

ROMAN F. KEHRBERGER

Die Materialisierung des Zivilprozessrechts

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
159*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 159

herausgegeben von

Rolf Stürmer



Roman F. Kehrberger

Die Materialisierung des Zivilprozessrechts

Der Zivilprozess im modernen Rechtsstaat

Mohr Siebeck

Roman F. Kehrberger, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg; wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Juliane Kokott, Generalanwältin am EuGH; 2016 Erstes juristisches Staatsexamen; seit 2018 Rechtsreferendar am OLG Frankfurt am Main; seit 2018 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim; 2019 Promotion.
orcid.org/0000-0002-3390-8539

ISBN 978-3-16-158276-9 / eISBN 978-3-16-158277-6
DOI 10.1628/978-3-16-158277-6

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern
in größter Dankbarkeit*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Stand der Bearbeitung ist der 01.07.2018. Vereinzelt konnte noch Literatur bis zum 01.03.2019 berücksichtigt werden.

Dieses Dissertationsprojekt hätte sich nicht ohne zahlreiche und außergewöhnliche Unterstützung realisieren lassen. Es ist mir aus Platzgründen unmöglich, all den Menschen zu danken, die mich im Verlauf der Dissertation unterstützt haben. Die nachfolgend ausdrücklich Genannten stehen daher auch stellvertretend für alle hier nicht namentlich erwähnten Personen.

Zuvorderst gilt mein Dank meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn *Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)*. Er hat mir nicht nur die in diesem Umfang alles andere als selbstverständliche Freiheit bei der Forschung ermöglicht, die für ein derart grundlegendes Thema erforderlich war. Vielmehr stand er mir vom ersten bis zum letzten Tag der Promotionsphase bei allen Herausforderungen stets mit außergewöhnlicher Unterstützung zur Seite. Hierfür bin ich ihm zutiefst dankbar. Ich danke weiterhin Herrn *Prof. Dr. Andreas Piekenbrock* für die Bereitschaft das Zweitgutachten zu erstellen und Herrn Rechtsanwalt am Bundesgerichtshof *Prof. Dr. Matthias Siegmann* für den Vorsitz der Prüfungskommission bei der Disputation. Herrn *Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner* danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe der Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht.

Zur rechtsvergleichenden Forschung durfte ich ein Trimester am Centre for Socio-Legal Studies an der University of Oxford verbringen. Für die herzliche Aufnahme am Centre und die produktive Forschungsumgebung danke ich stellvertretend Herrn *Prof. Dr. Christopher Hodges* und Frau *Dr. Marina Kurkchyan*.

Die Promotionsförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung unter Leitung von Frau *Dr. Daniela Tanddecki* hat die Entstehung der gesamten Arbeit mit einem Stipendium gefördert, für das ich sehr dankbar bin. Der Aufenthalt in Oxford wurde daneben großzügig durch die Graduiertenakademie der Universität Heidelberg unterstützt. Die Studienstiftung *ius vivum* hat die Drucklegung der Arbeit dankenswerterweise mit einem Zuschuss gefördert.

In besonderem Maße danke ich Frau Generalanwältin am EuGH *Prof. Dr. Juliane Kokott, LL.M. (Am. Univ.), S.J.D. (Harvard)* dafür, dass sie mir schon

während des Studiums bei wissenschaftlicher Zuarbeit vertraut und so meine Begeisterung für wissenschaftliches Arbeiten geweckt hat. Herrn *Prof. Dr. Moritz Renner* danke ich für die Möglichkeit, als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl zu arbeiten und für die dabei gewährte Freiheit, die gerade in der Endphase der Promotion sehr hilfreich war. Meinen ehemaligen Kollegen bei Willkie Farr & Gallagher LLP danke ich ebenfalls für zahlreiche Unterstützung während und nach meiner Tätigkeit in der Kanzlei.

Für fruchtbare Fachgespräche, aber vor allem für die Unterstützung bei Höhen und Tiefen der Promotionszeit danke ich meinen Freunden, insbesondere *Michelle Adam, Felix Bangel, Sophie Herold, Jana Landsittel, Jan-Claudio Muñoz* und *Daniel Roggenkemper*. Meine Partnerin *Anna K. Bernzen* hat so viel mehr zum Gelingen dieses Projekts beigetragen, als sie vielleicht denkt. Für all das bin ich ihr zutiefst dankbar.

Schließlich wäre diese Arbeit ohne meine Familie, allen voran ohne meine Eltern, *Eva-Maria Kehrberger* und *Eduard Kehrberger*, niemals entstanden. Ihre bedingungslose Unterstützung während meines gesamten Lebens hat mir meinen Bildungsweg erst ermöglicht. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im Juli 2019

Roman F. Kehrberger

Inhaltsübersicht

Kapitel 1: Einleitung.....	1
A. Zivilprozessrecht als Ringen um Gerechtigkeit oder als technisches Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung?.....	1
B. Gang der Untersuchung	2
C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands und -umfangs	3
Kapitel 2: Begriff der Materialisierung	6
A. Einführung.....	6
B. Begriff der Materialisierung im Privatrecht.....	7
C. Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht.....	19
D. Abgrenzung: Prozeduralisierung?.....	26
E. Eigene Würdigung und Ergebnis	27
Kapitel 3: Materialisierung durch die Verfassung und europäische Grund- und Menschenrechte.....	55
A. Einführung.....	55
B. Der Einfluss des Grundgesetzes	55
C. Europäische Grund- und Menschenrechte	72
D. Ergebnis.....	79
Kapitel 4: Materialisierung durch den Gesetzgeber	80
A. Materialisierung durch den deutschen Gesetzgeber.....	81
B. Materialisierung durch den europäischen Gesetzgeber.....	153
C. Zusammenfassung	173

Kapitel 5: Materialisierung durch den Richter	174
A. Materialisierung durch die Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht	174
B. Materialisierung durch kompensatorische Prozessleitung	216
C. Rechtsvergleichende Betrachtung: Kompensatorische Prozessleitung in England	232
D. Übertragung der Ergebnisse auf die Veränderungen des deutschen Zivilprozessrechts	274
Kapitel 6: Bewertung und Ausblick	291
A. Einleitung und Ergebnisse der bisherigen Untersuchung.....	291
B. Bewertung der Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts	293
C. Zivilprozess im modernen Rechtsstaat	340
D. Zusammenfassung in 29 Thesen.....	369
Literaturverzeichnis.....	373
Sachregister.....	407

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>A. Zivilprozessrecht als Ringen um Gerechtigkeit oder als technisches Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung?</i>	<i>1</i>
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	<i>2</i>
<i>C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands und -umfangs</i>	<i>3</i>
Kapitel 2: Begriff der Materialisierung	6
<i>A. Einführung</i>	<i>6</i>
<i>B. Begriff der Materialisierung im Privatrecht</i>	<i>7</i>
I. Materialisierung als Abkehr vom Rechtsformalismus	7
1. Formales Recht	8
2. Abkehr vom formalen Rechtsverständnis.....	9
3. Zusammenfassung	10
II. Materialisierung durch tatsächliche Entscheidungsfreiheit beim Vertragsschluss und Kontrolle des Vertrags auf Gerechtigkeit	11
1. Materialisierung der Vertragsfreiheit	11
2. Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit	12
3. Zusammenfassung und Vergleich	13
III. Materialisierung als Abkehr vom liberalen Rechtsparadigma	13
IV. Materialisierung als positive Selbstreflexion des Rechts	15
V. Sozialstaatliche Verrechtlichung	16
VI. Zusammenfassende Würdigung.....	18
<i>C. Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht</i>	<i>19</i>

I.	Abkehr vom Rechtsformalismus.....	19
II.	Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht	20
III.	Einfluss von Wertungen des Privatrechts auf das Zivilprozessrecht.....	21
	1. Ausrichtung des Zivilprozessrechts an Wertungen, die das Privatrecht verändern	22
	2. Ausrichtung auf die Funktionen des materiellen Rechts	22
	3. Durchsetzung materiell-rechtlicher Wertungen im Prozess.....	23
	4. Einbruch materiell-rechtlicher Wertungen in die Sphäre des Prozessrechts.....	24
	5. Nachvollziehen der Materialisierungsentwicklung des Privatrechts	24
IV.	Zusammenfassung	25
	<i>D. Abgrenzung: Prozeduralisierung?</i>	26
	<i>E. Eigene Würdigung und Ergebnis</i>	27
I.	Unterschiedliches Begriffsverständnis im Privat- und Zivilprozessrecht	27
II.	Sprachlicher Hintergrund	28
III.	Zwei Ebenen der Materialisierung im Zivilprozessrecht	29
	1. Conflict-solving vs. policy-implementing nach Damaška.....	29
	a) Conflict-solving type des Prozessrechts.....	30
	b) Policy-implementing type des Prozessrechts	31
	c) Zusammenfassung	31
	2. Entformalisierung ohne grundlegende Veränderung der Intention des Zivilprozessrechts.....	32
	a) Formales und materiales Recht im Sinne Max Webers.....	32
	aa) Nochmals: Formales Recht.....	32
	bb) Formales und materiales Prozessrecht.....	33
	b) Kriterien für formales Recht nach Summers	33
	aa) Criteria of Validity	34
	bb) Legal Precepts	34
	cc) Methods of Interpretation and Application.....	35
	dd) Judicial Power to Modify Law Being Applied	35
	ee) Fact-finding Processes.....	36
	ff) Zusammenfassung.....	36
IV.	Veränderung in der Erwartung an den Gesetzgeber.....	37
	1. Veränderte Erwartung durch Veränderung in der weltanschaulich-politischen Grundhaltung	37
	2. Veränderte Erwartung durch Wandel in der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung	40
	3. Übertragung auf das Zivilprozessrecht.....	40
V.	Die CPO 1879 als formaler Ausgangspunkt	41
	1. Einleitung.....	41

2. Die CPO 1879 als formales Prozessrecht	41
a) Die CPO 1879 als conflict-solving type.....	41
b) Formale Ausgestaltung eines „conflict-solving type“	44
aa) Formales Recht im Sinne Webers	44
(1) Stellung der Parteien.....	44
(2) Sonstige mögliche außer(prozess-)rechtliche Bezüge.....	45
(3) Zusammenfassung	47
bb) Anwendung der Kriterien nach Summers auf die CPO 1879	47
(1) Criteria of Validity.....	48
(2) Legal Precepts	48
(3) Methods of Interpretation and Application	49
(4) Judicial Power to Modify Law Being Applied.....	49
(5) Fact-finding Processes	50
(6) Ergebnis.....	50
c) Zusammenfassung	50
3. Formale CPO 1879 als Folge des liberalen Weltbilds	51
4. Zusammenfassung.....	52
VI. (Scheinbarer) Konflikt zwischen verschiedenen Arten des Rechtsformalismus	52
VII. Ergebnis.....	53

Kapitel 3: Materialisierung durch die Verfassung und europäische Grund- und Menschenrechte..... 55

A. Einführung..... 55

B. Der Einfluss des Grundgesetzes..... 55

I. Einleitung	55
II. Überblick.....	56
III. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	57
1. Willkürkontrolle (Art. 3 Abs. 1 GG).....	58
a) Einführung: Keine sachfremden Erwägungen.....	58
b) Eher materiales Verständnis sachfremder Erwägungen	59
c) Eher formales Verständnis sachfremder Erwägungen.....	60
d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	63
2. Rechtliches Gehör	63
a) Einführung	63
b) Pflicht zur Schaffung einer Gehörsrüge	63
c) Korrekte Anwendung der Präklusionsvorschriften	64
d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	65
3. Prozesskostenhilfe.....	66
4. Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde	68

a) Einführung: BVerfG als Superrevisionsinstanz?.....	68
b) Einfluss von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten.....	68
c) Einfluss durch Vorgaben zur Auslegung zivilprozessualer Normen	70
d) Materialisierung durch den Einfluss von Grundrechten.....	70
5. Zwischenergebnis.....	71
IV. Zwischenergebnis.....	72
<i>C. Europäische Grund- und Menschenrechte.....</i>	<i>72</i>
I. Einfluss der Grundrechtecharta der EU.....	72
II. Einfluss der EMRK	73
1. Einführung	73
2. Verstöße des deutschen Prozessrechts gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK	74
3. Schaffung einer Verzögerungsrüge und eines Entschädigungsanspruchs.....	75
a) Verschiebung zu einem policy-implementing type des Prozessrechts?.....	76
b) Sonstige Entformalisierung?.....	76
c) Zwischenergebnis	78
III. Zwischenergebnis.....	79
<i>D. Ergebnis.....</i>	<i>79</i>
Kapitel 4: Materialisierung durch den Gesetzgeber.....	80
<i>A. Materialisierung durch den deutschen Gesetzgeber</i>	<i>81</i>
I. Abkehr vom strengen Mündlichkeitsprinzip.....	81
1. Schriftliches Vorverfahren	82
2. Bezugnahme auf Dokumente	83
3. Fakultative Abweichungen von mündlicher Verhandlung	83
4. Tendenz zur Materialisierung durch die Abkehr von strenger Mündlichkeit?.....	84
5. Zusammenfassung.....	86
II. Bagatellverfahren nach § 495a ZPO	86
1. Überblick	86
2. Geschichte des § 495a ZPO.....	86
3. Materialisierung durch § 495a ZPO?.....	87
a) Streitwertgrenze und soziale Differenzierung.....	88
b) Gesetzgeberische Intention	88
c) Materialisierung nach den Kriterien Summers‘	89
d) Zusammenfassung	89

III.	Umstrukturierung des Rechtsmittelrechts	90
1.	Umgestaltung des Berufungsrechts	91
a)	Abkehr von der Berufung als vollwertiger Tatsacheninstanz.....	91
b)	Tendenz zur Materialisierung?.....	92
aa)	Annäherung an das österreichische Prozessrecht	92
bb)	„Rückformalisierung“?.....	92
cc)	Einschränkung der Parteiautonomie	93
dd)	Zusammenfassung	94
2.	Veränderungen im Zugang zu Rechtsmitteln	94
a)	Wert- und Zulassungsberufung und Zulassungsrevision statt ohne Weiteres statthafter Berufung und Wertrevision.....	94
b)	Tendenz zur Materialisierung durch veränderten Zugang?	95
aa)	Wertgrenze beim Berufungszugang	95
bb)	Zulassung von Berufung und Revision.....	96
cc)	Zusammenfassung	99
IV.	Einführung der Prozesskostenhilfe	100
1.	Änderungen zum Armenrecht	100
2.	Materialisierung durch Prozesskostenhilfe.....	101
a)	Prozessrecht oder Sozialhilferecht?	101
b)	Prozesskostenhilfe und policy-implementing	103
c)	Prozesskostenhilfe und sonstige Entformalisierung.....	103
V.	Verbraucherschutzvorschriften im Recht der Gerichtsstände	105
1.	Verbrauchergerichtsstand des § 29c ZPO.....	105
a)	Enger Anwendungsbereich des § 29c ZPO	106
b)	Tendenz zur Materialisierung durch § 29c ZPO?.....	106
aa)	Verschiebung in Richtung policy-implementing type des Prozessrechts.....	107
bb)	Zwischenergebnis.....	108
2.	Gerichtsstand des Versicherungsnehmers, § 215 VVG	109
3.	Prorogationsverbot, §§ 29 Abs. 2, 38 ZPO.....	109
a)	Inhalt des Prorogationsverbots.....	109
b)	Materialisierung durch das Prorogationsverbot	110
4.	Zwischenergebnis.....	112
VI.	Verbandsklageverfahren	112
1.	Einführung	113
2.	Inhaltlicher Überblick	114
a)	UKlaG.....	114
b)	UWG.....	115
3.	Materialisierung durch Verbandsklagebefugnisse?	116
a)	Prozessrechtliche oder materiell-rechtliche Ausgestaltung der Verbandsklagen?.....	116
aa)	Verbandsklagen als Popularklagen.....	116
bb)	Ausgangspunkt der Diskussion: § 13 AGBG in der bis zum 29.06.2000 gültigen Fassung.....	117
cc)	Gesetzgeberische Klarstellung?.....	118

dd) Nur materiell-rechtlicher Anspruch oder „Doppelnatur“?	119
ee) Ergebnis	120
b) Weitere Prozessrechtliche Besonderheiten	121
c) Materialisierung durch die prozessrechtlichen Besonderheiten?.....	122
d) Zwischenergebnis	124
VII. Musterklageverfahren.....	124
1. Einführung zu Musterklagen.....	124
2. KapMuG	125
a) Inhaltlicher Überblick.....	125
b) Prozessrechtliche Bündelungsmöglichkeiten außerhalb des KapMuG	126
c) KapMuG und Dispositionsmaxime – Gesetzestechnik eines conflict-solving type?	127
aa) Musterverfahren als Verfahren zwischen Richtern.....	127
bb) Bindungswirkung auch bei Klagerücknahme oder Nichtbeteiligung am Rechtsmittelverfahren	128
cc) Beschränkung der einvernehmlichen Prozessbeendigung	129
dd) Faktische Teilnahmepflicht am Musterverfahren	129
ee) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	130
d) Zielrichtung eines policy-implementing type?.....	130
aa) Justizentlastung	131
bb) Stärkung des Börsen- und Justizplatzes Deutschland.....	131
cc) Ordnungspolitische Anreizsteuerung und Aufgabe der Gleichbehandlung der Parteien.....	131
dd) Prozessuale Bevorzugung bestimmter Parteien	133
ee) Zusammenfassung und Ergebnis	134
e) KapMuG als Folge des Sozialstaats?	134
3. Verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage.....	135
4. Zwischenergebnis.....	136
VIII. Stärkung von <i>private enforcement</i> im Recht des geistigen Eigentums und im Kartellrecht.....	136
1. Recht des geistigen Eigentums.....	136
a) Inhaltlicher Überblick	137
aa) Beweisoffenlegung, Art. 6 Enforcement-Richtlinie	137
bb) Beweissicherung, Art. 7 Enforcement-Richtlinie	137
cc) Weitere verfahrensrechtliche Vorschriften der Enforcement-Richtlinie	137
dd) Umsetzung der Vorgaben zum Beweisrecht durch den deutschen Gesetzgeber	138
(1) Beweisoffenlegung im allgemeinen Zivilprozessrecht ...	138
(2) Konkrete Umsetzung	139
ee) Umsetzung der sonstigen Vorgaben	140
(1) Art. 11 und 14 Enforcement-Richtlinie.....	140

(2) Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Enforcement-Richtlinie	141
(3) Art. 9 Abs. 2 Satz 2 Enforcement-Richtlinie	142
ff) Zusammenfassung	142
b) Materialisierung durch die Enforcement-Richtlinie und deren Umsetzung	143
aa) Europäischer Gesetzgeber	143
bb) Deutscher Gesetzgeber	144
c) Zwischenergebnis	146
2. Kartellrecht	146
a) Inhaltlicher Überblick	147
aa) Kartellschadensersatzrichtlinie	148
bb) Umsetzung durch die 9. GWB-Novelle	148
(1) Materiell-rechtlicher Anspruch	149
(2) Prozessrechtliche Sonderregelungen	149
b) Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die neuen Regelungen?	150
c) Zwischenergebnis	152
IX. Zwischenergebnis	152
<i>B. Materialisierung durch den europäischen Gesetzgeber</i>	<i>153</i>
I. Sonderregelungen der EuGVVO	154
1. Gerichtsstand für Verbrauchersachen	154
a) Inhaltlicher Überblick	154
b) Materialisierung durch die prozessrechtliche Besserstellung des Verbrauchers?	156
2. Gerichtsstand für Versicherungssachen und individuelle Arbeitsverträge	157
3. Besonderheiten hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile	158
a) Inhaltlicher Überblick	158
b) Materialisierung durch die Sonderregelungen	160
4. Zwischenergebnis	160
II. Besondere Gerichtsstände sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsregelungen in der EuUntVO	161
1. Regelungen zur Zuständigkeit	161
2. Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen	163
3. Zwischenergebnis	164
III. Europäisches Bagatellverfahren	164
1. Inhaltlicher Überblick über das Verfahren	165
a) Formblätter und strenge Fristen	165
b) Fakultative Mündlichkeit des Verfahrens	166
c) Vorgaben zur Beweisaufnahme	166
2. Materialisierung durch das Bagatellverfahren?	167
a) Policy-implementing type des Prozessrechts	168

b) Sonstige Entformalisierung.....	169
IV. Zivilprozessrechtliche Regelungen in materiell-rechtlichen Richtlinien	169
1. Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie.....	170
2. Geschäftsgeheimnisrichtlinie	170
V. Zwischenergebnis	172
<i>C. Zusammenfassung</i>	173
Kapitel 5: Materialisierung durch den Richter	174
<i>A. Materialisierung durch die Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht</i>	174
I. Richterrechtliche Rechtsfortbildung und Rechtssetzung durch deutsche Zivilgerichte.....	175
1. Darlegungs- und Beweisrecht	175
a) Sekundäre Darlegungslast.....	175
aa) Grundlagen zur Darlegungslast	175
bb) Korrektur über die sekundäre Darlegungslast	176
cc) Materialisierung durch sekundäre Darlegungslast?	178
dd) Zwischenergebnis.....	181
b) Beweislastumkehr.....	181
aa) Grundlagen zur Beweislast.....	181
bb) Richterrechtliche Beweislastregelungen.....	182
cc) Materiell- oder prozessrechtliche Regelung?	183
dd) Beweisvereitelung	184
ee) Materialisierung durch das Institut der Beweisvereitelung... 185	
ff) Zwischenergebnis.....	186
c) Anscheinsbeweis.....	186
aa) Inhaltlicher Überblick	186
bb) Materialisierung durch das Institut des Anscheinsbeweises. 187	
d) Zwischenergebnis	188
2. Rechtskraftdurchbrechung.....	189
a) Grundlagen der Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung..... 189	
b) Rechtsnatur der Rechtskraft	190
c) Materialisierung durch die Rechtsprechung zur Rechtskraftdurchbrechung?	192
d) Ergebnis	194
3. Zwischenergebnis.....	195
II. Richterrechtliche Rechtsfortbildung und Rechtssetzung durch europäische Gerichte	195
1. Durchbrechung der Rechtskraft.....	195

2.	Ausdehnung des Verbraucherschutzes bei Gerichtsständen	199
a)	„Ausrichten“ der unternehmerischen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers	199
aa)	Pammer/Hotel Alpenhof.....	200
bb)	Mühlleitner/Yusufi.....	201
cc)	Emrek	201
dd)	Hobohm.....	202
b)	„Anderer Vertragspartner“ des Verbrauchers	203
c)	Materialisierung durch die EuGH-Rechtsprechung	204
3.	Vorgabe zur Amtsermittlung durch Verbraucherrecht	205
a)	Rechtssprechungslinie des EuGH zur Amtsermittlungspflicht ...	206
aa)	Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro und Pannon GSM...	206
bb)	Pénzügyi Lízing	207
cc)	Banco Español und Finanmadrid.....	209
dd)	Durate Hueeros	210
ee)	Faber	211
ff)	Zusammenfassung	212
b)	Materialisierung durch die Rechtssprechungslinie zur Amtsermittlung	212
aa)	Iura novit curia	212
bb)	Amtswegige Tatsachenermittlung	213
4.	Zwischenergebnis.....	215
III.	Ergebnis.....	215
 <i>B. Materialisierung durch kompensatorische Prozessleitung.....</i>		216
I.	Grundlegendes.....	216
II.	Kompensatorische Prozessleitung durch materielle Prozessleitung.....	218
1.	Richterliche Hinweise, § 139 ZPO	218
a)	Inhalt der Frage- und Hinweispflichten	218
b)	Bedeutungszuwachs und Anwendung des § 139 ZPO	220
aa)	§§ 130 Abs. 1, 464 CPO 1879.....	220
bb)	§§ 180 Abs. 3, 182 ff. öZPO	221
cc)	Zwischenergebnis.....	221
dd)	Reformen in 1924 und 2001	222
c)	Materialisierung durch verstärkte richterliche Hinweispflicht? ..	224
2.	Parteihörnung, § 141 ZPO	224
III.	Kompensatorische Prozessleitung durch amtswegige Beweiserhebung.....	225
1.	Inhalt und Bedeutung der Normen zur amtswegigen Beweiserhebung	225
a)	Inhalt des § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO	225
aa)	Ausgangspunkt und Reform des § 142 ZPO.....	225
bb)	Verpflichtung zur Urkundenvorlegung auch für nicht beweisbelastete Partei	226

cc) Aufgabe des Beibringungsgrundsatzes und Einführung eines Discovery-Verfahrens?.....	228
dd) Zusammenfassung.....	228
b) Inhalt des § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO	229
c) Inhalt des § 448 ZPO	230
2. Materialisierung durch die §§ 142, 144, 448 ZPO und deren Anwendung	231
IV. Zusammenfassung	232
<i>C. Rechtsvergleichende Betrachtung: Kompensatorische Prozessleitung in England</i>	<i>232</i>
I. Einleitung	232
II. Entwicklung des englischen Zivilprozessrechts.....	234
1. Adversary system	234
a) Stark ausgeprägte Parteiherrschaft.....	234
b) Selbstverständnis englischer Prozessrechtswissenschaft.....	235
c) Alternatives System zur Informationsbeschaffung	236
d) Air Canada v Secretary of State for Trade	236
2. Klassisches englisches Zivilprozessrecht als formales Prozessrecht.....	237
a) Englischer Zivilprozess als Gegenentwurf zum Aktionensystem.....	238
b) Substantive Justice als „Intention“ des Prozesses	238
c) Staatliches Desinteresse am Inhalt des Prozesses	239
d) Fehlender Einfluss außerprozessrechtlicher Kriterien.....	240
e) Zwischenergebnis	240
3. Entwicklung des englischen Zivilprozessrechts seit 1999.....	240
a) Civil Procedure Rules 1999	240
b) Jackson Reports and Reforms	242
aa) Proportionate cost.....	243
bb) Enforcing compliance with rules	244
cc) Mitchell v News Group Newspapers Ltd	245
c) Abbau der Legal Aid und Anstieg der Zahl von Litigants in Person	246
d) Zusammenfassung	247
III. Entwicklung der Rolle des Richters im englischen Zivilprozess	248
1. Rolle des Richters im klassischen Prozess des Adversary System ..	248
2. Veränderung der Rolle des Richters durch die Reformen	249
a) Einfluss der Einführung der CPR.....	249
aa) Neue Informiertheit des Richters.....	250
bb) Neue Befugnisse zum case management – Aktive Verfahrensleitung	250
cc) Maltez v Lewis.....	251
dd) Schmidt v Wong.....	251

ee)	Southwark LBC v Kofi-Adu.....	252
ff)	Zusammenfassende Würdigung.....	253
b)	Auswirkungen der Jackson Reforms.....	254
c)	Auswirkungen der gestiegenen Anzahl an Litigants in Person ...	255
aa)	Schwierigkeiten für das Rechtssystem durch LIP	256
bb)	Reaktion der Richterschaft (I) – Guidelines	256
cc)	Reaktion der Richterschaft (II) – Unterschiedlicher Grad der Unterstützung	257
dd)	Reaktion der Richterschaft (III) – Veränderung in der Prozessleitung und Zusammenfassung	259
d)	Zusammenfassung	261
IV.	Materialisierung durch die veränderte Rolle?.....	262
1.	Materialisierung durch die Einführung des case management zur Durchsetzung einer neuen Prozessphilosophie.....	262
a)	Neue Prozessphilosophie	262
b)	Aufgabe völligen staatlichen Desinteresses	263
c)	Hinwendung zum policy-implementing type?	263
d)	Sonstige Entformalisierung?.....	264
2.	Materialisierung durch Vorgabe „on an equal footing“.....	265
3.	Materialisierung durch Reaktion auf Litigants in Person	266
a)	Geringerer Formalismus bei Beteiligung von LIP	267
b)	Großzügigere Behandlung prozessualen Fehlverhaltens als Einfallstor für außerprozessrechtliche Wertungen	267
c)	Materialisierung durch Überkompensation infolge von „confirmation bias“?	269
aa)	Grundlegendes zu confirmation bias	269
bb)	Materialisierung durch confirmation bias?	270
(1)	Keine Hinwendung zum policy-implementing type.....	270
(2)	Sonstige Entformalisierung.....	271
(3)	Zwischenergebnis	273
4.	Ergebnis	273
V.	Abstraktion der Ergebnisse.....	273
 <i>D. Übertragung der Ergebnisse auf die Veränderungen des deutschen Zivilprozessrechts.....</i>		
I.	Materialisierung durch die Erweiterung des § 139 ZPO.....	274
1.	Materialisierung durch Aufgabe formaler Interesselosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens	275
a)	Indizwirkung einer Annäherung an das österreichische Prozessrecht?	275
b)	Soziale Kompensation durch § 139 ZPO?	276
c)	Sonstige außerprozessrechtliche Kriterien	277
d)	Zusammenfassung	277

2. Materialisierung durch Ausgleich prozessrechtlicher Ungleichgewichtslagen	278
a) Materialisierung durch die Aufgabe der formalen Gleichbehandlung?	278
b) Mittelbare Materialisierung durch indirekte Bevorzugung sozial Schwächerer infolge des „confirmation bias“	280
aa) Richterliche Hinweise und Hilfe für die Parteien	280
bb) Übertragung der Ergebnisse zu LIP im englischen Zivilprozess?	280
cc) Korrelation von sozialer Schwäche und mangelhafter Prozessführung?	281
dd) Zwischenergebnis	283
3. Zusammenfassung	283
II. Materialisierung durch die Veränderungen im Rahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO	283
1. Materialisierung durch Aufgabe formaler Interesselosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens	284
a) Ausforschung zu kompensatorischen Zwecken?	284
b) Sonstige außerprozessrechtliche Kriterien	285
c) Zusammenfassung	285
2. Materialisierung durch Ausgleich prozessualer Ungleichgewichtslagen im Rahmen des Ermessensspielraums	285
a) Äußerungen von Literatur und Rechtsprechung	286
b) Fälle der Ermessensreduktion auf Null	286
c) Sonstige Fälle der Ermessensanwendung durch die Gerichte	288
d) Mittelbare Materialisierung durch indirekte Bevorzugung sozial Schwächerer infolge des „confirmation bias“	289
3. Zusammenfassung	290
III. Ergebnis	290
 Kapitel 6: Bewertung und Ausblick	291
A. Einleitung und Ergebnisse der bisherigen Untersuchung	291
B. Bewertung der Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts	293
I. Sinn des Zivilprozessrechts	294
1. Hinführung	294
2. Ableitung aus dem Sinn des Rechts oder der Verfahrenstheorie	295
3. Zivilprozessrecht als rechtsstaatliches Verfahrensrecht	295
a) Rechtsstaatliches Recht	295
b) Verfahrensrecht	297

c) Zusammenfassung	298
4. Verfassungsrechtliche Grenzen	299
5. Ergebnis	299
II. Zweck des Zivilprozessrechts	299
1. In Literatur und Rechtsprechung vertretene Ansätze zum Prozesszweck	300
a) Sozialer Zweck des Zivilprozesses	300
b) Bewährung der objektiven Rechtsordnung	302
c) Durchsetzung subjektiver Rechte	303
d) Legitimationszweck	304
e) Weitere Prozesszwecke bzw. -ziele	305
f) Zwischenergebnis	307
2. Eigene Gedanken zum Prozesszweck	307
a) Grundlegendes Verhältnis von Zweck zu Sinn und Ziel des Zivilprozesses	308
b) Ableitung des Zwecks aus dem Sinn?	308
c) Optimaler Prozesszweck	309
aa) Sozialer Zweck des Prozessrechts	309
bb) Legitimation durch Verfahren	310
cc) Bewährung des objektiven Rechts oder Individualrechtsschutz?	313
dd) Zusammenfassung	317
3. Ergebnis	318
III. Vereinbarkeit der Tendenzen zur Materialisierung mit dem Sinn und dem Zweck des Zivilprozessrechts	318
1. Policy-implementing type des Prozessrechts?	318
a) Policy-Implementing = Bewährung objektiven Rechts?	319
aa) Grundlegendes	319
bb) Policy-implementing type des Prozessrechts und private enforcement	319
cc) Kritik an private enforcement durch den policy- implementing type des Prozessrechts	321
b) Policy-implementing type des Prozessrechts und Bevorzugung bestimmter Parteien	322
aa) Grundlegendes	322
bb) Kritik an der Bevorzugung einzelner Parteien	323
c) Zusammenfassung	326
2. Sonstige Entformalisierung	327
a) Unterschied zwischen beiden Formen der Materialisierung	328
b) Entformalisierung und Zweck des Zivilprozesses	329
c) Entformalisierung und Sinn des Zivilprozesses	331
aa) Geringere Wahrscheinlichkeit für materiell richtige Entscheidungen?	332

(1) Keine geringere Wahrscheinlichkeit durch zusätzliche Gerichtsstände	332
(2) Keine geringere Wahrscheinlichkeit durch Verfassungsbeschwerden und richterrechtliche Institute	333
(3) Geringere Wahrscheinlichkeit durch ersatzlosen Wegfall formaler Mechanismen als Richtigkeitsgewähr	333
(4) Zusammenfassung	334
bb) Schlechtere Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen?	335
(1) Zusammenhang zwischen Transparenz und Vertrauen ...	335
(2) Verlust von Transparenz durch Entformalisierung	335
(3) Folgerungen	336
d) Zusammenfassung	337
3. Ergebnis	338
a) Policy-Implementing	338
b) Sonstige Entformalisierungen	338
c) Ungleichbehandlungen	338
d) Zusammenfassung	339
 C. Zivilprozess im modernen Rechtsstaat	 340
I. Einleitendes	341
II. Fundament: <i>conflict-solving type</i> des Prozessrechts	342
III. Ausgleich von prozessualen Ungleichgewichten	344
1. Typisierte Ausgleichsmaßnahmen	344
a) Anknüpfen an außerprozessrechtliche Kriterien	344
b) Anknüpfen an prozessrechtliche Kriterien	345
aa) Beispiel: Anwaltszwang	345
bb) Beispiel: Verbesserter Informationsfluss im Prozess	347
cc) Zusammenfassung	347
2. Einzelfallabhängige Ausgleichsmaßnahmen	347
a) Anknüpfen an außerprozessrechtliche Kriterien	348
b) Anknüpfen an prozessrechtliche Kriterien	349
3. Zusammenfassung	351
IV. Funktionsdifferenzierung zwischen öffentlichem und Privatrecht	351
1. Grundlegendes zur Funktionsdifferenzierung	351
2. Folgerungen für den Zivilprozess	353
a) Komplexität der Beziehungen im Zivilprozessrecht	353
b) Auswirkungen auf das materielle (Privat-)Recht	354
c) Zusammenfassung	355
3. Alternative Regelungen	355
a) Stärkung der vorhandenen Regulierungsbehörden	355
b) Schaffung neuer Regulierungsbehörden	356

V.	ADR	357
	1. Begriff von ADR.....	357
	2. Notwendigkeit von ADR.....	357
	3. Denkbare ADR-Institute	360
	a) ADR in Kombination mit staatlichem Zivilprozess	360
	aa) Außergerichtliche Rechtsdurchsetzung	360
	bb) Materiell-rechtliche Anspruchsbündelung.....	361
	cc) Prozessfinanzierung	362
	dd) Bewertung	362
	b) ADR als Ergänzung zum staatlichen Zivilprozess	363
	aa) Smart contracts.....	363
	bb) Schlichtungsstellen und Ombudsleute für Verbraucherstreitigkeiten	364
	cc) Online-Courts und Small-Claims-Verfahren	366
	c) Zusammenfassung	367
VI.	Fazit.....	368
	<i>D. Zusammenfassung in 29 Thesen.....</i>	<i>369</i>
	Literaturverzeichnis.....	373
	Sachregister	407

Kapitel 1

Einleitung

A. Zivilprozessrecht als Ringen um Gerechtigkeit oder als technisches Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung?

„Das Verfahrensrecht ist in wesentlichen Teilen eng verknüpft mit Überzeugungen, die ihre Grundlage in außerrechtlichen Bezirken haben, in Staatsauffassung, Wirtschaft, Ethik. Vergessen wir nie, dass auch das Zivilprozessrecht ein Stück des großen Ringens um Gerechtigkeit verkörpert, dessen Bedeutung uns erst wieder so recht klar geworden ist, seit wir erleben mussten, wie Recht und Gerechtigkeit vernichtet wurden.“¹

Mit diesen Worten leitete *Friedrich Lent* im Jahr 1947 die erste Auflage seines Lehrbuchs zum Zivilprozessrecht² ein. Demgegenüber steht die berühmte, fast abschätzige Aussage von *Friedrich Stein*:

„Der Prozeß ist für mich das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar“.³

Mit diesen beiden konträren Aussagen ist bereits der Konflikt umrissen, dem sich diese Arbeit widmen wird. Ist der Zivilprozess wirklich bloß technisches Recht oder ist er mit außerrechtlichen Bezügen nicht nur verknüpft, sondern sogar durchzogen? Sind die beiden Aussagen zweier großer Prozessrechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts wirklich so konträr wie sie scheinen? Schließen sich technisches Prozessrecht und dessen Funktion als Teil des Ringens um Gerechtigkeit wirklich aus? Angeregt durch eine ähnliche Debatte im Privatrecht,⁴ stellt sich in jüngerer Zeit die Frage nach der sog. „Materialisierung“⁵ des Zivilprozessrechts.⁶ Generell erlebt die (zivil-)prozessrechtliche

¹ *Lent*, Zivilprozessrecht, S. V f.

² Heute fortgeführt als *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht.

³ *Stein*, Grundriß des Zivilprozeßrechts, S. III.

⁴ Unten Kapitel 2, B., sowie grundlegend *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richtersfreiheit; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273.

⁵ Zum Begriff der Materialisierung sogleich ausführlich Kapitel 2.

⁶ Siehe nur *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 13 f.; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 73 ff.; *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 459 ff.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 810 ff.; *Althammer*, in: FS Geimer 2017, S. 15; *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 ff.; *Heinze*, EuR 2008, 654, 715 f.; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Ver-

Forschung, getrieben durch die Entwicklungen der modernen Wirtschaftsgesellschaft und deren Erwartungen an ein Prozessrecht, eine produktive Phase.⁷

Eine Arbeit indes, die sich monographisch mit dem Phänomen der Materialisierung im Zivilprozessrecht befasst und dabei nicht ausgehend von Regelungsinteressen materiell-rechtlicher Art forscht, existiert noch nicht. Einen Teil dieser Lücke will diese Untersuchung schließen und eine gezielt zivilprozessrechtliche Forschung vornehmen, die aus einer Art Vogelperspektive das Zivilprozessrecht und die möglichen Tendenzen zu seiner Materialisierung untersucht. Dabei wird nicht verkannt, dass der hier gewählte Ansatz, sich der Problematik der Materialisierung des Zivilprozessrechts zu nähern, angesichts der Weite des Themas und dessen grundlegender Bezüge nur einer von vielen gangbaren Wegen ist.

Aus Sicht dieser Arbeit ist die wesentliche Frage, die die gesamte Debatte um die Materialisierung des Zivilprozessrechts, selbst wenn sie ausgehend von materiell-rechtlichen Interessen geführt wird, durchzieht, leicht gestellt und umso schwieriger beantwortet: Warum und wie sollen Zivilprozesse im modernen Rechtsstaat geführt werden? Freilich maßt sich diese Arbeit keine abschließende Antwort an. Sie unternimmt aber den Versuch, einerseits die Debatte zu strukturieren und zu systematisieren und andererseits einen möglichen Ansatz zu skizzieren, wie das Zivilprozessrecht im modernen Rechtsstaat aussehen kann. Zu diesem Zweck werden im Wesentlichen drei Stufen erklommen.

B. Gang der Untersuchung

Zunächst ist erforderlich, sich zu vergegenwärtigen, was überhaupt unter dem Begriff der Materialisierung des Zivilprozessrechts zu verstehen ist (Kapitel 2). Dabei wird einerseits auf das Verständnis des Begriffs der Materialisierung in der privatrechtlichen Debatte eingegangen und andererseits untersucht, wie der Begriff in der bisherigen zivilprozessualen Debatte verstanden wurde. Anschließend wird eine eigene Begriffsklärung vorgenommen. Dies ist erfor-

braucherrechts?, S. A 89 f.; Pfeiffer, in: FS BGH 2000, S. 617; Roth, JZ 2014, 801, 806 f.; ders., in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149; ders., in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283; Wagner, ZEuP 2008, 6, 13 ff.

⁷ So waren bzw. sind auf dem 70. und 72. Deutschen Juristentag Grundfragen des Zivilprozessrechts Gegenstand von eigenen Abteilungen. Siehe die entsprechenden Gutachten von Calliess, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?; sowie Meller-Hannich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess? Auf dem 71. Deutschen Juristentag hat sich eine eigene Abteilung mit einer der hiesigen Arbeit ähnlichen Frage des Verwaltungsprozessrechts befasst, dazu Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts.

derlich, damit das weitere Programm der Untersuchung festgelegt werden kann und weil eine solche Begriffsklärung für das Zivilprozessrecht bisher nicht ausführlich vorgenommen wurde. Zugleich wird hierbei in aller Kürze der Ausgangspunkt einer möglichen Entwicklung zur Materialisierung des Zivilprozessrechts festgehalten.

In einem weiteren Schritt, der einen wesentlichen Teil der Arbeit ausmacht, wird untersucht, ob und wo im aktuellen Zivilprozessrecht Tendenzen zu dessen Materialisierung bestehen (Kapitel 3, 4 und 5). In diesem Rahmen wird auf eine Vielzahl an Einzelaspekten des derzeit geltenden Zivilprozessrechts eingegangen.⁸ Außerdem werden mit der Verfassung sowie europäischen Grund- und Menschenrechten (Kapitel 3), deutschem und europäischem Gesetzgeber (Kapitel 4) und Richtern (Kapitel 5) verschiedene mögliche Antriebsfedern für möglicherweise materialisierende Tendenzen in den Blick genommen. Hinsichtlich der Frage, ob bestimmte Einflüsse richterlichen Verhaltens als Tendenz zur Materialisierung bewertet werden können, wird rechtsvergleichend das englische Zivilprozessrecht untersucht. Bewertungen sollen in diesem Abschnitt ausdrücklich noch nicht vorgenommen werden.

Abschließend werden einerseits die untersuchten Tendenzen zur Materialisierung bewertet, wobei auch auf grundlegende Wertungen des Zivilprozessrechts zurückgegriffen wird. Andererseits wird skizziert, warum und wie Zivilprozesse in einem modernen Rechtsstaat geführt werden könnten und wie ein Zivilprozessrecht auf die Herausforderungen der modernen Wirtschaftsgesellschaft reagieren kann.

Jeder einzelne Schritt im Rahmen dieser Arbeit soll dabei zwei Zwecke zugleich erfüllen. Zum einen trägt er im Rahmen einer Gedankeneinheit zur Beantwortung der wesentlichen Forschungsfrage dieser Arbeit bei. Zum anderen erfüllt jeder Schritt auch für sich genommen eine eigene Funktion, indem er einen Teil der bisherigen Forschung strukturiert und systematisch aufbereitet und so auch Grundlage für weitere Untersuchungen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts sein kann und will.

C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands und -umfangs

Angesichts der schieren Weite des möglichen Felds der Untersuchung, ist für diese Arbeit eine (Selbst-)Beschränkung des Untersuchungsgegenstands ebenso erforderlich wie eine kurze Erläuterung zum gewählten Forschungsansatz. Zunächst beschränkt sich diese Arbeit inhaltlich auf den Zivilprozess in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinne der §§ 3 Abs. 1 EGZPO, 13 Var. 1 GVG. Nicht untersucht werden also alle Verfahren, die nicht Zivilsachen im Sinne des § 13 GVG sind und innerhalb der Zivilsachen nicht Familiensachen

⁸ Diese Arbeit berücksichtigt Entwicklungen bis einschließlich dem 01.07.2018.

und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁹ Umfasst sind damit aber ausdrücklich die Verbandsklagebefugnisse des UKlaG¹⁰, Musterklagen nach dem KapMuG¹¹ und den neuen §§ 606 ff. ZPO¹² sowie zahlreiche europäische Rechtsakte¹³.

Darüber hinaus verfolgt die Arbeit weder einen dezidiert rechtshistorischen, noch einen rechtstheoretischen bzw. -philosophischen Ansatz. An manchen Stellen sind allerdings Bezüge zu diesen Grundlagendisziplinen erforderlich, um eine umfassende Untersuchung der aufgeworfenen Forschungsfragen zu gewährleisten. Wo Rechtshistorisches untersucht wird, wird selbstverständlich auch auf historische Quellen zurückgegriffen, allerdings wird hierbei keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Vielmehr geht es immer dort, wo auf die Historie des Zivilprozessrechts hingewiesen wird, um einen Überblick, um die aktuelle Debatte einordnen zu können. Die Arbeit bemüht sich daher um eine möglichst repräsentative Auswahl historischer Quellen und die Wiedergabe moderner rechtshistorischer Forschungsergebnisse.

Schließlich ist Ansatz der folgenden Untersuchung, einen möglichst breiten Überblick über ein sehr weites Thema zu geben. Ein solcher Ansatz geht zwangsläufig auf Kosten der Tiefe in einzelnen Bereichen der Untersuchung. Angesichts des Umfangs des Themas wäre die Alternative aber eine Beschränkung der Untersuchung auf einzelne Bereiche des Zivilprozessrechts, etwa das Verbraucherprozessrecht. Hierdurch würde aber der wesentliche Forschungsansatz verloren gehen, Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts aus dezidiert zivilprozessualer Sicht und nicht bezogen auf spezielle materiell-rechtliche Regelungsgegenstände zu untersuchen. Gerade dieser Ansatz aber unterscheidet die vorliegende Untersuchung von bereits bestehenden Arbeiten.¹⁴

Allerdings erlaubt es selbst ein solcher Ansatz, der eher auf Breite denn auf Tiefe der Untersuchung setzt, nicht, das Thema in seiner Breite erschöpfend

⁹ Im Detail auch *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 8 ff.; *Zimmermann*, in: MüKoZPO, § 13 GVG Rn. 5 ff.

¹⁰ § 5 UKlaG.

¹¹ § 1 Abs. 1 KapMuG.

¹² §§ 606 ff. ZPO-neu, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507.

¹³ Siehe z.B. Art. 1 EuGVVO; Art. 2 EuGFVO.

¹⁴ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß; *Buchner*, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung; *Kleinknecht*, Die verbraucher-schützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht; *Kumm*, Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verbrauchergerichtsstandes im deutschen Zivilprozessrecht; *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte; *Rau*, Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz; *Schilling*, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und die class action im Rechtsvergleich; *Siebert*, Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses.

zu behandeln. Es wird daher auf jeder der drei Stufen¹⁵ immer eine Auswahl getroffen, die einerseits versucht, keine wesentlichen Punkte auszulassen, andererseits aber eine stringente, vorwärtsgerichtete Gedankenführung beizubehalten. Die Auswahl ist dabei selbstverständlich auch subjektiv sowie von persönlichen Interessen und rechtspolitischer Vorprägung des Autors beeinflusst. Dennoch verfolgt diese Arbeit den Anspruch, den Problemkomplex der Materialisierung des Zivilprozessrechts, wenn zwar nicht erschöpfend, dann doch umfassend zu behandeln und so einen Beitrag sowohl zur zivilprozessrechtlichen Forschung als auch zur rechtspolitischen Debatte zu leisten.

¹⁵ Siehe soeben Kapitel 1, B.

Kapitel 2

Begriff der Materialisierung

A. Einführung

Ziel dieses Kapitels ist, zu untersuchen, was unter dem Begriff der „Materialisierung“ im Bereich des Zivilprozessrechts zu verstehen ist, mithin eine Definition für die weitere Arbeit zu finden. Im Schrifttum ist häufig von Materialisierung die Rede, eine entsprechende Klärung des Begriffs findet jedoch nur sehr selten statt.¹ Doch selbst dort, wo der Versuch einer Begriffsklärung stattfindet, wird meist keine knappe, allgemein gültige Definition gefunden, sondern werden anhand von verschiedenen Fallgruppen Tendenzen herausgearbeitet.² Auch wenn weithin ein gemeinsames Verständnis zu bestehen scheint,³ was unter Materialisierung zu verstehen ist, so fehlt es doch an einer griffigen Definition. Eine solche Definition wird im Folgenden entwickelt. Diese Untersuchung ist elementar für den darauffolgenden Gang der Darstellung, da erst mit trennscharfer Festlegung der zentralen Begrifflichkeit untersucht werden kann, ob bereits Materialisierungstendenzen im Zivilprozessrecht bestehen und ob bzw. inwieweit solche Tendenzen rechtfertigungsbedürftig und zu rechtfertigen sind. Im Folgenden wird zunächst auf die bisherige Verwendung des Begriffs der Materialisierung im Privatrecht (B.) eingegangen, da sich hieraus womöglich wertvolle Erkenntnisse für den zivilprozessualen Begriff gewinnen lassen. Daraufhin wird untersucht, ob auch im Bereich des Zivilprozessrechts der Begriff der Materialisierung reflektiert verwendet worden ist (C.), bevor ermittelt wird, ob und inwiefern die Ansätze in der Literatur, Materialisierung zu beschreiben, zwischen Privat- und Zivilprozessrecht voneinander abweichen und – nach einem Seitenblick auf die „Prozeduralisierung“ (D.) – eine eigene Begriffsdefinition für das Zivilprozessrecht gefunden wird (E.). Am Ende dieses Kapitels ist das Fundament gelegt, auf dem die folgenden Kapitel aufbauen können.

¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276.

² So etwa bei *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 23 f., die sich auf den grundlegenden Aufsatz von *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276 ff. bezieht. Auch *Wagner*, in: *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13, 18 f. tut sich erkennbar schwer.

³ *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel 2015*, S. 283, 283 ff.

B. Begriff der Materialisierung im Privatrecht

Der Begriff der Materialisierung ist in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Literatur vor allem im Bereich des Privatrechts gebraucht worden. Zwar beschäftigt sich diese Untersuchung nicht mit Materialisierung auf dem Gebiet des Privatrechts, allerdings ist zum Verständnis des Begriffs der Materialisierung allgemein ein Überblick⁴ über die verschiedenen Ansätze zur Verwendung des Begriffs im Privatrecht erforderlich. Die dortige Debatte erscheint deutlich weiter fortgeschritten und entsprechend ausdifferenziert. Möglicherweise lässt sich also die entsprechende Begriffsverwendung in dieser Debatte auch für das Zivilprozessrecht nutzbar machen. Es soll damit jedoch ausdrücklich keine Wertung oder Positionierung in diesem Bereich stattfinden. Die folgende Darstellung dient lediglich dem Hintergrundverständnis dafür, was der Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht bedeuten kann.

I. Materialisierung als Abkehr vom Rechtsformalismus

Der Begriff der Materialisierung geht in seiner Formulierung wohl auf *Max Weber* zurück,⁵ der bereits Anfang des 20. Jahrhunderts eine „Abschwächung des Rechtsformalismus aus materialen Interessen“⁶ konstatiert. *Weber* stellt „Tendenzen, welche eine Auflösung des Rechtsformalismus begünstigen“⁷ sollen, fest. Er verwendet mithin das Begriffspaar „formal“ und „material“⁸ als Antagonisten. Das wirft zunächst die Frage nach dem Begriff des formalen Rechts auf, als dessen Gegensatz *Weber* den Begriff des materialisierten Rechts entwickelt.⁹

⁴ Angesichts des Umfangs der vorhandenen Literatur zu materialisierenden Wandlungen des Privatrechts kann dieser Abschnitt auch nicht mehr leisten, als einen groben Überblick über die verschiedenen Ansätze, Materialisierung zu beschreiben, zu geben. Aus diesem Grund wird nicht auf diejenige Literatur eingegangen, die Forderungen stellt, welche von den zitierten Autoren als Materialisierung klassifiziert werden, sondern nur auf Literatur, die sich mit dem Phänomen der Materialisierung abstrakt befasst oder zumindest sensibel für den übergeordneten Problemkomplex der Materialisierung ist.

⁵ Vgl. auch *Menke*, Kritik der Rechte, S. 144 ff.

⁶ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 504.

⁷ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 505.

⁸ Nicht zu verwechseln mit dem Begriffspaar „formell“ und „materiell“, siehe zur Unterscheidung nur *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 84 Rn. 84; *Krüger*, NJW 1990, 1208, 1208 f.

⁹ Ebenso *Wagner*, in: Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13, 18: „...ist als Gegenbegriff zum formalen Privatrecht entstanden“.

1. Formales Recht

Das formale oder auch rational-formale Recht hat sich *Weber* zufolge im Okzident seit dem römischen Recht¹⁰ in einem Prozess der Rationalisierung entwickelt und schließlich zu einer „deduktiven Strenge des Rechts und einer [...] rationalen Technik des Rechtsgangs“ geführt.¹¹ Die Rechtsregeln des formalen Rechts *Webers* werden für den Einzelfall von Fachjuristen aus dem gesamten Rechtssystem abgeleitet.¹² Seine Axiome und Wertungen ergeben sich mithin nur aus dem Recht selbst, nicht aber aus außerrechtlichen Aspekten.¹³ Das formale Recht *Webers* ist also ein in sich geschlossenes System, das im Grundsatz frei von Wertungen der Ethik, Moral oder inhaltlicher Gerechtigkeit¹⁴ ist. Ziel ist die juristisch präziseste Einzelfallentscheidung, die optimale Rechtssicherheit gewährleistet. Die gleiche rechtliche Fragestellung wird unabhängig von Rahmenbedingungen oder Begleiterscheinungen des konkreten Falls immer identisch entschieden – gewisse „Ungerechtigkeiten“ werden zugunsten der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Willkür hingenommen. Mithin werden auf alle Rechtsunterworfenen die gleichen abstrakten Rechtsregeln in identischer Art und Weise angewandt.¹⁵

Freilich verlief der Prozess der Rationalisierung weder gleichmäßig noch linear. Mächtige Gruppen wie Kirche oder Landesfürsten hatten kein originäres Interesse an einer Gewährleistung von Rechtssicherheit. Erst durch die Revolutionen des 18. und den Druck der bürgerlichen Gesellschaften des 19. Jahrhunderts entstanden mit dem postrevolutionären *code civil* in Frankreich und auch dem deutschen BGB kodifizierte (Privat-)Rechtsordnungen, die von *Weber* als formal eingestuft werden.¹⁶ Das deutsche Privatrechtssystem konnte sich ebenso wie die korrespondierende Prozessordnung unabhängig von einer

¹⁰ Siehe zu bereits vorhanden rechtsformalistischen Tendenzen im römischen Recht *Chiusi*, in: Grundrechte und Privatrecht, S. 3, 21.

¹¹ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 504 f.

¹² *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 505; so auch *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 4; i.E. wohl auch *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 73 ff. und *Gilles*, JuS 1981, 402, 404.

¹³ *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 4. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 135 ff. unterscheidet zwischen Recht und „Nichtrecht“; jenes ergebe sich aber nur daraus, dass das Recht für sich definiert, was Recht ist – mithin selbstreflexiv sei.

¹⁴ Was nicht heißen soll, dass dem formalen Recht nicht auch ein Gerechtigkeitsverständnis zugrunde liegt. Auch dem Prinzip der Gleichheit von der Gesetz und der Rechtssicherheit wohnt ein Verständnis von Gerechtigkeit inne, siehe auch *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 4.

¹⁵ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 468 ff.

¹⁶ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 471 ff., 503. Auf frühere kirchenrechtliche oder römisch-rechtliche Rechtssysteme, die möglicherweise als formal oder formalistisch einzustufen sein könnten, kann hier nicht eingegangen werden.

überlagernden Grundrechtsordnung entwickeln.¹⁷ So konnte ein die positive und negative (Vertrags-)Freiheit des Einzelnen betonendes Privatrechtssystem geschaffen werden, ohne dass durch höherrangiges Verfassungsrecht andere Wertungen Eingang gefunden hätten.¹⁸ Als formal bezeichnet *Weber* die Privatrechtsordnung des *code civil* und des BGB deshalb, weil sie frei von historischen Vorurteilen sowie inhaltlichen Verboten gewesen sei.¹⁹

Häufig sind allerdings sowohl die Konstruktion²⁰ des BGB als privatautonomie Privatrechtsordnung als auch die Bezeichnung²¹ als solche durchaus kritisiert worden. Letztlich besteht aber weitgehende Einigkeit zumindest darin, dass die grundlegende Ausrichtung des BGB formal war.²²

2. Abkehr vom formalen Rechtsverständnis

Zurück zu den von *Weber* beobachteten Veränderungen im Recht seiner Zeit.²³ Er stellt dort einerseits eine Abkehr der richterlichen Rechtsfindung von allein rechtlichen Gründen hin zu einer freien Beweiswürdigung fest. Hierdurch werde ein „materiales Moment in den Rechtsformalismus hinein“

¹⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 477 f. Siehe auch ausführlich zum Privatrecht in der Moderne, *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne.

¹⁸ Auf den mit der Materialisierung verwandten Begriff der Konstitutionalisierung soll an dieser Stelle und im Rahmen dieser Arbeit aber nicht eingegangen werden. Zur Konstitutionalisierung des europäischen Privatrechts siehe etwa *Hess*, JZ 2005, 540. Zum Themenkomplex Grundrechte und Privatrecht, siehe den grundlegenden Aufsatz von *Canaris*, AcP 184 (1984), 201. Zudem gibt der Sammelband von *Neuner*, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, einen umfassenden Überblick über aktuelle Fragestellungen hierzu auch aus rechtsvergleichender Sicht.

¹⁹ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 497.

²⁰ Am berühmtesten ist wohl die Aussage von *von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 13: „Wir brauchen aber auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und weht. Schroff ausgedrückt: [...] unser Privatrecht muss ein Tropfen sozialistischen Öls durchsickern“. Siehe ausführlich auch *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 120 ff. und passim.

²¹ Vgl. *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 32 ff., 490 ff.; auch *Wagner*, in: Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13, 18 f. bezeichnet die Rezeption des BGB als streng liberales Rechtssystem als „Karikatur“. Zumindest zweifelnd *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 292.

²² *Säcker*, in: MüKoBGB, Einleitung vor § 1 Rn. 33; *Honsell*, in: Staudinger BGB, Einleitung Rn. 65; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 52; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 477 f.; *Schmidt*, JZ 1980, 153, 154 f.; *Horn*, NJW 2000, 40, 40 f.; *Schmoeckel*, NJW 1996, 1697, 1967 f.; i.E. auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 290 und *Zöllner*, JuS 1988, 329, 330.

²³ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 505 ff. Sein Werk wurde 1920/21 posthum von seiner Frau Marianne Weber veröffentlicht. Aus Fn. 1 auf S. 512 geht jedoch hervor, dass der Text bereits vor dem ersten Weltkrieg entstand. Das BGB war zu diesem Zeitpunkt noch keine 15 Jahre in Kraft.

gebracht, weil in einer solchen Rechtsfindung auch die „(ökonomischen) Verkehrsinteressen oder die (ethischen) Gesinnungen“ der Parteien zu berücksichtigen seien.²⁴

Wichtiger erscheinen *Weber* allerdings die Wandlungen im Privatrecht, denen er sich in seiner Analyse hauptsächlich widmet. Dort beobachtet er einerseits eine Abkehr von der Auslegung anhand von „sinnfälligen formalen Merkmalen“ hin zu einer logischen Sinndeutung, sowohl bei der Interpretation von Rechtsnormen als auch von Rechtsgeschäften.²⁵ Andererseits stellt er fest, dass bestimmte gesellschaftliche Gruppen und Rechtswissenschaftler ein „soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate („Gerechtigkeit“, „Menschenwürde“) verlangen“.²⁶

Hinter dieser leicht polemischen Formulierung verbirgt sich eine Kritik daran, dass Begriffe in das Recht und die Rechtsfindung eingeführt werden, die weder juristischen noch traditionellen Charakter haben. *Weber* nennt als Beispiele hierfür „Ausbeutung der Notlage“ oder „Versuche, Verträge wegen Unverhältnismäßigkeit des Entgelts als gegen die guten Sitten verstoßend und daher nichtig zu behandeln“.²⁷ Beiden Beispielen gemein ist, dass man, um zu beantworten, was „Ausbeutung einer Notlage“ oder „gegen die guten Sitten verstoßend“ ist, nicht, wie etwa bei der Frage nach dem Inhalt des Eigentumschutzes, auf innerrechtliche Begriffe zurückgreifen kann. Vielmehr ist eine Auseinandersetzung mit außerrechtlichen Begriffen wie Ethik, Moral oder Gerechtigkeit erforderlich. Generell stellt *Weber* eine Abkehr von logischen Eigengesetzlichkeiten des Rechts hin zu einer den Erwartungen der Rechtsunterworfenen entsprechenden Sinndeutung des Rechts fest.²⁸ Diese Veränderungen stünden

„grundsätzlich auf dem Boden von, rechtlich betrachtet, antiformalen Normen, die nicht juristischen oder konventionellen oder traditionellen, sondern rein ethischen Charakter haben: materiale Gerechtigkeit statt formaler Legalität beanspruchen“.²⁹

3. Zusammenfassung

Materialisierung ist für *Weber* nach dem Gesagten also der Einfluss von faktischen und außerrechtlichen – „materialen“ – Elementen in das bis dato von Formalismus geprägte (Privat-)Recht.

²⁴ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 506. Diese Veränderung sei aber nur „technischen Charakters“.

²⁵ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 505 f.

²⁶ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 507.

²⁷ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 507.

²⁸ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 506.

²⁹ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 507.

II. Materialisierung durch tatsächliche Entscheidungsfreiheit beim Vertragsschluss und Kontrolle des Vertrags auf Gerechtigkeit

Einen hiervon im Wesentlichen nur in der Abstraktionsebene verschiedenen Ansatzpunkt finden *Canaris* und *Auer*.³⁰ Beide untersuchen mit Vertragsfreiheit und privatrechtlicher Gerechtigkeit bzw. Vertragsgerechtigkeit verschiedene Komplexe des (Privat-)Rechts getrennt auf Tendenzen, die sie als Materialisierung bezeichnen. Damit nehmen sie – anders als *Weber* – nicht die Privatrechtsordnung als Ganze, sondern einzelne Aspekte innerhalb dieser Ordnung in den Blick. Vertragsfreiheit ist „die von der Rechtsordnung anerkannte Kompetenz der Parteien, durch den Vertrag Rechtsfolgen nach ihrem Willen in Geltung zu setzen“³¹. Unter dem Stichwort der Vertragsgerechtigkeit bzw. der privatrechtlichen Gerechtigkeit wird eine Inhaltskontrolle des Vertrags verstanden.

1. Materialisierung der Vertragsfreiheit

Für den Bereich der Vertragsfreiheit wird untersucht, ob eine Verlagerung von einer (nur) rechtlichen Entscheidungsfreiheit zu einer tatsächlichen Entscheidungsfreiheit bezüglich eines Vertragsschlusses stattfindet. Die Unterscheidung zwischen rechtlicher und tatsächlicher Entscheidungsfreiheit sei deshalb geboten, weil die Parteien in ihrer Willensbildung beim Vertragsschluss oft verschiedenen Einflüssen unterworfen seien, die rechtlich gesehen ihre Freiheit nicht beeinträchtigen, faktisch hingegen von großer Bedeutung sein könnten.³² Solche Einflüsse können etwa Zwangslagen, (Motiv-)Irrtum, Drohung, aber auch strukturelle Unterlegenheit oder asymmetrische Informationslagen sein. Für einige dieser Beispiele hat das BGB von 1900 die Möglichkeit zur Lösung vom Vertrag vorgesehen. So besteht das Recht der Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB bereits seit Inkrafttreten des BGB,³³ ebenso wie die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Wuchers.³⁴ Andere Instrumente, etwa die verbraucher-schützenden Widerrufsrechte, sind hingegen neuere Entwicklun-

³⁰ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 12 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273. Ähnlich auch *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 48.

³¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277, unter Verweis auf *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band II, S. 1.

³² *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 278 ff.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 24.

³³ Wohl schon zurückgehend auf *Domat*, Les loix civiles dans leur ordre naturel I, Liv. I, Tit. I, Sect. VI. (S. 105 ff.) sowie *Pothier*, Oeuvres de Pothier X, S. 347 ff. und über die Artt. 1109 ff. des *Code civil* im Rheinischen Recht vorhanden. Vgl. auch zum Ganzen *Peláez Solórzano*, Die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in Deutschland und Frankreich.

³⁴ RGBl. 1896 Nr. 21, S. 195, 215, 218.

gen.³⁵ Diese Wandlungen, aber auch Veränderungen im Verständnis der (ungeschriebenen) Voraussetzungen von Generalklauseln mit Einfluss auf die Vertragsfreiheit, werden als Materialisierung auf dem Gebiet der Vertragsfreiheit bezeichnet.³⁶

2. Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit

Auf dem Gebiet der Vertragsgerechtigkeit überprüfen *Canaris* und *Auer*, ob ein Umdenken von der Wertung eines aufgrund der freien Willenseinigung der Parteien zustande gekommenen Vertrages als „gerecht“ hin zu einer Kontrolle der vereinbarten Leistungen auf ihren Inhalt stattgefunden hat.³⁷ Das BGB von 1900 ließ den Vertragsparteien weitgehende Freiheiten darin, welchen Inhalt der von ihnen wirksam (d. h. innerhalb der Grenzen der §§ 138, 157, 242, 826 BGB) geschlossene Vertrag hatte.³⁸ Lediglich § 226 BGB war als Inhaltskontrolle eines wirksam geschlossenen Vertrages konzipiert.³⁹ Indes wirkt auch das dispositive Gesetzesrecht als eine Art Inhaltskontrolle,⁴⁰ weil es bspw. vorgibt, was Parteien üblicherweise meinen (sollen), wenn sie „Kauf“ sagen. Abgesehen von zahlenmäßig zu vernachlässigenden Großtransaktionen sprechen Vertragsparteien beim Kaufvertragsschluss erfahrungsgemäß kaum über das zur Anwendung berufene Gewährleistungs- und Haftungsregime.⁴¹ Deutlicher noch auf Inhaltskontrolle zielt das (halbseitig) zwingende (besondere) Vertragsrecht, wie etwa im Mietrecht⁴² oder im Arbeitsrecht⁴³, ab. Hier gibt der Gesetzgeber einen Mindestinhalt des Vertrages vor, von dem die Parteien, selbst wenn sie ohne jeden Mangel in der Willensbildung oder Entscheidungs-

³⁵ Ein Widerrufsrecht für Verbraucher wurde erstmals flächendeckend bei Verträgen, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern „unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln“ abgeschlossen wurden, durch das Fernabsatzgesetz v. 27.06.2000 (BGBl. 2000 I, S. 897 ff.) eingeführt.

³⁶ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 ff., 281; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 29 ff.

³⁷ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 282 f.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 23.

³⁸ Siehe etwa *Säcker*, in: MüKoBGB, Einleitung vor § 1, Rn. 33.

³⁹ RGZ 72, 251; *Reppen*, in: Staudinger BGB, § 226 Rn. 2 ff.

⁴⁰ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 285. Allgemein zu dispositivem Recht, etwa *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts; *Kötz*, JuS 2013, 289.

⁴¹ Als Grund hierfür nennt *Kötz*, JuS 2013, 289, 290 vor allem sog. „Transaktionskosten“, also die Kosten, die entstehen, um ein eigenes Vertragsregime zu schaffen. Diese Kosten lohnten sich nur für Verträge mit großer wirtschaftlicher Bedeutung oder für eine Vielzahl von identischen Verträgen, mithin AGB.

⁴² Siehe bspw. § 551 Abs. 3 BGB, § 557 Abs. 3 BGB, § 573 Abs. 4 BGB.

⁴³ Siehe bspw. § 622 Abs. 4, 5 BGB, § 22 Abs. 1 TzBfG.

findung wollten, nicht wirksam abweichen können.⁴⁴ Dieses zwingende Recht ist meist aus verschiedenen gearteten Schutzerwägungen nachträglich erlassen worden.⁴⁵ Dasselbe gilt für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das ebenfalls den Inhalt bestimmter Rechtsgeschäfte (negativ) vorgibt.⁴⁶ Für *Canaris* und *Auer* sind diese Veränderungen zugunsten der Inhaltskontrolle von Verträgen die Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit.⁴⁷

3. Zusammenfassung und Vergleich

Materialisierung ist nach dieser Ansicht die stärkere Betonung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit beim Vertragsschluss einerseits (Abschlusskontrolle) und die Kontrolle des Vertragsinhalts auf Gerechtigkeit andererseits (Inhaltskontrolle). Diese Begriffsdefinition mag zunächst anders als diejenige *Webers* klingen. Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass *Weber* sowie *Canaris* und *Auer* identische oder zumindest ähnliche Wandlungen des Privatrechts beschreiben. Auch wenn auf tatsächliche Entscheidungsfreiheit bei Vertragsschluss abgestellt wird und der Inhalt eines Vertrags gerecht sein muss, wird auf außerrechtliche Kriterien zurückgegriffen, um rechtliche Fragen (Ist der Vertrag wirksam zustande gekommen? Besteht ein Anspruch auf Vertragsanpassung?) zu beantworten. Letztlich schlüsseln *Canaris* und *Auer* die von *Weber* abstrakt dokumentierten Wandlungen weiter nach verschiedenen Themengebieten auf.⁴⁸

III. Materialisierung als Abkehr vom liberalen Rechtsparadigma

Einen weiteren Ansatzpunkt, um Materialisierung im Privatrecht zu beschreiben, wählen wiederum *Canaris*, aber auch *Habermas* und *Wieacker*. Für *Canaris* kann Materialisierung auch die Veränderung der weltanschaulich-

⁴⁴ Einen gelungenen Überblick über den Unterschied zwischen zwingendem und dispositivem Recht gibt *Bachmann*, JZ 2008, 11, 11f., bevor er auf die „Mischform“ des Optionsmodells eingeht.

⁴⁵ *Bachmann*, JZ 2008, 11 f.

⁴⁶ Hier hat § 307 BGB sogar die amtliche Überschrift „Inhaltskontrolle“. Zurück gehen die §§ 305 ff. BGB auf das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 09.12.1976, BGBl. 1976 I, S. 3317 ff.

⁴⁷ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 282 f.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 25 f.

⁴⁸ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 29 f. weist zudem auch auf die vorhandenen Schwierigkeiten einer genauen Trennung hin. Dies leuchtet ein, da es auch bei der Abschlusskontrolle letztlich um Vertragsinhalte geht. Fragen nach Sittenwidrigkeit oder Verstößen gegen Treu und Glauben, die zu einer Aufhebung des Vertrages führen, sind Fragen der Abschlusskontrolle; siehe hierzu auch *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 4, der prägnant formuliert, es gehe immer dann um Abschlusskontrolle, wenn „Rechtsfolge nicht eine – wie auch immer geartete – Vertragsanpassung, sondern Lösung der ‚benachteiligten‘ Vertragspartei vom Vertrag als Ganzes (sic!)“ sei.

politischen Grundhaltung sein.⁴⁹ *Wieacker* und *Habermas* verwenden den Begriff „Sozialmodell“, von dem *Canaris* sich sprachlich abgrenzt, inhaltlich jedoch wohl dasselbe meint.⁵⁰

In diesem Zusammenhang wird untersucht, ob eine Verschiebung der der Rechtsordnung zugrundeliegenden Grundhaltung stattgefunden hat. Materialisierung soll *Habermas* zufolge die Abkehr vom liberalen hin zum sozialstaatlichen Rechtsparadigma sein.⁵¹ Zurecht wird jedoch von *Canaris* ein unscharfer Umgang mit den Begriffen sozial/material und liberal/formal angemahnt, die häufig auch synonym verwendet werden.⁵² *Habermas* etwa sieht das Sozialstaatsmodell als Gegenentwurf zum „bürgerlichen Formalrecht“.⁵³

Es ist jedoch scharf zwischen Ursache und Wirkung zu trennen: Liberalismus und Sozialismus (bzw. ideologisch unbelasteter: Sozialdemokratie) sind neben dem Konservatismus und dem Anarchismus grundlegende Ausprägungen weltanschaulich-politischer Grundhaltungen und Anschauungen.⁵⁴ Sie sind in ihren Staatsauffassungen und Menschenbildern gegensätzlich. Während für den Liberalismus die größtmögliche Freiheit des Einzelnen Kernthese ist, steht im Sozialismus das Kollektiv im Vordergrund.⁵⁵ Zurecht werden die beiden Grundhaltungen teilweise auch als Individualismus und Kollektivismus bezeichnet.⁵⁶

Eine formale Rechtsordnung ist nach dem Verständnis von *Canaris* regelmäßig als solche Ausdruck einer liberalen Grundhaltung, weil sich in ihr

⁴⁹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 289.

⁵⁰ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 472 ff. Auf die Kritik am Begriff soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, hierzu aber *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 289 mit Fn. 47.

⁵¹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 482, 484, 486 f.

⁵² *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 289 ff.

⁵³ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 483.

⁵⁴ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 290. Übersicht bei *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, S. 102 ff. Selbstverständlich kann im Rahmen dieser Arbeit keine umfassende Klärung der Begriffe erfolgen. Dies ist aber auch nicht erforderlich – einerseits deshalb, weil dem Leser ohnehin bekannt sein dürfte, was im Grundsatz unter Liberalismus und Sozialismus zu verstehen ist. Andererseits genügt eben diese grobe Vorstellung der Werte und Ziele der verschiedenen Strömungen auch, um zu verstehen, welche Auswirkungen sie auf das Recht haben.

⁵⁵ *Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, S. 103 ff. Selbstverständlich sind diese auf ein Minimum verkürzten Ausführungen nicht in der Lage, Liberalismus und Sozialismus in ihrer facettenreichen Gesamtheit darzustellen. Beide Begrifflichkeiten sind Oberbegriffe für verschiedene Strömungen innerhalb der jeweiligen Grundhaltungen. Zum Liberalismus siehe nur *von Mises*, Liberalismus; *Montenbruck*, Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen; *Fawcett*, Liberalism. Zum Sozialismus nur *Fetscher*, Für eine bessere Gesellschaft; *Honneth*, Die Idee des Sozialismus; *Crick*, Socialism.

⁵⁶ Vgl. *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 12 ff.

größtmögliche individuelle (rechtliche) Freiheit und die Grundannahme von (rechtlicher) Chancengleichheit kodifiziert. Hingegen sind soziale Aspekte eine der Triebfedern für Wandlungen im Privatrecht. Liberalismus und Sozialismus sind also – in aller Kürze, die an dieser Stelle möglich ist⁵⁷ – eine Ursache, eine formale oder materiale Rechtsordnung die Wirkung. Damit behandeln *Habermas* und *Wieacker* zwar einen elementaren Punkt der Materialisierungsdebatte, allerdings beschäftigen sie sich eher mit den Auslösern denn mit dem eigentlichen Effekt.

IV. Materialisierung als positive Selbstreflexion des Rechts

Einen zu den bisher dargestellten Ansätzen verschiedenen Ausgangspunkt wählt *Menke*. Für ihn „leistet [der Begriff der Materialisierung] [...] etwas ganz anderes (sic!)“⁵⁸, als das, was etwa *Weber* darunter verstand. *Menke* untersucht – im Unterschied zu den bisher dargestellten Ansätzen – und auch zu dieser Arbeit – nicht verschiedene Veränderungen im Recht und stellt eine Definitionsklärung voran. Er untersucht die Materialisierung selbst. Um diese zu beschreiben, stellt er zunächst fest, dass das moderne Recht als solches selbstreflexiv sei, mithin selbst die Grenzen zum Außerrechtlichen setze und so erst das Außerrechtliche – oder Nichtrecht – definiere. Dies sei der entscheidende Unterschied zu den traditionellen Rechtsansätzen.⁵⁹ *Menke* arbeitet dann heraus, dass das formale Recht des späten 19. Jahrhunderts⁶⁰ diese Selbstreflexion negativ begreife, indem es sich vollständig vom Nichtrecht abgrenze und so selbst begrenze.⁶¹ Diese Erkenntnis beschreibt den Rechtsformalismus aus einer anderen Warte: Nicht aus juristischer Sicht – Beantwortung von Rechtsfragen nur anhand innerrechtlicher Wertungen⁶² – sondern aus einer Art „philosophischer Vogelperspektive“. Letztlich ist die gewonnene Einsicht aber nicht grundlegend neu. Das bürgerliche Recht ist auch nach *Weber* in seiner Grundkonzeption darauf ausgelegt, außerrechtliche Wertungen soweit als möglich auszublenden. Ob man dies nun „Rechtsformalismus“⁶³ oder „negative Selbstbegrenzung“⁶⁴ nennt, ist lediglich eine Frage des verwendeten Begriffs oder bestenfalls der Perspektive, von der die Untersuchung ausgeht.

⁵⁷ Siehe detaillierter zum Zivilprozessrecht unten Kapitel 2, E. IV. & Kapitel 2, E. V. 3.

⁵⁸ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 148.

⁵⁹ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 141 f.

⁶⁰ Er verwendet ebenfalls den Begriff des „Liberalismus“ – zur Kritik an der unscharfen Verwendung siehe soeben.

⁶¹ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 142.

⁶² Siehe oben Kapitel 2, B. I.

⁶³ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 505.

⁶⁴ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 144.

Die negative Selbstbegrenzung des Rechts ist aus Sicht *Menkes* jedoch inkonsequent, da „jedes Ziehen einer Grenze, also jede Selbstbegrenzung, das Hinausgehen über sie“⁶⁵ bedeute, was dazu führe, dass sich das Recht nicht nur selbst begrenzt, sondern durch die Selbstbegrenzung auch das Nichtrecht positiv gesetzt habe. Daher sei die „liberale“ Selbstbegrenzung nicht nur negativ, sondern schon immer auch positiv gewesen. Dies fordere eine „Radikalisierung“⁶⁶ der Selbstreflexion – die Materialisierung des Rechts. Ausgehend von der behaupteten Inkonsequenz der negativen Selbstbegrenzung, ist Materialisierung für *Menke* „nichts anderes als die konsequente Gestalt seiner [des Rechts] Selbstreflexion. Genauer, sie ist die *positive Gestalt* der Selbstreflexion des Rechts im Unterschied zum Nichtrecht“⁶⁷ – positiv deshalb, weil das Recht auf das Nichtrecht sowie seine Auswirkungen im Nichtrecht reagiert und darauf mit eigenen Veränderungen antwortet. Zwar erlangten nichtrechtliche Faktoren keine Gültigkeit im Recht und auch könnten nichtrechtliche Einstellungen keine Gründe im Recht werden. Allerdings sei das Nichtrecht im Recht „wirksam“, weil es die Wandlung des Rechts selbst antreibe.⁶⁸ Für *Menke* ist die Materialisierung der Beweis, dass der „formalistische Begriff der Autonomie des Rechts“ falsch sei. Vielmehr vollziehe sich gerade in der Materialisierung die Autonomie des Rechts in selbstreflexiver Art und Weise.⁶⁹ Materialisierung beschreibe zudem die Idee der Gerechtigkeit im modernen Recht.

Zusammengefasst ist Materialisierung nach dem soeben dargestellten Ansatz die Anwesenheit des Nichtrechts im Recht, auf die das Recht mit Veränderungen antwortet. Letztlich kommt *Menke* damit zu einem sehr ähnlichen Ergebnis wie *Weber*, *Canaris* und *Auer*. Das einleitende Zitat, wonach Materialisierung für ihn etwas Anderes leiste, kann sich also nur auf die Bewertung derselben beziehen.⁷⁰

V. Sozialstaatliche Verrechtlichung

Als letzter Ansatz, den Begriff der Materialisierung des Privatrechts zu beschreiben, soll hier die eher rechtssoziologische Annäherung von *Teubner* und *Hart* dargestellt werden. In einem Beitrag zum Sammelband *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* untersucht *Teubner* den Begriff

⁶⁵ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 144 mit Verweis auf *Hegel*, Wissenschaft der Logik I, S. 145.

⁶⁶ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 144.

⁶⁷ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 148 (Hervorhebung im Original).

⁶⁸ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 148 f. Prägnant: Die Anwesenheit des Nichtrechts im Recht sei nicht normativ, sondern effektiv (S. 149).

⁶⁹ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 149.

⁷⁰ Während *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 505 ff. der Materialisierung negativ gegenüberstand, fällt das Urteil von *Menke*, Kritik der Rechte, S. 148 ff. positiv aus.

der „Verrechtlichung“ und kommt dabei wiederum auf die bereits von *Weber*⁷¹ beobachteten Veränderungen im Privatrecht zu sprechen.⁷² Für ihn haben die Beobachtungen *Webers* eine „Schlüsselrolle“ bei der Problemerkennung einer von ihm beschriebenen sozialstaatlichen Verrechtlichung inne.⁷³ Diese bezeichnet für ihn den Einsatz des Rechts als „Steuerungsmedium der Interventionen und Kompensationen des Sozialstaats“⁷⁴ oder konkreter unter Bezugnahme auf *Hart* „eine Vielzahl von meist rechtlichen Steuerungsinterventionen in die klassisch als selbstregulierend vorgestellten Autonomiebereiche“.⁷⁵

Diese sozialstaatliche Verrechtlichung äußert sich für *Teubner* in der Materialisierung des Formalrechts⁷⁶ bzw. in materialer Rationalität⁷⁷ – beides Begriffe, die bereits *Weber* verwendet hatte. Das materialisierte Recht sei auf die Bedürfnisse des modernen Wohlfahrtsstaats zugeschnitten und instrumentalisierbar für die Zwecke des politischen Systems.⁷⁸ Materiale Rationalität bedeutet für *Teubner* und *Hart* einerseits die Überlagerung von Regelorientierung durch Zweckorientierung und andererseits die Verschiebung des Fokus von Autonomie auf Regulierung.⁷⁹ Materiales Recht sei im Gegensatz zum Formalrecht auf die Auslösung gesellschaftlicher Wirkungen ausgerichtet und öffne sich zu deren Überprüfung zugleich für Sozialwissenschaften.⁸⁰

Materialisierung ist für die beiden Autoren also eine Erscheinungsform der Verrechtlichung. Die Begriffe sind damit nicht deckungsgleich, sondern das Eine folgt aus dem Anderen.⁸¹ Die Autoren befinden sich damit auf einer Ebene zwischen der eigentlichen Materialisierung und der übergeordneten Veränderung der weltanschaulich-politischen Grundhaltung⁸², die jeweils kausal miteinander verknüpft sind. Die inhaltliche Definition jedoch ist bei *Teubner* und *Hart* nicht verschieden von den bisher dargestellten Ansätzen. Vielmehr bedienen sich die Autoren dieser, um Materialisierung als Auswir-

⁷¹ Siehe oben Kapitel 2, B. I.

⁷² *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 291, 300 ff.; siehe aber auch *Teubner*, ARSP 68 (1982), 13, 24 f.

⁷³ *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 301.

⁷⁴ *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 303.

⁷⁵ *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 306; er bezieht sich wörtlich auf *Hart*, AG 1984, 66, 72.

⁷⁶ *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 306.

⁷⁷ *Teubner*, ARSP 68 (1982), 13, 24.

⁷⁸ *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 307.

⁷⁹ *Teubner*, ARSP 68 (1982), 13, 25; ihm folgt *Hart*, AG 1984, 66, 72.

⁸⁰ *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 311 f.

⁸¹ Klar arbeitet dies jedoch nur *Teubner*, in: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289, 311 f. heraus. Für *Hart*, AG 1984, 66, 72 scheinen die Begriffe deckungsgleich.

⁸² Siehe oben Kapitel 2, B. III.

kung der von ihnen beschriebenen sozialstaatlichen Verrechtlichung darzustellen.

VI. Zusammenfassende Würdigung

Nach dieser kurzen und bei weitem nicht erschöpfenden⁸³ Bestandsaufnahme lässt sich festhalten, dass trotz verschiedener Ansatzpunkte zumindest grundsätzlich wohl weitgehende Einigkeit darüber herrscht, was unter Materialisierung im Privatrecht zu verstehen ist: Ob nun Ablösung des Rechtsformalismus (I.), Schaffung von Entscheidungsfreiheit beim Vertragsabschluss und Gerechtigkeitskontrolle des Vertragsinhalts (II.), Veränderung der dem Privatrecht zugrundeliegenden weltanschaulich-politischen Grundhaltung (III.), Anwesenheit des Nichtrechts im Recht, auf die das Recht mit Veränderungen antwortet (IV.), oder sozialstaatliche Verrechtlichung (V.) – gemeint ist Ähnliches: Das ursprünglich formale, nur auf (inner-)rechtliche Wertungen rekurrierende Privatrecht des späten 19. Jahrhunderts verändert sich. Es wird angereichert um nichtrechtliche Wertungen. Statt allein formale Legalität und Rechtssicherheit zu betonen, zielt das Privatrecht auch auf die Umsetzung von außerrechtlichen Wertungen und (materialer) Gerechtigkeit.⁸⁴ Freilich sind die Unterschiede in Beschreibung und vor allem Bewertung dieser Entwicklung im Detail durchaus groß – diesbezüglich will diese Arbeit aber keine Unterscheidung treffen, sondern eben nur aus der Begriffsdebatte im Privatrecht mögliche Erkenntnisse für den Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht ziehen und hierzu grobe Leitlinien der privatrechtlichen Debatte skizzieren.

Nach alledem sind Wandlungen auf drei Stufen festzuhalten. 1. Die weltanschaulich-politische Grundhaltung verändert sich hin zu einem eher sozialstaatlich geprägten „Sozialmodell“⁸⁵. Dies führt 2. zu der „Erkenntnis“, dass das Recht auch auf Vorstellungen im Nichtrecht wie Moral, Ethik und Ge-

⁸³ Weitere teils ausführliche, teils knappe Auseinandersetzungen mit dem Begriff der Materialisierung, teilweise auch mit leicht unterschiedlicher Begrifflichkeit, etwa bei *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 115 f.; *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 11 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 43 ff., 171 ff., 329 ff. und 565 f.; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 48; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 431 ff.; *Sedlmeier*, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, S. 23 ff.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 100 ff.; *Calliess*, AcP 203 (2003), 575; *Derleder*, KJ 1986, 263; *Keiser*, KritV 2013, 83, 85 ff.; *Reuter*, AcP 189 (1989), 199; *Schmidt*, JZ 1980, 153; *Tonner*, KJ 1985, 107; *Wagner*, in: Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13; *Zöllner*, JuS 1988, 329. Jedenfalls im Ergebnis unterscheiden sich die Beschreibungsansätze jedoch nicht von den hier exemplarisch Ausgesuchten.

⁸⁴ Vgl. *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 11.

⁸⁵ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 18.

rechtigkeit reagieren muss, woraus dann schließlich 3. Wandlungen im Recht folgen können, die die Wertungen der veränderten Grundhaltung durchsetzen sollen. Freilich sollte hierbei die Triebkraft der sozialstaatlichen Grundhaltung nicht überschätzt werden. Oftmals können Veränderungen schlicht Reaktionen auf Entwicklungen der modernen Wirtschaftsgesellschaft sein, die sich nicht auf ein sozialstaatliches Weltbild zurückführen lassen.⁸⁶

Zusammengefasst lässt sich die Materialisierung des Privatrechts also als Veränderung vom formalen Recht zu einem Privatrecht beschreiben, das in seiner Wertung auch auf Kriterien rekurriert, die nicht klassischerweise rechtlich, sondern oftmals Ausdruck von Gerechtigkeitsvorstellungen einer sozialstaatlichen Gesellschaft sind.

C. Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht

Nachdem zumindest oberflächlich geklärt ist, wie Materialisierung im Privatrecht zu verstehen ist, wird nun untersucht, wie der Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht bereits verwendet und inhaltlich bestimmt worden ist.

