103. §§ 373 e.v. ZPO.

104. Art. 165 Rv.

105. Art. 165 lid 2 en 3 Rv.

106. § 279 lid 2 ZPO.

107. §§ 355 e.v. en 370 lid 1 ZPO.

108. Art. 170 lid 1, tweede zin, Rv.

109. § 377 ZPO.

110. § 394 lid 1 ZPO.

111. § 391 ZPO.

112. Art. 168 Rv.

113. § 394 lid 2 ZPO.

114. § 402 ZPO.

115. § 404 lid 1 en 3 ZPO. De rechtbank maakt daarbij regelmatig gebruik van een lijst van beëdigde deskundigen, die bij de *Industrie- und Handelskammer* (Kamer van Koophandel) wordt gevoerd.

De wet gaat er in principe van uit dat de bewijsverkrijging ten overstaan van de gehele kamer geschiedt,¹¹⁶ omdat in de Duitse dogmatiek alleen de directe en onmiddellijke indruk van de bewijsopneming door de rechtsprekende kamer de juiste waardering van het bewijs waarborgt.^{117,118}

Het spreekt voor zich dat de bewijsverkrijging in een proces-verbaal moet worden vastgelegd. Ook hiervoor geldt dat dit ook met geluidsopname kan geschieden. Doorgaans zal de rechter de verklaringen van de getuige in een dicteerapparaat inspreken en het dictaat aan het einde van het verhoor luid afspelen, om vervolgens de getuige te vragen of het dictaat in overeenstemming is met wat hij heeft verklaard. In het proces-verbaal wordt dan opgenomen dat het getuigenverhoor is gedictieerd, voor de getuige is afgespeeld en de getuige met de inhoud daarvan akkoord gaat. Het uitgeschreven dictaat zelf wordt dan later uitgewerkt en bij het proces-verbaal gevoegd.¹¹⁹

Aansluitend aan de bewijsverkrijging bespreekt de kamer met de partijen de stand van de procedure en het resultaat van de bewijsverkrijging.¹²⁰ De partijen krijgen indien nodig gelegenheid om op het resultaat van de bewijsopname nog schriftelijk te reageren, voordat de rechtbank dan de mondelinge behandeling sluit.¹²¹

2.14 Bewijswaardering

De Nederlandse rechtbank is, evenals de Nederlandse rechter, volledig vrij in de waardering van het verkregen bewijs.¹²² De Duitse rechtbank is alleen aan bewijsregels gebonden als deze in de wet zijn vastgelegd.¹²³ Denk bijvoorbeeld aan wettelijke bewijsregels met betrekking tot de bewijskracht van aktes voor het proces-verbaal voor betekening enzovoort. Ook in deze gevallen staat echter nog steeds de mogelijkheid van het leveren van tegenbewijs open.¹²⁴

Vrije waardering betekent dat de rechtbank naar haar vrije overtuiging kan beslissen of zij een feitelijke stelling voor waar houdt of niet.¹²⁵ Hierbij is niet de subjectieve beoordeling van de rechtbank bepalend. De overtuiging moet objectief zijn. De wet schrijft immers voor dat in het vonnis de redenen moeten worden vermeld die voor de overtuiging van de rechtbank bepalend zijn geweest.¹²⁶ Het *Bundesgerichtshof* heeft hieromtrent overwogen:

‘De rechter mag en moet echter in feitelijk twijfelachtige gevallen met een voor het praktische leven bruikbare graad

aan zekerheid genoeg nemen, die twijfels tot zwijgen brengt, zonder ze volledig uit te sluiten.’¹²⁷

Om tot deze beoordeling te komen kunnen de rechters van hun (levens)ervaring gebruik maken en tot de conclusie komen dat een feit met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, met grote waarschijnlijkheid of met overwegende waarschijnlijkheid waar is.¹²⁸

2.15 Sluiten mondelinge behandeling

Het formele sluiten van de mondelinge behandeling betekent dat de kamer zich voldoende geïnformeerd acht en beschikt over alle relevante informatie om een uitspraak te doen.¹²⁹ De voorzitter kan dan op de mondelinge behandeling het vonnis uitspreken of – wat in de praktijk gebruikelijker is – gelijktijdig met het sluiten van de mondelinge behandeling de datum aankondigen waarop het vonnis zal worden uitgesproken (*Verkündungstermin*).¹³⁰ Die datum mag niet langer dan drie weken na het einde van de mondelinge behandeling liggen, tenzij dringende redenen, zoals omvang of complexiteit van de zaak, hiertoe noodzaken.

In de praktijk kondigt de rechtbank, als zij kan overzien dat de zaak toch te omvangrijk of complex is, nog geen termijn aan waarop het vonnis zal worden uitgesproken. De rechtbank zal dan eerder een formulering als ‘Verdere beslissing op ... (datum)’ gebruiken. Ook een verder uitstel van een eerder genoemde termijn is mogelijk. De in art. 30q van de KEI-wetgeving opgenomen termijn van vier weken in kantonzaken en zes weken in andere zaken lijkt mij realistischer, maar in Duitsland wordt de rechter door die hiervoor geschetste mogelijkheden ook de mogelijkheid geboden een vonnis zonder al te grote tijdsdruk op te stellen.