I. Abkehr vom Rechtsformalismus

Auch für den Bereich des Zivilprozessrechts lohnt es, die Untersuchung bei *Max Weber* zu beginnen. Wie bereits oben kurz dargestellt, beobachtete *Weber* nicht nur Veränderungen im Privatrecht, sondern auch bei den rechtlichen Grundlagen der Urteilsfindung.⁸⁷ Zur Erinnerung: Er sieht eine Auflösung des bisher formal gebundenen Beweisrechts hin zu einer freien Beweiswürdigung.⁸⁸ Ziel sei die Ermittlung der materiellen Wahrheit anstelle formaler juristischer Logik. Infolgedessen werde ein „ehemals sehr erhebliches Gebiet formal juristischen Denkens diesem durch die freie Beweiswürdigung zunehmend entzogen“.⁸⁹ Diese Veränderung ist für *Weber* – auch wenn er sie als wesentlich technischen Charakters beschreibt – neben den bereits ausführlich dargestellten Wandlungen des Privatrechts ein Produkt des materialen Rationalismus, weil so ein „individualisierendes und (relativ) materiales Moment in den Rechtsformalismus hinein“ getragen wird.⁹⁰ Anstelle einer in sich geschlossenen rechtlichen Argumentation werden in der Rechtsfindung nun

⁸⁶ Siehe auch sogleich Kapitel 2, E. IV. und Kapitel 2, E. V. 3.

⁸⁷ Siehe oben Kapitel 2, B. I.

⁸⁸ Die freie Beweiswürdigung, heute in § 286 ZPO geregelt, hat sich erst durch die CPO von 1879 endgültig durchgesetzt. Vgl. etwa *Prütting*, in: *MüKoZPO*, § 286 Rn. 2.

⁸⁹ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 505.

⁹⁰ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 505.

Tatsachen berücksichtigt, also ein Bezug auf Außerrechtliches hergestellt.⁹¹ Damit ist auch für den Bereich des Prozessrechts aus Sicht *Webers* Materialisierung als Abkehr von Rechtsformalismus zu beschreiben. Im Gegensatz zur Materialisierung des Privatrechts scheint er dieser allerdings zumindest neutral gegenüber zu stehen.⁹²

II. Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht

Einen anderen Ansatzpunkt bei der Begriffsfindung haben etwa *Gilles* sowie *Gregor* und *Max Vollkommer* gewählt. Diese untersuchen unter dem Schlagwort „Materialisierung“ im Prozessrecht den Einfluss der Verfassung⁹³ bzw. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)⁹⁴ auf das Zivilprozessrecht.

Die Verfassung und dadurch bedingt die Rechtsprechung des BVerfG, hat durchaus Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung des Zivilprozesses. Als Beispiele seien an dieser Stelle nur der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG)⁹⁵, die Garantie richterlicher Unabhängigkeit (Artt. 20 Abs. 3, 97 GG)⁹⁶ und das Recht auf Chancengleichheit beim Zugang zu und vor dem Gericht (Art. 3 GG)⁹⁷ genannt. Dieser Einfluss der Verfassung bewegt wohl auch *Gilles* dazu, das Zivilprozessrecht als „nicht weniger [...] als konkretisiertes [...] Verfassungsrecht“ zu erkennen.⁹⁸ Er geht sogar so weit, die Rechtsprechung des BVerfG als aktuellste Prozessrechtsgesetzgebung in Deutschland zu bezeichnen.⁹⁹

In dieser Rechtsprechung und den Einflüssen der Verfassung auf die zivilprozessuale Gesetzgebung sieht *Gilles* eine Tendenz der „wachsenden ‚Materialisierung‘ des Prozessrechts durch eine vermehrte Inbezugnahme substantiell verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte in konkrete prozessuale Fragestellungen und Problemlösungen“. ¹⁰⁰ Auch *Vollkommer/Vollkommer* erkennen in dem von ihnen besprochenen „zweiten Bürgschaftsurteil“ des BVerfG¹⁰¹ und

⁹¹ Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 145.

⁹² *Menke*, Kritik der Rechte, S. 147.

⁹³ *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 f. mit zahlreichen Nachweisen zum Themenbereich Prozessrecht und Verfassungsrecht.

⁹⁴ *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Canaris 2007, S. 1243, 1244.

⁹⁵ Vgl. ausführlich *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 29. Ausprägungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör sind etwa die §§ 136 Abs. 3, 139, 283 und 285 ZPO.

⁹⁶ Vgl. *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 8 Rn. 11 ff. Auf aktuelle Fragen der richterlichen Unabhängigkeit gehen *Rojahn/Jerger*, NJW 2014, 1147 ein.

⁹⁷ BVerfGE 122, 39, 48 f. und BVerfG, Beschl. v. 27.03.2014, 1 BvR 3533/13, Rn. 8 ff.

⁹⁸ *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 f.

⁹⁹ *Gilles*, JuS 1981, 402, 405; wohlgemerkt fast 25 Jahre vor der von *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Canaris 2007, S. 1243 besprochenen, „zweiten Bürgschaftsentscheidung“.

¹⁰⁰ *Gilles*, JuS 1981, 402, 405 (Hervorhebung im Original).

¹⁰¹ BVerfGE 115, 51.

dessen Auswirkungen auf das Zivilprozessrecht eine „Tendenz zur weiteren ‚Materialisierung‘ des Zivilprozessrechts“.¹⁰² Die Autoren scheinen damit den Begriff Materialisierung des Zivilprozessrechts mit dem Einfluss der Verfassung auf dieses zu beschreiben.¹⁰³ Sie verwenden mithin scheinbar einen anderen, spezielleren Ansatz zur Definition des Begriffs der Materialisierung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts als noch *Weber*.

Gilles und *Vollkommer/Vollkommer* sind jedoch nicht die einzigen Autoren, die Wandlungen im Zivilprozessrecht durch den Einfluss der Verfassung beschreiben. *Stürner* und *Gaier* etwa beschreiben diesen Themenkomplex des Einflusses der Verfassung auf das Zivilprozessrecht unter dem Schlagwort „Konstitutionalisierung“ des Zivilprozessrechts.¹⁰⁴ Auch *Gilles* scheint sich dessen bewusst, dass er mit dem Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht nur einen Aspekt der Materialisierungstendenzen im Zivilprozessrecht beschreibt. Er stellt – ganz am Ende seiner Ausführungen – fest, dass die von ihm beschriebene Tendenz zur Materialisierung „in ihrer Tragweite über jene, die mit der Wiederanbindung des Zivilprozessrechts an das materielle Privatrecht einherging, weit hinausreicht.“¹⁰⁵ Auch *Vollkommer/Vollkommer* sprechen von „weiterer Materialisierung“ des Zivilprozessrechts durch die Folgen, die das Urteil des BVerfG nach sich zieht¹⁰⁶ – unklar bleibt, ob damit lediglich vergangene Materialisierung durch die Verfassung oder auch andere Materialisierungstendenzen umfasst sein sollen. Festzuhalten bleibt, dass für den von *Gilles* und *Vollkommer/Vollkommer* mit „Materialisierung“ beschriebenen Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht der von *Stürner* und *Gaier* verwendete Begriff „Konstitutionalisierung“ jedenfalls sprachlich präziser ist.

III. Einfluss von Wertungen des Privatrechts auf das Zivilprozessrecht

Einen wiederum anderen Ansatz zur Begriffsklärung wählt eine größere Zahl von Autoren in unterschiedlicher Deutlichkeit. Allen Ansätzen gemein ist,

¹⁰² *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Canaris 2007, S. 1243, 1244 (Hervorhebung im Original).

¹⁰³ Siehe auch die Überschrift: „III. Zivilprozessrecht und Verfassungsrecht: ‚Materialisierungstendenzen‘ im Prozessrecht“ des entsprechenden Abschnitts bei *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 f.

¹⁰⁴ *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2871 f.; *Stürner*, ZZZ 127 (2014), 271, 302 ff.; *Stürner*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 359, 366 ff. Siehe auch schon *Stürner*, in FS Baur, S. 647. Zur „Konstitutionalisierung des Zivilprozessrechts“ auf europäischer Ebene *Hess*, JZ 2005, 540.

¹⁰⁵ *Gilles*, JuS 1981, 402, 405 (Hervorhebung im Original). Er muss sich indes (jedenfalls) sprachliche Ungenauigkeit vorwerfen lassen, da er den Unterschied zwischen Materialisierung im Allgemeinen und dem von ihm beschriebenen Einfluss der Verfassung nicht herausarbeitet.

¹⁰⁶ *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Canaris 2007, S. 1243, 1244.

dass es um Wandlungen des Zivilprozessrechts durch den Einfluss des Privatrechts oder die dieses bestimmenden Wertungen geht.

1. Ausrichtung des Zivilprozessrechts an Wertungen, die das Privatrecht verändern

Wagner etwa macht nach anfänglichen Zweifeln deutlich, dass es ihm bei der Materialisierung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts um die Ausrichtung des Zivilprozessrechts an den Wertungen geht, die auch Wandlungen im Privatrecht hervorrufen.¹⁰⁷ Er ordnet das Zivilprozessrecht als traditionell „unpolitisch“ – aus seiner Sicht entsprechend dem formalen Verständnis von Privatrecht – und „Wertungen des materiellen Rechts gegenüber indifferent“ ein.¹⁰⁸ Daraufhin arbeitet er am Beispiel von verschiedenen Rechtsgebieten heraus, warum dieses Verständnis ins Wanken geraten sei. Er geht aufgrund seiner Beispiele etwa aus dem Verbraucherrecht oder Kapitalmarktrecht davon aus, dass das Zivilprozessrecht in Zukunft stärker auf die „Funktionen des materiellen Rechts“ ausgerichtet sein wird.¹⁰⁹ Hierbei werde es die „Politik des Gesetzes“ umsetzen und in seiner Materialisierung der des Privatrechts folgen.¹¹⁰ Diese kurze Darstellung zeigt bereits, dass begriffliche Schwierigkeiten auftreten können. Einerseits könnte *Wagner* so zu verstehen sein, dass er eine Ausrichtung des Zivilprozessrechts am materiellen Recht erkennt, weil er davon spricht, dass das Zivilprozessrecht den Wertungen des materiellen Rechts nicht mehr indifferent gegenüberstehe. Andererseits zeigen seine Folgerungen, etwa dass er auf die Politik des Gesetzes abstellt und die Materialisierung des Zivilprozessrechts als nächsten Schritt nach der Materialisierung des Privatrechts sieht, dass es ihm nicht auf eine Anbindung des Zivilprozessrechts an das materielle Recht ankommt. Vielmehr geht es um Veränderungen, die durch dieselben Wertungen hervorgerufen werden, die auch die Wandlungen im Privatrecht angetrieben haben.

2. Ausrichtung auf die Funktionen des materiellen Rechts

Koch spricht ebenfalls davon, dass das Zivilprozessrecht in Zukunft stärker auf die „Funktionen des materiellen Rechts“ ausgelegt sein werde, und bezeichnet diesen Effekt als Materialisierung des Zivilprozessrechts.¹¹¹ Er weist aber auch darauf hin, dass die Durchsetzung von materiell-rechtlich bestehenden Ansprüchen durch das Zivilprozessrecht gewährleistet sein müsse und das Verfahrensrecht nicht dazu führen dürfe, „dass das materielle Recht nicht

¹⁰⁷ *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 13 ff.

¹⁰⁸ *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 13.

¹⁰⁹ *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 18.

¹¹⁰ *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 18.

¹¹¹ *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 13 f.

mehr durchsetzbar ist, entwertet wird, untergeht oder ohne Rechtsschutz bleibt.¹¹² Unter Anderem hieran zeige sich, dass eine Orientierung des Prozessrechts am materiellen Recht befürwortet werde. Er rekurriert dabei auf den von *Wagner* verwendeten Begriff der „Politik des Gesetzes“, die durch das Zivilprozessrecht gefördert und umgesetzt werde.¹¹³ Indes bleibt unklar, ob *Koch* hauptsächlich eine Ausrichtung des Zivilprozessrechts am materiellen Recht oder an dessen dahinterstehenden Wertungen diagnostiziert. Für die erstgenannte Erkenntnis spricht, dass *Koch* von Orientierung am Privatrecht spricht, für die zweitgenannte der Bezug auf die von *Wagner* verwendeten Formulierungen.

3. Durchsetzung materiell-rechtlicher Wertungen im Prozess

Undeutlich ist über weite Strecken ihrer Ausführungen hingegen *Bahnsen* bei der Frage, ob auf die Ausrichtung des Prozessrechts am materiellen Recht oder an dessen dahinterstehenden Wertungen abgestellt werden sollte, ohne jedoch den Begriff der Materialisierung ausdrücklich zu verwenden.¹¹⁴ Sie spricht einerseits von Überlegungen „hinsichtlich der Durchsetzung materiell-rechtlicher Wertungen im Prozeß“, die es anzustellen gelte.¹¹⁵ Diese Formulierung spricht dafür, dass *Bahnsen* auf einen Einfluss des materiellen Rechts abstellt. Andererseits zieht nach ihrer Auffassung die (von ihr angenommene) Ausrichtung des Zivilprozessrechts auf das Privatrecht „denklogisch“ eine weitgehende Übereinstimmung der das jeweilige Rechtsgebiet bestimmenden Wertungen nach sich.¹¹⁶ Hieraus scheint zu folgen, dass bei Veränderungen des Zivilprozessrechts nicht auf das materielle Recht, sondern auf die spezifischen Wertungen, die jenem zugrunde liegen, abgestellt werden soll. Es wird jedoch nicht klar, ob *Bahnsen* nun für eine Ausrichtung des Prozessrechts am materiellen Recht oder an den dieses bestimmenden Wertungen plädiert. Klar ist lediglich, dass sie Veränderungen des Zivilprozessrechts zugunsten einer Orientierung an der entsprechenden „materiell-rechtlichen Wertung“ fordert.¹¹⁷

¹¹² *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 13, mit Verweis auf BVerfG NJW 2005, 814.

¹¹³ *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 14; hinsichtlich des Begriffs „Politik des Gesetzes“ wörtlich *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 18 zitierend.

¹¹⁴ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 54 ff., 62 f. Dass der Begriff der Materialisierung nicht ausdrücklich fällt, ist unerheblich, da *Bahnsen* reflektiert und abstrakt über Veränderungen des Zivilprozessrechts diskutiert und nicht lediglich solche Änderungen fordert.

¹¹⁵ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 54.

¹¹⁶ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 56.

¹¹⁷ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 63.

4. Einbruch materiell-rechtlicher Wertungen in die Sphäre des Prozessrechts

Roth verortet den Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht ebenfalls im Spannungsfeld zwischen Privat- und Prozessrecht. Für ihn ist Materialisierung „im Kern“ der Einbruch materiell-rechtlicher Wertungen in die Sphäre des Prozessrechts.¹¹⁸ Materialisierung liege vor, wenn „vor allem Wertungen des materiellen Rechts als außerprozessuale Einflüsse“ in das Zivilprozessrecht hineinwirken.¹¹⁹ Der Einbruch bzw. das Hineinwirken müssen *Roth* zufolge so stark sein, dass dadurch von allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts abgewichen wird. Auch wenn man anhand der von ihm zunächst verwendeten Formulierung davon ausgehen könnte, so stellt *Roth* nicht (lediglich) auf die Annäherung des Zivilprozessrechts an das materielle Recht ab, sondern nimmt auch andere Aspekte in seine Untersuchung auf. Er spricht daneben den Einfluss von Verfassung und von europäischen Rechtsakten ebenso an, wie etwa richterliche Steuerung.¹²⁰ Hierdurch wird klar, dass *Roth* zwischen einer Angleichung des Prozessrechts an das materielle Recht und der Wandlung des Zivilprozessrechts durch „prozessrechtsfremde Wertungen“¹²¹ unterscheidet. Materialisierung des Zivilprozessrechts ist für ihn also deutlich mehr als nur die Annäherung des Prozessrechts an das materielle Recht.

5. Nachvollziehen der Materialisierungsentwicklung des Privatrechts

Zuletzt stellt auch *Tamm* auf eine Korrespondenz von Entwicklungen im Zivilprozessrecht und im materiellen Recht ab.¹²² Sie weist unter dem Begriff „materialisiertes Zivilprozessrecht“ auch auf Forderungen hin, nach denen das rechtliche Verfahren ein „Gleichgewicht der Konfliktparteien herstellen und verfahrensfremde Macht aus dem [...] Prozess herausgehalten“ werden soll.¹²³ Dieses materialisierte Zivilprozessrecht stellt sie in den Gegensatz zu einem von einer liberalen Grundauffassung geprägten Zivilprozessrecht des 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Jenes sei ebenso wie das Privatrecht von einer starken Betonung der (hier: Partei-)Autonomie geprägt gewesen. Sie weist dann darauf hin, dass sich das Verständnis von (dort: Privat-)Autonomie im materiellen Zivilrecht seitdem deutlich zugunsten des Ausgleichs von faktischen Ungleichgewichten gewandelt, es sich materialisiert hat.¹²⁴

¹¹⁸ *Roth*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 283; ähnlich nun auch *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 459 f.: „materiellrechtlich aufgeladen“.

¹¹⁹ *Roth*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 285.

¹²⁰ *Roth*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 288, 296.

¹²¹ *Roth*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 299.

¹²² *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 808 f.

¹²³ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 810.

¹²⁴ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 809 f. Siehe auch oben Kapitel 2, B. II.

Für *Tamm* liegt Materialisierung im Zivilprozessrecht vor, wenn der Entwicklungsgang des materiellen Rechts dort nachvollzogen wird.¹²⁵ Sie stellt damit nicht auf eine Angleichung von materiellem Recht und Zivilprozessrecht ab, sondern auf eine Korrespondenz der Entwicklungen in beiden Rechtsgebieten. Für das Zivilverfahren erwartet *Tamm* den Befund, dass es nicht nur durch formales Recht bestimmt sein könne, sondern auch von externen (Sozial-)Faktoren wie unterschiedlicher wirtschaftlicher Schlagkraft oder verschieden großer Prozesserrfahrung beeinflusst werde, die die tatsächliche Chancengleichheit beeinträchtigen könnten. Dieser Befund würde dann zu einer Wandlung des Zivilprozessrechts entsprechend derjenigen des Privatrechts hin zu einer stärkeren Betonung der tatsächlichen Gleichheit durch das Zivilprozessrecht führen.¹²⁶ Insgesamt würde sich so verwirklichen, dass das Zivilprozessrecht mit dem materiellen Recht „wertungsmäßig gekoppelt“ sei.¹²⁷ *Tamm* stellt damit in erfreulicher Klarheit im Gegensatz zu vielen anderen Autoren nicht auf den Einfluss des materiellen Rechts auf das Zivilprozessrecht ab, sondern darauf, ob jenes durch dieselben Faktoren gewandelt wird, wie das Privatrecht auch.

IV. Zusammenfassung

Insgesamt ist also festzuhalten, dass viele Autoren unter dem Begriff der Materialisierung des Zivilprozessrechts sein Verhältnis zum Privatrecht beleuchten (III.). Allerdings wird teilweise nicht klar, was genau die Autoren unter Materialisierung verstehen. Ist nun eine Annäherung des Zivilprozessrechts an das Privatrecht gemeint? Eine Ausstrahlung des Privatrechts auf das Zivilprozessrecht? Oder doch eine Ausrichtung des Zivilprozessrechts an den Wertungen, die auch das Privatrecht prägen und verändert haben? Hier gilt es zu differenzieren und sprachlich präzise zu arbeiten.¹²⁸ Einige Autoren verstehen unter Materialisierung des Zivilprozessrechts aber auch den Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht (II.). Dieser Themenkomplex wird indes auch unter dem zumindest sprachlich präziseren Begriff „Konstitutionalisierung“¹²⁹ behandelt. Schließlich wurde auch vorgeschlagen, Materialisierung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts als Abkehr vom Prozessrechtsformalismus zu beschreiben (I.). Diese Beschreibung ist allerdings, nachdem *Max Weber* sie – eher beiläufig – eingeführt hatte, kaum aufgegriffen worden.¹³⁰

¹²⁵ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 810.

¹²⁶ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 810 ff.

¹²⁷ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 810.

¹²⁸ Sogleich unter Kapitel 2, E. II.

¹²⁹ *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2871 f.; *Hess*, JZ 2005, 540; *Stürner*, ZZP 127 (2014), 271, 302 ff.; *Stürner*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 359, 366 ff.

¹³⁰ Eine Ausnahme bildet hier *Menke*, Kritik der Rechte, S. 145 ff.

D. Abgrenzung: Prozeduralisierung?

Einige Autoren sehen neben formalem und materialem Recht einen dritten Rechtstypus: prozedurales Recht. Der Weg hierzu ist die Prozeduralisierung des Rechts.¹³¹ Der Ansatz prozeduralen Rechts ist es, Gerechtigkeit durch die Gewährung eines „gerechten“ Verfahrens zu erreichen.¹³² Dabei soll ein Ausweg aus dem grundlegenden Dilemma jeder Gerechtigkeitstheorie gefunden werden. Jede Theorie der Gerechtigkeit leidet daran, dass sie ethisch nicht letztbegründbar ist. Diese Einsicht mangelnder Möglichkeit der Letztbegründbarkeit geht vor allem auf *Kant* zurück,¹³³ war aber schon *Aristoteles* bekannt.¹³⁴ Sie äußert sich als sog. „Münchhausen-Trilemma“.¹³⁵ Dieses besagt, dass ein Begründungsversuch einer ethischen Aussage entweder im infiniten Regress, im Zirkelschluss oder im Dogma, das unbegründet bleibt, endet.¹³⁶

Die prozeduralen Gerechtigkeitstheorien versuchen, aus diesem Trilemma auszubrechen, indem sie sich darauf beschränken, allgemein konsensfähige Verfahrensregeln aufzustellen, bei deren Anwendung ein gerechtes Ergebnis erreicht wird. Auf den ersten Blick scheint dies zu gelingen, weil sowohl „Inhaltsleere“ formaler Gerechtigkeitstheorien, als auch das Problem mangelnder Begründbarkeit ethisch begründeter materialer Gerechtigkeitstheorien vermieden werden.¹³⁷ Doch einerseits gelingt dies selbst nur mit einem Dogma.¹³⁸ Das Bestehen allgemeingültiger, konsensfähiger Verfahrensregeln wird behauptet, bleibt aber letztlich unbegründet. Daneben geht auch die Aussage, wonach neben dem Verfahrensgedanken keine inhaltlichen Wertungen innerhalb des Systems aufgestellt werden, fehl. Es wird der Eindruck eines geschlossenen Systems erweckt, in das aber inhaltliche Einflüsse hineinspielen – wie könnte sonst bewertet werden, ob ein Ergebnis „gerecht“ ist? So wird

¹³¹ Teilweise ist auch von einem prozeduralen Rechtsparadigma die Rede. Monografisch zum Ganzen *Calliess*, Prozedurales Recht; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit; *Rawls*, A theory of justice. Daneben auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 493 ff.; *Derleder*, KJ 1986, 263, 264; *Hart*, AG 1984, 66, 75 ff.; *Wiethölter*, in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, S. 38, 45 ff. und passim.

¹³² *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 33 ff.; *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 267 ff.; *Wiethölter*, in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, S. 38, 42 ff.

¹³³ *Kant*, in: *Kant's gesammelte Schriften – Akademieausgabe Band IV*, S. 385, 389.

¹³⁴ *Aristoteles*, Zweite Analytiken – Übersetzt und erläutert von J. H. v. Kirchmann, S. 6 ff. Festzuhalten ist jedoch, dass dieser glaubt, das Begründungsproblem mit Verweisen auf „Evidentes“ zu umgehen.

¹³⁵ Dieser Begriff geht zurück auf *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, S. 15.

¹³⁶ *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, S. 15.

¹³⁷ Vgl. *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 35.

¹³⁸ *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, S. 41 ff., 88 ff.

lediglich ein formales Gerechtigkeitsverständnis mit materiellem Freiheitsdenken kombiniert.¹³⁹

Das prozedurale Gerechtigkeitsverständnis führt also zu keinen neuen Erkenntnissen – dasselbe gilt für die Frage nach „Prozeduralisierung“. Sie ist nicht neu, sondern betrachtet dieselbe Problematik – Einflüsse materialer Natur auf formales Recht – lediglich unter einer anderen Prämisse. Aus diesem Grund wird prozedurales Recht und der Prozess einer „Prozeduralisierung“ im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter einbezogen.

E. Eigene Würdigung und Ergebnis

I. Unterschiedliches Begriffsverständnis im Privat- und Zivilprozessrecht

Die soeben unter Kapitel 2, B. und C. dargestellten Verwendungen des Begriffs der Materialisierung im Privatrecht und im Zivilprozessrecht zeigen ein durchaus unterschiedliches Verständnis von Materialisierung in den verschiedenen Rechtsgebieten. Während im Privatrecht weitgehende Einigkeit darin herrscht, dass Materialisierung als Veränderung vom formalen Recht hin zu einem Recht zu verstehen ist, das Gerechtigkeitsvorstellungen einer geänderten weltanschaulich-politischen Grundhaltung durchsetzt,¹⁴⁰ ist die Literatur auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts deutlich unentschiedener.

Dies mag daran liegen, dass die Problematik der Materialisierung auf dem Gebiet des Privatrechts schon seit *Max Weber* und dann wieder seit den 1950er Jahren intensiv diskutiert wird,¹⁴¹ während für das Zivilprozessrecht erst seit wenigen Jahren überhaupt ein wirkliches Bewusstsein für den Komplex besteht. Zudem ist verständlich, dass weltanschauliche „Grabenkämpfe“ zunächst in dem Rechtsgebiet ausgetragen werden, das unmittelbaren Einfluss auf das Zusammenleben in der Gesellschaft hat, bevor diese auch die Rechtsdurchsetzungsebene, auf die ein wesentlicher Teil der Privatrechtsbeziehungen nicht gelangt, erreichen.¹⁴² Zudem erhält die Debatte im Zivilprozessrecht eine zusätzliche Dimension dadurch, dass einige Autoren dort Materialisierung mit dem Einfluss des Privatrechts beschreiben.¹⁴³ Diese Ebene des möglichen Einflusses, der als Materialisierung des Zivilprozessrechts beschrieben werden mag, fehlt der Debatte im Privatrecht aus logischen Gründen.

¹³⁹ Vgl. *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 35; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 291.

¹⁴⁰ Siehe nochmals oben Kapitel 2, B., insb. Kapitel 2, B. VI.

¹⁴¹ Vgl. etwa *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft.

¹⁴² *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 809. Zu den Details siehe unten Kapitel 6, B. I., II., sowie Kapitel 6, C.

¹⁴³ Siehe oben Kapitel 2, C. III.

Die Frage, was unter dem Begriff der Materialisierung des Zivilprozessrechts zu verstehen ist, ist also in der Literatur noch nicht eindeutig und befriedigend geklärt, sodass im Folgenden eine „Definition“ zu finden sein wird, die jedoch freilich keine ultimative Geltung beanspruchen kann. Vielmehr geht es darum, darzustellen, welche Entwicklungen des Zivilprozessrechts im Rahmen dieser Arbeit beleuchtet werden sollen. Diese werden dann – in Anlehnung an entsprechende Arbeiten in der Literatur¹⁴⁴ – als Materialisierung bezeichnet. Im folgenden Abschnitt werden Problemkomplexe angerissen, die an späterer Stelle noch ausführlicher diskutiert werden. So werden etwa bestimmte Prozessrechtsgrundsätze angesprochen, diese werden aber nur in aller Kürze dargestellt, soweit es für die Begriffsklärung erforderlich ist – denn nur um diese soll es in diesem Abschnitt gehen. Dabei muss „Materialisierung“ nicht einmal der treffendste Ausdruck sein¹⁴⁵ – er ist allerdings der am weitesten verbreitete.

II. Sprachlicher Hintergrund

Der Begriff „Materialisierung“ selbst gibt bereits einen (sprachlichen) Hinweis auf seine Bedeutung. Das lateinische *materia* lässt sich mit „Stoff“, „Wesensbestandteil“ oder auch „Ursache“ übersetzen.¹⁴⁶ Zudem zeigt die substantivierende Wortendung „-ung“ als deutsches Pendant zum lateinischen „-tion“ an, dass es sich bei dem durch sie substantivierten Begriff um einen Prozess handelt.¹⁴⁷ Die Materialisierung des Rechts ist demnach aus sprachlicher Sicht ein Prozess der Verursächlichung des Rechts, der Anreicherung um seine Wesensbestandteile, um (zusätzliche) Stoffe.

Doch mit dieser Erkenntnis ist noch nicht viel gewonnen. Was ist die „Ursache“ des Rechts, was sind seine Wesensbestandteile und um welche Stoffe wird es angereichert? Wovon geht ein solcher Prozess aus, warum kann er erforderlich sein? Diese Fragen beantworten sich nicht allein durch einen Rückgriff auf die sprachliche Herkunft des fraglichen Begriffs. Vielmehr bedürfen sie einer Untersuchung seiner inhaltlichen Bedeutung. Daher wird

¹⁴⁴ Siehe nur *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 12, 44; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 13 f.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 808 ff.; *Althammer*, in: FS Geimer 2017, S. 15; *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 f.; *Roth*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283; *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Canaris 2007, S. 1243, 1244.

¹⁴⁵ So spricht *Gilles* in der Einleitung zu *Stahlmann*, Zur Theorie des Zivilprozessrechts, S. 5 von „Politisierung“ des Zivilverfahrensrechts – ein Begriff, der durchaus griffiger sein mag.

¹⁴⁶ Entlehnt an *materia* ist auch das deutsche „Material“. Sprachlich etwas ungenau, jedoch sachlich treffend ist die Übersetzung mit „Inhalt“ bei *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 11; auch schon *von Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 498 betont den „Gegensatz zwischen Inhalt und Form“.

¹⁴⁷ *Dudenredaktion*, Duden – Die Grammatik, S. 736 f., Rn. 1106.

im Folgenden zunächst ein Zwei-Ebenen-System der Materialisierung im Zivilprozessrecht herausgearbeitet, bevor untersucht wird, was entsprechende Tendenzen zur Materialisierung auslösen kann. Schließlich wird auf die Civilprozeßordnung von 1879¹⁴⁸ als formaler Ausgangspunkt des soeben erkannten Prozesses der Materialisierung eingegangen.

III. Zwei Ebenen der Materialisierung im Zivilprozessrecht

Im Zivilprozessrecht zeigt sich ein System aus zwei Ebenen, das es zu beachten gilt. Diese zwei Ebenen ergeben sich daraus, dass sich einerseits das grundlegende Verständnis von Zivilprozessrecht und dessen Intention ändern kann. Andererseits kann auch ohne, dass sich das grundlegende Verständnis ändert, in einer Änderung von dessen konkreter Ausgestaltung eine Tendenz zur Materialisierung liegen. Dies ist bisher kaum ausführlich beleuchtet worden, wenn von Materialisierung im Zivilprozessrecht die Rede war. Auch ist nicht zwischen den beiden Ebenen unterschieden worden. Aus diesem Grund werden im Folgenden die beiden unterschiedlichen Ebenen von Tendenzen, die als Materialisierung des Zivilprozessrechts gesehen werden könnten, beleuchtet.

1. *Conflict-solving vs. policy-implementing nach Damaška*

Die im Abstraktionsniveau höher gelagerte Ebene ist zunächst von *Damaška* beschrieben worden.¹⁴⁹ Er unterscheidet in einer umfassenden Untersuchung verschiedener Prozessrechtssysteme zwischen zwei grundlegenden Typen des (Zivil-)Prozessrechts. Diese differieren in ihrer grundlegenden Ausgestaltung.¹⁵⁰ Auf der einen Seite erkennt *Damaška* den *conflict-solving type* des Prozessrechts.¹⁵¹ Diesem gegenüber steht der *policy-implementing type* des Prozessrechts.¹⁵² Wie der Name der beiden Typen des Prozessrechts bereits sagt, ist grundlegender Gedanke des *conflict-solving type* die Beilegung von (Rechts-)Streitigkeiten zwischen Privaten. Der *policy-implementing type* hingegen will durch das Prozessrecht ordnungspolitische Leitlinien umsetzen.¹⁵³ Freilich sind beide so in aller Kürze beschriebene Typen des (Zivil-)Prozessrechts Extrempositionen, die in der Praxis kaum vorkommen dürften. Indes sind die grobe Aufteilung und die gegensätzlichen theoretischen Entwürfe, die *Damaška* zeichnet, durchaus hilfreich, um Veränderungen im

¹⁴⁸ RGBI. 1877, S. 83 ff. Im Folgenden CPO 1879.

¹⁴⁹ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 71 ff. und passim.

¹⁵⁰ In dieser Arbeit werden an späterer Stelle Sinn, Zweck und Ziel als technische Begriffe eingeführt und definiert (siehe dazu unten Kapitel 6, B. I. und II.). Daher ist hier untechnisch von „Ausgestaltung“ oder „Intention“ die Rede.

¹⁵¹ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 97 ff.

¹⁵² *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 147 ff.

¹⁵³ Gegenüberstellend *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 88 ff.

grundlegenden Verständnis des Zivilprozessrechts zu begreifen und einzuordnen.

a) *Conflict-solving type des Prozessrechts*

Betrachtet man den *conflict-solving type* des Prozessrechts genauer, zeigen sich dessen Spezifika. *Damaška* führt aus, dass das Prozessrecht im *conflict-solving type* eine Art Modellvertrag dessen ist, worauf sich potentielle Prozessparteien sinnvoller- und fairerweise einigen würden, wenn sie an einen zukünftigen Rechtsstreit denken würden.¹⁵⁴ Ganz generell zeigen der Staat und auch die Gesellschaft insgesamt kein Interesse am Inhalt oder Ablauf eines Verfahrens. Vielmehr stellen sie nur ein Forum für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen gleich starken Privaten bereit. Hierbei ist die Nutzung des staatlich bereitgestellten Systems freiwillig, auf die Geltendmachung von Rechten kann verzichtet werden, da der Staat kein eigenes Interesse an der Durchführung des Prozesses hat.¹⁵⁵ Im Weiteren führt *Damaška* dann die idealtypische Ausgestaltung des eigentlichen Prozessrechts aus, die weitgehend dem anglo-amerikanischen *adversary system* entspricht.¹⁵⁶ Hierauf soll im Einzelnen nicht eingegangen werden. Auch erscheint die Aussage, wonach es im *conflict-solving type* allein um die Beilegung von Streitigkeiten geht, nicht ganz treffend. Ein Opfer körperlicher Gewalt, das auf Schadensersatz klagt, ruft nicht die staatliche Rechtspflege an und bittet um Konfliktlösung mit dem Täter. Es klagt unter Anwendung des staatlichen Gewaltmonopols ein, was ihm durch die Privatrechtsordnung zusteht.¹⁵⁷

Hilfreich ist jedoch die grundlegende Aussage zur Intention des *conflict-solving type*. Bestreben dieses Typs des Prozessrechts ist einzig und allein, einen Konflikt zwischen Privaten zu entscheiden und so die subjektiven Rechte durchzusetzen.¹⁵⁸ Weitere, wie auch immer geartete Intentionen kennt der *conflict-solving type* nicht. Insbesondere werden keine Erwägungen von „richtig und falsch“ hinsichtlich des Prozessergebnisses angestellt, die nicht bereits im Prozessrecht angelegt sind. Freilich muss das Prozessrecht dann so ausge-

¹⁵⁴ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 98.

¹⁵⁵ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 101 f.

¹⁵⁶ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 104 ff. Zum *adversary system* siehe später Kapitel 5, C. II. 1.

¹⁵⁷ So zurecht auch *Zuckerman*, C.J.Q. 2007, 1, 2. Zu den Details siehe unten Kapitel 6, B. I. und II.

¹⁵⁸ Vgl. zum englischen Zivilverfahrensrecht, das nach *Damaška* ein Paradebeispiel für einen *conflict-solving type* ist, *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 142 f.; *Assy*, C.J.Q. 2017, 70, 71 (jeweils m.w.N.). Zum „Streit als Vater aller Fälle“ nun auch *Gröschner*, JZ 2018, 737.

staltet sein, dass regelmäßig derjenige den Prozess gewinnt, der auch materiell-rechtlich im Recht ist.¹⁵⁹

b) *Policy-implementing type des Prozessrechts*

Dem *conflict-solving type* des Prozessrechts steht als anderes Extrem der *policy-implementing type* gegenüber. Dieser erkennt den Zivilprozess als Steuerungsinstrument zur Umsetzung ordnungspolitischer Leitlinien („state-policy“) und gestaltet ihn dementsprechend aus.¹⁶⁰ Das Zivilprozessrecht ist in diesem Fall sozusagen der Schatten des materiellen Rechts, das wiederum der Schatten der ordnungspolitischen Leitlinien ist. Somit bezeichnet *Damaška* es in Anlehnung an *Platon* und *Plotin* als Schatten eines Schattens der Ordnungspolitik.¹⁶¹ Das Prozessrecht ist also auf die Erzielung eines materiell-rechtlich oder ordnungspolitisch vorgegebenen Ergebnisses ausgerichtet. Ein gutes Prozessrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es die Wahrscheinlichkeit erhöht, ein Ergebnis zu produzieren, das den ordnungspolitischen Leitlinien entspricht. Die Legitimation eines Prozessergebnisses folgt daher nicht aus einem Verfahren(srecht), das von den Parteien als fair anerkannt wurde, sondern aus der „Richtigkeit“ des Ergebnisses.¹⁶² Wichtig für die hiesigen Zwecke sind auch hier nicht die Details, in denen *Damaška* ein solches Prozessrecht beschreibt,¹⁶³ sondern das grundlegende Verständnis der übergeordneten Intention eines solchen Prozessrechts. Dem Staat und der Gesellschaft ist der einzelne Rechtsstreit nicht als Angelegenheit von Privatpersonen egal. Stattdessen greift er aktiv in das Prozessgeschehen ein und steuert das Ergebnis zugunsten ordnungspolitisch erwünschter Ziele.

c) *Zusammenfassung*

Damit stehen sich zwei in ihren übergeordneten Intentionen grundlegend unterschiedliche Prozessmodelle gegenüber. Während der *conflict-solving type* als grundlegendes Bestreben die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Privaten durch die Durchsetzung subjektiver Rechte verfolgt, setzt der *policy-implementing type* ordnungspolitische Leitlinien durch Zivilprozessrecht durch. Durch diesen Zielkonflikt ist noch nichts über die konkrete Ausgestaltung des Prozessrechts gesagt. Allerdings wird bereits deutlich: in einem *conflict-solving type* ist die übergeordnete Intention des Zivilprozesses frei von „Inhalt“, der über die (wertfreie) Durchsetzung subjektiver Rechte zur Konfliktlösung hinausgeht, frei von ordnungspolitischen Zwecken. In einem *po-*

¹⁵⁹ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 101 f.

¹⁶⁰ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 147.

¹⁶¹ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 148.

¹⁶² *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 148 f.

¹⁶³ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 149 ff.

licy-implementing type hingegen ist die übergeordnete Intention eine „inhaltliche“. Ordnungspolitische Ziele und Leitlinien sollen verwirklicht werden. Hieraus folgt für die kommende Untersuchung: Ein Prozessrechtssystem, das dem *conflict-solving type* angehört, verfolgt eine übergeordnet formale Intention, eines, das dem *policy-implementing type* angehört, eine materiale. Eine Änderung der übergeordneten Intention durch ein Prozessrecht, das in Richtung eines *policy-implementing type* tendiert, ist damit also eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts im hier untersuchten Sinne.

2. Entformalisierung ohne grundlegende Veränderung der Intention des Zivilprozessrechts

Wichtig ist nun, zu verstehen, dass auch ein Prozessrecht, das grundsätzlich dem *conflict-solving type* angehört, dennoch materiale Elemente beinhalten kann. In diesem Fall ändert sich zwar nicht die grundsätzliche Intention des Prozessrechtssystems. Allerdings werden auf dem Weg zur Beilegung von Konflikten durch die Durchsetzung subjektiver Rechte materiale Aspekte berücksichtigt.

a) Formales und materiales Recht im Sinne Max Webers

Kehren wir zurück zu der von *Weber* verwendeten Terminologie von „formal“ und „material“.¹⁶⁴

aa) Nochmals: Formales Recht

Oben wurde bereits dargestellt, dass das formale (und rationale) Recht *Webers* ein in sich geschlossenes System ist, das im Grundsatz frei von Wertungen der Ethik oder Gerechtigkeit ist. Ziel ist die juristisch präziseste Einzelfallentscheidung, die optimale Rechtssicherheit gewährleistet – gewisse „Ungerechtigkeiten“ werden zugunsten der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Willkür hingenommen.¹⁶⁵ Dies entspricht auch in etwa der sprachlichen Bedeutung des Wortes „formal“, dass etwas nur der Form nach vorhanden ist, ohne eigentliche Entsprechung in der Wirklichkeit.¹⁶⁶ Das formale Recht hat eben gerade keine Entsprechung in der Wirklichkeit – hier dem Außerrechtlichen – weil es seine Ergebnisse aus bestimmten innerrechtlichen Wertungen ableitet und dabei keine Rücksicht auf das Außerrechtliche nimmt. Es betrachtet nicht die tatsächlichen Verhältnisse der Rechtsunterworfenen und behan-

¹⁶⁴ Siehe oben Kapitel 2, B. I. und Kapitel 2, C. I.

¹⁶⁵ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 468 ff. Siehe auch *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 345; *Münchbach*, in: FS Stürner, S. 389, 391 ff.; sowie oben Kapitel 2, B. I.

¹⁶⁶ „formal“ auf Duden online, Version v. 04.01.2017, abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/formal> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019); vgl. auch *Münch*, in: *Zwischen Formstrenge und Billigkeit*, S. 55, 65 f.

delt alle Rechtssubjekte auf Rechtsebene gleich, unabhängig davon, ob sich diese Gleichbehandlung auch im Tatsächlichen widerspiegelt. Zugleich will das formale Recht die größtmögliche Vorhersehbarkeit durch klare Regelungen erreichen; Generalklauseln sind hierbei unerwünscht.¹⁶⁷

bb) Formales und materiales Prozessrecht

Doch was bedeutet dies nun für ein Prozessrecht? Wann ist ein Prozessrecht nach diesen Kriterien formal, wann material geprägt? In einem formalen Prozessrecht bleiben bei der Gestaltung, Auslegung und Anwendung prozessualer Vorschriften Kriterien außer Betracht, die nicht im Gesamtsystem des Prozessrechts selbst angelegt sind. Ein formales Prozessrecht trifft prozessuale Regelungen ohne konkretes Ansehen der Rechtsunterworfenen, die das Prozessrechtssystem nutzen. Es ignoriert alles, was außerhalb des konkreten Prozessrechtsverhältnisses liegt, etwa bestehende soziale, finanzielle, moralische oder sonstige Ungleichgewichte, die sich nicht im konkreten Prozess niederschlagen. Es will nur und ausschließlich ein Verfahren regeln, das abstrakt auf alle Fälle dieselbe Anwendung findet, und so die übergeordnete Intention der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Privaten durch die Durchsetzung subjektiver Rechte bestmöglich erreichen.

Ein materiales Prozessrechtssystem hingegen erkennt in etwa bestehenden sozialen, finanziellen, moralischen oder sonstigen Ungleichgewichten einen Faktor, der zur schlechteren Verwirklichung der übergeordneten Intention führt. Die konkreten sozialen Verhältnisse der Parteien werden daher ebenso ins Auge gefasst, wie andere außerprozessrechtliche Elemente.¹⁶⁸ Dies geschieht – wie dargestellt – aber nicht mit dem Zweck, das grundlegende Ziel des Zivilprozessrechts zu verändern. Vielmehr handelt es sich um einen anderen Weg, auf dem dieses Ziel erreicht werden soll. Wird ein solcher Weg beschritten, kann auch von Materialisierung des Zivilprozessrechts gesprochen werden, allerdings in Form einer sonstigen Entformalisierung.

b) Kriterien für formales Recht nach Summers

Dieses nach sprachlichen und inhaltlichen Kriterien *Webers* gefundene Ergebnis soll nun anhand der fünf Kriterien überprüft werden, die *Robert S. Summers* aufgestellt hat, um ein Rechtssystem entweder als „formal“ oder als „substantive“ zu klassifizieren.¹⁶⁹ Diese sind: „Criteria of Validity“ (aa)), „Legal Precepts“ (bb)), „Methods of Interpretation and Application“ (cc)), „Judicial Power to Modify Law Being Applied“ (dd)) und „Fact-finding Pro-

¹⁶⁷ Monographisch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit.

¹⁶⁸ Vgl. *Münchbach*, in: FS Stürner, S. 389, 391 ff. mit verschiedenen Beispielen.

¹⁶⁹ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27. „Substantive“ lässt sich dabei durchaus mit „material“ übersetzen: Das lateinische *substantia* ist in seiner Bedeutung *materia* sehr ähnlich.

cesses“ (ee)).¹⁷⁰ Freilich untersucht *Summers* Rechtssysteme als Ganze, so etwa das englische oder das U.S.-amerikanische, anhand seiner Kriterien. Es spricht jedoch nichts dagegen, diese Untersuchung auf einzelne Bereiche eines Rechtssystems zu übertragen, da sie auch dort funktioniert.

aa) *Criteria of Validity*

Der erste Oberbegriff, unter dem *Summers* überprüft, ob ein Rechtssystem formal oder material ist, sind *Criteria of Validity*. Übersetzen lässt sich dies wohl am besten mit „Kriterien für Gültigkeit“ oder auch „Geltungsgründe“. *Summers* untersucht, ob das Recht (nur) deshalb gültig ist, weil es von einem hierzu legitimierten Organ gesetzt wurde, was ein Indiz für ein formales Rechtssystem ist, oder ob es zu seiner Gültigkeit zusätzlich noch anderen, den Inhalt betreffenden Voraussetzungen entsprechen muss, was für ein materiales Rechtssystem sprechen würde.¹⁷¹ Solche Voraussetzungen nennt er verfassungsrechtliche Vorgaben, in Betracht kommen jedoch auch außerrechtliche Maßstäbe wie Gerechtigkeit oder Moral.

bb) *Legal Precepts*

Wenn *Summers* davon spricht, dass man auch anhand der *Legal Precepts*¹⁷² eine Unterscheidung in formal oder material vornehmen kann, meint er das Normensystem als Ganzes.¹⁷³ Ein Normensystem einer Rechtsordnung kann nach *Summers* eher geschlossene oder eher offene Normen enthalten. Ein System der ersten Kategorie enthält im Regelfall eher enge Tatbestände und klar abgegrenzte Rechtsfolgen, die beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen vom Richter anzuordnen sind. Solche Normen müssen zwingend positiv geschrieben sein. Platz für darüberhinausgehende einzelfallbezogene Wertungen bleibt in der richterlichen Entscheidung nicht. Ein System der zweiten Kategorie hingegen gibt dem Richter durch mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen offen formulierte Tatbestände und die Einräumung von Ermessen auf der Rechtsfolgenseite größere Entscheidungsspielräume. Denkbar ist auch, dass lediglich Regelungsziele und Prinzipien positiv festgeschrieben werden und ansonsten die Rechtsfindung dem Rechtsanwen-

¹⁷⁰ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27. Ähnliche Kriterien verwenden auch *Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, O.J.Econ. 2003, 453, 461 ff.; hierzu *Kern*, Justice between Simplification and Formalism, S. 18 ff.; *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55, 83 ff.

¹⁷¹ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 27 f.

¹⁷² Am ehesten wohl mit „Rechtsnormen“ zu übersetzen.

¹⁷³ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 28 f. Ebenso wird *Summers* von *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 19 f. verstanden, der jedoch zurecht darauf hinweist, dass sich diese von *Summers* geschaffene Kategorie eher zur Qualifizierung von materiellen Normen eignet.

der überlassen bleibt.¹⁷⁴ Für *Summers* ist ein System mit geschlossenen Normen formal, eines mit offenen Normen material.¹⁷⁵

cc) *Methods of Interpretation and Application*

Das dritte Kriterium, das *Summers* verwendet, ist die Untersuchung der *Methods of Interpretation and Application*, der Regeln der Normauslegung und Anwendung, mithin der Methodenlehre.¹⁷⁶ *Summers* unterscheidet zwischen Auslegung bzw. Anwendung von Gesetzen und *Case Law*, eine Unterscheidung, die mangels zwingenden Richterrechts in Deutschland¹⁷⁷ hier unterbleiben kann.¹⁷⁸ Formal sind für *Summers* Rechtssysteme, deren Methodik sich eher an der Sprache, der Stellung der Norm im Vergleich zu anderen Normen und der Entstehungsgeschichte orientiert (grammatische, systematische und historische Auslegung) und hinsichtlich der verschiedenen Möglichkeiten zur Auslegung einer Norm eine Priorisierung statt einer Gewichtung vornimmt. Material hingegen wäre eine Rechtsordnung, deren Methodik mehr Wert auf die hinter einer Norm stehende Politik, die Prinzipien legt, mithin den Zweck der Norm in den Blick nimmt (teleologische Auslegung) und zwischen den Auslegungsmethoden abwägt.¹⁷⁹

dd) *Judicial Power to Modify Law Being Applied*

Das vierte Kriterium, das *Summers* zur Unterscheidung zwischen formal und material heranzieht, ist *Judicial Power to Modify Law Being Applied*, also die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung.¹⁸⁰ Ein formales Rechtssystem zeichnet sich für *Summers* durch nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten zur richterlichen Rechtsfortbildung aus, während ein materiales Rechtssystem dem Richter viele Möglichkeiten gewährt, über das geschriebene oder tradierte Recht hinaus Recht zu entwickeln.

¹⁷⁴ Zum Ganzen siehe auch *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 19.

¹⁷⁵ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 29.

¹⁷⁶ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 29 f.

¹⁷⁷ Vgl. aber § 31 Abs. 1, 2 BVerfGG.

¹⁷⁸ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 29 f.

¹⁷⁹ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 29 f.

¹⁸⁰ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 30 f. Vgl. grundsätzlich zu dieser von *Bülow*, Gesetz und Richteramt; daneben vor allem aus zivilprozessualer Sicht *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck.

ee) *Fact-finding Processes*

Das letzte Kriterium nach *Summers* sind die *Fact-finding Processes*, die Tatsachenermittlung innerhalb einer Rechtsordnung.¹⁸¹ Die Frage ist, welche Tatsachengrundlage für eine gerichtliche Entscheidung geschaffen wird. *Summers* unterscheidet zwischen der Möglichkeit einer Rechtsordnung, auf die tatsächliche oder „nur“ auf eine rechtliche Wahrheit abzustellen. Selbstverständlich gehe es immer darum, herauszufinden, welche Fakten dem Fall zugrunde liegen.¹⁸² Der Unterschied sei jedoch, dass sich ein formales Rechtssystem damit zufriedengebe, wenn die im Voraus festgelegten Methoden zur Beweiserhebung ein bestimmtes Beweisergebnis als wahr unterstellen. Dies könne von der tatsächlichen Wahrheit abweichen, etwa um den Vorgang der Beweiserhebung zu beschleunigen. Hingegen sei in materialen Rechtsordnungen oberstes Ziel des Beweisrechts, die tatsächliche Wahrheit herauszufinden. Die Beweisregeln, ohne die auch ein materiales System nicht auskommen könne, seien spezifisch darauf ausgelegt, so nahe wie möglich an die tatsächliche Wahrheit heran zu gelangen.¹⁸³ Ein eher materiales System könne zudem durch einen „inquisitorial mode of fact finding“¹⁸⁴ gekennzeichnet sein, also eine richterlich gesteuerte Beweiserhebung. Gegenmodell hierzu ist, den Parteien die Beibringung und den Beweis sämtlicher Tatsachen zu überlassen, was nach *Summers* wohl als formal zu bewerten wäre.

ff) *Zusammenfassung*

Die von *Summers* vorgestellten Kriterien zeichnen ein Bild einer formalen bzw. materialen Rechtsordnung: Eine formale Rechtsordnung ist gekennzeichnet durch geschlossene Tatbestände, einen geringen Entscheidungsspielraum für Richter sowie den Ausschluss amtswegiger Beweiserhebung, die Betonung der grammatischen, systematischen und historischen Auslegung und die Freihaltung von außerrechtlichen Wertungen. Ein materiales System hingegen ist gekennzeichnet durch offene Tatbestände, eine große Freiheit für die Gerichte bei der Rechtsauslegung und -anwendung sowie der Beweiserhebung. Der teleologischen Anwendung kommt ebenso große Bedeutung zu, wie anderen Kriterien als die bloße Setzung von Recht durch ein legitimes Organ. Damit bestätigen die Kriterien, die *Summers* aufstellt, das, was *Weber* bereits in den 1920er Jahren festgestellt hat. Immer dort, wo Außerprozessrechtliches in das Zivilprozessrecht hineinspielt bzw. hineingelangen kann (etwa durch offene Tatbestände oder das Abstellen auf Sinndeutung), kann eine Tendenz zur Materialisierung liegen.

¹⁸¹ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 31 f.

¹⁸² *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 31.

¹⁸³ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 31 f.

¹⁸⁴ *Summers*, Rechtstheorie 1992, 27, 32.

IV. Veränderung in der Erwartung an den Gesetzgeber

Materialisierung ist soeben als Prozess der Veränderung erkannt worden.¹⁸⁵ Allerdings ändert sich das Prozessrecht nicht von alleine, es wird vom Gesetzgeber geschaffen und gestaltet. Jedes (positiv gesetzte) Recht ist Ausdruck einer politischen Weltanschauung, eines „Sozialmodells“¹⁸⁶ des Normgebers¹⁸⁷ und „zwischen Recht und politischem System samt der ihm zugrundeliegenden Ideologie [besteht] ein unlösbarer Zusammenhang“¹⁸⁸. Dies gilt auch für das Zivilprozessrecht. Dieses ist zwar oft als „unpolitisch“¹⁸⁹ bezeichnet worden. Damit kann aber nicht gemeint sein, dass das Zivilprozessrecht nicht Ausdruck einer bestimmten (rechts-)politischen Wertung als Folge einer vorherrschenden Weltanschauung beim Normgeber ist. Vielmehr meinen die Autoren „unpolitisch“ wohl im Sinne von „technisch“ oder „moralfrei“.¹⁹⁰ Die Entscheidung, ein technisches oder moralfreies Recht zu schaffen, wird im demokratischen Rechtsstaat jedoch selbstverständlich in einem politischen Prozess der Gesetzgebung getroffen. Daher ist das Zivilprozessrecht auch politisches Recht, in dem sich die Werteordnung der Gesellschaft zum jeweiligen Zeitpunkt widerspiegelt.¹⁹¹

1. Veränderte Erwartung durch Veränderung in der weltanschaulich-politischen Grundhaltung

Die der Rechtsordnung zugrundeliegende weltanschaulich-politische Grundhaltung kann sich im Laufe der Zeit verändern. Mit ihr ändert sich dann die Erwartung an den Gesetzgeber hinsichtlich der (rechts-)politischen Ziele.

In Betracht kommt vor allem ein Wandel der weltanschaulich-politischen Grundhaltung in der Gesellschaft hin zu einem sozial(demokratisch)en Grundverständnis als Gegenentwurf zum Liberalismus.¹⁹² Dass ein solcher stattgefunden hat und immer noch stattfindet, ist in der juristischen Literatur¹⁹³

¹⁸⁵ Siehe soeben Kapitel 2, E. II. und III.

¹⁸⁶ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 4 und passim.

¹⁸⁷ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 167 ff.; *Menke*, Kritik der Rechte, S. 7 f.

¹⁸⁸ *Roth*, in: *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, S. 149, 155.

¹⁸⁹ In jüngerer Zeit etwa *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 13; für das internationale Zivilverfahrensrecht *Schütze*, in: *FS Georgiadis 2006*, S. 577, 588.

¹⁹⁰ Hierfür spricht auch, dass Autoren wie etwa *Wassermann*, *Der soziale Zivilprozess*, S. 13 ff.; oder *Bettermann*, ZJP 91 (1978), 365, 367, die die These eines „unpolitischen“ Zivilprozesses ablehnen, den Begriff „unpolitisch“ auch als „technisch“ oder „moralfrei“ verstehen.

¹⁹¹ *Roth*, in: *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, S. 149, 155.

¹⁹² Siehe zum Liberalismus etwa *Fawcett*, *Liberalism*; *von Mises*, *Liberalismus*; *Montenbruck*, *Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen*.

¹⁹³ Die Fülle an politikwissenschaftlichen Quellen kann kaum berücksichtigt werden.

nahezu unbestritten und vielfach erörtert worden.¹⁹⁴ Das Bestehen eines Wandels wird im Rahmen dieser Arbeit als Faktum angesehen und nicht weiter untersucht und begründet. Es stellt sich also die Frage, welche Erwartungen eine Gesellschaft mit einer sozialistischen oder sozialdemokratischen Grundhaltung an den Gesetzgeber hat. Dazu muss – in aller Kürze – verstanden werden, welche (rechts-)politischen Ziele eine sozialistisch oder sozialdemokratisch geprägte Gesellschaft verfolgt.

Nach einer Definition¹⁹⁵ ist Sozialismus „eine politische Weltanschauung, die darauf abzielt, eine solidarische Gesellschaft zu schaffen, in der die Grundwerte Freiheit und Gleichheit verwirklicht werden.“¹⁹⁶ Freiheit und Gleichheit sind aber auch die Grundwerte des Liberalismus, sodass sich Sozialismus und Liberalismus nicht in ihren Zielen, sondern in den Mitteln, um sie zu erreichen, unterscheiden.¹⁹⁷ Das entscheidende Wort in der Definition ist

¹⁹⁴ Grundlegend hierzu von *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts; sowie *Kisch*, *Judicium I* (1928/1929) 1. Siehe ansonsten nur *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 103 ff.; *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 118 ff.; *Brügge-mann*, *Judex* statutor und *judex* investigator, S. 45 ff.; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 109 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 435 ff., 504 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 41; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 59 f.; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, S. 6 ff.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 101, 350 ff.; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 40 ff.; *Kumm*, Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verbrauchergerichtsstandes im deutschen Zivilprozessrecht, S. 137 f.; *Menke*, Kritik der Rechte, S. 142 ff.; *Scherer*, Gerichtsstände zum Schutze des Verbrauchers in Sondergesetzen, S. 253 ff.; *Schönfeld*, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten, S. 98 ff. und passim; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 49 ff. und passim; *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 499 ff.; *Baur*, JZ 1957, 193, 195 und passim; *ders.*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 162 ff.; *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 390 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 289 ff.; *Dreher*, JZ 1997, 167, 176 ff.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 443, 446 f.; *Meyer*, JR 2004, 1 ff. und passim; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 168 ff.; *Rückert*, JZ 2003, 749, 752 ff.; *Schmidt*, JZ 1980, 153, 155 ff. und passim; *Stürner*, JZ 201216., 10, 19; *ders.*, in: *Liber Amicorum Henckel 2015*, S. 359, 360 f.; *Wagner*, in: *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13, 17 ff.; *Zöllner*, JuS 1988, 329, 331 ff. Diese Aufzählung erhebt nicht im Ansatz den Anspruch auf Vollständigkeit. Sie ist vielmehr ein Ausschnitt aus der rechtspolitischen Debatte des 20. und frühen 21. Jahrhunderts, die sich im Bereich des Privat- und Zivilprozessrechts im das Spannungsfeld zwischen Liberalismus und Sozialismus bewegt. Darüber hinaus verfolgt diese Arbeit keinen politikwissenschaftlichen oder soziologischen Ansatz, weshalb Literatur und Untersuchungen aus diesen Bereichen hier außen vor bleiben.

¹⁹⁵ Zum Problem, dass Sozialismus und Liberalismus kaum einheitlich definiert werden können, siehe bereits oben unter Kapitel 2, B. III.

¹⁹⁶ *Schubert/Klein*, Sozialismus, in: *Das Politiklexikon*, Lizenzausgabe Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, abrufbar unter: <http://web.archive.org/web/20160720064658/http://www.bpb.de:80/nachschlagen/lexika/politiklexikon/18235/sozialismus> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

¹⁹⁷ *Von Mises*, Liberalismus, S. 7.

daher „verwirklicht“. Der Sozialismus reagiert auf aus seiner Sicht bestehende Schwächen des Liberalismus. Es wird eine tatsächliche Ungleichheit und eine tatsächliche Unfreiheit der Menschen betont.¹⁹⁸ Der vom Liberalismus proklamierten bereits bestehenden Freiheit und Gleichheit aller Bürger setzt der Sozialismus das Paradigma eines „Klassenkampfes“ entgegen, durch den Freiheit und Gleichheit erst verwirklicht werden können.¹⁹⁹ Wenn nicht von einem Klassenkampf, dann ist oft zumindest von einer „Schutzbedürftigkeit“ bestimmter Gruppen vor Ausbeutung und Unterdrückung durch sozial Stärkere die Rede.²⁰⁰ Durch den Schutz und die Bevorzugung vermeintlich Schwächerer soll dann die Freiheit und Gleichheit aller erreicht werden.²⁰¹

Der Schutz sozial schwacher Gruppen ist schließlich auch die Erwartung der sozialistisch geprägten Gesellschaft an den Normgeber und damit an das Recht selbst. Anstelle streng formalen Rechts würde der soziale Ausgleich in den Mittelpunkt rücken.²⁰² Einzelfallgerechtigkeit (was auch immer darunter verstanden wird)²⁰³ würde schwerer wiegen als Rechtssicherheit, rechtliche Gleichbehandlung würde durch tatsächliche Bevorzugung des Schwächeren erreicht. Ein Abweichen von formalem Recht wäre vor allem durch eine Berücksichtigung von außerrechtlichen Wertungen, wie Moral, Ethik oder sozialer Stellung befördert. Nicht mehr strenges Subsumieren der Voraussetzungen eines eng gefassten Tatbestands, sondern freies Entscheiden, ermöglicht durch weite Generalklauseln,²⁰⁴ wäre dann gewollt. Macht würde von der Rechtssetzungsebene auf die Rechtsanwendungsebene verlagert, um den Einzelfall beurteilen zu können.²⁰⁵ Letztlich ändert sich also das Ziel, das mit dem Rechtssystem erreicht werden soll, von „formaler Freiheit“²⁰⁶ hin zu „materialer Gerechtigkeit“.²⁰⁷

¹⁹⁸ Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 290.

¹⁹⁹ *Von Mises*, Liberalismus, S. 142 ff.

²⁰⁰ Siehe etwa programmatisch von *Hippel*, Der Schutz des Schwächeren; oder auch *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 51.

²⁰¹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 484 ff.

²⁰² Ähnlich *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 45 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 483 ff.; *Menke*, Kritik der Rechte, S. 142 ff.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 51; *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 23 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 290 f.

²⁰³ Siehe zu verschiedenen Theorien „materialer Gerechtigkeit“ etwa *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 174 ff.; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 54 ff., 86 ff.

²⁰⁴ Monographisch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit.

²⁰⁵ Vgl. *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 46.

²⁰⁶ Terminologie mit *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit.

²⁰⁷ Das weite Feld der Gerechtigkeit im Recht ist zahlreich beschrieben worden und kann an dieser Stelle nicht vertieft dargestellt werden. Für das Verständnis genügt es aber, zu wissen, dass (sehr verkürzt) im Wesentlichen zwischen Theorien formaler und materialer Gerechtigkeit unterschieden wird. Während formale Theorien vor allem auf individuelle

2. Veränderte Erwartung durch Wandel in der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung

Doch nicht nur eine Veränderung der weltanschaulich-politischen Grundhaltung weckt Erwartungen an den Gesetzgeber. Auch die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung als solche ändert sich. So ist die (post-)moderne Wirtschaftsgesellschaft der ersten Jahrzehnte des 21. Jahrhunderts in ihrer Komplexität, Schnelllebigkeit, Skalierbarkeit und Vernetztheit nicht mehr mit der Gesellschaftsstruktur bei Inkrafttreten der CPO 1879 vergleichbar.²⁰⁸ Auch hierdurch können sich Erwartungen an eine Gesetzgebung ergeben, ohne dass damit zwingend ein Wandel der weltanschaulich-politischen Grundhaltung einhergehen würde.

Vor allem kann die Gesellschaft erwarten, dass neuen Entwicklungen mit strukturellem Schutz begegnet wird. Verbraucherschutz, Wettbewerbsrecht oder Kapitalmarktsteuerung sind nur einige der Schlagworte, unter denen Veränderungen im Recht stattfinden, ohne dass diese zwingend mit einem Wandel der weltanschaulich-politischen Grundhaltung einhergehen. Auch diese Veränderungen können dazu führen, dass auf Kriterien abgestellt wird, die regulativ geprägt und nicht klassischerweise formal rechtlich sind. Auch durch solche Veränderungen kann es also zu Materialisierung kommen. Dieser zusätzliche Anlass für Tendenzen zur Materialisierung macht die folgende Untersuchung nicht leichter, zumal die so ausgelöste Materialisierung oftmals schwieriger zu identifizieren ist, als die Tendenzen durch einen Wandel hin zu einem sozialstaatlichen Rechtsverständnis.

3. Übertragung auf das Zivilprozessrecht

Übertragen auf das Zivilprozessrecht kann dies die beiden bereits ausführlich dargestellten Ebenen von Tendenzen zur Materialisierung im Zivilprozessrecht zur Folge haben.²⁰⁹ Einerseits kann, um die veränderten Erwartungen umzusetzen, die grundlegende Intention des Zivilprozessrechts hin zur Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien, auch insbesondere des Schwächerenschutzes, abgewandelt werden. Andererseits kann auch eine Entformalisierung ohne Veränderung des grundsätzlichen Zwecks des Zivilprozessrechts stattfin-

Freiheit abstellen, nehmen materiale Theorien hauptsächlich die Gleichheit der Individuen in den Blick. Sog. prozedurale Gerechtigkeitstheorien führen nach hier vertretener Ansicht (siehe oben Kapitel 2, D.) nicht weiter. Zum Komplex der Gerechtigkeit im Recht nur (jeweils umfassend) *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 23 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 171 ff.; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 19 ff.; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 8 ff.

²⁰⁸ Siehe etwa *Becker/Beck*, Die Quadriga postmoderner Beliebigkeit und ihre Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft. Eine Unterscheidung zwischen den Begriffen der Moderne, Postmoderne und Zweiter Moderne ist hier nicht angezeigt.

²⁰⁹ Siehe hierzu oben Kapitel 2, E. III.

den, um die veränderten Erwartungen der Rechtsunterworfenen umzusetzen. So können bei Beibehaltung des grundlegenden Verständnisses auch außerprozessrechtliche Aspekte wie soziale Schwäche, aber auch wettbewerbswidriges Verhalten, in den Blick genommen und typisiert im Zivilprozessrecht ausgeglichen werden. Ob solche Veränderungen im Zivilprozessrecht stattgefunden haben, soll in dieser Arbeit geklärt werden.

V. Die CPO 1879 als formaler Ausgangspunkt

1. Einleitung

Geht man mit der oben erarbeiteten Einsicht davon aus, dass es sich bei der Materialisierung des Rechts im Allgemeinen und des Zivilprozessrechts im Speziellen um einen Prozess handelt, stellt sich die Frage, was am Anfang dieses Prozesses stand. Es lohnt daher kurzer ein Blick auf das Zivilprozessrecht des späten 19. Jahrhunderts.²¹⁰ Dies ist geboten, bevor auf die möglichen Tendenzen zur Materialisierung eingegangen wird, schließlich muss hierfür deren Ausgangspunkt feststehen.

Die deutsche Zivilprozessordnung ist am 01.10.1879 in Kraft getreten. Sie war neben StPO, KO, GVG und RAO Teil der „Reichsjustizgesetze“, die das erste Mal in der deutschen Geschichte Rechtseinheit auf dem Gebiet des Verfahrensrechts – immerhin knapp 25 Jahre vor der Rechtseinheit im Privatrecht – herstellten.²¹¹ Die CPO 1879 und ihr Inhalt waren zudem gleichzeitig Ausdruck und Antrieb einer sich im 19. Jahrhundert entwickelnden eigenständigen (Zivil-)Prozessrechtswissenschaft.²¹²

2. Die CPO 1879 als formales Prozessrecht

a) Die CPO 1879 als conflict-solving type

Es stellt sich die Frage, ob das deutsche Zivilprozessrecht klassischerweise dem *conflict-solving type* angehörte bzw. zumindest diesem theoretischen Konstrukt nahekam. Daher ist zu fragen, was klassischerweise als übergeordnete Intention des Zivilprozessrechts gesehen wurde. Die Frage nach dem „Zweck des Zivilprozessrechts“ ist seit den frühen Arbeiten an der CPO 1879

²¹⁰ Zu rechtshistorischen Ansätzen dieser Arbeit und der entsprechenden Selbstbeschränkung siehe oben Kapitel 1, C.

²¹¹ Siehe hierzu etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 4; *Kissel*, NJW 2004, 2872; *Lüke*, in: MüKoZPO 2. Aufl. (2002), Einleitung Rn. 40 ff.; *Prütting*, in: *Wieczorek/Schütze*, Einleitung Rn. 1 ff. Zuvor bestanden in Deutschland im Wesentlichen drei große Prozessrechte: der gemeine Prozess, der preußische Prozess und der französische Prozess.

²¹² *Brehm*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Einleitung Rn. 47; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 467.

oft gestellt und fast genauso oft beantwortet worden.²¹³ Auch wenn mit solchen Zweckuntersuchungen oftmals nach etwas geringfügig Anderem gefragt wurde als an dieser Stelle, lassen sich die Beschreibungen für die CPO 1879 durchaus auch für diese Untersuchung nutzbar machen. Deshalb soll an dieser Stelle auch weder ein umfassender Überblick gewährt werden, noch sollen vertieft eigene Ansätze diskutiert werden.²¹⁴ Es geht vielmehr lediglich darum zu verdeutlichen, was Ausgangspunkt einer Debatte um die Materialisierung des Zivilprozessrechts sein kann.

Betrachtet man nun einige Quellen des späten 19. Jahrhunderts, ergibt sich ein recht eindeutiges Bild: Bei *Adolf Wach* findet sich etwa folgende Definition: „Der Civilprozeß ist sonach die Form der gerichtlichen Verwirklichung des objektiven Privatrechts mit Beziehung auf ein ihm unterstelltes Lebensverhältnis zum Schutze privatrechtlicher Interessen [...]. Die Privatrechtsordnung will sein die Ordnung der individuellen Interessen. Sie regelt die Herrschaftssphäre der Einzelnen in ihrem Verhältnis zu einander. Daher ist der Privatrechtsschutz, wenn auch durch den Staat, so doch nicht für ihn als das berechnete Subjekt“.²¹⁵ Später konstatiert er die „Interesselosigkeit des Staates“ am Zivilprozess.²¹⁶

Rudolf von Jhering bezeichnet den Zivilprozess sogar als „Kampf ums Recht“.²¹⁷ Dieser Kampf sei eine „Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst.“²¹⁸ Im einzelnen Rechtsstreit der CPO 1879 spielte (im Grundsatz) nur eine Rolle, wer aus materiell-rechtlicher Sicht Recht hat. Andere Erwägungen waren gerade nicht relevant.²¹⁹ Diese Stimmen dürften repräsentativ für die

²¹³ Siehe nur mit umfassenden Nachweisen *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 5 ff.; daneben nur *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, S. 28 ff.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren; *Rimmelspacher*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 10 ff.; *Reimer*, Verfahrenstheorie; *Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie; *Stahlmann*, Zur Theorie des Zivilprozessrechts; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 48 ff.; jüngst auch mit umfassender Untersuchung *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 5 ff.; aber auch schon *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 3 ff.; außerdem die grundlegenden Aufsätze von *Gaul*, AcP 168 (1968), 27; *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183; *Jauernig*, JuS 1971, 329; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5; *Pawlowski*, ZJP 80 (1967), 345; *Pleyer*, ZJP 77 (1964), 372; *Prütting*, R.L.R. 2015, 71; *Roth*, ZfPW 2017, 129; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 359.

²¹⁴ Zum Zweck des Zivilprozessrechts siehe ausführlicher unten Kapitel 6, B. II.

²¹⁵ *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 4 f.

²¹⁶ *Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, S. 2.

²¹⁷ Vgl. *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, S. 27 ff. und passim.

²¹⁸ *Von Jhering*, Der Kampf um's Recht, S. 27, 79.

²¹⁹ Ausdrücklich auch *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 298, nach dem es „dem Staate gleichgültig ist,

allgemeine Auffassung Ende des 19. Jahrhunderts sein: Als Intention des Zivilprozessrechts wurde einseitig das Individualinteresse der Parteien an der Durchsetzung und Feststellung ihrer subjektiven Rechte durch eine staatliche Institution gesehen.²²⁰ Ordnungspolitische Leitlinien sollten durch den Zivilprozess keinesfalls umgesetzt werden.

Selbst *Franz Klein*, der dieser Konstruktion durchaus kritisch gegenüberstand,²²¹ konstatierte:

„Der Prozeß übt auf die Güter- und Machtverteilung selbst keinen Einfluß, seine Bestimmung ist einzig, die jeweils vorhandenen Ergebnisse dieser Verteilung gegen rechtswidrige Angriffe zu schützen und zu erhalten. Daher ist er durch eine Verletzung der Rechtsordnung bedingt [...]“²²²

Freilich schließt diese Sichtweise nicht aus, dass das Zivilprozessrecht – wie jedes rechtsstaatliche Recht – auch eine gesellschaftliche Funktion der Aufrechterhaltung der Rechtsstaatlichkeit (engl. *Rule of Law*²²³) hat.²²⁴

Folglich ist das deutsche Zivilprozessrecht klassischerweise ein solches des *conflict-solving type*, was seine übergeordnete Intention angeht, also ein formales Prozessrechtssystem, da ordnungspolitische Leitlinien als *materia* keine Rolle spielten.²²⁵

ob die Privaten ihre Rechte zur Geltung bringen und ob sie bei Geltendmachung derselben ihr Interesse wahren“.

²²⁰ Siehe etwa *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 4 f.; *ders.*, Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung; *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, S. 2. Wie hier auch *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 f.; ihm folgend *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 3 f.

²²¹ Hierzu ausführlich *Sprung*, ZZP 92 (1979), 4.

²²² *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, S. 5.

²²³ In dieser Arbeit werden „rule of law“ und „rechtsstaatliche Ordnung“ weitgehend synonym verwendet. Dies soll nicht verkennen, dass beide Grundbegriffe, wohl aufgrund der unterschiedlichen Rechtssysteme und deren Rechtsverständnis, gewisse Unterschiede bergen. Für die Zwecke dieser Arbeit ist indes eine entsprechende synonyme Verwendung durchaus hilfreich, da im Rahmen der Debatte um das Zivilprozessrecht in Deutschland und England mit den Begriffen weitgehend dasselbe ausgedrückt werden soll. Zur Gleichwertigkeit der Begriffe von Rechtsstaat(lichkeit) und *rule of law*, siehe auch *MacCormick*, JZ 1984, 65.

²²⁴ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 9 ff.; *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 142, 159; *Jacob*, The fabric of English civil justice, S. 206, 251; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Zuckerman*, C.J.Q. 2007, 1, 2. Siehe zudem ausführlich unten Kapitel 6, B. I.

²²⁵ *Bomsdorf*, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, S. 242 ff.; *Brüggemann*, Judex statutor und judex investigator, S. 37 ff.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 27 ff.; *Baur*, JZ 1957, 193; *ders.*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 161 ff.; *Bender*, ZRP 1974, 235; *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 28 ff.; *Habscheid*, ZZP 81 (1968), 175, 178 ff.; *Meyer*, JR 2004, 1; *Pawlowski*, ZZP 80 (1967), 345, 349 ff.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 130 ff.; *Sprung*, ZZP 92 (1979), 4, 5 ff.

b) *Formale Ausgestaltung eines „conflict-solving type“*

Doch damit ist nur festgestellt, dass das Zivilprozessrecht des späten 19. Jahrhunderts auf übergeordneter Ebene formal war. Nun soll daher in aller Kürze untersucht werden, ob dies auch für die konkrete Ausgestaltung der CPO 1879 gilt.

aa) *Formales Recht im Sinne Webers*

Zunächst sei wieder auf das formale Recht im Sinne *Webers* abzustellen. Hierbei ist einerseits auf die Stellung der Parteien als Nutzer des Prozessrechtssystems, andererseits aber auch auf andere mögliche außerprozessrechtliche Einflüsse einzugehen.

(1) *Stellung der Parteien*

Die CPO 1879 kannte keine Schutzmaßnahmen jeglicher Art im Verhältnis der Parteien zueinander. Weder vor faktischer oder juristischer Übermacht noch vor Prozessverschleppungstaktiken waren die Parteien geschützt. Die Gesetzgebung verhinderte, dass das Gericht eine (zu) starke Machtposition erhielt, schwieg jedoch zum Machtverhältnis zwischen den Parteien. Sie erlegte den Parteien ohne Ansehung von gesellschaftlicher Gruppe, wirtschaftlicher Stärke oder juristischer Kompetenz dieselben Rechte und Pflichten auf.²²⁶ Individualisierende Momente fehlten fast vollständig,²²⁷ die Partei existierte für die CPO 1879 nur in ihrer Prozessrolle.²²⁸ Diese Gleichberechtigung wird – zurückgehend wohl auf *Bötticher*²²⁹ – als „Waffengleichheit der Parteien“ bezeichnet.²³⁰ Wie dieser Ausdruck bereits nahelegt, standen den Parteien im Prozess die gleichen Angriffs- und Verteidigungsmittel zu. Durch abstrakte Regelungen hinsichtlich dieser Mittel wurde Bezug (nur) auf das prozessuale Verhältnis der Parteien genommen. Abstrahiert wurde also von den außerprozessualen Verhältnissen der Parteien.²³¹ Ob die eine Partei die Andere arglistig getäuscht hatte, war für ihre prozessuale Stellung ebenso irrelevant, wie ob

²²⁶ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 45; *Baur*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 168 ff. Ausnahme hiervon war allerdings das sog. Armenrecht (§§ 106 ff. CPO 1879), der Vorläufer der heutigen Prozesskostenhilfe.

²²⁷ Freilich sieht *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 506 ein solches in der Abkehr von den strengen Beweisregeln und der Einführung einer freien Beweiswürdigung.

²²⁸ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 45.

²²⁹ *Bötticher*, Die Gleichheit vor dem Richter.

²³⁰ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 144 ff.; *Brüggemann*, Judex statutor und judex investigator, S. 174 ff.; *Schönfeld*, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten, S. 144 f.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 258 ff.; *Heinze*, EuZW 2011, 947, 950.

²³¹ Vgl. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 45.

der Staatssekretär des Reichsjustizamts oder ein Industriearbeiter Parteien des Prozesses waren.

Die so erreichte Gleichstellung der Parteien war indes (nur) eine rechtliche, keine faktische.²³² Auch hier wird schließlich deutlich, dass die CPO 1879 eine formale Prozessordnung – wiederum sowohl im sprachlichen, als auch im Sinne *Webers* – war. Die Gleichstellung der Parteien ist nur der Form nach im Prozess vorhanden; dass sie in der Wirklichkeit etwa aufgrund sozialer Ungleichheiten womöglich nicht existiert,²³³ blendete die CPO 1879 bewusst aus. Es wurde – ganz im Sinne *Webers* – kein Bezug auf das Außer(prozess-)rechtliche genommen, um zu determinieren, welche Rechte und Pflichten die Prozessbeteiligten haben. Allein ihre Stellung als Kläger und Beklagter bestimmte, was die Parteien darzulegen und zu beweisen hatten. Allein der Streitwert und bestimmte, nicht individualisierende Merkmale des Beklagten bzw. des der Klage zugrundeliegenden Sachverhalts bestimmten das zuständige Gericht.²³⁴ Eine Verbindung zur „sozialen Realität“²³⁵ wurde nicht hergestellt, das (Prozess-)Recht blieb ein in sich geschlossenes – formales – System.

(2) Sonstige mögliche außer(prozess-)rechtliche Bezüge

Zudem wurde die Richtermacht durch den Dispositionsgrundsatz²³⁶ soweit wie möglich zurückgefahren. Der Prozess wurde als Privatangelegenheit der Parteien gesehen, die diesen jederzeit beginnen, aber auch beenden können sollen.²³⁷ Das Gericht sollte nicht dazu berufen sein, zu entscheiden, obwohl die Parteien eines Rechtsstreits dies nicht wollen – selbst wenn es das aus Gründen, die außerhalb des Prozessrechts liegen, möglicherweise für geboten erachtet. Ein denkbarer Fall wäre etwa, dass eine Partei die andere durch sozialen Druck oder (strafrechtlich nicht relevante) „Tricks“ dazu bringt, die Klage

²³² Baur, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 167.

²³³ Siehe schon Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, S. 17 f.

²³⁴ Etwa Wohnsitz (§ 13 CPO 1879) oder Handlungsort bei unerlaubten Handlungen (§ 32 CPO 1879).

²³⁵ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 45.

²³⁶ Siehe hierzu (aus heutiger Sicht) umfassend und mit zahlreichen Nachweisen Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 161 ff. Aber auch schon Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 261 ff., 288 ff.; Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 404 f., 408 ff.

²³⁷ Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 288: „Als leitendes Prinzip für die Thätigkeit der Parteien im Civilprozeß [...] läßt sich der Satz aufstellen, daß die Streitsache selbst als ein Privatrechtsverhältnis für den Staat ohne Interesse ist, daß mithin den Parteien überlassen bleiben muß, ob sie den Prozeß beginnen, ob sie ihn fortsetzen, ob sie von den ihnen durch das Prozeßrecht eröffneten Möglichkeiten Gebrauch machen, ob und welches Material sie der richterlichen Kognition unterbreiten wollen.“

trotz guter Erfolgsaussichten zurück zu nehmen. An diese Rücknahme war das Gericht gebunden, selbst wenn es der Klage eigentlich stattgeben wollte und erkannte, dass die Klage aus Gründen, die außerhalb des Prozessrechts liegen, zurückgenommen wurde.²³⁸ Auch wenn ein Anspruchsinhaber die Geltendmachung seines subjektiven Rechts aus Kostengründen, Unerfahrenheit oder Angst scheute, wurde das Gericht nicht von sich aus tätig. Es war durch die Vorschrift des § 230 CPO 1879 gebunden, wonach eine Klage nur durch Zustellung eines Schriftsatzes erhoben werden konnte. Schließlich durfte das Gericht auch nicht aus Gründen der Arbeitsvermeidung einen mit seiner Klage offensichtlich aussichtslosen Kläger zur Rücknahme seiner Klage zwingen. Es stand einem Kläger offen, auch ersichtlich aussichtslose Prozesse zu führen. Die Parteien konnten durch Anerkenntnis und Verzicht sogar ein Sachurteil herbeiführen, ohne dass das Gericht dessen Übereinstimmung mit der wirklichen Sach- und Rechtslage überprüfen konnte oder durfte.²³⁹

Doch auch die Verhandlungsmaxime²⁴⁰ der CPO 1879 ist Ausdruck dieser formalen Prozessrechtsordnung. Sie schuf durch das Erfordernis, dass die Parteien alle entscheidungserheblichen Tatsachen selbst darzulegen und zu beweisen haben, eine Art „innerprozessuale Wahrheit“.²⁴¹ Die CPO 1879 sah keine (inhaltliche) Wahrheitspflicht der Parteien vor, die Parteien hatten sich nur „über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.“²⁴² An einen übereinstimmenden Vortrag der Parteien, der auch vorliegt, wenn eine Partei etwas nicht vorträgt oder nicht bestreitet, was eigentlich zu ihren Gunsten zu berücksichtigen wäre, war das Gericht gebunden.²⁴³ Die Befugnisse zur amtswegigen Beweiserhebung waren jedoch teilweise schon vorhanden, siehe §§ 132, 133 Abs. 1, 134, 135 Abs. 1 CPO 1879. Dies spielte aber nur eine

²³⁸ Arg. § 243 CPO.

²³⁹ Möller, JA 2010, 47, 48; Cahn, AcP 198 (1998), 35, 36, der sich jedoch kritisch hinsichtlich solcher Möglichkeiten äußert, wenn zwingendes materielles Recht durch einverständliches Parteihandeln umgangen wird.

²⁴⁰ Hierzu (aus heutiger Sicht) umfassend und mit zahlreichen Nachweisen Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 175 ff.; aber auch schon Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 288 ff.

²⁴¹ Vgl. oben. Kapitel 2, E. III. 2. a) bb); Kapitel 2, E. III. 2 b) ee).

²⁴² § 129 CPO. § 138 ZPO wurde erst 1933 eingefügt, RGBl. 1933 I, S. 780. Das Problemfeld der Wahrheitspflicht im Zivilprozess kann an dieser Stelle nicht umfassend dargestellt werden. Siehe daher nur Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 111 ff.; Kern, in: Stein/Jonas ZPO, § 138 Rn. 1 ff. Olzen, ZZP 98 (1985), 403, 413 ff. weist darauf hin, dass aus den Materialien zur CPO von 1879 nicht zu klären ist, weshalb auf eine Norm verzichtet wurde, die eine Wahrheitspflicht der Parteien statuierte.

²⁴³ Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), vor § 128 Rn. 153 f.; Brüggemann, Judex statutor und judex investigator, S. 118 ff.; Cahn, AcP 198 (1998), 35, 36; Bettermann, ZZP 91 (1978), 365, 390 (alle zum heutigen Recht).

untergeordnete Rolle.²⁴⁴ Zudem konnte auch bei verschiedenem Parteivortrag die Beweisaufnahme etwas als Tatbestand ergeben, was nicht dem tatsächlichen Sachverhalt entsprach – etwa, weil es einer Partei nicht gelang, das Vorliegen einer entscheidungserheblichen Tatsache vollumfänglich zu beweisen. Das, was der Zivilprozess von 1879 als für den Prozess wahren Sachverhalt, der dem Urteil zugrunde zu legen ist, ergab, ist folglich nur entweder das, was von den Parteien übereinstimmend vorgetragen wurde, oder das, was mit den Mitteln des Beweisrechts zu ermitteln war. Die so ermittelte Wahrheit ermöglichte eine Entscheidungsfindung, ohne sich jederzeit die Frage stellen zu müssen, ob sie auch „wirklich“ und „inhaltlich“ wahr ist.²⁴⁵ Der Wahrheitsbegriff der CPO 1879 ist mithin im sprachlichen wie im Sinne *Webers* formal. Die im Zivilprozess von 1879 ermittelte Wahrheit ist nur der Form nach vorhanden, sie hat keine (bzw. nicht zwingend eine) Entsprechung in der Wirklichkeit. Insgesamt sollte dieser Aspekt jedoch nicht überbewertet werden. Allein an der Befugnis zur amtswegigen Beweiserhebung sollte eine Einteilung als formales oder materiales System nicht aufgehängt werden.²⁴⁶

(3) Zusammenfassung

Nach dem gerade Gesagten erscheint also auch die konkrete Ausgestaltung der CPO 1879 als formal im Sinne *Max Webers*. Dies gilt sowohl für die Stellung der Parteien, als auch für andere außerprozessrechtliche Einflüsse.

bb) Anwendung der Kriterien nach *Summers* auf die CPO 1879

Wird dieses Ergebnis durch die Kriterien von *Summers* bestätigt? Zur Erinnerung, diese waren: *Criteria of Validity, Legal Precepts, Methods of Interpretation and Application, Judicial Power to Modify Law Being Applied* und *Fact-finding Processes*.

²⁴⁴ Vgl. *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band I, S. 475 ff. (§§ 132 ff.), der ausdrücklich erklärt, dass die entsprechenden Befugnisse der Aufklärung des tatsächlichen Sachverhalts dienen können. Insgesamt spielten sie aber im Prozess eine untergeordnete Rolle, hierzu *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 292, 298 ff., der die Tätigkeiten des Gerichts beschreibt und die amtswegige Beweiserhebung quasi nicht erwähnt.

²⁴⁵ *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 144; sowie *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), vor § 128 Rn. 152 weisen zurecht darauf hin, dass bei jeder Art der Wahrheitsfindung im Prozess eine nur relative, auf den jeweiligen Prozessstoff bezogene Wahrheit ermittelt wird. Dies ist im Fall einer Prozessrechtsordnung, die der Verhandlungsmaxime folgt, jedoch besonders ausgeprägt der Fall. Kritisch zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Wahrheit *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 181.

²⁴⁶ Siehe dazu auch unten Kapitel 5, B. III.

(1) Criteria of Validity

Auch nach den *Criteria of Validity* ist die CPO 1879 formal. Die Verfassung des deutschen Reichs von 1871 setzte keine inhaltlichen Vorgaben an Gesetze; Grundrechte oder Ähnliches waren nicht enthalten.²⁴⁷ Vielmehr war lediglich erforderlich, dass die Gesetze vom korrekten Normgeber – Bundesrat und Reichstag²⁴⁸ – gesetzt wurden.

(2) Legal Precepts

Betrachtet man das gesamte Normensystem der CPO 1879, so erscheint sie im Rahmen dieses Kriteriums der *Legal Precepts* zwar nicht eindeutig zuordenbar, aber doch eher formal. Dies gilt, obwohl das Kriterium besser zur Klassifizierung materiellen Rechts geeignet ist, weil die Regelungstechniken „enger Tatbestand – vorbestimmte Rechtsfolge“ bzw. „unbestimmter Rechtsbegriff – Ermessen“ typischerweise dort Verwendung finden. Dennoch lassen sich einige Anhaltspunkte finden.

Ein Beispiel für eine geschlossene Normstruktur ist etwa das allgemeine Recht der örtlichen Zuständigkeit der §§ 12 f. CPO 1879: „Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig [...]. Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.“ Hier prüft der Richter lediglich, ob der Tatbestand vorliegt, und bestimmt danach, ob das Gericht örtlich zuständig ist oder nicht. Ähnlich ist es bei der Frage nach der gewillkürten (örtlichen) Zuständigkeit durch Gerichtsstandsvereinbarungen nach §§ 38 ff. CPO 1879.²⁴⁹ Auch hier prüfte das Gericht nur das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung, bei deren Bejahung war es zwingend zuständig.

Zuzugeben ist allerdings, dass etwa das Recht der Beweiswürdigung eher offen gestaltet war. Hier war das Gericht nach § 259 CPO 1879 frei darin, welches Gewicht es einzelnen Beweismitteln zuwies, und nicht an feste Beweisregeln gebunden.²⁵⁰ Insgesamt ergibt sich so ein geteiltes Bild hinsicht-

²⁴⁷ Vgl. aber Artt. 3 Abs. 1, 2, 6, 76 Verfassung des deutschen Reichs von 1871.

²⁴⁸ Art. 5 Verfassung des deutschen Reichs von 1871.

²⁴⁹ § 38: Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig. § 39: Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. § 40: Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht. Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

²⁵⁰ § 259: Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

lich der Normenstruktur der CPO. Das bisher gefundene Ergebnis der CPO 1879 als formale Rechtsordnung zu erschüttern, vermag das zweite Kriterium *Summers'* jedoch nicht.

(3) *Methods of Interpretation and Application*

Hinsichtlich der Rechtsfindung innerhalb des Zivilprozessrechts Ende des 19. Jahrhunderts lassen sich keine wesentlichen Unterschiede zur Methodik des materiellen Rechts dieser Zeit erkennen.²⁵¹ Es herrschte dort wie im Zivilrecht wesentlich die auf *Savigny* zurückgehende²⁵² begrifflich-konstruktive Methode vor, die auch häufig – etwas abfällig – als „Begriffsjurisprudenz“ bezeichnet wird.²⁵³ Diese stellt als Folge des Rechtspositivismus – in aller Einfachheit – vor allem unter Anwendung der Gesetze der Logik auf den Wortsinn der verwendeten Begriffe ab.²⁵⁴ Gewohnheitsrecht ist ihr genauso fremd wie die Frage nach dem Sinn hinter einer Rechtsnorm.²⁵⁵ Für *Summers* wäre die CPO 1879 mit ihrer begrifflich-konstruktiven Methode also auch nach seinem Kriterium „*Methods of Interpretation and Application*“ als formale (Prozess-) Rechtsordnung zu qualifizieren.

(4) *Judicial Power to Modify Law Being Applied*

Das Kriterium der *Judicial Power to Modify Law Being Applied* ist die logische Fortsetzung des soeben Beschriebenen, nachdem ein Richter in einem materialen Rechtssystem unbestimmte Rechtsbegriffe mit Inhalt füllen und die Rechtsfolge mit Ermessen festlegen darf. Im Wege der Rechtsfortbildung wird nun nicht bestehendes Recht mit Inhalt gefüllt, sondern „neues Recht“ geschaffen, das bisher im Gesetz nicht vorgesehen war.²⁵⁶ Die Rechtsfortbildung ist also ein „Mehr“ zur Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und zur Ermessensausübung. Daher überrascht es auch nicht, dass das Ergebnis der

In dem Urteile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

²⁵¹ *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einleitung Rn. 53.

²⁵² *Von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts – Band 8, S. 514 ff. zum „Daseyn des Rechts“.

²⁵³ Vgl. *Baur*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159; *Basedow*, *RebelsZ* 80 (2016), 237, 240; *Gilles*, *JuS* 1981, 402, 403 f.; *Henckel*, *Prozeßrecht und materielles Recht*, S. 118 f.; *ders.*, *Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen*, S. 12 f.; *von Hippel*, *ZZP* 65 (1952), 424, 462 mit Fn. 8; *Hoffmann*, *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 24, 202; *Stürner*, *ZZP* 127 (2014), 271, 281; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einleitung Rn. 54.

²⁵⁴ Vgl. etwa *Fikentscher*, *Methoden des Rechts* Band III, S. 88.

²⁵⁵ Vgl. auch unter Verweis auf *von Jhering*: *von Hippel*, *ZZP* 65 (1952), 424, 462, mit Fn. 8. Siehe auch *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einleitung Rn. 55.

²⁵⁶ Vgl. auch *Calliess*, *Prozedurales Recht*, S. 21 f.

Untersuchung der CPO 1879 nach diesem Kriterium nicht anders lauten kann als nach jenem. Im Gegenteil – wenn schon die Macht des Richters hinsichtlich der Anwendung des Rechts beschränkt ist, dann erst recht hinsichtlich der Schaffung neuen Rechts außerhalb des Gesetzes.²⁵⁷ Daher ist die CPO 1879 auch unter diesem Kriterium als formale Rechtsordnung zu erkennen.

(5) *Fact-finding Processes*

Hier kann nahezu komplett auf die Ausführungen zum formalen Recht im Sinne *Max Webers* verwiesen werden. Die Tatsachenermittlung im Prozess unter der CPO 1879 war durch den Beibringungsgrundsatz (bzw. die Verhandlungsmaxime) geprägt und das Beweisergebnis ebenfalls der Disposition der Parteien unterworfen.²⁵⁸ Von einem *inquisitorial mode of fact finding* war das Verfahrensrecht der CPO 1879 nicht geprägt.²⁵⁹ Allerdings wurde – anders als von *Summers* zum US-amerikanischen Recht beschrieben²⁶⁰ – die Beweiswürdigung Gerichten und nicht Laienjurys überlassen. Dies ist nach *Summers* eher ein Zeichen für eine materiale Rechtsordnung. Insgesamt dürften aber aus heutiger Sicht auch die Fact-Finding-Processes als eher formal zu bewerten sein.

(6) *Ergebnis*

Nach allen Kriterien, die *Summers* zur Unterscheidung zwischen formal und material heranzieht, lässt sich die CPO 1879 als formal bezeichnen. Lediglich hinsichtlich der Normenstruktur und der nur von untergeordneter Bedeutung existierenden Vorschriften zur amtswegigen Beweiserhebung können an einigen Stellen materiale Tendenzen erkannt werden. Insgesamt bestätigt die Untersuchung nach *Summers* damit die bereits anhand des sprachlichen Hintergrunds und der Terminologie *Webers* gefundene Erkenntnis. Die CPO 1879 war auch hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung eine formale Prozessrechtsordnung.

c) *Zusammenfassung*

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die CPO 1879 eine formale Prozessrechtsordnung war. Sie war einerseits ein Prozessrechtssystem des *conflict-solving type*, dessen grundsätzliche Intention die Durchsetzung und Feststellung der subjektiven Rechte der Parteien durch eine staatliche Institu-

²⁵⁷ Vgl. *Basedow*, *RabelsZ* 80 (2016), 237, 240 unter Verweis auf *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band I, S. 60.

²⁵⁸ Siehe oben Kapitel 2, E. V. 2. b) aa) (1).

²⁵⁹ Vgl. wiederum die umfassenden Ausführungen bei *Hellmann*, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch*, S. 288 ff.

²⁶⁰ *Summers*, *Rechtstheorie* 1992, 27, 32.

tion war. Sie zielte andererseits auf die Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit der Ergebnisse ab. Dies erreichte sie, indem sie Außer(prozess-)rechtliches, insbesondere die Machtverhältnisse der Parteien, weitgehend ausblendete, sich eine innerprozessuale Wahrheit schuf und das Spannungsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht zugunsten der Parteien auflöste.

3. Formale CPO 1879 als Folge des liberalen Weltbilds

Oftmals wird die CPO 1879 auch als „liberal“ oder Ausdruck des „Liberalismus“ bezeichnet.²⁶¹ Wie oben schon gezeigt, ist Liberalismus eine Ursache, eine formale Rechtsordnung eine mögliche Wirkung.²⁶²

Auch wenn hier nicht im Detail auf die politikwissenschaftlichen Konstrukte von Liberalismus und Sozialismus eingegangen wird, herrscht weitgehende Einigkeit darin, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der CPO 1879 eine liberale Weltanschauung herrschend war.²⁶³ Freiheit und Gleichheit aller Menschen als Gegenentwurf zu den überkommenen Strukturen des Absolutismus prägten die Gesellschaft. Das Menschenbild der damaligen Zeit orientierte sich stark am „mündigen“ Bürger, der seine Angelegenheiten in voller Eigenverantwortung und im marktwirtschaftlichen Dialog mit den anderen Bürgern selbstständig regelt.²⁶⁴ Ausdruck dieses Menschenbilds ist auf der einen Seite – wie oben dargestellt – die weitgehende Gewährung von Privatautonomie im Privatrecht.²⁶⁵ Folge derselben politischen Grundhaltung ist die dargestellte weitgehende Parteiautonomie in der CPO 1879 durch die Verhandlungs- und die Dispositionsmaxime. Die Privatautonomie wird durch diese Maximen in die Rechtsdurchsetzungsebene verlängert.²⁶⁶ Ausdruck dieser Grundhaltung ist

²⁶¹ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 16 ff.; *Brüggemann*, *Judex statutor* und *judex investigator*, S. 42 f., 47; *Gaier*, NJW 2013, 2871; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 145; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 72; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, S. 48 ff.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 23, Fn. 2; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 415 ff., insb. 423; *Schönfeld*, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten, S. 49, 62; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 809 f.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 27 ff., 32 ff.; *Baur*, JZ 1957, 193; *Bettermann*, ZZZ 91 (1978), 365, 368 und passim; *Brehm*, AnwBl 1983, 193, 194 ff.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 442 f.; *Meyer*, JR 2004, 1, und passim; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 149, 162; *Sprung*, ZZZ 92 (1979), 4, 6 f.

²⁶² Siehe oben Kapitel 2, B. III., sowie Kapitel 2, E. IV.

²⁶³ Siehe oben S. 51, Fn. 261.

²⁶⁴ Siehe umfassend, allerdings mit deutlich kritischem Unterton, zum Menschenbild des Liberalismus und des liberalen Rechtssystems, *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 13 ff.

²⁶⁵ Siehe Kapitel 2, B. III. und Kapitel 2, B. VI.

²⁶⁶ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 809; *Bettermann*, ZZZ 91 (1978), 365, 386; *Cahn*, AcP 198 (1998), 35, 39 f.; *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2872; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331;

aber auch, dass die CPO 1879 keine Schutzmaßnahmen zugunsten (vermeintlich) schwächerer Parteien traf – es wurden alle Bürger für gleich stark erachtet. Regelungstechnik zur Durchsetzung dieser Vorstellungen ist – wie gezeigt²⁶⁷ – das formale Recht im Sinne *Webers*.

4. Zusammenfassung

So zeigt sich insgesamt ein Stufenverhältnis.²⁶⁸ Die weltanschaulich-politische Grundhaltung einer Gesellschaft weckt Erwartungen an den Normgeber. Im späten 19. Jahrhundert war dies, ein (Prozess-)Recht zu schaffen, das die Ideale des Liberalismus umsetzt. Der Normgeber reagierte mit einem Prozessrecht, dessen grundsätzliches Ziel die Durchsetzung und Feststellung der subjektiven Rechte der Bürger durch eine staatliche Institution war. Er gestaltete es mit einer Regelungstechnik, die nahezu alles Außer(prozess)rechtliche außen vor ließ und ein in sich geschlossenes System schuf. So wurden Unterschiede zwischen den Personen ignoriert. Jene existierten für das Prozessrecht nur als gleichberechtigte, dem Gericht überlegene Parteien. Sie wurden formal gleich behandelt.

VI. (Scheinbarer) Konflikt zwischen verschiedenen Arten des Rechtsformalismus

Nach dem Gesagten scheint ein gewisser Konflikt möglich. Rechtsformalismus im Zivilverfahren könnte auch durch strengstmögliche prozessrechtliche Vorgaben und deren zwingende Einhaltung erreicht werden.²⁶⁹ Hier sind das Aktionensystem des römischen Rechts oder das englische *common law* bis 1875 Beispiele. Wer sich nicht penibel genau an die vorgegebenen Klagen und prozessrechtlichen Besonderheiten hielt, war unterlegen, unabhängig davon, ob er inhaltlich eigentlich hätte obsiegen müssen.²⁷⁰ Formal in diesem Sinne wäre also eine möglichst kleine Freiheit der Parteien in der Frage, wie das Verfahren ausgestaltet werden kann. Stattdessen sind gerade die große Freiheit der Parteien und wenige zwingende Vorgaben des Prozessrechts als „formal“ bezeichnet worden. Dies erscheint widersprüchlich. Zunächst einmal zeigt es aber noch einmal, dass eine „einfache“ Bewertung anhand der Kriterien formal/material kaum möglich ist, da in einem eher formalen System immer auch materiale Elemente vorkommen können und umgekehrt in einem

Leipold, JZ 1982, 441, 442. Selbstverständlich ist das BGB gut 20 Jahre jünger als die CPO 1879, doch die Arbeiten zum BGB begannen bereits deutlich vor dessen Inkrafttreten, siehe dazu ausführlich *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, S. 125 ff.

²⁶⁷ Siehe oben Kapitel 2, E. V. 2. b).

²⁶⁸ Vgl. das Stufenverhältnis im Privatrecht, dazu oben B. VI.

²⁶⁹ Vgl. auch die umfassende Untersuchung von *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55.

²⁷⁰ Hierzu ausführlich *Pollock/Maitland*, The history of English law, Vol. II, S. 556 ff.

eher materialen System formale Elemente.²⁷¹ Daneben bedeutet es aber auch, dass der Debatte um die Ausgestaltung des Prozessrechts eine weitere Komponente hinzugefügt wird. Dies liegt am Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht und deren Zusammenspiel.²⁷²

Das Aktionensystem des englischen *common law* war vor allem deshalb so formalistisch, weil keine Trennung zwischen Prozessrecht und materiellem Recht bestand.²⁷³ Aufgrund dieser fehlenden Trennung war ein formalistisches Prozesssystem direkte Folge des Verständnisses, wonach Rechte nur eingeklagt existieren sollten. Mit spezifisch prozessualen Fragen sollte sich nicht aufgehoben werden, weshalb ein sehr strenges System vorgegeben wurde.²⁷⁴ Erst mit der Anerkennung des Zivilprozessrechts als eigene Kategorie konnte die Frage, wann ein Prozessrechtssystem formal bzw. material ist, gestellt werden und konnten für das Prozessrecht eigene Antworten unabhängig vom materiellen Recht gefunden werden. Ein formales Prozessrechtssystem kann formalistisch sein, wie das Aktionensystem, muss es aber nicht.²⁷⁵ Entscheidend sind stets die soeben unter Kapitel 2, E. III. dargestellten Kriterien. Der Konflikt, der sich gezeigt hat, ist also nur ein scheinbarer.

VII. Ergebnis

Materialisierung des Zivilprozessrechts ist damit der Prozess der Abkehr von einem rein formalen Verständnis des Zivilprozessrechts hin zu einer Bezugnahme auf außer(prozess)rechtliche Elemente und Wertungen. Dies kann einerseits durch die Veränderung des grundlegenden Zwecks des Zivilprozessrechts hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts geschehen. Andererseits kann auch ohne Veränderung des grundlegenden Zwecks eine Entformalisierung stattfinden. Die Wandlungen in diesem Prozess können verschiedene Auslöser haben, so etwa die Bezugnahme auf materielles Recht, auf das Verfassungsrecht, richterliche Rechtssetzung oder richterliche Verfahrensleitung. Auslöser des Prozesses der Materialisierung können eine gewandelte weltanschauliche Grundhaltung, aber auch die Herausforderungen der (post-)modernen Wirtschaftsgesellschaft sein, die jeweils veränderte Erwartungen an das Prozessrecht stellen.

²⁷¹ Vgl. *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 71 ff., der hinsichtlich verschiedener Staats- und Rechtssysteme darauf hinweist, dass ein Idealbild eines solchen Systems in der Praxis nicht vorkommen wird.

²⁷² Vgl. nur *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 31 ff.

²⁷³ *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 48 ff.

²⁷⁴ Siehe mit Verweisen auf das englische Recht des 19. Jahrhunderts, *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 48 ff.

²⁷⁵ Ähnlich *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55, 91 ff. Siehe zum Privatrecht auch *Hager*, Strukturen des Privatrechts in Europa, S. 12.

Nachdem nun geklärt ist, was unter dem Begriff der Materialisierung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts zu verstehen ist, und auch festgestellt worden ist, dass sich Materialisierung unterschiedlich darstellen kann, wird nun untersucht werden, woher Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts stammen können und ob solche bereits zu beobachten sind. Wie ebenfalls bereits festgestellt, kann sich Materialisierung im Zivilprozessrecht auf verschiedene Arten äußern. Zu unterscheiden ist zweierlei. Einerseits ist zu untersuchen, *wie* sich solche Tendenzen äußern. Andererseits ist zu überprüfen, *wer* für Materialisierungstendenzen verantwortlich zeichnet. Hier kann zwischen Verfassung und europäischen Grundrechten (Kapitel 3), Gesetzgeber (Kapitel 4) und Richtern (Kapitel 5) unterschieden werden. Eine Trennung zwischen beiden Richtungen der Untersuchung erscheint zwar möglich, aber nicht zweckdienlich. Daher wird neben der Ursache möglicher Tendenzen direkt untersucht, ob sich denkbare Formen der Materialisierung in der Praxis bereits zeigen. Im Folgenden werden daher in verschiedenen Teilgebieten des Zivilprozessrechts unterschiedliche Entwicklungen untersucht und dabei Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts nachgespürt. Diese „detektivische“ Arbeit ist ein wesentlicher Schritt und einer der Kernbestandteile dieser Arbeit, bevor nach der Bewertung möglicher Materialisierung und der zukünftigen Entwicklung des Zivilprozessrechts gefragt werden kann.

Kapitel 3

Materialisierung durch die Verfassung und europäische Grund- und Menschenrechte

A. Einführung

Zunächst wird untersucht, ob und wie das Grundgesetz und europäische Grund- und Menschenrechte Einfluss auf das Zivilprozessrecht haben und, falls dies der Fall sein sollte, ob dieser Einfluss „Materialisierung“ im soeben dargestellten Sinne ist.¹ Wie bereits festgehalten, gab es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der CPO 1879 keine Verfassung, die Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte gewährt hätte.² Dies hat sich mit der Weimarer Reichsverfassung und später mit dem Grundgesetz geändert. Zudem werden Grund- und Menschenrechte auch auf europarechtlicher und völkervertraglicher Ebene durch die EU-Grundrechtecharta (GRCh) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet. All diese Gewährleistungen können Einfluss auf das Zivilprozessrecht haben.

B. Der Einfluss des Grundgesetzes

I. Einleitung

Zunächst sei das deutsche Verfassungsrecht und sein Einfluss auf das Zivilprozessrecht genannt. Dass das Zivilprozessrecht als öffentliches Recht unmittelbar unter dem Einfluss der Verfassung steht, wird kaum jemand bestreiten.³ Vielmehr ist gefragt, ob sich das Zivilprozessrecht durch den Einfluss der Verfassung *verändert* (hat). Wäre das Zivilprozessrecht schon in seiner ursprünglichen Fassung konform mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben, so

¹ Vgl. auch *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2871 f.; *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 f.; *Hess*, JZ 2005, 540; *Stürner*, NJW 1979, 2334; *ders.*, in: FS Baur, S.647; *ders.*, in: FS Baumgärtel, S. 545; *ders.*, ZJP 127 (2014), 271, 302 ff.; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 359, 366 ff.; *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Canaris 2007, S. 1243, 1244.

² Oben Kapitel 2, E. V. 2. b) bb) (1). Zutr. auch *Schumann*, in: FS BGH 2000, S. 3.

³ Statt aller *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 13 f. Siehe nun auch ausführlich *Roth*, ZJP 131 (2018), 3.

könnte man nicht von Materialisierung durch Verfassungsrecht sprechen, schließlich gäbe es keine Veränderungen im Zivilprozessrecht durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben. Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Zivilprozessrecht wird unter dem Gesichtspunkt der Materialisierung indes höchst unterschiedlich beurteilt. Während *Gilles* „eine Materialisierungstendenz, die in ihrer Tragweite über jene, die mit der Wiederanbindung des Zivilprozeßrechts an das materielle Privatrecht einherging, weit hinausreicht“⁴ erkennt, sieht *Roth* lediglich die „Selbstverständlichkeit“ des „Gebot[s] der verfassungskonformen Auslegung“.⁵ Doch wer hat Recht? Welche Vorgaben stellt das Verfassungsrecht an das Zivilprozessrecht?

II. Überblick

Einen guten Überblick zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben, der hier übernommen werden soll, bietet *Gilles*⁶:

- Art. 1 GG: Achtung und Schutz der Menschenwürde vor Gericht und im Prozess sowie Anerkennung der Beteiligten als Subjekte des Verfahrens;
- Art. 2 GG: Recht auf privatautonome Persönlichkeitsentfaltung auch vor Gericht und Garantie von Partizipationschancen im Prozess;
- Art. 3 GG: Recht auf Chancengleichheit beim Zugang zum Gericht und im Prozess, Anspruch auf kompensatorische Richteraktivitäten und rollenkongforme Gleichbehandlung im Verfahren;
- Art. 19 IV GG: Garantie eines lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt;
- Artt. 20, 28 GG: Anspruch auf einen rechts- und sozialstaatlichen Zivilrechtsschutz und auf einen fairen Prozess und Recht auf demokratische Legitimation und Kontrolle des Zivilrichters sowie Bindung des Zivilrichters an Gesetz und Recht;
- Art. 92 GG: Ausübung der Judikative allein durch Richter;
- Art. 95 GG: Garantie eines hierarchisch aufgebauten Zivilgerichtssystems und klarer Kompetenzabgrenzung;
- Art. 97 GG: Garantie richterlicher Unabhängigkeit, Neutralität und Gesetzesbindung;
- Art. 101 GG: Garantie des gesetzlichen im Voraus bestimmten Richters;
- Art. 103 GG: Anspruch auf rechtliches Gehör.

Bereits aus dieser kurzen, nicht abschließenden, Aufzählung wird deutlich, dass das Zivilprozessrecht in vielerlei Hinsicht Vorgaben aus der Verfassung unterliegt. Doch nicht alle Vorgaben sind für das Zivilprozessrecht von 1879

⁴ *Gilles*, JuS 1981, 402, 405.

⁵ *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 288.

⁶ *Gilles*, JuS 1981, 402, 405, der zurecht darauf hinweist, dass es sich eben auch nur um einen Überblick und nicht etwa eine abschließende Aufzählung handelt.

neu. Neu ist teilweise lediglich, dass die entsprechenden Regelungen nicht (nur) auf der Ebene des Prozessrechts festgehalten sind. Vielmehr werden sie der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen und auf die Ebene der Verfassung verlagert.⁷ Beispiele hierfür sind etwa die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG – § 1 GVG 1877) oder das hierarchisch aufgebaute Gerichtssystem mit einer Zugangsmöglichkeit zum obersten Gericht (Art. 95 GG – § 472 CPO 1879). Allerdings wurde durch das Grundgesetz und die dort angelegte Einführung des BVerfG die oberste Interpretationshoheit für das Zivilprozessrecht vom Reichsgericht bzw. BGH auf das BVerfG übertragen.⁸

III. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Dies führt zu einer umfangreichen verfassungsgerichtlichen Kasuistik auf diesem Gebiet.⁹ Diese ist einerseits zu trennen von der später zu behandelnden Materialisierung durch den Richter.¹⁰ Bei jener sind Veränderungen des Zivilprozessrechts durch die Rechtsauslegung sowie -anwendung und Prozessleitung der Richter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit gemeint. Hier soll es aber um die Rechtsprechung des BVerfG als wesentlicher Einflussfaktor für Verfassungsrecht auf das Zivilprozessrecht gehen. Dessen Entscheidungen besitzen teilweise Gesetzescharakter (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Jedenfalls aber binden sie die Zivilgerichte (§ 31 Abs. 1 BVerfGG). Andererseits ist der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Zivilprozessrecht auch zu trennen von der Möglichkeit einer Urteilsverfassungsbeschwerde, sofern verfassungswidrige Eingriffe durch materielles Recht verwirklicht wurden.¹¹ Hierunter fällt etwa die Rechtsprechung des BVerfG zu sittenwidrigen Bürgschaften,¹² aber auch der gesamte Problemkomplex zur (mittelbaren) Drittwirkung von Grundrechten.¹³ Dies soll jedoch an dieser Stelle nicht behandelt werden. Vielmehr wird der Einfluss der Entscheidungen des BVerfG auf das Verfahrensrecht als solches betrachtet.

Doch führt dieser Einfluss des BVerfG wirklich zu Veränderungen des Zivilprozessrechts? Ist die Rechtsprechung des BVerfG wirklich die „aktuellste

⁷ Roth, ZZZ 131 (2018), 3, 4 ff.; Schumann, in: FS BGH 2000, S. 3, 4 f.

⁸ Roth, ZZZ 131 (2018), 3, 4 ff.; Schumann, in: FS BGH 2000, S. 3, 4 f.

⁹ Vgl. auch Stürner, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 359, 366, der insbesondere auf zahlreiche Entscheidungen zu Artt. 19 Abs. 4, 101 und 103 GG hinweist.

¹⁰ Siehe unten Kapitel 5.

¹¹ Siehe zur Problematik des BVerfG als „Superrevisionsinstanz“, Kenntner, NJW 2005, 785. Dieser spricht deutlich an, dass jede Entscheidung eines Gerichts in Art. 2 I GG eingreift und damit theoretisch der Weg zum BVerfG gegen jede Entscheidung eröffnet wäre, fände man nicht weitergehende Einschränkungen.

¹² BVerfGE 89, 214.

¹³ Siehe hierzu die grundlegende „Lüth-Entscheidung“, BVerfGE 7, 198; zum Ganzen Honsell, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Rn. 187 ff.

Prozessrechtsgesetzgebung in der Bundesrepublik¹⁴? Und sind solche möglichen Veränderungen tatsächlich als Materialisierung zu klassifizieren? Dies gilt es – anhand einiger ausgewählter Entscheidungen – zu untersuchen.

1. Willkürkontrolle (Art. 3 Abs. 1 GG)

a) Einführung: Keine sachfremden Erwägungen

Das BVerfG beeinflusst das Zivilprozessrecht auf unterschiedliche Art und Weise. Zunächst misst es die Anwendung von Verfahrensrecht – ebenso wie die Anwendung von materiellem Recht – an Art. 3 Abs. 1 GG und nimmt eine Willkürkontrolle vor.¹⁵ Eine Entscheidung verstößt nach dem BVerfG dann gegen den Gleichheitssatz, wenn eine

„fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auch [sic!]¹⁶ sachfremden Erwägungen beruht.“¹⁷

Diese Formel ergibt sich aus dem dogmatischen Hintergrund des Gleichheitsgebots, nach dem Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll.¹⁸ Eine willkürlich getroffene Gerichtsentscheidung, also eine solche, bei der sachfremde Erwägungen berücksichtigt werden, behandelt potentiell gleich gelagerte Sachverhalte ungleich.

Zunächst klingt diese Erkenntnis nach einer in höchstem Maße formalen Betrachtungsweise. Sachfremde Erwägungen sollen aus dem Entscheidungsfindungsprozess herausgehalten werden, sodass die Ergebnisfindung vorhersehbar abläuft. Ein materiales Verständnis von Gleichheit wird hieraus jedoch dann, wenn mit dem Argument einer Willkürkontrolle Einzelfallgerechtigkeit erzielt werden soll:

„Der allgemeine Gleichheitssatz [...] gebietet Gleichheit der Rechtsanwendung durch den Richter im Interesse materialer Gerechtigkeit. Diese verfassungsrechtliche Verpflichtung gilt auch für die Handhabung des Verfahrensrechts.“¹⁹

Dieser scheinbare Kontrast wirft die Frage auf, worauf es dem BVerfG in seiner „Willkür“-Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht nun ankommt – Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit. Dass diese beiden Grundent-

¹⁴ Gilles, JuS 1981, 402, 405.

¹⁵ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 34, 325, 328; 42, 64, 74; 54, 117, 124 f.; zuletzt BVerfG NJW 2016, 3295, Rn. 9 ff.

¹⁶ Korrekt „auf“.

¹⁷ BVerfGE 42, 64, 74.

¹⁸ Nur Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.

¹⁹ BVerfGE 69, 248, 254.

scheidungen einer Rechtsordnung entgegengesetzte Pole einer Skala sind, dessen ist sich das BVerfG selbst bewusst.²⁰

b) Eher materiales Verständnis sachfremder Erwägungen

Einen ersten Anhaltspunkt hierzu bietet die Entscheidung des BVerfG vom 24.03.1976 zu Hinweispflichten des Rechtspflegers im Zwangsvollstreckungsverfahren.²¹ Das Gericht hatte über die Verfassungsbeschwerde einer (Mit-)Eigentümerin eines Grundstücks zu befinden, die im Zwangsversteigerungsverfahren einen in obszöner Weise zu niedrigen Erlös erhalten hatte.²² Dieses krasse Missverhältnis hätte – unstreitig – durch eine Frage des Rechtspflegers nach § 139 ZPO (i.d.F. v. 01.01.1964)²³ verhindert werden können. Eine solche unterblieb jedoch, worin die ordentlichen Gerichte keinen Grund sahen, die Zwangsversteigerung für rechtswidrig bzw. unwirksam zu erklären.²⁴ Vielmehr nahmen sie an, eine entsprechende Frage oder ein Hinweis des Rechtspflegers wäre nicht mit dessen richterlicher Unabhängigkeit vereinbar gewesen und hätte eine Besorgnis der Befangenheit begründet.²⁵ Das BVerfG sieht sowohl in der fehlenden Frage des Rechtspflegers als auch in den darauf folgenden Entscheidungen einen Verstoß gegen das Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.²⁶ Für die Entscheidungen ließen sich „keine Gründe finden, die vor den das Grundgesetz beherrschenden Gedanken bestehen könnten“²⁷. Die Anwendung des einfachen Rechts – in casu § 139 ZPO (i.d.F. v. 01.01.1964) – sei „nicht mehr verständlich“²⁸ und deshalb willkürlich.

²⁰ BVerfG, Kammerbeschl. v. 26.03.1999, 1 BvR 1431/90, juris Rn. 8 (zur Verfassungsmäßigkeit des § 13 GKG): „Zwar hätte ein solches System von Regelwerten den Vorteil größerer Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Gebührenhöhe. Solche Pauschalierungen gingen aber zwangsläufig auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit. Hier den richtigen Ausgleich zwischen den Geboten der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit zu finden, ist Aufgabe des Gesetzgebers.“

²¹ BVerfGE 42, 64.

²² BVerfGE 42, 64, 75: statt einem geschätzten Verkehrswert von ca. 60.000 DM erhielt sie durch den Zuschlag 150 DM.

²³ Ein solcher Fall würde wohl gegen in die inzwischen geänderte Fassung des § 139 ZPO, insb. gegen dessen Abs. 2 verstoßen. Zur Verdeutlichung der Argumentation des BVerfG taugt die hier besprochene Entscheidung dennoch, da die Argumentation unabhängig von der konkret entschiedenen Frage zu sehen ist.

²⁴ OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.07.1975, 12 W 76/75; LG Darmstadt Beschl. v. 28.04.1975, 5 T 220/75; AG Michelbach, Beschl. v. 23.01.1975, K 76/74 (sämtlich zitiert nach BVerfGE 42, 64, 65).

²⁵ OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.07.1975, 12 W 76/75; LG Darmstadt Beschl. v. 28.04.1975, 5 T 220/75; AG Michelbach, Beschl. v. 23.01.1975, K 76/74 (sämtlich zitiert nach BVerfGE 42, 64, 65).

²⁶ BVerfGE 42, 64, Leitsatz 1.

²⁷ BVerfGE 42, 64, 74 f.

²⁸ BVerfGE 42, 64, 76.

Interessant ist allerdings, woran das Gericht festmacht, welche Erwägungen „sachfremd“ im Sinne seiner Rechtsauffassung sind. Sachfremd sind hiernach nicht etwa Erwägungen, die Bezug auf Außerprozessrechtliches nehmen. Sachfremd sind gerade Erwägungen, die dies nicht tun:

„Die angegriffenen Entscheidungen haben nicht ausreichend berücksichtigt, daß der Rechtspfleger es unterlassen hat, vor Erteilung des Zuschlags die Bedeutung des Eigentums im sozialen Rechtsstaat und die Ausstrahlung des Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidender Grundsatznorm in angemessenem Umfang in seine Überlegungen einzubeziehen. Sie beruhen deshalb auf *in diesem Sinne* sachfremden Erwägungen.“²⁹

Auch die richterliche Unabhängigkeit könne nicht als Argument herangezogen werden, weshalb eine Frage oder ein Hinweis zulässigerweise unterblieben sei.³⁰ Die richterliche Unabhängigkeit sei kein wertneutrales Prinzip, sondern vielmehr auch an den Grundwerten der Verfassung orientiert.

„Auch in diesem Zusammenhang enthält das objektive Willkürverbot für den Richter das Gebot sachgerechter Entscheidung im Rahmen der Gesetze unter dem Blickpunkt materialer, wertorientierter Gerechtigkeit.“³¹

Das Gericht verfolgt hier also einen eindeutigen materialen Ansatz. Nicht die Frage, ob es prozessrechtlich geboten war, eine hinweisende Frage an die Beschwerdeführerin zu stellen, ist Grundlage bei der Bewertung, ob sachfremde Erwägungen angestellt wurden. Es ist die Frage, ob verfassungsrechtliche Erwägungen angestellt wurden. Hier wird also – im Sinne einer Materialisierung im oben dargestellten Sinne – Bezug auf außerprozessrechtliche Faktoren genommen.

c) Eher formales Verständnis sachfremder Erwägungen

Anders scheint dies bei verschiedenen anderen Entscheidungen des BVerfG zu willkürlicher Anwendung von Verfahrensrecht zu sein. In diesen werden nicht mit verfassungsrechtlichen Argumenten sachfremde Erwägungen festgestellt. Vielmehr betreffen diese Entscheidungen Fälle, in denen etwa – eine Berufung oder Revision in Verkennung eines Zulassungsgrunds nicht zugelassen wurde;³² – eine Abweichung von höchstrichterlicher Entscheidung nicht begründet wird und ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung nicht (ohne Weiteres) möglich ist,³³

²⁹ BVerfGE 42, 64, 76 (Hervorhebung vom Autor).

³⁰ BVerfGE 42, 64, 78.

³¹ BVerfGE 42, 64, 78.

³² BVerfGE 66, 331; BVerfG NJW 2001, 1125 (mit i. E. zust. Anmerkung *Piekenbrock*, NJW 2001, 2610); BVerfG DAR 2004, 514; BVerfGK 12, 298; BVerfG NJW 2016, 3295.

³³ BVerfG NJW 1995, 2911; BVerfG FamRZ 2003, 589; BVerfG, Beschl. v. 07.07.2014, 1 BvR 1063/14, BeckRS 2015, 44042.

- eine offensichtlich einschlägige Norm nicht beachtet oder eine offensichtlich nicht einschlägige Norm angewandt wurde;³⁴ oder
- andere besonders krasse Verstöße gegen das Verfahrensrecht begangen wurden.³⁵

Als letzte Entscheidung des BVerfG unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 1 GG – jedenfalls im Hinblick auf Willkürkontrolle – sei an dieser Stelle die Plenarentscheidung vom 11.06.1980 zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der §§ 546, 554b ZPO (i.d.F. v. 08.07.1975) genannt.³⁶ Diese steht in Argumentation und Begründung im Gegensatz zur oben besprochenen Entscheidung bezüglich der Zwangsvollstreckung. Der Entscheidung zugrunde liegt die Frage, ob die Revisionsgerichte die §§ 546, 554b ZPO (i.d.F. v. 08.07.1975) vor dem Hintergrund der Verfassung so auslegen können, dass sie eine Revision in Verfahren über vermögensrechtliche Ansprüche mit einem Streitwert über 40.000 DM und hohen Erfolgsaussichten wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung ablehnen können, um die Arbeitsbelastung zu reduzieren.³⁷ Das Plenum sieht vor dem Hintergrund des Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit, die es aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitet, eine solche Auslegung als willkürlich und damit verfassungswidrig.³⁸

Interessant ist dabei – wie gesagt – nicht das Ergebnis, sondern die Begründung, die das Plenum liefert. Es nimmt in dieser Entscheidung nicht Bezug auf die übliche Formel des BVerfG (s.o. S. 58 mit Fn. 17). Stattdessen unterstreicht es, dass, wenn der Gesetzgeber eine Möglichkeit eines Instanzenzugs ab einem gewissen Streitwert eröffnet, es nicht in die Disposition des Revisionsgerichts gestellt werden darf, ob es diesen im Einzelfall gewährt, je

³⁴ BVerfG AnwBl 1996, 643; BVerfG, Beschl. v. 18.04.2006, 1 BvR 2094/05, BeckRS 2010, 48116; BVerfG NJW 2010, 1870; BVerfG, Beschl. v. 08.11.2010, 1 BvR 1595/10, BeckRS 2010, 56285.

³⁵ Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 02.02.1993, 2 BvR 1241/92, BeckRS 1993, 08421 (willkürliche Behandlung unbestrittenen Klägervortrags als bestritten); BVerfG NJW 1997, 649 (willkürliche Verfahrenstrennung nach § 145 ZPO); BVerfG, Beschl. v. 06.04.1998, 1 BvR 2114/97, juris (willkürliches zweites Versäumnisurteil ohne nachvollziehbare Darlegung des Verschuldens der säumigen Partei); BVerfG NJW-RR 2009, 1141 (willkürliches Übergehen eines Parteivortrags); BVerfG NJW 2014, 291 (willkürliche Annahme eines Anerkenntnisses trotz Klageabweisungsantrag); BVerfG NJW 2014, 3213 (willkürliche Bejahung einer Haftung aus §§ 840 Abs. 2 Satz 2, 857 Abs. 1 ZPO).

³⁶ BVerfGE 54, 277.

³⁷ BVerfGE 54, 277, 279 f. Es geht also nur um Verfahren, auf die die folgenden Kriterien zutreffen: 1. Vermögensrechtliche Streitigkeit mit Streitwert > 40.000 DM, 2. Keine grundsätzliche Bedeutung, (3. Hohe Erfolgsaussichten). In Verfahren mit einem geringeren Streitwert muss die Revision nach § 546 Abs. 1 ZPO a.F. zugelassen werden. In Verfahren mit grundsätzlicher Bedeutung und Streitwert > 40.000 DM besteht nach § 554b ZPO a.F. keine Möglichkeit der Ablehnung durch das Revisionsgericht.

³⁸ BVerfGE 54, 277

nachdem ob die Arbeitsbelastung es ermöglicht.³⁹ Dieses Kriterium sei willkürlich, da es vom Zufall abhängt, ob ein Revisionskläger der eben genannten Kategorie eine zusätzliche Rechtsmittelinstanz erhält, oder nicht. Das Institut der Revision diene zwar auch der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und damit der Allgemeinheit. Wesentlicher Grund der Revision sei jedoch die Sicherung von „Einzelfallgerechtigkeit“.⁴⁰ Das Gericht meint hier ersichtlich eine Einzelfallgerechtigkeit durch ein „richtiges“ Urteil⁴¹, allerdings durch eine (nur?) „rechtlich richtige Einzelfallentscheidung“⁴². Mit scharfen Worten verwirft das Plenum daneben das Argument, es könne darauf abgestellt werden, ob es den Revisionskläger im Einzelfall nicht in unerträglicher Weise belastet, wenn seine eigentlich erfolgversprechende Revision abgelehnt werde.⁴³ Diese Auffassung könne vor Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr bestehen, weil dies bedeute, „daß vor dem Gesetz nicht mehr alle gleich wären, daß Recht nicht mehr ohne Ansehen der Person von den Gerichten zuteil würde“⁴⁴. Damit würde ein fundamentaler Wert der modernen Rechtsordnung aufgegeben, „[d]enn im Bereich des Normvollzugs ist die Gleichheit der Rechtsanwendung die Seele der Gerechtigkeit“⁴⁵. Einer Partei, die nach Betrachtung aller sozialen Tatbestände des materiellen Rechts Recht hat, dürfe dieses Recht nicht mit der Begründung verwehrt werden, sie könne dies aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation oder *sonstigen außerrechtlichen Gründen* ertragen.⁴⁶ Dieser Punkt scheint dem Gericht überaus wichtig zu sein, zitiert es doch sogar die Bibel (Levitikus 19, 15)⁴⁷, um ihn zu untermauern. Hier wendet sich das Plenum des BVerfG deutlich gegen die zivilprozessuale Benachteiligung wohlhabender Parteien und damit umgekehrt gegen die Bevorzugung weniger finanzstarker Parteien. Dies ist eine deutliche Absage des BVerfG an Bevorzungen oder Benachteiligungen von Parteien auf der Ebene des Zivilprozessrechts aufgrund außer(prozess-)rechtlicher Wertungen. Damit ergibt sich allerdings ein gewisser Widerspruch zur oben besprochenen Entscheidung, in der das BVerfG fordert, der Rechtspfleger hätte der „schwächeren“ Partei einen Hinweis erteilen müssen.

³⁹ BVerfGE 54, 277, 294 ff.

⁴⁰ BVerfGE 54, 277, 289 f., 294 f.

⁴¹ BVerfGE 54, 277, 294.

⁴² BVerfGE 54, 277, 290.

⁴³ BVerfGE 54, 277, 296.

⁴⁴ BVerfGE 54, 277, 296.

⁴⁵ BVerfGE 54, 277, 296.

⁴⁶ BVerfGE 54, 277, 296.

⁴⁷ Einheitsübersetzung 2016, abrufbar unter: <https://www.bibleserver.com/text/EU/3.Mose19> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019): „Ihr sollt beim Rechtsentscheid kein Unrecht begehen. Du sollst weder für einen Geringen noch für einen Großen Partei nehmen; gerecht sollst du deinen Mitbürger richten.“

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Zur Frage, ob in dieser Rechtsprechungslinie des BVerfG eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegt, lässt sich jedenfalls eine Verschiebung in Richtung des *policy-implementing* ausschließen. Eine erstrebte Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien durch das Zivilprozessrecht ist auch angesichts der unterschiedlichen Urteile keineswegs erkennbar. Und auch hinsichtlich einer Entformalisierung ohne grundlegende Verschiebung des Verfahrenszwecks fällt eine abschließende Beurteilung schwer. Einiges spricht dafür, dass das BVerfG ein zusätzliches *Criterion of Validity*⁴⁸ einführt. Entscheidungen dürfen nicht „willkürlich“ im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung sein. Die Rechtsprechung des BVerfG, welche Entscheidungen „willkürlich“ sind, ist allerdings zu uneinheitlich, um klar eine Tendenz zur Materialisierung feststellen zu können. Die Vermutung, dass sich das BVerfG schlicht „das letzte Wort“ in der Auslegung des Zivilprozessrechts vorbehalten möchte, liegt nicht völlig fern.⁴⁹

2. Rechtliches Gehör

a) Einführung

Die Willkürkontrolle gem. Art. 3 Abs. 1 GG ist jedoch nicht die einzige Möglichkeit, durch die das BVerfG womöglich Einfluss auf das Zivilprozessrecht nimmt. Es untersucht auch, ob den Parteien eines Rechtsstreits das von der Verfassung gebotene rechtliche Gehör gewährt wurde.

b) Pflicht zur Schaffung einer Gehörsrüge

In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Plenumsentscheidung vom 30.04.2003 hervorzuheben,⁵⁰ die ein großes Echo in der Literatur hervorgerufen hat.⁵¹ Das Plenum hatte zu entscheiden, ob es mit der Verfassung, insb. mit Art. 103 GG vereinbar ist, dass in Einzelfällen gegen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kein fachgerichtlicher Rechtsschutz besteht. Dies verneint das Gericht. Es folge aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, dass eine Möglichkeit besteht, eine Verletzung dieses Grundsatzes zu beheben.⁵² Im Regelfall war dies durch Rechtsmittel möglich, die die ZPO in der damals geltenden Fassung vorsah. Lediglich in Fällen, in denen gegen die

⁴⁸ Siehe oben Kapitel 2, E. III. 2. b) aa).

⁴⁹ Kritisch hierzu Roth, ZZZP 131 (2018), 3, 18 ff.

⁵⁰ BVerfGE 107, 395.

⁵¹ Vgl. nur *Gehb*, DRiZ 2005, 121; *Kroppenberg*, ZZZP 116 (2003), 421; *Meilicke*, DB 2003, 1573; *Rimmelspacher*, JZ 2003, 797; *Vollkommer*, EWiR 2004, 407; *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193 (jeweils m.w.N.); sowie monographisch im Anschluss an das BVerfG *Tavolari*, Das Recht auf Gehör und die Anhörungsrüge, insb. S. 55 ff.

⁵² BVerfGE 107, 396, 409.

Entscheidung des Fachgerichts kein (konkretes) Rechtsmittel mehr zur Verfügung stand, war zum Zeitpunkt des Plenumsbeschlusses (neben richterrechtlich entwickelten außerordentlichen Rechtsbehelfen) nur die Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör denkbar. Dies hat das Plenum als nicht mit der Verfassung vereinbar eingestuft.⁵³ Die Verfahrensordnung selbst müsse eine eigenständige gerichtliche Abhilfemöglichkeit bereithalten.⁵⁴ Das Gericht forderte den Gesetzgeber daher auf, einen positiv-rechtlich ausgestalteten Rechtsbehelf zu schaffen, mit dem Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör abgeholfen werden können.⁵⁵

c) Korrekte Anwendung der Präklusionsvorschriften

Ein weiterer Problemkomplex im Zusammenhang mit Art. 103 Abs. 1 GG, zu dem sich das BVerfG geäußert hat, ist die Frage nach der korrekten Anwendung von Präklusionsvorschriften.⁵⁶ Diese kollidieren fast zwingend mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Ist eine Prozesspartei mit einem Vorbringen verspätet, so wird sie mit diesem Vorbringen nicht mehr gehört.⁵⁷ Aus diesem Grund hat sich das BVerfG in einigen Entscheidungen mit dem Verhältnis von Verfahrensbeschleunigung und rechtlichem Gehör befasst.⁵⁸ Dabei hat es zunächst festgestellt, dass es nicht gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstößt, wenn eine Partei mit einem verspäteten Vorbringen präkludiert ist, obwohl diese Präklusion „zwangsläufig nachteilig für das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung“ sei.⁵⁹ Die Vorschrift des § 296 ZPO i.d.F. v. 03.12.1976 sei mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar.⁶⁰

Problematisch war für das Gericht nur, wie es mit einer fehlerhaften Anwendung der Präklusionsvorschriften vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 1 GG umgehen soll. Lange Zeit hat es bei jeder falschen Anwendung der Präklusionsvorschriften auch einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG angenommen.⁶¹ Erst mit einem Beschluss vom 29.04.1980 deutete sich ein Wandel in der Rechtsprechung an. Hier hatte das Gericht ausdrücklich offengelassen, unter welchen Voraussetzungen die fehlerhafte Anwendung der besagten

⁵³ BVerfGE 107, 396 (Entscheidungsformel).

⁵⁴ BVerfGE 107, 395, 410 f.

⁵⁵ BVerfGE 107, 395, 418. Der Gesetzgeber ist dieser Aufforderung mit § 321a ZPO (BGBl. I 2004, S. 3220) nachgekommen.

⁵⁶ Siehe hierzu überblicksartig nur *Baudewin/Wegner*, NJW 2014, 1479; *Lenz*, NJW 2013, 2551; *Roth*, ZJP 131 (2018), 3, 14.

⁵⁷ Vgl. nur *Prütting*, in: MüKoZPO, § 296 Rn. 1 ff.; Rn. 11 ff.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 28 Rn. 4 ff.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 25, 137; 36, 92; 51, 188; 54, 117; 55, 72; 75, 302; 81, 264.

⁵⁹ BVerfGE 55, 72, 94; 75, 302, 312.

⁶⁰ BVerfGE 54, 117, 123 ff. Ähnliche Vorschriften fanden sich bereits in §§ 251 ff. CPO 1879.

⁶¹ Vgl. etwa BVerfGE 36, 92, 99 f.; 51, 188, 191 f. sowie *Deubner*, NJW 1980, 1945.

Vorschriften gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstößt.⁶² In einem Beschluss vom 05.05.1987 schließlich hat das BVerfG entschieden, dass nicht jede fehlerhafte Anwendung von Präklusionsvorschriften Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.⁶³ Vielmehr sei auf die allgemeinen Regeln abzustellen, wonach das BVerfG fachgerichtliche Entscheidungen nur auf Verletzungen des Grundgesetzes untersucht.⁶⁴ Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG bei jeder falschen Präklusionsentscheidung sei daher nur denkbar, wenn man die zum Zeitpunkt der Entscheidung gültigen Vorschriften als äußerste Grenze des vor Art. 103 Abs. 1 GG Zulässigen erachte.⁶⁵ Es sei daher immer im Einzelfall zu prüfen, ob eine verfassungsrechtlich erforderliche Anhörung nicht stattgefunden hat.⁶⁶ Damit nimmt das BVerfG letztlich für die Vorschriften über verspätetes Vorbringen eine ähnliche Prüfung vor, wie für andere rechtsfehlerhafte Gerichtsurteile, auch wenn es wegen der Bedeutung von Art. 103 Abs. 1 GG einen strengeren Maßstab anzulegen scheint.⁶⁷

d) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Man könnte diese Entscheidungen als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts begreifen. Immerhin wird dem Gesetzgeber aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben aufgegeben, einen zusätzlichen Rechtsbehelf zu kodifizieren (b) bzw. mit verfassungsrechtlicher Argumentation die Anwendung von Präklusionsvorschriften überprüft (c). Allerdings ist der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zwar auf der Ebene der Verfassung verankert, er lag aber auch schon der CPO 1879 zugrunde.⁶⁸ Es wird daher keine neue, außerprozessrechtliche Sichtweise durch den Grundsatz oder die Entscheidungen des BVerfG eingeführt. Vielmehr verhilft das Gericht einem althergebrachten Grundsatz des Prozessrechts⁶⁹ zur besseren Geltung und vereinfachten Durchsetzung. Eine Tendenz zur Materialisierung ist durch diese Rechtsprechungslinie daher nicht erkennbar.

⁶² BVerfGE 54, 117, 124; bestätigt von BVerfGE 66, 260, 264; 69, 126, 136.

⁶³ BVerfGE 75, 302, Leitsatz 1 und 311 ff.

⁶⁴ BVerfGE 75, 302, 313.

⁶⁵ BVerfGE 75, 302, 314 f.

⁶⁶ BVerfGE 75, 302, 315. Seitdem st. Rspr., siehe nur BVerfG NJW-RR 1995, 1469; BVerfG, Beschl. v. 09.05.2003, 1 BvR 2190/00, BeckRS 2003, 16700; BVerfG NJW-RR 2010, 421; BVerfG, Beschl. v. 07.10.2016, 2 BvR 1313/16, BeckRS 2016, 53147.

⁶⁷ Ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 07.10.2016, 2 BvR 1313/16, BeckRS 2016, 53147 Rn. 9.

⁶⁸ Vgl. nur *Remmert*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 103 Rn. 8 f.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 29 Rn. 1; *Lüke*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 35. Siehe auch §§ 127 Abs. 3, 130, 203 Abs. 2, 258, 300 Nr. 3, 867 Nr. 4 CPO 1879.

⁶⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 15 ff. (insb. Rn. 17).

3. Prozesskostenhilfe

Das BVerfG nimmt allerdings nicht nur durch Willkürkontrolle und Durchsetzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Einfluss auf das Zivilprozessrecht. Auch zum Thema des Armenrechts und später zur Prozesskostenhilfe⁷⁰ besteht eine umfangreiche Kasuistik. Schon früh in seiner Rechtsprechung forderte das BVerfG „eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes“.⁷¹ Aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG, dem Sozialstaatsgebot gem. Art. 20 Abs. 1 GG, dem Rechtsstaatsgebot gem. Art. 20 Abs. 3 GG und dem Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG folge, dass erfolgversprechende Rechtsverfolgung nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, ob der Verfolgende sich die Verfolgung leisten könne.⁷² Der Staat müsse in erfolgversprechenden Verfahren ein Armenrecht bereithalten.⁷³ Dies sei jedoch nicht abstrakt und immer der Fall. Stattdessen müsse der Einzelfall geprüft werden:

„Die Verfahren können also nicht rein formal danach verglichen werden, ob sie das Armenrecht nach Art der Zivilprozeßordnung zulassen oder nicht; es kommt darauf an, wie sie in ihrer Gesamtkonstruktion auf den Rechtsschutz der Unbemittelten Rücksicht nehmen, ob sie ihnen in einer der Eigenart des Verfahrens angepaßten und hiernach ausreichenden Weise Zugang zum Gericht und sachgemäßen Vortrag ihrer Anliegen ermöglichen.“⁷⁴

Folglich hat das BVerfG wiederum zahlreiche Einzelfallentscheidungen getroffen, ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall *aus verfassungsrechtlichen Gründen* Prozesskostenhilfe zu gewähren ist bzw. zu gewähren gewesen wäre.⁷⁵ Hierzu hat das Gericht in der Tat eine gewisse Struktur in der

⁷⁰ Diese löste zum 01.01.1981 das Armenrecht ab (BGBl. 1980 I, S. 677 ff.)

⁷¹ BVerfGE 9, 124, Leitsatz 2.

⁷² Die einzelnen Senate und Kammern unterscheiden sich – offenbar auch je nach Besetzung – in der konkreten verfassungsrechtlichen Begründung dieser Rechtsprechung. Es wird jedoch stets eine Kombination der genannten Verfassungsnormen verwendet. Vgl. auch *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), vor § 114 Rn. 8, der zusätzlich noch die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG und die Rechtsweggarantie gem. Art. 19 Abs. 4 GG anspricht (m.w.N.).

⁷³ BVerfGE 9, 124, 129 ff. Seitdem (auch seit Einführung der Prozesskostenhilfe) st. Rspr., siehe nur BVerfGE 10, 264, 270; 22, 83, 87; 51, 295, 302; 81, 347, 356 f.; BVerfG, Beschl. v. 04.08.2016, 1 BvR 380/16, BeckRS 2016, 51427 Rn. 11.

⁷⁴ BVerfGE 9, 124, 131. Das Gericht befasste sich mit der Frage, ob auch im Sozialgerichtsprozess Armenhilfe zu gewähren ist.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 10, 264; 22, 83; 35, 348; 51, 295; 56, 139; 67, 245; 67, 251; 81, 347; BVerfG NJW 2016, 2560; BVerfG, Beschl. v. 04.08.2016, 1 BvR 380/16, BeckRS 2016, 51427. In BVerfGE 67, 251, Leitsatz 1 betont das Gericht ausdrücklich, dass ihm noch ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab zusteht.

Kasuistik entwickelt.⁷⁶ Im Wesentlichen lassen sich Strömungen erkennen, mit denen das BVerfG die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Versagung von Prozesskostenhilfe setzt.⁷⁷ Abstrakt überprüft das Gericht, ob die Fachgerichte den „Doppelmaßstab“⁷⁸ aus Rechtsanwendungsgleichheit⁷⁹ und effektivem Rechtsschutz⁸⁰ beachtet haben. Im Detail bedeutet das, dass das Instanzgericht im Prozesskostenhilfverfahren nicht durchentscheiden darf. Mithin darf es die Hauptsache nicht vorwegnehmen und weder schwierige Rechtsfragen entscheiden,⁸¹ noch einen komplexen Sachverhalt eigenständig würdigen⁸² oder von höchstrichterlicher Rechtsprechung abweichen.⁸³ Doch auch in der Aufklärung von Tatsachen, also einer antizipierten Beweisaufnahme, ist das Gericht, das über die Gewährung von Prozesskostenhilfe entscheidet, beschränkt. Nur wenn große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Antragsteller auch in der Hauptsache aus Beweisgründen unterliegen wird, darf das Gericht aus diesem Grund die Prozesskostenhilfe verweigern.⁸⁴

Hinsichtlich der Frage nach einer Tendenz zur Materialisierung durch diese Rechtsprechungslinie kann in den Entscheidungen jedenfalls keine Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts gesehen werden. Ziel der Rechtsprechung zur Prozesskostenhilfe ist gerade, den verfassungsmäßig gebotenen gerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen und nicht, materielle Wertungen und ordnungspolitische Leitlinien umzusetzen.

In Betracht kommt also nur die Möglichkeit einer Entformalisierung ohne Änderung des grundlegenden Ziels. Hier gilt es indes ebenfalls festzuhalten, dass bereits in der ursprünglichen Fassung der CPO 1879 die Vorschriften zum Armenrecht enthalten waren.⁸⁵ Die Institute des Armenrechts bzw. der Prozesskostenhilfe mögen zwar auf verfassungsrechtlichem Fundament stehen, dieses wurde aber erst nachträglich gegossen. Das BVerfG hat also die Prozesskostenhilfe nicht geschaffen oder gesetzgeberische Aktivitäten in diesem Bereich veranlasst. Inwiefern die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe selbst eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts dargestellt,

⁷⁶ Vgl. Zuck, NJW 2012, 37, mit Blick auf die praktischen Auswirkungen der BVerfG-Rechtsprechung.

⁷⁷ Diese arbeitet Zuck, NJW 2012, 37, 38 scharf heraus.

⁷⁸ Zuck, NJW 2012, 37, 38.

⁷⁹ BVerfGE 81, 347, 356 ff.

⁸⁰ BVerfG NJW 2000, 1936, 1937.

⁸¹ BVerfG NJW 2000, 1936, 1937; 2010, 1956, 1957.

⁸² BVerfG NJW-RR 2007, 649, Rn. 13 f.

⁸³ BVerfG NJW-RR 2011, 1043, Rn. 26 ff.

⁸⁴ BVerfG NJW 1997, 2745, 2746; BVerfG NJW-RR 2002, 1069, 1070; BVerfG NJW 2010, 1129, Rn. 18 ff.

⁸⁵ §§ 106 ff. CPO 1879.

wird an späterer Stelle erörtert.⁸⁶ Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hierzu stellt sich jedenfalls nicht als solche dar.

4. Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde

a) Einführung: BVerfG als Superrevisionsinstanz?

Schließlich nimmt das BVerfG allgemein durch die im Grundgesetz vorgesehene Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde Einfluss auf das Zivilprozessrecht. Zwar ist die Formel, wonach das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ sei, schon fast legendär. Sie besagt (in aller Kürze), dass das BVerfG fachgerichtliche Urteile nur auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten und nicht auf ihre anderweitige Richtigkeit untersucht.⁸⁷ Diese Feststellung wird jedoch dadurch ad absurdum geführt, dass jedes (Zivil-)Urteil einen Eingriff in das Grundrecht der unterlegenen Partei aus Art. 2 Abs. 1 GG darstellt.⁸⁸ Dadurch wäre – theoretisch – gegen jede „falsche“ (Zivil-)Gerichtsentscheidung der „Weg nach Karlsruhe“ eröffnet, scheint eine Grundrechtsverletzung aufgrund des Eingriffs doch möglich oder je nach Vortrag sogar schlüssig.⁸⁹ Glücklicherweise verwendet das BVerfG die selbst geschaffene Möglichkeit sparsam, indem es auf die „Heck’sche Formel“ abstellt, nach der nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde begründet.⁹⁰

b) Einfluss von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten

Doch selbst wenn man die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde, gestützt nur auf die allgemeine Handlungsfreiheit, ausklammert, hat das BVerfG durch Entscheidungen zu zahlreichen anderen Grundrechten das Zivilprozessrecht beeinflusst:

– Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 GG durch Versagung von Räumungsschutz wegen Suizidgefahr,⁹¹

⁸⁶ Siehe unten Kapitel 4, A. IV.

⁸⁷ Statt aller BVerfGE 107, 395, 414 (Plenum) sowie *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rn. 378; *Kenntner*, NJW 2005, 785 (jeweils m.w.N.).

⁸⁸ Zurecht kritisch daher auch *Kenntner*, NJW 2005, 785, der auf die „Elfes-Konstruktion“ des BVerfG hinweist (BVerfGE 6, 32, 36 ff.).

⁸⁹ Zum Erfordernis eines Vortrags des Beschwerdeführers, der eine Grundrechtsverletzung „zumindest möglich“ oder „schlüssig“ erscheinen lässt, siehe *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rn. 339 ff.

⁹⁰ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 18, 85, 92, nach dessen Berichterstatter Karl Heck die Formel benannt ist. Nur BVerfGE 19, 377, 390; 42, 143, 155; 96, 375, 390; BVerfG, Beschl. v. 02.12.2016, 1 BvR 2014/16, BeckRS 2016, 111170. Vgl. auch m.w.N. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rn. 316 ff.

⁹¹ BVerfG NZM 2005, 657; BVerfG NJW 2016, 3090.

- Nichtbeachtung der Gefahr eines Schlaganfalls im Verfahren über die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung kann gegen Art. 2 Abs. 2 GG verstoßen;⁹²
- die besondere Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG ist bei der Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen;⁹³
- durch Stattgabe einer Räumungsklage ohne Beachtung, dass die gegenständliche Wohnung den Lebensmittelpunkt einer Mutter und ihres minderjährigen Sohnes bildet, ist Art. 6 Abs. 1 GG verletzt;⁹⁴
- eine zu tiefe Festsetzung des Streitwerts kann in die Berufsfreiheit der Rechtsanwälte gem. Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen;⁹⁵
- eine Beschränkung der Postulationsfähigkeit der Rechtsanwälte durch das Erfordernis einer Zulassung beim Prozessgericht kann in deren Berufsfreiheit eingreifen;⁹⁶
- Art. 14 Abs. 1 GG gewährt einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zum Schutz des Eigentums;⁹⁷
- Schleuderpreise können einen Eingriff darstellen, aus Art. 14 GG folgt ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz auch im Zwangsvollstreckungsverfahren;⁹⁸
- eine Nichtbeachtung von Art. 14 Abs. 3 Satz 4 im Prozess kann zu einem Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG führen.⁹⁹

Durch diese (nicht abschließende) Aufzählung wird deutlich, dass das BVerfG und damit die Grundrechte der Verfassung einen deutlichen Einfluss auf das Zivilprozessrecht haben. Sie geben den Zivilgerichten vor, wie sie bestimmte Normen des Zivilprozessrechts auszulegen und anzuwenden haben – die rechtliche Möglichkeit hierzu gibt die Hierarchie der Normen und der Gerichte. Die Wertungen der oben dargestellten Grundrechte sind für das Prozessrecht neu in dem Sinne, dass sie der CPO 1879 nicht zugrunde lagen. Weder Eigentumsgarantie, noch Grundrecht auf Leben bzw. körperliche Unversehrtheit waren prägende Faktoren in einer formalen Prozessrechtsordnung.

⁹² BVerfG WM 2008, 740.

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 01.12.2005, 1 BvR 2/01, BeckRS 2005, 33611 Rn. 40.

⁹⁴ BVerfG NJW-RR 2007, 721 Rn. 20.

⁹⁵ BVerfG NJW 2005, 2980, 2980 f.; BVerfG, Beschl. v. 17.12.2008, 1 BvR 992/08, BeckRS 2009, 30635 Rn. 16.

⁹⁶ BVerfGE 93, 362, 369.

⁹⁷ BVerfGE 24, 367, 401; 35, 348, 361.

⁹⁸ BVerfGE 46, 325, 334; 49, 252, 257; 51, 150, 156, BVerfG NJW 2009, 1259; 2012, 2500.

⁹⁹ BVerfGE 35, 348, 360 f.

c) Einfluss durch Vorgaben zur Auslegung zivilprozessualer Normen

Einfluss nimmt das BVerfG jedoch selten¹⁰⁰ durch Nichtigkeitserklärungen, sondern meist durch Vorgaben hinsichtlich der Auslegung von offen formulierten Tatbeständen wie etwa § 765a Abs. 1 Satz 1 ZPO¹⁰¹. Dieser Tatbestand war allerdings auch nicht in der CPO 1879 enthalten, sondern 1953 aus dem kriegs- und krisenbedingten „Vollstreckungsnotrecht“ in die ZPO übernommen worden.¹⁰² Die Einführung von offenen Tatbeständen und Generalklauseln, die als Einfallstor für Grundrechte wirken,¹⁰³ soll jedoch an anderer Stelle behandelt werden.¹⁰⁴ Der Auslöser für dementsprechend mögliche Materialisierung ist folglich der Gesetzgeber und nicht das BVerfG.

Zudem gibt das BVerfG in einigen Entscheidungen auch Vorgaben dafür, wie ein Gericht mit weniger offen formulierten bzw. schon 1879 dem Gericht ein Ermessen einräumenden Rechtsnormen umgehen soll – sei es die Streitwertberechnung gem. §§ 3 ff. ZPO (§§ 3 ff. CPO 1879)¹⁰⁵ oder Vorschriften über den Ablauf des Zwangsvollstreckungsverfahrens wie etwa § 43 ZVG iVm §§ 869, 227 ZPO^{106, 107}.

d) Materialisierung durch den Einfluss von Grundrechten

Die Einflussnahme des BVerfG auf das Zivilprozessrecht im Wege der Verfassungsbeschwerde kann durchaus als Tendenz zur Materialisierung zu beurteilen sein. Indes liegt hierin keine Verschiebung in Richtung eines *policy-implementing type* des Prozessrechts. Zwar könnte man durchaus auf die Idee kommen, dass das BVerfG den Schutz von Grundrechten als (zusätzliche)

¹⁰⁰ Etwa in BVerfGE 93, 362.

¹⁰¹ „Auf Antrag des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise aufheben, untersagen oder einstweilen einstellen, wenn die Maßnahme unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist.“ Siehe nur BVerfG NZM 2005, 657; BVerfG WM 2008, 740; BVerfG NJW 2016, 3090.

¹⁰² Art. 1 Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 20.08.1953, BGBl. I, S. 952. Vgl. auch *Heßler*, in: MüKoZPO, § 765a Rn. 1 mit Fn. 1.

¹⁰³ Siehe zu Generalklauseln grundsätzlich *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit; speziell zu § 765a ZPO als Einfallstor für Grundrechte *Heßler*, in: MüKoZPO, § 765a Rn. 2 ff. m.w.N.

¹⁰⁴ Siehe unten Kapitel 4.

¹⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 01.12.2005, 1 BvR 2/01, BeckRS 2005, 33611 Rn. 40; BVerfG NJW 2005, 2980, 2980 f.; BVerfG, Beschl. v. 17.12.2008, 1 BvR 992/08, BeckRS 2009, 30635 Rn. 16.

¹⁰⁶ In der CPO 1879 noch nicht enthalten, da § 757 Abs. 1 CPO 1879 auf landesgesetzliche Regelungen verwies, allerdings entspricht der heutige § 43 ZVG weitgehend dem von 1896, RGBl. 1896, S. 97, 105.

¹⁰⁷ BVerfG NJW 2012, 2500; vgl. auch *Stumpe*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 43 ZVG Rn. 8 ff.

Intention des Zivilprozesses einführt. Allerdings sollen durch das Zivilprozessrecht gerade nicht ordnungspolitische Leitlinien im Sinne des *policy-implementing type* des Prozessrechts umgesetzt werden. Vielmehr dürfte es dem BVerfG darum gehen, dass im Rahmen der Durchsetzung subjektiver Rechte auch Grundrechte beachtet werden.¹⁰⁸

Allerdings könnte durchaus eine Entformalisierung auf tieferer Ebene vorliegen. Verfassungsrechtliche Wertungen, die nicht traditionell solche des Zivilprozessrechts sind, wirken auf das Zivilprozessrecht ein. Klassischerweise war es dem Zivilprozessrecht einerlei, ob die Gefahr eines Schlaganfalls oder eines Suizids im Räumungsprozess bestand¹⁰⁹ oder ob es sich im Rahmen der Streitwertfestsetzung um durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Äußerungen handelt.¹¹⁰ Indem dies nun im Zivilprozessrecht berücksichtigt werden muss, werden einerseits im Sinne *Webers* materiale Momente in das Zivilprozessrecht eingebracht, andererseits verändern sich im Sinne *Summers* die *Criteria of Validity* hin zu verfassungsrechtlichen Vorgaben.¹¹¹ Insofern kann durch die Rechtsprechung des BVerfG hier durchaus von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gesprochen werden, ohne dass jedoch eine Verschiebung in Richtung eines *policy-implementing type* des Prozessrechts vorliegt.

5. Zwischenergebnis

Damit zeigt sich insgesamt ein uneinheitliches Bild des Einflusses der Rechtsprechung des BVerfG auf das Zivilprozessrecht. Während ein Teil der Entscheidungen des BVerfG eine durchaus formale Sicht auf das Zivilprozessrecht einnimmt, zeigt sich in anderen Entscheidungen eine deutlich materiale Sichtweise. Dabei ist nicht eindeutig festzustellen, ob das Gericht insgesamt eher einen formalen oder einen materialen Ansatz verfolgt, auch wenn die Tendenz eher zu letzterem geht. Jedenfalls hinsichtlich des Einflusses der Grundrechte auf das Zivilprozessrecht, der im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, ist eine Tendenz zur Materialisierung aber erkennbar. Einerseits sind eine Fülle von Entscheidungen des BVerfG ergangen,¹¹² deren Einfluss nicht von der Hand zu weisen ist. Andererseits beeinflussen viele Entscheidungen das Zivilprozessrecht nicht im

¹⁰⁸ In diese Richtung deuten etwa die Formulierungen in BVerfGE 24, 367, 401; 35, 348, 361.

¹⁰⁹ Vgl. BVerfG NZM 2005, 657; BVerfG WM 2008, 740; BVerfG NJW 2016, 3090.

¹¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.12.2005, 1 BvR 2/01, BeckRS 2005, 33611 Rn. 40.

¹¹¹ Siehe zu diesen beiden Aspekten oben Kapitel 2, E. III. 2.

¹¹² Im Portal „juris“ finden sich (Stand 01.07.2018) ca. 5.100 Entscheidungen, die (zumindest mittelbar bzw. teilweise) das Zivilprozessrecht betreffen. Das sind gut 30% aller dort aufgeführten Entscheidungen des BVerfG.

Sinne einer Materialisierung, sondern argumentieren mit Wertungen, die dem Zivilprozessrecht bereits vor Geltung des Grundgesetzes eigen waren.

IV. Zwischenergebnis

Folglich liegt die Wahrheit – wie so oft – in der Mitte. Eine massive Tendenz zur Materialisierung lässt sich – entgegen *Gilles*¹¹³ – nicht feststellen. Die Entscheidungen des BVerfG und der Einfluss der Verfassung insgesamt sind jedoch zu groß, um als „Selbstverständlichkeit“¹¹⁴ abgetan zu werden. Damit lässt sich eine klare „Konstitutionalisierung“ des Zivilprozessrechts im Sinne einer großen Bedeutung der Verfassung für das Zivilprozessrecht, die ursprünglich so nicht vorhanden war, erkennen. Diese ist aber eben nicht gleichbedeutend mit einer Materialisierung des Zivilprozessrechts, sondern im Rahmen dieser Konstitutionalisierung ist zwischen Tendenzen zur Materialisierung und Festschreibung zivilprozessrechtlicher Grundsätze in der Verfassung zu unterscheiden.

C. Europäische Grund- und Menschenrechte

Doch nicht nur das Grundgesetz und das BVerfG üben Einfluss auf das Zivilprozessrecht aus. Auch die GRCh und der Europäische Gerichtshof (EuGH) sowie die EMRK und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) können entsprechenden Einfluss haben. Ob und inwiefern dies der Fall ist, gilt es zu untersuchen.¹¹⁵

I. Einfluss der Grundrechtecharta der EU

Zunächst soll untersucht werden, ob die GRCh und die darauf beruhende Rechtsprechung des EuGH Einfluss auf das deutsche Zivilprozessrecht haben, der womöglich Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts beinhaltet.

Hierbei ist zweierlei zu beachten. Zunächst ist die GRCh mit ihrem Inkrafttreten am 01.12.2009 (vgl. Art. 6 EUV iVm Art. 6 Abs. 2 des Lissabonner Vertrags¹¹⁶) ein vergleichsweise junger Rechtsakt, sodass sich die Kasuistik allein deshalb erwartungsgemäß in geringem Rahmen hält. Daneben existiert – anders als durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG normiert – keine Möglichkeit der

¹¹³ *Gilles*, JuS 1981, 402, 405.

¹¹⁴ *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 288.

¹¹⁵ Wiederum kann nur eine Auswahl der Einflussmöglichkeiten untersucht werden, die einen möglichst repräsentativen Eindruck gewähren soll.

¹¹⁶ ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 135.

„EU-Verfassungsbeschwerde“.¹¹⁷ Zu Fragen des Einflusses der GRCh auf das Zivilprozessrecht hat sich der EuGH folglich auch nur in Entscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV geäußert. Doch wurden – soweit ersichtlich – nur in drei Verfahren dem Gerichtshof ausdrücklich Fragen vorgelegt, die unmittelbar das Verhältnis von GRCh und Zivilprozessrecht betrafen.¹¹⁸ Allerdings hat der EuGH diese Fragen in einem der Verfahren mangels substantiierter Ausführungen in der Vorlageentscheidung nicht beantwortet.¹¹⁹ In einem anderen Fall befand der EuGH, dass Art. 47 GRCh einer nationalen Regelung (den §§ 185 ff. ZPO) nicht im Wege steht,¹²⁰ sodass auch hier kein Einfluss auf das Zivilprozessrecht durch die GRCh im Sinne einer Materialisierung auszumachen ist. Damit bleiben lediglich einige Urteile, in denen der EuGH über zivilprozessrechtliche Fragen im Rahmen von Normen des Sekundärrechts „in Verbindung mit“¹²¹ oder „im Licht“¹²² der GRCh zu befinden hatte bzw. die entsprechende Vorlagefrage, die eigentlich direkt auf die GRCh abzielte, entsprechend auslegte¹²³. Hier sieht der EuGH regelmäßig die Norm des Sekundärrechts als entscheidend an und verwendet die GRCh lediglich als unterstützende Argumentation. Aus diesem Grund wird die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH später beleuchtet.¹²⁴

II. Einfluss der EMRK

1. Einführung

Größer ist womöglich jedoch der Einfluss der EMRK auf das Zivilprozessrecht.¹²⁵ Diese hat als in nationales Recht transformierter völkerrechtlicher

¹¹⁷ Vgl. hierzu nur *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 263 Rn. 56; *Herrmann*, NVwZ 2011, 1352; *Mächtle*, JuS 2015, 28.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 15.03.2012, de Visser, C-292/10, EU:C:2012:142, Vorlagefrage 1 (Rn. 33); EuGH, Urt. v. 17.07.2014, Sánchez Morcillo/Abril García I, C-169/14, EU:C:2014:2099, Vorlagefrage 2 a.E. (Rn. 19); EuGH, Urt. v. 18.02.2016, Finanmadrid, C-49/14, EU:C:2016:98, Vorlagefragen 3 und 4 (Rn. 25).

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 18.02.2016, Finanmadrid, C-49/14, EU:C:2016:98, Rn. 57 f.

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 15.03.2012, de Visser, C-292/10, EU:C:2012:142, Rn. 43 ff. (insb. Rn. 59).

¹²¹ EuGH, Urt. v. 27.02.2014, Pohotovost, C-470/12, EU:C:2014:101, Vorlagefrage 1 (Rn. 19); EuGH, Urt. v. 16.07.2015, Sánchez Morcillo/Abril García II, C-539/14, EU:C:2015:508, Rn. 19.

¹²² EuGH, Urt. v. 10.09.2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, Vorlagefrage 1 (Rn. 30).

¹²³ EuGH, Urt. v. 17.07.2014, Sánchez Morcillo/Abril García I, C-169/14, EU:C:2014:2099, Rn. 21.

¹²⁴ Siehe unten Kapitel 5, A. II.

¹²⁵ Monographisch hierzu *Matthei*, Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGMR auf die ZPO. Außer Betracht an dieser Stelle bleibt der Einfluss der EMRK auf das Verständnis der prozessualen Waffengleichheit der Parteien. Dies wird an der relevanten Stelle im Rahmen

Vertrag im Grundsatz den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.¹²⁶ Blicke es hierbei, wäre der Einfluss auf das Zivilprozessrecht gering, da die EMRK wie jedes andere Bundesgesetz dem *lex-posterior*-Grundsatz unterworfen wäre. Das BVerfG nimmt jedoch an, dass die Staatsorgane das deutsche Recht konventionsfreundlich auszulegen haben.¹²⁷ Auch Entscheidungen des EGMR sind daher für die deutschen (Zivil-)Gerichte bindend.¹²⁸ Folglich haben die Gerichte die EMRK in ihren Entscheidungen zum Zivilprozessrecht zu beachten.

2. Verstöße des deutschen Prozessrechts gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK

Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Zivilprozessrecht war lange Zeit gering – schließlich bietet das Grundgesetz mit seinen umfangreichen Verfahrensgarantien bereits großen Schutz.¹²⁹ Allerdings befasst sich der EGMR in einigen Entscheidungen doch mit dem deutschen Zivilprozessrecht. In einigen Entscheidungen beschäftigte er sich zunächst mit der Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen Systems der Prozesskostenhilfe mit Art. 6 EMRK.¹³⁰ In all diesen Entscheidungen erklärte der EGMR jedoch das System für mit Art. 6 EMRK vereinbar.¹³¹ Wesentlicher Einfluss oder gar eine Tendenz zu Materialisierung lässt sich damit nicht erkennen.

Zu der Frage nach einer angemessen langen Verfahrensdauer hat sich der EGMR jedoch ebenfalls mehrfach geäußert.¹³² Art. 6 Abs. 1 EMRK gibt den

der kompensatorischen Prozessleitung betrachtet. Hierzu siehe unten Kapitel 5, D. I. 2. a), sowie Kapitel 5 D. II. 2. b).

¹²⁶ BGBl. 1952 II S. 685; Neubekanntmachung in BGBl. 2002 II S. 1054. Daneben nur BVerfGE 128, 326, 367; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Einleitung Rn. 18.

¹²⁷ Ständige Rechtsprechung: BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 316 ff.; 127, 132, 164; 128, 326, 368 ff.; 138, 296, 356.

¹²⁸ BVerfGE 111, 307, 316 ff

¹²⁹ *Matthei*, Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGMR auf die ZPO, S. 16 f.; *Heinze*, JZ 2011, 709, 713; *Hess*, JZ 2005, 540, 550.

¹³⁰ Etwa EGMR, Ent. v. 25.09.2007, 13301/05, *Bussmann/Deutschland* (Versagung von Prozesskostenhilfe bei mangelnder Erfolgsaussicht); EGMR, Urt. v. 08.12.2009, 54193/07, *Herma/Deutschland* (Versagung von Prozesskostenhilfe trotz kontroverser Rechtsfrage); EGMR, Urt. v. 22.03.2012, 19508/07, *Granos Organicos Nacionales S.A./Deutschland* (Versagung von Prozesskostenhilfe für eine peruanische juristische Person). Ursprünglich hatte der EGMR in der Entscheidung *Airey* entschieden, dass die Gewährung von Prozesskostenhilfe Bestandteil des Justizgewährungsanspruchs aus Art. 6 EMRK sein kann, EGMR, Urt. v. 09.10.1979, 5289/73, *Airey/Irland*, Rn. 24 ff.

¹³¹ EGMR, Ent. v. 25.09.2007, 13301/05, *Bussmann/Deutschland*, Rn. 39; EGMR, Urt. v. 08.12.2009, 54193/07, *Herma/Deutschland*, Rn. 78 ff.; EGMR, Urt. v. 22.03.2012, 19508/07, *Granos Organicos Nacionales S.A./Deutschland*, Rn. 45 ff.

¹³² Etwa EGMR, Urt. v. 21.10.2010, 43155/08, *Grumann/Deutschland*; EGMR, Urt. v. 29.03.1989, 11118/84, *Bock/Deutschland*.

Parteien eines Zivilprozesses das Recht einer Verhandlung binnen angemessener Frist (*hearing within a reasonable time*). Dieser Wortlaut wird weit dahingehend verstanden, dass nicht nur eine Verhandlung, sondern auch eine Entscheidung binnen angemessener Frist zu erfolgen hat.¹³³ Hier hat der EGMR entschieden, dass in deutschen Zivilverfahren für einen Arzthaftungsprozess, selbst bei kompliziertem Prozessstoff und zahlreichen Klageänderungen bzw. -erweiterungen, zwölf Jahre eine zu lange Verfahrensdauer seien.¹³⁴ Dasselbe gilt nach dem EGMR für über neun Jahre für ein Ehescheidungsverfahren,¹³⁵ über 17 Jahre für ein Verfahren in Mietsachen¹³⁶ sowie für über 18 Jahre für eine Verkehrsunfallsache.¹³⁷ Doch insbesondere mit einem Pilotverfahren gegen die Bundesrepublik hat der EGMR das Zivilprozessrecht beeinflusst.¹³⁸ In diesem hatte der Gerichtshof neben der überlangen Verfahrensdauer vor allem im Fehlen eines innerstaatlichen Rechtsbehelfs einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 EMRK gesehen und ein strukturelles Defizit festgestellt.¹³⁹

3. Schaffung einer Verzögerungsrüge und eines Entschädigungsanspruchs

Art. 13 EMRK erfordert für jedes durch die EMRK gewährte Recht eine innerstaatliche Beschwerde gegen eine Verletzung eines solchen Rechts. Dies hat der EGMR konsequenterweise für eine überlange Verfahrensdauer ebenso angenommen.¹⁴⁰ Durch die Feststellung eines strukturellen Defizits im Pilotverfahren hatte der Gesetzgeber nunmehr ein Jahr Zeit, einen innerstaatlichen, effektiven,¹⁴¹ Rechtsbehelf zu schaffen. Dies hat er mit dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011 getan.¹⁴² Durch dieses wird im Wesentlichen das GVG geändert, sodass dieses nun in § 198 Abs. 3 eine Verzögerungsrüge beim iudex a quo vorsieht. Daneben gibt § 198 Abs. 1, 2 GVG einen Entschädigungsanspruch nach durchgeführter Verzögerungsrüge in Höhe von regel-

¹³³ EGMR, Urt. v. 29.03.1989, 11118/84, Bock/Deutschland; Meyer-Ladewig/Harrendorf, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 6 Rn. 188 ff. (m.w.N.).

¹³⁴ EGMR, Urt. v. 21.10.2010, 43155/08, Grumann/Deutschland, Rn. 30.

¹³⁵ EGMR, Urt. v. 29.03.1989, 11118/84, Bock/Deutschland, Rn. 49.

¹³⁶ EGMR, Urt. v. 22.11.2011, 17019/08, von Koester/Deutschland, Rn. 33.

¹³⁷ EGMR, Urt. v. 30.03.2010, 54188/07, Volkmer/Deutschland, Rn. 43 f.

¹³⁸ EGMR, Urt. v. 02.09.2010, 46344/06, Rumpf/Deutschland; zuvor schon EGMR, Urt. v. 8.6.2006, 75529/01 (GK), Sürmeli/Deutschland, Rn. 103 ff.; siehe auch die Entscheidung des Ministerkomitees CM/ResDH(2013)244, „Rumpf and 70 other cases against Germany“ v. 05.12.2013.

¹³⁹ EGMR, Urt. v. 02.09.2010, 46344/06, Rumpf/Deutschland, Rn. 52.

¹⁴⁰ Zuerst in EGMR, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96 (GK), Kudła/Polen, Rn. 146 ff.

¹⁴¹ Siehe hierzu Meyer-Ladewig/Renger, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 13 Rn. 21 f.

¹⁴² BGBl. 2011 I, S. 2302.

mäßig 1.200 Euro pro Jahr. Mit dieser Regelung hat die Bundesrepublik nach Ansicht des Ministerkomitees die Vorgaben des EGMR ausreichend umgesetzt.¹⁴³ Damit stellt sich allerdings die Frage, ob diese Veränderung als Tendenz zur Materialisierung zu qualifizieren ist.

a) *Verschiebung zu einem policy-implementing type des Prozessrechts?*

Zunächst wäre denkbar, in der Schaffung des § 198 Abs. 1–3 GVG eine Verschiebung hin zu einem *policy-implementing* zu sehen. Schließlich wird durch die Verzögerungsrüge und insbesondere durch den Entschädigungsanspruch ein Anreiz für Private geschaffen, gegen ein Defizit allgemeiner Art – überlange Gerichtsverfahren – vorzugehen. Indes ist eine angestrebte Durchsetzung ordnungspolitischer Vorgaben *durch den Zivilprozess* nicht ersichtlich. Unabhängig davon, ob man den Anspruch aus § 198 Abs. 3 GVG als staathaftungsrechtlichen Anspruch *sui generis*, als Ausprägung des allgemeinen Aufopferungsgedankens oder als prozessrechtlich fundierte Risikohaftung begreift,¹⁴⁴ so handelt es sich doch um eine Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger. Diese Regelung knüpft zwar an einen konkreten Zivilprozess an. Allerdings entschädigt sie einen Bürger für staatliches Fehlverhalten¹⁴⁵ und ist in diesem Sinne ein *aliud* zur Durchsetzung ordnungspolitischer Interessen des *policy-implementing type* des Prozessrechts, das solche Interessen gegenüber dem Bürger und nicht gegenüber dem Staat durchsetzen soll.¹⁴⁶ Intention des Zivilprozesses selbst soll auch nach Einführung eines innerstaatlichen Rechtsbehelfs gegen einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 EMRK sein, einen Konflikt zwischen Privaten zu entscheiden und so die subjektiven Rechte durchzusetzen.

b) *Sonstige Entformalisierung?*

In Betracht kommt jedoch eine anderweitige Entformalisierung des Zivilprozessrechts. Dafür spricht zunächst, dass es zur Einführung der Rüge bzw. Entschädigung einer Einflussnahme durch die EMRK bedurfte. Nur weil in der EMRK (und in der Rechtsprechung des EGMR) ein Menschenrecht auf eine angemessene Verfahrensdauer festgelegt wurden, kann ein überlanges Zivilverfahren gerügt und für ein solches entschädigt werden.¹⁴⁷ Der Einfluss

¹⁴³ Entscheidung des Ministerkomitees CM/ResDH(2013)244, „Rumpf and 70 other cases against Germany“ v. 05.12.2013.