2.16 Vonnis

De ZPO schrijft voor dat een vonnis alleen door de rechters kan worden uitgesproken die aan de behandeling hebben deelgenomen.¹³¹ Dat betekent dat de rechters aan de mondelinge behandeling (inclusief de eventuele voortzetting van de mondelinge behandeling ter bespreking van het resultaat van de bewijslevering¹³²) deelgenomen moeten hebben. Deze bepaling is een uitwerking van de beginselen van het recht op een mondelinge behandeling en onmiddellijkheid.¹³³ Een wissel van een rechter na beëindiging van de bewijslevering, maar vóór de bewijswaardering wordt onder het Duitse recht niet als problematisch gezien. Bij de beslissing mag dan echter alleen worden meegewogen wat op eigen waarneming van de het vonnis uitsprekende rechters berust, of in het dossier schriftelijk is vastgelegd, of wat overeenkomt met de stand van de behandeling. Is de persoonlijke indruk van een persoon voor de waardering noodzakelijk, dan is naar Duitse opvatting

116. Baumbach, § 355 ZPO, Rn 2 en 4A.

117. §§ 279 lid 3 en 370 lid 1 ZPO.

118. De kamer kan echter wel een descente of de benoeming van een daarbij aanwezige deskundige ook aan een lid van de kamer of een andere rechter overdragen. §§ 372 lid 2, 375, 405, 434 en 451 ZPO.

119. § 160 ZPO.

120. § 279 lid 3 ZPO.

121. § 136 ZPO.

122. Art. 152 lid 2 Rv c.q. § 286 lid 1 ZPO.

123. § 286 lid 2 ZPO.

124. Baumbach, Grundzüge vor § 284 ZPO, Rn 12 met verdere verwijzingen.

125. § 286 lid 1, eerste zin, ZPO.

126. § 286 lid 1, tweede zin, ZPO.

127. BGHZ 53, 245 p. 256 = NJW 1970, 946; vert. citaat EM.

128. Musielak, Rn 827.

129. § 136 lid 4 ZPO.

130. § 310 ZPO.

131. § 309 ZPO.

132. § 285 lid 1 ZPO.

133. Baumbach, § 309 ZPO, Rn 2.

een herhaling van de bewijslevering nodig, voor zover die persoonlijke indruk niet in een proces-verbaal is vastgelegd of onderwerp van de mondelinge behandeling was, omdat het in een dergelijke situatie om de geloofwaardigheid en niet om een zakelijk bewijs gaat.¹³⁴

Een vergelijkbare regeling bevindt zich ook in de Nederlandse wet. Art. 155 lid 1 Rv stelt dat ‘de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijgebracht, daarin zoveel mogelijk het eindvonnis [zal] wijzen of medewijzen’. Deze formulering laat in beginsel de mogelijkheid open dat ook een andere rechter het eindvonnis mag wijzen of medewijzen. Deze problematiek, die zich met name bij een rechterswissel voordoet, is uiteraard ook in Duitsland onderwerp van jurisprudentie. Uit de Duitse jurisprudentie is op te maken dat een rechterswissel toelaatbaar is, zolang de beslissing is gebaseerd op hetgeen in het dossier inclusief het proces-verbaal is vastgelegd en niet is gebaseerd op de persoonlijke indruk, die bijvoorbeeld een getuige tijdens het verhoor op de rechters heeft gemaakt. In dit laatste geval is een herhaling van de bewijslevering nodig, voor zover dit niet ook in een eerder proces-verbaal is vastgelegd.¹³⁵

Het door de Hoge Raad in zijn arrest van 31 oktober 2014¹³⁶ geformuleerde onmiddellijkheidsbeginsel gaat echter verder en houdt in dat de partijen, voorafgaand aan een uitspraak, van een vervanging van een of meer rechters ingelicht moeten worden, onder opgave van redenen voor die vervanging en de beoogde uitspraakdatum. Zij mogen dan om een nadere mondelinge behandeling verzoeken, ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen. De rechter kan dit verzoek slechts afwijzen in het belang van een voortvarende procesvoering. Een afwijzing van dit verzoek en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging moeten worden gemotiveerd.¹³⁷ Vast te stellen is dat de Nederlandse rechter, anders dan de Duitse rechter, meer nadruk op de onmiddellijkheid tussen mondelinge behandeling en beslissing legt.

3 Conclusie

De voorstaande korte schets van een procesgang in eerste instantie in het Duitse recht met de gelijktijdige vergelijking met het Nederlands recht laat mijns inziens zien dat de verschillen meer in het detail liggen.

Naar mijn mening is het met het oog op het vorenstaande gerechtvaardigd het standpunt in te nemen dat de Duitse civiele procedure soepeler, misschien zelfs effectiever, verloopt dan de Nederlandse civiele procedure. Oorzaak hiervoor is dat de Duitse rechtbank de leiding heeft en ook een actieve rol speelt bij de waarheidsvinding. In Nederland zijn met de Spoedwet KEI echter eerste stappen gezet om ook in Neder-

land de rechter meer regie dan tot nu toe toe te kennen en daarmee de procedure te bespoedigen.

De iets striktere formele regels in een Nederlands proces (rol, beperkt aantal conclusies) hebben echter geen directe invloed op de basis van het civiele proces, namelijk dat de partijen de stelplecht hebben, en in het beginsel ook de bewijslast, voor de door hen gestelde feiten.

Het grootste verschil is dat de Duitse rechter de *leiding* van de procedure heeft, terwijl de Nederlandse rechter slechts de *regie* voert, dus hij bepaalt niet zelf en direct de procesgang, maar in afstemming met partijen. Voorts is de communicatie met de rechter eenvoudiger en direct, omdat deze minder formeel is. Hoe een procedure dient te worden ingeleid en welke stappen daarna volgen, zijn in de wet geregeld. Een procesreglement dat verdere details bevat, is derhalve niet nodig.

134. Baumbach, § 355 ZPO, Rn 7.

135. Zie voetnoot 129.

136. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076.

137. In HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, wordt dit standpunt door de Hoge Raad nog nader uitgewerkt. Het lijkt in dit kader niet nodig daarop nog verder in te gaan.