¹⁴⁴ Siehe zur Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs umfassend und mit zahlreichen Nachweisen zu den einzelnen Auffassungen *Reiter*, NJW 2015, 2554, 2555 ff.

¹⁴⁵ *Althammer/Schäuble*, NJW 2012, 1, 5 f.; *Reiter*, NJW 2015, 2554, 2556 ff.; *Zimmermann*, in: MüKoZPO, GVG § 198 Rn. 4.

¹⁴⁶ Vgl. *Damaška*, *The faces of justice and state authority*, S. 84 ff.

¹⁴⁷ Vgl. auch die Gesetzesbegründung der Ausschussfassung, BT-Drucks. 17/7217, S. 1, 3 f.

der EMRK ist der Einfluss einer außerprozessrechtlichen, menschenrechtlichen Wertung. Der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung war zudem keine Grundmaxime der CPO 1879; vielmehr war er Ziel zahlreicher Reformen des Zivilprozessrechts.¹⁴⁸ Ein langes Verfahren wurde als Folge der Parteiherrschaft hingenommen, schließlich lag es in der Macht der Parteien, das Verfahren schnell oder langsam zu betreiben – und diese war rechtspolitisch erwünscht.¹⁴⁹

Zwar gab es bereits in der CPO 1879 in §§ 251 ff. Präklusionsvorschriften.¹⁵⁰ Diese sahen vor, dass ein verspätetes Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungs- bzw. Beweismitteln dazu führen konnte, dass der verspäteten Partei die Prozesskosten auferlegt werden konnten.¹⁵¹ Ein kompletter Ausschluss des verspäteten Vorbringens war in § 252 CPO 1879 nur für

„Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden [...] wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat“

vorgesehen. Insgesamt jedoch blieben diese Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung deutlich hinter den heutigen zurück. Andererseits hat sich der Gesetzgeber der CPO 1879 gegen die strenge Einführung der Eventualmaxime entschieden.¹⁵² Diese beherrschte den gemeinen Prozess und trug entgegen ihrer ursprünglichen Intention aufgrund der Masse des eingeführten Prozessstoffs zur Verlangsamung des Zivilprozesses bei.¹⁵³ Dem begegnete die CPO 1879 mit einer starken Stellung der Parteien und einer schwachen Stellung des Richters.¹⁵⁴

In der Möglichkeit, wegen überlanger Prozessdauer Rüge zu erheben und eine Entschädigung zu verlangen, könnte man gerade eine Rückverlagerung von Macht auf die Parteien sehen, schließlich geht der Vorwurf der „Langsamkeit“ an das Gericht und nicht an die Parteien. Daneben schützen die Verzögerungsrüge und die Entschädigungsmöglichkeit die Parteien in formal gleicher Weise. Es wird keine der Parteien aus außerprozessrechtlichen Grün-

¹⁴⁸ Siehe etwa unten Kapitel 4, A. I. Vgl. auch *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 356 ff.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 28; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 81; *Fasching*, in: FS Henckel 1995, S. 161, 161 f.

¹⁴⁹ Siehe oben Kapitel 2, E. V. 2. b) aa) (1).

¹⁵⁰ Siehe auch oben S. 64, Fn. 60.

¹⁵¹ §§ 251 Abs. 2, 256 Abs. 2 CPO 1879.

¹⁵² *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 28 Rn. 5 ff.

¹⁵³ Vgl. *Dahlmanns*, Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozessrechts im 19. Jahrhundert, S. 21 f.; *Schubert*, ZRG (Germ. Abt.) 1968, 127, 128 ff., 169 ff.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 28 Rn. 7.

¹⁵⁴ Oben Kapitel 2, E. V. 2. b) aa) (1). Vgl. auch *Schubert*, ZRG (Germ. Abt.) 1968, 127, 184 ff.

den besonders geschützt. Zwar wird im Regelfall der Kläger ein größeres Interesse an einem beschleunigten Verfahren haben, aber dies ist maximal eine mittelbare Bevorzugung, die an einer Parteirolle anknüpft und nicht daran, ob eine bestimmte Partei aus Gründen, die außerhalb des Prozessrechts liegen, die Verzögerung ertragen kann oder nicht. Zudem wird bei der Feststellung, ob ein Prozess unverhältnismäßig lange dauert, kaum darauf geachtet, welche Bedeutung der Prozess für die konkreten Parteien hat.¹⁵⁵ Auch hat der Gesetzgeber eine Regelhöhe für die Entschädigung immaterieller Schäden in absoluten Zahlen vorgegeben, die außer Acht lässt, welchen finanziellen Einfluss die Entschädigung für die Betroffenen hat. Jene werden mithin rechtlich und nicht faktisch gleichbehandelt. So stellen 1.200 Euro Entschädigung für ein Jahr Verzögerung bereits etwa das Dreifache des monatlichen Regelsatzes für Arbeitslosengeld II dar,¹⁵⁶ aber nur weniger als ein Drittel des Monatseinkommens, ab dem der Spitzensteuersatz greift.¹⁵⁷ Auch die Möglichkeit, gem. § 198 Abs. 2 Satz 4 GVG von der Regelhöhe abzuweichen, wenn der Betrag „nach den Umständen des Einzelfalles unbillig“ ist, nimmt nicht etwa Bezug auf die persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Antragsteller. Vielmehr wird sie so verstanden, dass in diesem Zusammenhang eine etwaige Mitwirkung des Antragstellers an der Verzögerung oder eine besonders krasse Abweichung von der angemessenen Verfahrensdauer berücksichtigt werden können.¹⁵⁸

c) Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich damit mit hinreichender Sicherheit sagen, dass die Einführung der Verzögerungsrüge und eines Entschädigungsanspruchs für überlange Verfahrensdauer zwar aufgrund der Vorgaben des EGMR und damit der EMRK geschah. Jedoch führt sie weder zu einer Verschiebung hin zu einem *policy-implementing* noch zu einer Entformalisierung im Sinne *Max Webers* und modifiziert das Verfahrensrecht auch anhand der Kriterien von *Summers* nicht. Sie ist mithin nicht als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu sehen, auch wenn die Bewertung nicht leicht fällt.

¹⁵⁵ Zimmermann, in: MüKoZPO, GVG § 198 Rn. 37. Anders der EGMR (vor der Novelle): EGMR, Urt. v. 21.10.2010, 43155/08, Grumann/Deutschland, Rn. 26, 29, 36.

¹⁵⁶ 46 Euro, vgl. § 2 Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2018 v. 08.11.2017, BGBl. I, S. 3767.

¹⁵⁷ Aktuell ca. 4.580 Euro, vgl. § 32a EStG.

¹⁵⁸ Zimmermann, in: MüKoZPO, GVG § 198 Rn. 50; Rathmann, in: Saenger, ZPO, GVG § 198 Rn. 22; Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1, 4.

III. Zwischenergebnis

Damit lässt sich festhalten, dass der Einfluss der europäischen Grund- und Menschenrechte auf das deutsche Zivilprozessrecht eher gering ist. In vielen denkbaren Konstellationen, die durch supra- und supernationale Rechtsakte beeinflusst werden könnten, gibt der umfassende Grundrechtsschutz durch das Grundgesetz bereits keinen Anlass für Einfluss von diesen Ebenen. Die verbleibenden Einflüsse lassen sich anhand der entwickelten Kriterien nicht als Tendenzen zur Materialisierung begreifen. Damit kann von einer Materialisierung durch europäische Grund- und Menschenrechte zum aktuellen Zeitpunkt nicht die Rede sein. Ausgeschlossen ist indes nicht, dass sich dies in Zukunft ändert. Besonders Vorschriften wie etwa Art. 38 GRCh, der von der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau fordert, das durchaus auch prozessual zu schaffen sein könnte¹⁵⁹ bieten Potential für Tendenzen zur Materialisierung, falls die europäischen Gerichte diese extensiver anwenden sollten.

D. Ergebnis

Nach alledem sind die Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts, die von der Verfassung und den europäischen Grund- und Menschenrechten ausgehen, geringer als womöglich erwartet. Zwar gibt es – gerade durch das GG und die Rechtsprechung des BVerfG – einige Einflüsse, die als Materialisierung zu qualifizieren sind. Insgesamt sind diese Tendenzen jedoch zu geringfügig, um als allgemeiner Trend gelten zu können. Das BVerfG hat zwar einen großen Einfluss auf das Zivilprozessrecht, seine Rechtsprechung bietet aber häufig schlicht eine zusätzliche Instanz, um rechtsfehlerhafte Urteile korrigieren zu können. Dass das Gericht hierbei mit Art. 3 Abs. 1 GG auf eine verfassungsrechtliche Norm zurückgreift, ist eher eine Folge der selbstgesteckten Limitierung des Prüfungsumfangs des BVerfG. Zwingend auf die Verfassung rekurrieren müsste es selten, um zu den Ergebnissen zu kommen, die es für richtig hält.

¹⁵⁹ Siehe zur wachsenden Bedeutung des Art. 38 GRCh nur *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, GRCh Art. 38 Rn. 4 ff.; *Rudolf*, in: Meyer, GRCh, Art. 38 Rn. 5 ff., die zurecht darauf hinweist, dass das EuG inzwischen Art. 38 GRCh zur Auslegung von Sekundärrecht heranzieht (vgl. nur EuG, Urt. v. 12.10.2011, Test-achats, T-224/10, EU:T:2011:588, Rn. 43).

Kapitel 4

Materialisierung durch den Gesetzgeber

Nachdem mögliche Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Verfassung und europäische Grund- und Menschenrechte untersucht wurden, soll nun geprüft werden, ob durch das, was *Herbert Roth* „Politik des Gesetzes“ nennt,¹ eine Materialisierung des Zivilprozessrechts stattfindet. Dieser Bereich ist unendlich weit, schließlich existiert das moderne Zivilprozessrecht schon fast 150 Jahre. Die ZPO war seit ihrem Inkrafttreten am 01.10.1879 zahlreichen Reformen unterworfen.² Dazu kommen zusätzliche nationale und internationale Rechtsakte, die ergänzend an die Seite der ZPO treten. Genannt seien nur etwa das ZVG³, das UKlaG⁴, das FamFG⁵, das MediationsG⁶, die EuGVVO⁷, oder die EU ErbVO⁸. Es kann und wird folglich nicht jede Reform des Zivilprozessrechts daraufhin untersucht werden, ob sich in ihr eine Tendenz zur Materialisierung zeigt. Stattdessen werden im folgenden Abschnitt einerseits die großen Reformen des Zivilprozessrechts der jüngeren Vergangenheit, zu denen auch die Europäisierung des Zivilprozessrechts gezählt wird, und andererseits einzelne ausgewählte aktuelle Themenfelder behandelt. Dabei wird hingenommen, dass womöglich einige der großen Reformen der ZPO nicht behandelt werden.⁹ Dies ist aber zu verschmer-

¹ *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 288 ff.

² Siehe zur hier nicht im Einzelnen zu behandelnden Geschichte des deutschen Zivilverfahrensrechts, jeweils m.w.N., *Brehm*, in: *Stein/Jonas, ZPO*, Einl. Rn. 127 ff.; *Lüke*, in: *MüKoZPO* 2. Aufl. (2002), Einleitung Rn. 34 ff.

³ Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24.03.1897, RGBl. S. 97.

⁴ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138, 3173.

⁵ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586, 2587.

⁶ Mediationsgesetz v. 21.07.2012, BGBl. I, S. 1577.

⁷ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351 S. 1.

⁸ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. L 201 S. 107.

⁹ Siehe hierzu aber jüngst *Roth*, JR 2018, 159, 160 ff.

zen, da Ziel der Arbeit nicht ist, sämtliche Aspekte der ZPO oder alle Reformbestrebungen, die möglicherweise zu Materialisierung geführt haben, aufzuzeigen, sondern anhand einer Auswahl das Phänomen der Materialisierung selbst zu beleuchten. Da diese Arbeit zuletzt keinen rechtshistorischen Anspruch erhebt, werden nur Reformen untersucht, deren Auswirkungen sich noch im heutigen Zivilprozessrecht niederschlagen. Unterschieden wird zwischen dem deutschen (A.) und dem europäischen (B.) Gesetzgeber.

A. Materialisierung durch den deutschen Gesetzgeber

Der deutsche Gesetzgeber hat, wie schon die gerade genannten Beispiele zeigen, eine Fülle an Änderungen und Neuregelungen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts vorgenommen. Viele dieser Änderungen waren eher technischer Natur und passten das Prozessrecht an aktuelle Gegebenheiten an.¹⁰ Solche Änderungen des Zivilprozessrechts dürften zahlenmäßig insgesamt in der Mehrheit sein und sind nicht als Tendenzen zur Materialisierung zu begreifen. Vielmehr sorgen sie dafür – oder sollen es zumindest – dass die ZPO auch fast 150 Jahre nach ihrem Inkrafttreten ein funktionsfähiges und zeitgemäßes Prozessgesetz ist.¹¹ Sie passen das Gesetz an, nehmen aber nicht Bezug auf außerprozessrechtliche Wertungen oder versuchen, einen Wandel zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts herbeizuführen. Aus diesem Grund sind sie für diese Arbeit nicht von Relevanz. Es werden daher nur Änderungen beleuchtet, die für strukturelle Veränderungen des Zivilprozessrechts sorgten.

I. Abkehr vom strengen Mündlichkeitsprinzip

Zunächst werden hierbei Tendenzen betrachtet, die zu einer Abkehr von einem rein mündlichen Verfahren führten. Das Verfahren nach der CPO 1879 war noch von einem strengen Mündlichkeitsprinzip geprägt, siehe nur die §§ 119, 127 ff., 233, 244 ff., 253, 258, 269 CPO 1879.¹² Ausnahmen existierten nur dort, wo Schriftlichkeit für zwingend erforderlich erachtet wurde, etwa bei der Klageerhebung, § 230 CPO. Verschiedene Reformen nahmen sich

¹⁰ Vgl. nur Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.07.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie (EG) 1999/93 v. 18.07.2017, BGBl. I S. 2745, 2753; Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts v. 11.06.2017; BGBl. I S. 1607.

¹¹ Vgl. auch *Calliess*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?.

¹² Siehe auch zur Vorgeschichte der CPO *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 384 ff.; *Schubert*, ZRG (Germ. Abt.) 1968, 127, 183 und passim.

dieses Prinzips an. So wurden etwa schon im Jahr 1909¹³ und im Jahr 1924¹⁴ Einschränkungen vorgenommen. Hingegen wurde im Rahmen der Vereinfachungsnovelle im Jahr 1976 ein Haupttermin eingeführt,¹⁵ der zu einer Verstärkung der Mündlichkeit geführt hat.¹⁶ Insgesamt folgt die ZPO dem Mündlichkeitsgrundsatz dennoch nicht mehr so stark wie noch 1879. Zwar ist das Verfahren der ZPO im Grundsatz nach wie vor ein mündliches,¹⁷ allerdings gibt es verschiedene Durchbrechungen dieses Grundsatzes.¹⁸

1. Schriftliches Vorverfahren

So hat etwa das Gericht nach Einreichung der Klageschrift ein Ermessen, ob es einen frühen ersten Termin zur Verhandlung bestimmt (§§ 272 Abs. 2 Var. 1, 275 ZPO) oder ein schriftliches Vorverfahren anordnet (§§ 272 Abs. 2 Var. 2, 276 ZPO). Im Fall eines schriftlichen Vorverfahrens findet – wie der Name schon vermuten lässt – zunächst keine mündliche Verhandlung statt. Stattdessen setzt das Gericht dem Beklagten zwei Fristen. Innerhalb einer ersten Frist hat er seine Verteidigungsbereitschaft anzuzeigen, innerhalb einer weiteren Frist auf die Klage schriftlich zu erwidern, § 276 Abs. 1 Satz 1, 2 ZPO. Sollte sich ein Beklagter nicht zu seiner Verteidigungsbereitschaft erklären, so kann *ohne mündliche Verhandlung* ein Versäumnisurteil gegen ihn ergehen, § 330 Abs. 3 ZPO. Der entsprechende Antrag kann bereits im verfahrenseinleitenden Schriftsatz gestellt werden. Musste früher der Kläger, um ein Versäumnisurteil gegen einen nicht verteidigungswilligen Beklagten zu erwirken, persönlich (oder durch einen Prozessvertreter) zum Verhandlungstermin erscheinen und den Antrag stellen (§ 296 CPO 1879), so kann dies inzwischen komplett schriftlich erfolgen. Doch selbst wenn der Beklagte seine Verteidigungsbereitschaft anzeigt, werden im schriftlichen Vorverfahren die wesentlichen Argumente ausgetauscht, die früher in der mündlichen Verhandlung diskutiert wurden. Während bei einem frühen ersten Termin eine schriftliche Klageerwidern fakultativ ist (§ 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO), ist sie beim schriftlichen Vorverfahren obligatorisch (§ 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Auch kann das Gericht dem Kläger eine Möglichkeit der schriftlichen Replik auf die Klageerwidern gewähren (§ 277 Abs. 4 ZPO). Insofern ist hier eine klare Einschränkung des Mündlichkeitsprinzips zu erkennen.

¹³ Gesetz betreffend Änderungen des GVG, der ZPO, des GKG und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 01.06.1909, RGBl., S. 475.

¹⁴ Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom. 13.02.1924, RGBl. I, S. 135.

¹⁵ Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) v. 03.12.1976, BGBl. I, S. 3281.

¹⁶ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 79 Rn. 3.

¹⁷ Siehe nur *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 376 ff.

¹⁸ Vgl. auch *Bettermann*, ZJP 91 (1978), 365, 374 ff. (unter IV.).

2. Bezugnahme auf Dokumente

Zudem ist in regulären mündlichen Verhandlungen die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze (und andere Dokumente) zulässig, sofern keine der Parteien widerspricht und das Gericht es für angemessen hält, § 137 Abs. 3 ZPO. Die entsprechende Vorschrift des § 128 Abs. 3 CPO 1879 lautet: „Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig.“ Eine Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze kann dazu führen, dass der Austausch von Argumenten nicht mehr in der mündlichen Verhandlung selbst, sondern in den vorbereitenden Schriftsätzen geschieht. Statt einer – im Wortsinne – streitigen Verhandlung kann dann auf Schriftsätze verwiesen werden.¹⁹

3. Fakultative Abweichungen von mündlicher Verhandlung

Doch nicht nur im Rahmen des schriftlichen Vorverfahrens und durch die Bezugnahme auf Dokumente ist die Mündlichkeit nachträglich eingeschränkt worden. So entspricht § 128 Abs. 1 ZPO weitgehend dem § 119 CPO 1879: § 128 Abs. 1 ZPO: „Die Parteien verhandeln über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich.“ § 119 CPO 1879: „Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.“ In den Absätzen 2 bis 4 sieht § 128 ZPO jedoch einige fakultative Abweichungen vom Grundsatz der mündlichen Verhandlung vor. Bei Zustimmung beider Parteien (Abs. 2), wenn nur noch über die Kosten zu entscheiden ist (Abs. 3) oder im Falle von Entscheidungen, die keine Urteile sind (Abs. 4), kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.²⁰ Dies bedeutet, dass immerhin knapp 170.000 Verfahren und damit über 16% aller anhängigen Verfahren im Jahr 2016 vor den Amtsgerichten ohne mündliche Verhandlung abgehalten werden konnten.²¹ Dazu kommen dann noch die Prozesse, deren Verfahren das Gericht nach § 495a Satz 1 ZPO nach billigem Ermessen bestimmen kann. Dies beinhaltet – wie § 495a Satz 2 ZPO zeigt – auch den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung, sofern nicht eine Partei diese beantragt.²²

¹⁹ Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 137 Rn. 3 zufolge ist dies „in der Praxis vorherrschend“. Ähnlich auch Fritsche, in: MüKoZPO, § 137 Rn. 9 f.

²⁰ Siehe auch die abschließende Aufzählung der Fälle der Abs. 3 und 4 bei Fritsche, in: MüKoZPO, § 128 Rn. 19; sowie Westerwelle, Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozeßordnung, S. 24 ff.

²¹ Statistisches Bundesamt, Rechtspflegestatistik für das Jahr 2016 – Zivilgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.1, S. 18, 22.

²² Thum, NJW 2014, 3198; Wittschier, in: Musielak/Voit, ZPO, § 495a Rn. 7.

4. Tendenz zur Materialisierung durch die Abkehr von strenger Mündlichkeit?

Doch ist mit dieser Abkehr vom strengen Mündlichkeitsprinzip auch eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts verbunden?

Verneinen lässt sich dies schnell für die Einführung des schriftlichen Vorverfahrens und die Möglichkeit der Bezugnahme auf Schriftsätze. Hier wird zwar – wie dargestellt – vom althergebrachten Grundsatz der Mündlichkeit abgewichen. Eine Abkehr vom formalen Verständnis des Zivilprozessrechts durch eine Bezugnahme auf außer(prozess)rechtliche Elemente ist hingegen nicht zu erkennen, von einer Durchsetzung ordnungspolitischer Interessen ganz zu schweigen. Es wird im Rahmen von gesteigerter Schriftlichkeit nicht überprüft, wie stark oder schwach die betreffenden Parteien sind. Es sollen nicht Moral, Ethik oder materiale Gerechtigkeit durchgesetzt werden, sondern lediglich der Prozess beschleunigt und vereinfacht werden.²³

In der weit überwiegenden Mehrheit der Fälle des § 128 Abs. 3 und 4 ZPO dürfte die mündliche Verhandlung ohnehin überflüssig sein.²⁴ Auch der Gesetzgeber ging bei Einführung der Vorschrift des § 128 Abs. 3 ZPO davon aus, dass ein Zwang, allein wegen eines Kostenausspruchs mündlich zu verhandeln, die Gerichte unnötig belastet und den Abschluss des Verfahrens verzögert.²⁵ Für Abs. 4 war das Ziel des Gesetzgebers eine Vereinheitlichung einer schon zuvor (in Teilen sogar schon 1879) bestehenden kasuistischen Regelung zahlreicher Einzelvorschriften.²⁶ Zwar wird hier zwischen verschiedenen Verfahrensarten unterschieden, bei denen (im Grundsatz) mündlich oder schriftlich verhandelt wird – anders als dies noch 1879 der Fall war. Allerdings ist hier, ebenso wie hinsichtlich Abs. 3, kein Einfluss von außer(prozess)rechtlichen Wertungen erkennbar. Vielmehr lässt sich die Abweichung vom Mündlichkeitsgrundsatz in einzelnen Fällen prozessrechtlich begründen. Der Gesetzgeber tut dies, indem er auf die weniger strenge Form von Beschluss und Verfügung im Vergleich zum Urteil hinweist und diese als Differenzierungskriterium heranzieht.²⁷ Eine Differenzierung anhand auch denkbarer Merkmale, wie Verbrauchereigenschaft einer Partei, Vertretung durch einen Rechtsanwalt²⁸ oder sozialer Stellung, findet gerade nicht statt. Auch existieren – soweit ersichtlich – keine Erkenntnisse, ob eine Art „mittelbare Materialisierung“ dergestalt stattfindet, dass bestimmte Verfahrensarten besonders häufig von bestimmten Gesellschaftsschichten in Anspruch ge-

²³ Vgl. nur BT-Drucks. 7/2729, S. 33 ff., 39 f.; BT-Drucks. 14/4722, S. 76 f.

²⁴ *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 128 Rn. 20 f.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 128 Rn. 24 f.; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 128 Rn. 16 f., 18 ff.

²⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 76.

²⁶ BT-Drucks. 14/4722, S. 76 f.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 128 Rn. 24.

²⁷ BT-Drucks. 14/4722, S. 76.

²⁸ Vgl. zum inzwischen nicht mehr gültigen § 128 Abs. 3 ZPO *Westerwelle*, Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozessordnung, S. 37 ff.

nommen werden, die dann überproportional von den Ausnahmen vom Mündlichkeitsgrundsatz betroffen wären. Insofern ist auch hier keine Tendenz zur Materialisierung zu erkennen, auch hier geht es vorrangig um Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, ohne dass Außerprozessrechtliches relevant würde.

§ 128 Abs. 2 wurde im Jahr 1950 in die ZPO aufgenommen,²⁹ die Möglichkeit der Parteien zum Verzicht auf eine mündliche Verhandlung existierte jedoch schon seit 1915.³⁰ Bereits damals wurde diese Möglichkeit, wie bereits der Name der sie einführenden Verordnung verrät, zur Entlastung der Gerichte gewährt. Diesen Zweck hat der Gesetzgeber auch in späteren Reformen, die die Regelung beibehielten, bestätigt.³¹ Allerdings unterscheidet sich § 128 Abs. 2 ZPO von den bisher besprochenen Vorschriften, die eine Ausnahme vom Mündlichkeitsprinzip vorsehen, deutlich. Bei jenen liegt der Verzicht auf eine (frühe) mündliche Verhandlung im Ermessen des Gerichts, während bei § 128 Abs. 2 ZPO der Verzicht auf Mündlichkeit auch und vor allem im Ermessen der Parteien liegt.³² Hier kollidiert der Grundsatz der Mündlichkeit, der Kennzeichen eines formalen Prozessrechtssystems ist, mit einem weiteren Grundsatz eines ebensolchen Systems – dem der Parteiautonomie.³³ Schon deshalb kann daran gezweifelt werden, ob sich in § 128 Abs. 2 ZPO eine Tendenz zur Materialisierung zeigt. Bestätigt werden diese Zweifel, wenn man sich vergegenwärtigt, dass wiederum keine Bezugnahme auf Außerprozessrechtliches stattfindet. Nur wenn die Parteien im Rahmen ihrer Parteiautonomie zustimmen und das Gericht einen Verzicht auf mündliche Verhandlung für dem Prozess dienlich erachtet,³⁴ wird nach § 128 Abs. 2 ZPO schriftlich verhandelt. Die Gründe für einen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung sind also wiederum im Prozessrecht selbst und nicht außerhalb dessen angelegt. Deshalb lässt sich auch in § 128 Abs. 2 ZPO keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts ausmachen.

²⁹ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 12.09.1950, BGBl. I, S. 455, 469.

³⁰ § 23 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte v. 09.09.1915, RGBl. S. 562, 567.

³¹ Regierungsentwurf zur Vereinfachungsnovelle, BT-Drucks. 7/2729, S. 39 f.

³² Zwar entscheidet auch hier das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, ob im schriftlichen Verfahren entschieden wird, es ist jedoch hinsichtlich einer Ablehnung an die Entscheidung der Parteien gebunden. Auch sind enge Voraussetzungen an die Annahme einer konkludenten Zustimmung anzunehmen, vgl. *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 128 Rn. 12; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 128 Rn. 30.

³³ *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 128 Rn. 27. Siehe auch oben Kapitel 2, E. V. 2. b) aa).

³⁴ *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 128 Rn. 27: „Das schriftliche Verfahren darf nur angeordnet werden, wenn der Rechtsstreit noch weiterer Förderung bedarf und diese im schriftlichen Verfahren einfacher und schneller zu erreichen ist“ (mit Verweis auf BGH NJW 1992, 2146, 2147).

5. Zusammenfassung

Insgesamt zeigt sich also, dass zwar durch einige Vorschriften der ZPO vom Prinzip der Mündlichkeit abgewichen werden kann, allerdings in einer solchen Abweichung keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegt.

II. Bagatellverfahren nach § 495a ZPO

Womöglich liegt jedoch in der Einführung des § 495a ZPO eine solche Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

1. Überblick

§ 495a ZPO besagt: „Das Gericht kann sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen, wenn der Streitwert 600 Euro nicht übersteigt. Auf Antrag muss mündlich verhandelt werden.“ Grenzen des Ermessens sind dem Gericht angesichts des Wortlauts der Norm, „sein Verfahren“, im Wesentlichen durch die Grundsätze des Zivilprozesses gesetzt, die ein rechtsstaatliches Verfahren garantieren.³⁵ Innerhalb dieser Grenzen ist das Gericht jedoch weitgehend frei. Damit darf das Gericht nicht nur auf eine mündliche Verhandlung verzichten, sondern auch ohne Bindung an gesetzliche Beweisvorschriften Beweise erheben, ein kontradiktorisches Urteil auch bei Säumnis einer Partei erlassen oder eigentlich zwingende Präklusionsvorschriften außer Acht lassen.³⁶ Diese freie Gestaltung des Zivilprozesses im Anwendungsbereich des § 495a ZPO könnte durchaus als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu verstehen sein. Um die Norm jedoch vollständig zu verstehen, lohnt ein kurzer Blick in ihre Geschichte.

2. Geschichte des § 495a ZPO

Die Gesetzgebungsgeschichte des § 495a ZPO ist durchaus unübersichtlich.³⁷ Erstmals in seiner (im Wesentlichen) heutigen Form eingeführt wurde er im

³⁵ Hierunter fallen wohl Dispositions- und Verhandlungsmaxime, vgl. BayVerfGH NJW-RR 2011, 1211, 1212; *Deppenkemper*, in: MüKoZPO, § 495a Rn. 14 ff.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 495a Rn. 14 f.; *Pukall*, in: Saenger, ZPO, § 495a Rn. 6 f.; *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 495a Rn. 10 ff.

³⁶ Nur *Deppenkemper*, in: MüKoZPO, § 495a Rn. 25 ff.; *Pukall*, in: Saenger, ZPO, § 495a Rn. 4 ff.; *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 495a Rn. 16 ff.; *Wittschier*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 495a Rn. 4 ff. Ausführlich zu den einzelnen Möglichkeiten *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 495a Rn. 34 ff.

³⁷ Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte auch *Westerwelle*, Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozeßordnung, S. 42 ff.; *Deppenkemper*, in: MüKoZPO, § 495a Rn. 1; *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 495a Rn. 1.1; sowie *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473; *Kunze*, NJW 1995, 2750 (jeweils am Anfang);

Jahr 1990.³⁸ Damals sah § 495a Abs. 1 ZPO vor, dass, wenn der Streitwert 1.000 Mark nicht übersteigt, das Gericht das Verfahren nach freiem Ermessen gestalten darf. Dies entspricht – mit Ausnahme der Wertgrenze – dem heutigen § 495a Satz 1 ZPO. Parallel dazu existierte aber mit dem damaligen § 128 Abs. 3 ZPO (i.d.F. v. 17.12.1990, erstmals eingeführt 1976³⁹) eine Vorschrift, die für Streitigkeiten mit einem Streitwert unter 1.200 Mark⁴⁰ vorsah, dass das Gericht schriftliche Verhandlung anordnen konnte, jedoch nur, falls „einer Partei das Erscheinen vor Gericht wegen großer Entfernung oder aus sonstigem wichtigen Grunde nicht zuzumuten ist.“ Diese Norm wurde wiederum im Jahr 2001 gestrichen.⁴¹ Begründung hierfür war, dass die Vorschrift ohnehin nur für Verfahren mit Streitwerten zwischen 1.200 und 1.500 Mark Bedeutung hatte, da das Gericht Verfahren mit einem Streitwert von bis zu 1.200 Mark ohnehin nach billigem Ermessen gestalten könne. Vor diesem Hintergrund sei die Vorschrift des § 128 Abs. 3 ZPO a.F. entbehrlich.⁴² Bereits mit Einführung des damaligen § 128 Abs. 3 im Jahr 1976 wurde wiederum der dem heutigen § 495a ZPO sehr ähnliche § 510c ZPO abgeschafft.⁴³

3. Materialisierung durch § 495a ZPO?

Zunächst ist festzuhalten, dass mit einer Vorschrift, die die konkrete Ausgestaltung eines Verfahrens in das Ermessen des Gerichts legt, sicherlich eine Abkehr vom grundsätzlich formalen Prinzip der Parteiautonomie vorliegt.⁴⁴ Es kommen zudem – wie *Max Weber* es formulieren würde – individualisierende Merkmale⁴⁵ in den Verfahrensablauf. Statt eines formalen, vorhersehbaren Verfahrens mit klar vorgegebenem Ablauf steht es im Ermessen des Gerichts, ob und wie verhandelt, Beweis erhoben oder Fristen gesetzt werden. Statt formaler Rechtssicherheit gilt Pragmatismus.⁴⁶ Doch wird auch auf Kriterien

³⁸ Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz v. 17.12.1990, BGBl. I, S. 2847, 2850.

³⁹ Vereinfachungsnovelle v. 03.12.1976, BGBl. I, S. 3281.

⁴⁰ 1.500 Mark ab dem 01.03.1991, Gesetz v. 11.01.1993, BGBl. I, S. 50.

⁴¹ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887, 1889.

⁴² RegE zum Gesetz zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 76. Ganz korrekt ist die Aussage freilich nicht. § 495a ZPO gilt nur für Verfahren vor den Amtsgerichten, während aufgrund des § 73 Abs. 2 GVG die Landgerichte auch für Verfahren mit einem Streitwert von (damals) unter 1.500 bzw. 1.200 Mark zuständig sein konnten.

⁴³ Dieser wurde wiederum durch das Rechtseinheitsgesetz v. 12.09.1950, BGBl. I, S. 455, 474 eingeführt und beruht seinerseits auf § 2 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte v. 09.09.1915, RGBl. S. 562, 566.

⁴⁴ Zur Thematik der Verlagerung von Macht von den Parteien auf das Gericht siehe umfassend unten Kapitel 5, B. Die Zielrichtung der Machtverlagerung ist dort jedoch eine andere.

⁴⁵ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 506.

⁴⁶ Vgl. auch *Rottleuthner*, *NJW* 1996, 2473, 2474, 2477: „weitgehend entformalisierter Verfahrensbereich“.

Bezug genommen, die außerhalb des Prozessrechts liegen? Werden zudem Kriterien des materialen Rechts nach *Summers* verwirklicht?

a) Streitwertgrenze und soziale Differenzierung

Mit § 495a ZPO und dessen Streitwertgrenze wird *prima facie* auf ein prozessrechtliches Kriterium zur Abgrenzung zwischen Verfahren im Ermessen des Gerichts und „regulären“ Verfahren abgestellt. Faktisch jedoch dürfte der § 495a ZPO hauptsächlich Verfahren mit (mindestens) einer traditionell „schwachen“ Partei, also etwa mit Verbrauchern bzw. Privatpersonen betreffen. Streitigkeiten zwischen Kaufleuten oder Unternehmern mit einem Streitwert unter 600 Euro mögen vorkommen, dürften aber die Ausnahme sein. Diese Vermutung bestätigt ein Blick in die Erledigungsstatistik der Zivilgerichte, es existieren also empirische Daten. Von 262.238 durch streitiges Urteil beendeter Verfahren vor den Amtsgerichten im Jahr 2016 ist in 79.871 Verfahren nach § 495a ZPO vorgegangen worden – dies entspricht 30,46%.⁴⁷ Davon betrafen 44.247 Verfahren Kauf-, Verkehrsunfall-, Reisevertrags-, Kredit-, Wohnungsmiet- oder Versicherungsvertragssachen. Diese typischerweise jedenfalls auf einer Seite von Verbrauchern oder Privatleuten geführten Prozesse entsprechen damit 55,4% der Fälle, in denen nach § 495a ZPO das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kam.⁴⁸ Damit haben die Sondervorgaben des § 495a ZPO in besonderem Maße Auswirkungen auf typischerweise sozial schwächere Parteien. Hierin ist – wenn auch indirekt – eine Tendenz zur Materialisierung im Sinne einer Entformalisierung zu sehen. Über den Streitwert als wesentliches Differenzierungskriterium werden Verfahren, die typischerweise von sozial schwachen Parteien geführt werden, in ihrer Ausgestaltung in das Ermessen des Gerichts gestellt.

b) Gesetzgeberische Intention

Im Vordergrund steht bei § 495a ZPO zwar – wie bei den zuvor besprochenen Vorschriften auch – die Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens.⁴⁹ Interessant ist jedoch, was in den Gesetzesbegründungen zu den Vorgängernormen des § 495a ZPO neben Vereinfachung und Beschleunigung als Grund für einen Verzicht auf Mündlichkeit mitschwang. Als der Gesetzgeber im Jahr 1976 § 128 Abs. 3 ZPO einführte,⁵⁰ ging es ihm eben nicht nur um eine Ent-

⁴⁷ Statistisches Bundesamt, Rechtspflegestatistik für das Jahr 2016 – Zivilgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.1, S. 18, 22.

⁴⁸ Statistisches Bundesamt, Rechtspflegestatistik für das Jahr 2016 – Zivilgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.1, S. 38 f.

⁴⁹ RegE zum Rechtspflegevereinfachungsgesetz, BT-Drucks. 11/4155, S. 10 f. Vgl. auch *Deppenkemper*, in: MüKoZPO, § 495 Rn. 1; *Wittschier*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 495a Rn. 1; *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473, 2474; *Städling*, NJW 1996, 691.

⁵⁰ Wegen dessen Einführung wurde der § 495a ZPO ähnliche § 510c ZPO abgeschafft.

lastung der Gerichte. Ebenso sollte den Parteien bei geringen Streitwerten die Rechtsverfolgung erleichtert werden und „lästigen Gerichtsstandsvereinbarungen, die den Beklagten unbillig belasten“ entgegengewirkt werden.⁵¹ Parteien sollten in Fällen mit geringem Streitwert nicht mehr an weit entfernten Gerichten persönlich zum Verhandlungstermin erscheinen müssen und so von unverhältnismäßigen Kosten und Mühen entlastet werden.⁵² Beiden Begründungsansätzen liegen Erwägungen zu Grunde, die nicht originär prozessrechtlicher Natur sind. Stattdessen sollte aus außerprozessrechtlichen Gründen die Möglichkeit geschaffen werden, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten.

Diese Begründung ist zwar für § 495a ZPO nicht direkt übernommen worden, doch wurde § 128 Abs. 3 ZPO (i.d.F. v. 17.12.1990, erstmals eingeführt 1976) mit Verweis auf die Regelung des § 495a ZPO abgeschafft. Somit kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber zumindest um die ursprüngliche Intention wusste und diese auf § 495a ZPO übertragen oder doch billigend in Kauf genommen hat, dass § 495a ZPO diesen Zielen dienen soll. Ob dies in der praktischen Anwendung des § 495a ZPO tatsächlich der Fall ist, mag zwar mit guten Gründen bezweifelt werden,⁵³ ist für diesen Punkt (Materialisierung durch den Gesetzgeber) aber nur von untergeordneter Bedeutung.

c) Materialisierung nach den Kriterien *Summers*‘

Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass sich durch die zusätzlichen Möglichkeiten des Gerichts, das Verfahren nach eigenem Ermessen zu gestalten, auch die Kriterien der *Legal Precepts* sowie der *Methods of Interpretation and Application* nach *Summers* hin zu einem eher materialen Verständnis verschoben haben. § 495a ZPO ist offen und generalklauselartig formuliert und bedarf einer teleologischen Auslegung.

d) Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich festhalten, dass § 495a ZPO eine Tendenz zur Materialisierung im Sinne einer Entformalisierung erkennen lässt. Hingegen lassen sich Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber einen Wandel hin zum *policy-implementing* wollte, kaum oder gar nicht finden. Schließlich machte der Ge-

⁵¹ RegE zur Vereinfachungsnovelle, BT-Drucks. 7/2729, S. 55. Zu den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen gegen die unerwünschten Gerichtsstandsvereinbarungen, siehe unten Kapitel 4, V. 3.

⁵² RegE zur Vereinfachungsnovelle, BT-Drucks. 7/2729, S. 40.

⁵³ Vgl. *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 440 ff.; *Westerwelle*, Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozeßordnung, S. 45 ff., die sogar wegen der Gewähr von „weniger Rechtsschutz“ Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der § 495a ZPO äußern; *Redeker*, NJW 1996, 1870, 1871 f.; *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473, 2474. Siehe aber *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 495a Rn. 3: „ermöglicht Sozialautonomie“.

setzgeber nicht besonders deutlich, dass es ihm neben Verfahrensbeschleunigung und Vereinfachung auch um die Vereinfachung des Verfahrens vor allem für bestimmte Parteien ging, als er hinsichtlich mündlicher Verhandlung und weiteren Verfahrensgang im Ermessen des Gerichts zwischen Verfahren mit unterschiedlichem Streitwert differenziert hat. Die Differenzierung ist sicherlich eine Abkehr vom Rechtsformalismus unter indirekter Bezugnahme auf außerprozessrechtliche Elemente, sollte in ihrer sozialstaatlichen Prägung und entsprechender ordnungspolitischer Leitlinien, die durchgesetzt werden sollen, aber nicht überschätzt werden. Für eine sonstige Entformalisierung ist das Bagatellverfahren indes ein Musterbeispiel. Es wird, ohne die grundlegende Ausrichtung als *conflict-solving type* des Prozessrechts aufzugeben, indirekt auf materiale Kriterien zurückgegriffen, um Differenzierungen im Zivilprozessrecht vorzunehmen.

III. Umstrukturierung des Rechtsmittelrechts

Kaum ein Bereich des Zivilprozessrechts dürfte so häufig von Reformen mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung betroffen gewesen sein wie der des Rechtsmittelrechts.⁵⁴ Auch hier können und sollen nicht alle Reformen seit 1879 untersucht werden. Stattdessen ist wiederum zu überprüfen, ob sich im heute gültigen Rechtsmittelrecht eine Tendenz zur Materialisierung zeigt. Eine detaillierte Untersuchung des Zwecks von Rechtsmitteln im Zivilprozess füllt eigene Bücher⁵⁵ und würde an dieser Stelle zu weit gehen. Sie ist aber auch gar nicht erforderlich, herrscht doch zumindest weitgehend Einigkeit dahingehend, dass einerseits Fortsetzung des Rechtsstreits und Richtigkeitskontrolle der Entscheidung der ersten Instanz – dies schließt den Kassations-effekt des „falschen“ Urteils ein – und andererseits Rechtseinheit und -fortbildung bezweckt sind.⁵⁶ Die letzte größere Restrukturierung hat das dritte Buch der ZPO (§§ 511 ff. ZPO) durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses im Jahr 2001 erfahren.⁵⁷

⁵⁴ Siehe schon Gesetz, betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung v. 09.06.1905, RGBL. S. 536; ansonsten nur etwa Gesetz zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen v. 08.07.1975, BGBl. I, S. 1863; Vereinfachungsnovelle v. 03.12.1976, BGBl. I, S. 3281; Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz v. 17.12.1990, BGBl. I, S. 2847; Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887; Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz v. 24.08.2004, BGBl. I, S. 2198.

⁵⁵ Etwa Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozess; Semmelmayer, Der Berufungsgegenstand; Saueressig, Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz.

⁵⁶ Siehe nur Saueressig, Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz, S. 129 ff.; Kern, RePro 228 (2014), 15, 19 ff.; Unberath, ZZP 120 (2007), 323, 328 ff.; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 72 Rn. 6; Lüke, Zivilprozessrecht, Rn. 380; Althammer, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 529 Rn. 2; Rimmelspacher, in: MüKoZPO, Vorbemerkung zu § 511 Rn. 3.

⁵⁷ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887.

1. Umgestaltung des Berufungsrechts

a) Abkehr von der Berufung als vollwertiger Tatsacheninstanz

Eine erste große Veränderung des Rechtsmittelrechts zu 1879 ist die Umgestaltung der Berufung, weg von einer vollwertigen zweiten Tatsacheninstanz. § 487 CPO 1879 bestimmte: „Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.“. Hingegen bestimmt § 529 ZPO heute, dass das Berufungsgericht seiner Entscheidung „die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten“, bzw. „neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist“, zugrunde zu legen hat, § 529 Abs. 1 ZPO. „Auf einen Mangel des Verfahrens, der nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, wird das angefochtene Urteil nur geprüft, wenn dieser nach § 520 Abs. 3 [ZPO] geltend gemacht worden ist“, § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Hieraus ergibt sich eine grundsätzliche Bindungswirkung für das Berufungsgericht an die Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz.⁵⁸ Diese ist zwar nicht besonders umfassend,⁵⁹ allerdings wird eben *im Grundsatz* nicht neu Beweis erhoben. Das führt im gleichen Zug zu einer Stärkung der ersten Instanz, schließlich liegen ihre Tatsachenfeststellungen nun den Rechtsmittelentscheidungen zugrunde.⁶⁰ Doch nicht nur in tatsächlicher Hinsicht ist das Berufungsverfahren im Grundsatz keine Instanz, vor der der Rechtsstreit vollständig neu verhandelt wird. Auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel können nach § 531 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden. So wird einerseits wiederum das Verhandeln in erster Instanz gefördert⁶¹ und andererseits einer Umgehung der Präklusionsvorschriften durch eine „Flucht in die Berufung“ vorgebeugt.⁶² Insgesamt lässt sich also erkennen, dass die Berufung im Wesentlichen nicht mehr ein neues Verfahren, sondern grundsätzlich nur noch eine Fehlerkontrolle des ersten Verfahrens darstellen sollte.⁶³

⁵⁸ Siehe nur BGHZ 160, 83, 91 ff.; 162, 313, 315 ff.; BGH NJW 2014, 74, 75; *Hartmann*, NJW 2001, 2577, 2590 f.; *Roth*, JZ 2006, 9, 11 f.; *Unberath*, ZZP 120 (2007), 323, 336; *Ball*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 529 Rn. 2; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 529 Rn. 4; *Rimmelspacher*, in: MüKoZPO, § 529 Rn. 3; Kritisch zum Begriff der Bindung *Hirtz*, NJW 2014, 1642.

⁵⁹ Vgl. BGHZ 162, 313, 315 ff.; BGH NJW 2014, 74, 75; *Hirtz*, NJW 2014, 1642, 1643; *Roth*, JZ 2006, 9, 11 ff.

⁶⁰ *Ball*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 529 Rn. 2.

⁶¹ *Rimmelspacher*, in: MüKoZPO, § 531 Rn. 1 f.; *Unberath*, ZZP 120 (2007), 323, 337 f.

⁶² *Ball*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 531 Rn. 2.

⁶³ So ausdrücklich RegE zum Gesetz zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 1, 59 f., 64.

b) *Tendenz zur Materialisierung?*

Liegt hierin aber auch eine Abkehr vom Rechtsformalismus hin zur Bezugnahme auf außerrechtliche Wertungen? Und, um mit *Unberath* zu fragen: Wurden „liberale Grundsätze verraten“⁶⁴ und womöglich ein Wandel des grundlegenden Verständnisses hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts vorgenommen?

aa) *Annäherung an das österreichische Prozessrecht*

Es besteht durchaus ein Unterschied zwischen Richtigkeitskontrolle und erneutem Verfahren in der zweiten Instanz. Während letzteres eher von einem Misstrauen gegenüber dem erstinstanzlichen Gericht zeugt, ist ersteres ein Ausdruck eines starken erstinstanzlichen Gerichts. Dies zeigt auch ein von *Unberath* angestellter Vergleich mit der österreichischen ZPO (öZPO).⁶⁵ Diese war in ihrer Urfassung als Gegenentwurf zur CPO 1879 gedacht und wollte deren (vermeintliche) Fehler, etwa eine zu starke Stellung der Parteien, korrigieren.⁶⁶ Dort gab es schon von Beginn an eine nur Fehler der ersten Instanz kontrollierende Berufungsinstanz, vgl. §§ 482, 488, 498 öZPO.⁶⁷

bb) *„Rückformalisierung“?*

Auf den ersten Blick ist eine Entformalisierung aber nicht festzustellen. Eine Bezugnahme auf Außer(prozess)rechtliches findet gerade nicht statt. Vielmehr erscheint die neue Regelung sogar eher „formaler“ zu sein, als es die alte war. Schließlich sollte durch eine (im Grundsatz) auf Fehlerkontrolle beschränkte zweite Instanz einerseits ein stärkerer Bezug auf (Prozess-)Rechtliches stattfinden. Einfallstore für außerrechtliche Elemente sind in einem im Grundsatz nur Rechtsfehler prüfenden Verfahren geringer. Andererseits dürfte die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen und damit die Rechtssicherheit⁶⁸ der zweiten Instanz steigen, da zumindest hinsichtlich des Tatbestands im Grundsatz das gilt, was die erste Instanz ermittelt hat.

⁶⁴ *Unberath*, ZJP 120 (2007), 323, 329.

⁶⁵ *Unberath*, ZJP 120 (2007), 323, 328 f.

⁶⁶ Vgl. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 57 ff.; *Meyer*, JR 2004, 1, 1 ff.; *Sprung*, ZJP 92 (1979), 4, 10 ff.; *Unberath*, ZJP 120 (2007), 323, 328; sowie den Schöpfer der österreichischen ZPO *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse.

⁶⁷ Vgl. auch *Kodek*, in: *Rechberger*, ZPO (3. Aufl. 2006), § 488 Rn. 1; *Oh*, Der Prozeßstoff der zweiten Instanz im Zivilprozeß in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877, S. 67 ff.; *Unberath*, ZJP 120 (2007), 323, 328 f.

⁶⁸ Zu diesem Aspekt formalen Rechts Kapitel 2, E. III. 2. a).

cc) *Einschränkung der Parteiautonomie*

Doch zu beachten ist auch, welche Auswirkungen eine derart ausgestaltete Berufungsinstanz auf das Verfahren in erster Instanz und das Parteiverhalten allgemein hat. Der Gesetzgeber selbst reformierte das Berufungsverfahren auch mit der Erwägung, solche Auswirkungen auf das Verhalten hervorzurufen.⁶⁹ Durch eine nur eingeschränkt neue Feststellungen treffende und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zulassende Berufungsinstanz sind die Parteien gezwungen, das Verfahren in der ersten Instanz besonders gewissenhaft zu führen.⁷⁰ Dieser – wenn auch mittelbare – Druck auf die Parteien könnte im Widerspruch zum formalen Grundsatz maximaler Parteiautonomie stehen. Diese führte für die Parteien zu einem „Anspruch auf eine neue, nochmalige Verhandlung“⁷¹. Die Parteiautonomie ist, wie oben dargestellt, ein wesentliches Kennzeichen eines *conflict-solving type* des Prozessrechts.⁷²

Allerdings wäre eine Abweichung von diesem Grundsatz, so sie denn überhaupt zu erkennen ist, nur in geringem Umfang auszumachen. Denn schon 1879 war klar, dass die Berufung zwar eine neue Verhandlung, aber kein neuer Prozess war.⁷³ Die Frage, ob das Gericht auf die Tatsachengrundlage des erstinstanzlichen Urteils⁷⁴ vertraute oder erneut Beweis erhob, lag – in entsprechender Anwendung des § 363 CPO 1879 – im Ermessen des Gerichts.⁷⁵ Vor Einführung des § 529 ZPO führte das Berufungsgericht nur in 10,7% (LG) bzw. 14,2% (OLG) der Fälle eine erneute Beweisaufnahme durch.⁷⁶ Mit dieser Erkenntnis erscheint die Veränderung, die § 529 ZPO brachte, nicht mehr so groß, sondern der Strukturwandel eher eine Kodifikation der vorher schon bestehenden Praxis zu sein.⁷⁷ Übrig als wirkliche Veränderung bleibt dann noch das Novenverbot des § 531 Abs. 2 ZPO. Dieses ist teilweise scharf

⁶⁹ BT-Drucks. 14/4722, S. 61.

⁷⁰ Roth, JZ 2006, 9, 15.

⁷¹ Schon Barazetti, Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde: Nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung, S. 102.

⁷² Siehe oben Kapitel 2, E. III. 1. a).

⁷³ Mit Verweis auf die Begründung der CPO 1879 Oh, Der Prozeßstoff der zweiten Instanz im Zivilprozeß in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877, S. 37 f.

⁷⁴ Das gem. § 488 CPO 1879 in der Berufungsverhandlung vorzutragen war.

⁷⁵ Schon RG, JW 1884, 109, 111; ausführlich mit Herleitung aus der Gesetzgebungsgeschichte auch Nassall, ZJP 98 (1985), 313, 315 ff. Laut dem Bericht des Rechtsausschusses zum Zivilprozessreformgesetz, BT-Drucks. 14/6036, S. 123, war die Anwendung des entsprechenden § 398 ZPO auch 2001 noch hM. Siehe hierzu wiederum m.w.N. aber kritisch Grunsky, in: Stein/Jonas, ZPO (21. Aufl.), § 526 Rn. 4 ff.

⁷⁶ BT-Drucks. 14/6036, S. 123; dazu auch Roth, JZ 2006, 9, 11.

⁷⁷ Das klingt auch im Bericht des Rechtsausschusses durch, BT-Drucks. 14/6036, S. 123: „Durch die gesetzliche Festlegung des Maßstabs, nach dem über die Reichweite der Bindung zu entscheiden ist, wird das Ermessen des Berufungsgerichts eingegrenzt und gebunden.“ Ebenso Roth, JZ 2006, 9, 11; Unberath, ZJP 120 (2007), 323, 338 f.

kritisiert worden.⁷⁸ Faktisch wirkt dieses Novenverbot wie eine Präklusionsvorschrift, weil es Parteien von verschuldet verspätetem Vortrag ausschließt.⁷⁹ Präklusionsvorschriften sind aber durch die Schaffung formaler, innerprozessualer Wahrheit eher ein Zeichen formalen Prozessrechts.⁸⁰ Insofern kollidieren hier mit Parteiautonomie und Schaffung innerprozessualer Wahrheit zwei Kennzeichen eines formalen Zivilprozessrechts.

dd) Zusammenfassung

Schließlich bleibt festzuhalten, dass eine Bezugnahme auf außerprozessrechtliche Wertungen durch die Veränderung in der Berufungsinstanz oder durch die dadurch ausgelöste Stärkung der ersten Instanz nicht zu erkennen ist. Zwar rücken andere Motive in den Fokus – Verfahrensbeschleunigung und -konzentration statt maximaler Parteiautonomie. Diese können sogar als leichte Abkehr von einer liberalen Grundhaltung bei Gestaltung des Prozessrechts gesehen werden. Doch sind auch dies prozessrechtliche Motive. Dass durch die neuen Regelungen ordnungspolitische Leitlinien durchgesetzt werden sollen, ist gerade nicht erkennbar.

2. Veränderungen im Zugang zu Rechtsmitteln

a) Wert- und Zulassungsberufung und Zulassungsrevision statt ohne Weiteres statthafter Berufung und Wertrevision

Jedoch ist die Veränderung in der Ausgestaltung der Berufungsinstanz nicht die einzige, der das Rechtsmittelrecht unterworfen war. Auch die Möglichkeit des Zugangs zu den einzelnen Rechtsmitteln ist heute eine andere, als sie es am Ende des 19. Jahrhunderts war. In Berufung konnte gegen jedes erstinstanzliche Urteil gegangen werden, § 472 CPO 1879; in Revision gegen Urteile der Oberlandesgerichte, deren Beschwerdewert (bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, nur um solche soll es auch im Folgenden gehen) entweder 1.500 Reichsmark überstieg, § 508 CPO 1879, die bestimmte formelle Streitpunkte betrafen, § 509 Nr. 1 CPO 1879, oder deren Gegenstand den Landgerichten zur erstinstanzlichen Entscheidung zugewiesen war, § 509 Nr. 2 CPO 1879.

Dies ist heute anders. Die Berufung ist nur statthaft, wenn entweder der Beschwerdewert über 600 Euro liegt, § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, oder das erstinstanzliche Gericht die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung oder zur Rechtsfortbildung bzw. Sicherung einheitlicher Rechtsprechung zugelassen hat, § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 ZPO. Die Revision hingegen ist nur nach Zu-

⁷⁸ Vgl. *Hunke/Dübbbers*, NJ 2002, 184; und *Geipel*, ZAP 2016, 1233, 1244 ff.

⁷⁹ Vgl. etwa *Hunke/Dübbbers*, NJ 2002, 184; *Geipel*, ZAP 2016, 1233, 1244 ff.; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 531 Rn. 11 f.; *Rimmelspacher*, in: MüKoZPO, § 531 Rn. 17.

⁸⁰ Siehe auch oben Kapitel 2, E. V. 2. b) aa) (2).

lassung, entweder durch das Berufungsgericht⁸¹, § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, oder das Revisionsgericht aufgrund erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde, § 543 Abs. 1 Nr. 2. ZPO, jeweils wegen grundsätzlicher Bedeutung oder zur Rechtsfortbildung bzw. Sicherung einheitlicher Rechtsprechung, § 543 Abs. 2 ZPO, statthaft. Beachtenswert ist auch, dass nicht mehr nur gegen Berufungsurteile der Oberlandesgerichte, sondern gegen alle Berufungsurteile die Revision möglich ist. Dies hat zur Folge, dass auch Entscheidungen, die in erster Instanz von den Amtsgerichten erlassen wurden, anders als bisher, vgl. § 72 GVG, zum Bundesgerichtshof gelangen können.

Anstelle einer ohne weiteres statthaften Berufung und einer Wertrevision nur für Berufungsurteile der OLG steht heute also eine reine Zulassungsrevision für alle Berufungsurteile und eine Mischform aus Wert- und Zulassungsberufung zur Verfügung.⁸² So hängt es also im Grundsatz (außer bei der Berufung in Verfahren mit einem Beschwerdewert höher als 600 Euro)⁸³ nicht mehr vom Erreichen einer bestimmten Summe ab, ob ein Rechtsmittel eröffnet ist, sondern von der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits, der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Vor allem fällt auf, dass der Weg zum Revisionsgericht nur noch eröffnet ist, wenn Allgemeininteressen, also Fortbildung des Rechts und Wahrung der Rechtseinheit,⁸⁴ berührt sind.⁸⁵

b) Tendenz zur Materialisierung durch veränderten Zugang?

Ist dieser Wandel als Tendenz zur Materialisierung zu werten? Zeigt sich eine Entformalisierung oder gar eine Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts?

aa) Wertgrenze beim Berufungszugang

Erster Unterschied zwischen der aktuellen Rechtslage und der Rechtslage 1879 ist, dass grundsätzlich eine gewisse Streitwertgrenze überschritten sein muss, damit die Berufung statthaft ist. Eine solche Grenze ist erstmals 1915

⁸¹ Oder das Gericht erster Instanz, falls dieses die Sprungrevision zugelassen hat, § 566 ZPO.

⁸² *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 72 Rn. 9 ff.

⁸³ Siehe aber auch § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO, der Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht nur zulässt, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000 Euro übersteigt.

⁸⁴ *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 340 f.; *Ball*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 543 Rn. 4.

⁸⁵ Dies schließt freilich nicht aus, dass das Revisionsgericht in jeder von ihm behandelten Sache auch Privatinteressen dient, siehe hierzu ausführlich: *Kern*, *RePro* 228 (2014), 15, 18 ff.

eingeführt worden⁸⁶ und seitdem oftmals verändert worden. Der Zugang zur Berufung wird also beschränkt. Die im Raum stehende Frage ist somit, ob die im Vergleich zu 1879 verengte Zugangsmöglichkeit zur Berufungsinstanz eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts darstellt.

Diese Beschränkung diente allerdings schon historisch hauptsächlich dazu, die Berufungsgerichte zu entlasten.⁸⁷ Letztlich entscheidend gegen eine Tendenz zur Materialisierung spricht, dass keine Bezugnahme auf Außerprozessrechtliches und auch nach den Kriterien *Summers'* keine Entformalisierung stattfindet. Das Kriterium des Streitwerts, auf das abgestellt wird, ist ein originär prozessrechtliches. Eine Tendenz, wonach mit der Wertgrenze die Durchsetzung ordnungspolitischer Interessen verfolgt wurde oder wird, ist erst recht nicht festzustellen. Folglich ist hierin keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu erkennen.

bb) Zulassung von Berufung und Revision

Ganz anders mag dies hinsichtlich der weiteren wesentlichen Veränderung im Zugang zu Rechtsmittelinstanzen aussehen. Für Streitwerte unter 600 Euro ist die Berufung nur noch mit Zulassung statthaft. Eine Revision ist generell nur noch nach Zulassung zulässig. Während dies bei der Berufung erst 2001 eingeführt wurde,⁸⁸ existiert die Möglichkeit der Zulassungsrevision schon seit 1950,⁸⁹ allerdings in der Ausgestaltung als reine Zulassungsrevision ebenfalls erst seit 2001.⁹⁰ Zu beiden Anpassungen 2001 führte der Gesetzgeber aus:

„Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels darf nicht vom Geldbeutel abhängen. Die Abgrenzung zu Zivilsachen mit geringem Streitwert ist auf eine für eine funktionierende Justiz unerlässliche Höhe abzusenken. Die Wertgrenzen müssen zudem durchlässiger gestaltet werden, damit Fälle von grundsätzlicher Bedeutung unabhängig vom Wert des Streitgegenstandes bis zum Bundesgerichtshof gelangen können. Daraus folgt auch der Abschied von der geltenden Streitwertrevision.“⁹¹

Hier klingt in der Gesetzesbegründung bereits eine Bezugnahme auf Außerprozessrechtliches an, so dass eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilpro-

⁸⁶ § 20 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte v. 09.09.1915, RGBl. S. 562, 566.

⁸⁷ Siehe zur Bekanntmachung von 1915 *Levin*, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 1916, 1, 53 ff.; aber auch RegE zur Vereinfachungs-Novelle, BT-Drucks. 7/2729, S. 88: „Ein Ausschluß der Berufung in diesen Verfahren dient der dringend erforderlichen Entlastung der Landgerichte.“

⁸⁸ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887, 1895.

⁸⁹ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 12.09.1950, BGBl. I, S. 455, 475.

⁹⁰ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887, 1896.

⁹¹ RegE zum Gesetz zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

zessrechts naheliegt. Indes befreit diese Vermutung nicht von einer eingehenden Untersuchung.

Freilich hing die Zulässigkeit eines Rechtsmittels auch vor 2001 nicht „vom Geldbeutel“ ab. Ein Mittelloser, der einen (Aktiv- oder Passiv-)Prozess mit hohem Streitwert führte, hatte die gleichen Möglichkeiten, die Rechtsmittelinstanz anzurufen, wie ein Multimillionär in der gleichen Situation. Allerdings werden Verfahren mit (besonders) geringen Streitwerten regelmäßig nicht von Multimillionären geführt, sondern eben von finanziell weniger potenten Parteien.⁹² Für diese Streitigkeiten und damit für die entsprechenden Parteien sollten ausweislich der Gesetzesbegründung bessere Rechtsschutzmöglichkeiten geschaffen werden.⁹³ Es sollte, anders als zuvor und auch als 1879, der Zugang zur Revision vollständig unabhängig vom Beschwerdewert des Berufungsurteils aber auch des erstinstanzlichen Urteils möglich sein.⁹⁴ Dies ist nun der Fall, wenn sowohl Berufung als auch Revision wegen einer der in § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4, § 543 Abs. 2 ZPO genannten Gründe zugelassen werden.

Vor allem für den Zugang zur Revision und angesichts der Kombination der Zulassung zur Berufung und später Revision sind dies einschneidende Änderungen. Zudem wurde in diesem Zusammenhang die vorher mögliche Wertrevision ersatzlos dergestalt gestrichen, dass nur noch die bereits zuvor für geringere Streitwerte eingeführte Zulassungsrevision⁹⁵ existiert. Wird der Zugang zu einem Rechtsmittel vom Streitwert abhängig gemacht, wie 1879 bei der Revision, ist bereits im Vorfeld klar, ob im konkreten Rechtsstreit ein Rechtsmittel statthaft ist. Ob ein Rechtsstreit hingegen grundsätzliche Bedeutung hat oder eine Entscheidung der Rechtsmittelinstanz zur Rechtsfortbildung bzw. Wahrung einheitlicher Rechtsprechung erforderlich ist, zeigt sich oftmals erst nach eingehender Würdigung der im konkreten Fall strittigen Rechtsprobleme. Dies spricht angesichts des Verlusts an Rechtsklarheit und -sicherheit mit den Kriterien *Webers* eher für einen materialen Charakter der Regelungen. Verstärkt wird dieser Eindruck nach den Kriterien *Summers* durch die vom Gesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, die eher generalklauselartig anmuten.

Allerdings erscheinen die angewandten Kriterien für Berufungs- und Revisionszulassung, grundsätzliche Bedeutung, Rechtsfortbildung und Sicherung

⁹² Siehe schon die empirischen Daten zu § 495a ZPO oben unter Kapitel 4, A. II. 3. a).

⁹³ BT-Drucks. 14/4722, S. 65, 93.

⁹⁴ Umfassend *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 336 ff.; daneben nur *Büttner*, BRAK-Mitt 1999, 50; *Hartmann*, NJW 2001, 2577, 2593 ff.; *Pfeiffer*, NJW 1999, 2617; *Roth*, JZ 2006, 9, 15 ff.; *Unberath*, ZJP 120 (2007), 323, 344 f.

⁹⁵ Rechtsvereinheitlichungsgesetz v. 12.09.1950, BGBl. I, S. 455, 475; vgl. auch RegE zum Rechtsvereinheitlichungsgesetz, BT-Drucks. 1/530, S. 26.

einheitlicher Rechtsprechung, auf den ersten Blick durchaus formal. So hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie

„eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt“.⁹⁶

Dies klingt zunächst danach, als ob die Ergebnisse des Einzelfalls nur aus dem prozessrechtlichen System abgeleitet werden und damit nur inner(prozess-)rechtliche Wertungen zum Tragen kommen.

Betrachtet man die Definition jedoch genauer, so ist dem gerade nicht so. Vielmehr kommt mit der Frage nach dem „abstrakten Interesse der Allgemeinheit“ deutlich ein materiales Element zum Tragen.⁹⁷ Andererseits wird der Weg zum Revisionsgericht nun potentiell für eine größere Anzahl an Rechtssuchenden geöffnet. Dies scheint zunächst dafür zu sprechen, dass nicht das Allgemeininteresse sondern Individualinteressen in den Mittelpunkt gerückt werden sollen.⁹⁸ Indes ist neben Individualinteressen, die durch die Reform durchaus besser zur Geltung kommen mögen, stets ein Allgemeininteresse erforderlich, wenn die Tür zum Revisionsgericht geöffnet werden soll.

Das Interesse der Allgemeinheit kann sich aber – vollständig unbeeinflusst vom Prozessrecht – stets verändern. Entscheidend für die Zulassung der Berufung bzw. Revision sind also nicht Kriterien des jeweiligen Prozesses, nicht einmal nur des Prozessrechts, sondern solche der gesamten Rechtsordnung und sogar darüber hinaus. Ein allgemeines Interesse an der „einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts“ kann sich auch aus Gründen der materialen Gerechtigkeit ergeben, etwa wenn eine Grundsatzfrage einer Generalklausel des Privatrechts entschieden werden soll. Es fällt nicht schwer, sich vorzustellen, dass mit Argumenten, die zur Herstellung von „Vertragsgerechtigkeit“ oder „tatsächlicher Entscheidungsfreiheit“ mittels Generalklauseln im Privatrecht herangezogen werden,⁹⁹ auch die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache begründet werden kann.

⁹⁶ BGHZ 154, 288, 291; vgl. auch BGHZ 151, 221, 223; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 74 Rn. 7; *Ball*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 543 Rn. 5; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 543 Rn. 6 ff.; *Koch*, in: Saenger, ZPO, § 543 Rn. 6; *Krüger*, in: MüKoZPO, § 543 Rn. 6.

⁹⁷ So auch schon die Argumentation im Jahr 1950, BT-Drucks. 1/530, S. 26: „Es wird damit das abstrakte Interesse der Gesamtheit an der Einheit und Entwicklung des Rechts dem Interesse des Einzelnen vorangestellt. [...] Das Prinzip der reinen Wertbemessung der früheren Zeit erscheint wegen seiner kapitalistischen Einseitigkeit nicht mehr tragbar. Es bevorzugt die Parteien, die Prozesse um hohe Werte führen, und beschränkt diejenigen, die geringfügigerer, aber darum vielleicht nicht minder bedeutsame Prozesse zur Entscheidung durch das Revisionsgericht bringen wollen.“

⁹⁸ Vgl. *Kern*, RePro 228 (2014), 15, 24 ff.

⁹⁹ Vgl. abstrakt *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 278 ff.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 23 f. Siehe auch schon oben Kapitel 2, B. II.

In dieser Umgestaltung und der Bezugnahme auf Allgemeininteressen kann sogar eine Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts zu sehen sein. Schließlich geht es im „neuen“ Revisionsrecht und im Falle einer Zulassungsberufung nun eben nicht mehr um *conflict-solving*. Die Revision war 1879 bewusst als echtes Rechtsmittel in Parteihand ausgestaltet worden; sie sollte eine Zwischenform aus zweiter Berufung und Kassationsinstanz sein.¹⁰⁰ Intention war damals folglich, ein drittes Gericht zur Entscheidung über den Rechtsstreit der Parteien zu berufen. Diese Intention wurde – wie oben gezeigt – um eine weitere, nach Auffassung des Gesetzgebers vorrangige,¹⁰¹ Intention der Rechtsfortbildung und Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung ergänzt. Indem auch geringwertige Rechtssachen mit „grundsätzlicher Bedeutung“ der Berufung und Berufungsurteile des LG der Revision zugänglich gemacht werden, wird der Weg für Revisionsentscheidungen bereitet, die aus sozialen Motiven erwünscht sind. Entscheidungen zu Mietsachen, AGB-Klauseln oder Versicherungsverträgen dürften einerseits regelmäßig einen recht geringen Streitwert haben, andererseits eine hohe Zahl an „Verbrauchern“ oder ähnlich systematisch schwachen Parteien betreffen. Diesen wird ein Weg zum BGH geebnet, der zuvor versperrt war.¹⁰² Zwar werden durch die Änderung nicht unmittelbar ordnungspolitische Leitlinien umgesetzt. Allerdings schafft das neue Revisionsrecht gerade die Grundlage, um durch den konkreten Zivilprozess Allgemeininteressen durchzusetzen – ein klassisches Motiv des *policy-implementing type* des Prozessrechts.

Hinsichtlich der Zulassung von Berufung und Revision kann also nach alledem von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gesprochen werden. Diese könnte zudem potentiell großen Einfluss auf die Rechtsentwicklung haben und ist deshalb als eher stark zu bewerten.

cc) Zusammenfassung

Während in der Einführung einer Wertgrenze zur Statthaftigkeit einer Berufung keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts erkennbar war, ist das Abstellen auf Zulassungsgründe zur Statthaftigkeit von Berufung und/oder Revision eine deutliche Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts, da nicht mehr der einzelne Rechtsstreit, sondern Allgemeininteressen im Vordergrund stehen.

¹⁰⁰ Hahn, Materialien zur CPO, S. 362; Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 665 ff. Vgl. auch Prütting, in: Wieczorek/Schütze, § 542 Rn. 18.

¹⁰¹ BT/Drucks. 1/530, S. 26; BT-Drucks. 14/4722, S. 66.

¹⁰² Roth, JZ 2006, 9, 16; Krüger, in: MüKoZPO, § 543 Rn. 8.

IV. Einführung der Prozesskostenhilfe

Beachtenswert ist außerdem die Einführung der Prozesskostenhilfe im Jahr 1980.¹⁰³ Diese löste das von Beginn an in der ZPO (§§ 106 ff. CPO 1879) verankerte und bis dahin kaum veränderte Armenrecht ab.¹⁰⁴ Ihr lag das erklärte Ziel zugrunde,

„die ‚Kostenbarriere‘ beim Zugang zu den Gerichten ab[zu]bauen“¹⁰⁵ und „den Bürger mit geringem Einkommen in die Lage [zu] versetzen, vor Gericht seine Rechte in gleicher Weise zu verfolgen, wie dies einer Partei möglich ist, die selbst über die finanziellen Mittel für die Führung eines Prozesses verfügt“¹⁰⁶.

Die Lektüre dieser Zielsetzung aus der Gesetzesbegründung lässt vermuten, dass es sich bei der Einführung der Prozesskostenhilfe um eine Materialisierungstendenz im oben beschriebenen Sinne handelt. Dieser Schluss ist jedoch womöglich voreilig. Bei der Untersuchung von Veränderungen ist nicht monokausal nach der Gesetzesbegründung zu fragen, sondern die Anpassung des Gesetzes im Ganzen zu untersuchen.

1. Änderungen zum Armenrecht

Im Wesentlichen brachte die Novelle folgende Änderungen:¹⁰⁷

- Einführung eines Tabellensystems zur Ermittlung der Bedürftigkeit als Gegenentwurf zur Armutsprüfung nach § 114 ZPO i.d.F. v. 01.01.1964;
- Völlige Kostenfreiheit bis zu einem gewissen Einkommen und nicht nur einstweilige Befreiung von der Kostenpflicht nach § 115 Abs. 1 ZPO i.d.F. v. 01.01.1964;
- Einführung einer gestaffelten Eigenbeteiligung, um auch den Bereich mittlerer Einkommen zu erfassen, und Ratenzahlungsmöglichkeit;
- zeitliche Begrenzung der Rückforderungsmöglichkeiten und der Verpflichtung zur Ratenzahlung; sowie
- Umbenennung von Armenrecht in Prozesskostenhilfe.

¹⁰³ Eingeführt durch das Gesetz über die Prozeßkostenhilfe v. 13.06.1980, BGBl. I, S. 677. Wenn in diesem Abschnitt von „a.F.“ die Rede ist, ist damit der Rechtsstand vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 01.01.1981 gemeint, entsprechendes gilt für „n.F.“ Siehe umfassend monographisch zur Prozesskostenhilfe *Gogolin*, Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch.

¹⁰⁴ Zur Geschichte der Prozesskostenhilfe bis zurück in die Antike, *Gogolin*, Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch, S. 37 ff.

¹⁰⁵ RegE zum Gesetz über die Prozeßkostenhilfe, BT-Drucks. 8/3068, S. 1, 19 ff.

¹⁰⁶ RegE zum Gesetz über die Prozeßkostenhilfe, BT-Drucks. 8/3068, S. 1, 19 ff.

¹⁰⁷ Vgl. auch *Gogolin*, Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch, S. 79 ff.; *Groß*, in: *Groß*, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe, Einleitung zur Prozesskostenhilfe Rn. 12; *Rahmede*, JR 1979, 492, 493 f.

2. Materialisierung durch Prozesskostenhilfe

Was bedeutet dies nun aber für die Frage, ob in dieser Reform eine Tendenz zur Materialisierung liegt? Hier sind zwei Bereiche zu trennen. Zum einen ist unklar, ob die Regelungstechnik des Gesetzgebers in der Reform material war. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Gewährung von Prozesskostenhilfe – unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung – überhaupt Materialisierung sein kann.

a) Prozessrecht oder Sozialhilferecht?

Bevor untersucht wird, ob in der Einführung der Prozesskostenhilfe eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts vorliegt, ist zu fragen, ob dies nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Dieser Gedanke mag zunächst überraschen. Es besteht weitgehend Einigkeit darin, dass die Prozesskostenhilfe (bzw. das Armenrecht) Teil des Sozialhilferechts ist.¹⁰⁸ Dem entspricht auch, dass das Sozialstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 1 GG eines der verfassungsrechtlichen Standbeine der Prozesskostenhilfe ist.¹⁰⁹ Genau diese sozialhilferechtliche Fundierung der Prozesskostenhilfe ist jedoch der Grund, weshalb daran gezweifelt werden darf, ob die Unterstützung finanziell wenig bemittelter Parteien bei der Bewältigung der Prozesskosten überhaupt eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts sein kann. Es kann inzwischen als gefestigte Meinung bezeichnet werden, dass das Prozesskostenhilfverfahren nicht nur Teil des eigentlichen Zivilprozesses, sondern auch ein eigenständiges, öffentlich-rechtliches Subventionsverfahren ist.¹¹⁰ Es wäre beispielsweise auch denkbar, das Verfahren aus dem Regelungsbereich der ZPO in den des SGB XII zu verlegen.¹¹¹ Ebenfalls wurde vor der Reform des Armenrechts diskutiert, ob die Kostenbarriere nicht durch die Einführung einer Pflichtrechtsschutzversicherung überwunden werden könnte.¹¹² Es wurde sogar er-

¹⁰⁸ Vgl. nur BVerfGE 35, 348, 355; BGH NJW 2009, 3658, 3659; *Groß*, in: *Groß, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe*, Einleitung zur Prozesskostenhilfe Rn. 1; *Fischer*, in: *Musielak/Voit, ZPO, Vorbemerkung zu § 114 Rn. 1*; *Hartmann*, in: *B/L/A/H, Übers § 114 Rn. 1*; *Kießling*, in: *Saenger, ZPO, Vorbemerkung zu §§ 114-127 Rn. 1*; *Wache*, in: *MüKoZPO, § 114 Rn. 3*.

¹⁰⁹ Siehe oben Kapitel 3, B. III. 3.

¹¹⁰ BGH NJW 2004, 1805, 1806; 2013, 68, Rn. 24; 2015, 1520, Rn. 10; *Kießling*, in: *Saenger, ZPO, Vorbemerkung zu §§ 114-127 Rn. 1*; *Wache*, in: *MüKoZPO, § 114 Rn. 4*; wohl auch *Fischer*, in: *Musielak/Voit, ZPO, Vorbemerkung vor § 114 ZPO Rn. 1*.

¹¹¹ Sozialhilfe nach SGB XII für die zivilrechtliche Prozessführung kann nach aktueller Rechtslage wegen § 2 Abs. 1 SGB XII nicht verlangt werden, vgl. *Fischer*, in: *Musielak/Voit, ZPO, Vorbemerkung vor § 114 ZPO Rn. 1*. Siehe auch OVG Hamburg, NJW 1995, 2309 zu einer vergleichbaren Regelung im Strafverfahren.

¹¹² Grundlegend *Baur*, JZ 1972, 75; weiterhin etwa *Baumgärtel*, JZ 1975, 425; *Bokelmann*, ZRP 1973, 164; *Rahmede*, JR 1979, 492.

wogen, zivilprozessrechtlichen Rechtsschutz zum „Nulltarif“ bereit zu stellen.¹¹³ Diese Erwägungen zeigen, dass die Gewährung von Prozesskostenhilfe eher eine Vorfrage zum eigentlichen Zivilverfahren ist, denn Bestandteil dessen. Es geht um die Frage, ob hinsichtlich des Zugangs zum Gericht eine (rechtliche) Besserstellung von sozial Schwächeren gewährleistet wird, und nicht um eine Besserstellung derselben im Gerichtsverfahren. Eine solche (rechtliche) Besserstellung hinsichtlich der Teilhabe an Einrichtungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens ist typisch für das Sozialhilferecht. Eine Auswirkung auf das Zivilverfahren selbst, hat die Frage, wer prozessiert und wie er die Kosten dafür aufbringt gerade nicht.

Entgegenhalten ließe sich dieser Erkenntnis aber ein Vergleich mit dem Privatrecht. Führt der Gesetzgeber eine Regelung ein, nach der weniger Bemittelte von den Transaktionskosten in vertraglichen Beziehungen befreit wären,¹¹⁴ würde man das sicherlich als Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit¹¹⁵ werten. Zudem sind im Gegensatz zu potentiellen Transaktionskosten die Gerichts- und Anwaltskosten gesetzlich geregelt und die Parteien aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols auf den Zivilprozess angewiesen.¹¹⁶ Während ein weniger Bemittelter im Privatrecht seine Transaktionskosten durch geschickte Verhandlung, Auswahl eines anderen Vertragspartners oder ähnliche Maßnahmen minimieren und so trotzdem am Markt teilnehmen kann, steht ihm diese Möglichkeit beim staatlich organisierten Gerichtsverfahren nicht offen. Er wäre vom gesamten System der Gerichtsbarkeit ausgeschlossen. Genau deshalb ist die Frage, wer am staatlichen Zivilprozess teilnehmen kann und darf, zwar eine Vorfrage für den Zivilprozess, aber deshalb nicht aus dessen Gesamtbereich ausgenommen. Dies gilt für den gesamten Bereich, der mit dem englischen Begriff „Access to Justice“¹¹⁷ erfasst ist.¹¹⁸ Die Verände-

¹¹³ Vgl. wiederum nur *Baumgärtel*, JZ 1975, 425; *Bokelmann*, ZRP 1973, 164; *Rahmede*, JR 1979, 492. Ein solcher existiert aktuell im sozialgerichtlichen Verfahren, § 183 SGG.

¹¹⁴ Soweit ersichtlich, ist dies aber noch nicht diskutiert worden.

¹¹⁵ Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273.

¹¹⁶ Siehe dazu auch unten Kapitel 6, B. I. und II.

¹¹⁷ Siehe zu diesem Begriff grundlegend *Cappelletti/Garth*, Access to justice I & II; darüber hinaus auch *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 22 f., 213 ff.; *Hodges/Peysner/Nurse*, Litigation Funding: Status and Issues – Research Report; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, S. 6; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 3 ff.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 813 ff.; *Wolf*, Access to justice: interim report; *Wolf*, Access to justice: final report; *Working Group on Litigants in Person*, Report November 2011; *Bender*, RabelsZ 40 (1976), 718; *Cappelletti/Garth/Trocker*, RabelsZ 40 (1976), 669; *Engel*, NJW 2015, 1633; *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 411 ff.; *Hess*, ZJP 118 (2005), 427; *Leipold*, in: Reform of Civil Procedure, S. 265; *Zuckerman*, J. Law & Soc. 1995, 155; *Zuckerman*, C.J.Q. 2007, 1.

¹¹⁸ „Justice“ lässt sich sowohl mit „Recht, Gerechtigkeit“, als auch mit „Justiz, Rechtssystem“ übersetzen, vgl. die Definition von ‚justice‘ im Oxford Dictionary, abrufbar unter: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/justice> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019). Auf

rungen können daher – sofern die Voraussetzungen vorliegen – durchaus eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts sein.

b) Prozesskostenhilfe und *policy-implementing*

Die Bewertung, ob dies der Fall ist, fällt nicht leicht. Eine Hinwendung zum *policy-implementing type* des Prozessrechts kann jedoch ausgeschlossen werden. Die Prozesskostenhilfe soll gerade nicht dazu dienen, gewisse ordnungspolitische Vorgaben umzusetzen. Vielmehr ermöglicht sie erst, dass ein Prozessrechtssystem des *conflict-solving type* funktionieren kann, weil jeder Nutzer eine Zugangsmöglichkeit zu dem System hat, das seine subjektiven Rechte feststellt und durchsetzt.¹¹⁹ Damit kommt lediglich eine Entformalisierung auf tiefergelagerter Ebene in Betracht.

c) Prozesskostenhilfe und sonstige Entformalisierung

Für eine materiale Regelungstechnik spricht jedenfalls, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung auf außerprozessrechtliche Wertungen Bezug nimmt. So soll dem finanziell weniger bemittelten Bürger ein „chancengleicher“ Zugang zum Gericht gewährt werden,¹²⁰ die „Kostenbarriere“ soll abgebaut werden.¹²¹ Insgesamt wurde das zuvor bestehende Armenrecht als unzulänglich hinsichtlich des Schutzes finanziell weniger potenter Parteien angesehen.¹²² Die Reform hatte also das klare Ziel des Schwächerenschutzes. Sehr deutlich wird etwa *Groß*:

„Ziel der gesetzlichen Neuregelung war eine Verbesserung der Chancengleichheit bei Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsbetreuung. Weil Chancengleichheit für den Bürger nicht nur die Gewährleistung gleicher Rechte im Bereich des materiellen Rechts bedeutet, sondern ihn gleichzeitig in die Lage versetzen muss, seine Rechte auch wahrzunehmen und notfalls gerichtlich durchzusetzen, sollte die Prozesskostenhilfe die Kostenbarriere beim Zugang zu den Gerichten abbauen.“¹²³

diese der deutschen Sprache eigene, zusätzliche, sprachliche Möglichkeit weist *Woopan*, NJW 2018, 133, 138 zurecht hin.

¹¹⁹ Vgl. auch *Baumgärtel*, JZ 1975, 425; *Kießling*, in: Saenger, ZPO, Vorbemerkung zu §§ 114-127 Rn. 1; *Wache*, in: MüKoZPO, § 114 Rn. 1 f.

¹²⁰ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Gesetz über die Prozeßkostenhilfe, BT-Drucks. 8/3068 S. 16: „Der Rechtsausschuß teilt die Auffassung der Bundesregierung, daß das Armenrecht, das in seinen Grundzügen aus dem letzten Jahrhundert stammt, verschiedene Mängel aufweist und seine Aufgabe, jedem Bürger eine chancengleiche Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu ermöglichen, nicht hinreichend erfüllt.“

¹²¹ RegE zum Gesetz über die Prozeßkostenhilfe, BT-Drucks. 8/3068 S. 1, 19 ff.

¹²² *Rahmede*, JR 1979, 492, 464 f.

¹²³ *Groß*, in: *Groß, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe*, Einleitung zur Prozesskostenhilfe Rn. 11. Ähnlich auch *Gogolin*, *Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch*, S. 79 f.

Es findet eine (stärkere) Bezugnahme auf individualisierende Momente und ein (stärkeres) Abweichen von rechtlicher Gleichheit zugunsten faktischer Gleichheit statt. Damit wird eines der Hauptkriterien materialen Rechts nach *Weber* verwirklicht.

Andererseits war ebenfalls (wenn auch nur konkludent) erklärtes Ziel der Gesetzesreform, eine bessere Vorhersehbarkeit der Entscheidungen zur Prozesskostenhilfe zu gewährleisten.¹²⁴ Es wurde die richterliche Macht im Armutprüfungsverfahren durch die Einführung eines Tabellensystems (§ 114 Satz 2 ZPO n.F.) zurückgefahren. Statt nach „Blick über den juristisch geschulten Daumen“ bzw. Bezugnahme auf mehr oder weniger klar definierte Rechtsnormen¹²⁵ zu entscheiden, ob bei einem Antragsteller das Tatbestandsmerkmal der Armut erfüllt ist (§ 114 ZPO i.d.F. v. 01.01.1964), muss der Richter dies nun nur noch aus einer Tabelle ablesen. Hierdurch wird potentieller richterlicher Willkür vorgebeugt und eine eher geschlossene Normstruktur angelegt. Dies führt dazu, dass statt einer detaillierten Einzelfallprüfung, die erlaubt hätte, in besonderen Härtefällen, die von einer Tabelle nicht erfasst werden können, abweichende Entscheidungen zur treffen, ein abstraktes, vorhersehbares Kriterium angelegt wird. Dies ist im Sinne *Webers* ein starkes Indiz für formales Recht, ebenso, wenn man die Kriterien von *Summers* zur Abgrenzung zwischen formalem und materialem Recht zugrunde legt.¹²⁶ Es zeigt sich mithin wiederum, dass eine konkrete Zuordnung einer Regelung zu den Kategorien von formal/material oft schwieriger ist, als erwartet.

Für die Änderung *in casu* überwiegt schließlich aber doch die materiale Zielsetzung, die mit teilweise formalen Elementen umgesetzt werden soll. Danach ist die Einführung der Prozesskostenhilfe als – wenn auch nicht übermäßig starke – Tendenz zu einer Materialisierung zu werten.¹²⁷

¹²⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum Gesetz über die Prozesskostenhilfe, BT-Drucks. 8/3068, S. 1, 19 f. Ebenso, wenn auch polemisierend, *Rahmede*, JR 1979, 492, 494: „Denn gerade bei einer weitgehend großzügigen Bewilligungspraxis werden diejenigen Rechtsuchenden, die an einen Richter geraten, der sich als Hüter der öffentlichen Kassen versteht und darüber hinaus vielleicht noch – beeinflusst durch die Kommentierung der §§ 114 ff. ZPO bei Baumbach-Lauterbach – hinter jedem Antragsteller einen Querulanten befürchtet, besonders hart getroffen.“

¹²⁵ Etwa durch Bezugnahme auf den Lohnpfändungsschutz (KG, JR 1951, 184), das Sozialhilferecht (OVG Berlin, DRiZ 1971, 93) oder familienrechtliche Unterhaltsvorschriften (*Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), § 114 Rn. 10 mit Fn. 13). Vgl. auch *Rahmede*, JR 1979, 492.

¹²⁶ Siehe oben Kapitel 2, E. III. 2.

¹²⁷ Vgl. auch *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 823 ff.; *Meyer*, JR 2004, 1, 5; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 165

V. Verbraucherschutzvorschriften im Recht der Gerichtsstände

Das Verbraucherrecht ist ein Rechtsgebiet, das in den letzten Jahrzehnten maßgeblich zur Veränderung des Privatrechts beigetragen hat. Paragraphenkolosse wie §§ 312g, 358 oder 493 wurden aus Gründen des Verbraucherschutzes ins BGB eingeführt.¹²⁸ Dass diese verbraucherschützende Gesetzgebung zur Materialisierung des Privatrechts beigetragen hat, ja sie geradezu befeuert hat, ist unbestritten.¹²⁹ Möglicherweise zeigt sich dieser umfassende Verbraucherschutz des Privatrechts in ähnlichem Maße auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts.¹³⁰ Dies gilt es zu untersuchen. Hierbei bietet sich vor allem das Recht der Gerichtsstände an.

1. Verbrauchergerichtsstand des § 29c ZPO

Wenn von verbraucherschützenden Vorschriften in der ZPO die Rede ist, kommt schnell der „Verbrauchergerichtsstand“¹³¹ des § 29c ZPO zur Sprache. Dieser wurde im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes neu in die ZPO eingeführt,¹³² entspricht aber inhaltlich im Wesentlichen dem alten § 7 HausTWG.¹³³ Er ermöglicht in Abweichung vom allgemeinen Beklagtengerichtsstand der §§ 12, 13, 17 ZPO die Klage des Verbrauchers an dessen Wohnsitz. Für Klagen gegen den Verbraucher ist dieser Gerichtsstand ein (örtlich)¹³⁴ ausschließlicher.

¹²⁸ Siehe zu den Vorschriften jeweils: § 312g: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 17/7745, S. 9 ff.; § 358 BGB: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040 S. 200 f.; § 493 BGB: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 18/5922, S. 84 ff.

¹²⁹ Vgl. monographisch nur *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher; *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem; *Sedlmeier*, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht; daneben auch *Calliess*, AcP 203 (2003), 575; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?; *Roth*, DRiZ 2015, 24; *Tonner*, KJ 1985, 107.

¹³⁰ Ähnliches fragt sich, allerdings aus bewusst voreingenommener Perspektive, *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 809 ff.

¹³¹ OLG Hamm, Beschl. v. 07.07.2016, 32 SA 24/16, Ls. 1; *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 29c Rn. 20a.

¹³² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138, 3180.

¹³³ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v. 16.01.1986, BGBl. I, S. 122, 123.

¹³⁴ *Patzina*, in: MüKoZPO, § 29c Rn. 3.

a) *Enger Anwendungsbereich des § 29c ZPO*

Betrachtet man § 29c ZPO, erscheint es jedoch etwas hochgegriffen, von einem „Verbrauchergerichtsstand“ zu sprechen. Schließlich wird der Gerichtsstand nicht für alle Verträge mit einem Verbraucher eröffnet, sondern nach § 29c Abs. 1 Satz 1 ZPO nur für Verträge im Sinne des § 312b BGB, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden.¹³⁵ Durch § 312b BGB, der wiederum nach § 312 BGB nur anzuwenden ist, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB handelt, ergibt sich, dass § 29c ZPO einerseits nur einschlägig ist, wenn sowohl ein Verbraucher als auch ein Unternehmer beteiligt sind. Andererseits ist der Gerichtsstand nach dem klaren Wortlaut nur für Verträge des § 312b BGB (und entsprechende Umgehungsgeschäfte), nicht aber für andere Verbraucherverträge, insbesondere nicht für Fernabsatzverträge nach § 312c BGB, eröffnet.¹³⁶ Diese beiden Einschränkungen führen dazu, dass für die geschätzt weit überwiegende Zahl der Verträge mit Verbraucherbeteiligung der Gerichtsstand des § 29c ZPO nicht eröffnet ist.¹³⁷

b) *Tendenz zur Materialisierung durch § 29c ZPO?*

Gleichwohl sollte § 29c ZPO in seiner rechtspolitischen Bedeutung nicht unterschätzt werden, schließlich ist er eine von wenigen Normen in der ZPO, die das Wort „Verbraucher“ überhaupt verwendet.¹³⁸ Es soll daher untersucht werden, ob die Einführung dieses Verbrauchergerichtsstands als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu begreifen ist.

¹³⁵ Dies wurde im Rahmen der Verbraucherrechtsnovelle an die Änderung des BGB angepasst: Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung v. 20.09.2013, BGBl. I, S. 3642, 3661. Nicht geändert wurde hingegen die amtliche Überschrift „Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte“.

¹³⁶ *Bendtsen*, in: Saenger, ZPO, § 29c Rn. 3; *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 29c Rn. 7; *Patzina*, in: MüKoZPO, § 29c Rn. 5; *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 29c Rn. 1. Gegen eine von *Woitkewitsch*, CR 2006, 284, 287 f. vorgeschlagene analoge Anwendung des § 29c ZPO auf Fernabsatzverträge spricht einerseits der historische Hintergrund (HaustWG und FernabsG waren zwei unterschiedliche Gesetze und nur das HaustWG beinhaltete den besonderen Gerichtsstand) und der erst jüngst in 2013 wieder erklärte Wille des Gesetzgebers, nach dem sich die Rechtslage zum HaustWG und der 2001 vorgenommenen kleinen Änderung nicht ändern sollte (BT-Drucks. 17/12637, S. 80).

¹³⁷ Empirische Daten sind – soweit ersichtlich – nicht verfügbar. Vergewenwärtigt man sich jedoch die in den vergangenen Jahren massiv gestiegene Bedeutung des E-Commerce, so drängt sich die Vermutung auf, dass die klassischen „Haustürgeschäfte“ nur einen geringen Teil der Verbraucherverträge ausmachen.

¹³⁸ Ansonsten nur § 79 ZPO und §§, die auf das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz als Behörde verweisen. Vgl. aber §§ 606 ff. ZPO-neu, siehe dazu BT-Drucks. 19/2504.

aa) Verschiebung in Richtung policy-implementing type des Prozessrechts

Zunächst stellt sich hierbei die Frage nach der Zielrichtung, mit der § 29c ZPO (bzw. § 7 HausTWG) eingeführt wurde. Schließlich könnte § 29c ZPO ein Indiz für eine Verschiebung des grundlegenden Ziels des Zivilprozessrechts hin zur Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien sein. Diese Frage lässt sich mit einem Blick in die Gesetzesbegründung schnell beantworten. Dort heißt es zur Einführung des § 7 HausTWG:

„Eine Gerichtsstandsregelung ist erforderlich, da das allgemeine Prorogationsverbot nach § 38 ZPO dem *Schutzbedürfnis des wirtschaftlich und sozial meist unterlegenen Kunden* nicht ausreichend Rechnung trägt, weil dadurch die Zuständigkeit für Klagen des Kunden aus Haustürgeschäften gegen die andere Vertragspartei nicht berührt wird. Insbesondere in Fällen, in denen der Kunde bei Abgabe der Willenserklärung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Leistungen bereits erbracht hat, wird er nach erfolgtem Widerruf seine Rechte gegebenenfalls im Klagewege durchsetzen müssen. Da zu befürchten ist, daß sich der Kunde von der Klageerhebung an einem u. U. weit entfernt liegenden Gericht abhalten ließe, ist eine Gerichtsstandsregelung notwendig. Dem Vertragspartner ist es zuzumuten, den Rechtsstreit am Wohnsitzgericht des Kunden zu führen, zumal der Vertrag häufig am Wohnsitz des Kunden angebahnt wurde.“¹³⁹

Zur Einführung des § 29c ZPO ergänzt der Gesetzgeber:

„Der bisherige § 7 Abs. 1 HTWG bezweckt unter anderem, den Verbraucher vor wohnsitzferner Inanspruchnahme zu schützen und ihm eine Klagemöglichkeit am Wohnsitz zu eröffnen. Die Vorschrift sieht hierfür eine ausschließliche Zuständigkeit unabhängig davon vor, ob der Verbraucher oder die andere Vertragspartei klagt. Dies engt den Verbraucher unnötig ein. Durch die Neufassung des Absatzes 1 ist der *Verbraucher nunmehr in gleicher Weise wie bisher geschützt und erhält zusätzlich die Möglichkeit*, am allgemeinen Gerichtsstand der anderen Vertragspartei und am Erfüllungsort zu klagen.“¹⁴⁰

Beide Gesetzesbegründungen lassen keinen Zweifel daran, was der Gesetzgeber mit § 29c ZPO bezweckte: Den Schutz einer „wirtschaftlich und sozial meist unterlegenen“¹⁴¹ Partei durch eine für sie günstigere Regelung des Gerichtsstands. Das Gesetz war nach Ansicht mancher Autoren Teil eines „Bundessozialplans“, der zur Zeit des Erlasses umgesetzt wurde und umfassend Schutz des Verbrauchers durchsetzen sollte.¹⁴² Durch die deutliche Bezugnahme auf soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten zwischen den Parteien wird zudem deren strenge rechtliche Gleichbehandlung im Zivilverfahren

¹³⁹ Gesetzesbegründung zum Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BT-Drucks. 10/2876, S. 15 (Hervorhebung vom Autor).

¹⁴⁰ Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 278 (Hervorhebung vom Autor).

¹⁴¹ BT-Drucks. 10/2876, S. 15.

¹⁴² So Löwe, ZIP 1985, 1363, der auf den Begriff von *Wassner*, ZIP 1985, 843 zurückgreift.

aufgegeben.¹⁴³ Nach einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts, das sich auch heute noch im Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit niederschlägt,¹⁴⁴ ist der soziale Hintergrund der Parteien für die vom Verfahrensrecht gewährten Möglichkeiten unerheblich. Mit der Bezugnahme auf die soziale Stellung und wirtschaftliche Potenz wird ein außer(prozess-)rechtliches Merkmal bei der Frage, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig ist, in den Blick genommen. Der Gerichtsstand bestimmt sich also nicht mehr nur nach prozessrechtlichen Erwägungen wie örtlicher Nähe für optimale Beweisaufnahme (§ 24 ZPO¹⁴⁵ oder § 32 ZPO¹⁴⁶) oder Erwägungen der Sachnähe, um zwischen Parteiinteressen einen angemessenen Ausgleich zu schaffen (§ 29 ZPO¹⁴⁷). Vielmehr stehen soziale Erwägungen im Vordergrund. Der Gerichtsstand des § 29c ZPO soll den Schutz des Verbrauchers im materiellen Recht prozessual ergänzen.

Das Zivilprozessrecht wird hier also auf die Erreichung eines ordnungspolitisch dem materiellen Recht vorgegebenen Ziels ausgerichtet – ein deutliches Merkmal für einen *policy-implementing type* des Prozessrechts.¹⁴⁸ Der Verbraucherschutz soll nicht mehr nur durch das materielle Recht durchgesetzt werden, auch das Zivilprozessrecht wird hierzu verwendet.

bb) Zwischenergebnis

Insgesamt ist damit klar, dass die Einführung eines besonderen Gerichtsstands für Verbraucher bei bestimmten Verträgen eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts darstellt. Diese ist – wie dargestellt – nicht von übermäßiger praktischer Relevanz, zeigt aber doch eine gewisse Stoßrichtung, in die der Gesetzgeber im Zivilprozessrecht vordringt. Er verschiebt dabei das grundsätzliche Verständnis des Zivilprozessrechts in Richtung eines *policy-implementing type* des Prozessrechts, die Interessellosigkeit am einzelnen Zivilprozess und dessen Parteien wird im Anwendungsbereich des § 29c ZPO aufgegeben, „sozial schwächere“ Parteien bevorzugt.

¹⁴³ Siehe hierzu oben Kapitel 2, E. III. 2. a).

¹⁴⁴ Vgl. *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 124 ff. (m.w.N.). Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit wird heute hinsichtlich verfahrensrechtlicher Normen vor allem vor seinem verfassungsrechtlichen Hintergrund verstanden, siehe dazu wiederum *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 124 f. Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Befugnis des Gesetzgebers, den § 29c ZPO zu schaffen, bestehen jedoch vor dem Hintergrund von Art. 3 GG nicht. Deshalb wird auch nicht von einem Konflikt zum Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit, sondern zur formalen Gleichbehandlung der Parteien gesprochen.

¹⁴⁵ *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 24 Rn. 1; *Patzina*, in: MüKoZPO 2. Aufl. (2002), § 24 Rn. 1.

¹⁴⁶ *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 32 Rn. 1; *Patzina*, in: MüKoZPO, § 32 Rn. 1.

¹⁴⁷ *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 29 Rn. 1; *Patzina*, in: MüKoZPO, § 29 Rn. 1.

¹⁴⁸ Siehe hierzu oben Kapitel 2, E. III. 1. b).

2. Gerichtsstand des Versicherungsnehmers, § 215 VVG

Für die Vorschrift des § 215 VVG, der dem Versicherungsnehmer für Klagen aus dem Versicherungsvertrag oder der Versicherungsvermittlung einen dem § 29c ZPO entsprechenden Gerichtsstand gewährt, kann aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit und ausdrücklichen Nachbildung auf die soeben erzielten Ergebnisse verwiesen werden.¹⁴⁹ Auch in diesem Sondergerichtsstand ist also eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu erkennen, da ordnungspolitische Leitlinien durch das Zivilprozessrecht umgesetzt werden sollen.

3. Prorogationsverbot, §§ 29 Abs. 2, 38 ZPO

Doch die Regelungen des § 29c ZPO und des § 225 VVG sind womöglich nicht die einzigen im Recht der Gerichtsstände, die eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts darstellen. Ebenso könnte § 38 ZPO, der ein grundsätzliches Prorogationsverbot aufstellt, und im gleichen Zusammenhang § 29 Abs. 2 ZPO als Tendenz zur Materialisierung zu sehen sein.

a) Inhalt des Prorogationsverbots

Beide Regelungen traten am 01.04.1974 in Kraft¹⁵⁰ und bedeuteten einen Paradigmenwechsel hinsichtlich der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen.¹⁵¹ Waren solche seit Geltungsbeginn der CPO im Grundsatz zulässig,¹⁵² sind sie nun im Grundsatz unzulässig, § 38 ZPO i.d.F. v. 01.04.1974.¹⁵³ Auch Erfüllungsortvereinbarungen können nun regelmäßig einen Gerichtsstand nach § 29 Abs. 1 ZPO nicht mehr begründen, § 29 Abs. 2 ZPO i.d.F. v. 01.04.1974.¹⁵⁴ Vor der Novelle bestanden Prorogationsverbote kaum. Sie existierten nur dergestalt, dass nicht eine generelle Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden durfte, sondern diese sich auf ein konkretes Rechtsverhältnis beziehen musste bzw. dass keine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden durfte, wenn es um andere als vermögensrechtliche Streitigkeiten ging oder ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet war (§ 40 ZPO vor dem

¹⁴⁹ Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, BT-Drucks. 16/3945, S. 117; außerdem wie hier *Looschelders/Heinig*, JR 2008, 265; *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 29c Rn. 2; *Looschelders*, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG, § 215 Rn. 4.

¹⁵⁰ Gesetz zur Änderung der Zivilprozeßordnung v. 21.03.1974, BGBl. I, S. 753.

¹⁵¹ *Patzina*, in: MüKoZPO, § 38 Rn. 1.

¹⁵² § 38 CPO 1879: Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

¹⁵³ Vgl. Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Änderung der Zivilprozeßordnung, BT-Drucks. 7/268, S. 1 (bei B.).

¹⁵⁴ Vgl. Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Änderung der Zivilprozeßordnung, BT-Drucks. 7/268, S. 1 (bei B.).

01.04.1974). Daneben hatte der Gesetzgeber in § 6a AbZG¹⁵⁵ vor der Novelle und § 7 HausTWG¹⁵⁶ nach der Novelle statt Prorogationsverböten ausschließliche Gerichtsstände eingeföhrt.

So sind Gerichtsstandsvereinbarungen bzw. Erfüllungsortvereinbarungen, die einen Gerichtsstand nach § 29 Abs. 1 ZPO begründen sollen, zwar nun im Grundsatz unzulässig, dies gilt allerdings nicht, falls beide Parteien „Kaufleute, die nicht zu den in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden gehören, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind“, §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO i.d.F. v. 01.04.1974. Das Prorogationsverbot des § 38 ZPO i.d.F. v. 01.04.1974 hat einen anderen Kreis geschützter Personen, als etwa der heutige § 29c ZPO oder der alte § 7 HausTWG. Während letztere „nur“ Verbraucher oder „Kunden“ schütz(t)en und damit auf ein konkretes Rechtsgeschäft abstellen, nehmen die §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO i.d.F. v. 01.04.1974 ein rechtlich abstraktes Kriterium, insb. die Kaufmannseigenschaft ins Auge. Das föhrt dazu, dass auch Personen, die – nach heutiger Definition (§ 14 BGB) – Unternehmer, aber nicht Kaufmann sind, etwa Rechtsanwälte oder Steuerberater, selbst im geschäftlichen Bereich nicht wirksam Gerichtsstandsvereinbarungen schließen können. Hingegen kann nach §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO i.d.F. v. 01.04.1974 eine dort genannte Person auch im privaten Bereich Gerichtsstands- bzw. prozessual bindende Erfüllungsortvereinbarungen schließen.¹⁵⁷

b) Materialisierung durch das Prorogationsverbot

Damit ist die Neuregelung des Rechts der Gerichtsstandsvereinbarungen eigentlich nicht „Verbraucherschutz“ im engeren Sinne, weil eben nicht an die Verbauchereigenschaft angeknüpft wird. Erkennen lässt sich jedoch im Grundsatz: geschäftserfahrene Parteien dürfen weiterhin Gerichtsstandsvereinbarungen abschließen, während diese Freiheit beschränkt wird, sobald eher typisch „schwache“ Parteien beteiligt sind.

Dies wird umso deutlicher, wenn die Gesetzesbegründung in den Blick genommen wird. Vom Gesetzgeber angegebener Grund für die Novelle war, dass „wirtschaftlich schwache und geschäftlich unerfahrene Personen“ beim Abschluss von Verträgen Erfüllungsort- oder Gerichtsstandsvereinbarungen eingehen, ohne deren Bedeutung zu erkennen. Dies föhre zu Versäumnisurteilen vor weit entfernten Gerichten gegen diese Parteien, obwohl die Sache materiell-rechtlich nicht aussichtslos erschiene.¹⁵⁸ Die zu diesem Zeitpunkt existierenden ausschließlichen Gerichtsstände, etwa in § 6a AbzG, würden

¹⁵⁵ Erstes Änderungsgesetz zum Abzahlungsgesetz, BGBl. I 1969, S. 1541.

¹⁵⁶ Siehe oben Kapitel 4, A. V. 1.

¹⁵⁷ Vgl. *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 11 Rn. 4.

¹⁵⁸ BT-Drucks. 7/268 S. 1.

zum Schutz schwacher Parteien nicht ausreichen.¹⁵⁹ Im Jahr 1879 hätten Streitigkeiten aufgrund geringerer Mobilität der Parteien regelmäßig nur in regional begrenztem Rahmen stattgefunden. Dies habe sich mit Fortentwicklung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert. Zudem fänden sich in nahezu allen Verträgen Klauseln, mit denen entweder der Erfüllungsort oder der Gerichtsstand formularmäßig festgelegt würden, weshalb wirtschaftlich unerfahrene Schuldner oftmals im Termin zur mündlichen Verhandlung aufgrund der weiten Anreise nicht anwesend seien und deshalb durch Versäumnisurteil unterlägen.¹⁶⁰ Daher gelte es, entsprechende Gerichtsstandsvereinbarungen zu verbieten und Erfüllungsortvereinbarungen einen Gerichtsstand nach § 29 Abs. 1 ZPO nicht mehr begründen zu lassen.¹⁶¹

Hier lässt sich eine eindeutig materiale Argumentation beobachten. Indem auf die wirtschaftliche Stärke Bezug genommen wird, um zu determinieren, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen werden kann, rückt ein außerprozessrechtliches Element in den Fokus bei der Beurteilung der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen. Dies wird auch in der zeitgenössischen Literatur zum Inkrafttreten der Novelle einhellig so beurteilt.¹⁶² Der Gesetzgeber gibt zu erkennen, dass er ein ähnliches Motiv verfolgt, wie bei der Einführung von ausschließlichen Gerichtsständen zum Schutz einer als schwächer erkannten Partei.¹⁶³ Auch wird durch die Änderung von einem bestehenden Grundsatz des *conflict-solving type* des Prozessrechts abgewichen: der Parteiautonomie als prozessuales Spiegelbild der Privatautonomie.¹⁶⁴ Gerade an der Möglichkeit zur Gerichtsstandsvereinbarung wird diese Verknüpfung besonders deutlich. Die Parteien schließen privatautonom einen (materiell-rechtlichen) Vertrag, in dem sie gleichzeitig als Ausdruck ihrer Parteiautonomie (formell-rechtlich) das örtlich zuständige Gericht festlegen. Der Staat hat kein Interesse daran, in diese Vereinbarung einzugreifen, da es ihm gleichgültig ist, warum die Parteien ein bestimmtes Gericht anrufen.¹⁶⁵ Wird diese Möglichkeit nun beschränkt, so liegt hierin eine Abkehr von dieser Interesselosigkeit zugunsten der Durchsetzung ordnungspolitischer Interessen.¹⁶⁶

¹⁵⁹ BT-Drucks. 7/268 S. 4 f.

¹⁶⁰ BT-Drucks. 7/268 S. 4 f.

¹⁶¹ BT-Drucks. 7/268 S. 4 f.

¹⁶² Vgl. nur zu *Megede*, ZRP 1969, 200, 201; *Löwe*, ZRP 1970, 97, 99 f.; *Wacke*, ZRP 1970, 244, 245 f.; *Löwe*, ZRP 1972, 127; *Klunzinger*, JR 1974, 271.

¹⁶³ Ausdrücklich mit Verweis auf § 6a AbzG BT-Drucks. 7/268, S. 4 f.

¹⁶⁴ Siehe schon oben Kapitel 2, E. III. 1. a).

¹⁶⁵ Vgl. schon *Hellmann*, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz Band 1, S. 163.

¹⁶⁶ Vgl. BT-Drucks. 7/268, S. 4 f.; BT-Drucks. 7/1384, S. 3; zu *Megede*, ZRP 1969, 200 f.; *Löwe*, ZRP 1970, 97, 99 f.; *Wacke*, ZRP 1970, 244, 245 f.; *Löwe*, ZRP 1972, 127; *Klunzinger*, JR 1974, 271.

Zuletzt könnte man einwenden, dass durch die neue Regelung der Gerichtsstandsvereinbarungen das Vertragsrecht und nicht das Zivilprozessrecht materialisiert wird. Sogar der Gesetzgeber selbst spricht von einer Einschränkung der „Privatautonomie“¹⁶⁷. Allerdings verkennt dies die (im Detail strittige)¹⁶⁸ Eigenheit einer Gerichtsstandsvereinbarung. Unumstritten ist, ob sich deren Zulässigkeit und Wirksamkeit nach dem Prozessrecht richtet.¹⁶⁹ Ist einigen Parteien eine solche Vereinbarung formell-rechtlich nicht mehr möglich, so liegt hierin aber kein Eingriff in die Privatautonomie, sondern in die Parteiautonomie. Schließlich können die Parteien privatautonom nicht über die Bedingungen eines staatlich geregelten Verfahrens disponieren, dies kann nur eine Frage der prozessrechtlichen Parteiautonomie sein.¹⁷⁰ Es ist den Parteien ja auch unbenommen, materiell-rechtlich eine Gerichtsstandsvereinbarung zu schließen, diese entfaltet nur im Geltungsbereich der ZPO keine prozessrechtliche Wirkung mehr.

Insgesamt ist damit die Einschränkung der Parteiautonomie durch das grundsätzliche Verbot von Gerichtsstandsvereinbarungen zum Schutz schwächerer Parteien als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten. Auch hier liegt eine Verschiebung des grundsätzlichen Zwecks des Zivilprozessrechts weg von der staatlichen Gleichgültigkeit eines *conflict-solving type* hin zur Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien vor.

4. Zwischenergebnis

Durch die verbraucherschützenden Vorschriften in §§ 29c, 38 ZPO, § 225 VVG lässt sich eine klare Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts erkennen. Der materiell-rechtlich und ordnungspolitisch erwünschte Verbraucher- und Schwächerenschutz wird durch diese bestimmte Parteien bevorzughenden Gerichtsstände und Prorogationsverbote prozessrechtlich umgesetzt.

VI. Verbandsklageverfahren

Eines der Felder des Zivilprozessrechts, das in den vergangenen Jahren am häufigsten diskutiert wurde, ist das des kollektiven Rechtsschutzes im Allge-

¹⁶⁷ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/1384, S. 3: „Nach sorgfältiger Abwägung kommt er [der Rechtsausschuss, *d. Verf.*] jedoch zu dem Ergebnis, daß der Schutz der sozial schwächeren Bürger bei Gerichtsstandsvereinbarungen schwerer wiegt als der Grundsatz der Privatautonomie.“

¹⁶⁸ Siehe hierzu nur *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 38 Rn. 3 (m.w.N.).

¹⁶⁹ BGHZ 49, 384, 385 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 37 Rn. 2; *Bork*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 38 Rn. 47; *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 38 Rn. 3; *Patzina*, in: MüKoZPO, § 38 Rn. 11; *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 38 Rn. 1.1.

¹⁷⁰ Ähnlich *Löwe*, ZRP 1970, 97, 99.

meinen bzw. der Verbandsklageverfahren im Besonderen.¹⁷¹ Dieses dynamische Feld des Zivilprozessrechts kann im Rahmen dieser Arbeit nicht umfassend bearbeitet werden. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Schaffung von Möglichkeiten zum kollektiven Rechtsschutz grundsätzlich als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gesehen werden kann. Verbandsklagebefugnisse sind streng zu trennen von den Möglichkeiten einer „Sammelklage“, die im deutschen Recht – ganz im Gegensatz zu den bekannten *class action* Verfahren im anglo-amerikanischen Rechtskreis – nur sehr eingeschränkt möglich sind.¹⁷² Verbandsklagen sind eine besondere Form der Popularklage mit Einschränkungen hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs. Im eigentlichen Sinne werden hier keine Interessen gebündelt, sondern Interessen stellvertretend geltend gemacht.¹⁷³

1. Einführung

Die ZPO selbst sieht keine Möglichkeiten zur Verbandsklage vor. Diese finden sich ausschließlich in Sondergesetzen. So steht mit dem UKlaG ein eigenes Gesetz zur Verbandsklage insbesondere in Verbrauchersachen zur Verfügung. Aber auch in anderen Gesetzen, etwa § 8 Abs. 3 UWG¹⁷⁴ oder §§ 33 ff. GWB¹⁷⁵, werden bestimmte Möglichkeiten zur Klage von Verbänden gegeben. Solche Klagemöglichkeiten sind nicht zwingend Eigenheiten zivilprozessualer Verfahren. Typischerweise sind Verbandsklagebefugnisse in Gebieten mit genereller Betroffenheit der Rechtsunterworfenen, wie etwa dem Umweltrecht oder dem Naturschutzrecht, beheimatet.¹⁷⁶ Statt eines einzelnen Betroffenen kann dort auch eine Interessengemeinschaft die entsprechenden Ansprüche geltend machen. Größere Bekanntheit erlangten die umweltrechtlichen Verbandsklagen in jüngerer Zeit durch die Debatte um Fahrverbote für Diesel-

¹⁷¹ Monographisch nur *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen; *Mafra Leal*, Die Kollektivklage zur Durchsetzung kollektiver Interessen; *Urbanczyk*, Zur Verbandsklage im Zivilprozeß; zudem grundlegend nun auch *Guski*, ZJP 131 (2018), 353.

¹⁷² Etwa über eine Streitgenossenschaft, §§ 59 f. ZPO oder eine Prozessverbindung, § 147 ZPO, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind; vgl. hierzu auch *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 3 ff.; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 32 ff.

¹⁷³ *Mafra Leal*, Die Kollektivklage zur Durchsetzung kollektiver Interessen, S. 125 ff.; *Huber*, in: Digital Single Market, S. 2 ff.; *Lindacher*, in: MüKoZPO, Vor § 50 Rn. 79.

¹⁷⁴ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 03.07.2004, BGBl. I, S. 1414.

¹⁷⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Neubekanntmachung v. 26.06.2013, BGBl. I, S. 1750, 3245.

¹⁷⁶ Vgl. nur *Radespiel*, Die naturschutzrechtliche Verbandsklage; *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz; *Koch*, NVwZ 2007, 369.

PKW, die durch mehrere Entscheidungen ausgelöst wurden, denen Verbandsklagen zugrunde lagen.¹⁷⁷

An eine solche generelle Betroffenheit knüpfen im Grundsatz auch die zivil(prozess)rechtlichen Verbandsklagebefugnisse an. Besonders deutlich wird dies etwa im UKlaG, das sich unter Anderem gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB durch Unternehmer richtet, oder im UWG, das bestimmte unlautere Geschäftspraktiken verbietet. Beiden unternehmerischen Praktiken ist gemein, dass durch sie potentiell eine große Zahl an Rechtsunterworfenen geschädigt werden kann, etwa weil eine große Zahl von Scheinverbindungen entstehen¹⁷⁸ oder viele Vertragspartner in ihrer Entscheidungsfindung durch falsche Angaben beeinflusst werden.¹⁷⁹ Ob in der Einführung von solchen Verbandsklagebefugnissen auch eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu sehen ist, soll exemplarisch anhand der beiden bereits erwähnten Verbandsklagebefugnisse¹⁸⁰ der §§ 1 ff. UKlaG und § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG untersucht werden.

2. Inhaltlicher Überblick

a) UKlaG

§§ 1, 3 UKlaG statuieren, dass, wer gegen §§ 307 ff. BGB verstoßende AGB verwendet oder deren Verwendung empfiehlt, von „qualifizierten Einrichtungen“, „rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen“ oder „den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern“ auf Unterlassung bzw. Widerruf „in Anspruch genommen werden“ kann. Doch nicht nur, wer unwirksame AGB verwendet, kann auf Unterlassung oder Beseitigung in Anspruch genommen werden. §§ 2, 3 UKlaG gewähren auch die Möglichkeit, gegen Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze im Wege einer Verbandsklage vorzugehen. Hinsichtlich der Durchsetzung verweist § 5 UKlaG weitgehend auf die Vorschriften der ZPO, lediglich aus §§ 6 und 8 ff. UKlaG ergeben sich einige Besonderheiten für das Verfahren.

Das UKlaG trat als Teil der Schuldrechtsreform am 01.01.2002 in Kraft.¹⁸¹ Doch wurde sein Inhalt nicht vollständig neu geschaffen, sondern die formel-

¹⁷⁷ Vgl. etwa BVerwG NJW 2018, 2074; BayVGh NVwZ 2017, 894; VG Düsseldorf NWVBl 2017, 85 ff.

¹⁷⁸ Der Schutz hiervoor ist ein Schutzzweck des UKlaG, vgl. BGH NJW-RR 2008, 624, 625; *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 18; *Micklitz*, in: MüKoZPO, § 1 UKlaG Rn. 5.

¹⁷⁹ BGHZ 164, 153, 157; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza UWG, § 1 Rn. 20 f.

¹⁸⁰ Es wird an dieser Stelle bewusst neutral von „Verbandsklagebefugnissen“ oder „Popularklagen“ gesprochen, ohne dass damit eine Bewertung hinsichtlich der Rechtsnatur erfolgen soll.

¹⁸¹ BGBl. 2001 I, S. 3138, 3173.

len Vorschriften der §§ 13 ff. AGBG¹⁸² wurden in ein neues, eigenes Gesetz überführt, während die materiellen Vorschriften des AGBG sich nun in §§ 307 ff. BGB finden. Ebendiese Vorschriften zum formellen Teil des AGBG fanden sich im ersten Gesetzentwurf der Bundesregierung im Jahr 1975 noch nicht, dieser enthielt nur die materiellen Regelungen.¹⁸³ Ein gleichgerichteter, etwas früher eingebrachter Entwurf der CDU/CSU-Fraktion hingegen enthielt entsprechende Verfahrensregelungen.¹⁸⁴ Auch war in § 27 des Entwurfs bereits eine Verbandsklagebefugnis enthalten. Nach der Debatte im Rechtsausschuss¹⁸⁵ wurden verfahrensrechtliche Regelungen einerseits und eine Verbandsklagebefugnis andererseits schließlich in den Antrag des Rechtsausschusses zu den beiden Gesetzentwürfen aufgenommen¹⁸⁶ und schließlich so verabschiedet (§§ 13 ff. AGBG i.d.F. 09.12.1976).

b) UWG

In den Verbandsklagebefugnissen des § 8 Abs. 1, 3 UWG wird ein Klagerecht auf Unterlassung und Beseitigung gegen gewisse Geschäftspraktiken gewährt, die in §§ 3, 7 UWG als unlauter gewertet werden. Dieses ist §§ 1, 3 UKlaG in seiner Formulierung und in seinem Regelungsgehalt sehr ähnlich. Einziger wesentlicher Unterschied ist, dass der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auch Wettbewerbern zusteht (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG). Ansonsten sind die gleichen Stellen zur Verbandsklage berechtigt, wie auch bei §§ 1, 3 UKlaG (§ 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG). Hier ist zunächst festzuhalten, dass eine solche Möglichkeit bereits in der ersten Fassung des UWG von 1896 in dessen § 1 Abs. 1 Satz 2 enthalten war:

„Dieser Anspruch kann von jedem Gewerbetreibenden, der Waaren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, oder von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können.“¹⁸⁷

Der Gesetzgeber wollte damals schon die „Unterdrückung einer unter die Vorschrift fallenden Reklame nicht völlig von dem Entschlusse des einzelnen Mitbewerbers abhängig machen“ und hat daher „die gleichen Befugnisse auch

¹⁸² Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 09.12.1976, BGBl. I, S. 3317.

¹⁸³ RegE eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BT-Drucks. 7/3919.

¹⁸⁴ Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen, BT-Drucks. 7/3200, S. 6 f. (§§ 26 ff. des Entwurfs).

¹⁸⁵ Bericht aus dem Rechtsausschuss zu den Gesetzentwürfen, BT-Drucks. 7/5422 S. 3, 10 ff.

¹⁸⁶ Antrag des Rechtsausschusses zu den Gesetzentwürfen, BT-Drucks. 7/5422, S. 7 ff.

¹⁸⁷ Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27.05.1896, RGBl. S. 145.

den Verbänden [...] soweit sie als Partei in Zivilprozessen auftreten können“ gewährt.¹⁸⁸

3. Materialisierung durch Verbandsklagebefugnisse?

Nach diesen Informationen zu Inhalt und Geschichte ist noch zu untersuchen, ob mit den Verbandsklagebefugnissen auch eine Materialisierung des Zivilprozessrechts verbunden ist.

a) Prozessrechtliche oder materiell-rechtliche Ausgestaltung der Verbandsklagen?

Damit mit den Verbandsklagebefugnissen überhaupt eine Materialisierung des Zivilprozessrechts verbunden sein kann, müssen diese prozessrechtlich und nicht materiell-rechtlich ausgestaltet sein. Diese Fragestellung berührt – wie *Klocke* zurecht bemerkt – die grundsätzliche Frage nach der Rechtsnatur von Unterlassungsansprüchen bzw. -klagen.¹⁸⁹ Diese Problematik ist bereits vielfach diskutiert worden und kann an dieser Stelle nicht vollständig aufgearbeitet werden.¹⁹⁰ Für die hier aufgeworfene Frage ist allein relevant, wie diese Frage hinsichtlich der Verbandsklagebefugnis von §§ 1, 3 bzw. §§ 2, 3 UKlaG und § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG zu beantworten ist.

aa) Verbandsklagen als Popularklagen

Im Gegensatz zu einem „normalen“ Prozess muss bei einer Geltendmachung der §§ 1, 3 UKlaG gerade keine eigene Betroffenheit des Klägers von den AGB und bei der des § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG keine Betroffenheit von unlauterem Verhalten vorliegen. Regelmäßig werden AGB in Prozessen überprüft, in denen sie Vorfrage für den eigentlich geltend gemachten Anspruch sind.¹⁹¹ Im Rahmen einer Verbandsklage nach §§ 1, 3 UKlaG ist der Verband jedoch nicht selbst von einer unwirksamen Klausel in AGB betroffen, stattdessen wird ihm eine Art „Popularklagemöglichkeit“ gegeben.¹⁹² Dasselbe gilt für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen sonstige Verbraucherschützende Ge-

¹⁸⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes nebst Begründung, Reichstagsdrucksachen der 9. Legislaturperiode, 9. Session, 1895/96, Aktenstück Nr. 35, S. 98, 104.

¹⁸⁹ *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 46.

¹⁹⁰ Siehe nur *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 199 ff.; *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 46 ff.; *Guski*, ZJP 131 (2018), 353, 355 ff.; *Hadding*, JZ 1970, 305; *Hess*, JZ 2011, 66.

¹⁹¹ Vgl. aus jüngerer Zeit nur BGHZ 204, 302, Rn. 15 ff. (Schönheitsreparaturklausel bei Wohnraummietvertrag); BGHZ 206, 305, Rn. 26 ff. (Entgeltbestimmung für Buchungsposten bei einer Bank); BGHZ 209, 20, Rn. 11 ff. (Vorauszahlungsbestimmung in Personenluftverkehrsverträgen).

¹⁹² *Meller-Hannich/Höland*, DRiZ 2011, 164, 164 f.

setze gem. §§ 2, 3 UKlaG und eines Verstoßes gegen die §§ 3, 7 UWG bei einer Klage nach § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG. Popularklagen kennt die ZPO ansonsten jedoch nicht. Diesen steht das Erfordernis der Prozessführungsbefugnis entgegen, das Auskunft darüber gibt, von wem ein Anspruch geltend gemacht werden darf – allerdings streng von der materiellen Befugnis zu trennen ist.¹⁹³

bb) Ausgangspunkt der Diskussion: § 13 AGBG in der bis zum 29.06.2000 gültigen Fassung

Ob die Verbandsklagen nun prozessrechtlich oder materiell-rechtlich ausgestaltet sind, war vor allem zu Zeiten des AGBG umstritten. Der Streit wurde vor allem ausgelöst durch den nicht eindeutigen Wortlaut des § 13 Abs. 2 AGBG in der bis zum 29.06.2000 gültigen Fassung: „Die Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf können nur geltend gemacht werden [...]“ Hieraus konnte man im Wesentlichen zweierlei folgern. Einerseits legte der Wortlaut nahe, dass § 13 AGBG und damit die Verbandsklagemöglichkeit rein prozessualer Natur war, also etwa den Verbänden eine abstrakte Kontrollbefugnis gegeben wurde, oder diese die Rechte von Verbrauchern in Prozessstandschaft geltend machen konnten, also eine besondere Prozessführungsbefugnis zugewiesen bekamen.¹⁹⁴ Andererseits konnte man aus dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 AGBG in der bis zum 29.06.2000 gültigen Fassung: „kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden“, in Kombination mit dem bereits zitierten Wortlaut des § 13 Abs. 2 AGBG in der bis zum 29.06.2000 gültigen Fassung auch einen materiellen Anspruch der klageberechtigten Verbände herleiten, wie dies auch die Rechtsprechung¹⁹⁵ und ein wohl überwiegender Teil der Literatur¹⁹⁶ taten.

¹⁹³ *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 1; *Meller-Hannich/Höland*, DRiZ 2011, 164, 165; *Lüke*, ZZZ 78 (1963), 1, 13; *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 99; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 46 Rn. 3; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 22 Rn. 5; *Jacoby*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 50 Rn. 31; *Weth*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 51 Rn. 14.

¹⁹⁴ So insb. *Hadding*, JZ 1970, 305, 307; aber auch *Göbel*, Prozeßzweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozess, S. 123 ff.; *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 289 ff., 145; *Gilles*, ZZZ 98 (1985), 1, 8 f.; *Schmidt*, NJW 1989, 1192, 1194; *Schmidt*, ZIP 1991, 629, 632 f.; ähnlich auch zur heutigen Rechtslage *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 293: „aktionenrechtliche Kompetenzen, die in ein System materiell-rechtlicher Ansprüche nicht einzuordnen sind“. Vgl. auch die umfassende Aufschlüsselung in die im Einzelnen vertretenen prozessualen Ansätze bei *Greger*, ZZZ 113 (2000), 399, 402 mit Fn. 19; und *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 47 f.

¹⁹⁵ Zum UWG schon RGZ 120, 47, 49 ff.; sowie BGHZ 41, 314, 318. Zum AGBG BGH NJW-RR 1990, 886, 887 f.; BGH NJW 1995, 1488, 1489.

¹⁹⁶ Vgl. nur *Urbanczyk*, Zur Verbandsklage im Zivilprozeß, S. 127 ff.; *Wolf*, Die Klagebefugnis der Verbände, S. 20 ff., 34 f. 60 f.; *Greger*, NJW 2000, 2457, 2458; *ders.*, ZZZ

cc) Gesetzgeberische Klarstellung?

Der Gesetzgeber hat diesen Streit für das AGBG mit der Reform des § 13 Abs. 2 AGBG zum 29.06.2000 entschieden. Die neue Fassung lautete: „Die Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf stehen zu: [...]“.¹⁹⁷ Hierzu führt der Regierungsentwurf aus:

„Die Änderung des § 13 soll dazu genutzt werden, auch die Streitfrage zu klären, ob § 13 Abs. 2 eine Regelung über die Aktivlegitimation oder eine Regelung über die Prozessführungsbefugnis enthält. Die Frage soll im zuerst genannten Sinne entschieden [...] werden.“¹⁹⁸

Damit ist geklärt, dass die Verbandsklagekompetenznormen einen materiellen Anspruch gewähren.¹⁹⁹ Einigkeit über den Inhalt der jeweiligen Norm besteht damit freilich nicht. Die Rechtsprechung geht von einer „Doppelnatur“ der Verbandsklagekompetenznormen aus. Aus der Norm folge sowohl die Klagebefugnis als auch der materielle Anspruchsinhalt.²⁰⁰ Dieser Auffassung hat sich ein gewichtiger Teil der Literatur (vor allem zu § 8 Abs. 3 UWG) angeschlossen.²⁰¹ Die ebenfalls starke Gegenansicht hingegen nimmt an, dass §§ 1, 3 UKlaG und § 8 Abs. 3 UWG allein eine materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage beinhalten.²⁰²

113 (2000), 399, 402 mit Fn. 15; *Wolf*, ZZP 94 (1981), 107, 109. Siehe auch die zahlreichen Nachweise aus der Kommentarliteratur zur alten Rechtslage in BGH NJW-RR 1990, 886, 887 (unter II. 1. b) bb)).

¹⁹⁷ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro v. 27.06.2000, BGBl. I, S. 897, 902.

¹⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658, S. 52.

¹⁹⁹ Jedenfalls auch, dazu sogleich Kapitel 4 A. VI. a) dd). A.A. aber *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 293.

²⁰⁰ BGH GRUR 2005, 689, 690 (Sammelmitgliedschaft III); BGH MDR 2007, 1031, Rn. 14 (Sammelmitgliedschaft V); BGHZ 152, 121, 127 ff.; BGH IPRax 2013, 557, Rn. 31; BGH GRUR 2015, 1240, Rn. 13; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.04.2013, VI-U (Kart) 4/12, juris Rn. 57.

²⁰¹ *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 53 ff., 111; *Henning-Bodewig*, GRUR 2004, 713, 719; *Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 8 Rn. 256 ff.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, Grdz § 50 Rn. 47; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 3.10 ff.; *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 1 Rn. 3; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer UWG, § 8 Rn. 86; *Ottofülling*, in: MüKoLauterkeitsrecht, UWG § 8 Rn. 322 ff.

²⁰² *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 41; *Alexander*, JuS 2009, 590, 593; *Greger*, NJW 2000, 2457, 2462 f.; *ders.*, ZZP 113 (2000), 399, 403 ff.; *Schmidt*, NJW 2002, 25, 28; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 22 Rn. 12; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 47 Rn. 11 ff.; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, UKlaG § 1 Rn. 3, 9; *Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, UKlaG § 1 Rn. 2.

dd) Nur materiell-rechtlicher Anspruch oder „Doppelnatur“?

Die Streitfrage hat sich also dahingehend gewandelt, dass nicht mehr fraglich ist, ob die Normen des UKlaG oder des UWG einen materiellen Anspruch gewähren, sondern ob sie *zusätzlich* noch eine prozessuale Komponente in Form der Klage- bzw. Prozessführungsbefugnis enthalten. Dieser Streit ist keinesfalls rein akademischer Natur, wirkt er sich doch darauf aus, ob die Berechtigung eines Verbands, den Anspruch geltend zu machen, eine Frage der Zulässigkeit oder der Begründetheit ist. Im ersten Fall wäre sie von Amts wegen – und auch in der Revisionsinstanz noch ohne Bindung an die Feststellungen der Berufungsinstanz²⁰³ – zu prüfen, vgl. § 56 ZPO. Im zweiten Fall wäre sie nach allgemeinen Regeln der Disposition der Parteien unterworfen.²⁰⁴

Gegen eine Doppelnatur der Vorschriften spricht zunächst der deutliche Wortlaut²⁰⁵ – dies erkennen auch die Anhänger der Theorie der Doppelnatur an.²⁰⁶ Teilweise findet sich jedoch der Hinweis auf eine Äußerung des Gesetzgebers, nach der § 8 Abs. 3 UWG nicht nur die Aktivlegitimation, sondern auch die Klagebefugnis regeln will.²⁰⁷ Dieser Schluss lässt sich jedoch nur mit etwas Fantasie aus der entsprechenden Fundstelle ziehen.²⁰⁸ Ebenso wahrscheinlich erscheint nach der Analyse, dass der Gesetzgeber hier die Begriffe der Berechtigung zur Geltendmachung, Aktivlegitimation und Klageberechtigung (etwas unsauber) synonym verwendet.²⁰⁹ Greger weist dann darauf hin, dass eine rein materielle Betrachtungsweise der Verbandsklagebefugnisse zu einer leichteren Integration in das System des Zivilprozessrechts führe und nicht nachvollziehbar sei, warum ein und das selbe Merkmal sowohl die Prozessführungsbefugnis als auch die Aktivlegitimation begründen soll.²¹⁰ Die

²⁰³ BGH GRUR 2006, Rn. 14; 2015, 1240, Rn. 13.

²⁰⁴ Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 41; Greger, ZJP 113 (2000), 399, 404; Schlosser, in: Staudinger BGB, UKlaG § 1 Rn. 9.

²⁰⁵ „Die Ansprüche [...] stehen zu:“ Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 41 f.; Greger, NJW 2000, 2457, 2462; ders., ZJP 113 (2000), 399, 403 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 47 Rn. 11; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 22 Rn. 12; Schlosser, in: Staudinger BGB, UKlaG § 1 Rn. 3, 9.

²⁰⁶ Vgl. Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 3.10; Micklitz, in: MüKoZPO, UKlaG § 1 Rn. 2.

²⁰⁷ Goldmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 8 Rn. 256 mit Verweis auf BT-Drucks. 15/1487, S. 22, 23.

²⁰⁸ „Absatz 3 regelt, wer zur *Geltendmachung* von Ansprüchen auf Unterlassung und Beseitigung *berechtigt (aktivlegitimiert)* ist. [...] Nummer 2 regelt die *Anspruchsberechtigung* der Wirtschaftsverbände. [...] Bei Verbänden zum Schutz gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen hängt die *Klagebefugnis* aber vor allem davon ab. [...] Nummer 3 regelt die *Anspruchsberechtigung* der Verbraucherverbände. [...] Eventuelle Missbräuche durch die Ausweitung der *Klagebefugnis* können durch Absatz 4 vermieden werden.“ (Hervorhebungen vom Autor).

²⁰⁹ Ähnlich Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 42.

²¹⁰ Greger, ZJP 113 (2000), 399, 404.

Prozessführungsbefugnis habe nur dort eine eigenständige Bedeutung, wo ein *fremder* Anspruch eingeklagt werde, dies sei bei der Verbandsklage aber gerade nicht der Fall. Diese zivilprozessuale Besonderheit mag auch der Grund sein, warum bei sich den Befürwortern einer solchen Lösung vor allem Zivilprozessrechtswissenschaftler finden,²¹¹ während die Theorie Doppelnatur eher von Lauterkeits- und Verbraucherrechtlern bevorzugt wird.²¹²

Wohl wichtigstes Argument der Befürworter einer Doppelnatur ist der rechtspolitische Hintergrund der Verbandsklagebefugnisse. Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche seien den Verbänden durch die Rechtsordnung nicht in deren Individualinteresse zugewiesen, sondern Ausdruck einer abstrakten Abwehrbefugnis, und dienten damit Kollektivinteressen.²¹³ Dies komme dem Modell einer Prozessstandschaft nahe und sei Grund für eine lauterkeits- bzw. verbraucherrechtliche Sonderbehandlung.²¹⁴ Unterschied zu einer Prozessstandschaft ist freilich, dass nur in fremdem *Interesse*, aber nicht aus fremdem Anspruch vorgegangen wird. Doch klagte etwa eine natürliche Person aus eigenem Recht auf Zahlung an einen Dritten, dürfte auch der begünstigte Dritte das größte Interesse am Erfolg der Klage haben – dennoch käme niemand auf die Idee, die Prozessführungsbefugnis des Klägers zu bezweifeln. *Gregers* Vermutung, die Theorie der Doppelnatur existiere wohl vor allem deshalb, damit die Klagebefugnis bis hinauf in die Revisionsinstanz geprüft werden kann, um dubiosen Klägern einen Riegel vorzuschieben,²¹⁵ erscheint zudem nicht abwegig und wird auch von Vertretern der Theorie der Doppelnatur angeführt.²¹⁶

ee) Ergebnis

Nach dem Gesagten spricht viel dafür, davon auszugehen, dass die Verbandsklage allein auf einem materiell-rechtlichen Anspruch basiert. Allerdings ist

²¹¹ So etwa *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 41 f. (Dissertation unter Betreuung von *Althammer*); *Greger*, ZZP 113 (2000), 399, 404 f.; *ders.*, NJW 2000, 2457, 2462; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 47 Rn. 11; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 22 Rn. 12.

²¹² Etwa *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 3.10 ff.; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzka UWG, § 8 Rn. 86, 91; *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 1 Rn. 3; *Ottofülling*, in: MüKoLauterkeitsrecht, § 8 Rn. 322 ff.

²¹³ *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 60 ff.; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 3.10; *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 3 Rn. 3 f.; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzka UWG, § 8 Rn. 86; *Ottofülling*, in: MüKoLauterkeitsrecht, UWG § 8 Rn. 323.

²¹⁴ *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 3.10; *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 1 Rn. 2; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzka UWG, § 8 Rn. 86.

²¹⁵ *Greger*, ZZP 113 (2000), 399, 402; ähnlich nun auch *Guski*, ZZP 131 (2018), 353, 363.

²¹⁶ *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzka UWG, § 8 Rn. 86.

anzuerkennen, dass die Rechtsprechung – und auf diese kommt es hinsichtlich der praktischen Folgen nun einmal an – von einer Doppelnatur ausgeht.²¹⁷ Daher ist von der prozessrechtlichen Natur der Verbandsklagebefugnisse für diese Untersuchung insofern auszugehen, dass die Befugnis der Verbände, die entsprechenden Ansprüche geltend zu machen, als Frage der Zulässigkeit und nicht der Begründetheit der Unterlassungsklage behandelt wird. Hinsichtlich der Kontrollmöglichkeit durch die Verbände kann man maximal mittelbar von prozessualen Besonderheiten sprechen. Zwar geht es in Prozessen nach §§ 1, 3 UKlaG oder § 8 Abs. 3 UWG häufig um öffentliche Interessen, was für einen Zivilprozess ungewöhnlich ist, allerdings hat sich der Gesetzgeber entschieden, diese Interessen mit einem eigenen materiell-rechtlichen Anspruch den Verbänden zur Durchsetzung zuzuweisen.²¹⁸ Insofern mag der Fakt, dass öffentliche Interessen und Ordnungspolitik durch Verbände geltend gemacht werden kann, womöglich eine Tendenz zur Materialisierung des Privatrechts sein, nicht aber eine solche des Zivilprozessrechts.

b) Weitere Prozessrechtliche Besonderheiten

Prozessrechtliche Besonderheiten bei Verbandsklagen finden sich allerdings in den §§ 7 ff. UKlaG. So setzen die §§ 7, 10, 11 UKlaG auf eine besondere Breitenwirkung der Entscheidung zugunsten der klagenden Verbände.²¹⁹ Zudem sieht § 48 Abs. 1 S. 2 GKG für Verfahren nach dem UKlaG eine Beschränkung des Kostenstreitwerts auf 250.000 Euro vor. Indes wird die praktische Bedeutung der §§ 7, 10, 11 UKlaG gemeinhin für sehr gering gehalten.²²⁰ Anders sieht dies hinsichtlich des § 48 Abs. 1 S. 2 GKG aus. Dieser trägt der Besonderheit Rechnung, dass Verbände den Unterlassungsanspruch regelmäßig im öffentlichen Interessen geltend machen und dementsprechend auch eine Kostenbemessung am allgemeinen Interesse der Beseitigung der Klausel erfolgen solle.²²¹ Um das Kostenrisiko gering zu halten, wird deshalb nicht auf den wirtschaftlichen Wert des Unterlassungsanspruchs abgestellt und zusätzlich der Streitwert jedenfalls bei 250.000€ gedeckelt.²²²

²¹⁷ BGH GRUR 2005, 689, 690 (Sammelmitgliedschaft III); BGH MDR 2007, 1031, Rn. 14 (Sammelmitgliedschaft V); BGHZ 152, 121, 127 ff.; BGH IPRax 2013, 557, Rn. 31; BGH GRUR 2015, 1240, Rn. 13; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.04.2013, VI-U (Kart) 4/12, juris Rn. 57.

²¹⁸ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 22 Rn. 12 mit Fn. 7.

²¹⁹ Vgl. nur *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 10 Rn. 1 ff.; § 11 Rn. 1.

²²⁰ Vgl. wiederum nur *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 7 Rn. 1 mit Fn. 3; § 10 Rn. 1 mit Fn. 3; § 11 Rn. 2 mit Fn. 4.

²²¹ Vgl. BGH NJW 2013, 875 Rn. 20.

²²² Siehe umfassend *Toussaint*, in: BeckOK GKG § 48 Rn. 27 ff.

c) *Materialisierung durch die prozessrechtlichen Besonderheiten?*

Infolge des zuvor Gesagten kann – wenn überhaupt – nur hinsichtlich der Besonderheit, dass die Anspruchsberechtigung (bzw. Prozessführungsbefugnis) des klagenden Verbands bereits in der Zulässigkeit von Amts wegen geprüft und der Parteidisposition entzogen wird, sowie aufgrund der weiteren prozessrechtlichen Besonderheiten von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gesprochen werden.

Um eine Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts anzunehmen, müsste dies dazu dienen, um ordnungspolitische Leitlinien *auch durch das Zivilprozessrecht* durchzusetzen. Hiervon kann hinsichtlich der behaupteten Doppelnatur angesichts der uneindeutigen Gesetzesbegründungen²²³ sowie der entsprechenden Auffassungen in der Literatur und Rechtsprechung zum Zweck der Normen des UKlaG²²⁴ und des UWG²²⁵ und deren Rechtsnatur²²⁶ jedoch nicht gesprochen werden. Vielmehr erscheint die Vermutung, wonach vor allem ein Missbrauch der Befugnisse durch die Überprüfung der Klagebefugnis in der Revisionsinstanz verhindert werden soll, realistisch.²²⁷

Daher kommt nur eine Entformalisierung ohne grundlegende Veränderung des Prozesszwecks in Betracht. Diese könnte darin liegen, dass der Grund für die prozessrechtliche Besonderheit, die Rechtsprechung und Teile der Literatur in den Vorschriften zur Verbandsklagebefugnis erkennen, ein materialer ist. Die Sonderbehandlung findet nur im Lauterkeits- und Verbraucherrecht statt. Insofern könnte man durchaus erwägen, dass diesbezüglich außerprozessrechtliche Erwägungen im Sinne *Webers* Eingang in das Zivilprozessrecht

²²³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes, BT-Drucks. 4/2217, S. 3 f.; BT-Drucks. 7/3200, S. 20 ff.; BT-Drucks. 7/5422 S. 3; Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BT-Drucks. 15/1487, S. 22 f.

²²⁴ BGH NJW 1981, 1511, 1512; 1994, 2693; BGH NJW-RR 2008, 624, 623; BGH NJW 2009, 3371, 3373; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 40 f.; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 142 f., 173 f.; insb. aber 189 ff.; *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 18 ff.; *Meller-Hannich/Höland*, DRiZ 2011, 164, 164 f.; *Schmidt*, NJW 2002, 25, 25 ff.; *Micklitz*, in: MüKoZPO, UKlaG § 1 Rn. 4 ff.; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum UKlaG Rn. 1 ff.; *Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, Vorbemerkung zum UKlaG Rn. 6.

²²⁵ BGHZ 133, 316, 320 ff. (Altunterwerfung I); BGH GRUR 2012, 415 Rn. 11 ff. (überregionale Klagebefugnis); BGH NJW 2016, 1015, Rn. 17 ff. (Buchungssystem II); BGH GRUR 2017, 212, Rn. 9 ff. (Finanzsanierung); *Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 8 Rn. 243 ff.; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 3.30; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer UWG, § 8 Rn. 95; *Ottofülling*, in: MüKoLauterkeitsrecht, UWG § 8 Rn. 351 ff.

²²⁶ Dazu soeben Kapitel 4, A. VI. 3. a).

²²⁷ *Greger*, ZJP 113 (2000), 399, 402.

finden. Indes sind die Unterschiede, die sich zivilprozessual zu „normalen“ Verfahren ergeben, derart gering, dass faktisch keine wesentliche Veränderung des Zivilprozessrechts zu beobachten ist. Auch nach den Kriterien von *Summers* lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Entformalisierung finden. Von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu sprechen, erscheint daher unpassend, auch wenn der Zivilprozess selbstverständlich zur Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien verwendet wird. Allerdings hat sich der Gesetzgeber eben entschieden, den Verbänden ein subjektives Privatrecht zuzuweisen, das diese nun in einem (fast) normalen Zivilprozess durchsetzen. Aus Sicht des Zivilprozessrechts ist in diesem Moment dann aber irrelevant, aus welchem Grund der Gesetzgeber ein subjektives Privatrecht zugewiesen hat.²²⁸

Hinsichtlich der Besonderheit des § 48 Abs 1 S. 2 GKG, der eine Streitwertbegrenzung vorsieht, fällt beim Blick in die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift des § 22 AGBG auf, dass dort eine solche Streitwertbegrenzung aufgenommen wurde, um die klageberechtigten Verbände vor einem zu hohen Kostenrisiko zu bewahren.²²⁹ Dies dürfte auch der herrschenden Interpretation von § 48 Abs. 1 S. 2 GKG entsprechen.²³⁰ Zwar können auch die jeweils in Anspruch genommenen Unternehmen von einem geringeren Streitwert infolge des § 48 Abs 1 S. 2 GKG profitieren. Der Hintergrund dieser Regelung dürfte aber letztlich vor allem sozialpolitischer Natur sein und dazu dienen, Verbände zur Klage zu ermutigen.²³¹ Damit schlägt an dieser Stelle eine mögliche materiale Erwägung der Zuweisung des subjektiven Privatrechts an die Verbände auch auf das Prozessrecht durch. Zumindest durch das Kostenrecht sollen die Verbände in ihrer Aufgabe unterstützt werden, sodass insofern eine ordnungspolitische Inanspruchnahme des Zivilprozessrechts zu konstatieren ist. Freilich ist diese Verschiebung der grundlegenden Intention angesichts der anderen Möglichkeiten, die zu einer prozessualen Bevorzugung der Verbände zur Verfügung gestanden hätten, eher geringer Natur.

²²⁸ *Roth* nennt dies „Offenheit der Prozesszwecke“, siehe nur *Roth*, in: *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, S. 149, 169 f.; *ders.*, *JZ* 2014, 801, 807; *ders.*, *DRiZ* 2015, 24, 26 f.; *ders.*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 284; *ders.*, *ZZP* 129 (2016), 3, 22; *ders.*, *JZ* 2016, 1134, 1139; *ders.*, *ZfPW* 2017, 129, 137 f. Zurückgehend auf *Schumann*, in: *Stein/Jonas, ZPO* (20. Aufl.), Einl. Rn. 520. Ähnlich auch *Guski*, *ZZP* 131 (2018), 353, 367.

²²⁹ Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des AGBG, BT-Drucks. 7/5422, S. 13.

²³⁰ BGH *NJW* 2013, 875 Rn. 20; *NJW-RR* 2007, 497; *NJW-RR* 2003, 1694; OLG Frankfurt *BeckRS* 2012, 24032; *Toussaint*, in: *BeckOK GKG* § 48 Rn. 29.

²³¹ So auch ausdrücklich OLG Frankfurt *BeckRS* 2012, 24032.

d) Zwischenergebnis

Damit kann im Grundsatz nicht von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Verbandsklagemöglichkeiten gesprochen werden. Anders mag dies für das Zivilrecht zu beurteilen sein, was aber nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist. Lediglich hinsichtlich der besonderen Kostenregelung findet eine geringfügige Inanspruchnahme des Zivilprozessrechts für die der Zuweisung der subjektiven Privatrechte zugrundeliegenden ordnungspolitischen Interessen statt.

VII. Musterklageverfahren

1. Einführung zu Musterklagen

Wenn nicht durch die Einführung von Verbandsklagen, dann könnte sich im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes eine Materialisierung des Zivilprozessrechts aber durch sog. „Musterklagen“ oder „-verfahren“ ergeben. Die rechtspolitische und -wissenschaftliche Debatte um die Einführung solcher Musterklagen ist vermutlich sogar noch aktueller und intensiver als die hinsichtlich Verbandsklagen.²³² Nach aktuell geltendem Recht existiert eine solche Musterklage nur im Kapitalanlagerecht. Hier wurde mit dem KapMuG²³³ sogar ein eigenes Gesetz für Musterverfahren geschaffen. Darüber hinaus befindet sich auf dem Gebiet des Verbraucherrechts eine zivilprozessuale Musterfeststellungsklage im Gesetzgebungsprozess.²³⁴ Da das Gesetz zum Zeitpunkt der inhaltlichen Fertigstellung dieser Arbeit noch nicht im Bundesgesetzblatt verkündet ist, kann zu dessen Inhalt noch nicht dezidiert Stellung genommen werden. Viele der im Rahmen der folgenden Untersuchung zum KapMuG getätigten Aussagen lassen sich jedoch wegen der zu erwarteten inhaltlichen Überschneidungen übertragen. Auch das KapMuG ist aus zivilprozessrechtswissenschaftlicher Sicht überaus spannend. Es ergeben sich, zwar vorerst ohne eine „große Lösung“²³⁵ für weitere Rechtsgebiete, interes-

²³² Vgl. nur *Fölsch*, DRiZ 2018, 214; *Habbe/Gieseler*, BB 2016, 3018; *dies.*, BB 2017, 2188; *dies.*, GWR 2018, 227; *Halfmeier*, VuR 2015, 441; *Jung*, AnwBl 2017, 185; *Kilian*, ZRP 2018, 72; *Kranz*, NZG 2017, 1099; *Kutschaty/Freudenberg/Gerhardt*, ZRP 2017, 27; *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?; *Müller/Steineke*, RuP 2016, 98; *Paulus*, NJW 2018, 987; *Stadler*, VuR 2018, 83; *Waßmuth/Asmus*, ZIP 2018, 657; *Wernicke*, BB 2017, Die erste Seite.

²³³ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten v. 16.08.2005, BGBl. I, S. 2437; wiederum auf 8 Jahre befristete Neufassung v. 19.10.2012, BGBl. I, S. 2812.

²³⁴ Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 19/2741; sowie Plenarprotokoll 19/39, S. 3743 ff.

²³⁵ *Tamm*, ZHR 174 (2010), 525, 551.

sante Fragen hinsichtlich einer möglichen Materialisierung des Zivilprozessrechts.

2. KapMuG

a) Inhaltlicher Überblick

Das KapMuG eröffnet für Fälle, die in seinen Anwendungsbereich fallen, also für Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich Schadenersatzansprüchen wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformationen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 KapMuG) bzw. Erfüllungsansprüchen aus Verträgen, die auf einem Angebot nach dem WpÜG beruhen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 KapMuG), die Möglichkeit eines Musterverfahrensanspruchs. Das Verfahren nach dem KapMuG gliedert sich in mehrere Verfahrensabschnitte. Über deren Anzahl besteht überraschenderweise Streit in der Literatur.²³⁶ Am sinnvollsten erscheint die Aufteilung von *Hess* in nur drei Abschnitte, da dieser nach dem jeweils mit dem Verfahren befassten Gericht differenziert. So wird zwischen der Einleitung des Musterverfahrens vor dem Landgericht, dem eigentlichen Musterverfahren vor dem Oberlandesgericht und der Fortsetzung des Ausgangsverfahrens und der weiteren Verfahren unterschieden.²³⁷ Entscheidet sich eine Partei in einem „regulären“ Zivilprozess über einen der in § 1 Abs. 1 KapMuG bezeichneten Ansprüche, ein Musterverfahren einzuleiten, so muss sie einen Antrag nach § 2 KapMuG stellen, der dann im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht wird, § 3 Abs. 2 KapMuG, und das Verfahren unterbricht, § 5 KapMuG. Sobald zehn gleich gerichtete Anträge vorliegen, erlässt das LG einen Vorlagebeschluss nach § 6 KapMuG, worauf hin auch alle anderen parallel befassten Prozessgerichte die entsprechenden Verfahren aussetzen, § 8 Abs. 1 KapMuG (Phase 1).

Daraufhin findet der eigentliche Musterprozess vor dem OLG statt. Dieser ist gem. § 6 Abs. 1 KapMuG ein Zwischenverfahren, bei dem ein Musterkläger bestimmt, § 9 Abs. 2 KapMuG, und alle anderen Kläger beigeladen werden, um ihre Rechte prozessual wahrnehmen zu können, § 9 Abs. 3 KapMuG. Auf das Musterverfahren vor dem OLG finden gem. § 11 Abs. 1 KapMuG mit einigen Ausnahmen die Vorschriften der ZPO Anwendung. Es endet mit einem Beschluss des OLG nach mündlicher Verhandlung, § 16 Abs. 1 Satz 1 KapMuG. Gegen diesen ist stets die Rechtsbeschwerde zum BGH zulässig, § 20 Abs. 1 KapMuG. Mit rechtskräftiger Entscheidung des OLG bzw. BGH endet das eigentliche Musterverfahren (Phase 2). Danach setzen die Landgerichte die Ausgangsverfahren nach den Regeln der ZPO (insbesondere auch

²³⁶ *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 27 (drei); *Tamm*, ZHR 174 (2010), 525, 535 (vier); *Wolf/Lange*, in: Vorwerk/Wolf KapMuG, Einl. Rn. 6 (sechs). Der Streit erschöpft sich freilich in der Aufteilung der Voraussetzungen in einzelne Phasen.

²³⁷ *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 27 ff., an dessen Darstellung des Verfahrens sich auch die folgende Kurzzusammenfassung orientiert.

mit der Möglichkeit von Rechtsmitteln) fort. Hierbei ist die Entscheidung des OLG für die Landgerichte bindend, § 22 KapMuG. Die Bindungswirkung entfaltet sich gegenüber den Parteien des Musterprozesses und den dort Beigeladenen (Phase 3). Das so durchgeführte Verfahren führt dazu, dass eine weitgehende „Bündelungswirkung“²³⁸ erreicht wird, also über den Großteil der streitigen Fragen nur einmal Beweis erhoben und entschieden werden muss.

b) Prozessrechtliche Bündelungsmöglichkeiten außerhalb des KapMuG

Hier lassen sich schon einige Abweichungen vom „normalen“ Zivilprozess erkennen. Ganz grundsätzlich ist dem Zivilprozessrecht bisher ein Musterverfahren unbekannt gewesen. Vielmehr ist der Zivilprozess unter der ZPO am Idealbild des Zwei-Parteien-Prozesses ausgerichtet und das Zivilprozessrecht auf einen solchen Prozess zugeschnitten.²³⁹ Wollte man vor Einführung des KapMuG oder will man auf einem von diesem nicht erfassten Gebiet ein zumindest ähnliches Verfahren erreichen, sind als prozessrechtliche Mittel allein die Streitgenossenschaft, §§ 59 ff. ZPO, die Nebenintervention, §§ 66 ff. ZPO, und die Verfahrensverbinding bzw. Aussetzung, §§ 147, 148 ZPO, möglich.²⁴⁰

Denkbar war zwar auch vor Erlass des KapMuG schon, dass in partei- bzw. privatautonomer Entscheidung der Parteien ein Prozess als freiwilliger Musterprozess geführt wird, sei es aufgrund einer Musterprozessabrede oder aufgrund der faktischen Wirkung, die einem Musterurteil zukommt.²⁴¹ Diese beruhte aber auf einer autonomen Entscheidung der Parteien und ließ sich so mehr oder weniger einfach in das System des Zwei-Parteien-Prozesses integrieren. Problematisch bei solchen Konstruktionen ist allerdings die fehlende Dispositionsmöglichkeit der Parteien über die Rechtskraft; eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte durch Vereinbarung ist nicht möglich.²⁴²

²³⁸ Hess, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 31.

²³⁹ Bergmeister, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, S. 5 ff.; Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 25 ff.; Siebert, Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses, S. 12 ff.; Thiere, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 9 ff.; Hess/Michailidou, ZIP 2004, 1381, 1381 f.; Reuschle, WM 2004, 966, 967; Tamm, ZHR 174 (2010), 525; Hess, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 4.

²⁴⁰ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 28 ff.; Rau, Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, S. 9; Tamm, ZHR 174 (2010), 525, 529 f.; Hess, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 6 ff.

²⁴¹ Vgl. hierzu monographisch Siebert, Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses; sowie Jacoby, Der Musterprozeßvertrag. Außerdem Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 30 ff.; Hess, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 10.

²⁴² Nur Gottwald, in: MüKoZPO, § 325 Rn. 5; Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, § 325 Rn. 20; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 322 Rn. 212 (jeweils m.w.N.).

c) *KapMuG und Dispositionsmaxime – Gesetzestechnik eines conflict-solving type?*

Führen die Veränderungen des Zivilprozesses, die das KapMuG mit sich brachte und bringt, auch zu einer Materialisierung des Zivilprozesses? Zunächst könnten die Möglichkeiten zur Musterklage in bestimmten Rechtsgebieten, hier dem Kapitalanlagerecht, eine Verschiebung des grundlegenden Zwecks des Zivilprozessrechts hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts bedeuten. Hierfür sprechen in der Tat einige Indizien.

Primär kollidieren die Regelungen des KapMuG womöglich mit der Dispositionsmaxime.²⁴³ Selbstverständlich gelten diese Maximen aufgrund der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften der ZPO, § 11 KapMuG, auch im Musterverfahren.²⁴⁴

aa) *Musterverfahren als Verfahren zwischen Richtern*

Eine Einschränkung der Parteiherrschaft zeigt sich schon in der Grundkonzeption des Verfahrens als „Verfahren zwischen Richtern“.²⁴⁵ So formuliert das Prozessgericht, bei dem der erste bekannt gemachte Musterverfahrens Antrag gestellt wurde, den Vorlagebeschluss, aus dem sich Feststellungsziele und Sachverhalt – mithin der Streitgegenstand des Musterverfahrens – ergeben und aufgrund dessen das Verfahren vor dem OLG geführt wird, § 6 KapMuG.²⁴⁶ Das Gericht ist hierbei nicht (wörtlich) an den Antrag nach § 2 Abs. 1 KapMuG gebunden, es darf diesen präzisieren und erweitern.²⁴⁷ Die Parteien führen also im Musterprozess einen Rechtsstreit, dessen Streitgegenstand sie nicht (ausschließlich) bestimmt haben.²⁴⁸ *Leufgen* weist zwar zurecht darauf hin, dass es hierbei nur um die Möglichkeit des „Wie“ der Geltendmachung einer materiell-rechtlichen Rechtsposition und nicht um das „Ob“ geht.²⁴⁹ Allerdings ist auch die Frage nach dem „Wie“ des Verfahrens wichtiger Bestandteil der Dispositionsmaxime. Erhebe ich Klage über den ganzen

²⁴³ Monographisch *Rau*, Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz. Von einer Untersuchung hinsichtlich der Abweichungen vom Verhandlungsgrundsatz soll an dieser Stelle abgesehen werden, da sich diesbezüglich wohl keine wesentlichen neuen Erkenntnisse gewinnen lassen.

²⁴⁴ *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 61.

²⁴⁵ Begrifflichkeit mit *Hess*, WM 2004, 2329; vgl. auch *Hess/Michailidou*, ZIP 2004, 1381, 1384.

²⁴⁶ Das OLG ist an den Vorlagebeschluss gebunden und darf diesen nicht überprüfen oder ergänzen, BGH WM 2017, 706, Rn. 9.

²⁴⁷ *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 62.

²⁴⁸ Kritisch hierzu *Rau*, Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, S. 69 f.; a.A. *Leufgen*, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 200 f.

²⁴⁹ *Leufgen*, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 200 f.

oder nur einen Teil des Anspruchs? Lasse ich zunächst feststellen, ob ein komplex zu berechnender²⁵⁰ Schadensersatzanspruch dem Grunde nach besteht, oder erhebe ich direkt Leistungsklage? Trage ich bestimmte Tatsachen vor, oder sehe ich (aus welchen Gründen auch immer) davon ab? Dies alles sind Fragen des „Wie“ der Geltendmachung einer materiell-rechtlichen Rechtsposition, und doch können sie für eine Partei von entscheidender Bedeutung sein. So verhält es sich auch hinsichtlich des Feststellungsziels und des zugrundeliegenden Sachverhalts – weicht das Gericht hier vom Antrag nach § 2 Abs. 1 KapMuG ab, kann dies wesentlichen Einfluss auf die Erfolgchancen im Ausgangsverfahren haben.²⁵¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Unanfechtbarkeit des Vorlagebeschlusses, vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG.

bb) Bindungswirkung auch bei Klagerücknahme oder Nichtbeteiligung am Rechtsmittelverfahren

Problematisch könnte daneben auch sein, dass der Musterentscheid nach § 22 Abs. 1 Satz 3 KapMuG auch gegen den Musterkläger oder einen Beigeladenen wirkt, selbst wenn er seine Klage im Ausgangsverfahren zurückgenommen hat. Auch wirkt der Musterentscheid nach § 22 Abs. 5 KapMuG für und gegen Beteiligte, die nicht am Rechtsbeschwerdeverfahren teilgenommen haben. Ein Kläger ist trotz seiner parteiautonen Entscheidung, einen Rechtsstreit nicht weiter zu verfolgen, an dessen Ergebnis gebunden – anders als im Falle einer „normalen“ Klagerücknahme, mit der der Rechtsstreit endet und einer erneuten Klageerhebung kein rechtskräftiges Urteil entgegensteht.²⁵² Wesentlicher Bestandteil der Dispositionsmaxime ist also die Verfügungsgewalt der Parteien auch über den Prozess im Ganzen.²⁵³ Diese Verfügungsgewalt wird den Parteien im Bereich des KapMuG nach Beginn des Musterverfahrens genommen. Sobald der Musterprozess begonnen hat, bewirkt eine Klagerücknahme im Ausgangsverfahren nicht etwa, dass das Verfahren beendet wäre und erneut Klage in derselben Sache erhoben werden könnte. Vielmehr muss ein Beteiligter des Musterverfahrens das Ergebnis dieses Verfahrens auch in einem neuen Verfahren gegen sich gelten lassen, obwohl sein Ausgangsverfahren zum Zeitpunkt der Entscheidung im Musterverfahren nicht mehr rechts-

²⁵⁰ Nur dann besteht ein rechtliches Interesse für eine vorherige Feststellungsklage, § 256 ZPO, *Becker-Eberhard*, in: MüKoZPO, § 256 Rn. 54 (m.w.N.).

²⁵¹ Ähnlich *Rau*, Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, S. 69 f.

²⁵² *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 269 Rn. 10 (m.w.N.).

²⁵³ Schon *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 404 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76 Rn. 1 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 161. Vgl. auch *Rau*, Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz, S. 244.

hängig war. Ähnliches gilt für die Beteiligung am Rechtsbeschwerdeverfahren. Einen Zwang zur Erlegung von Rechtsmitteln kennt das Zivilprozessrecht im Regelfall nicht.²⁵⁴

cc) Beschränkung der einvernehmlichen Prozessbeendigung

Weiterhin ist eine übereinstimmende Erledigterklärung nur bei Zustimmung aller Beteiligten und ein Vergleich nur ohne Widerspruch von 30% der Beteiligten möglich, §§ 13 Abs. 5, 17 Abs. 1 KapMuG.²⁵⁵ Doch auch und gerade die Möglichkeit, einen Rechtsstreit durch gerichtlichen Vergleich zu beenden, ist Ausdruck der Dispositionsmaxime,²⁵⁶ dasselbe gilt für die Möglichkeit zur übereinstimmenden Erklärung, das Verfahren habe sich erledigt.²⁵⁷ Schließlich ist Ausdruck der Dispositionsfreiheit nicht nur, ein Verfahren einvernehmlich zu beenden, sondern auch dies eben nicht zu tun und ein Urteil in der Sache zu erzwingen.²⁵⁸

dd) Faktische Teilnahmepflicht am Musterverfahren

Auffällig ist auch, dass (potentiellen) Klägern nach Stellung des Musterverfahrensanspruchs die Möglichkeit eines Individualverfahrens verwehrt bleibt. Ihnen bleibt nur noch die Möglichkeit, sich dem Musterprozess anzuschließen, da ihr Verfahren nach § 8 KapMuG von Amts wegen ausgesetzt wird.²⁵⁹ Es besteht folglich keine Möglichkeit, individuellen Rechtsschutz zu ersuchen, sobald der kollektive Rechtsschutz (von irgendwem) beantragt wurde, selbst wenn eine Klägerpartei dies bevorzugen würde.²⁶⁰ Durch die kurzen Verjährungsfristen und die fehlende Möglichkeit des „Opt-Out“ bei schon erhobener Klage (§ 10 Abs. 2 Satz 2 KapMuG) besteht faktisch ein Teilnahmepflicht am Musterverfahren, will man nicht auf die Ansprüche verzichten.²⁶¹ Dies erscheint als besonders gewichtiger Eingriff in die Dispositionsfreiheit der klagenden Partei, schließlich könnte man sogar darüber nachdenken, ob hier das

²⁵⁴ Nur *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 318 (m.w.N.).

²⁵⁵ Vor Neufassung des KapMuG war dies sogar gar nicht möglich, § 14 Abs. 3 KapMuG a.F., vgl. *Hess*, WM 2004, 2329, 2330; *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 188.

²⁵⁶ *Hoffmann*, in: BeckOK ZPO, § 794 Rn. 1.

²⁵⁷ *Jaspersen*, in: BeckOK ZPO, § 91a Rn. 3, 10. Zurecht auch *Leufgen*, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 328.

²⁵⁸ Vgl. zu diesem Recht aus verfassungsrechtlicher Perspektive, BVerfGE 54, 277, 291.

²⁵⁹ *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn 63.

²⁶⁰ Kritisch *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2710.

²⁶¹ *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2710; ähnlich auch *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 63.

„ob“ einer Klagemöglichkeit betroffen ist.²⁶² Freilich existiert hinsichtlich der statthaften Klageart auch im regulären Zivilverfahren ein Typenzwang.²⁶³ Einer Feststellungsklage etwa fehlt das nach § 256 ZPO erforderliche rechtliche Interesse, wenn eine Leistungsklage ebenso leicht erhoben werden könnte.²⁶⁴ Allerdings ist wesentlicher Unterschied, dass die potentiellen Kläger im Anwendungsbereich des KapMuG in ein Verfahren gezwungen werden, in denen ihnen deutlich weniger Parteirechte zugestanden werden, als im individuellen Zivilprozess.

ee) Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Die Beschneidung des Rechts der Parteien, den Prozess eigenverantwortlich zu beginnen, zu beenden und zu führen ist ein klassisches technisches Kennzeichen des *policy-implementing type* des Prozessrechts.²⁶⁵

d) Zielrichtung eines policy-implementing type?

Nicht nur in technischer Hinsicht, sondern auch hinsichtlich der Zielrichtung der Regelungen des KapMuG kann sich eine Verschiebung der grundlegenden Intention des Zivilprozessrechts hin zu einem *policy-implementing type* zeigen. Der Gesetzgeber führt vier wesentliche Argumente für die Einführung von Musterklagen auf dem Gebiet des Kapitalanlegerschutzes an:

- Ordnungspolitik: Stärkung der Informations- und Prospekthaftung durch verbesserte Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung und dadurch verstärkte Einhaltung der Vorschriften;
- effektiverer Rechtsschutz: Anreiz für die einzelnen Anleger, Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, durch Senkung der Prozessrisiken;
- Justizentlastung: Konzentration der Rechts- und Sachfragen auf das Musterverfahren und somit Entlastung der Landgerichte;
- Stärkung des Börsen- und Justizplatzes Deutschland durch Anreize für Anleger, ihre Ansprüche vor deutschen Gerichten geltend zu machen.²⁶⁶

Weisen nun diese vier Begründungsansätze auf eine Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts als *conflict-solving type* des Prozessrechts hin?

²⁶² Entsprechend scharf *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2710: „Weshalb der Gesetzgeber das Recht des Klägers auf die persönliche Geltendmachung seiner materiellen Rechte so mit Füßen tritt, ist unverständlich.“

²⁶³ *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 63.

²⁶⁴ Vgl. *Becker-Eberhard*, in: MüKoZPO, § 256 Rn. 54 (m.w.N.).

²⁶⁵ Vgl. *Damaška*, *The faces of justice and state authority*, S. 152 ff.

²⁶⁶ Zum Ganzen BT-Drucks. 15/5091, S. 16 f.

aa) Justizentlastung

Abzulehnen dürfte dies ohne Weiteres hinsichtlich des Ziels der Justizentlastung durch Konzentration einheitlicher Sach- und Rechtsfragen auf ein Verfahren sein. Hier geht es nicht um Durchsetzung bestimmter Interessen inhaltlicher Gerechtigkeit oder Moral, es handelt sich schlicht um Zweckmäßigkeitserwägungen, die etwa auch der Verfahrensverbinding, § 147 ZPO, oder sogar den besonderen Gerichtsständen der §§ 20 ff. ZPO zugrunde liegen. In allen Fällen ist Erwägung, den Erkenntnisprozess bei einem möglichst sachnahen Gericht zu zentralisieren.²⁶⁷ Genau dies meint der Gesetzgeber mit „Justizentlastung“. Die zahlreichen Ausgangsprozesse werden bei einem OLG zentralisiert, hier kann sich fachliche Kompetenz leichter ansiedeln als an einer größeren Zahl an Landgerichten. Zudem muss nur eine statt vieler Beweisaufnahmen durchgeführt werden. Hintergedanke ist jeweils ein prozessrechtlicher: Das jeweils passende und am besten geeignete Gericht soll über den Rechtsstreit entscheiden, an anderen Gerichten sollen die freiwerdenden Ressourcen anderen Prozessen zu Gute kommen.

bb) Stärkung des Börsen- und Justizplatzes Deutschland

Hinsichtlich des vierten Beweggrunds des Gesetzgebers, der Stärkung des Börsen- und Justizplatzes Deutschland, fällt die Bewertung nicht ganz so leicht. Legte man die wertneutral formulierten Kriterien der Materialisierung des Zivilprozessrechts an, käme man vermutlich zu dem Ergebnis, dass eine Bezugnahme auf Außerrechtliches stattfindet. Schließlich ist das Ziel, einen attraktiven Standort für Investoren von Finanzprodukten zu schaffen, kein originäres Ziel des Prozessrechts. Allerdings muss man diese Erwägung des Gesetzgebers wohl in Kombination mit den ersten beiden Gründen erkennen. Ein attraktiver Finanzplatz soll durch vereinfachte Rechtsdurchsetzung und durch ordnungspolitische Steuerung geschaffen werden. Es kann also davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um ein nachgelagertes Ziel handelt, das sich mehr oder weniger automatisch aus der Erreichung der ersten beiden Ziele ergibt.

cc) Ordnungspolitische Anreizsteuerung und Aufgabe der Gleichbehandlung der Parteien

Hingegen lässt sich in den vom Gesetzgeber angeführten Zielen der ordnungspolitischen Anreizsetzung und der verbesserten Rechtsdurchsetzung durchaus ein Verständnis des Zivilprozessrechts erkennen, das eher in Rich-

²⁶⁷ Zu § 147 ZPO: *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 147 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 147 Rn. 1; zu den besonderen Gerichtsständen: *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 12 Rn. 6; *Patzina*, in: MüKoZPO, § 12 Rn. 6, 29 (jeweils m.w.N.).

tung *policy-implementing type* des Prozessrechts geht. Dies macht er auch direkt deutlich:

„Ein schlagkräftiges kollektives Rechtsverfolgungsinstrument *soll Emittenten* im Bereich des Kapitalmarktrechts *verstärkt dazu veranlassen*, die Publizitäts-, Vertriebs- oder sonstigen *Verhaltensregeln einzuhalten*. [...] Der Gesetzentwurf schafft zum einen für den einzelnen Anleger den Anreiz, sich dem Musterverfahren durch Klageerhebung auch dann anzuschließen, wenn er wegen der hohen Prozessrisiken und -kosten den eigenen Anspruch im Einzelrechtsstreit gar nicht durchsetzen würde. Zum anderen soll mittels der Einführung eines Musterverfahrens die *Lenkungs- und Steuerungsfunktion des materiellen Haftungsrechts für Fälle der im Kapitalmarktbereich typischen sog. Streu- und Distanzschäden wiederhergestellt werden*.“²⁶⁸

Hieraus lässt sich erkennen, dass es im Regelungsbereich des KapMuG nicht (nur) um die bestmögliche Durchsetzung individueller Interessen, also der klassischen Intention des streitigen Zivilprozesses, sondern auch um überindividuelle Interessen geht, die durch den Zivilprozess durchgesetzt werden sollen. Dies ist auch in der Literatur entsprechend aufgenommen worden.²⁶⁹ Der Gesetzgeber meint mit den „im Kapitalmarktbereich typischen sog. Streu- und Distanzschäden“²⁷⁰, dass durch die vom KapMuG erfassten Schädigungshandlungen typischerweise eine große Anzahl von eher kleinen Schäden entsteht.²⁷¹ Bei solchen Schäden ist der Anreiz potentieller Kläger, den Schaden gerichtlich geltend zu machen, eher gering. Dem möglichen obsiegenden Urteil als Chance steht ein nicht unerhebliches Kosten- und Zeitrisko entgegen.²⁷² Es besteht womöglich eine sog. „rationale Apathie“.²⁷³ Demnach sei es

²⁶⁸ BT-Drucks. 15/5091, S. 16 (Hervorhebung vom Autor).

²⁶⁹ Hess, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 1 ff. etwa stellt das Musterverfahren nach dem KapMuG im Gesamtkontext der Interessenbündelung im Zivilprozess dar. Vgl. auch Bergmeister, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, S. 5 ff., 39 ff.; Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 39 f.; Schilling, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und die class action im Rechtsvergleich, S. 113 f.; Jung, AnwBl 2017, 185; Koch, DZWIR 2016, 351, 352 ff.; Meller-Hannich, ZBB 2011, 180, 180 f.; Reuschle, WM 2004, 966, 972 ff.; Tamm, ZHR 174 (2010), 525, 528 ff.

²⁷⁰ BT-Drucks. 15/5091, S. 16.

²⁷¹ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 39 f.; Schilling, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und die class action im Rechtsvergleich, S. 113 f.; Hess, WM 2004, 2329, 2330; Koch, DZWIR 2016, 351, 352 ff.; Meller-Hannich, ZBB 2011, 180, 180 f.; Reuschle, WM 2004, 966, 972 ff.; Stadler, in: FS Rechterberger, S. 663, 664; Tamm, ZHR 174 (2010), 525, 528 ff.

²⁷² So weist Hess, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 1 mit Fn. 6 dann auch zurecht darauf hin, dass die Debatte um die Stärkung kollektiver Rechtsbehelfe zur Stärkung des materiellen Haftungsrechts wesentlich aus dem Gebiet der ökonomischen Analyse des Rechts befeuert wurde.

²⁷³ Begriff mit Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, S. 268; daneben auch Buchner, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, S. 30; Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 10, 26; Poelzig, Normdurchsetzung durch

für Verbraucher effizienter, ihre Ansprüche nicht gerichtlich durchzusetzen. Dies würden Unternehmen ausnutzen und entsprechende Gewinne erzielen.²⁷⁴ Wird diese rationale Apathie dann zur eigenen Gewinnmaximierung ausgenutzt, kann das geschehen, was der Gesetzgeber als Verlust der „Lenkungs- und Steuerungsfunktion des materiellen Haftungsrechts für Fälle der im Kapitalmarktbereich typischen sog. Streu- und Distanzschäden“²⁷⁵ beklagt. Dem soll mit einer Musterklage entgegengewirkt werden. Es sollen ordnungspolitisch auch durch zivilprozessuale (Sonder-)Maßnahmen Anreize zu rechtspolitisch erwünschtem Verhalten gesetzt werden²⁷⁶ – ein klassisches Motiv des *policy-implementing type* des Prozessrechts.²⁷⁷

dd) Prozessuale Bevorzugung bestimmter Parteien

Um die sog. rationale Apathie zu überwinden und ordnungspolitisch unerwünschtes Verhalten zu verhindern, wird die formale Gleichberechtigung der Parteien aufgegeben. Gegen bestimmte Parteien kann nicht nur ein „normaler“ Zivilprozess, sondern auch ein Musterklageverfahren geführt werden.

Statt viele formal gleichberechtigte Zweiparteiprozesse zu führen, in denen der Beklagte möglicherweise aufgrund von Skaleneffekten bevorzugt wäre, werden die Interessen der Kläger gebündelt. So werden die Kläger bevorzugt, indem ihnen ihre Rechtsdurchsetzung erleichtert wird. Zwar findet die Bevorzugung auf den ersten Blick anhand der Parteirolle im Zivilprozess statt, allerdings darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Bevorzugungsgrund ein materiell-rechtlicher bzw. ordnungspolitischer ist. Die Argumentation nach dem Schema „erfahrener Beklagter, strukturell unterlegener Kläger, hohes Prozesskostenrisiko im Verhältnis zu einem eher geringen potentiellen Ertrag“ findet sich nahezu identisch an anderen Punkten des Prozessrechts, an denen etwa Verbraucher bevorzugt werden.²⁷⁸

Darüber hinaus werden Kläger im Anwendungsbereich des KapMuG auch gegenüber Inhabern subjektiver Rechte bevorzugt, die aus anderen Rechtsver-

Privatrecht, S. 530 ff.; Koch, DZWIR 2016, 351, 353 ff.; Meller-Hannich, in: FS Höland 2015, S. 659, 666 ff.; Stadler, JZ 2018, 793, 795 f.; Tilp/Schiefer, NZV 2017, 14, 14 f.; Zimmer/Höft, ZGR 2009, 662, 664, 693 f.; Paulus, Zivilprozessrecht, Rn. 570. Kritisch Hess, JZ 2011, 66, 72. Siehe aber auch etwa zum KapMuG BT-Drucks 17/10160, S. 26; Duve/Pfützner, BB 2005, 673, 674; Tamm, ZHR 174 (2010), 525, 528 ff.

²⁷⁴ Buchner, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, S. 35; Koch, DZWIR 2016, 351, 356 f.; Meller-Hannich, in: FS Höland 2015, S. 659, 668 f.; Paulus, Zivilprozessrecht, Rn. 570.

²⁷⁵ BT-Drucks. 15/5091, S. 16.

²⁷⁶ Monographisch Thiere, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess. Daneben Koch, DZWIR 2016, 351, 351 ff.; Stadler, in: FS Rechberger, S. 663, 663 ff.

²⁷⁷ Damaška, The faces of justice and state authority, S. 148 ff.

²⁷⁸ So etwa bei § 29c ZPO (siehe oben Kapitel 4, A. VI. 1.) oder bei § 495a ZPO (siehe oben Kapitel 4, A. II.).

hältnissen stammen. Schließlich stehen diesen Klägern keine entsprechenden Rechtsbehelfe zur Verfügung, obwohl womöglich auch dort „rationale Apathie“ bestehen kann. Das subjektive Privatrecht eines Geschädigten durch Verstöße gegen Kapitalmarktrecht ist im Zivilprozessrecht „mehr wert“ als das eines anderen Rechtsunterworfenen. Es werden also zur Durchsetzung ordnungspolitischer Interessen gleich in doppelter Hinsicht prozessrechtliche Bevorzugungen vorgenommen.

ee) Zusammenfassung und Ergebnis

Insgesamt kann damit durchaus eine Abkehr vom Rechtsformalismus und vom *conflict-solving type* des Prozessrechts durch das Ziel, mit den Regeln KapMuG ordnungspolitische Ziele durch das Zivilprozessrecht durchzusetzen, festgestellt werden. Damit bestätigt sich das unter c) gefundene Ergebnis.

e) KapMuG als Folge des Sozialstaats?

Es wurde bereits dargestellt, dass Tendenzen zur Materialisierung oftmals Folge eines sozialstaatlichen Weltbildes sind.²⁷⁹ Bezweifelt werden könnte allerdings, dass die Abkehr vom Rechtsformalismus im Regelungsbereich des KapMuG die Folge eines gewandelten Weltbilds hin zum Sozialstaat ist. Dies zeigt sich zunächst in der ökonomischen Argumentation zum Beitrag des Musterverfahrens zur Durchsetzung der kapitalmarktrechtlichen Haftungsnormen.²⁸⁰ Auch ist das Gebiet des Kapitalmarktrechts nicht unbedingt eines, auf dem man intensive gesetzgeberische Aktivitäten der Sozialpolitik erwarten würde. Zudem war der konkrete Anlass für den Erlass des KapMuG eher die Überlastung des LG Frankfurt durch die zahlreichen Verfahren im Zusammenhang mit dem dritten Börsengang der Deutschen Telekom AG, als sozialpolitisch motivierte Schutzerwägungen.²⁸¹

Andererseits ist eine sozialstaatliche Prägung zwar starkes Indiz für einen Wechsel des Prozessrechtsverständnisses, allerdings nicht zwingend erforderlich. Zudem zeigt die bei Erlass schon bestehende Erwägung, das Musterverfahren bei Bewährung in der Praxis auf weitere Gebiete auszudehnen,²⁸² dass der Gesetzgeber eine Art Testballon steigen ließ, um dem rechtspolitisch erwünschten Ziel der Interessenkollektivierung näher zu kommen. Folglich ist in der Einführung eines Musterverfahrens aufgrund des erklärten Ziels des

²⁷⁹ Oben Kapitel 2, E. IV.

²⁸⁰ BT-Drucks. 15/5091, S. 16.

²⁸¹ Vgl. *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 180 f.; *Tamm*, ZHR 174 (2010), 525, 542 jeweils „Lex Telekom“; ähnlich auch *Hess*, in: KK-KapMuG, Einl. Rn. 19. In BT-Drucks. 15/5091, S. 1 ist nur von „aktuellen Prospekthaftungsklagen“ die Rede.

²⁸² Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren, BT-Drucks. 15/5695, S. 22.

Gesetzgebers, das Zivilprozessrecht zur Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien zu instrumentalisieren, eine klare Tendenz erkennbar, das grundlegende Verständnis des Zivilprozessrechts weg von *conflict-solving* hin zu *policy-implementing* zu verschieben.

3. Verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage

Wie bereits oben unter 1. kurz dargestellt, kann in Details noch nicht zur verbraucherrechtlichen Musterfeststellungsklage Stellung bezogen werden.²⁸³ Indes zeigen sich im vom Bundestag beschlossenen Gesetz²⁸⁴ zu dieser durchaus ähnliche Auswirkungen auf die Dispositionsmaxime wie im KapMuG. So soll eine Musterklage nur von Verbänden erhoben werden können, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen (§ 606 Abs. 1 ZPO-neu). Sobald ein Verbraucher seine Ansprüche in einem Klageregister zur Musterfeststellungsklage angemeldet hat (§ 608 ZPO-neu), soll er während der Rechtshängigkeit der Musterfeststellungsklage keinen Individualprozess zum selben Streitgegenstand führen können (§ 610 Abs. 2 ZPO-neu). Auch die Möglichkeiten zum Vergleichsschluss sollen begrenzt werden. Zudem ist es dem Verbraucher nicht möglich, seine Anmeldung nach dem Ablauf des Tags des Beginns der mündlichen Verhandlung zurückzunehmen (§ 608 Abs. 3 ZPO-neu). Indes bleibt es ihm – anders faktisch im Rahmen des KapMuG²⁸⁵ – unbenommen, seine Ansprüche auf dem Individualklageweg zu verfolgen.

Auch durch die verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage sollen jedoch ordnungspolitische Interessen durchgesetzt werden. Es soll einerseits die „rationale Apathie“ von Verbrauchern überwunden werden und andererseits verhindert werden, dass Unternehmen diese rationale Apathie ausnutzen, indem sie in einer Vielzahl von Fällen gegen Verbraucherrecht verstoßen.²⁸⁶ Ebenso zeigt sich wie im Bereich des KapMuG die doppelte prozessrechtliche Bevorzugung von Verbrauchern.²⁸⁷ Diese werden gegenüber den beklagten

²⁸³ Siehe hierzu nur *Fölsch*, DRiZ 2018, 214; *Habbe/Gieseler*, BB 2016, 3018; *dies.*, BB 2017, 2188; *dies.*, GWR 2018, 227; *Halfmeier*, VuR 2015, 441; *Jung*, AnwBl 2017, 185; *Kilian*, ZRP 2018, 72; *Kranz*, NZG 2017, 1099; *Kutschaty/Freudenberg/Gerhardt*, ZRP 2017, 27; *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes?; *Müller/Steineke*, RuP 2016, 98; *Paulus*, NJW 2018, 987; *Stadler*, VuR 2018, 83; *Waßmuth/Asmus*, ZIP 2018, 657; *Wernicke*, BB 2017, Die erste Seite.

²⁸⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 19/2741; sowie Plenarprotokoll 19/39, S. 3743 ff. Das Gesetz soll am 01.11.2018 in Kraft treten.

²⁸⁵ Siehe dazu soeben Kapitel 4, A. VII. 2. c) dd).

²⁸⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507, S. 13.

²⁸⁷ Dazu soeben Kapitel 4, A. VII. 2. d) dd).

Unternehmen derart bevorzugt, dass sie von der potentiell aufwändigen Prozessführung befreit werden, dennoch aber in den Genuss der Bindungswirkung des Urteils kommen können. Gegenüber anderen Inhabern subjektiver Rechte, die diese klageweise durchsetzen wollen, werden sie deshalb bevorzugt, weil ihnen eine kostenlose Möglichkeit zur Rechtsverfolgung zur Verfügung steht. Begründet wird dies mit der typischen strukturellen Unterlegenheit der Verbraucher in den Prozessen.²⁸⁸ Auch durch die verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage findet also – soweit dies zum aktuellen Zeitpunkt bewertet werden kann – eine Verschiebung der grundlegenden Intention des Zivilprozessrechts hin zum *policy-implementing type* des Prozessrechts statt.

4. Zwischenergebnis

Folglich liegt in der Einführung von Musterklageverfahren eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

VIII. Stärkung von *private enforcement* im Recht des geistigen Eigentums und im Kartellrecht

Doch das Kapitalmarktrecht und das Verbraucherrecht sind nicht die einzigen typischerweise von strenger Regulierung geprägten Rechtsgebiete, auf denen privatrechtliche Steuerungselemente – *private enforcement* – mit einer Materialisierung des korrespondierenden Verfahrensrechts einhergehen können. Entsprechende Ansätze zeigen sich – maßgeblich gesteuert durch unionsrechtliche Vorgaben²⁸⁹ – auch im Bereich des geistigen Eigentums und des Kartellrechts.

1. Recht des geistigen Eigentums

Zunächst einmal ist das Recht des geistigen Eigentums in den Blick zu nehmen. Hier basiert die deutsche Rechtslage wesentlich auf einer Umsetzung der Enforcement-Richtlinie.²⁹⁰

²⁸⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507, S. 13 ff.; daneben *Jung*, AnwBl 2017, 185; *Kutschaty/Freudenberg/Gerhardt*, ZRP 2017, 27; *Müller/Steineke*, RuP 2016, 98; *Tilp/Schiefer*, NZV 2017, 14.

²⁸⁹ Da es sich jedoch in beiden Fällen um Richtlinien handelt, erscheint es treffender, auf die jeweilige Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber abzustellen. Dies ist jedoch einerseits keinesfalls zwingend, andererseits sollte stets im Hinterkopf behalten werden, dass wesentlicher Auslöser für die nationalen Regelungen unionsrechtliche Vorgaben waren.

²⁹⁰ Richtlinie (EG) 2004/48 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157, S. 45, berichtigt durch ABl. L 195, S. 16; umgesetzt durch Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums v. 07.07.2008, BGBl. I, S. 1191 ff.

a) Inhaltlicher Überblick

Interessant für das deutsche Zivilprozessrecht sind dabei vor allem die Artt. 6, 7 der Richtlinie. In diesen wird den Mitgliedstaaten die Regelung bestimmter Beweisvorlagepflichten für die Parteien und von Maßnahmen zur Beweissicherung aufgegeben.²⁹¹

aa) Beweisoffenlegung, Art. 6 Enforcement-Richtlinie

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Enforcement-Richtlinie bestimmt:

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

Art. 6 Abs. 2 erweitert die Vorlagepflicht im Falle gewerbsmäßiger Verletzung auf die in der Verfügungsgewalt des Gegners befindlichen Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen.

bb) Beweissicherung, Art. 7 Enforcement-Richtlinie

Art. 7 der Enforcement-Richtlinie fordert zusätzlich von den Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Gerichte schnelle und wirksame einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der rechtserheblichen Beweismittel hinsichtlich der behaupteten Verletzung anordnen können. Teilweise wurde dies als umfassende Möglichkeit zur Pre-Trial-Discovery einschließlich der Möglichkeit, Geschäftsräume zur Beweissicherung zu betreten und durchsuchen, interpretiert.²⁹²

cc) Weitere verfahrensrechtliche Vorschriften der Enforcement-Richtlinie

Über die Thematik der Beweisoffenlegung und -sicherung hinaus enthält die Enforcement-Richtlinie weitere verfahrensrechtliche Vorgaben an die Mitgliedstaaten. So fordert Art. 9 Abs. 2 bestimmte einstweilige und Sicherungsmaßnahmen zum Schutz von eventuellen Schadensersatzansprüchen. Art. 9 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten auf, dafür zu sorgen, dass im Falle von gewerbsmäßigen Rechtsverletzungen Maßnahmen getroffen werden können, um die Erfüllung von Schadensersatzforderungen zu sichern. Die Gerichte sollen die vorsorgliche Beschlagnahme von Vermögen des mut-

²⁹¹ Umfassender Überblick bei *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 173 ff.; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch.

²⁹² Vgl. *Knaak*, GRUR Int 2004, 745, 748 f.

maßlichen Schädigers einschließlich der Sperrung seiner Bankkonten und der Beschlagnahme sonstiger Vermögenswerte anordnen können, wenn die geschädigte Partei glaubhaft macht, dass die Erfüllung ihrer Schadensersatzforderung fraglich ist. Satz 2 regelt, dass die zuständigen Behörden (sprich in Deutschland die Gerichte) auch die Übermittlung von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen oder einen geeigneten Zugang zu den entsprechenden Unterlagen anordnen können müssen. In den Absätzen 3 bis 7 werden spezielle prozessuale Vorgaben für diese Maßnahmen gemacht. Art. 11 gibt den Mitgliedstaaten auf, gerichtliche Anordnungen zu ermöglichen, die eine Beseitigung von Rechtsverletzungen ermöglichen, während Art. 14 der Enforcement-Richtlinie schließlich Vorgaben für die Verteilung der Prozesskosten macht.

dd) Umsetzung der Vorgaben zum Beweisrecht durch den deutschen Gesetzgeber

Für den Großteil dieser Vorschriften hat der deutsche Gesetzgeber eine Umsetzungspflicht gesehen.²⁹³ Im Vorfeld der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie äußerten einige Autoren die Hoffnung, der Gesetzgeber werde die Gelegenheit der Richtlinie nutzen und erweiterte prozessuale Offenlegungspflichten schaffen.²⁹⁴ Auch der BGH reagierte und entschied vor dem Hintergrund der Richtlinie, dass § 142 ZPO im Anwendungsbereich der Enforcement-Richtlinie erweitert auszulegen sei.²⁹⁵

(1) Beweisoffenlegung im allgemeinen Zivilprozessrecht

Zunächst ist jedoch zu konstatieren, dass Vorschriften zur Auskunftserteilung und Beweisoffenlegung für das Zivilprozessrecht und auch das materielle Zivilrecht nicht neu sind. So existieren materiell-rechtlich etwa die ausdrücklich kodifizierten §§ 402, 666, 675, 681, 713, 810, 1580, 1839, 2027, 2314 BGB. Daneben nimmt die Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen einen allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB an.²⁹⁶ Im Zivilprozess-

²⁹³ Regierungsentwurf zu einem Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Drucks. 16/5048, S. 26 ff. Auf das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBl. 1994 II, S. 1438, 1730, wird an dieser Stelle bewusst nicht eingegangen.

²⁹⁴ Hess, in: Effektivität des Rechtsschutzes, S. 121, 160 ff.; Knaak, GRUR Int 2004, 745, 747 f.; McGuire, GRUR Int 2005, 15, 20 ff. Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt einer allgemeinen Informationspflicht im Zivilprozess regt auch Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 219 ff. an. Vgl. auch allgemein zur Begründung eines Offenlegungsanspruchs Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, S. 185 ff.

²⁹⁵ BGHZ 169, 30 Rn. 40 ff.; mit zustimmender Anmerkung McGuire, GPR 2007, 34.

²⁹⁶ RGZ 108, 1, 7; BGHZ 10, 385, 387; 95, 274, 278 f.; 152, 307, 316; BGH NJW 2014, 2571, Rn. 13; BGH ZIP 2016, 1529, Rn. 17. Ausführlich auch Beckhaus, Die Bewältigung

recht ist auf § 142 ZPO zu verweisen. Dieser erlaubt es dem Gericht, die Vorlage von im Parteivortrag bezeichneten Urkunden anzuordnen.²⁹⁷ Daneben regeln die §§ 421 ff. ZPO, wann eine Partei im Prozess Urkunden vorzulegen hat, die sich in ihrem oder im Besitz Dritter befinden. Die ganz grundlegende Möglichkeit, eine Partei oder Person zu verpflichten, Auskünfte zu erteilen oder Schriftstücke vorzulegen, ist also bereits im Zivilprozessrecht vorhanden.

Bisher musste für eine Offenlegung nach §§ 421, 425 ZPO i.V.m. § 242 BGB zumindest schlüssig dargetan werden, dass zwischen den Parteien ein besonderes rechtliches Verhältnis besteht und es das „Wesen des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seiner Rechte im Ungewissen, der Inanspruchgenommene aber in der Lage ist, die verlangte Auskunft unschwer zu erteilen“.²⁹⁸ Für eine Anordnung des Gerichts zur Vorlage von Urkunden nach § 142 ZPO ist nach der Rechtsprechung erforderlich, dass im Rahmen der allgemeinen Darlegungs- und Substantiierungslast jedenfalls schlüssig und substantiiert dargelegt wird, dass bestimmte Erkenntnisse für konkret behauptete Tatsachen durch die Urkunden zu erwarten sind; die Urkunden dürften nicht zur schlichten Informationsgewinnung angefordert werden.²⁹⁹ Allgemein lässt sich sagen: Eine Ausforschung der gegnerischen Partei war mit Mitteln des allgemeinen Prozessrechts nicht und durch materiell-rechtliche Ansprüche nur sehr eingeschränkt möglich.

(2) Konkrete Umsetzung

Der deutsche Gesetzgeber hatte nun im Wesentlichen zwei Möglichkeiten, zu reagieren. Einerseits hätte er die Vorgaben rein zivilprozessrechtlich umsetzen können, andererseits hätte er einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Offenlegung der Beweismittel schaffen können. Der Gesetzgeber hat eine prozessrechtliche Lösung mit einem knappen Satz in den Gesetzesmaterialien verworfen, weil Erzwingbarkeit prozessualer Anordnungen dem deutschen Recht fremd sei, eine solche aber von der Enforcement-Richtlinie gefordert werde.³⁰⁰ Deshalb wählte der Gesetzgeber als Lösung einzelne materiell-rechtliche An-

von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 7 ff.; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, S. 121 ff.

²⁹⁷ Zu den §§ 142, 144 ZPO siehe ausführlich unten Kapitel 5, B. III. 1.

²⁹⁸ BGH NJW 1980, 2463; *Olzen/Looschelders*, in: Staudinger BGB, § 242 Rn. 605 m.w.N. Vgl. auch zu richterrechtlichen Offenlegungsansprüchen auf weiteren Rechtsgebieten *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, S. 122 ff.

²⁹⁹ BGHZ 173, 23, Rn. 20; 202, 180, Rn. 42. Siehe auch *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1 mit umfassenden Nachweisen. Vgl. zum Ganzen auch *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 166 ff.; sowie unten Kapitel 5, B. III. 1.

³⁰⁰ BT-Drucks. 16/5048, S. 27.

sprüche auf Herausgabe der Beweismittel in den entsprechenden Sondergesetzen,³⁰¹ die im Prozess gemäß § 422 ZPO geltend gemacht werden können.

Auf die Hoffnung oder Befürchtung, durch Art. 7 der Richtlinie könnten die Ausforschungsmöglichkeiten im deutschen Prozessrecht deutlich erweitert werden, hat der Gesetzgeber mit der – freilich nur bezogen auf das Prozessrecht³⁰² – minimalinvasivsten Umsetzungsmöglichkeit reagiert.³⁰³ Er hat durch die materiell-rechtliche Umsetzung der Offenlegungsansprüche in Kombination mit den bereits vorhandenen Möglichkeiten zum einstweiligen Rechtsschutz kaum weiteren Umsetzungsbedarf gesehen.³⁰⁴ Dementsprechend hat er auch (nur) in einigen Sondergesetzen Vorgaben zum Geheimnisschutz ergänzt und das grundsätzliche Verbot von Ausforschungsbeweisen im Zivilverfahren unangetastet lassen wollen.³⁰⁵ Darüber hinaus hat er in den entsprechenden sondergesetzlichen Vorschriften, die den materiell-rechtlichen Anspruch gewähren, die Vorgabe aufgenommen, dass der Anspruch auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann.³⁰⁶ Dies sollte klarstellen, dass in diesem Rahmen eine Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Verfahren ausnahmsweise hinzunehmen ist.³⁰⁷ Insgesamt ist der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der prozessualen Umsetzung von Art. 7 Enforcement-Richtlinie – wiederum nicht aber hinsichtlich der grundsätzlichen Ausgestaltung als materielle Herausgabeansprüche – mit Sicherheit am unteren Rand des durch die Richtlinie Gebotenen geblieben.³⁰⁸

ee) Umsetzung der sonstigen Vorgaben

(1) Art. 11 und 14 Enforcement-Richtlinie

Hinsichtlich des Art. 14 Enforcement-Richtlinie, der verlangt, dass die Prozesskosten im Regelfall von der unterlegenen Partei zu tragen sind, hat der deutsche Gesetzgeber zurecht keinen Umsetzungsbedarf gesehen, da dies dem

³⁰¹ § 140c PatG, § 24c GebrMG, §§ 19a, 128, 135 MarkenG, § 9 HalbleiterschutzG, § 101a UrhG, § 46a GeschmMG (inzwischen § 46a DesignG), § 37c SortenschutzG.

³⁰² Damit soll nicht verkannt werden, dass hinsichtlich der materiell-rechtlichen Auskunftsansprüche, die nicht an einen konkreten Rechtsstreit anknüpfen müssen, eine überschießende Regelung getroffen wurde. Vgl. diesbezüglich auch: *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 299 ff.

³⁰³ Vgl. BT-Drucks. 16/5048 S. 27 ff.

³⁰⁴ BT-Drucks. 16/5048 S. 27 ff.

³⁰⁵ BT-Drucks. 16/5048 S. 28 f.

³⁰⁶ Etwa § 140c Abs. 3 PatG, § 24c Abs. 3 GebrMG, § 19a Abs. 3 MarkenG, § 9 Abs. 2 HalbleiterschutzG i.V.m. § 24c Abs. 3 GebrMG, § 101a Abs. 3 UrhG, § 46a Abs. 3 GeschmMG (inzwischen § 46a Abs. 3 DesignG), § 37c Abs. 3 SortenschutzG.

³⁰⁷ BT-Drucks. 16/5048 S. 28. Mit scharfer Kritik *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 301.

³⁰⁸ *Seichter*, WRP 2006, 391, 36.

deutschen System der Prozesskosten gemäß §§ 91 ff. ZPO entspricht.³⁰⁹ Auch hinsichtlich des Art. 11 Enforcement-Richtlinie sah sich der deutsche Gesetzgeber nicht zum Tätigwerden veranlasst. Das deutsche Recht biete durch die spezialgesetzlichen Ansprüche sowie die Grundsätze der Störerhaftung und deren jeweilige gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeiten der Richtlinie entsprechende Beseitigungsansprüche.³¹⁰

(2) *Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Enforcement-Richtlinie*

Hinsichtlich Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Enforcement-Richtlinie, der Sicherungsmaßnahmen fordert, hat der Gesetzgeber keine umsetzenden Regelungen getroffen. Maßnahmen zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen sind im deutschen Recht über die Vorschriften zum Arrest, §§ 916 ff. ZPO möglich. Der deutsche Gesetzgeber hat durchaus erkannt, dass die Vorschriften in den Voraussetzungen enger sind, als der Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 Satz 1 der Enforcement-Richtlinie.³¹¹ So kennt das deutsche Recht keine Möglichkeit einer Arrestanordnung wegen drohenden Zahlungsausfalls aus wirtschaftlichen Gründen, auch nicht wegen Gläubigerkonkurrenz.³¹² Allerdings hat sich der Gesetzgeber entschieden, die Richtlinie so zu verstehen, dass eine Sicherung von Schadensersatzansprüchen vor einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nicht gemeint ist.³¹³ Dies folgert der Gesetzgeber einerseits daraus, dass überhaupt pfändbares Vermögen vorhanden sein muss. Sonst ergibt auch eine vorherige Sicherung keinen Sinn.³¹⁴ Gegen eine zwischenzeitliche treuwidrige Verschiebung schützt das AnfG. Es bliebe also nur der Fall, dass der Schädiger in Folge der Ansprüche vieler Gläubiger überschuldet ist.³¹⁵ Dann würde aber ein Gläubiger, der einen Anspruch aufgrund der Verletzung von geistigem Eigentum im Anwendungsbereich der Richtlinie hat, gegenüber den anderen Gläubigern deutlich bevorzugt, weil er bereits im Vorfeld einer drohenden Insolvenz Zugriff auf das Vermögen des Schuldners hätte. Einen solchen Wettlauf der Gläubiger will das Insolvenzverfahren generell verhindern.³¹⁶

³⁰⁹ BT-Drucks. 16/5048, S. 33.

³¹⁰ BT-Drucks. 16/5048, S. 32.

³¹¹ BT-Drucks. 16/5048, S. 31.

³¹² BGHZ 171, 261 Rn. 23; *Seichter*, WRP 2006, 391, 399; *Drescher*, in: MüKoZPO § 916 Rn. 5; *Vollkommer*, in: Zöller § 916 Rn. 8.

³¹³ BT-Drucks. 16/5048, S. 31.

³¹⁴ BT-Drucks. 16/5048, S. 31.

³¹⁵ Vgl. auch *Drescher*, in: MüKoZPO, § 917 Rn. 12.

³¹⁶ Nur *Stürner*, ZP 99 (1986), 291, 326; *Ganter/Lohmann*, in: MüKoInsO, § 1 Rn. 51, jeweils m.w.N. Das Insolvenzrecht sowie eine mögliche Materialisierung in diesem Bereich ist nicht Bestandteil dieser Arbeit, weshalb nicht vertieft auf mögliche Konflikte mit insolvenzrechtlichen Grundsätzen eingegangen wird.

Der deutsche Gesetzgeber hat auch aus diesem Grund mit einem Verweis auf den allgemeinen Gleichheitssatz von einer entsprechenden Regelung abgesehen.³¹⁷ Den materiell-rechtlichen Offenlegungsanspruch (siehe oben Kapitel 4, A. VIII. 1. a) aa)) in Verbindung mit §§ 916 ff. ZPO hat der deutsche Gesetzgeber also als insgesamt ausreichende Umsetzung der Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Enforcement-Richtlinie erachtet. Hiermit bleibt die Umsetzung der Richtlinie sicherlich wiederum am unteren Rand der Möglichkeiten, sollte sich aber aufgrund der vermutlich nicht angelegten Konflikte mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Rahmen des Zulässigen bewegen.³¹⁸

(3) Art. 9 Abs. 2 Satz 2 Enforcement-Richtlinie

Art. 9 Abs. 2 Satz 2 Enforcement-Richtlinie hingegen musste der deutsche Gesetzgeber nach seiner Ansicht ins nationale Recht transferieren. Der deutsche Gesetzgeber hatte nach eigenem Bekunden wiederum zwei Möglichkeiten: Entweder die gewählte Ausgestaltung als materiell-rechtlichen Anspruch oder die Offenlegung von Urkunden als Maßnahme des Zwangsvollstreckungsrechts auszugestalten.³¹⁹ Gegen letztere Möglichkeit fiel die Entscheidung deshalb, weil eine Übermittlung von Unterlagen dem deutschen Zwangsvollstreckungsrecht fremd sei.³²⁰ Erst im Rahmen einer Vermögensauskunft (§ 802c ZPO, bis zum 31.12.2012: eidesstattliche Versicherung über die Vermögensverhältnisse, §§ 807, 900 ZPO i.d.F. vom 05.12.2005) muss der Schuldner überhaupt zu Zwecken der Zwangsvollstreckung über sein Vermögen Auskunft erteilen. Die Übermittlung von entsprechenden Urkunden zum Nachweis der Vermögenslage ist jedoch auch hier nicht vorgesehen.³²¹ Der deutsche Gesetzgeber hat sich, um einen aus seiner Sicht drohenden „Systembruch im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht“ abzuwenden, also erneut für die materiell-rechtliche Lösung entschieden und sondergesetzliche Ansprüche zur Urkundenübermittlung geschaffen.³²²

ff) Zusammenfassung

Damit lässt sich folgendes Zwischenergebnis zusammenfassend festhalten: Die Enforcement-Richtlinie macht recht umfangreiche Vorgaben zur Offenle-

³¹⁷ BT-Drucks. 16/5048, S. 31.

³¹⁸ *Seichter*, WRP 2006, 391, 399.

³¹⁹ BT-Drucks. 16/5048, S. 31.

³²⁰ Nur OLG Köln NJW-RR 1996, 421, 422 ff.; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, § 101b Rn. 2 (m.w.N.).

³²¹ *Seichter*, WRP 2006, 391, 399.

³²² Vgl. BT-Drucks. 16/5048, S. 31, Umsetzung in § 140d PatG, § 24d GebrMG, §§ 19b, 128 und 135 MarkenG, § 9 HalbleiterschutzG, § 101b UrhG, § 46b GeschmMG, und § 37d SortenschutzG.

gung und Sicherung von Beweismitteln, die sich im Besitz eines vermeintlichen Verletzers geistiger Eigentumsrechte befinden. Darüber hinaus muss die Erfüllung von möglichen Schadensersatzansprüchen umfassend gesichert werden. Der deutsche Gesetzgeber hat diese weitgehenden Vorgaben mit den geringstmöglichen Auswirkungen auf das deutsche Zivilprozessrecht umgesetzt, indem er ganz überwiegend materiell-rechtliche Ansprüche kodifiziert hat.

b) Materialisierung durch die Enforcement-Richtlinie und deren Umsetzung

Doch liegt in den Vorgaben der Enforcement-Richtlinie bzw. deren Umsetzung eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts? Hierbei ist es geboten, zwischen europäischer Vorgabe und deutscher Umsetzung zu unterscheiden.

aa) Europäischer Gesetzgeber

Der rechtspolitische Hintergrund der Beweisoffenlegungsverpflichtung der Artt. 6, 7 Enforcement-Richtlinie sowie der Vorgaben zur Sicherung von Schadensersatzansprüchen ist mit einem Blick in die Erwägungsgründe schnell geklärt. Es ging dem europäischen Gesetzgeber nicht etwa um die Harmonisierung von zivilprozessualen Regelungen der Mitgliedstaaten.³²³ Die verfahrensrechtlichen Vorschriften sollen ein „hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt“³²⁴ gewährleisten. Da Beweismittel zur Feststellung einer Rechtsverletzung zentral seien, sei es von besonderer Wichtigkeit, dass wirksame Mittel zur Vorlage, Erlangung und Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen.³²⁵ Die Aussage, wonach Beweismittel zur Feststellung einer Rechtsverletzung zentral seien, lässt sich freilich auf fast jeden Bereich des materiellen Rechts übertragen. Stehen einem Kläger zum Beweis seines bestrittenen Vorbringens keine Beweismittel zur Verfügung, wird die Klage abgewiesen. Zwar mag das Recht des geistigen Eigentums von einer grundsätzlichen Informationsasymmetrie zulasten des Inhabers geistiger Eigentumsrechte geprägt sein,³²⁶ allerdings bezieht sich der Gesetzgeber bei der Enforcement-Richtlinie nicht darauf.

Vielmehr soll im Anwendungsbereich der Enforcement-Richtlinie der potentielle Anspruchsinhaber durch die Richtlinie bessergestellt werden, wie auch Art. 2 Abs. 1 Enforcement-Richtlinie zeigt, der Abweichungen zugunsten der Rechtsinhaber ausdrücklich zulässt. Es soll also nach dem Willen des

³²³ Ausdrücklich Erwägungsgrund 11.

³²⁴ Erwägungsgrund 10 der Enforcement-Richtlinie. Vgl. auch *Heinze*, EuR 2008, 654, 716.

³²⁵ Erwägungsgrund 20 der Enforcement-Richtlinie.

³²⁶ Vgl. *McGuire*, GRUR Int 2005, 15, 15 f.

europäischen Gesetzgebers das Verfahrensrecht als Instrument zur Erreichung ordnungspolitischer Ziele – eines hohen Schutzniveaus für geistiges Eigentum – verwendet werden. Deutlich wird damit also, dass der europäische Gesetzgeber den Regelungen des Zivilprozesses auf dem Gebiet des geistigen Eigentums nicht das Verständnis eines *conflict-solving type* des Prozessrechts zugrunde legt. Stattdessen will er im Rahmen eines *policy-implementing type* des Prozessrechts ordnungspolitische Ziele umsetzen.³²⁷ Da sich der europäische Gesetzgeber jedoch einer Richtlinie bedient hat, mag er zwar im Rahmen seiner Normgebung ein Verständnis des Zivilprozesses erkennen lassen, das eher dem *policy-implementing type* des Prozessrechts entspricht. Für die Frage, ob das Zivilprozessrecht tatsächlich ordnungspolitische Ziele umsetzt, ist jedoch auf die nationale Umsetzung abzustellen. Im Rahmen dieser Untersuchung kann die Intention und das Prozessrechtsverständnis der zugrundeliegenden Richtlinie freilich ein Indiz für eine Tendenz zur Materialisierung sein.

bb) Deutscher Gesetzgeber

Der deutsche Gesetzgeber hat die wesentlichen Vorgaben der Richtlinie – soweit möglich – materiell-rechtlich umgesetzt. Die Ansprüche, die nur dem vermeintlich Verletzten zustehen, mögen aufgrund ihrer einseitigen Bevorzugung³²⁸ eine Tendenz zur Materialisierung des Privatrechts sein. Dazu kann und soll in dieser Arbeit jedoch nicht Stellung bezogen werden. Durch die Ausgestaltung als materiell-rechtliche Ansprüche haben sie jedoch keine materialisierende Wirkung auf das Zivilprozessrecht. Sie durchbrechen auch nicht die Wertungen des Beibringungsgrundsatzes im Zivilprozess, da sie eigenständiger Anspruch in einem eigenständigen Prozess (oder im Rahmen zulässiger Stufenklage) eingeklagt werden.³²⁹ Dies wäre selbstverständlich grundlegend anders, hätte sich der deutsche Gesetzgeber für eine prozessrechtliche Umsetzung entschieden oder im Rahmen der Umsetzung von Art. 7 Enforcement-Richtlinie wie von einigen Autoren erhofft,³³⁰ eine umfassende Möglichkeit zur „Pre-Trial-Discovery“ geschaffen.

Auch hinsichtlich der Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 Satz 2 Enforcement-Richtlinie hat der Gesetzgeber zwar einen Ansatz gewählt, der wiederum Inhaber von geistigen Eigentumsrechten bevorzugt. Benötigt ein „normaler“

³²⁷ In der Bewertung ähnlich *Heinze*, JZ 2011, 709, 714; *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 284, 290 ff.; *ders.*, JZ 2016, 1134, 1139.

³²⁸ Kritisch *Seichter*, WRP 2006, 391, 399; *Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 101a Rn. 4.

³²⁹ *Seichter*, WRP 2006, 391, 394 f.; *Tilmann*, GRUR 2005, 737, 737 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze UrhG*, § 101a Rn. 1 f. A.A. *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 296 ff.; *Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 101a Rn. 4.

³³⁰ *Hess*, in: *Effektivität des Rechtsschutzes*, S. 121, 160 ff.; *Knaak*, GRUR Int 2004, 745, 747 f.; *McGuire*, GRUR Int 2005, 15, 20 ff.

Gläubiger bereits Kenntnis von Vermögensverhältnissen, um einen Arrest nach §§ 916 ff. ZPO zu beantragen, kann ein Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs im Anwendungsbereich der Enforcement-Richtlinie Einsicht in die Vermögensverhältnisse verlangen.³³¹ Allerdings gilt außerhalb der Insolvenz des Schuldners das Prinzip des ersten Zugriffs und nicht der Gläubigergleichbehandlung, weshalb auch etwa drohende Konkurrenz anderer Gläubiger keinen Arrestgrund darstellt.³³² Einen vollständigen Systembruch, wie es etwa im Insolvenzrecht der Fall gewesen wäre, stellt eine Norm, die bestimmte Gläubiger bevorzugt, also nicht dar. Daneben ist die Bevorzugung wiederum eine materiell-rechtliche, sodass auch aus ihr keine Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts folgen können.

Eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts kommt nach alledem nur hinsichtlich der prozessrechtlichen Sondervorschriften in Betracht. Diese finden sich allein im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes.³³³ In Abweichung von den allgemeinen Regeln des Zwangsvollstreckungsrechts wird in den sondergesetzlichen Vorschriften, die materiell-rechtliche Offenlegungsansprüche vorsehen, angeordnet, dass einstweiliger Rechtsschutz auch gewährt werden kann, wenn damit die Vorwegnahme der Hauptsache einhergeht.³³⁴ Dies klingt zunächst nach einem deutlichen Bruch mit prozessualen Grundsätzen, einer prozessualen Bevorzugung von Inhabern geistiger Eigentumsrechte gegenüber anderen Antragstellern im einstweiligen Verfügungsverfahren. Allerdings entspricht diese Möglichkeit letztlich der schon zuvor richterrechtlich entwickelten Befriedungsverfügung im einstweiligen Rechtsschutz.³³⁵ Sind im einstweiligen Rechtschutzverfahren nur solche Maßnahmen sinnvollerweise anzuordnen, die mit einer Vorwegnahme der Hauptsache einhergehen, und droht andernfalls ein irreparabler Schaden beim Antragstel-

³³¹ *Seichter*, WRP 2006, 391, 399; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, § 101b Rn. 4; deshalb auch kritisch zur materiell-rechtlichen Lösung *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 399 f. In der Tat wäre die von *Peukert/Kur* vorgeschlagene Verweisung auf die Arrestvorschriften die konsequentere Lösung gewesen.

³³² Nur *Drescher*, in: MüKoZPO, § 917 Rn. 12; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 917 Rn. 9; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, ZPO, Vorbemerkung vor §§ 704 ff. Rn. 3 (jeweils m.w.N.).

³³³ Etwa § 140c Abs. 3 PatG, § 24c Abs. 3 GebrMG, § 19a Abs. 3 MarkenG, § 9 Abs. 2 HalbleiterschutzG i.V.m. § 24c Abs. 3 GebrMG, § 101a Abs. 3 UrhG, § 46a Abs. 3 GeschmMG (inzwischen § 46a Abs. 3 DesignG), § 37c Abs. 3 SortenschutzG.

³³⁴ *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 301; *Spindler/Weber*, ZUM 2007, 257, 265 f.; *Seichter*, WRP 2006, 391, 396; *Dreier*, in: Dreier/Schulze UrhG, § 101a Rn. 9; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, § 101a Rn. 34.

³³⁵ Siehe hierzu und zur richter- bzw. gewohnheitsrechtlichen Anerkennung *Baur/Stürner/Brunns*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 53 Rn. 23; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), Vor § 935 Rn. 31; *Drescher*, in: MüKoZPO, § 938 Rn. 11, der allerdings § 938 ZPO in Verbindung mit dem Jusitzgewährungsanspruch als Rechtsgrundlage anführt, was letztlich jedoch auf dasselbe Ergebnis hinausläuft.

ler, so hat das Vorwegnahmeverbot hinter dem Justizgewährungsanspruch des Antragstellers zurückzustehen.³³⁶ So verhält es sich auch hinsichtlich des Offenlegungsanspruches. Die einzig sinnvoll denkbare Verfügung im einstweiligen Verfahren ist, sofern die Voraussetzungen vorliegen, die einstweilige Verpflichtung zur Offenlegung. Schließlich müssen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund auch weiterhin glaubhaft gemacht werden.³³⁷ Insofern mag hier eine spezialgesetzlich kodifizierte und typisierte Regelung der Befriedigungsverfügung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorliegen. Dies mag auch in eine geringfügige Besserstellung der Inhaber geistiger Eigentumsrechte gegenüber anderen Antragsteller im einstweiligen Verfügungsverfahren münden. Eine wesentliche Veränderung des Systems des einstweiligen Rechtsschutzes vermag diese Regelung indes nicht zu begründen.³³⁸

Nichtsdestotrotz hat der deutsche Gesetzgeber hier die Vorgaben der Richtlinie nicht vollständig aus dem Prozessrecht heraushalten können. Aufgrund der klaren Zielsetzung der Richtlinie ist daher in dieser möglichen Besserstellung der Inhaber geistiger Eigentumsrechte im einstweiligen Verfügungsverfahren eine – wenn auch schwache – Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts dahingehend erkennbar, dass durch das Prozessrecht ordnungspolitische Interessen umgesetzt werden sollen.

c) Zwischenergebnis

Der deutsche Gesetzgeber hat das der Richtlinie zugrunde liegende Verständnis vom Zivilprozess als *policy-implementing type* soweit wie ihm möglich aus dem deutschen Zivilprozessrecht herausgehalten. Lediglich in der möglichen Besserstellung der Inhaber geistiger Eigentumsrechte im einstweiligen Verfügungsverfahren liegt eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

2. Kartellrecht

Das Kartellrecht war gerade auf europäischer Ebene lange Zeit nahezu ausschließlich von öffentlich-rechtlicher Steuerung geprägt. Erst in jüngerer Vergangenheit, mit der VO 1/2003³³⁹, rückten auch privatrechtliche Steuerungselemente in den Blickpunkt.³⁴⁰ In diesem Rahmen wurde vor allem vom EuGH deutlich gemacht, dass das Prozessrecht mit dieser Entwicklung Schritt

³³⁶ Anschaulich und mit weiteren Nachweisen *Drescher*, in: MüKoZPO, § 938 Rn. 9 ff.

³³⁷ OLG Köln ZUM 2009, 427; OLG Hamm ZUM-RD 2010, 27; LG Düsseldorf, Beschl. v. 09.02.2010, 12 O 44/10; *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 300; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze UrhG*, § 101a Rn. 9; *Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 101a Rn. 34.

³³⁸ So aber *Peukert/Kur*, GRUR Int 2006, 292, 300.

³³⁹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1, S. 1.

³⁴⁰ *Wagner*, ZEuP 2008, 6, 13 f.

zu halten habe. In der Rechtssache *Muñoz* etwa hat der Gerichtshof ausgeführt, dass es von großer Wichtigkeit ist, dass die

„Beachtung der kartellrechtlichen Vorschriften im Wege eines Zivilprozesses durchgesetzt werden kann, den ein Wirtschaftsteilnehmer gegen einen Konkurrenten anstrengt. Eine solche Klagebefugnis verstärkt nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftsrechtlichen Regelung der Qualitätsnormen.“³⁴¹

a) Inhaltlicher Überblick

Die Kommission schien den Wink mit dem Zaunpfahl verstanden zu haben. Im Dezember 2005 veröffentlichte sie ein Grünbuch zu „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, in dem sie sich etwa mit dem „Zugang zu Beweismitteln“ oder dem „Schutz der Verbraucherinteressen“ befasst.³⁴² Dem Grünbuch folgte im Jahr 2008 ein Weißbuch³⁴³ und schließlich im Jahr 2014 die Kartellschadensersatzrichtlinie³⁴⁴. Diese Richtlinie hätte eigentlich bis zum 31.12.2016 umgesetzt werden sollen, dies geschah jedoch erst im Rahmen der 9. GWB-Novelle im Juni 2017, allerdings mit rückwirkender Geltung zum 27.12.2016.³⁴⁵ In den neu geschaffenen §§ 33g, 89b ff. GWB sollen die Vorgaben der Artt. 5 ff. Kartellschadensersatzrichtlinie umgesetzt werden.³⁴⁶ Jene geben dem nationalen Recht das vor, was bereits im Grün- und Weißbuch der Kommission angeregt wurde: umfangreiche Möglichkeiten für potentiell Kartellgeschädigte, Zugang zu Beweismitteln aus der Sphäre der (angeblichen) Kartellanten zu erhalten.³⁴⁷

³⁴¹ EuGH, Urt. v. 17.09.2002, *Muñoz*, C-253/00, EU:C:2002:497, Rn. 30 f. Ähnlich auch schon EuGH, Urt. v. 20.09.2001, *Courage*, C-454/99, EU:C:2001:465, Rn. 27 mit Bezug auf einen Schadensersatzanspruch einer Partei eines wegen eines Verstoßes Art. 85 EG-Vertrag nichtigen Vertrags.

³⁴² *EG-Kommission*, Grünbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 19.12.2005, S. 5 ff., 9 ff.

³⁴³ *EG-Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts v. 02.04.2008.

³⁴⁴ Richtlinie (EU) 2014/104 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349, S. 1.

³⁴⁵ Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 01.06.2017, BGBl. I, S. 1416.

³⁴⁶ Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 18/10207, S. 62 ff., 101 ff.

³⁴⁷ *EG-Kommission*, Grünbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 19.12.2005, S. 6 ff.; *EG-Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts v. 02.04.2008, S. 5 f.

aa) Kartellschadensersatzrichtlinie

Die Kartellschadensersatzrichtlinie hat Schadensersatzstreitigkeiten auf dem Gebiet des Kartellrechts zutreffend als von Informationsasymmetrie gekennzeichnete Streitigkeiten ausgemacht und will dementsprechend eine Ausforschung ermöglichen, ohne dass konkrete Beweismittel benannt werden oder ein besonderes rechtliches Verhältnis zwischen den Parteien dargetan werden muss.³⁴⁸

Dementsprechend schreibt Art. 5 Abs. 1, 2 Kartellschadensersatzrichtlinie vor, dass, damit im Prozess Beweismittel offengelegt werden müssen, zwar eine substantiierte Begründung eines möglichen Schadensersatzanspruchs erforderlich ist und der entsprechende Antrag die mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel enthalten muss. Allerdings müssen die offenzulegenden Beweismittel nur so genau abgegrenzt werden, wie dies auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Tatsachen möglich ist. In Artt. 6 ff. der Kartellschadensersatzrichtlinie finden sich weitere Vorgaben zur Beweisoffenlegung. Insgesamt steht die Richtlinie unter dem Eindruck, dass das

„strenge rechtliche Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete einzelne Beweismittel anbieten muss [...], die wirksame Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren [kann]“.³⁴⁹

bb) Umsetzung durch die 9. GWB-Novelle

Die Formulierungen der Kartellschadensersatzrichtlinie, die der deutsche Gesetzgeber umzusetzen hatte, klingen nach den vorherigen Ausführungen zur Enforcementrichtlinie und deren Umsetzung durchaus bekannt. Die Umsetzung der Beweisoffenlegungsvorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Enforcementrichtlinie als materiell-rechtliche Ansprüche diene dann dem Gesetzgeber auch als Vorlage für die Regelung des § 33g GWB.³⁵⁰ Er hat sich in §§ 33g, 89b ff. GWB, durchaus ähnlich der Normen im Bereich des geistigen Eigentums, für eine Mischlösung aus materiell-rechtlichen Ansprüchen und einigen prozessrechtlichen Sondervorschriften entschieden.³⁵¹

³⁴⁸ Erwägungsgründe 13, 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie zur Auslegung des Art. 5 Kartellschadensersatzrichtlinie.

³⁴⁹ Erwägungsgrund 14 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

³⁵⁰ *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574, 1576; siehe auch oben Kapitel 4, A. VIII. 1. a).

³⁵¹ Vgl. *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 165 f.; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3013 f.; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 518 f.; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 68; *Weber ZJP* 131 (2018), 457, 466 ff.

(1) Materiell-rechtlicher Anspruch

Zunächst hatte er in § 33g GWB einen „selbstständigen, materiellen Rechtsanspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln“³⁵² geschaffen. Der Gesetzgeber war nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie nur verpflichtet, eine Möglichkeit zu eröffnen, „in Verfahren über Schadensersatzklagen“ eine Anordnungsmöglichkeit zur Offenlegung für das Gericht zu schaffen. Einen eigenständigen, selbstständig einklagbaren Anspruch, forderte die Richtlinie nicht.³⁵³ Der deutsche Gesetzgeber hat, jedenfalls hinsichtlich der Ausforschung selbst, jedoch wiederum von einer prozessrechtlichen Regelung abgesehen. Die Formulierung des § 33g Abs. 1 GWB, wonach derjenige „der glaubhaft macht, einen solchen Schadensersatzanspruch zu haben“, einen Offenlegungsanspruch hat, steht dem nicht entgegen, sondern dürfte schlicht eine „terminologische Irritation“ sein.³⁵⁴ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Umsetzung des Art. 5 Kartellschadensersatzrichtlinie keine Auswirkungen auf das deutsche Zivilprozessrecht hat.

(2) Prozessrechtliche Sonderregelungen

Vielmehr hat der Gesetzgeber zusätzlich zum materiell-rechtlichen Anspruch aus § 33g GWB in §§ 89 ff. GWB prozessrechtliche Sondervorschriften für dessen Geltendmachung geschaffen, „um den Zweck der schnellen Schaffung eines vollstreckungsfähigen Titels zu erreichen“³⁵⁵

Die erste hierbei überraschende Regelung bietet § 89b Abs. 1 GWB, der für die Erteilung von Auskünften gem. § 33b GWB die entsprechende Anwendung von § 142 ZPO anordnet. Das verwundert deshalb, weil die Anordnung der Urkundenvorlegung nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach h.M. eigentlich gerade keinen materiell-rechtlichen Anspruch erfordert.³⁵⁶ Auf die dogmatischen Schwierigkeiten, die sich dadurch ergeben, soll jedoch in dieser Arbeit

³⁵² BT-Drucks. 18/10207, S. 62.

³⁵³ Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3013; Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 68 (mit Verweis auf die Umsetzung in Österreich).

³⁵⁴ Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 70 f. Siehe auch Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 169; Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471; dies., BB 2016, 3011, 3014;

³⁵⁵ BT-Drucks. 18/10207, S. 101.

³⁵⁶ BGHZ 173, 23, Rn. 18 ff.; BGH WM 2010, 1448, Rn. 25; Lang, Die Urkundenvorlegungspflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 165; Becker, MDR 2008, 1309, 1310; Kraayvanger/Hilgard, NJ 2003, 572, 572 f.; Wagner, JZ 2007, 706, 709 f.; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 55 Rn. 14; Fritsche, in: MüKoZPO, § 144 Rn. 11; Prütting, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 142 Rn. 2; Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1; Wöstmann, in: Saenger, ZPO, § 142 Rn. 3 f.; von Selle, in: BeckOK ZPO, § 142 Rn. 9. Zur beachtlichen Gegenauffassung (einschränkende Auslegung des § 142 ZPO), siehe OLG Frankfurt, Urt. v. 18.10.2006, 1 U 19/06, juris Rn. 19; Althammer, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 19 ff.; Leopold, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 142 Rn. 21 f.; Schreiber, JR 2008, 1, 5; Hartmann, in: B/L/A/H, § 142 Rn. 6.

nicht eingegangen werden, da hierin offensichtlich keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegt.³⁵⁷

Aus Sicht dieser Arbeit besonders interessant ist die Regelung des § 89b Abs. 5 GWB. Dieser stellt besondere Vorgaben für ein Offenlegungsbegehren im einstweiligen Rechtsschutz auf. Die Regelung führt in letzter Konsequenz regelmäßig wiederum zu einer Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, was der Gesetzgeber ausdrücklich billigt.³⁵⁸ Der Wortlaut lässt indes aufhorchen: Falls gegen den vermeintlichen Schädiger eine behördliche Entscheidung vorliegt,

„kann die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften nach § 33g im Wege der einstweiligen Verfügung auch *ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen* angeordnet werden“.

Zwar wird damit nicht entbehrlich, dass der Anordnungsanspruch dargelegt und glaubhaft gemacht wird (diese Voraussetzung ergibt sich aus §§ 936, 920 ZPO, nicht aus § 935 ZPO),³⁵⁹ wohl aber die Darlegung und Glaubhaftmachung des Anordnungsgrunds, mithin der Dringlichkeit. Allerdings fällt auch hier auf, dass eine solche Regelung nicht vollständig neu ist, § 12 Abs. 2 UWG ist nahezu wortgleich. Dort ist allerdings die Ausgangslage eine andere. In einem so dynamischen und kurzlebigen Sachgebiet wie dem des unlauteren Wettbewerbs würde ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch bei hohen Voraussetzungen für dessen Geltendmachung nahezu leerlaufen.³⁶⁰ Besonders beachtlich ist jedoch, dass die Erleichterung des § 89b Abs. 5 GWB nur zugunsten des (potentiellen) Kartellgeschädigten greift. Will der (potentielle) Kartellant selbst den ihm aus § 33g Abs. 2 GWB zustehenden Anspruch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend machen, muss er den Anordnungsgrund darlegen und glaubhaft machen.

b) Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die neuen Regelungen?

Sowohl die Vorschriften der Art. 5 ff. Kartellschadensersatzrichtlinie als auch deren Umsetzung im GWB haben umfangreiche Reaktionen in der Literatur hervorgerufen.³⁶¹ Doch sind die Regelungen der Art. 5 ff. Kartellschadensersatz-

³⁵⁷ Siehe aber *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 171; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 417.

³⁵⁸ BT-Drucks. 18/10207, S. 101.

³⁵⁹ Vgl. *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 520; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70.

³⁶⁰ *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70, mit Verweis auf *Retzer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, § 12 Rn. 264, dort weitere Nachweise.

³⁶¹ Zur Richtlinie: *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883; *Janssen*, CB 2015, 35; *Keßler*, VuR 2015, 83; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7; *Kühne/Woitz*, DB 2015, 1028; *Roth*, GWR 2015, 73; zur GWB-Novelle: *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471; *dies.*, BB 2016, 3011; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518; *Podszun/*

satzrichtlinie und §§ 33g, 89b ff. GWB auch als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten? Hinsichtlich der Vorwegnahme der Hauptsache im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann auf die Ausführungen unter 1. b) bb) verwiesen werden, sodass diesbezüglich eine – wenn auch schwache – Tendenz zur Materialisierung zu bejahen ist. Zudem kommt nach dem soeben zu den materiell-rechtlichen Ansprüchen im geistigen Eigentum Gesagten hauptsächlich hinsichtlich des neuen § 89b Abs. 5 GWB eine Tendenz zur Materialisierung in Betracht, nicht aber im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Ansprüche.³⁶²

Zwar führt die Regelung des § 89b Abs. 5 GWB nicht direkt zu einer Bevorzugung bzw. Benachteiligung der Parteien im selben Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Allerdings hat sie Auswirkungen auf den eigentlichen Schadensersatzprozess beziehungsweise auf die vorgelagerten Vergleichsverhandlungen.³⁶³ Die Parteien gehen durch die Regelung des § 89b Abs. 5 GWB mit unterschiedlichen Voraussetzungen in den Schadensersatzprozess. Während der Schadensersatzkläger im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes seinen Offenlegungsanspruch aus § 33g Abs. 1 GWB bereits erfolgreich geltend gemacht haben wird, war der Beklagte gezwungen, entweder die Dringlichkeit seines Antrags auf Offenlegung geltend zu machen oder den Anspruch in einem langwierigen Hauptsacheverfahren einzuklagen. Alternativ bliebe ihm nur, im eigentlichen Schadensersatzprozess Widerklage zu erheben und nach § 89b Abs. 4 GWB die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über seine Widerklage zu beantragen. Alle drei Möglichkeiten des Beklagten sind weniger effektiv als die Möglichkeit, die § 89b Abs. 5 GWB dem Kläger gibt. Zudem wird nicht an die formale Parteistellung im Schadensersatzprozess angeknüpft, um zu bestimmen, wem die Erleichterung zukommt. Das Kriterium ist vielmehr ein Außerprozessrechtliches. Die Erleichterung trifft im Grundsatz jeden, der gegen einen Dritten vorgeht, der wiederum Adressat einer nach § 33b GWB bindenden behördlichen Verfügung geworden ist. Geschützt wird also ein potentieller Geschädigter eines Kartells, nicht ein „Kläger“ oder ein „Beklagter“ aufgrund seiner Parteirolle, die ihn im Verhältnis zur anderen Partei benachteiligen könnte.

Dies führt ebenso wie auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts oder Verbraucherrechts dazu, dass bestimmte Parteien aus ordnungspolitischen Gründen bevorzugt werden. Auch hier, im Kartellrecht, scheint es dem Gesetzgeber nicht maßgeblich darauf anzukommen, ein Prozessrecht zu schaffen, das als grundlegendes Ziel die Durchsetzung und Feststellung subjektiver Rechte und

Kreifels, GWR 2017, 67; vergleichend zur Umsetzung im spanischen Recht nun auch *Weber* ZJP 131 (2018), 457.

³⁶² Siehe dazu soeben Kapitel 4, A. VIII. 1. b) bb).

³⁶³ *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70 f. *Weber* ZJP 131 (2018), 457, 476 nimmt zudem auch Ausstrahlungswirkungen auf Rechtsstreitigkeiten in anderen Rechtsbereichen an.

die Beilegung von Konflikten formal gleichbehandelter Parteien beinhaltet. Vielmehr scheint es, wiederum wesentlich durch europäische Vorgaben getrieben, darum zu gehen, ein ordnungspolitisch erwünschtes Ziel – Verhinderung von Kartellen³⁶⁴ – (auch) durch das Zivilprozessrecht zu erreichen. Hier wird also mehr oder weniger offen eine Partei durch prozessuales Sonderrecht aufgrund außerprozessrechtlicher Merkmale bevorzugt. Zudem zeigt sich eine Aufgabe der Gleichgültigkeit, die der Staat in einem *conflict-solving type* des Prozessrechts dem Inhalt des konkreten Rechtsstreits entgegenbringt.

Allerdings sollte die hier stattfindende Bevorzugung rechtspolitisch auch nicht überbewertet werden. Angesichts einiger handwerklicher Fehler in der GWB-Novelle und einer fehlenden klaren Stellungnahme, dass es dem Gesetzgeber bei der Schaffung von § 89b Abs. 5 GWB wirklich gezielt darauf ankam, (vermeintliche) Kartellgeschädigte zu bevorzugen, um durch diese Bevorzugung ordnungspolitische Interessen durchzusetzen,³⁶⁵ ist die Abkehr vom *conflict-solving type* des Prozessrechts nicht sehr deutlich.

c) Zwischenergebnis

Insofern kann zwar durchaus von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch eine Inblicknahme des *policy-implementing type* des Prozessrechts gesprochen werden, allerdings weder in besonderer Deutlichkeit, noch in besonderer Stärke.

IX. Zwischenergebnis

Betrachtet man nun die verschiedenen gesetzgeberischen Aktivitäten in einem Gesamtzusammenhang, fällt durchaus eine gewisse ideologische Prägung auf.³⁶⁶ Die Fähigkeit der Parteien, einen Rechtsstreit in einem gleichberechtigten Zivilprozess zu einer gerechten Lösung zu bringen, wie es die CPO von 1879 noch vorsah, wird vom Gesetzgeber schon seit längerem³⁶⁷ immer mehr

³⁶⁴ Vgl. Erwägungsgründe 5 und 6 der Kartellschadensersatzrichtlinie; sowie BT-Drucks. 18/10207 S. 39 f.

³⁶⁵ In BT-Drucks. 18/10207, S. 101 wird die Bevorzugung nur indirekt erwähnt.

³⁶⁶ Ähnlich auch Henke, JZ 2005, 1028, 1034.

³⁶⁷ Siehe etwa *Reichsjusizministerium*, Entwurf einer Zivilprozessordnung 1931, S. 255 f.: „Wenn man auch nach wie vor anerkennen muß, daß es sich im Zivilprozeß um Privatrechte der Parteien handelt, über die diese frei verfügen können, [...] so hat man doch andererseits weit mehr als früher den Gedanken in den Vordergrund gestellt, daß der Zivilprozeß als staatliche Rechtsschutzeinrichtung dem öffentlichen Rechte angehört. Mit dieser Erkenntnis ist es unvereinbar, das Tempo des Rechtsganges ganz der Willkür der Parteien zu überlassen [...]. Der Staat, der die Verantwortung für den Erfolg seiner Rechtsschutzeinrichtungen trägt, muß vielmehr auf den Prozeßverlauf insoweit einwirken können, als dies zur Sicherung eines prompten Rechtsganges unerlässlich ist.“

bezweifelt und inzwischen auch teilweise bestritten.³⁶⁸ Dazu kommt, dass der Gesetzgeber dazu übergeht, in bestimmten Bereichen besondere Verfahrensvorschriften zu schaffen, weil er dies zur Durchsetzung bestimmter Wertungen und Sonderbehandlungen, die dem materiellen Recht ordnungspolitisch aufgegeben sind, für erforderlich hält.³⁶⁹ Für sich genommen sind die meisten der so zu beobachtenden Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts nicht besonders einschneidend. Interessant ist hingegen die grundlegende Tendenz, die sich in der Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte zeigt und die sich scheinbar immer weiter beschleunigt. Betrachtet man die geplanten Gesetzesvorhaben im Bereich des Zivilprozessrechts, etwa einer verbraucherrechtlichen Musterklage,³⁷⁰ so ist ein Weg des Gesetzgebers zurück zu einem Prozess nach dem Idealbild der formalen CPO 1879 eher unwahrscheinlich. Vielmehr findet vor allem in den Bereichen, in denen der Trend zu sektoriellen Sonderprozessrechten geht (Kapitalmarktrecht, Kartellrecht usw.), eine Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts statt. Dort sollen die ordnungspolitischen Vorgaben, die der Gesetzgeber im materiellen Recht umsetzt, auch durch das Zivilprozessrecht umgesetzt werden. Zudem ist im „allgemeinen“ Zivilprozessrecht an einigen Stellen, etwa im Rahmen der Prozesskostenhilfe oder des Bagatellverfahrens nach § 495a ZPO, zu erkennen, dass eine Entformalisierung stattfindet, allerdings ohne, dass sich das grundlegende Ziel des Zivilprozessrechts verändern würde.

B. Materialisierung durch den europäischen Gesetzgeber

Doch nicht nur durch Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers können sich Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts ergeben. Auch der europäische Gesetzgeber ist seit vielen Jahren auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts tätig. Zwar wurde an einigen Stellen schon auf europäische Rechts-

³⁶⁸ Siehe etwa Begründung zum ZPO-Reformgesetz von 2001, BT-Drucks. 14/4722, S. 58: „Der Zivilprozess muss bürgernäher, effizienter und durchschaubarer werden. Die Verfahrensregelungen, die Funktion der Rechtsmittelzüge und der Gerichts Aufbau genügen den berechtigten Ansprüchen der rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürger sowie der Wirtschaft nicht mehr. Den Richtern müssen gesetzliche Möglichkeiten geschaffen werden, den Zivilprozess noch präziser auf seine gesellschaftliche Funktion, der zügigen Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, zuzuschneiden zu können.“

³⁶⁹ Siehe Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des AGBG, BT-Drucks. 7/5422, S. 3: „Der Ausschuss ist übereinstimmend der Ansicht, daß der Regierungsentwurf durch verfahrensrechtliche Bestimmungen, wie sie auch der CDU/CSU-Entwurf enthält, ergänzt werden muß. Materiellrechtliche Vorschriften allein reichen zum Schutz des Verbrauchers vor mißbräuchlichen AGB nicht aus.“

³⁷⁰ Siehe etwa Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507.

akte eingegangen,³⁷¹ allerdings lag dort jeweils der Schwerpunkt auf der Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber. Allerdings setzt auch der europäische Gesetzgeber selbst Regelungen des Zivilprozessrechts. Ob sich dabei ebenfalls oder sogar stärker Tendenzen zur Materialisierung zeigen, soll nun behandelt werden.³⁷² Nicht an dieser, sondern an späterer Stelle diskutiert, wird die Auslegung der jeweiligen Normen durch den EuGH, soweit diese eher als Schaffung von Richterrecht denn als Anwendung der Normen zu qualifizieren ist.³⁷³

I. Sonderregelungen der EuGVVO

Die wohl wichtigste gesetzliche Regelung des Zivilprozesses auf europäischer Ebene dürfte die EuGVVO³⁷⁴ bzw. Brüssel Ia-Verordnung sein. Diese regelt das Recht der internationalen Zuständigkeit und der Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen als in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes und anwendbares Recht.³⁷⁵ Die Gerichte der Mitgliedstaaten beantworten die Frage nach ihrer eigenen internationalen (Un-)Zuständigkeit also nicht mehr nach autonomem innerstaatlichen Zivilprozessrecht, sondern nach Artt. 4 ff. EuGVVO. Für diese Arbeit besonders interessant sind die Gerichtsstände für Versicherungssachen (Artt. 10 ff. EuGVVO), Verbrauchersachen (Artt. 17 ff. EuGVVO) und für Arbeitsverträge (Artt. 20 ff. EuGVVO). Zudem könnten sich durch Regelungen bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen (Artt. 36 ff. EuGVVO) materialisierende Tendenzen ergeben.

1. Gerichtsstand für Verbrauchersachen

Zunächst wird mit den Regelungen für Verbrauchersachen der praktisch wohl bedeutendste Sonderbereich der EuGVVO untersucht.

a) Inhaltlicher Überblick

In den Artt. 17 ff. finden sich – wie bereits angesprochen – besondere Regelungen zur internationalen Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten über einen

³⁷¹ Oben Kapitel 4, A. VIII.

³⁷² Hierzu nun auch *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 459 ff.

³⁷³ Siehe unten Kapitel 5, A. II. Freilich ist die Abgrenzung teils schwierig und könnte auch anders erfolgen.

³⁷⁴ Siehe oben S. 80, Fn. 7.

³⁷⁵ Monographisch zur europäischen Zivilgerichtsbarkeit *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts.

Vertrag oder über Ansprüche aus einem Vertrag unter Beteiligung mindestens eines³⁷⁶ Verbrauchers, die in die Bereiche des Art. 17 Abs. 1 lit. a) – c) fallen.

Einige Regelungen der Artt. 17 ff. EuGVVO regeln zudem neben der internationalen auch die örtliche Zuständigkeit der Gerichte. Ein Verbraucher, der einen Vertrag nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 1 EuGVVO geschlossen hat, kann einerseits nach Art. 18 Abs. 1 Var. 1 EuGVVO vor den Gerichten des Mitgliedstaats klagen, in dem der Vertragspartner seinen Wohnsitz³⁷⁷ hat. In diesem Fall bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach dem autonomen Zivilprozessrecht dieses Mitgliedstaates, in Deutschland also nach §§ 12 ff. ZPO.³⁷⁸ Alternativ steht dem Verbraucher nach Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO die Möglichkeit offen, vor dem Gericht des Ortes zu klagen, an dem er selbst seinen Wohnsitz hat. Hier regelt die EuGVVO zwar primär die internationale Zuständigkeit, aber gleichzeitig auch die örtliche Zuständigkeit innerhalb des Mitgliedstaates.³⁷⁹

Art. 6 Abs. 1 EuGVVO bestimmt zudem, dass dessen Grundsatz vorbehaltlich der Regelung in Art. 18 Abs. 1 EuGVVO gilt. Bedeutung erlangt dies bei Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO, nach der der Verbraucher *ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des anderen Vertragspartners* vor seinem Heimatgericht Klage erheben kann.³⁸⁰ Damit ist lediglich bei reinen Inlandsverhalten die Anwendung des Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO ausgeschlossen.³⁸¹

Eine Klage gegen den Verbraucher hingegen kann nach Art. 18 Abs. 2 EuGVVO nur vor den Gerichten des Wohnsitzstaats des Verbrauchers erhoben werden – wobei sich die örtliche Zuständigkeit wiederum nach dem autonomen Zivilprozessrecht dieses Mitgliedstaates richtet. Von diesen Vorschriften kann zulasten des Verbrauchers regelmäßig nur abgewichen werden, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit abgeschlossen wird, Art. 19 Abs. 1, 2 EuGVVO.³⁸²

Diese Regelungen erscheinen nicht vollständig unbekannt, existiert doch mit § 29c ZPO ebenfalls ein besonderer Gerichtsstand für Verbraucherverträge und mit § 38 ZPO ein Prorogationsverbot zugunsten von Verbrauchern

³⁷⁶ Anwendbar sind die Artt. 17 ff. EuGVVO also auch bei einem Vertrag zwischen zwei Verbrauchern, *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kapitel 3 Rn. 166.

³⁷⁷ Oder bei juristischen Personen gem. Art. 63 Abs. 1 EuGVVO der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung.

³⁷⁸ *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 8 Rn. 6.

³⁷⁹ *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 5 Rn. 5.

³⁸⁰ Vgl. Erwägungsgrund 14 Satz 2 der EuGVVO.

³⁸¹ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, *Corman-Collins/La Maison du Whisky*, C-9/12, EU:C:2013:860 (Rn. 18); EuGH, Urt. v. 14.11.2013, *Maletic/lastminute.com*, C-478/12, EU:C:2013:735, Rn. 26; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 7 Rn. 22; *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, Vorb Art. 17 EuGVVO Rn. 2. A.A. *Kumm*, EWIR 2008, 619, 620.

³⁸² Dies gilt inzwischen auch für Gerichtsstandsvereinbarungen mit Verbrauchern und Drittstaatenbezug, *Gsell*, in: FS Coester-Waltjen, S. 403.

im deutschen Zivilprozessrecht.³⁸³ Bei näherer Betrachtung fällt jedoch auf, dass die Regelungen in Art. 17 ff. EuGVVO deutlich weiter gehen, als die in §§ 29c, 38 ZPO.³⁸⁴ So knüpfen Art. 17 ff. EuGVVO gerade nicht an eine besondere Konstellation beim Vertragsabschluss an, die besonderen situativen Voraussetzungen des § 312b BGB müssen nicht erfüllt sein.³⁸⁵ Der Verbraucher wird also anknüpfend an seine – europarechtlich autonom zu bestimmende³⁸⁶ – Eigenschaft als Verbraucher im Prozessrecht bevorzugt.

b) Materialisierung durch die prozessrechtliche Besserstellung des Verbrauchers?

Diese prozessrechtliche Besserstellung des Verbrauchers könnte als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten sein. Möglicherweise zeigt der europäische Gesetzgeber sogar, dass seinem Zivilprozessrecht der *policy-implementing type* des Prozessrechts zugrunde liegt.

Der europäische Gesetzgeber gibt ganz unumwunden zu, dass es ihm bei den Regelungen der Art. 17 ff. EuGVVO um den Schutz der Verbraucher als strukturell unterlegene Parteien geht. Erwägungsgrund 18 der EuGVVO hält fest: „Bei [...] Verbraucher[...]verträgen sollte die schwächere Partei durch Zuständigkeitsvorschriften geschützt werden, die für sie günstiger sind als die allgemeine Regelung.“ Die EuGVVO gibt also offen die formale Gleichbehandlung der Parteien auf, sie knüpft für ihre Abweichungen auch nicht an innerprozessrechtlichen Kriterien an, sondern bezieht sich auf Außerprozessrechtliches. Es wird auch – anders als bei § 29c ZPO – vom Gesetzgeber nicht ein materiell-rechtlicher Verbraucherschutz flankiert,³⁸⁷ sondern ein eigener verfahrensrechtlicher Verbraucherschutz etabliert, der sich auf eine strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers zu seinem Vertragspartner gründet.³⁸⁸

Ob sich das europäische Verbraucherleitbild ebenso stark auf eine sozialstaatliche Prägung gründet, wie das deutsche, darf mit guten Gründen bezwei-

³⁸³ Siehe hierzu oben Kapitel 4, A. V.

³⁸⁴ *Woitkewitsch*, CR 2006, 284, 286; *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Geimer 2002, S. 1367, 1386 (jeweils kritisch); sowie *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 29c Rn. 2.

³⁸⁵ *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 29c Rn. 2, 15.

³⁸⁶ EuGH, Urt. v. 19.01.1993, Shearson/TVB Treuhandgesellschaft, C-89/91, EU:C:1993:15 (Rn. 13); *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 15; ausführlich *Roth*, in: FS Hoffmann 2011, S. 715.

³⁸⁷ Vgl. Gesetzesbegründung zum Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BT-Drucks. 10/2876, S. 15.

³⁸⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.01.1993, Shearson/TVB Treuhandgesellschaft, C-89/91, EU:C:1993:15 (Rn. 18); EuGH, Urt. v. 11.07.2002, Rudolf Gabriel, C-96/00, EU:C:2002:436 (Rn. 39); EuGH, Urt. v. 20.01.2005, Gruber/BayWa AG, C-464/01, EU:C:2005:32 (Rn. 34 f.); EuGH, Urt. v. 07.12.2010, Pammer/Alpenhof, C-585/08, C-144/09, EU:C:2010:740 (Rn. 57 f.). Vgl. auch *Roth*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 69, 75.

felt werden.³⁸⁹ Allerdings ist die Abkehr von einem formalen Gleichbehandlungsprinzip aufgrund außerrechtlicher Anknüpfungspunkte im soeben beschriebenen Bereich so stark, dass das zusätzliche Indiz eines zum Sozialstaat gewandelten Weltbilds für die Bestimmung der Tendenz zur Materialisierung nicht zwingend erforderlich wäre.³⁹⁰ Das Zivilprozessrecht soll seinen Beitrag zur Umsetzung des rechts- und ordnungspolitisch erwünschten Verbraucherschutzes leisten. Dem konkreten Verfahren hingegen steht der supranationale Gesetzgeber nicht mehr gleichgültig gegenüber. Er greift durch Bevorzugung einer Partei – des Verbrauchers – in das Verfahren ein, um das ordnungspolitisch gewünschte Ziel zu erreichen.

Damit lässt sich festhalten, dass den Regelungen zum Verbrauchergerichtsstand in der EuGVVO eine deutliche Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zugrunde liegt.³⁹¹

2. Gerichtsstand für Versicherungssachen und individuelle Arbeitsverträge

Eine den besonderen Gerichtsständen für Verbrauchersachen sehr ähnliche Regelung enthält die EuGVVO für Versicherungssachen (Artt. 10 ff. EuGVVO) und individuelle Arbeitsverträge (Artt. 20 ff. EuGVVO). Hier ist im Wesentlichen das Folgende geregelt: Versicherungsnehmer und Arbeitnehmer erhalten einerseits einen zusätzlichen Klägergerichtsstand am Wohnort des Versicherungsnehmers, Art. 11 Abs. 1 lit. b) EuGVVO, bzw. am Arbeitsort des Arbeitnehmers, Art. 21 Abs. 1 lit. b) i) EuGVVO. Auch regeln die Vorschriften zusätzlich zur internationalen wiederum die örtliche Zuständigkeit.³⁹² In die entgegengesetzte Richtung kann der Versicherungsnehmer bzw. der Arbeitnehmer nur vor den Gerichten seines Mitgliedstaates verklagt werden, Art. 14 Abs. 1 bzw. Art. 22 Abs. 1 EuGVVO. Wiederum sind die Möglichkeiten, von den Regelungen durch Vereinbarung zulasten des Versicherungsnehmers bzw. Arbeitnehmers abzuweichen, stark eingeschränkt, Art. 15 bzw. Art. 23 EuGVVO. Zusätzlich hält auch Art. 21 Abs. 2 EuGVVO die Möglichkeit bereit, einen im Drittstaat ansässigen Arbeitgeber am Arbeitsort zu verklagen, solange jener in einem Mitgliedstaat liegt. Für Versicherungssachen bleibt es hinsichtlich in Drittstaaten ansässiger Versicherer aber bei der allgemeinen Regel des Art. 6 Abs. 1 EuGVVO.

Der europäische Gesetzgeber geht davon aus, dass Versicherungsnehmer und Arbeitnehmer typischerweise die schwächere Partei sind, und will diese

³⁸⁹ *Buchner*, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, S. 22 ff. (m.w.N.).

³⁹⁰ Siehe hierzu oben Kapitel 2, E. IV., wonach die Abkehr von einem rein formalen Verständnis *regelmäßig* auf einem gewandelten Weltbild hin zum Sozialstaat beruht.

³⁹¹ I.E. ebenso *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 291.

³⁹² *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kapitel 3 Rn. 155, 182.

schützen.³⁹³ Bezüglich des sozialpolitischen Hintergrunds der Regelungen besteht einmütig kein Zweifel.³⁹⁴

Folglich stellen auch die Gerichtsstandsregelungen der Artt. 10 ff. und 20 ff. EuGVVO für Versicherungssachen und Individualarbeitsverträge Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts dar. Auch hier zeigt der europäische Gesetzgeber, dass sein Verständnis von Zivilprozessrecht scheinbar eher dem des *policy-implementing type* des Prozessrechts entspricht.

3. Besonderheiten hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile

Doch auch hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile (Art. 36 ff. EuGVVO) könnte die EuGVVO Regelungen enthalten, die zu einer Materialisierung des Zivilprozessrechts beitragen.

a) Inhaltlicher Überblick

Im Geltungsbereich der EuGVVO gilt seit dem 10.01.2015: Die in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen und vollstreckbaren Entscheidungen werden, ohne dass es dazu eines gesonderten Verfahrens bedürfte, anerkannt und vollstreckt, Artt. 36 Abs. 1, 39 EuGVVO. Das zuvor in der EuGVVO a.F.³⁹⁵ vorgesehene Exequaturverfahren (Art. 38 Abs. 1 EuGVVO a.F.) ist im Rahmen der Neuregelung entfallen. Danach musste bspw. ein in Frankreich obsiegender Kläger, der in Deutschland vollstrecken wollte, noch einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung in Deutschland stellen, Artt. 38 Abs. 1, 40 Abs. 1 EuGVVO a.F. Mögliche Anerkennungshindernisse wurden nicht überprüft, sondern in ein mögliches Rechtsbehelfsverfahren verlagert, Artt. 43 ff. EuGVVO a.F.³⁹⁶ Ein solches Anerkennungshindernis konnte nach Art. 35 Abs. 1 EuGVVO a.F. sein, wenn das Gericht des anderen Mitgliedstaates die Vorschriften zur internationalen oder örtlichen Zuständigkeit in Versicherungs- oder Verbrauchersachen missachtet hatte. Dies galt unabhängig von der Parteirolle des Verbrauchers bzw. Versicherungsnehmers. Geschützt wurden auch der Vertragspartner des Verbrauchers und der Versicherer.³⁹⁷

³⁹³ Erwägungsgrund 18 zur EuGVVO.

³⁹⁴ *Jenard*, Bericht, S. 28 f.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, Vorbem. zu Artt. 10-16 EuGVVO Rn. 1; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kapitel 3 Rn. 153, 179; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 13 Rn. 1.

³⁹⁵ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 S. 1.

³⁹⁶ *Kieninger*, VuR 2011, 243. Zum Verfahrensgang siehe *Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 44 f.

³⁹⁷ *Mankowski*, RIW 2014, 625, 629.

Nachdem ursprünglich geplant war, das Exequaturverfahren – und damit auch die Möglichkeit der Überprüfung der besonderen Zuständigkeitsnormen für Verbraucher- und Versicherungssachen – vollständig abzuschaffen,³⁹⁸ ist dieses Vorhaben nach heftiger Kritik³⁹⁹ teilweise eingeschränkt worden. Zwar ist immer noch keine Vollstreckbarerklärung erforderlich, allerdings kann auf Antrag eines Berechtigten die Anerkennung und Vollstreckung in bestimmten Fällen ausnahmsweise doch versagt werden. Ein solcher Fall ist nach Art. 45 Abs. 1 lit. e) Ziffer i) EuGVVO (i.V.m. Art. 46 EuGVVO), wenn die Entscheidung unvereinbar ist mit den besonderen Gerichtsständen in Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeitsvertragssachen, *sofern der Beklagte Versicherungsnehmer, Verbraucher oder Arbeitnehmer ist*.

Wesentlicher Unterschied zur vorherigen Rechtslage ist folglich, dass neben dem Wegfall des Erfordernisses einer zusätzlichen Vollstreckbarerklärung nun nur noch ein Verstoß gegen Zuständigkeitsnormen ein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis ist, wenn die als strukturell schwächer eingeschätzte Partei beklagt ist.⁴⁰⁰ Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis ist also nur ein Verstoß gegen die zwingenden Gerichtsstände der Artt. 14 Abs. 1, 18 Abs. 2 und 22 Abs. 1 EuGVVO. Erhebt eine der schwächeren Parteien Klage vor einem an sich nach den Vorschriften der Abschnitte 3-5 des Kapitels 2 der EuGVVO unzuständigen Gericht und ergeht dennoch ein Urteil, so hindert dies hingegen nicht die Anerkennung und Vollstreckung eines solchen Urteils. Die vermeintlich schwächere Partei kann also sogar von einer Fehl-anwendung der Vorschriften der EuGVVO profitieren.⁴⁰¹

Zwar ist zuzugeben, dass die schwächere Partei durch diese Regelung nicht ausnahmslos bessergestellt wird. Ein klagender Verbraucher, dessen Klage von einem eigentlich nach der EuGVVO zuständigen Gericht entgegen der Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO als wegen Unzuständigkeit unzulässig abgewiesen wird, kann diese Fehlentscheidung auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung⁴⁰² nicht mehr als Hindernis zur Anerkennung oder

³⁹⁸ Europäische Kommission: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 14.12.2010, KOM(2010) 748 endg, Art. 38 Abs. 2, 46 des Entwurfs, Vgl. auch *Weller*, GPR 2012, 34, 35.

³⁹⁹ Vgl. *Kieninger*, VuR 2011, 243, 246 ff. und passim; *Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 51 ff.; *Weller*, GPR 2012, 34, 34 ff.

⁴⁰⁰ *Mankowski*, RIW 2014, 625, 629; *Pohl*, IPRax 2013, 109, 113.

⁴⁰¹ *Mankowski*, RIW 2014, 625, 629 f.

⁴⁰² Freilich kann ein solches Urteil nur anerkannt (EuGH, Urt. v. 15.11.2012, Gothaer et al./Samskip, C-456/11, EU:C:2012:719 (Rn. 32)), mangels vollstreckungsfähigen Inhalts aber nicht vollstreckt werden.

Vollstreckung geltend machen.⁴⁰³ Diese Konstellation wirkt allerdings sehr konstruiert und dürfte in der Praxis kaum bis gar nicht vorkommen.⁴⁰⁴

b) Materialisierung durch die Sonderregelungen

Damit ist auch klar: Auch auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung schützt die EuGVVO Parteien, die aufgrund außer(prozess-)rechtlicher Kriterien für schwächer erachtet werden. Diesen wird ein durch Art. 45 Abs. 1 lit. e) Ziffer i) EuGVVO (i.V.m. Art. 46 EuGVVO) qualitativ stärkerer Rechtsbehelf gegen die Anerkennung eines (unrichtigen) ausländischen Urteils an die Hand gegeben, als der Gegenpartei. Es erhalten zwar beide Parteien eines Rechtsstreits, dessen Urteil im Ausland anzuerkennen oder zu vollstrecken ist, im Grundsatz denselben Rechtsbehelf, den Antrag nach Art. 45 Abs. 1 oder 46 EuGVVO. Allerdings läuft dieser Rechtsbehelf für den beklagten Unternehmer leer, wenn das Urteil gegen die Zuständigkeitsvorschriften der Abschnitte 3-5 des Kapitels 2 der EuGVVO verstößt. Ein beklagter Verbraucher hingegen dringt mit demselben Rechtsbehelf durch. Ob hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit liegen mag,⁴⁰⁵ kann dahinstehen, der Konflikt mit einer streng formalen Gleichbehandlung der Parteien im Prozess liegt hingegen auf der Hand.

Auch hinsichtlich der Regelung zur Anerkennung und Vollstreckung ist der politische Hintergrund unverkennbar.⁴⁰⁶ Die ordnungspolitische Steuerung des Zivilprozessrechts auf der Ebene der Gerichtsstände wird konsequent auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen fortgeführt. Auch hier zeigt sich also der Ansatz des europäischen Gesetzgebers, ein Zivilprozessrecht des *policy-implementing type* des Prozessrechts etablieren zu wollen. Nach alledem liegt also auch in der nur einseitigen Überprüfung auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung, ob das Ursprungsgericht die die schwächere Partei schützenden Zuständigkeitsvorschriften eingehalten hat, eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

4. Zwischenergebnis

In der EuGVVO zeigen sich sowohl hinsichtlich besonderer Gerichtsstandsregelungen für schwächere Parteien, als auch durch deren Bevorzugung auf

⁴⁰³ Mankowski, RIW 2014, 625, 630.

⁴⁰⁴ I.E. wohl auch Mankowski, RIW 2014, 625, 630.

⁴⁰⁵ Aus deutscher Sicht zu diesem Grundsatz nur Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 124 ff.

⁴⁰⁶ Junker, Internationales Zivilprozessrecht, § 28 Rn. 36. Auch in der Kritik zum Kommissionsentwurf mit vollständiger Abschaffung des Exequaturverfahrens ohne Nachprüfungsmöglichkeit der Zuständigkeitsnormen zum Schutz der „schwächeren“ Partei findet sich häufig sozialstaatliche Argumentation, vgl. Kieninger, VuR 2011, 243, 246 ff.; Weller, GPR 2012, 34, 37.

Ebene der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen deutliche Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

II. Besondere Gerichtsstände sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsregelungen in der EuUntVO

Doch die EuGVVO ist nicht der einzige europäische Rechtsakt, der die internationale Zuständigkeit von mitgliedstaatlichen Zivilgerichten und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen regelt. Weitere solche Rechtsakte sind etwa die EuEheVO⁴⁰⁷, die EuUntVO⁴⁰⁸ die EuErbVO⁴⁰⁹ sowie die EuInsVO⁴¹⁰. Während die EuEheVO, die EuErbVO und die EuInsVO (sieht man von den Regelungen zum Schutz von Kindern in der EuEheVO einmal ab) keine Gerichtsstände zum Schutz schwächerer Parteien enthalten, sieht dies hinsichtlich der EuUntVO anders aus.

1. Regelungen zur Zuständigkeit

Jene regelt zunächst die Zuständigkeit in Unterhaltssachen mit Auslandsbezug (Artt. 3 ff. EuUntVO). Die Gerichtsstandsregelungen der EuUntVO legen – ähnlich wie einige der EuGVVO (siehe oben Kapitel 4, B. I. 1.) – nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit fest.⁴¹¹ Dabei fällt sofort auf, dass neben dem allgemein üblichen Beklagtengerichtsstand (Art. 3 lit. a) EuUntVO) der potentiell Unterhaltsberechtigte einen Klägergerichtsstand am eigenen Wohnsitz erhält (Art. 3 lit. b) EuUntVO). Der vermeintliche Unterhaltsschuldner kann folglich an seinem Wohnsitz und am Wohnsitz des potentiell Unterhaltsberechtigten verklagt werden, während er selbst regelmäßig nur am Wohnsitz des potentiell Unterhaltsberechtigten Klage erheben kann. Diese Regelung lässt sich inhaltlich mit den Sonderbehandlungen von Versicherungsnehmern, Verbrauchern und Arbeitnehmern im Anwendungsbereich der EuGVVO vergleichen.⁴¹²

⁴⁰⁷ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates v. 25.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. L 338, S. 1.

⁴⁰⁸ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates v. 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. L 7, S. 1.

⁴⁰⁹ Siehe oben S. 80, Fn. 7..

⁴¹⁰ Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.2015 über Insolvenzverfahren, ABl. L 141, S. 19.

⁴¹¹ „Gericht des Ortes“, so auch *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 20 Rn. 7.

⁴¹² Vgl. *Mankowski*, IPRax 2014, 249, 252; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 20 Rn. 1. Siehe zu diesen Sonderbehandlungen oben Kapitel 4, B. I.

Eine nur im Ergebnis vergleichbare Wirkung mit den Regelungen der EuGVVO haben die Normen hinsichtlich der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in der EuUntVO. Während im Rahmen der Sonderregelungen für Versicherungsnehmer, Verbraucher und Arbeitnehmer der EuGVVO Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten einer geschützten Partei nur nach Entstehung der Streitigkeit möglich sind,⁴¹³ differenziert Art. 4 EuUntVO nicht nach bereits entstandener oder noch entstehender Streitigkeit, sondern beschränkt den Kreis der prorogationsfähigen Gerichte für alle Streitigkeiten. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist nur möglich, wenn das prorogierte Gericht oder die prorogierten Gerichte eine bestimmte Verbindung zu den Parteien oder der Streitigkeit aufweisen, also etwa in einem Mitgliedstaat liegen, in dem eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 1 lit. a) EuUntVO) oder dessen Staatsangehörigkeit eine der Parteien besitzt (Art. 4 Abs. 1 lit. b) EuUntVO). Im Ergebnis sind die Möglichkeiten zur Prorogation jedoch ebenso wie in den Abschnitten 3, 4 und 5 des Kapitels II der EuGVVO stark eingeschränkt. Hinsichtlich minderjähriger Unterhaltsberechtigter ist die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung vollständig ausgeschlossen, Art. 4 Abs. 3 EuUntVO.⁴¹⁴

Der potentiell Unterhaltsberechtigte wird durch die soeben dargestellten Regelungen im Bereich der internationalen und der örtlichen Zuständigkeit gegenüber dem wirklichen oder vermeintlichen Unterhaltsschuldner bevorzugt. So wird wiederum an ein materiell-rechtlich definiertes, außerprozessrechtliches Kriterium angeknüpft, um zu bestimmen, wer im Zivilprozessrecht bevorzugt wird.

Aus Sicht des europäischen Gesetzgebers ist die potentiell unterhaltsberechtigte Partei strukturell schwächer und damit schutzwürdig.⁴¹⁵ Diese Sichtweise leuchtet im Grundsatz ein, wären doch andernfalls Unterhaltsansprüche kaum begründet. Es ist jedoch ein Ergebnis des materiellen Rechts, ob ein solcher Anspruch besteht. Eine Privilegierung auf Ebene des Prozessrechts basiert dagegen wohl wesentlich auf Erwägungen wie finanzieller Kraft, sozialer Stellung oder ähnlichen, mithin außerrechtlichen Kriterien. Nach klassischem, formalem Prozessrechtsverständnis spielen solche Erwägungen für Besser- oder Schlechterstellungen im Prozess jedoch keine Rolle.⁴¹⁶ Es findet also auch im Anwendungsbereich der EuUntVO hinsichtlich der Regelungen zur internationalen und örtlichen Zuständigkeit eine Abkehr von einem rein

⁴¹³ Artt. 15 Nr. 1, 19 Nr. 1, 23 Nr. 1 EuGVVO.

⁴¹⁴ Vgl. *Hau*, FamRZ 2010, 516, 517, der eine vollständige Aufhebung der Privatautonomie in diesem Bereich sieht.

⁴¹⁵ Erwägungsgrund 18 der EuUntVO; vgl. auch *Gruber*, IPRax 2010, 128, 129 f.: „Dieses Ziel wird [...] mit beachtlicher Entschlossenheit umgesetzt“; *Hau*, FamRZ 2010, 516, 516 f., 519; *Mankowski*, IPRax 2014, 249, 250 ff.; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 20 Rn. 1.

⁴¹⁶ Siehe dazu oben Kapitel 2, E. III.

formalen Verständnis des Zivilprozessrechts statt. Es wird auch hier versucht, ein ordnungspolitisch erwünschtes Ziel – Schutz von Unterhaltsberechtigten⁴¹⁷ – durch das Zivilprozessrecht durchzusetzen. Auch hier hat der europäische Gesetzgeber ein Zivilprozessrecht geschaffen, das deutliche Anzeichen eines *policy-implementing type* des Prozessrechts zeigt. In der Bevorzugung des Unterhaltsgläubigers als finanziell und sozial schwächerer Partei liegt folglich eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

2. Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen

Doch auch hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Unterhaltsentscheidungen liegt in den Vorschriften der EuUntVO womöglich eine Bevorzugung von als schwächer angesehenen Parteien. Die Entscheidungen, die im Anwendungsbereich der EuUntVO ergangen sind, werden in den Mitgliedstaaten ohne besonderes Verfahren anerkannt, Art. 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 EuUntVO. Auch ist im Rahmen der EuUntVO (im Regelfall)⁴¹⁸ kein Exequaturverfahren vorgesehen, Art. 17 ff. EuUntVO. Dies entspricht dem Stand der EuGVVO nach der Neuregelung, war aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der EuUntVO Anfang 2009 eine größere Neuerung und rief dementsprechende Reaktionen hervor.⁴¹⁹ Schließlich unterfielen die entsprechenden Streitigkeiten vorher der EuGVVO a.F. mit entsprechendem Exequaturverfahren.⁴²⁰

Doch die Regelungen der EuUntVO hinsichtlich Anerkennung und Vollstreckung gehen weiter als die der EuGVVO. Schuldner, gegen die in einem anderen Mitgliedstaat der EU ein Urteil ergangen ist, können auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung nach der EuGVVO bestimmte Hindernisse geltend machen, Art. 45 Abs. 1 EuGVVO. Im Sonderfall des Unterhaltsrechts kann dies ein Vollstreckungsschuldner nicht. Eine Art. 45 Abs. 1 EuGVVO entsprechende Vorschrift existiert in der EuUntVO hinsichtlich fast aller Mitgliedstaaten nicht.⁴²¹ Ein unterlegener Beklagter kann auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung nicht einwenden, es stünde ein rechtskräftiges Urteil der Vollstreckung entgegen, ihm sei kein rechtliches Gehör gewährt worden⁴²²

⁴¹⁷ Vgl. nur etwa die Erwägungsgründe 9, 15, 16 der EuUntVO.

⁴¹⁸ Außer von Entscheidungen, die im Vereinigten Königreich oder Dänemark ergangen sind, vgl. Artt. 16 Abs. 3, 26 EuUntVO.

⁴¹⁹ Vgl. nur *Breuer*, FamRB 2014, 30, 31 ff.; *Finger*, FuR 2011, 254, 262; *Gruber*, IPRax 2010, 128, 136 ff.; *Gruber*, IPRax 2013, 325, 325 ff.; *Pohl*, IPRax 2013, 109, 243 f.

⁴²⁰ Siehe Art. 1 Abs. 2 EuGVVO a.F. im Vergleich zu Art. 1 Abs. 2 lit. e) EuGVVO n.F.

⁴²¹ Für das Vereinigte Königreich und Dänemark, siehe aber Art. 24 EuUntVO.

⁴²² Außer im Rahmen des Verfahrens nach Art. 19 EuUntVO.

oder die Entscheidung verstoße gegen den *ordre public* des Vollstreckungsstaates.⁴²³

Aus Erwägungsgrund 25 der EuUntVO lässt sich dann auch ablesen, dass es dem europäischen Gesetzgeber nicht etwa hauptsächlich um eine gesteigerte Integration in der justiziellen Zusammenarbeit ging, als dessen Nebeneffekt der Unterhaltsschuldner als regelmäßiger Vollstreckungsschuldner schlechter gestellt würde. Vielmehr sagt dieser: „Alleiniger Zweck der Anerkennung einer Unterhaltsentscheidung in einem Mitgliedstaat ist es, die Durchsetzung der in der Entscheidung festgelegten Unterhaltsforderung zu ermöglichen.“ Daneben ist auch Erwägungsgrund 27 deutlich: „Ferner sollten die Formalitäten für die Vollstreckung, die Kosten zulasten des Unterhaltsberechtigten verursachen, so weit wie möglich reduziert werden.“ Hierin zeigt sich, dass durch die Vorschriften zur Anerkennung und Vollstreckung wiederum die schwächere Partei bevorzugt werden sollte. Durch diese Bevorzugung soll das ordnungspolitische Ziel effektiverer Unterhaltszahlungen erreicht werden. In dieser Schlechterstellung durch Anknüpfung an ein außerprozessrechtliches Kriterium liegt die Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Abschaffung des Exequaturverfahrens im Anwendungsbereich der EuUntVO – wiederum durch eine Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts.

3. Zwischenergebnis

Auch in der EuUntVO zeigen sich Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts. In der EuEheVO, der EuErbVO und der EuInsVO sind solche Tendenzen hingegen nicht zu erkennen.

III. Europäisches Bagatellverfahren

Denkbar ist neben den europäischen Rechtsakten, die im Wesentlichen die internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung und teils auch Zusammenarbeit bei der internationalen Beweiserhebung regeln, eine Tendenz zur Materialisierung auch durch Rechtsakte, die – erstmals in der Geschichte der EU und ihrer Vorgängerorganisationen – ein originär europäisches, streitiges Erkenntnisverfahren bereithalten.⁴²⁴ Neben der EuMahnVO⁴²⁵ ist dies vor

⁴²³ Finger, FuR 2011, 254, 262; Gruber, IPRax 2010, 128, 129, 136 ff.; ders., IPRax 2013, 325, 329 f.; vgl. aber Art. 45 Abs. 1 EuGVVO.

⁴²⁴ Vgl. Kern, JZ 2012, 389: „vollwertiges Zivilverfahren“; Hau, in: MüKoZPO, Vorbermerkung zu den §§ 1097 ff. Rn. 2 „kontradiktorisches, genuin europäisches Erkenntnisverfahren“.

⁴²⁵ Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. L 399, S. 1.

allem die EuGFVO⁴²⁶, in der ein europäisches Verfahren für geringfügige Forderungen (*small claims*) eingeführt wird. Hier nach Tendenzen zur Materialisierung zu suchen, liegt schon deshalb nahe, weil das Verfahren eben nur für bestimmte Zivilprozesse, nämlich „kleine Forderungen“ offensteht. Geringfügige Forderungen, *small claims*, sind nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EuGFVO solche, deren Streitwert 5.000 Euro nicht übersteigt. Anders als in der EuMahnVO ist das Verfahren nach der EuGFVO als streitiges Erkenntnisverfahren konzipiert.⁴²⁷

1. Inhaltlicher Überblick über das Verfahren

Das Konzept, besondere Verfahrensvorschriften für Prozesse mit geringen Streitwerten zur Verfügung zu stellen, ist nicht speziell europäisch. Viele Mitgliedstaaten hatten schon vor Inkrafttreten der EuGFVO spezielle Verfahrensvorschriften zur Behandlung von *small claims* erlassen.⁴²⁸ In der Bundesrepublik ist dies § 495a ZPO, der es dem Gericht erlaubt, sein Verfahren bis zu einem Streitwert von 600 Euro nach billigem Ermessen zu bestimmen.⁴²⁹ Im Gegensatz dazu macht die EuGFVO sehr detaillierte Vorgaben, wie das gerichtliche Verfahren in ihrem Anwendungsbereich abzulaufen hat. Im Folgenden sollen die Unterschiede zum „normalen“ Zivilprozess herausgearbeitet werden.⁴³⁰ Hierbei ist zunächst beachtlich, dass das Verfahren nach der EuGFVO das „normale“ Zivilverfahren nicht ersetzt, es steht vielmehr *als weitere Option* zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung, Art. 1 Abs. 1 EuGFVO.

a) Formblätter und strenge Fristen

Nachdem der Kläger das Verfahren durch das Klageformblatt A online, per Email oder Post eingeleitet hat, Art. 4 Abs. 1 EuGFVO, und nicht vom Gericht mittels des Formblatts B zur Ergänzung oder Berichtigung aufgefordert

⁴²⁶ Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.07.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. L 199, S. 1, geändert durch Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. L 341, S. 1.

⁴²⁷ Kern, JZ 2012, 389, mit Fn. 12 und weiteren Nachweisen; Hau, in: MüKoZPO, Vorbemerkung zu den §§ 1097 ff. Rn. 2.

⁴²⁸ Erwägungsgrund 7 zur EuGFVO; siehe auch Kern, JZ 2012, 389, 389 f.; Kramer, ZEuP 2008, 355, 358 f.

⁴²⁹ Siehe dazu oben Kapitel 4, A. II.

⁴³⁰ Zum detaillierten Ablauf des Verfahrens siehe nur Hess/Bittmann, IPRax 2008, 305, 311 ff.; Kern, JZ 2012, 389, 390 f.; Kramer, ZEuP 2008, 355, 360 ff.; Nardone, Rpfleger 2009, 72, 73 ff.; Sujecki, EWS 2008, 323, 324 ff.; Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kapitel 10 Rn. 7 ff.

wurde, füllt das Gericht Teil I des vorgegebenen Standardantwortformblatts C aus, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 EuGFVO. Dieses hat es dem Beklagten zusammen mit dem Klageformblatt und eventuellen Beweisunterlagen binnen 14 Tagen nach Eingang des Klageformblatts zuzusenden. Nach Zustellung hat der Beklagte 30 Tage Zeit, um mittels des Teil II des Formblatts C und eventuellen Beweisunterlagen zu antworten, Art. 5 Abs. 3 EuGFVO. Nach Eingang der Antwort muss das Gericht diese Unterlagen dem Kläger wiederum binnen 14 Tagen zustellen, Art. 5 Abs. 4 EuGFVO. Widerklagen muss der Beklagte mit dem Formblatt A erheben, Art. 5 Abs. 6 Satz 1 EuGFVO. Ähnlich strenge Fristen existieren auch für die Anforderung weiterer Schriftsätze oder die Terminierung einer mündlichen Verhandlung, Art. 7 Abs. 1 EuGFVO, sowie für den Erlass eines Urteils, Art. 7 Abs. 2 EuGFVO. Deutlich wird hier die fast schon zwanghafte Fixierung auf Fristen und Formblätter, die das Verfahren der EuGFVO prägt.⁴³¹ Weder der reguläre deutsche Zivilprozess noch etwa die EuGVVO sehen derart strenge Formvorgaben zur Klageerhebung, -erwidern oder für die Arbeit des Gerichts vor.

b) Fakultative Mündlichkeit des Verfahrens

Besonderheiten ergeben sich auch hinsichtlich der Mündlichkeit des Verfahrens. Dieses ist im Grundsatz schriftlich, Art. 5 Abs. 1 EuGFVO. Das Gericht führt eine mündliche Verhandlung nur durch, wenn es eine solche für erforderlich hält oder dies von den Parteien beantragt wird, Art. 5 Abs. 1a Satz 1 EuGFVO. Doch selbst dann kann es einen solchen Antrag ablehnen und auf eine mündliche Verhandlung verzichten, Art. 5 Abs. 1a Satz 2 EuGFVO. Dies gilt sogar bei übereinstimmendem Parteiantrag.⁴³² Ein gesondertes Rechtsmittel hiergegen ist ausdrücklich nicht vorgesehen, Art. 5 Abs. 1a Satz 3, 4, Erwägungsgrund 14, der EuGFVO.⁴³³

c) Vorgaben zur Beweisaufnahme

Interessant sind auch die Vorgaben der EuGFVO für die Beweisaufnahme. Art. 9 Abs. 1 EuGFVO bestimmt:

„Das Gericht bestimmt die Beweismittel und den Umfang der Beweisaufnahme, die im Rahmen der für die Zulässigkeit von Beweisen geltenden Bestimmungen für sein Urteil erforderlich sind. Es wählt die einfachste und am wenigsten aufwendige Art der Beweisaufnahme.“

⁴³¹ Vgl. auch *Kern*, JZ 2012, 389, 390 f.

⁴³² *Voit*, in: Musielak/Voit, ZPO, Vor §§ 1097 ff. B. Sammelkommentierung Rn. 22.

⁴³³ Auf mögliche Konflikte dieser Regelung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und sonstige Bedenken, die nicht mit der Frage nach der Materialisierung des Zivilprozessrechts zusammenhängen, wird an dieser Stelle nicht eingegangen, siehe hierzu nur *Kern*, JZ 2012, 389, 394 ff.; *Hau*, in: MüKoZPO, Art.5 EuGFVO Rn. 2 (m.w.N.).

Aus Art. 9 Abs. 1 EuGFVO i.V.m. Art. 19 EuGFVO folgt, dass über die Zulässigkeit von Beweismitteln, das Beweismaß, die Beweiswürdigung und etwaige Beweiserhebungs- bzw. Beweisverwertungsverbote die *lex fori* entscheidet.⁴³⁴ In Deutschland übernimmt § 1101 ZPO die Regelung des Beweisverfahrens und legt in dessen Abs. 1 die Geltung des Freibeweisverfahrens in Verfahren nach der EuGFVO fest. Dabei verweist er auf die Sonderregelungen des Art. 9 Abs. 2 bis 4 EuGFVO, die ausdrücklich schriftliche Aussagen gestatten, hinsichtlich der Vernehmung auf das in Art. 8 EuGFVO angeordnete Fernkommunikationsverfahren verweisen, und aus Kostengründen den Sachverständigenbeweis einschränken.

Die h.M. nimmt hierbei zurecht an, dass das Gericht in Deutschland weiterhin soweit an den Beibringungsgrundsatz gebunden ist, wie es etwa die Regeln der §§ 142 ff. ZPO verlangen, und eine Ausforschung des Gegners ebenso unzulässig ist wie eine amtswegige Beweiserhebung ohne entsprechende Anträge oder Bezugnahme auf Beweismittel.⁴³⁵ Dafür, dass der europäische Gesetzgeber eine derart einschneidende Veränderung des nationalen Verfahrensrechts einführen wollte, gibt es keine Hinweise. Vielmehr öffnet Art. 9 Abs. 1 mit der Formulierung „im Rahmen der für die Zulässigkeit von Beweisen geltenden Bestimmungen“ die EuGFVO für die Grundsätze des nationalen Verfahrensrechts.⁴³⁶ Freilich ermöglicht die Anordnung des Freibeweisverfahrens dem Gericht dennoch mehr Ermessen und mehr Macht als dies ein Strengbeweis mit freier Beweiswürdigung nach dem regulären System der ZPO tut. Das Ermessen des Gerichts wird indes direkt wieder beschränkt, indem Art. 9 Abs. 3 EuGFVO anordnet, dass das jeweils einfachste und am wenigsten aufwändige Beweismittel zu wählen ist. Eine hierbei fehlerhafte Ermessensentscheidung, die selbstverständlich aber auch das Recht auf rechtliches Gehör berücksichtigen muss, wäre im Rechtsmittelverfahren angreifbar.⁴³⁷

2. Materialisierung durch das Bagatellverfahren?

Ob in den beobachteten Abweichungen vom regulären Zivilprozess eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegt, ist jedenfalls fraglich.

⁴³⁴ *Hau*, in: MüKoZPO, Art. 9 EuGFVO Rn. 2; *Thode*, in: BeckOK ZPO, § 1101 Rn. 4.

⁴³⁵ *Hau*, in: MüKoZPO, Art. 9 EuGFVO Rn. 1; *Kießling*, in: Saenger, ZPO, § 1101 Rn. 1; *Netzer*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Art. 9 EuGFVO Rn. 2, 4; *Thode*, in: BeckOK ZPO, § 1101 Rn. 6.

⁴³⁶ *Kießling*, in: Saenger, ZPO, § 1101 Rn. 1.

⁴³⁷ *Hau*, in: MüKoZPO, Art. 9 EuGFVO Rn. 3; *Thode*, in: BeckOK ZPO, § 1101 Rn. 2.

a) *Policy-implementing type des Prozessrechts*

Denkbar erscheint auch hier *prima facie* eine Hinwendung zum *policy-implementing type* des Prozessrechts. Schließlich legt der europäische Gesetzgeber ein solches Verständnis auch in anderen Bereichen des Zivilprozessrechts an den Tag.⁴³⁸ Was jedoch im Rahmen des Verfahrens nach der EuGFVO, anders als in der EuGVVO oder der EuUntVO, nicht offen stattfindet, ist eine Bevorzugung bestimmter Parteien aufgrund ordnungspolitischer Interessen. Es wird etwa nicht für Streitigkeiten mit Verbraucherbeteiligung eine andere, geringere, Wertgrenze festgesetzt.⁴³⁹ Denkbar ist jedoch, dass das Gericht – ähnlich wie im Rahmen eines Verfahrens nach § 495a ZPO im Rahmen des entsprechend zugeteilten Ermessens – eine eher schwächere Partei jedenfalls mittelbar bei der Anberaumung einer fakultativen mündlichen Verhandlung oder bei der Auswahl bestimmter Beweismittel bevorzugt. Hierfür gibt es jedoch – anders als bei § 495a ZPO⁴⁴⁰ – einerseits keine empirischen Hinweise in der spärlichen Kasuistik⁴⁴¹ und andererseits auch keine Hinweise in den Erwägungsgründen der Fassung von 2007.⁴⁴² Erst wenn man einen Blick in das der EuGFVO zugrundeliegende Grünbuch der Kommission wirft, ergeben sich womöglich Hinweise auf eine Abkehr vom formalen Verständnis. Hier wird Bezug auf die Ergebnisse einer Studie zur Verbraucherrechtsdurchsetzung genommen, um Handlungsbedarf auf Gemeinschaftsebene zu begründen.⁴⁴³ Dies könnte als Indiz dafür dienen, dass die Kommission hauptsächlich Verbraucher im Sinn hatte, als sie die EuGFVO entwarf. Andererseits spricht die Kommission sofort von der Verallgemeinerungsfähigkeit der entsprechenden Ergebnisse und zeigt so, dass sie auch Unternehmen im Blick hat.⁴⁴⁴

Ähnliches gilt, nimmt man die Erwägungsgründe der Neufassung von 2015⁴⁴⁵ in den Blick. Dort wird in Erwägungsgrund 3 auf Verbraucher abgestellt, die durch das Verfahren nach der EuGFVO ihre Rechte besser durchset-

⁴³⁸ Siehe soeben Kapitel 4, B. I. und II.

⁴³⁹ Eine solche Differenzierung regt *Kern*, JZ 2012, 389, 398 an.

⁴⁴⁰ Siehe oben Kapitel 4, A. II.

⁴⁴¹ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 20.10.2016, 67 S 214/16, juris Rn. 8; AG Geldern, Urt. v. 09.02.2011, 4 C 4/11, juris Rn. 9 ff.

⁴⁴² Vgl. auch Erwägungsgrund 8 der EuGFVO.

⁴⁴³ *EG-Kommission*, Grünbuch über ein Europäisches Mahnverfahren und über Massnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert v. 20.12.2002, S. 60 f.

⁴⁴⁴ *EG-Kommission*, Grünbuch über ein Europäisches Mahnverfahren und über Massnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert v. 20.12.2002, S. 60.

⁴⁴⁵ Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. L 341, S. 1.

zen können sollen. In Erwägungsgrund 4 hingegen wird deutlich, dass auch mittelständische Unternehmen im Fokus der EuGFVO stehen, ihnen soll die Anhebung der Streitwertgrenze zu Gute kommen. Hintergrund der EuGFVO ist letztlich eine Überlegung hinsichtlich verbesserten Gerichtszugangs: Durch komplexe Regelungen bei grenzüberschreitenden Verfahren ist es oftmals wirtschaftlicher, auf die Geltendmachung geringwertiger Forderungen zu verzichten. Dies versucht die EuGFVO, sowohl bezüglich Verbrauchern, als auch bezüglich Unternehmen, zu beseitigen.⁴⁴⁶

b) Sonstige Entformalisierung

Auch für eine sonstige Entformalisierung nach den Kriterien *Webers* oder von *Summers* gibt es keine hinreichenden Anzeichen. Vielmehr erscheint das Verfahren, dass die EuGFVO den Beteiligten vorgibt, durch die strengen Fristenregelungen und die zwingend zu verwendenden Formblätter teils formaler zu sein, als ein regulärer Zivilprozess. Diese Formalisierungstendenzen stehen im Widerspruch zu den Lockerungen im Beweisverfahren. Insgesamt dürften sich die jeweiligen Tendenzen ausgleichen. Sie dürften dazu führen, dass das Verfahren nach der EuGFVO zwar deutliche Unterschiede zum regulären Zivilprozess aufweist, die durchaus kritikwürdig sein mögen,⁴⁴⁷ in der Gesamtschau aber auch eine sonstige Entformalisierung in der Regelungstechnik nicht auszumachen ist. Insgesamt liegt damit im Verfahren nach der EuGFVO keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

IV. Zivilprozessrechtliche Regelungen in materiell-rechtlichen Richtlinien

Doch nicht nur auf dem originären Bereich des Europäischen Zivilprozessrechts erlässt der europäische Gesetzgeber Sekundärrecht, das sich auf das Zivilprozessrecht auswirkt.⁴⁴⁸ So sind in einigen Richtlinien, die eigentlich eine bestimmte Materie des materiellen Rechts zum Gegenstand haben, auch Vorgaben enthalten, die Einfluss auf das Zivilprozessrecht haben. Beispiele hierfür sind die Kartellschadensersatzrichtlinie und die Enforcement-Richtlinie, die aus Gründen des Sachzusammenhangs bereits zuvor besprochen wurden.⁴⁴⁹ Auch die Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie⁴⁵⁰ und

⁴⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 7 der EuGFVO, der auf die Effizienz des Binnenmarkts abstellt, aber wohl dasselbe meint, sowie Erwägungsgrund 1 der Neufassung von 2015. Siehe zudem *Kern*, JZ 2012, 389, 389 f.; *Kramer*, ZEuP 2008, 355, 358 ff.; *Sujecki*, EWS 2008, 323, 323 f.

⁴⁴⁷ Vgl. *Kern*, JZ 2012, 389, 397 f.

⁴⁴⁸ Vgl. generell hierzu *Heinze*, JZ 2011, 709.

⁴⁴⁹ Siehe oben Kapitel 4, A. VIII.

⁴⁵⁰ Richtlinie (EU) 2011/7/ des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.02.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 48, S. 1.

die Geschäftsgeheimnisrichtlinie⁴⁵¹ enthalten Regelungen, die sich auf das Zivilprozessrecht auswirken. Ob diese Auswirkungen solche sind, die als Tendenz zur Materialisierung des (deutschen) Zivilprozessrechts zu begreifen sind, wird nun untersucht.

1. Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie

Eine Materialisierung durch die Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie lässt sich recht schnell verneinen. Diese fordert in Art. 10 ein Verfahren, das gewährleistet, dass unbestrittene Forderungen im Regelfall binnen 90 Tagen tituliert werden können. Der deutsche Gesetzgeber hat diesbezüglich keinen Umsetzungsbedarf gesehen, da die in der deutschen ZPO schon lange enthaltenen Verfahrensvorschriften über das Säumnisverfahren, § 331 ZPO, und das Mahnverfahren, §§ 688 ff. ZPO, der Forderung der Richtlinie bereits Rechnung trügen.⁴⁵² Einen direkten Einfluss auf das deutsche Zivilprozessrecht hat die Zahlungsverzugsrichtlinie damit nicht, sodass sie von vornherein keine Tendenz zur Materialisierung darstellen kann. Auch dürfte die Forderung der Richtlinie an die mitgliedstaatlichen Zivilprozessrechtssysteme selbst nicht als Abkehr vom Rechtsformalismus zu begreifen sein. Die Forderung nach einem schnellen und einfachen Durchsetzungsinstrument für unbestrittene Ansprüche steht eher im Gegensatz zu Forderungen, das Mahnverfahren bei Beteiligung von bestimmten schwächeren Parteien einzuschränken.⁴⁵³ Folglich hat die Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie keinen materialisierenden Einfluss auf das Zivilprozessrecht.

2. Geschäftsgeheimnisrichtlinie

Jüngster Sekundärrechtsakt der EU, der Auswirkungen im Sinne einer Materialisierung auf das Zivilprozessrecht haben könnte, ist die Geschäftsgeheimnisrichtlinie. Diese soll ausreichenden und kohärenten zivilrechtlichen Schutz für den Fall des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses in den Mitgliedstaaten sichern.⁴⁵⁴ Dabei macht sie neben bestimmten materiell-rechtlichen Vorgaben auch einige dezidiert verfahrensrechtliche Auflagen. Verzichtet hat die Richtlinie zwar

⁴⁵¹ Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABL L 157, S. 1.

⁴⁵² RegE eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 18/1309, S. 12.

⁴⁵³ Dies wurde im Anschluss an EuGH, Urt. v. 14.06.2012, Banco Español, C-618/10, EU:C:2012:349 diskutiert. Siehe hierzu nur Dutta, ZZP 126 (2013), 153; sowie Stürner, ZEuP 2013, 666.

⁴⁵⁴ Erwägungsgrund 10 zur Geschäftsgeheimnisrichtlinie.

auf eine den Vorgaben der Enforcement-Richtlinie oder der Kartellschadensersatzrichtlinie entsprechende Offenlegungspflicht von Beweismitteln zugunsten einer vermeintlich schwächeren Partei. Im Wesentlichen sieht sie aber aus verfahrensrechtlicher Sicht eine Pflicht der Mitgliedstaaten zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Zivilverfahren vor, Art. 9. Daneben schreibt sie den Mitgliedstaaten gewisse Standards für vorläufige und vorbeugende Maßnahmen gegen die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses vor, Art. 10 f. Geschäftsgeheimnisrichtlinie.

Insbesondere die Vorgaben des Art. 9 Geschäftsgeheimnisrichtlinie dürften für die Entwicklung des deutschen Zivilprozessrechts interessant werden. Auch wenn sich die darin enthaltenen Vorgaben im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens deutlich abgeschwächt haben,⁴⁵⁵ bleibt die Möglichkeit, dass der deutsche Gesetzgeber das Feld des Geheimnisschutzes im Zivilprozessrecht, angeregt durch die Geschäftsgeheimnisrichtlinie, neu bestellt. Dieser Komplex im Spannungsverhältnis zwischen Darlegungs- und Substantiierungslast sowie Öffentlichkeit im Prozess und Geheimhaltungsinteresse von Geschäftsgeheimnissen⁴⁵⁶ wird den deutschen Gesetzgeber in den kommenden Jahren sicherlich in großem Umfang beschäftigen – gerade vor dem Hintergrund, dass viele Stimmen in der Literatur eine überschießende Umsetzung der Geschäftsgeheimnisrichtlinie fordern.⁴⁵⁷ Die Vorgaben, die Art. 9 macht, sind weich und lassen den Mitgliedstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum. Nach Art. 9 Abs. 1 ist es Verfahrensbeteiligten zu untersagen, Geschäftsgeheimnisse zu nutzen oder offenzulegen, die als vertraulich eingestuft worden sind und von denen sie aufgrund der Teilnahme an dem Verfahren oder des Zugangs zu Dokumenten Kenntnis erlangt haben. Hierbei müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 2 den Gerichten gewisse Möglichkeiten geben, schützende Anordnungen zu treffen. Art. 9 Abs. 2 UA 2 stellt hierzu (einige wenige) Mindestvorgaben auf.

Diese wenig spezifischen Vorgaben führen jedoch dazu, dass eine detaillierte Untersuchung hinsichtlich etwaiger Tendenzen zur Materialisierung wenig zielführend ist. Hierfür gilt es, die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber abzuwarten, die sich aktuell noch im Stadium des Referentenentwurfs befindet.⁴⁵⁸ Hierbei sind die entsprechenden Rechtspositionen im demokratischen Prozess auszutarieren. Ob im Rahmen der Umsetzung eine Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts stattfindet,

⁴⁵⁵ *Hauck*, NJW 2016, 2218, 2223; *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1015 f.

⁴⁵⁶ *McGuire*, GRUR 2015, 424; *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 811, 812 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. *Hauck*, NJW 2016, 2218, 2223; *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1015 f.; *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 811, 816 f. (jeweils m.w.N.).

⁴⁵⁸ Referentenentwurf v. 19.04.2018, abrufbar unter: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/GeschGehG.html> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

lässt sich derzeit noch nicht eindeutig absehen.⁴⁵⁹ Deshalb können (noch) keine Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Geschäftsgeheimnisrichtlinie festgestellt werden. Bei einer entsprechenden Umsetzung ist aber durchaus denkbar, dass etwa einseitig Inhaber von Geschäftsgeheimnissen bevorzugt werden, um als ordnungspolitisches Interesse sowohl Geschäftsgeheimnisse zu schützen, als auch Inhabern von Schutzrechten zu ermöglichen, diese besser durchzusetzen, ohne dabei ihre Geschäftsgeheimnisse offenzulegen. Etwaige Spekulationen in diese oder jene Richtung verbieten sich aber, bis ein entsprechendes Umsetzungsgesetz verabschiedet ist.

V. Zwischenergebnis

Der europäische Gesetzgeber hat sich in den vergangenen Jahrzehnten immer aktiver auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts gezeigt. Neben dem „klassischen“ Bereich supra- und supernationaler zivilprozessrechtlicher Gesetzgebung im Rahmen der internationalen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sind vor allem in jüngerer Zeit weitere Bereiche in den Fokus gerückt. Im Rahmen von Sekundärrechtsakten, die im Wesentlichen bestimmte Bereiche des materiellen Rechts regeln, erlässt der europäische Gesetzgeber auch eigene verfahrensrechtliche Vorgaben und schafft so europäisches sektorielles Sonderprozessrecht.⁴⁶⁰ Hierbei verfolgt er dieselben Ziele wie mit den materiell-rechtlichen Vorschriften auf dem jeweiligen Gebiet.

Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch den europäischen Gesetzgeber zeigen sich sowohl im Rahmen der klassisch verfahrensrechtlichen Sekundärrechtsakte als auch im Rahmen der Sonderprozessrechte. Diese sind teils sehr deutlich ausgeprägt. Der europäische Gesetzgeber verfolgt einen wesentlich stärker ausgeprägten Schwächerenschutz, als dies der deutsche Gesetzgeber tut. Auch rücken andere außerprozessrechtliche Kriterien in den Fokus, hierbei wird eher pragmatisch von Grundsätzen des Verfahrensrechts abgewichen.⁴⁶¹ Insgesamt zeigt der europäische Gesetzgeber, dass er die grundlegende Intention des Zivilprozessrechts weniger in der Durchsetzung und Feststellung subjektiver Rechte im Rahmen eines *conflict-solving type* des Prozessrechts, sondern eher in der Umsetzung ordnungspolitischer Leitlinien (*state policies*) im Rahmen eines *policy-implementing type* des Prozessrechts begreift.

⁴⁵⁹ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 811, 812 f. weisen etwa zurecht darauf hin, dass nicht nur bei potentiellen Klägern Geheimhaltungsinteressen betroffen sind, sondern auch Beklagte oftmals Geschäftsgeheimnisse offenlegen müssten, um klägerisches Vorbringen substantiiert zu bestreiten.

⁴⁶⁰ Heinze, JZ 2011, 709, 714 f.; vgl. auch Lüttringhaus, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 466 f.

⁴⁶¹ Althammer, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 86, 90; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 177.

C. Zusammenfassung

Sowohl durch den deutschen als auch durch den europäischen Gesetzgeber finden Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts statt. Diese sind unterschiedlich stark ausgeprägt. Die außerprozessrechtlichen Elemente und Wertungen, auf die Bezug genommen wird, sind unterschiedlich. Regelmäßig geht es bei den materialisierenden Veränderungen jedoch darum, eine als schwächer erkannte Partei durch das geschriebene Zivilprozessrecht zu schützen. Dies kann etwa ein Verbraucher, ein Kartellgeschädigter, ein Arbeitnehmer oder ein Inhaber eines geistigen Eigentumsrechts sein. Die festgestellten Tendenzen sind nicht nur unterschiedlich stark ausgeprägt, sie treten auch unterschiedlich deutlich hervor. Ist etwa die Bevorzugung der Verbraucher in der EuGVVO klar und deutlich zu erkennen, so ist die Feststellung einer Tendenz zur Materialisierung in der Änderung des Revisionsrechts hin zu einer reinen Zulassungsrevision nur mit erhöhtem Aufwand möglich.

Grundsätzlich lässt sich nun dreierlei festhalten: Erstens ist zu erkennen, dass die Tendenzen in der europäischen Gesetzgebung stärker sind als in der deutschen. Zweitens ist zu konstatieren, dass die Tendenzen in jüngerer Zeit eher zu- als abnehmen. Drittens ist jedoch klarzustellen, dass die ZPO immer noch eine eher formale Verfahrensrechtsordnung ist. Hieran ändern auch die festgestellten Tendenzen zur Materialisierung durch den Gesetzgeber im Grundsatz (noch) nichts. Anders erscheint dies nur in den sektoriellen Sondervorschriften zum Kapitalmarktrecht zum Verbraucherrecht und teilweise auch auf den Gebieten des Kartellrechts und des Rechts des geistigen Eigentums.⁴⁶² Hier wird das Zivilprozessrecht in den Dienst ordnungspolitischer Ziele gestellt und so ein Wechsel hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts vollzogen. Dies sind die deutlichsten Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch den Gesetzgeber, die aktuell erkennbar sind.

⁴⁶² Ebenso Heinze, JZ 2011, 709, 714 ff.

Kapitel 5

Materialisierung durch den Richter

Doch nicht nur durch den Einfluss der Verfassung oder des Gesetzgebers können Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts entstehen. Auch durch Gerichte und damit durch Richter können Veränderungen im Zivilprozessrecht geschaffen werden, die als Tendenzen zur Materialisierung zu verstehen sind. Im Rahmen dieser Untersuchung wird mögliche Materialisierung durch die Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht (A.) und durch kompensatorische Prozessleitung (B.) unterschieden.

A. Materialisierung durch die Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht

Bei der Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht ist zwischen zwei Kategorien zu unterscheiden. Einerseits sind mit der Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht Tendenzen zu untersuchen, die tatsächlich oder faktisch Recht kreieren (I.).¹ Andererseits geht es jedoch auch darum, wie (Zivil-)Richter das Zivilprozessrecht interpretieren und anwenden und ob dadurch Tendenzen zur Materialisierung entstehen (II.). Zunächst wird also untersucht, ob sich durch richterliche Rechtsschöpfung Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zeigen. Auch hier wird wieder zwischen deutschen und europäischen Gerichten unterschieden, um einen gesamtethischen, aber doch übersichtlichen Eindruck zu gewinnen. Unter Richterrecht wird im Rahmen dieser Arbeit nicht nur das Richterrecht im engen Sinne, also durch Gesetzeskraft oder Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen,² verstanden. Auch rechtliche Bindung durch Rechtsfortbildung der Obergerichte und der obersten Bundesgerichte³ sowie durch die Entwicklung von Gewohnheitsrecht und auch nur faktische Bindung der unteren Gerichte durch (ständige) Rechtsprechung von Obergerichten wird im Rahmen dieser Arbeit unter dem Begriff des „Richterrechts“ untersucht. Hierbei soll ausdrücklich

¹ Grundlegend zu Richterrecht *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung und *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht.

² Vgl. etwa § 31 BVerfGG, § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG, § 563 Abs. 2 ZPO, Art. 104 VerfO EuGH.

³ Vgl. etwa § 132 Abs. 4 GVG, §§ 511 Abs. 4 Satz 1, 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

keine Stellung zu den verschiedenen Problemen, die grundsätzlich bei der Schaffung von Richterrecht entstehen, und zur aktuellen Debatte zu diesem Thema genommen werden.⁴ Vielmehr geht es darum, richterliche Rechtsfortbildung und Richterrecht als rechtstatsächliches Faktum zu betrachten und die entsprechenden Auswirkungen auf die grundsätzliche Konzeption des Zivilprozessrechts im Sinne einer Materialisierung zu erforschen.

I. Richterrechtliche Rechtsfortbildung und Rechtssetzung durch deutsche Zivilgerichte

Zunächst wird nun die Rechtsfortbildung durch deutsche Zivilgerichte, insbesondere durch den BGH, auf Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts untersucht.

1. Darlegungs- und Beweisrecht

Besonders auf dem weiten Feld des Darlegungs- und Beweisrechts hat sich eine umfassende richterrechtliche Kasuistik gebildet.⁵ So sind die in der Rechtspraxis überaus bedeutenden Institute der sekundären Darlegungslast, des Anscheinsbeweises und der Beweisvereitelung gesetzlich nicht kodifiziert. Die Beweislastumkehr findet sich in verschiedenen Normen, aber auch in richterrechtlicher Festlegung. Ob der richterrechtliche Einfluss auf das Beweisrecht im weiten Sinne eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts darstellt, wird nun untersucht.

a) Sekundäre Darlegungslast

aa) Grundlagen zur Darlegungslast

Es ist Wesensmerkmal des Zivilprozesses, dass eine Partei infolge des Beibringungsgrundsatzes alle Tatsachen vorbringen muss, die erforderlich sind, um zu begründen, dass die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs oder Gegenrechts vorliegen. Mithin hat sie schlüssig bzw. erheblich vorzutragen. Die Frage der so beschriebenen Darlegungs- oder Behauptungslast ist damit der eigentlichen Beweislast vorgelagert. In jener stellt sich dann die Frage der subjektiven Beweislast, also wer für die Beibringung der Beweismittel verantwortlich ist. Zuletzt stellt sich die Frage der objektiven Beweislast, also zu wessen Gunsten oder Nachteil es gereicht, wenn der Beweis

⁴ Vgl. nur *Hirsch*, Die Zeit 2003, Nr. 41; *ders.*, ZRP 2012, 205; *Kriele*, ZRP 2008, 51; *Rüthers*, ZRP 2008, 48; *ders.*, RabelsZ 79 (2015), 142.

⁵ Siehe zur richterrechtlichen Gestaltung der Darlegungs- und Beweislast bei nicht aufklärbaren Sachverhalten *Gomille*, JZ 2018, 711.

eines entsprechenden Vorbringens nicht gelingt.⁶ Oftmals ist es der darlegungsbelasteten Partei ohne weiteres möglich, schlüssig oder erheblich vorzutragen, weil es in diesem Rahmen gerade nicht darauf ankommt, ob der Vortrag auch bewiesen werden kann. Denkbar sind aber auch Fallgestaltungen, in denen ein schlüssiger oder erheblicher Vortrag kaum möglich ist, etwa weil es sich um innere Tatsachen der Gegenpartei oder um Tatsachen handelt, die zwar eine Partei im Rahmen der Darlegungslast vorzutragen hat, die aber in der Sphäre der Gegenpartei liegen. Normalerweise wird ein solcher Vortrag der darlegungsbelasteten Partei nicht möglich sein und ihr Vorbringen damit nicht schlüssig bzw. erheblich. In der Folge wäre die Klage als nicht schlüssig abzuweisen oder mangels erheblichen Bestreitens der Klage ohne weiteres stattzugeben.

bb) Korrektur über die sekundäre Darlegungslast

Um dieses Ergebnis in bestimmten Fällen zu korrigieren, hat der BGH die Figur der sog. „sekundären Darlegungslast“ entwickelt.⁷ Diese trifft den Gegner der darlegungsbelasteten Partei dann,

„wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Prozessgegner nähere Angaben dazu ohne weiteres möglich und zumutbar sind“.⁸

Im Unterschied zu einem substantiierten Bestreiten, das regelmäßig erforderlich ist, treffen die sekundär darlegungsbelastete Partei höhere Anforderungen an die Substantiierung ihres Vorbringens als die primär darlegungsbelastete.⁹ Während die primär darlegungsbelastete Partei nur das vorzutragen muss, was ihr bekannt ist, und sie zudem darlegen muss, warum ihr weitere Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist, hat sich die sekundär darlegungsbelastete Partei über die entsprechenden Tatsachen (wahrheitsgemäß, § 138 Abs. 1 ZPO) zu erklären. Erst wenn dies erfolgt ist, hat die beweisbelastete Partei diese Tatsachen im Rahmen der subjektiven und objektiven Beweislast zu

⁶ Zum Ganzen nur *Dölling*, NJW 2013, 3121; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 50 Rn. 1 ff.; *Paulus*, Zivilprozessrecht, Rn. 413 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 116 Rn. 37 ff.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 27 ff.; *Prütting*, in: MüKo-ZPO, § 286 Rn. 134 ff.; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 84 ff.

⁷ BGH NJW 1961, 826, 828; 1968, 1825, 1826; BGHZ 86, 23, 29; BGH NJW 1990, 3151 f. (erstmalig ausdrücklich „sekundäre Behauptungslast“, zuvor oftmals nur „substantiiertes Bestreiten“); 1999, 714 f.; 2008, 982, Rn. 16; BGHZ 185, 330, Rn. 12; 200, 76, Rn. 16 ff.; 210, 224, Rn. 28. Siehe auch schon RG, Urt. v. 01.12.1910, 223/10 VII, JW 1911, 184 f.

⁸ BGHZ 200, 76, Rn. 17. Vgl. *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.; *Kehrberger*, EWIR 2017, 675 f.

⁹ *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126; *Kehrberger*, EWIR 2017, 675, 676.

beweisen.¹⁰ Gefolgert wird diese Modifikation der Darlegungslast aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.¹¹ Kommt eine Partei ihrer sekundären Darlegungslast nicht nach, so tritt die Folge des § 138 Abs. 3 ZPO, also die Geständnisfiktion ein.¹²

Eine sekundäre Darlegungslast hat der BGH etwa in folgenden Konstellationen angenommen:

- Umstände eines Schadenfalls bei Transport einer Ware durch den Frachtführer;¹³
- Nutzer eines Internetanschlusses, von dem aus Urheberrechtsverletzungen begangen wurden, wenn er geltend macht, nicht er, sondern ein Dritter habe die Rechtsverletzung begangen;¹⁴
- ursprünglich vorhandener und nachträglich weggefallener Eigenbedarf bei Nichtnutzung einer Mietwohnung nach Eigenbedarfskündigung durch den Vermieter;¹⁵
- Schadensersatzansprüche, die aus der Veruntreuung anvertrauter Gelder hergeleitet werden;¹⁶
- Versicherungsnehmer, falls er bei Abschluss eines Versicherungsvertrags objektiv falsche Angaben gemacht hat, zur Frage, weshalb diese vorliegen;¹⁷
- Unterhaltsverpflichteter hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit bei Verletzung seiner Unterhaltspflicht;¹⁸
- Zessionar einer Grundschuld hinsichtlich der Umstände seines Erwerbs bei Verdacht, er habe bei Erwerb der Grundschuld gewusst, dass der Zedent sich diese durch Betrug verschafft oder treuwidrig verwendet hat;¹⁹
- Geschäftsführer hinsichtlich der Frage, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind.²⁰

Bei der Analyse der Rechtsprechung zu diesem Bereich fällt eine grundlegende Tendenz zur schnelleren Bejahung einer sekundären Darlegungslast in den vergangenen zehn bis zwanzig Jahren auf.²¹ In der jüngeren Vergangenheit

¹⁰ Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 31 ff.

¹¹ BGH WM 2017, 634, Rn. 26; Saenger, ZPO, § 286 Rn. 92.

¹² Zum Ganzen Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2077 ff.

¹³ BGH WM 2017, 634, Rn. 26.

¹⁴ BGHZ 185, 330, Rn. 12 ff.; 200, 76, Rn. 16 ff.; BGH NJW 2017, 78, Rn. 33 f.; 2018, 68, Rn. 13 ff.; hierzu Kehrberger, EWiR 2017, 675 f.

¹⁵ BGH NJW 2017, 2819 Rn. 19.

¹⁶ BGH NJW-RR 2015, 1279 Rn. 11.

¹⁷ BGH NJW-RR 2008, 343 Rn. 1.

¹⁸ BGH NJW 2016, 1823 Rn. 24.

¹⁹ BGH NJW 2015, 619 Rn. 19.

²⁰ BGH WM 2014, 167 Rn. 18. Weitere Beispiele etwa bei Bacher, in: BeckOK ZPO, § 284 Rn. 85.1 ff.

²¹ Vgl. auch Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 200 a.E.

haben Gerichte durch die Annahme einer sekundären Darlegungslast versucht, materiell-rechtliche Probleme zu umgehen. So kommt nach der Rechtsprechung des BGH eine Zurechnung der subjektiven Elemente des § 826 BGB bei einem arbeitsteilig organisierten Betrieb entsprechend § 166 BGB zurecht nicht in Betracht, sodass die Voraussetzungen in einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter erfüllt sein müssen.²² Die Annahme einer sekundären Darlegungslast hinsichtlich der Kenntnis des Vorstands umginge dieses Ergebnis, was aber einige Gerichte nicht daran hindert, so vorzugehen.²³ Auch hierin zeigt sich die Tendenz, eine sekundäre Darlegungslast schneller anzunehmen.

cc) Materialisierung durch sekundäre Darlegungslast?

Womöglich liegt hierin auch eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts. Nicht zu bejahen ist zunächst eine Materialisierung in dem Sinne, dass eine Verschiebung des grundlegenden Verständnisses von Zivilprozessrecht hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts stattfände. Es ist nicht erkennbar, dass der BGH das Rechtsinstitut der sekundären Darlegungslast als Instrument zur Durchsetzung von ordnungspolitischen Zielen verwendet. Es geht dem BGH ersichtlich darum, Hindernisse für die Durchsetzung subjektiver Rechte zu beseitigen.²⁴ Folglich kommt nur eine Entformalisierung, ohne dass die grundlegende Intention des Zivilprozessrechts in Frage gestellt würde, in Betracht.

Schnell bejaht ist hierbei die Abweichung von einem Grundsatz des formalen Prozessrechts – dem Beibringungsgrundsatz.²⁵ Dieser wird zwar nicht grundsätzlich in Abrede gestellt, denn für eine sekundäre Darlegungslast des Gegners ist immerhin noch ein zumindest in gewisser Hinsicht substantiiertes Vortrag des primär Darlegungsbelasteten erforderlich.²⁶ Eine gewisse Modifikation liegt jedoch durchaus in der Konstruktion der sekundären Darlegungslast, da der Gegenvortrag deutlich substantiiertes ausfallen muss, als er eigentlich im Rahmen der allgemeinen Regeln müsste. Dies wird dadurch bestätigt, dass sich der BGH immer wieder im Rahmen von entsprechenden

²² BGH NJW 2017, 250, Rn. 13.

²³ So aber LG Hildesheim DAR 2017, 83, 85; LG Kleve VuR 2017, 232, 235 f.; LG Offenburger, Urt. v. 12.05.2017, 6 O 119/16, BeckRS 2017, 109841 Rn. 19 ff. Diese Umgehung ablehnend *Kehrberger/Roggenkemper*, EWiR 2017, 175, 176; *Pfeiffer*, ZIP 2017, 2077, 2079 f.; *Spindler*, in: BeckOGK BGB, § 826 Rn. 173.

²⁴ Siehe schon BGH NJW 1961, 826, 828: „Pflicht zu redlicher, mit den Geboten von Treu und Glauben zu vereinbarender Prozeßführung“, aus der das Rechtsinstitut abgeleitet wird, nicht aber Durchsetzung bestimmter ordnungspolitischer Interessen.

²⁵ *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126; *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, § 138 Rn. 4.

²⁶ BGH NJW-RR 1990, 78, 80 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 31 mit Fn. 85.

Urteilen dazu genötigt sieht, darauf hinzuweisen, dass eine generelle Offenlegungspflicht der nicht darlegungsbelasteten Partei nicht besteht.²⁷

Problematischer ist jedoch die Frage, ob mit dieser Modifikation des Beibringungsgrundsatzes auch eine Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts durch Bezugnahme auf außer(prozess)rechtliche Elemente und Wertungen stattfindet. Nimmt man hierbei zunächst einmal die soeben dargestellten Konstellationen in den Blick, in denen der BGH eine sekundäre Darlegungslast annimmt, so lässt sich zumindest keine strukturelle Bevorzugung von vermeintlich schwächeren Parteien durch die Grundsätze der sekundären Darlegungslast erkennen. Ein Inhaber eines Internetanschlusses im Verhältnis zu einem Großkonzern²⁸ oder ein Versicherungsnehmer im Verhältnis zu einem Versicherer²⁹ dürften wohl regelmäßig kaum als außerrechtlich „überlegene“ Partei zu bewerten sein. Zudem wird bei den Voraussetzungen für die Annahme einer sekundären Darlegungslast eher an prozessrechtliche Kriterien angeknüpft. Sie ist die prozessrechtlich konsequente Fortführung der Vorgaben zur Substantiierung von Bestreiten.³⁰ So werden mit der Prozessförderungspflicht sowie der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht neben den Geboten von Treu und Glauben auch prozessrechtliche Grundsätze zur Begründung einer Behauptungslastverschiebung herangezogen.³¹

Andererseits fällt auf, dass regelmäßig die Partei mit einer sekundären Darlegungslast belastet wird, die bei Betrachtung des Sachverhalts als moralisch unterlegen angesehen wird³² – sei es derjenige, von dessen Internetanschluss eine Urheberrechtsverletzung begangen wurde,³³ derjenige, gegen den Ansprüche aus Veruntreuung anvertrauter Gelder geltend gemacht werden³⁴ oder der Unterhaltsverpflichtete bei Verletzung der Unterhaltspflicht.³⁵ In diese Reihe passt auch der VW-Konzern im Rahmen des „Dieselskandals“.³⁶ Der

²⁷ Etwa bei BGHZ 173, 23 Rn. 16 ff.; 200, 76, Rn. 18; vgl. auch die entsprechenden Stellen in der Kommentarliteratur, etwa bei *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 33 mit Verweis auf spätere Ausführungen zu einer Aufklärungspflicht; bei *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 138 Rn. 10 f. finden sich ebenso Ausführungen zu einer allgemeinen Aufklärungspflicht in engem Zusammenhang zur sekundären Darlegungslast; ebenso bei *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 286 Rn. 88; schließlich geht auch *Gerken*, in: Wiczorek/Schütze, § 138 Rn. 26 zunächst auf eine allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien ein, bevor er die sekundäre Darlegungslast darstellt. Siehe zudem auch *Gottwald*, in: FS Stürner, S. 301, 304 f.

²⁸ Vgl. BGHZ 185, 330, Rn. 12 ff.; 200, 76, Rn. 16 ff.; BGH NJW 2017, 78, Rn. 33 f.

²⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2008, 343 Rn. 1.

³⁰ *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 31.

³¹ *Wagner*, in: MüKoZPO (4. Aufl. 2013), § 138 Rn. 21 f.

³² *Kehrberger*, EWiR 2017, 675, 676.

³³ Vgl. BGHZ 185, 330, Rn. 12 ff.; 200, 76, Rn. 16 ff.; BGH NJW 2017, 78, Rn. 33 f.

³⁴ Vgl. BGH NJW-RR 2015, 1279 Rn. 11.

³⁵ Vgl. BGH NJW 2016, 1823 Rn. 24.

³⁶ Vgl. LG Hildesheim ZIP 2017 332, 333 f.

BGH stellt sogar selbst heraus, dass es zur Annahme einer sekundären Darlegungslast „stets besondere Umstände durch die Art des vorangegangenen Tuns der beweisbegünstigten Partei oder ihrer persönlichen Verhältnisse und Beziehungen zum Gegner“³⁷ bedarf. Der alleinige Umstand, dass der beweisbelasteten Partei das Vorbringen deutlich schwerer fällt als der Gegenpartei, genügt gerade nicht,³⁸ was eigentlich nach dem bisher Gesagten zu erwarten wäre.

Wenn aber an ein vorangegangenes Tun oder die persönlichen Verhältnisse der mit der sekundären Darlegungslast belasteten Partei oder die Verhältnisse und Beziehungen der Parteien angeknüpft wird, so werden hierbei kaum prozessrechtliches Tun, Verhältnisse oder Beziehungen gemeint sein. Vielmehr geht es um das im Prozess in Frage stehende Tun, den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch oder das (wenn überhaupt rechtlich zu qualifizierende) materiell-rechtliche Verhältnis der Parteien. Es kommt also eine materiell-rechtliche oder sogar nur moralische Komponente zum Tragen. Die „böse“ Partei, der die Darlegung bestimmter Tatsachen wesentlich leichter fällt, wird mit einer sekundären Darlegungslast belastet, eine „gute“ Partei, bei der dies ebenfalls so ist, hingegen nicht.³⁹ Der BGH zieht diese Differenzierung offenbar daraus, dass die nicht beweisbelastete Partei Tatsachen nur darlegen muss, falls und soweit es ihr „zumutbar“ ist.⁴⁰ Die Zumutbarkeit fehlt auch in Fällen wie bei (etwa berufsrechtlichen) Geheimhaltungspflichten⁴¹ oder in Wettbewerbsverhältnissen zwischen den Parteien.⁴² Mit diesem Kriterium der Zumutbarkeit hat sich der BGH also ein Einfallstor für außer(prozess-)rechtliche Erwägungen geschaffen, das er anscheinend zwar nicht zum Schutz von strukturell unterlegenen Parteien nutzt, wohl aber, um an ein bestimmtes Verhalten oder bestimmte Beziehungen der Parteien anzuknüpfen. Der Schritt zum Schwächerenschutz ist freilich ein kleiner, lässt sich doch eine Zumutbarkeit durch strukturelle Überlegenheit in Übereinstimmung

³⁷ BGH NJW 1997, 128, 129.

³⁸ Vgl. BGH NJW 1997, 128, 129. Zust. *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 31 a.E.

³⁹ Vgl. BGH NJW 1997, 128, 129: „Besondere Umstände, die eine abweichende Beurteilung im vorliegenden Falle rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Die Parteien machen nur jeweils dingliche Rechte am selben Pfandgegenstand geltend. Der Beklagte leitet seine Forderung aus einem Vertragsverhältnis zur E. ab, während die Klägerin lediglich mit der S. in vertraglichen Beziehungen stand.“ Siehe auch BGH NJW 2014, 149 Rn. 20: „Eine sekundäre Darlegungslast kommt nur in Betracht, wenn der betroffenen Partei die Darlegung näherer Umstände zuzumuten ist. Diese Zumutbarkeit setzt indes stets besondere Anknüpfungspunkte voraus [...], an denen es hier fehlt.“ Eine gewisse Gefahr, dass das Instrument der sekundären Darlegungslast zu „Billigkeitsrechtsprechung“ führt, erkennt auch *Gomille*, JZ 2018, 711, 713.

⁴⁰ BGH NJW 1997, 128, 129; 2014, 149 Rn. 20. Siehe zur Voraussetzung nur BGHZ 200, 76, Rn. 17.

⁴¹ *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 138 Rn. 11 a.E.

⁴² BGH NJW 1992, 1817, 1819.

mit der bisherigen Rechtsprechung problemlos begründen, etwa durch die „persönlichen Verhältnisse und Beziehungen zum Gegner“⁴³.

Die Rechtsprechungslinie des BGH dient zwar (zurzeit) nicht dem Schutz von strukturell schwächeren Parteien, wohl aber kommt oftmals eine gewisse moralische Wertung ins Spiel, wenn begründet werden muss, warum eine bestimmte Partei mit einer sekundären Darlegungslast belastet wird. Insofern findet eine Entformalisierung doch dadurch statt, dass nicht auf originär prozessrechtliche Wertungen rekurriert wird, sondern das geschlossene System des Prozessrechts für andere Wertungen geöffnet wird. Dieser Befund wird dadurch bestärkt, dass auch nach den Kriterien von *Summers* eine Verschiebung in Richtung materiales System zu diagnostizieren ist. Die *fact-finding processes* verschieben sich in Richtung eines eher auf materielle Wahrheit abstellenden Darlegungs- und Beweisrechts, da von den Formvorgaben dieses Rechtsgebietes abgewichen wird. Zudem wird durch die Schaffung eines richterrechtlichen Instituts auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts, ohne dass dieses eine konkrete Stütze im Gesetz hätte, grundsätzlich die *judicial power to modify law being applied* verstärkt, was ebenfalls ein Kriterium für ein eher materiales System ist.⁴⁴

dd) Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich damit also durchaus eine Tendenz zur Materialisierung in der Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast erkennen.

b) Beweislastumkehr

Möglicherweise liegt auch in richterrechtlichen Regelungen zur Beweislastumkehr eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.

aa) Grundlagen zur Beweislast

Hinsichtlich der Beweislast ist zunächst festzustellen, dass zwischen subjektiver (Beweisführungslast) und objektiver Beweislast (Feststellungslast) zu unterscheiden ist. Die Beweisführungslast determiniert, wer einen Beweis antreten darf bzw. muss, um Nachteile im Zivilprozess zu verhindern. Die Feststellungslast hingegen legt fest, wer das Risiko trägt, dass eine entscheidungserhebliche, beweisbedürftige Tatsache unbewiesen bleibt.⁴⁵ Im Regelfall

⁴³ BGH NJW 1997, 128, 129. In diese Richtung weist nun wiederum LG Hildesheim ZIP 2017, 332, 333 f.

⁴⁴ Siehe hierzu oben Kapitel 2, E. III. 2. b)

⁴⁵ Grundlegend *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 32 ff.; vgl. auch *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 50 Rn. 4 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 116 Rn. 1 ff.; *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 286 Rn. 32 f.; *Prütting*, in:

korrespondieren Beweisführungslast und Feststellungslast. Ausgenommen sind etwa ausnahmsweise amtswegige Beweiserhebungen.⁴⁶ Vorschriften zur Beweislast meinen regelmäßig die Feststellungslast. Sie geben dem Gericht vor, wie im Falle eines *non liquet* der Rechtsstreit zu entscheiden ist.⁴⁷ Dabei gilt im deutschen Zivilprozess, dass jede Partei unabhängig von ihrer Parteirolle die Feststellungslast (und damit regelmäßig auch die Beweisführungslast) für die ihr günstigen Tatsachen trägt.⁴⁸ Ein Anspruchsteller muss also die Tatsachen beweisen, die anspruchsbegründend wirken, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtend oder rechtshindernd wirkenden Tatsachen beweisen muss. Hiervon trifft das Gesetz jedoch an verschiedenen Stellen abweichende Regelungen (siehe nur § 1 Abs. 4 ProdHaftG; §§ 145, 179 Abs. 1, 280 Abs. 1 Satz 2, 345, 363, 476, 817 Satz 2, 831 Abs. 1 Satz 2 BGB). In diesen Fällen wird gesetzlich durch bestimmte Formulierungen⁴⁹ abweichend vom Regelfall festgelegt, wer das Risiko des *non liquet* zu tragen hat.⁵⁰

bb) Richterrechtliche Beweislastregelungen

Zusätzlich zu den gesetzlichen Regeln zur Beweislastumkehr hat die Rechtsprechung jedoch weitere Kategorien richterrechtlicher Beweislastumkehrregeln geschaffen. Diese lassen sich im Wesentlichen in vier grobe Kategorien einteilen:⁵¹

- Beweisvereitelung⁵²
- Produzentenhaftung⁵³
- Grobe Verletzung von Berufspflichten⁵⁴
- Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten.⁵⁵

MüKoZPO, § 286 Rn. 97 ff.; Saenger, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 53 f.; Thole, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 93 ff.

⁴⁶ Saenger, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 54.

⁴⁷ Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 19; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 50 Rn. 11; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 37.

⁴⁸ BGHZ 113, 222, 224 f.; BGH NJW-RR 2010, 1378, 1379; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, § 50 Rn. 11; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 34 f.; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 66 ff.; Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 111.

⁴⁹ Etwa: „Dies gilt nicht, wenn...“; „Es sei denn,...“; „...tritt nicht ein, wenn...“.

⁵⁰ Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 36.

⁵¹ Denkbar ist auch eine weitergehende Untergliederung. Ähnlich wie hier Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 116 Rn. 17 ff. Ähnlich auch Bacher, in: BeckOK ZPO, § 284 Rn. 80 ff.; Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 124 ff.; Saenger, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 68 ff.

⁵² BGHZ 99, 391, 395 ff.; BGH NJW 2006, 434 Rn. 23; 2008, 982, Rn. 23; aber auch schon RGZ 20, 5, 6.

⁵³ BGHZ 51, 91, 105 ff.; 104, 323, 332 ff.; 114, 284, 296.

⁵⁴ Hierunter wird auch die Arzthaftung gefasst. Dazu nur BVerfGE 52, 131; BGH NJW 1969, 553, 554, BGHZ 159, 48, 54. Siehe auch allgemein BGH NJW 1962, 959 f.; 1971, 241, 242 ff.

Auf all diese Kategorien detailliert einzugehen, würde den Rahmen und Umfang dieser Arbeit bei weitem sprengen.

cc) Materiell- oder prozessrechtliche Regelung?

Unbedingt einzugehen ist jedoch auf die Frage, ob diese Entscheidungen zur Beweislastumkehr überhaupt eine Veränderung des Zivilprozessrechts bedeuten oder ob es sich hierbei vielmehr um eine materiell-rechtliche Problematik handelt. Nach inzwischen fast einhelliger Meinung sind die Normen zur Beweislast materiell-rechtliche Normen.⁵⁶ Damit ist auch die Frage der Feststellungslast eigentlich eine materiell-rechtliche.

Allerdings macht der BGH in seinen Entscheidungen nicht immer deutlich, ob es sich aus seiner Sicht bei einer „Beweislastumkehr“ um eine Entscheidung zur Feststellungslast oder um die konkrete Beweisführungslast bzw. das Beweismaß handelt.⁵⁷ Dies zeigt sich vor allem an der Formulierung, einer Partei sei eine „Beweiserleichterung bis hin zur Beweisumkehr“ zu gewähren.⁵⁸ Hierbei verwischt der BGH die Grenze zwischen Beweiserleichterung und Beweislastumkehr.⁵⁹ Allerdings ist nur letzteres Element ein materiell-rechtliches. Eine Beweiserleichterung hingegen ist eine Frage der richterlichen Beweiswürdigung und damit eine originär prozessrechtliche Thematik.⁶⁰

Teilweise hat der BGH diese Rechtsprechung, etwa zur Arzthaftung, jedoch auch schon aufgegeben und klargestellt, dass es sich in der Sache um eine

⁵⁵ BGHZ 61, 118. 120 ff.; 89, 95, 103; 174, 186, Rn. 19.

⁵⁶ Grundlegend *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 23 ff. Siehe außerdem BGHZ 85, 252, 256; BGH NJW 2001, 2098; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 50 Rn. 18; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 116 Rn. 30 ff.; *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 284 Rn. 71; *Hartmann*, in: B/L/A/H, Anh § 286 Rn. 2 f.; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 79; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 138; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 67.

⁵⁷ Kritisch *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 67, mit Verweis auf BGH NJW 1988, 2303, 2304: „Beweislastverminderung“ und BGHZ 72, 132, 139: „Beweislastermäßigung“.

⁵⁸ BGH NJW 1972, 1520; 1981, 2513; 1994, 1596, 1597; 2002, 825, 827; 2008, 982, Rn. 23; 2017, 1093, Rn. 63; hierzu kritisch *Laumen*, NJW 2002, 3739. Ähnlich auch BVerfGE 52, 131, 154: „Ein wesentlicher Bestandteil dieses Verfahrens sind die aus dem Gesetz folgenden und von der Rechtsprechung fortentwickelten, in sich abgestuften und den besonderen Interessenlagen und Verfahrenslagen angepaßten Regeln über die Beweisführung (vgl. §§ 282 ff., §§ 288 ff. ZPO), über Beweiserleichterungen und die Verteilung der Beweislast“.

⁵⁹ *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3746 und passim; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 129; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 67.

⁶⁰ *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3746 und passim; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 129; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 67.

Beweislastumkehr handelt.⁶¹ Daher kann diesbezüglich – und damit wohl auch hinsichtlich der Berufshaftung generell – davon ausgegangen werden, dass es sich um eine richterrechtlich verfestigte Veränderung des materiellen Rechts handelt.⁶² Aufrechterhalten hat der BGH seine Rechtsprechung von Beweiserleichterungen bis hin zur Beweisumkehr jedoch hinsichtlich der Figur der Beweisvereitelung.⁶³ Dort stellt er ausdrücklich darauf ab, dass es „atrichterlicher Wertung [obliegt], ob der jeweilige Sachverhalt eine vollständige Umkehr der Beweislast oder lediglich Beweiserleichterungen rechtfertigt“.⁶⁴ In einer neueren Entscheidung ist sogar nur noch die Rede davon, dass eine Beweisvereitelung im Rahmen der Beweiswürdigung zu Lasten des Prozessgegners der beweispflichtigen Partei zu berücksichtigen ist.⁶⁵ Hieran lässt sich klar erkennen, dass der BGH (inzwischen) im Institut der Beweisvereitelung ein prozessrechtliches Mittel sieht.⁶⁶ Dann muss aber jedenfalls die Frage hinsichtlich einer Materialisierung des Zivilprozessrechts durch das Institut der Beweisvereitelung gestellt werden.

dd) Beweisvereitelung

Die Rechtsprechung nimmt eine Beweisvereitelung dann an,

„wenn eine Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann vorprozessual oder während des Prozesses durch gezielte oder fahrlässige Handlungen geschehen, mit denen bereits vorhandene Beweismittel vernichtet oder vorenthalten werden. Das Verschulden muss sich dabei sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktio-

⁶¹ BGHZ 159, 48, 55 f.

⁶² I.E. auch *Laumen*, MDR 2009, 177, 180; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 129 f.; *Saenger*, in: *Saenger*, ZPO, § 286 Rn. 67.

⁶³ Zuletzt BGH NJW 2017, 1093, Rn. 63; siehe auch BGH NJW 2009, 360, Rn. 23; kritisch hierzu *Laumen*, MDR 2009, 177.

⁶⁴ BGH NJW 2009, 360, Rn. 23.

⁶⁵ BGH GRUR 2016, 88, Rn. 29.

⁶⁶ Dies ist auch in Übereinstimmung mit der Literatur, die schon seit längerem eine Berücksichtigung von Beweisvereitelung im Rahmen der Beweiswürdigung fordert. Vgl. *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 133 ff.; *Gerhardt*, AcP 169 (1969), 289, 307, 315; *Gomille*, JZ 2018, 711, 715 ff.; *Laumen*, MDR 2009, 177, 180; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 50 Rn. 32; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, Rn. 848; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 116 Rn. 18; *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 284 Rn. 89, 93; *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 286 Rn. 62; *Hartmann*, in: B/L/A/H, Anh § 286 Rn. 27; Ähnlich aber auch mit prozessrechtlichem Ansatz *Saenger*, in: *Saenger*, ZPO, § 286 Rn. 95: Sonderfall der sekundären Darlegungslast; sowie *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 242 ff.; ihm folgend *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 91 f.

on beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen.“⁶⁷

Die Rechtsfolge daraus ist nach hier vertretener Ansicht eine prozessuale Besserbehandlung der eigentlich beweisbelasteten Partei. Ihr werden Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweis(führungs!)last gewährt.

ee) Materialisierung durch das Institut der Beweisvereitelung

Fraglich ist jedoch, ob hierdurch eine Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts stattfindet. Auch hier kann ausgeschlossen werden, dass der BGH einen Ansatz des *policy-implementing* verfolgt. Vielmehr reagiert er auf ein originär im *conflict-solving type* des Prozessrechts bestehendes Problem. Die Reaktion auf dieses Problem der Beweisvereitelung kann indes freilich zu einer Entformalisierung führen.

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass auch gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung bestehen, teilweise sogar schon in der CPO 1879. Solche existieren etwa in den §§ 427, 444 ZPO, die ihre Entsprechung in den §§ 392, 409 CPO 1879 finden, aber auch in den §§ 441 Abs. 3, 446 und 453 Abs. 2 ZPO. Damit ist zwar noch nichts dazu gesagt, ob hierdurch eine Bezugnahme auf außerprozessrechtliche Elemente oder Wertungen erfolgt. Allerdings ist der Befund, dass in der vom Rechtsformalismus geprägten CPO 1879 bereits entsprechende Regelungen zur Beweisvereitelung in bestimmten Fällen vorhanden waren, ein erstes Indiz gegen eine solche Bezugnahme.

Weiterhin wird im Rahmen der Beweisvereitelung – anders als im Rahmen der sekundären Darlegungslast – an ein prozessuales Fehlverhalten einer Partei angeknüpft.⁶⁸ Wer einem anderen die ersichtlich notwendige Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht, der wirkt auf dessen prozessuale Stellung ein, da im Regelfall ein sich aus der Beweisvereitelung ergebendes *non liquet*, das zu seinen Gunsten wirken würde, vom Gegner durch prozessuale Mittel verhindert werden könnte. Anders als im Fall der sekundären Darlegungslast knüpft die Rechtsprechung auch nicht durch eine Voraussetzung der „Zumutbarkeit“ an ein außerprozessuales Verhalten oder außerprozessuale Beziehungen der Parteien zueinander an.

Vielmehr ist mit *Gerhardt* ein Verstoß gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* durch die Beweisverteilung anzunehmen,⁶⁹ das aus dem auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben folgt.⁷⁰ Es wäre – aus prozessualer Sicht – treuwidrig, wenn sich die Partei, die der Gegenpartei

⁶⁷ BGH NJW 2006, 434, Rn. 23 (m.w.N.).

⁶⁸ *Gerhardt*, AcP 169 (1969), 289, 293 ff. Dies verkennt *Saenger*, in: *Saenger*, ZPO, § 286 Rn. 95.

⁶⁹ *Gerhardt*, AcP 169 (1969), 289, 304 ff.

⁷⁰ Vgl. mit umfassenden Nachweisen *Brehm*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Einl. Rn. 221 ff.

ein dieser günstiges Beweisergebnis vereitelt hat, auf ein ihr günstiges Beweisergebnis berufen könnte.⁷¹ Insofern findet keine Bezugnahme auf außerprozessrechtliche Elemente und Wertungen statt. Anknüpfungspunkt für die prozessuale Sanktion der Beweisverteilung ist stattdessen der auch im Prozessrecht geltende Grundsatz des *venire contra factum proprium*.

ff) Zwischenergebnis

Folglich kann in der Rechtsprechung des BGH zur Beweisvereitelung auch keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gesehen werden. Vielmehr wird darin ein im Zivilprozessrecht schon immer (jedenfalls seit 1879) geltender Grundsatz⁷² deutlich. Auch insgesamt kann damit in den richterrechtlich geschaffenen Fällen der Beweislastumkehr keine Tendenz zur Materialisierung festgestellt werden, da die anderen, „echten“ Fälle der Beweislastumkehr als Rechtsfortbildung des abstrakt-generellen materiellen Rechts zu bewerten sind.

c) Anscheinsbeweis

Eine dritte richterrechtlich entwickelte Kategorie, durch die die gesetzlichen Vorschriften zum Beweisrecht im weiteren Sinne modifiziert werden, ist die des Anscheinsbeweises.

aa) Inhaltlicher Überblick

Im Grundsatz gestattet die freie Beweiswürdigung dem Richter, aus den konkreten Prozess als wahr geltenden Tatsachen bestimmte Schlüsse hinsichtlich des Vorliegens oder Nichtvorliegens von anderen, noch nicht festgestellten Tatsachen zu ziehen.⁷³ Von dieser grundsätzlichen Zulässigkeit eines Indizienbeweises ausgehend, hat die Rechtsprechung „bei typischen Geschehensabläufen [...], d.h. in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist“⁷⁴, die Rechtsfigur des Anscheinsbeweises entwickelt.⁷⁵ Eine solche typische Fallgestaltung muss die beweisbelastete Partei darlegen und beweisen, wobei volle richterliche Überzeugung erforderlich ist. Ist dies gelungen, nimmt die Rechtsprechung denjenigen Verlauf als erwiesen an, der bei der gegebenen Sachlage üblicherweise zu erwarten ist. Die Gegen-

⁷¹ Gerhardt, AcP 169 (1969), 289, 306 f.

⁷² Schon RGZ 20, 5, 6.

⁷³ Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 128.

⁷⁴ BGHZ 100, 31, 33.

⁷⁵ Schon RGZ 134, 237, 241 ff.; siehe außerdem BGH NJW 1951, 70 f.; BGHZ 2, 1, 5; 100, 214, 216; 160, 308, 319; BGH NJW 2006, 2262, Rn. 10; BGHZ 208, 331, Rn. 37.

partei muss in diesem Fall Umstände darlegen und beweisen, die Anhaltspunkte dafür darstellen, dass es sich um einen atypischen Geschehensablauf handelt, mithin den Anscheinsbeweis erschüttern.⁷⁶ Die richterrechtlich verfestigten Regeln über den Anscheinsbeweis sind – anders als die unter b) betrachteten Vorgaben – keine Fragen der (objektiven oder subjektiven) Beweislast. Vielmehr handelt es sich um einen Sonderfall der Beweiswürdigungsregeln.⁷⁷ Folglich handelt es sich bei der Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis auch nicht etwa um materiell-rechtliche Modifikationen⁷⁸, sondern um ein originär prozessrechtliches Instrument.⁷⁹

bb) Materialisierung durch das Institut des Anscheinsbeweises

Liegt in dieser Rechtsprechung eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts? Erneut lassen sich keine Hinweise dafür finden, dass durch den Anscheinsbeweis eine Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts stattfände. Folglich kann nur eine Materialisierung ohne grundlegende Änderung des Verständnisses von Zivilprozessrecht vorliegen.

Max Weber würde eine solche vermutlich konstatieren, sah er doch schon (zutreffenderweise) in der Abkehr vom reinen Strengbeweisverfahren hin zur freien Beweiswürdigung eine Tendenz zur Materialisierung.⁸⁰ Die Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis wäre für ihn daher vermutlich erst recht eine Tendenz zur Materialisierung. In der Tat könnte man in der Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis eine Abkehr von einem rein formalen Verständnis des Zivilprozessrechts sehen. Schließlich sind die Erfahrungssätze, auf die der Richter im Rahmen des Anscheinsbeweises zurückgreift, gerade keine Elemente und Wertungen des Prozessrechts, sondern solche der allgemeinen Lebenserfahrung.

Legt man aber die Beweiswürdigung in die Hand von Menschen, ohne diese durch feste Regeln zu binden, so ist es selbstverständlich, dass ein von Erfahrungen, Erlebnissen und Eindrücken geprägter Mensch all dies auch seiner Beweiswürdigung zugrunde legt. Nichts Anderes tut er, wenn er Erfahrungssätze im Rahmen des Anscheinsbeweises in den Blick nimmt.

⁷⁶ Siehe die Nachweise in S. 186, Fn. 75; sowie *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 23; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 129; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 48; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 214.

⁷⁷ *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 279; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 114 Rn. 35 ff.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, Anh § 286 Rn. 15; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 128, 140; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 50; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286, Rn. 39.; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 222 f. A.A. *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 24: Beweismaßsenkung.

⁷⁸ So aber *Diederichsen*, ZZP 81 (1968), 45, 62 f.; *Greger*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Vorbemerkungen zu § 284 Rn. 29a.

⁷⁹ BGH NJW 1985, 554 f.; sowie die Nachweise in S. 187, Fn. 77.

⁸⁰ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 506.

Allerdings hat sich diese Anwendung der freien Beweiswürdigung inzwischen richterrechtlich (oder sogar gewohnheitsrechtlich) weiterentwickelt, sodass das Gericht an die „Regeln“ des Anscheinsbeweises gebunden und deren Anwendung im Rahmen der Revision überprüfbar ist.⁸¹ Dies lässt sich jedoch nicht auf die Verletzung von Erfahrungssätzen als richterrechtliche Rechtsnormen stützen. Vielmehr muss der Richter im Rahmen von § 286 ZPO nicht nur Denkgesetze, Naturgesetze und die zwingenden Erfahrungsgesetze beachten, sondern – kraft richterrechtlicher Verfestigung – auch das sonstige im Einzelfall relevante Erfahrungswissen.⁸² Dies führt dazu, dass § 286 ZPO verletzt ist, wenn gegen die „Regeln“ des Anscheinsbeweises verstoßen wurde, insbesondere, wenn die im Einzelfall einschlägigen Erfahrungssätze nicht oder nicht korrekt beachtet wurden.⁸³

In einem hochformalen System fester Beweisregeln ist ein derartiger „Anscheinsbeweis“ kaum denkbar. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass bereits im Rahmen der CPO 1879 eine freie Beweiswürdigung durch den Richter vorgesehen war.⁸⁴ Zudem ist der Anscheinsbeweis keine Ausweitung der richterlichen Kompetenzen zur freien Beweiswürdigung, sondern letztlich deren konsequente Anwendung; dies gilt auch für die Überprüfbarkeit in der Revision.⁸⁵ Nach alledem kann durch die Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts im hier untersuchten Sinne – ausgehend von der CPO 1879 – angenommen werden kann.

d) Zwischenergebnis

Festhalten lässt sich damit, dass im Rahmen des richterrechtlichen Beweisrechts im weiteren Sinne nur bei der sekundären Darlegungslast eine Tendenz zur Materialisierung zu erkennen ist. Hingegen sind die Vorgaben zur Beweislastumkehr mangels prozessrechtlicher Natur ebenso keine Tendenz zur Materialisierung wie die Rechtsprechung zur Beweisvereitelung, die vielmehr Ausprägung des auch im Prozessrecht geltenden Grundsatzes des *venire contra factum proprium* ist. Zuletzt ist auch in der Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis keine Tendenz zur Materialisierung zu sehen, sondern eine konsequente Anwendung der freien Beweiswürdigung, die dem deutschen Zivilprozessrecht seit 1879 immanent ist.

⁸¹ *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 140 f.; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 214.

⁸² *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 114 Rn. 37, 40; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 49; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 39. A.A. *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 286 Rn. 141.

⁸³ Nur BGH NJW 2009, 1591, Rn. 11 ff.

⁸⁴ § 259 CPO 1879. Siehe auch oben Kapitel 2, C. I.

⁸⁵ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 114 Rn. 40; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 49; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 39.

2. Rechtskraftdurchbrechung

Denkbar ist hingegen eine Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die richterrechtlich geschaffenen Möglichkeiten zur Durchbrechung der Rechtskraft. Neben einer europarechtlich induzierten richterrechtlichen Rechtskraftdurchbrechung⁸⁶ hat auch die deutsche Rechtsprechung eine gesetzlich nicht (explizit) geregelte Möglichkeit zur Durchbrechung der Rechtskraft von Zivilurteilen gefunden.

a) Grundlagen der Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung

Im Grundsatz erwachsen Urteile in Rechtskraft, wenn der Rechtsstreit beendet ist, also entweder kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht oder die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels endgültig verstrichen ist.⁸⁷ Hierbei ist zwischen formeller und materieller Rechtskraft zu unterscheiden. Während die formelle Rechtskraft über das endgültige Ende des konkreten Prozesses entscheidet, § 705 ZPO, und Voraussetzung etwa für Gestaltungswirkungen des Urteils (vgl. etwa § 1564 Satz 2 BGB) oder regelmäßig für die Zwangsvollstreckung (vgl. § 704 Abs. 1 ZPO) ist, geht die materielle Rechtskraft weiter. Jene schützt den inhaltlichen Bestand der formell rechtskräftigen Entscheidung auch über den konkreten Prozess hinaus. Sie verhindert, dass ein einmal entschiedener Rechtsstreit wiederholt oder eine einmal durch Urteil entschiedene Frage erneut zum Gegenstand eines Prozesses gemacht und so der dauerhafte Rechtsfrieden verhindert wird.⁸⁸ In einem neuen Prozess ist das Gericht also an das Ergebnis des vorherigen Prozesses gebunden und kann nicht abweichend davon entscheiden – selbst wenn es der Meinung ist, die Entscheidung beruhe auf falscher Tatsachengrundlage, sei rechtlich falsch oder es sei sogar beides der Fall.⁸⁹ Dass dieses Ergebnis in bestimmten Extremfällen genauso unbillig oder noch unbilliger ist als ein „ewiges Prozessieren“, hat der Gesetzgeber schon 1879 erkannt und mit Nichtigkeits- und Restitutionsklage in den §§ 542, 543 CPO 1879 Möglichkeiten zur Durchbrechung der Rechtskraft geschaffen, die sich auch heute noch weitgehend unverändert in §§ 579, 580 ZPO finden. Danach kann ein Verfahren im Falle eines groben Verfahrensfehlers, § 579 ZPO, oder falls das Urteil durch bestimmte strafbare Handlungen beeinflusst wurde, die Urteilsgrundlage weggefallen ist, ein früheres rechtskräftiges Urteil aufgefunden wurde oder das Urteil gegen die

⁸⁶ Siehe dazu unten Kapitel 5, A. II. 1.

⁸⁷ Nur *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 61 Rn. 7.

⁸⁸ Zum Ganzen *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 61 Rn. 4 ff.; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rn. 1 ff.; *Gottwald*, in: MüKoZPO, § 322 Rn. 1 ff.; *Gruber*, in: BeckOK ZPO, § 322 Rn. 1 ff.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, Einf §§ 322-327 Rn. 28 ff.; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 322 Rn. 1 ff. (jeweils m.w.N.).

⁸⁹ BVerfGE 60, 253, 267 f.; BGH NJW 1979, 1046, 1047 f.; 1985, 2535; *Gottwald*, in: MüKoZPO, § 322 Rn. 204.

EMRK verstößt und der EGMR dies festgestellt hat, § 580 ZPO, wiederaufgenommen werden.

Diese sehr engen Möglichkeiten zur Wiederaufnahme sind seit jeher Kritik hinsichtlich ihrer engen Voraussetzungen – vor allem durch die Rechtsprechung – ausgesetzt.⁹⁰ Deshalb hat die Rechtsprechung eine weitere Möglichkeit zur Durchbrechung der Rechtskraft entwickelt. In besonders schwerwiegenden Fällen lässt sie eine Schadensersatzklage nach § 826 BGB unter sehr engen Voraussetzungen zu,⁹¹ die sich im Sinne der Naturalrestitution auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels richtet.⁹² Es wird also nicht die formelle Rechtskraft beseitigt, sodass auch weder die Kassation des Urteils noch die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung Folge der (erfolgreichen) Klage sind.⁹³

b) Rechtsnatur der Rechtskraft

Es stellt sich aber die Frage, ob die Möglichkeit einer auf § 826 BGB gestützten Klage überhaupt Materialisierung des Zivilprozessrechts sein kann. Schließlich besteht inzwischen nahezu vollständige Einigkeit, dass dieses Institut dem materiellen Recht zuzuordnen ist, wird doch ein eigener materiell-rechtlicher Anspruch eingeklagt.⁹⁴ Zudem ist der Streitgegenstand der Klage aus § 826 BGB nicht mit dem aus dem Vorprozess identisch.⁹⁵ Allerdings wird dennoch die materielle Rechtskraft durchbrochen, denn die Frage

⁹⁰ Siehe schon RGZ 46, 75, 79: „es wäre mit dem natürlichen Rechtsgefühl unvereinbar, wenn der Betrüger oder dessen Mitschuldiger das, was sie mittels eines auf verbrecherische Weise erwirkten Urteils sich verschafft haben, ungestört unter dem Schutze der Rechtskraft behalten dürften.“; weiterhin RGZ 78, 389, 393; 88, 290, 293; BGH NJW 1951, 759; BGHZ 40, 130, 133; 50, 115, 118; 101, 380, 384 f.; 153, 189, 198; vgl. auch *Jauernig*, ZZZ 66 (1953), 398; *Thomale*, JZ 2018, 430; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 3 ff.; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 229.

⁹¹ RGZ 46, 75, 79; 78, 389, 393; 88, 290, 293; BGH NJW 1951, 759; BGHZ 40, 130, 133; 50, 115, 118; 101, 380, 384 f.; 153, 189, 198; siehe jeweils auch *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 3 ff.; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 322, Rn. 268 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK BGB, § 826 Rn. 135 ff.; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 229 ff.

⁹² BGHZ 26, 391, 394; 50, 115, 119; BGH NJW 1988, 972; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rn. 286; *Gottwald*, in: MüKoZPO, § 322 Rn. 228; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 233.

⁹³ BGHZ 26, 391, 394; *Gruber*, in: BeckOK ZPO, § 322 Rn. 87; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 322 Rn. 96; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 233.

⁹⁴ Siehe *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 163 Rn. 7: „[...] kann das Prozessrecht keine Autonomie gegenüber dem materiellen Recht beanspruchen“; *Gruber*, in: BeckOK ZPO, § 322 Rn. 80: „Praktisch lässt damit die Rechtsprechung einen zweiten, materiell-rechtlich begründeten Weg der Rechtskraftdurchbrechung zu“; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 228: „Anspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil“.

⁹⁵ *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 322 Rn. 93.

nach der Richtigkeit oder Unrichtigkeit ist präjudiziell für den zweiten Prozess,⁹⁶ ist doch die materielle Unrichtigkeit des Urteils nach dem BGH Anspruchsvoraussetzung.⁹⁷ Aufgrund dieser Ausnahme von der materiellen Rechtskraft hängt die Rechtsnatur der Durchbrechung der Rechtskraft wesentlich von der Rechtsnatur der materiellen Rechtskraft selbst ab.

Hierüber herrscht seit längerer Zeit zumindest grundsätzliche Einigkeit. Vor allem im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert wurde eine materiell-rechtliche Theorie der Rechtskraft vertreten, die besagte, dass durch das Urteil die materielle Rechtslage selbst geändert wird.⁹⁸ Nach einer Modifikation der materiell-rechtlichen Theorie durch *Pohle* ist (nur) von einer unwiderleglichen Vermutung der Richtigkeit der richterlichen Entscheidung und der entsprechenden Rechtsfolge auszugehen.⁹⁹ Im Gegensatz hierzu geht die heute h.M. zurecht von einer prozessrechtlichen Natur der materiellen Rechtskraft aus, allerdings in unterschiedlichen Ausprägungen. Nachdem zu Beginn von den Begründern der prozessualen Theorie, *Stein*¹⁰⁰ und *Hellwig*¹⁰¹, auf eine Bindungswirkung des Gerichts abgestellt wurde,¹⁰² wird heute hauptsächlich auf den Grundsatz des *ne bis in idem* rekurriert.¹⁰³ Dieser Streit innerhalb der prozessualen Rechtskrafttheorie braucht für diese Darstellung nicht entschieden zu werden. Abzulehnen ist allerdings die materiell-rechtliche Theorie, da sie einerseits bei der Feststellung absoluter Rechte versagt, da ein Urteil mit *inter partes*-Wirkung solche Rechte nicht schaffen kann. Andererseits vermag die materiell-rechtliche Theorie auch die Rechtskraft von Prozessurteilen mangels materieller Rechtswirkung nicht zu erklären.¹⁰⁴ Folglich ist das Institut der materiellen Rechtskraft prozessrechtlicher Natur. Dasselbe muss dann auch für die Durchbrechung dieser Rechtskraft gelten, auch wenn diese in

⁹⁶ *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 322 Rn. 93.

⁹⁷ Siehe nur BGHZ 101, 380, 384; 103, 44, 46 (jeweils m.w.N.).

⁹⁸ Vgl. *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, S. 72 ff., 305 ff. und passim. Siehe zudem die rechtshistorische Aufarbeitung von *Thomale*, JZ 2018, 430, 430 ff. sowie *Gottwald*, in: *MüKoZPO*, § 322 Rn. 7 f. (m.w.N.).

⁹⁹ *Pohle*, in: *GS Calamandrei*, S. 377 ff.

¹⁰⁰ *Stein*, Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprocessordnung, S. 2 und passim.

¹⁰¹ *Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 7 ff.

¹⁰² Siehe etwa *Jauernig*, ZJP 66 (1953), 398, 414. Heute noch vertreten bei *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 359.

¹⁰³ BGHZ 34, 337, 339; 36, 365, 367; 93, 287, 288 f.; 157, 47, 50; 198, 294 Rn. 13; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 62 Rn. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 152 Rn. 8; *Gottwald*, in: *MüKoZPO*, § 322 Rn. 13; *Gruber*, in: *BeckOK ZPO*, § 322 Rn. 10 f.; *Hartmann*, in: *B/L/A/H*, Einf §§ 322-327 Rn. 9; *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, § 322 Rn. 5; *Saenger*, in: *Saenger*, ZPO, § 322 Rn. 11. Zumindest zweifelnd aber *Althammer*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 322 Rn. 24 ff.

¹⁰⁴ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 62 Rn. 7 f. A.A. *Althammer*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 322 Rn. 24, der auf das „Recht der Materie“ abstellt.

einen materiell-rechtlichen Anspruch aus § 826 BGB eingekleidet ist.¹⁰⁵ Die Entscheidung des Gerichts, ausnahmsweise auf die Bindungswirkung des vorherigen Urteils oder den Grundsatz des *ne bis in idem* zu verzichten, ist eine prozessrechtliche.

c) Materialisierung durch die Rechtsprechung zur Rechtskraftdurchbrechung?

Damit kann die richterrechtliche Schaffung einer Durchbrechung der Rechtskraft durch eine Klage aus § 826 BGB auch grundsätzlich eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts sein, sofern darin eine Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts durch eine Bezugnahme auf außer(prozess)rechtliche Elemente und Wertungen liegt. Nicht erkennbar ist, dass durch dieses Institut ordnungspolitische Leitlinien durchgesetzt werden sollten. In Betracht kommt jedoch eine sonstige Entformalisierung.

Dazu gilt es sich zunächst zu verdeutlichen, unter welchen Voraussetzungen die Rechtskraft mit einer entsprechenden Klage durchbrochen werden kann. Zunächst muss das Urteil materiell unrichtig sein. Weiterhin muss der Beklagte der Klage aus § 826 BGB die Unrichtigkeit positiv kennen. Zuletzt müssen Umstände hinzukommen, die entweder die Erlangung des Urteils oder die Ausnutzung eines Titels als sittenwidrige Schädigung erscheinen lassen.¹⁰⁶ Entscheidend für hiesige Zwecke ist hierbei das letzte Kriterium. Es genügt nach der Rechtsprechung gerade nicht, dass eine Partei Kenntnis von der Unrichtigkeit eines Urteils hat und dieses zur Vollstreckung verwendet. Im Gegenteil – dies erlaubt ihm das Institut der materiellen Rechtskraft sogar mehr oder weniger ausdrücklich. Es geht der Rechtsprechung also um Fälle, die wertungsmäßig mit den in §§ 578 ff. ZPO genannten Konstellationen vergleichbar sind.¹⁰⁷ Als solche werden einerseits etwa bewusst falscher Vortrag, Beeinflussung oder Manipulation von Beweismitteln oder Zwang gegen andere Beteiligte gesehen, sodass in diesen Fällen von einer Urteilserschleichung gesprochen werden kann. Andererseits wird etwa die Vollstreckung mittels eines auf einem in besonderer Weise wucherischen Darlehensvertrag beruhenden Titels als sittenwidrig angesehen. Solche und ähnliche Konstellationen werden als Ausnutzen eines fehlerhaften Urteils bezeichnet.¹⁰⁸ Dem BGH –

¹⁰⁵ Siehe auch *Oechsler*, in: Staudinger BGB, § 826 Rn. 475 f., der darauf hinweist, dass § 826 BGB gerade keine prozessuale Gestaltungswirkung schaffen kann. Aus dogmatischer Sicht mag dies zutreffen. Die Rechtsprechung ist nach hier vertretener Ansicht jedoch inzwischen als auf § 826 BGB gestützte richterrechtliche Fortbildung des Prozessrechts anzuerkennen.

¹⁰⁶ Anschaulich BGHZ 101, 380, 384 f.

¹⁰⁷ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 3.

¹⁰⁸ Zur Kasuistik mit entsprechenden Nachweisen nur *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rn. 268 ff.; *Foerster*, in: BeckOK BGB, § 826 Rn. 200 ff.; *Gottwald*, in: MüKoZPO,

und schon dem Reichsgericht – ging es also stets um eine Korrektur des Instituts der materiellen Rechtskraft dort, wo es besonders unbillig erschien, an ihm festzuhalten. Dies macht der BGH selbst deutlich:

„Die Rechtskraft muß zurücktreten, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, daß der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Mißachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt.“¹⁰⁹

Auch das Reichsgericht hatte eine ähnliche Formulierung verwendet:

„Gewiß ist die Rechtskraft eine wertvolle Einrichtung des Rechts und Erhaltung verdient ernsteste Beachtung. Aber sie ist schließlich nicht um ihrer selbst willen da, und man darf ihren Wert nicht übertreiben. [...] Es besteht daher nicht der geringste Anhalt dafür, daß ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB vor der Rechtskraft eines Urteils Halt machen müßte. Vielmehr war es gerade der Wille der Kommission, gegenüber einer Klage aus § 826 BGB die Berufung auf ein formales Recht auszuschließen.“¹¹⁰

In diesen beiden Wortlautziten der Rechtsprechung wird die Stoßrichtung deutlich. Statt auf das Institut der materiellen Rechtskraft, das Rechtssicherheit und Rechtsfrieden im Blick hat, aber keine inhaltlich richtige Entscheidung gewährt und somit eine sehr formale Einrichtung ist,¹¹¹ wird auf das außerrechtliche Kriterium der (materialen) Gerechtigkeit abgestellt. Wer einen anderen sittenwidrig schädige, könne sich nicht auf eine formale Rechtsposition berufen, um diese Schädigung zu rechtfertigen.¹¹² Es sei „mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin nicht zu vereinbaren[, wenn] [...]eine offenbare Lüge den Sieg über die gerechte Sache behalten würde“.¹¹³ Hier zeigt sich ein materiales Verständnis des Zivilprozessrechts. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist vermutlich das früher zugrundeliegende materiell-rechtliche Verständnis von der Rechtskraft, das eine Korrektur über § 826 BGB dogmatisch wesentlich erleichtert hat.¹¹⁴ Wenn die Literatur Kritik an der schwerlichen Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit der Dogmatik des Prozessrechts spricht,¹¹⁵ dann meint sie wohl, dass an der Rechtsprechung festgehalten wird, obwohl die Rechtskraft inzwischen prozessrechtlich verstanden wird.

§ 322 Rn. 226; *Oechsler*, in: Staudinger BGB, § 826 Rn. 503 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK BGB, § 826 Rn. 135 ff.; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 230 ff.

¹⁰⁹ BGHZ 101, 380, 38.

¹¹⁰ RGZ 155, 55, 58.

¹¹¹ RGZ 155, 55, 58 f.; daneben auch BGHZ 50, 118, 120.

¹¹² BGHZ 50, 118, 120.

¹¹³ BGH NJW 1974, 557; vgl. auch *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 9.

¹¹⁴ *Jauernig*, ZJP 66 (1953), 398, 408 ff.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 7; *Oechsler*, in: Staudinger BGB, § 826 Rn. 475.

¹¹⁵ *Gaul*, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung, S. 39 ff.; *Jauernig*, ZJP 66 (1953), 398, 412 ff.; *ders.*, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, S. 28, 61 ff.; *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 370; *Hartmann*, in: B/L/A/H, Einf §§ 322-327 Rn. 30 ff.; *Oechsler*, in: Staudinger BGB, § 826 Rn. 475 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK BGB, § 826 Rn. 135; inzwi-

Ein eigentlich formales Institut des Prozessrechts wird trotz abschließend geregelter Gründe, in denen eine Durchbrechung möglich ist, durch allgemeine Gerechtigkeitserwägungen verändert und das Zivilprozessrecht so materialisiert. Das Kriterium der „sittenwidrigen Schädigung“, das der BGH anlegt, ist zudem generalklauselartig und weit – ein typisches Zeichen materialen Rechts nach *Summers*. Somit kommt mit der Frage, ob die Ausnutzung der formalen Rechtsposition als sittenwidrige Schädigung erscheint, ein dem Prozessrecht nicht immanentes Kriterium zur Anwendung, das zudem die Regelungstechnik in Richtung offen formulierter Tatbestände verschiebt. Folglich kann von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts ausgegangen werden.

Die Anwendung des § 826 BGB zur Durchbrechung der materiellen Rechtskraft ist allerdings sehr zurückhaltend und fängt die generalklauselartige Weite so wieder ein.¹¹⁶ Damit ist die festgestellte Tendenz zur Materialisierung nicht besonders weitgehend. Allerdings überlagert die Rechtsprechung ein formales Institut des Prozessrechts mit Wertungen von materialer Gerechtigkeit und liefert so geradezu ein Musterbeispiel für eine Materialisierung (ohne grundlegende Veränderung des dem Zivilprozessrecht zugrundeliegenden Zwecks), sodass die Bedeutung dieser Rechtsprechung vor dem Hintergrund der gesamten Debatte um die Materialisierung des Zivilprozessrechts nicht unterschätzt werden sollte, auch wenn sie – soweit ersichtlich – in dieser noch nicht erwähnt wurde.

d) Ergebnis

Insgesamt lässt sich damit in der Rechtsprechung zur Durchbrechung der Rechtskraft mittels einer Klage, gestützt auf einen Anspruch aus § 826 BGB, eine Tendenz zur Materialisierung erkennen – und zwar des Zivilprozessrechts, nicht des materiellen Rechts. Indem die Rechtsprechung das in hohem Maße formale Institut der materiellen Rechtskraft mit Wertungen der materialen Gerechtigkeit durchbricht, die allgemein dem § 826 BGB zugrunde liegen, kehrt sie insoweit von einem rein formalen Verständnis des Zivilprozessrechts ab.

schen zurückhaltender *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 8 ff. (anders noch die Voraufgabe). Siehe auch die umfassenden Nachweise zur Kritik bei *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rn. 270 (mit Fn. 622), der der Rechtsprechung des BGH im Grundsatz positiv gegenüber steht (Rn. 272).

¹¹⁶ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 10; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 163 Rn. 6 f.; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rn. 274; *Gottwald*, in: MüKoZPO, § 322 Rn. 221, *Spindler*, in: BeckOGK BGB, § 826 Rn. 135; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 826 Rn. 229.

3. Zwischenergebnis

Damit haben sich in den richterrechtlichen Instituten, die durch deutsche Gerichte zum Zivilprozessrecht entwickelt wurden, durchaus einige Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gezeigt. Einige der Institute, wie etwa die Beweislastumkehr, wurden zwar als materiell-rechtlich erkannt und dementsprechend nicht vertieft untersucht. Doch wurden sowohl durch die Annahme einer sekundären Darlegungslast als auch durch die Rechtskraftdurchbrechung nach § 826 BGB sonstige Entformalisierungen des Zivilprozessrechts festgestellt. Hingegen gibt es keine Anzeichen, dass deutsche Gerichte ein Verständnis von Zivilprozessrecht hin zum *policy-implementing type* des Prozessrechts an den Tag legen.

II. Richterrechtliche Rechtsfortbildung und Rechtssetzung durch europäische Gerichte

Doch nicht nur durch deutsche Zivilgerichte kann Richterrecht geschaffen werden, das eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts darstellen kann. Auch europäische Gerichte und insbesondere der EuGH könnten solches Richterrecht schaffen. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil die Urteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV eine gewisse Bindungswirkung *erga omnes* besitzen.¹¹⁷

1. Durchbrechung der Rechtskraft

Eine erste Rechtsprechungslinie des EuGH, die als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts gewertet werden könnte, betrifft ebenfalls die Durchbrechung der Rechtskraft.¹¹⁸ Im Grundsatz respektiert der EuGH nationale Vorschriften zur Rechtskraft. Er verpflichtet Gerichte nicht in jedem Fall, von ihrer Anwendung abzusehen, selbst wenn dadurch ein Verstoß gegen Unionsrecht beseitigt oder verhindert werden könnte.¹¹⁹ Der EuGH hatte jedoch schon in mehreren Verfahren eine Kollision zwischen dem Institut der Rechtskraft¹²⁰ und dem europäischen Primärrecht, insbesondere dem Beihilferecht, ausgemacht. Hierbei hatte er entschieden, dass eine gerichtliche Entscheidung, die in Rechtskraft erwachsen ist, einer Rückforderung einer europarechtswidrig gewährten Beihilfe nicht entgegensteht, sofern die Entscheidung der Kommission, die die Rechtswidrigkeit feststellt, bereits vor

¹¹⁷ Siehe zu den Details *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 267 Rn. 104 ff.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 267 Rn. 51 (jeweils m.w.N.).

¹¹⁸ Zur Rechtskraftdurchbrechung durch den BGH oben Kapitel 5, A. I. 2.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, Klausner Holz, C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 39. Hierzu auch mit umfassenden Nachweisen zur Judikatur des Gerichtshofs *Laukemann*, GPR 2016, 172, 173 f.

¹²⁰ Siehe zu diesem nach deutschem Recht oben Kapitel 5, A. I. 2. a) und b).

Erlass des Urteils ergangen ist.¹²¹ In einer weiteren Entscheidung hatte der EuGH festgestellt, dass es eine Vertragsverletzung begründet, wenn ein Staat von der eigentlich eröffneten Möglichkeit zur Restitutionsklage keinen Gebrauch macht, obwohl dies zur Rückforderung einer rechtswidrig gewährten Beihilfe erforderlich ist.¹²² Dies hatte er zu entscheiden, weil in besagter Rechtssache die Entscheidung der Kommission nach Rechtskraft des Urteils, das der Rückforderung entgegenstand, ergangen war. Der EuGH konnte die Frage, ob die Rechtskraft in diesem Fall zurücktreten muss, offenlassen, da Möglichkeiten zu deren Beseitigung bestanden, aber nicht ergriffen worden waren.¹²³

In einem neueren Urteil hat der EuGH nun auf Vorlage des LG Münster entschieden, dass die materielle Rechtskraft eines Zivilurteils bei einer europarechtswidrig gewährten Beihilfe zurücktreten muss, wenn der *effet utile* gem. Art. 4 EUV auf andere Weise nicht verwirklicht werden kann.¹²⁴ Hier ging es um die Frage, ob ein deutsches Zivilgericht, das einen zivilrechtlichen Vertrag wegen eines Verstoßes gegen das europarechtliche Beihilfeverbot für nichtig hält,¹²⁵ an die Rechtskraft eines anderen Urteils gebunden ist, das zuvor die Wirksamkeit des Vertrags festgestellt hat, hierbei aber nicht auf die Fragestellungen des Beihilfenrechts eingegangen ist.¹²⁶ Die Kommission hatte auf eine Anfrage des LG Münster hinsichtlich der Rechtswidrigkeit einer möglichen Beihilfe nicht geantwortet.¹²⁷ Hierin liegt ein Unterschied zu den bisher entschiedenen Fällen, in denen jeweils eine Entscheidung der Kommission, die die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe positiv festgestellt hatte, vorlag. Der EuGH beantwortete die Vorlagefrage dahingehend, dass er dem LG Münster zunächst aufgab, zu prüfen, ob die Rechtskraft des Urteils einer Rückforderung der Beihilfe überhaupt im Wege steht. Dies könne wegen des einschränkenden Wortlauts des § 322 Abs. 1 ZPO („Urteile sind der Rechtskraft nur *insoweit* fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.“) nicht der Fall sein.¹²⁸ Einer solchen Auslegung ist jedoch eine klare Absage zu erteilen.¹²⁹ Die Rechtskraft eines Feststellungsurteils bezieht sich auf die gesamte Wirksamkeit des Ver-

¹²¹ EuGH, Urt. v. 18.07.2007, Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434, Rn. 59 ff.

¹²² EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Frucona, C-507/08, EU:C:2010:802, Rn. 58 ff.

¹²³ Weiß, EuZW 2016, 60, 61; Laukemann, GPR 2016, 172, 176 (Fn. 52).

¹²⁴ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, Klausner Holz, C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 40 ff.

¹²⁵ LG Münster, Beschl. v. 18.09.2014, 11 O 334/12, BeckRS 2014, 23161 Rn. 22 ff., 45 ff.

¹²⁶ Streinz, NVwZ 2016, 603, 603 f.; Weiß, EuZW 2016, 60.

¹²⁷ LG Münster, Beschl. v. 18.09.2014, 11 O 334/12, BeckRS 2014, 23161 Rn. 19; Verfahren DG COMP E3/FS/EH/ark*2014/66515.

¹²⁸ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, Klausner Holz, C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 36.

¹²⁹ Laukemann, GPR 2016, 172, 177; Streinz, NVwZ 2016, 603, 605; Weiß, EuZW 2016, 60, 60 f.; a.A. Frenz, DVBl 2016, 45, 46 f.

trages, dessen Feststellung beantragt wurde, auch auf im Vorprozess bereits bestehende aber nicht vorgebrachte Tatsachen und Rechtsfragen.¹³⁰ Es ist Aufgabe der Parteien, ihnen günstige Tatsachen vorzutragen, auch solche, aus denen sich die Anwendung des Beihilferechts ergibt, und erst Recht Sache des Gerichts, anlässlich eines solchen Vortrags die entsprechende Rechtsprüfung vorzunehmen.¹³¹ Wird dies im ersten Prozess versäumt, so erwächst das Urteil dennoch hinsichtlich des entsprechenden Klageantrags *und Lebenssachverhalts* in Rechtskraft, sodass eine neue Klage aus demselben Lebenssachverhalt erfolglos bleiben muss. Falls das LG Münster zum Ergebnis kommen sollte, dass die Rechtskraft des Urteils einer Rückforderung der Beihilfe im Wege steht, gab ihm der EuGH auf, dass § 322 ZPO als mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar anzusehen und damit in letzter Konsequenz nicht anzuwenden ist.¹³² Der EuGH sieht also die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft von Zivilurteilen in einem Fall vor, in dem ansonsten die effektive Durchsetzung des Unionsrechts, insbesondere des Beihilfeverbots, nicht möglich wäre.

Hierin kann eine Tendenz zur Materialisierung bestehen. Jedenfalls ist es eine konsequente Fortführung der Rechtsprechungslinie des EuGH, wenn es in Verfahren um europarechtswidrig gewährte Beihilfen geht. Auch hinsichtlich der Rückforderung von durch Verwaltungsakt gewährte Beihilfen betont der EuGH die überragende Bedeutung des *effet utile*. Dieser setzt sich gegen die Vertrauensschutztatbestände der §§ 48 ff. (L)VwVfG durch, sodass die Beihilfe nach diesen Vorschriften zurückgefordert werden kann, obwohl deren Voraussetzungen bei rein innerstaatlicher Auslegung nicht vorlägen.¹³³ Auch angesichts der bisherigen Rechtsprechung zur Kollision von Rechtskraft und Beihilfeverbot vermag das Ergebnis nicht besonders zu überraschen, zumal der EuGH auf die Einholung von Gutachten durch einen Generalanwalt verzichtet hatte.¹³⁴

Denkbar ist, dass sich dies – anders als hinsichtlich der Durchbrechung nach § 826 BGB – auf ein Verständnis des Zivilprozessrechts zurückführen lässt, das ordnungspolitische Leitlinien umsetzen will. Die materielle Rechtskraft ist – wie bereits gezeigt¹³⁵ – ein typisches Kennzeichen einer formalen

¹³⁰ BGHZ 123, 137, 141; BGH NJW 2004, 294, 295 f.; *Laukemann*, GPR 2016, 172, 177; *Weiß*, EuZW 2016, 60; *Gottwald*, in: MüKoZPO, § 322 Rn. 114 f.; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 322 Rn. 218 ff. Dies scheint *Frenz*, DVBl 2016, 45, 46 f. zu verkennen.

¹³¹ *Laukemann*, GPR 2016, 172, 177; *Weiß*, EuZW 2016, 60.

¹³² EuGH, Urt. v. 11.11.2015, Klausner Holz, C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 45.

¹³³ EuGH, Urt. v. 20.03.1997, Alcan Deutschland, C-24/95, EU:C:1997:163, Rn. 27 ff.; EuGH, Urt. v. 12.12.2002, Kommission/Deutschland, C-209/00, EU:C:2002:747, Rn. 32 ff. Sowie *Hellriegel*, NVwZ 2009, 571, 574; *Petzold*, EuR 2011, 437 (diese jeweils m.w.N.).

¹³⁴ *Laukemann*, GPR 2016, 172, 178.

¹³⁵ Siehe oben Kapitel 5, A. I. 2. c).

Prozessrechtsordnung und ihre Durchbrechung eine Frage des Prozessrechts. Wenn nun aber mit dem Grundsatz des *effet utile* argumentiert wird, um die Rechtskraft zu durchbrechen, so wird hierbei ein Kriterium eingeführt, das dem deutschen Zivilprozessrecht nicht immanent ist. Der EuGH führt aus:

„Eine so weitreichende Behinderung der effektiven Anwendung des Unionsrechts und insbesondere der Bestimmungen über die Kontrolle staatlicher Beihilfen kann nämlich durch den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht angemessen gerechtfertigt werden“.¹³⁶

Er wägt also zwei Rechtspositionen, die formale Rechtssicherheit und den materialen Grundsatz des *effet utile*, miteinander ab und gelangt hierbei zum Vorrang des *effet utile*. Dabei wird bei einer prozessrechtlichen Fragestellung, der Reichweite der materiellen Rechtskraft, auf ein außerprozessrechtliches Kriterium abgestellt, den *effet utile*.

Ein sozialstaatlicher Schutz schwächerer Parteien ist indes nicht erkennbar. Vielmehr geht es dem EuGH ersichtlich darum, das Beihilfeverbot effektiv durchsetzen zu können. Dementsprechend ist er auch in anderen Rechtsgebieten deutlich zurückhaltender, was eine Durchbrechung der Rechtskraft durch den *effet utile*-Grundsatz betrifft.¹³⁷ Daher sollte man in der Anerkennung einer grundlegenden Durchbrechung der Rechtskraft durch europäisches Primärrecht vorsichtig sein und eher eine Ausnahme hinsichtlich des Beihilfenrechts erkennen.¹³⁸ Dies führt jedoch dazu, dass durch den EuGH sektorielles Sonderprozessrecht auf dem Gebiet des Beihilfenrechts geschaffen wird, das von denselben Wertungen geprägt ist, wie das Beihilfenrecht selbst. Somit könnte das Zivilprozessrecht statt seiner klassischen Intention des *conflict-solving* dazu dienen, das europäische Beihilfenrecht möglichst effektiv durchzusetzen. Andererseits wird – anders als etwa im Kartellrecht oder im Recht des geistigen Eigentums – das Zivilprozessrecht nicht vollkommen auf die Erreichung des ordnungspolitischen Ziels ausgerichtet. Es wird lediglich in einem bestimmten Bereich vom Regelfall abgewichen. Doch kann dies keinen Unterschied machen. Gerade durch die Abweichung vom Regelfall soll das ordnungspolitisch erwünschte Ziel – bestmögliche Durchsetzung des europarechtlichen Beihilfeverbots – erreicht werden. Von daher kann insofern von einer Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts in Form einer Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts durch die Rechtsprechung des EuGH gesprochen werden.

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 11.11.2015, Klausner Holz, C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 45.

¹³⁷ Sogar im Verbraucherrecht betont der EuGH den grundsätzlichen Vorrang der Rechtskraft, EuGH, Urt. v. 06.10.2009, C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, EU:C:2009:615, Rn. 41, 47; siehe auch *Laukemann*, GPR 2016, 172, 178.

¹³⁸ *Laukemann*, GPR 2016, 172, 178; weitergehend *Weiß*, EuZW 2016, 60, 60 f.

2. Ausdehnung des Verbraucherschutzes bei Gerichtsständen

In Betracht kommt auch eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Rechtsprechung des EuGH zu den bereits erwähnten verbraucherschützenden Gerichtsstandsregelungen der EuGVVO.¹³⁹ Hierzu ist vor allem in den vergangenen Jahren eine größere Anzahl an Entscheidungen ergangen, die sich primär mit dem Kriterium des „Ausrichtens“ der Tätigkeit des Unternehmers auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers nach Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO auseinandersetzen.¹⁴⁰ Daneben befasste sich der EuGH auch mit der Frage, wer „anderer Vertragspartner“ im Sinne des Art. 18 EuGVVO ist.¹⁴¹

a) „Ausrichten“ der unternehmerischen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers

Zunächst wird aber der Komplex, wann ein Unternehmer seine Tätigkeit nach Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausrichtet und welche Rolle dieses Ausrichten hinsichtlich des konkreten Vertragsschlusses spielen muss, behandelt.¹⁴² Diese Fragen sind praktisch von größter Relevanz, öffnen sie doch das Tor zu den verbraucherschützenden Gerichtsständen der Artt. 17 ff. EuGVVO.¹⁴³ Nach Art. 17 Abs. 1 EuGVVO gelten diese Vorschriften nur bei Teilzahlungskäufen, Art. 17 Abs. 1 lit. a) EuGVVO, Darlehens- oder ähnlichen Verträgen, Art. 17 Abs. 1 lit. b) EuGVVO, sowie in *allen anderen* Fällen, wenn der andere Vertragspartner entweder in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine *berufliche oder gewerbliche Tätigkeit* ausübt, Art. 17 Abs. 1 lit. c) Var. 1 EuGVVO, oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Mitgliedstaat [...], *ausrichtet* und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt, Art. 17 Abs. 1 lit. c) Var. 2 EuGVVO. Da es sich in den meisten Fällen bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten mit Verbraucherbeteiligung weder um Teilzahlungskäufe noch um Darlehensverträge handelt, kommt der Vorschrift des Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO besondere Bedeutung zu. Während das Kriterium des Ausübens einer beruflichen oder gewerb-

¹³⁹ Siehe oben Kapitel 4, B. I.

¹⁴⁰ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, Pammer/Hotel Alpenhof, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740; EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542; EuGH, Urt. v. 17.10.2013, Emrek, C-218/12, EU:C:2013:666; EuGH, Urt. v. 23.12.2015, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844 (alle zur Vorgängervorschrift des Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO, aus Gründen der Einfachheit wird den folgenden Ausführungen die wortgleiche Neufassung zugrunde gelegt).

¹⁴¹ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Maletic, C-478/12, EU:C:2013:735 (zur Vorgängervorschrift des Art. 16 Abs. 1 EuGVVO).

¹⁴² Siehe die Nachweise in S. 199, Fn. 140.

¹⁴³ Hierzu oben Kapitel 4, B. I.

lichen Tätigkeit recht klar formuliert ist, lässt die Frage, wann ein Unternehmer seine Tätigkeit auf einen Mitgliedstaat ausrichtet und wie dieses Ausrichten im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss stehen muss, einigen Raum für richterliche Konkretisierung.¹⁴⁴ Der EuGH hat sie in den vergangenen Jahren vorgenommen und in seiner Rechtsprechung eine klare Marschroute aufgezeigt.

aa) Pammer/Hotel Alpenhof

Begonnen hat dies mit der Entscheidung *Pammer/Hotel Alpenhof*.¹⁴⁵ Dort stellte der EuGH zum ersten Mal Kriterien zur Beantwortung der Frage des Ausrichtens auf. Es müsse der Wille des Unternehmers zum Ausdruck gebracht werden, „Geschäftsbeziehungen zu Verbrauchern eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten, darunter des Wohnsitzmitgliedstaats des Verbrauchers, herzustellen“.¹⁴⁶ Dies könne anhand diverser Anhaltspunkte geschehen, etwa namentlichem Anbieten der Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, bspw. die Referenzierung in einem Suchmaschinendienst für einen anderen Mitgliedstaat,¹⁴⁷ aber auch durch eine Anfahrsbeschreibung aus anderen Mitgliedstaaten, die Angabe einer Telefonnummer mit internationaler Vorwahl oder die Nutzung einer neutralen Topleveldomain wie „eu“. Oftmals sei eine Kombination solcher Anhaltspunkte erforderlich.¹⁴⁸ Nicht genügend sei hingegen, dass die Website des Gewerbetreibenden auch aus dem Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers erreichbar sei. Auch die Angabe allgemeiner Kontaktdaten sowie die Verwendung einer Währung oder Sprache, die in dem Wohnsitzmitgliedstaat üblich sei, genüge nicht, um ein Ausrichten der Tätigkeit anzunehmen.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Hierbei handelt es sich freilich nicht um „Richterrecht“ im eigentlichen Sinne, da kein ungeschriebenes Recht geschaffen wird, sondern vielmehr geschriebenes Recht konkretisiert wird. Aufgrund der Tragweite und Ausdehnung der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH, die tatsächlichem Richterrecht durchaus nahekommt, wird die Rechtsprechung dennoch an dieser Stelle behandelt.

¹⁴⁵ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, *Pammer/Hotel Alpenhof*, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740.

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, *Pammer/Hotel Alpenhof*, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740, Rn. 75.

¹⁴⁷ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, *Pammer/Hotel Alpenhof*, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740, Rn. 81.

¹⁴⁸ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, *Pammer/Hotel Alpenhof*, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740, Rn. 83.

¹⁴⁹ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, *Pammer/Hotel Alpenhof*, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740, Rn. 94.

bb) Mühlleitner/Yusufi

In der darauffolgenden Entscheidung *Mühlleitner/Yusufi* hatte der EuGH zu entscheiden, ob die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO voraussetzt, dass der entsprechende Vertrag im Fernabsatz geschlossen wurde.¹⁵⁰ Dies hatte der EuGH im Urteil *Pammer/Hotel Alpenhof* angedeutet.¹⁵¹ Bevor er diese Frage beantwortete, wies er – anders als im Urteil *Pammer/Hotel Alpenhof* – zunächst darauf hin, dass die Ausnahmegvorschrift des Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO „zwangsläufig eng ausgelegt werden muss, da eine Abweichung oder Ausnahme von einer allgemeinen Regel eng auszulegen ist.“¹⁵² Dies ist eine Formulierung, die sich auch in späteren Entscheidungen zu Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO so oder ähnlich findet.¹⁵³ Dies vorangestellt, stellte der EuGH aber auf den wesentlichen Schutzzweck der Artt. 17 ff. EuGVVO ab, den Schutz des Verbrauchers als der schwächeren Vertragspartei.¹⁵⁴ Daher sei – anders als eine gemeinsame Erklärung von Kommission und Rat,¹⁵⁵ sowie der Erwägungsgrund 24 der Rom-I-VO¹⁵⁶ nahelegen – ein Vertragsschluss im Fernabsatz keine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO. Dieses zusätzliche Erfordernis würde dem Schutzzweck der Artt. 17 ff. EuGVVO zuwiderlaufen.¹⁵⁷

cc) Emrek

Diese Linie der Rechtsprechung setzte der EuGH in der Entscheidung *Emrek* fort.¹⁵⁸ Dort ging es um die Frage, ob das Ausrichten des Unternehmers auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers kausal für den Vertragsschluss sein muss, um den Anwendungsbereich der Artt. 17 ff. EuGVVO nach Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO zu eröffnen. Im zugrunde liegenden Fall kam ein Kontakt zwischen französischem Unternehmer und deutschem Verbraucher nicht über die Internetseite, die unter Angabe einer deutschen Mobilfunknummer betrieben wurde, sondern über persönliche Kontakte zustande. Der Vertrag

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542, Rn. 25.

¹⁵¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 07.12.2010, Pammer/Hotel Alpenhof, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740, Rn. 86 f.

¹⁵² EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542, Rn. 27.

¹⁵³ Siehe nur EuGH, Urt. v. 14.03.2013, Česká spořitelna, C-419/11, EU:C:2013:165, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 28.01.2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 23.12.2015, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844, Rn. 32.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542, Rn. 42. Siehe auch oben Kapitel 4, B. I. 1. a).

¹⁵⁵ Nicht offiziell veröffentlicht, abgedruckt in IPRax 2001, 259.

¹⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. L 177, S. 6.

¹⁵⁷ EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542, Rn. 42.

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 17.10.2013, Emrek, C-218/12, EU:C:2013:666.

wurde in den Geschäftsräumen des französischen Unternehmers geschlossen.¹⁵⁹ Nach der zum Zeitpunkt der Vorlageentscheidung vorliegenden BGH-Rechtsprechung genügte es nicht, dass ein Ausrichten auf den Wohnsitzmitgliedstaat „zufällig“ mit einem Vertragsschluss korrelierte.¹⁶⁰

Dem hat sich der EuGH nicht angeschlossen. Stattdessen betont er erneut den besonderen Schutzzweck der Art. 17 ff. EuGVVO. Diesem Schutzzweck würde es zuwiderlaufen, wenn man verlangte, dass zwischen Ausrichten und Vertragsschluss eine Kausalität bestehen muss.¹⁶¹ Vielmehr würde es zu Beweisschwierigkeiten zulasten des Verbrauchers führen, eine solche Kausalität zu fordern.¹⁶² Die Kausalität zwischen einer Website, auf der für entsprechende Verträge geworben wird, und dem Vertrag selbst sei nur eines der vielen Kriterien, anhand derer sich ein Ausrichten im Sinne des Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO ergeben kann.¹⁶³ Dies diene der „Verhinderung einer Ausdehnung des Anwendungsbereich[s]“ von Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO.¹⁶⁴

dd) *Hobohm*

Eine weitere Erweiterung hat das Kriterium des „Ausrichtens“ nach Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO in der jüngsten Entscheidung zur Rechtssache *Hobohm* erfahren.¹⁶⁵ Hier hatte der EuGH zu entscheiden, ob ein Vertrag, der zwischen Verbraucher und Unternehmer geschlossen wurde, unmittelbar in den Bereich der auf den Wohnsitzmitgliedstaat ausgerichteten Tätigkeit fallen muss. Der BGH hatte diese Frage in einem Rechtsstreit vorgelegt, in dem ein spanischer Makler vor deutschen Gerichten verklagt wurde. Er hatte einerseits einen Maklervertrag zum Erwerb einer Eigentumswohnung in Spanien mit einem deutschen Verbraucher abgeschlossen, für den ohne weiteres das „Ausrichten“ auf Deutschland zu bejahen war.¹⁶⁶ Andererseits hatten die Parteien im Anschluss an die Insolvenz des Bauträgers in den Geschäftsräumen des Maklers in Spanien einen Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen, der sicherstellen sollte, dass die Eigentumswohnung fertiggestellt wird. Für diesen zweiten Vertrag war für den BGH die Eröffnung der verbraucherschützenden Gerichtsstände fraglich, da für sich genommen keine ausreichenden Indizien für ein Ausrichten auf Deutschland bestanden, er aber in engem wirtschaftlichem

¹⁵⁹ LG Saarbrücken, Beschl. v. 27.04.2012, 5 S 68/12, juris Rn. 3.

¹⁶⁰ BGH NJW 2009, 298 Rn. 11, unter ausdrücklichem Verweis auf die aufgrund des Ausnahmecharakters der Artt. 17 ff. EuGVVO gebotene, enge Auslegung. Ein „Ausrichten“ auf Deutschland war im Fall *Emrek* indes anhand der Kriterien des EuGH zu bejahen.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 17.10.2013, *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, Rn. 24.

¹⁶² EuGH, Urt. v. 17.10.2013, *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, Rn. 25.

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 17.10.2013, *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, Rn. 29.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 17.10.2013, *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, Rn. 29.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 23.12.2015, *Hobohm*, C-297/14, EU:C:2015:844.

¹⁶⁶ BGH ZIP 2014, 2258, Rn. 14.

und sachlichem Zusammenhang mit dem ersten Vertrag stand.¹⁶⁷ Die dahinterstehende Frage war also, wie eng die Verbindung zwischen ausgerichteter Tätigkeit und abgeschlossenem Vertrag sein muss. Der EuGH hat entschieden, dass es genügt, wenn zwischen einem Vertrag, der in den Bereich der ausgerichteten Tätigkeit fällt, und einem weiteren Vertrag, der dies nicht tut, eine enge wirtschaftliche und tatsächliche Verbindung besteht, um auch für den weiteren Vertrag die Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO zu bejahen¹⁶⁸ – freilich nicht ohne erneut den Schutzzweck der Art. 17 ff. EuGVVO einerseits¹⁶⁹ und das Erfordernis der engen Auslegung dieser Normen als Ausnahmevorschriften andererseits¹⁷⁰ zu betonen.

b) „Anderer Vertragspartner“ des Verbrauchers

Doch nicht nur zum Kriterium des Ausrichtens in Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO hat sich der EuGH in einer Weise geäußert, die es hier näher zu betrachten gilt. Auch mit der Frage, wer „anderer Vertragspartner“ des Verbrauchers nach Art. 18 Abs. 1 EuGVVO ist, hat sich der EuGH – wenn auch nicht in so umfassender Art und Weise – befasst. In der Rechtssache *Maletic* hatte der EuGH zu diesem Tatbestandsmerkmal Stellung zu nehmen.¹⁷¹ In dieser Rechtssache war er mit einem Dreiecksverhältnis konfrontiert. Die in Österreich lebenden Eheleute *Maletic* hatten bei einem in Deutschland ansässigen Reisebuchungsportal eine Reise gebucht, die von einem in Wien ansässigen Reiseanbieter durchgeführt wurde.¹⁷² Die Eheleute *Maletic* hatten sowohl das Reisebuchungsportal als auch den Reiseanbieter vor ihrem Wohnsitzgericht verklagt. Während hinsichtlich des in Deutschland ansässigen Reisebuchungsportals unstrittig der Gerichtsstand des Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO eröffnet war, war dies hinsichtlich des Reiseanbieters problematisch. Diesbezüglich hätte es sich um einen reinen Inlandssachverhalt handeln können, auf den die EuGVVO keine Anwendung finden kann.¹⁷³ Die Frage, die sich dem EuGH stellte, war damit, wie eng der Begriff des „anderen Vertragspartners“ in Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO auszulegen ist und ob davon im vorliegenden Fall auch der (in Österreich ansässige) Reiseanbieter erfasst ist. Der EuGH bejaht diese Frage, fast im Vorbeigehen, mit zwei Argumentationsli-

¹⁶⁷ BGH ZIP 2014, 2258, Rn. 15 ff.

¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 23.12.2015, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844, Rn. 40.

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 23.12.2015, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844, Rn. 31.

¹⁷⁰ EuGH, Urt. v. 23.12.2015, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844, Rn. 32.

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, *Maletic*, C-478/12, EU:C:2013:735.

¹⁷² Vgl. zum Sachverhalt ausführlich LG Feldkirch, Beschl. v. 20.09.2012, 3 R 233/12f, BeckRS 2013, 80398.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, *Maletic*, C-478/12, EU:C:2013:735, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 19.12.2013, *Corman-Collins/La Maison du Whisky*, C-9/12, EU:C:2013:860 (Rn. 18); *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, § 7 Rn. 22. A.A. *Kumm*, EWIR 2008, 619, 620.

nien.¹⁷⁴ Einerseits argumentiert er, dass sich ein Auslandsbezug „nicht unbedingt daraus ergeben muss, dass durch den Grund der Streitigkeit oder den jeweiligen Wohnsitz der Parteien mehrere Mitgliedstaaten mit einbezogen sind“.¹⁷⁵ Durch den Auslandsbezug des Vertrags mit dem Reisebuchungsportal könne der Auslandsbezug auch des Verhältnisses zum Reiseanbieter angenommen werden, da beide untrennbar verbunden seien.¹⁷⁶ Zudem gebiete der Schutzzweck der Art. 17 ff. EuGVVO, wonach der Verbraucher als schwächere Partei besonders zu schützen ist, einen einheitlichen Gerichtsstand. Das werde durch den Grundsatz, wonach verschiedene Verfahren zur selben Sache vermieden werden sollen, ergänzt.¹⁷⁷ Aus diesen Gründen könne auch der in Österreich ansässige Reiseanbieter nach Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO am Wohnort der Eheleute *Maletic* verklagt werden. Diese Argumentation kann aus methodischen Gründen kritisiert werden, dies ist allerdings nicht Aufgabe dieser Arbeit.¹⁷⁸ Jedenfalls hat der EuGH den Verbrauchergerichtsstand um „unechte Inlandsfälle“ erweitert¹⁷⁹ und festgestellt, dass „anderer Vertragspartner“ im Sinne des Art. 18 Abs. 1 Var. 2 EuGVVO auch ein Unternehmer aus demselben Mitgliedstaat wie der Verbraucher sein kann.

c) Materialisierung durch die EuGH-Rechtsprechung

Betrachtet man nun die Rechtsprechung des EuGH zum Kriterium des Ausrichtens und des anderen Vertragspartners in einer Gesamtschau, so ergibt sich ein interessantes Bild. Dürften die Kommission und der Rat bei Schaffung des Art. 17 Abs. 1 lit. c) EuGVVO wohl eher das „Modell Amazon“ vor Augen gehabt haben,¹⁸⁰ erweitert der EuGH den entsprechenden Anwendungsbereich enorm. Doch weicht der EuGH hiermit auch von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts ab? Schon im Ausgangspunkt sind die Vorschriften der Art. 17 ff. EuGVVO als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten.¹⁸¹ Möglicherweise erweitert der EuGH durch seine Rechtsprechung diese Tendenz aber noch. Erwägungsgrund 15 der EuGVVO bestimmt einen formalen Grundsatz:

„Die Zuständigkeitsvorschriften sollten in hohem Maße vorhersehbar sein und sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten. Diese Zuständigkeit sollte stets gegeben

¹⁷⁴ Vgl. auch *Müller*, EuZW 2014, 34, 35.

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, *Maletic*, C-478/12, EU:C:2013:735, Rn. 26, 28.

¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, *Maletic*, C-478/12, EU:C:2013:735, Rn. 29.

¹⁷⁷ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, *Maletic*, C-478/12, EU:C:2013:735, Rn. 31.

¹⁷⁸ Siehe aber *Müller*, EuZW 2014, 34.

¹⁷⁹ *Staudinger*, jM 2015, 46, 47 ff.

¹⁸⁰ In diese Richtung deutet die gemeinsame Erklärung von Kommission und Rat, abgedruckt in IPRax 2001, 259.

¹⁸¹ Siehe hierzu oben Kapitel 4, B. I. 1.

sein außer in einigen genau festgelegten Fällen, in denen aufgrund des Streitgegenstands oder der Vertragsfreiheit der Parteien ein anderes Anknüpfungskriterium gerechtfertigt ist.“

Dem versucht der EuGH durch sein immer wieder vorgetragenes Postulat, wonach die Vorschriften der Artt. 17 f. EuGVVO als Sondervorschriften eng auszulegen sind, Rechnung zu tragen.¹⁸²

Methodisch deutlich ehrlicher wäre es, zuzugeben, dass dem EuGH der Verbraucherschutz wichtiger ist, als der Grundsatz der Vorhersehbarkeit und des *actor sequitur forum rei*.¹⁸³ Von diesen weicht er ab, wenn er die Ausnahmenvorschriften der Artt. 17 ff. EuGVVO weiter ausdehnt. Er scheint in seinen Entscheidungen zum Kriterium des Ausrichtens großen Wert auf die Einzelfallgerechtigkeit zu legen und dabei die Rechtssicherheit eher zurückzudrängen, indem er die Grenzen zwischen den Gerichtsständen verwischt.¹⁸⁴ Inzwischen hat sich der EuGH in seiner Rechtsprechung einem allgemeinen Verbrauchergerichtsstand bei grenzüberschreitenden Sachverhalten stark angenähert. Hierdurch wird auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien noch stärker zugunsten materialer Gerechtigkeitswägungen zurückgedrängt.¹⁸⁵ Der Verbraucherschutz ist zwar, wie der EuGH betont, „nicht absolut“,¹⁸⁶ wird allerdings vom EuGH deutlich über die formalen Grundsätze des Zivilprozessrechts gestellt. Hierdurch erweitert der EuGH die ohnehin schon durch die sekundärrechtliche Regelung der Artt. 17 ff. EuGVVO vorhandene Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts. Auch in den Entscheidungen des EuGH ist erkennbar, dass er ein Verständnis des Zivilprozessrechts zugrunde legt, das eher dem *policy-implementing type* des Prozessrechts folgt. Der Verbraucherschutz soll als höherrangiges Ziel durch das Zivilprozessrecht verwirklicht werden, sodass in der Rechtsprechungslinie eine Tendenz zur Materialisierung zu erkennen ist.

3. Vorgabe zur Amtsermittlung durch Verbraucherrecht

Doch auch mit Blick auf die Ausgestaltung nationaler Verfahrensrechte könnte sich der EuGH durch richterrechtliche Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts hervorgetan haben. So befasst er sich in einigen Entschei-

¹⁸² Vgl. EuGH, Urt. v. 23.12.2015, Hobohm, C-297/14, EU:C:2015:844, Rn. 32; EuGH, Urt. v. 28.01.2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 14.03.2013, Česká spořitelna, C-419/11, EU:C:2013:165, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542, Rn. 27.

¹⁸³ Dementsprechend auch kritisch zur mangelnden Methodenehrlichkeit *Kodek*, RIW 2016, 223, 224; *Mankowski*, NJW 2016, 699, 700; *Wagner*, EuZW 2016, 269, 269 f.

¹⁸⁴ *Wagner*, EuZW 2016, 269, 270.

¹⁸⁵ Siehe schon oben Kapitel 4, B. I.

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 07.12.2010, Pammer/Hotel Alpenhof, C-505/08, C-114/09, EU:C:2010:740, Rn. 70; EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Mühlleitner/Yusufi, C-190/11, EU:C:2012:542, Rn. 33.

dungen – vor allem zum spanischen Zivilprozessrecht¹⁸⁷ – mit nationalen Verfahrensregelungen und fordert oftmals eine amtswegige Prüfung, wenn es um Streitigkeiten mit verbraucherrechtlichem Bezug im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie¹⁸⁸ geht.¹⁸⁹ Da ausländisches Zivilprozessrecht nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist, werden nur die Auswirkungen der entsprechenden EuGH-Entscheidungen auf das deutsche Zivilprozessrecht beleuchtet.

a) *Rechtssprechungslinie des EuGH zur Amtsermittlungspflicht*

aa) *Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro und Pannon GSM*

In den ersten beiden Entscheidungen zur amtswegigen Prüfung, *Océano Grupo*¹⁹⁰ und *Cofidis*¹⁹¹, hatte es der EuGH mit als missbräuchlich eingestuften Gerichtsstands- bzw. Kreditklauseln zu tun. Der EuGH bestätigte jeweils, dass die streitgegenständlichen Gerichtsstandsklauseln in AGB missbräuchlich waren, und erteilte dem nationalen Gericht ausdrücklich die Befugnis, dies auch von Amts wegen bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Klage zu prüfen.¹⁹² Dies gebiete der Grundsatz des Verbraucherschutzes, der der Klauselrichtlinie zugrunde liege.¹⁹³

Unklar war nach diesen Urteilen, ob der EuGH mit seinen Aussagen eine Berechtigung oder eine Verpflichtung der Gerichte ausgesprochen hatte, die jeweiligen amtswegigen Prüfungen vorzunehmen.¹⁹⁴ In den Entscheidungen

¹⁸⁷ Siehe auch *Kern*, in: FS Müller-Graff, S. 400; sowie nun auch *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 471 ff.

¹⁸⁸ Richtlinie (EWG) 93/13 des Rates v. 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, S. 29.

¹⁸⁹ Zum spanischen Zivilprozessrecht EuGH, Urt. v. 27.06.2000, *Océano Grupo*, verb. Rs. C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615; EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349; EuGH, Urt. v. 03.10.2013, *Duarte Hueros*, C-32/12, EU:C:2013:637; siehe aber auch EuGH, Urt. v. 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705; EuGH, Urt. v. 04.06.2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350; EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lizing*, C-137/08, EU:C:2010:659; EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357.

¹⁹⁰ EuGH, Urt. v. 27.06.2000, *Océano Grupo*, verb. Rs. C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346.

¹⁹¹ EuGH, Urt. v. 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705.

¹⁹² EuGH, Urt. v. 27.06.2000, *Océano Grupo*, verb. Rs. C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, Rn. 24, 29; EuGH, Urt. v. 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705, Rn. 36.

¹⁹³ EuGH, Urt. v. 27.06.2000, *Océano Grupo*, verb. Rs. C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, Rn. 26 ff.; EuGH, Urt. v. 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705, Rn. 36.

¹⁹⁴ *Ebers*, ERPL 2010, 823, 829 mit Fn. 29 (m.w.N).

Mostaza Claro und *Pannon GSM* hat der EuGH deutlich gemacht, dass es ihm um eine Verpflichtung der Gerichte ging, die entsprechenden Klauseln von Amts wegen auf ihre Missbräuchlichkeit zu überprüfen.¹⁹⁵ Für das deutsche Zivilprozessrecht ist diese gesamte Entwicklung von eher untergeordneter Bedeutung. Schließlich wird der deutsche Zivilprozess vom Grundsatz des *iura novit curia* beherrscht,¹⁹⁶ sodass die Entscheidungen des EuGH für das deutsche Zivilprozessrecht eine „Selbstverständlichkeit“ darstellen.¹⁹⁷ Deutsche Gerichte hätten das im nationalen Zivilprozessrecht geltende Prinzip, wonach Rechtsfragen von den Parteien nicht vorgetragen werden müssen, auch ohne entsprechende Vorgaben des EuGH im Verfahren mit europarechtlichem Bezug angewandt.¹⁹⁸

Keine „Selbstverständlichkeit“ wäre für deutsche Gerichte jedoch die Frage, die bereits nach den Urteilen zu *Océano Grupo*, *Cofidis*, und *Mostaza Claro* in der Literatur aufgeworfen wurde: Was passiert, wenn das Gericht nicht über die notwendige Tatsachengrundlage verfügt, um unter Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* die Missbräuchlichkeit von Klauseln zu überprüfen?¹⁹⁹ In der Entscheidung *Pannon GSM* hatte der EuGH noch ausdrücklich festgehalten, dass eine Verpflichtung des nationalen Gerichts zur amtswegigen Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Klausel in AGB besteht, „sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt“.²⁰⁰ Diese Passage dürfte man durchaus so verstehen, als verlangte der EuGH den Grundsatz des *iura novit curia*, allerdings unter Beachtung des Beibringungsgrundsatzes. Eine Berechtigung oder gar Pflicht zur amtswegigen Tatsachenermittlung lässt sich aus der Entscheidung *Pannon GSM* nicht entnehmen.

bb) *Pénzügyi Lizing*

Diesen zusätzlichen Schritt ist der EuGH allerdings in der Entscheidung *Pénzügyi Lizing* gegangen.²⁰¹ Dort hatte das vorliegende Budapester Gericht ausdrücklich erfragt, ob das nationale Gericht, falls es bemerkt, dass eine miss-

¹⁹⁵ EuGH, Urt. v. 26.10.2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, EU:C:2006:675, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 04.06.2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, Rn. 32.

¹⁹⁶ Siehe nur *Prütting*, in: MüKoZPO, § 293 Rn. 2 ff.; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 293 Rn. 1 (jeweils m.w.N.).

¹⁹⁷ *Saare/Sein*, euvr 2013, 15, 19 f., die zurecht darauf hinweisen, dass dies für andere europäische Rechtsordnungen nicht der Fall ist; vgl. auch *Heinze*, EuR 2008, 654, 663 f.: „europäische Verpflichtung auf den Grundsatz ‚iura novit curia‘“.

¹⁹⁸ *Saare/Sein*, euvr 2013, 15, 19 f. Zu den Grundsätzen der Verfahrensautonomie und der Äquivalenz, siehe nur *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, S. 236; *Ebers*, ERPL 2010, 823, 825 f.; *Heinze*, EuR 2008, 654, 661 f.

¹⁹⁹ *Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, S. 32.

²⁰⁰ EuGH, Urt. v. 04.06.2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, Rn. 32.

²⁰¹ EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lizing*, C-137/08, EU:C:2010:659

bräuchliche Klausel vorliegen könnte, die zur Beurteilung dieser Frage erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen feststellen kann.²⁰² Interessanterweise versteht der EuGH die Frage des Gerichts, die als „darf das Gericht?“ formuliert ist, als „muss das Gericht?“. ²⁰³ Diese selbst gestellte Frage bejaht der EuGH sodann. Er stellt fest,

„dass das nationale Gericht *verpflichtet ist, von Amts wegen Untersuchungsmaßnahmen durchzuführen*, um festzustellen, ob eine Klausel über einen ausschließlichen Gerichtsstand in einem Vertrag, der Gegenstand des bei ihm anhängigen Rechtsstreits ist und zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher geschlossen wurde, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, und, falls dies zu bejahen ist, von Amts wegen zu beurteilen, ob eine solche Klausel möglicherweise missbräuchlich ist.“²⁰⁴

Hieraus ließ sich zumindest für Gerichtsstandsklauseln im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie auch für das deutsche Zivilprozessrecht folgern, dass auch tatsächliche Untersuchungsmaßnahmen zu ergreifen sind.²⁰⁵ Teilweise wurde sogar „erhebliche Sprengkraft“ für das deutsche Zivilprozessrecht durch diese Pflicht zur Amtsermittlung gesehen.²⁰⁶ Zwar waren die Auswirkungen für das deutsche Recht durch die Entscheidung noch eher gering, weil sie eine Frage der örtlichen Zuständigkeit und damit der Zulässigkeit betrafen, bei denen das Gericht nach § 139 Abs. 3 ZPO auf bestehende Bedenken hinweisen muss und somit auch Einfluss auf die Tatsachenermittlung nehmen kann.²⁰⁷ Die Frage, die sich daher stellte, war, ob sich dieses Ergebnis verallgemeinern, mithin auch auf Fragen außerhalb von missbräuchlichen Gerichtsstandsvereinbarungen ausdehnen ließ. Der EuGH hatte dies jedenfalls in der Entscheidung *Pénzügyi Lízing* nicht ausgeschlossen.

²⁰² EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 24 f. sowie Vorlagefrage 3.

²⁰³ EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 25 mit Vorlagefrage und Rn. 45. Es handelt sich hierbei wohl auch nicht um einen Übersetzungsfehler, da sich dieselben Abweichungen in Formulierungen auch in den englischen, französischen und italienischen Fassungen des Urteils finden.

²⁰⁴ EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 56 (Hervorhebung v. Autor).

²⁰⁵ *Pfeiffer*, LMK 2010, 311868; *Saare/Sein*, euvr 2013, 15, 16 f.; *Basedow*, in: MüKoBGB, Vorbemerkung vor §§ 305 ff. Rn. 40.

²⁰⁶ *Pfeiffer*, LMK 2010, 311868. Indes sind die Reaktionen der deutschen Rechtswissenschaft auf die Entscheidung, die immerhin von der großen Kammer getroffen wurde, eher gering ausgefallen. Soweit ersichtlich, befassen sich neben der soeben zitierten Anmerkung von *Pfeiffer* nur *Saare/Sein*, euvr 2013, 15; sowie *Piekenbrock*, JZ 2018, 855, 858 mit der Entscheidung.

²⁰⁷ Vgl. *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 193, 198.

cc) *Banco Español und Finanmadrid*

Einen weiteren Hinweis gab der EuGH in der Entscheidung *Banco Español*, der anders als den bisher dargestellten Entscheidungen kein Streitiges Verfahren zugrunde lag.²⁰⁸ In dieser Rechtssache ging es um ein Mahnverfahren nach spanischem Zivilprozessrecht, das ähnlich wie das deutsche Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO keine Sachprüfung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids vorsieht.²⁰⁹ Ein spanisches Gericht hatte im Ausgangsverfahren einen Mahnbescheid erlassen, ohne zu überprüfen, ob eine Klausel des Streitgegenständlichen Darlehensvertrags, die einen Verzugszinssatz von 29% p.a. festsetzt, missbräuchlich im Sinne der Klauselrichtlinie ist.²¹⁰ Der EuGH stellte daraufhin fest, dass die Klauselrichtlinie einer solchen Ausgestaltung des Mahnverfahrens widerspricht und das Gericht eine inhaltliche Prüfung der fraglichen Klausel vorzunehmen hat, wenn „es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt“.²¹¹ Bestätigt hat der EuGH diese Aussage zum spanischen Mahnverfahren sodann in der Entscheidung *Finanmadrid*.²¹²

Damit schwenkt der EuGH auf die Formulierung aus der Rechtssache *Pannon GSM* zurück,²¹³ bejaht also zwar die Pflicht zur amtswegigen Rechtsprüfung im Mahnverfahren, äußert sich aber nicht zu einer möglichen Verpflichtung zur Tatsachenermittlung. Im Unterschied zur Entscheidung *Pénzügyi Lízing* ist das Urteil des EuGH zu *Banco Español* in der deutschen Rechtswissenschaft auf reges Interesse gestoßen.²¹⁴

Dies ist einerseits deshalb verwunderlich, weil weitgehende Einigkeit darin besteht, dass die Auswirkungen auf das deutsche Zivilprozessrecht infolge der Geltung des Grundsatzes *iura novit curia* eher gering sind.²¹⁵ Es ist andererseits aber verständlich, weil anders als bei zuvor ergangenen Entscheidungen des EuGH nicht Gerichtsstandsklauseln oder Schiedsvereinbarungen Gegenstand der als missbräuchlich eingeschätzten Klausel waren, sondern mit der Höhe des Verzugszinssatzes eine Frage, die vertiefte materiell-rechtliche Prü-

²⁰⁸ EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349

²⁰⁹ Vgl. Artt. 812 ff. Ley de Enjuiciamiento Civil. Hierzu auch *Piekenbrock*, JZ 2018, 855, 858 f.

²¹⁰ EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 27 ff.

²¹¹ EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 57.

²¹² EuGH, Urt. v. 18.02.2016, *Finanmadrid*, C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, Rn. 36.

²¹³ Siehe oben S. 207, Fn. 200.

²¹⁴ Siehe nur *Dutta*, ZZZP 126 (2013), 153; *Hau*, JZ 2012, 964; *Stürner*, ZEuP 2013, 666; *Wendenburg*, EuZW 2012, 758.

²¹⁵ *Dutta*, ZZZP 126 (2013), 153, 166 ff.; *Hau*, JZ 2012, 964, 965 f.; *Stürner*, ZEuP 2013, 666, 676; *Wendenburg*, EuZW 2012, 758, 759; *Basedow*, in: MüKoBGB, Vorbemerkung vor §§ 305 ff. Rn. 41. Zu den Auswirkungen auf das deutsche Mahnverfahren siehe aber *Piekenbrock*, JZ 2018, 855, 859 ff.

fung erfordert.²¹⁶ Allerdings bedarf es dieser Prüfung eben nur, wenn sich aus dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids die rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen für eine solche Prüfung ergeben. Je formalisierter ein Mahnverfahren ist, je weniger Angaben für den Erlass eines Bescheids verlangt werden, desto unwahrscheinlicher ist nach dem Urteil in der Sache *Banco Español* eine materielle Prüfpflicht des Gerichts.²¹⁷

dd) Durate Hueros

In der Rechtssache *Duarte Hueros*²¹⁸ hat der EuGH eine Pflicht des nationalen Gerichts zur amtswegigen Prüfung eines Minderungsrechts angenommen, die aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie²¹⁹ folge, obwohl sich der Verbraucher nicht auf ein solches Recht berufen hatte.²²⁰ Eine Vorschrift des spanischen Zivilprozessrechts, die es dem Gericht nicht erlaubt, von Amts wegen zu prüfen, ob ein Preisminderungsrecht besteht, wenn der Verbraucher die Aufhebung des Vertrags beantragt hat, diese aber an der Geringfügigkeit eines Mangels scheitert, stehe im Widerspruch zu den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.²²¹ Dies gelte vor allem, weil eine erneute Klage auf Minderung im spanischen Prozessrecht ebenso wenig möglich sei, wie die Präzisierung des Antrags.²²² Auf das deutsche Zivilprozessrecht sind die Auswirkungen dieser Entscheidung wiederum eher gering. Zwar ist fraglich, ob im Antrag auf Rückzahlung wegen Rücktritts auch als „Minus“ der Antrag auf anteilige Rückzahlung wegen Minderung zu sehen ist.²²³ Allerdings steht es einem Verbraucher nach dem deutschen Zivilprozessrecht offen – ggf. auch auf Hinweis des Gerichts nach § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO²²⁴ – seinen Antrag zu

²¹⁶ Stürner, ZEuP 2013, 666, 674

²¹⁷ Stürner, ZEuP 2013, 666, 676 f. Daneben besteht auch im deutschen Recht durch § 688 Abs. 2 ZPO sowie die wohl h.M., wonach das Mahnverfahren nicht zur Durchsetzung offensichtlich unbegründeter Forderungen verwendet werden darf, ausreichender Schutz. Vgl. auch Dutta, ZJP 126 (2013), 153, 166 ff.; Hau, JZ 2012, 964, 965 f.; Wendenburg, EuZW 2012, 758, 759.

²¹⁸ Siehe auch die Darstellung bei Kern, in: FS-Müller-Graff, S. 400, 404 ff.

²¹⁹ Richtlinie (EG) 1999/44 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171, S. 12.

²²⁰ EuGH, Urt. v. 03.10.2013, Duarte Hueros, C-32/12, EU:C:2013:637, Rn. 43.

²²¹ EuGH, Urt. v. 03.10.2013, Duarte Hueros, C-32/12, EU:C:2013:637, Rn. 43; kritisch hierzu Sala, euvr 2014, 178.

²²² EuGH, Urt. v. 03.10.2013, Duarte Hueros, C-32/12, EU:C:2013:637, Rn. 39.

²²³ In diese Richtung deutet wohl zurecht der Schlussantrag der Generalanwältin Kokott v. 28.02.2013, Duarte Hueros, C-32/12, EU:C:2013:128, Rn. 50; daneben ebenfalls Kern, in: FS Müller-Graff, S. 400, 405; dies verneinend Thüringer Oberlandesgericht, OLG-NL 2003, 285, 286.

²²⁴ Vgl. Kern, in: FS Müller-Graff, S. 400, 407.

ergänzen oder im Falle des Unterliegens eine neue Klage auf Minderung zu erheben.²²⁵

ee) *Faber*

Zuletzt hat die Rechtssache *Faber*²²⁶ neben der Klärung einer zentralen kaufrechtlichen Fragestellung auch prozessuale Neuerungen erbracht. Bewegte sich die Entscheidung zu *Duarte Hueros* trotz ihrer Grundlage im Verbrauchsgüterkaufrecht noch in eher gewohnten „*iura-novit-curia*-Gefilden“, brachte die *Faber*-Entscheidung wieder Schwung in die Debatte um die Amtsermittlungspflicht. Der *Faber*-Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, aus dem nicht vollständig hervorging, ob die Klägerin des Ausgangsverfahrens eine Verbraucherin war. Jedenfalls hatte sie sich nicht ausdrücklich auf ihre Verbrauchereigenschaft berufen.²²⁷ Das vorlegende Gericht hatte jedoch „Indizien“ für eine Verbrauchereigenschaft gefunden, etwa dass der streitgegenständliche Kaufvertrag mit „Kaufvertrag Privatpersonen“ überschrieben war.²²⁸

Der EuGH hat festgestellt, dass das nationale Gericht solchen Indizien im Falle einer Verbraucherstreitigkeit nachzugehen hat. Es sei „Sache des nationalen Gerichts, zu diesem Zweck Ermittlungen vorzunehmen“.²²⁹ Diese Aussage wird sodann präzisiert. Nach dem im Vorlageverfahren maßgeblichen niederländischen Zivilprozessrecht kann das Gericht den Parteien nach Art. 22 Burgerlijke Rechtsvordering aufgeben, bestimmte Aussagen zu präzisieren oder bestimmte Unterlagen vorzulegen.²³⁰ Diese Möglichkeit müsse der Richter nutzen, um zu ermitteln, ob eine fragliche Verbrauchereigenschaft vorliege.²³¹ Erlaube das nationale Recht das nicht, stelle sich die Frage, ob das Gericht, *sofern es über die hierfür erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt*, von Amts wegen die Verbrauchereigenschaft prüft, ohne dass sich die betreffende Partei darauf beruft.²³²

Der EuGH sendet hier also eher widersprüchliche Signale. Einerseits gibt er dem nationalen Gericht auf, Ermittlungen anzustellen, was sich auch auf die Tatsachengrundlage beziehen dürfte.²³³ Andererseits gibt der Gerichtshof den nationalen Gerichten bei Fehlen einer Art. 22 Burgerlijke Rechtsvordering

²²⁵ Thüringer Oberlandesgericht, OLG-NL 2003, 285, 286; vgl. auch BGHZ 205, 151 Rn. 18 (zum umgekehrten Fall).

²²⁶ EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357.

²²⁷ EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 32.

²²⁸ EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 36.

²²⁹ EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 40.

²³⁰ Vgl. Art. 22 Burgerlijke Rechtsvordering.

²³¹ EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 40.

²³² EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 41 ff.

²³³ *Patti*, EuCML 2015, 179, 182; *Podszun*, EuCML 2015, 149, 152 f.

vergleichbaren Regelung anscheinend nur dann eine amtswegige Prüfung auf, wenn der notwendige Tatsachenstoff bereits bekannt ist. Auffällig ist außerdem, dass der EuGH seine Entscheidung *Pénzügyi Lízing* nicht zitiert, in der er erstmalig und – soweit ersichtlich – ausschließlich Aufklärungspflichten des Gerichts hinsichtlich der Tatsachengrundlage fordert. Es ist daher unklar, ob der EuGH seine Entscheidung zu *Faber* als Fortführung dieser Rechtsprechung sieht. Teilweise ist die Entscheidung aber als wegbereitend für eine Amtsermittlung auch von Tatsachen und eine richterliche Beratung zugunsten schwächerer Parteien in Verbraucherprozessen gesehen worden.²³⁴

ff) Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich jedenfalls eine klare Stoßrichtung in den EuGH-Urteilen erkennen. Die Verbraucherschützenden Vorschriften des sekundären Unionsrechts sind von den Gerichten der Mitgliedstaaten anzuwenden, ohne dass sich die Verbraucher ausdrücklich darauf berufen müssen.²³⁵ Dies gilt nicht nur im streitigen Erkenntnisverfahren, sondern auch in anderen Verfahrensarten.²³⁶ Die Rechtsprechung des EuGH ist zwar in den weit überwiegenden Fällen zur Klauselrichtlinie ergangen. Man wird jedoch annehmen müssen, dass der EuGH auch durchaus geneigt ist, zu anderen Verbraucherschützenden europäischen Sekundärakten eine amtswegige Prüfung zu fordern.²³⁷

b) Materialisierung durch die Rechtssprechungslinie zur Amtsermittlung

aa) *Iura novit curia*

Für das deutsche Zivilprozessrecht ist die Rechtssprechungslinie des EuGH aufgrund des Grundsatzes *iura novit curia* von begrenzter Relevanz.²³⁸ Daher ist sie auch diesbezüglich nicht als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu verstehen, auch wenn der EuGH durchaus eine Aufgabe der

²³⁴ *Podszun*, EuCML 2015, 149, 153.

²³⁵ EuGH, Urt. v. 27.06.2000, *Océano Grupo*, verb. Rs. C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 04.06.2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, Rn. 59; EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 56; EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 57; EuGH, Urt. v. 03.10.2013, *Duarte Hueros*, C-32/12, EU:C:2013:637, Rn. 43; EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 48.

²³⁶ EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 57.

²³⁷ *Ebers*, ERPL 2010, 823, 831 ff.

²³⁸ Siehe soeben Kapitel 5, A. II. 3. a) aa), cc) und dd).

Gerichte und auch des Zivilprozessrechts darin sieht, für eine effektive Durchsetzung des Europarechts und damit des Verbraucherschutzes zu sorgen.²³⁹

bb) Amtswegige Tatsachenermittlung

Anders mag dies hinsichtlich der zweiten, nicht so eindeutig zu erkennenden Linie der Rechtsprechung des EuGH zu bewerten sein. In den Entscheidungen der Rechtssachen *Pénzügyi Lízing* und *Faber* hat sich der Gerichtshof neben der amtswegigen Prüfung von Verbraucherschutznormen auch zur Amtsermittlung in Streitigkeiten mit Verbraucherbeteiligung geäußert und diese jeweils im Grundsatz bejaht.²⁴⁰ Auch wenn nicht klar ist, wie ernst der EuGH diese Pflicht zur Amtsermittlung meint, bringt diese Rechtsprechungslinie doch erhebliches Verwerfungspotential mit sich.²⁴¹ Wendet man die Formeln des EuGH konsequent an, so muss das nationale Gericht einerseits die ihm gegebenen Möglichkeiten zur Einwirkung auf die Parteien hinsichtlich der Präzisierung der Anträge sowie Urkundenvorlegung nutzen, um Sachverhaltsaufklärung zugunsten des Verbrauchers zu betreiben.²⁴² Andererseits muss das Gericht (darüber hinaus?) eigene Untersuchungsmaßnahmen anstellen; zumindest um festzustellen, ob eine Gerichtsstandsklausel in den Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie fällt.²⁴³ Unklar ist, ob dies eine auf Gerichtsstandsklauseln begrenzte Ausnahmeentscheidung war oder ob sich das Ergebnis auf andere missbräuchliche Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder sogar auf weitere verbraucherrechtliche Fragen verallgemeinern lässt.²⁴⁴ Auswirkungen auf das deutsche Zivilprozessrecht lassen sich jedoch auch ohne Verallgemeinerung gut vorstellen.²⁴⁵ Diese wären im Falle einer Ausweitung der Rechtsprechung noch wesentlich größer.

Das deutsche Zivilprozessrecht wird den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung nach aktueller Linie wohl mit dem Instrumentarium der §§ 139, 142 ZPO gerecht werden können, ohne dass ein gesetzgeberisches

²³⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.06.2000, *Océano Grupo*, verb. Rs. C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, Rn. 25 ff.; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 14.06.2012, *Banco Español*, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 39 ff.; EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 42.

²⁴⁰ EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 56; EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 40.

²⁴¹ *Pfeiffer*, LMK 2010, 311868; *Podszun*, EuCML 2015, 149, 153; *Saare/Sein*, euvr 2013, 15, 20 ff.

²⁴² EuGH, Urt. v. 04.06.2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, Rn. 40.

²⁴³ EuGH, Urt. v. 09.11.2009, *Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, Rn. 56.

²⁴⁴ Eher für Verallgemeinerung ohne rechtspolitische Wertung *Pfeiffer*, LMK 2010, 311868; *Podszun*, EuCML 2015, 149, 153; rechtspolitisch klar gegen eine Verallgemeinerung *Saare/Sein*, euvr 2013, 15, 27.

²⁴⁵ *Pfeiffer*, LMK 2010, 311868; *Podszun*, EuCML 2015, 149, 153; *Saare/Sein*, euvr 2013, 15, 20 ff.

Eingreifen erforderlich wird.²⁴⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich dadurch keine Änderungen für das Prozessrecht ergeben. Jedenfalls hinsichtlich des § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO besteht Einigkeit dahingehend, dass ein Ermessen des Gerichts besteht, ob es eine Urkundenvorlegung anordnet.²⁴⁷ Bei § 139 Abs. 1, 2 ZPO geht die h.M. hingegen von einer Pflicht des Gerichts zur Erteilung von Hinweisen aus, bei der kein Ermessen besteht, die Grenze allerdings durch die Neutralitätspflicht des Gerichts gezogen ist.²⁴⁸ Durch die EuGH-Rechtsprechung dürften sich hier womöglich Veränderungen ergeben, deren genaue Ausprägung allerdings noch völlig offen ist. Ohne weiteres denkbar ist nach der *Faber*-Entscheidung etwa, dass das Ermessen des Gerichts zur Anforderung von Urkunden nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO europarechtlich begrenzt ist, sodass bei Verbraucherstreitigkeiten die Anordnung der Urkundenvorlage die einzig ermessensfehlerfreie Möglichkeit ist.

Ähnliche Auswirkungen dürfte die Rechtsprechung des EuGH auf die Anwendung des § 139 Abs. 1, 2 ZPO haben. Hier dürfte sich möglicherweise die Grenze noch zulässiger Hinweise und Fragen bei entsprechenden Streitigkeiten ausweiten, wenn es darum geht, den Sachverhalt zugunsten des Verbrauchers zu erforschen. Auch dürften an den Parteivortrag eines Verbrauchers in entsprechenden Streitigkeiten, der die Frage- und Hinweispflicht auslöst, geringere Anforderungen zu stellen sein, als regulär erforderlich.²⁴⁹ Rechtsdogmatisch begründen lassen sich diese Veränderungen mit dem Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung nationaler Normen.²⁵⁰ In letzter Konsequenz führt die Rechtsprechung des EuGH zur von *Bahnsen* bereits 1997 geforderten Einführung einer besonderen Hinweis- und Fragepflicht in Verbrauchersachen.²⁵¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Verbraucher aufgrund der EuGH-Rechtsprechung zu *Pénzügyi Lizing* und *Faber* mit verstärkter richterlicher Hilfe auch im deutschen Zivilprozessrecht rechnen kann, insbesondere, wenn es darum geht, den tatsächlichen Sachverhalt aufzuklären. Sollte es der

²⁴⁶ Pfeiffer, LMK 2010, 311868.

²⁴⁷ Siehe nur *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 6 ff. (m.w.N.).

²⁴⁸ Siehe statt vieler *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 27; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 5; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 3 (jeweils m.w.N.); a.A. *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360, 1361. Siehe auch unten Kapitel 5, D. I. 1. b)

²⁴⁹ Vgl. zum Normalfall BGH NJW 1982, 1708, 1710; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 35: gänzlich substanzloses Vorbringen genügt nicht. A.A. *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 7, die auch ohne die EuGH-Rechtsprechung eine Hinweispflicht bei substanzlosem Vorbringen annimmt.

²⁵⁰ Grundlegend *Di Fabio*, NJW 1990, 947.

²⁵¹ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozess, S. 171: „Die gebotene richterliche Fragepflicht sollte durch die Einfügung des folgenden Satz 3 zu § 139 Abs. 1 ZPO legislativ festgeschrieben werden: „Insbesondere soll er in denjenigen Sachen Fragen zur tatsächlichen Situation stellen, in denen der Streitgegenstand Verbraucherrechte betrifft.““

EuGH mit der in der Entscheidung zu *Pénzügyi Lízing* angedeuteten Untersuchungspflicht ernst meinen, so müsste man davon ausgehen, dass das deutsche Zivilgericht auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in bestimmten Verfahren den Untersuchungsgrundsatz anwenden müsste.²⁵² Soweit ist es allerdings zur Zeit nicht.

Insgesamt ergibt sich durch diese zweite Linie in der Rechtsprechung des EuGH dennoch eine deutliche Tendenz zur Materialisierung auch des deutschen Zivilprozessrechts. Durch die intendierte Besserstellung von Verbrauchern durch das Prozessrecht aufgrund von Wertungen materialer Gerechtigkeit findet eine Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts statt. Vielmehr wird das Verfahrensrecht für den EuGH zu einem Instrument, die mit dem materiellen Verbraucherrecht der europäischen Sekundärrechtsakte verfolgten Ziele durchzusetzen. Der EuGH zeigt in dieser Hinsicht einmal mehr, dass seinem Verständnis des Zivilprozessrechts ein *policy-implementing type* des Prozessrechts zugrunde liegt.

4. Zwischenergebnis

Damit ergibt sich hinsichtlich der Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Rechtsprechung des EuGH ein klares Bild. Das höchste Gericht der EU ist mit Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts deutlich weniger zurückhaltend als die deutschen Gerichte. Sowohl in der Rechtsprechung zur Durchbrechung der Rechtskraft als auch in der extensiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Verbraucherschutzvorschriften in der EuGVVO liegen solche Tendenzen. Auch hinsichtlich der Vorgabe, dass in tatsächlicher Hinsicht im Anwendungsbereich verbraucherschützenden Sekundärrechts unter Umständen von Amts wegen ermittelt werden muss, kann eine Tendenz zur Materialisierung gesehen werden. Insgesamt zeigt sich, dass der EuGH einen Ansatz des Zivilprozessrechts verfolgt, bei dem die grundlegende Intention der Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte durch das Zivilprozessrecht vielleicht nicht aufgegeben, wohl aber um das gleichwertige Ziel der Durchsetzung ordnungspolitischer Leitlinien (*state policies*) ergänzt wird. Er gestaltet daher das Zivilprozessrecht in seinem Einflussbereich teilweise zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts um.

III. Ergebnis

Nicht nur durch den deutschen oder europäischen Gesetzgeber können sich Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zeigen. Auch Rechtsnormen, die von Richtern geschaffen werden, sind teilweise als Tendenzen zur Materialisierung zu bewerten. Besonders deutlich wird dies in der Rechtsprechung des EuGH, allerdings auch in einigen richterrechtlich geschaffenen

²⁵² Abstrakt zu dieser Möglichkeit *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 211 ff.

Instituten des BGH. Insofern bestätigt sich auch hinsichtlich der Schaffung von Richterrecht das schon im vorherigen Abschnitt gefundene Ergebnis, wonach die nationalen Rechtssetzungsorgane zurückhaltender mit der Abkehr von einem formalen Verständnis des Zivilprozessrechts sind als die supranationalen Organe der EU.

B. Materialisierung durch kompensatorische Prozessleitung

Zuletzt in diesem Kapitel soll nun die mögliche Materialisierung im Rahmen einer kompensatorischen Prozessleitung untersucht werden. Hierbei geht es – anders als bisher – nicht um die Schaffung neuen Rechts, sondern um eine bestimmte Anwendung des bereits vorhandenen Instrumentariums. Der folgende Untersuchung liegt, abgesehen von vielen Hintergrundgesprächen mit Richtern und in der streitigen Gerichtsbarkeit tätigen Rechtsanwälten, keine empirische Untersuchung zugrunde. Schon deshalb erhebt sie nicht den Anspruch, die Rechtswirklichkeit an deutschen Gerichten vollständig abzubilden. Es kann also in diesem Abschnitt nicht unbedingt das tatsächliche Vorhandensein von Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch kompensatorische Prozessleitung festgestellt werden, sondern nur die Möglichkeit einer solchen Prozessleitung im geltenden Recht, die in ihrer Ausführung ebenfalls als solche Tendenz zu bewerten wäre.

I. Grundlegendes

Wenn in diesem Zusammenhang von kompensatorischer Prozessleitung gesprochen wird, ist dabei der Ausgleich von Ungleichgewichtslagen durch richterliche Aktivität im Prozess gemeint.²⁵³ Dies kann durch verschiedene prozessleitende Möglichkeiten geschehen. Das Spannungsverhältnis besteht dabei aber immer zwischen der entsprechenden Befugnisnorm zu einer prozessleitenden Maßnahme und § 42 Abs. 2 ZPO.²⁵⁴ Dieser regelt die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit, der sich ein Richter womöglich ausgesetzt sieht, wenn er Maßnahmen zum Ausgleich von Ungleichgewichtslagen ergreift.

²⁵³ Ebenso oder sehr ähnlich auch *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 17; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, S. 53 ff.; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 437 ff.; *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 198 ff.; *Schönfeld*, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten, S. 158 ff.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 869 ff.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 86 ff., 150; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 168 ff.; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545, 549.

²⁵⁴ *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 429 f.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 168 ff.; *Rensen*, MDR 2002, 1175, 1176 ff.

Unter Ungleichgewichtslagen kann einerseits ein nur prozessuales Ungleichgewicht verstanden werden, also eine Situation, in der eine Partei der anderen *aus Gründen des Prozessrechts* überlegen ist. Denkbar sind etwa Schieflagen, die an die vom Prozessrecht vorgegebene Rolle als Kläger oder Beklagter anknüpfen oder aufgrund der Darlegungs- und Beweislast entstehen. So ist etwa der Beklagte regelmäßig in einer „besseren“ Lage, weil er auf Vorbringen des Klägers nur zu reagieren braucht, den Vortrag also klassischerweise schlicht bestreiten kann. Andererseits können Ungleichgewichtslagen auch außerprozessrechtlicher Natur sein. Hier hilft das klassische Bild des schwachen, schutzbedürftigen Verbrauchers im Prozess gegen einen übermächtigen Unternehmer. Freilich gibt es in der Gerichtspraxis auch viele Zwischenstadien zwischen den gerade gezeichneten, ausschließlich prozessrechtlichen und außerprozessualen Ungleichgewichtslagen. So ist ohne weiteres denkbar, dass sich eine außerprozessuale Ungleichgewichtslage auch in konkretem Prozesshandeln niederschlägt, etwa wenn aufgrund unterlegenen Sachwissens Anträge nicht gestellt werden, tatsächliches oder rechtliches Vorbringen nicht den prozessrechtlichen Vorgaben entspricht oder schlicht die finanziellen Ressourcen für eine angemessene Parteivertretung fehlen. Ein Richter²⁵⁵, der in diesen Zusammenhängen lenkend eingreift, um die Ungleichgewichtslagen auszugleichen, bewegt sich im Spannungsfeld zwischen der Herstellung von Waffengleichheit und der Tätigkeit als „Sozialingenieur“²⁵⁶. Die Frage, die sich stellt, ist, ob mit einem stärkeren, aktiveren Richter auch gleichzeitig mehr oder weniger zwingend Ausgleichsmaßnahmen einhergehen, die auf außerprozessrechtliche Ungleichgewichtslagen abstellen oder zumindest als bewussten oder unbewussten Nebeneffekt außerprozessuale Ungleichgewichtslagen ausgleichen. So könnten dann Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts entstehen.

Um dies genauer zu untersuchen, wird im nächsten Kapitel ein Vergleich mit der Situation in England gezogen, wo es durch die Einführung der *Civil Procedure Rules* vor etwa 20 Jahren zu einer Veränderung der Rolle des Richters kam, der sich inzwischen auch mit einer großen Zahl an anwaltlich nicht vertretenen Parteien konfrontiert sieht. Wenn dortige Entwicklungen nach der

²⁵⁵ Mit „der Richter“ ist in diesem Abschnitt – sofern nicht anders kenntlich gemacht – der Einzelrichter (§ 22 Abs. 1, 4 GVG, §§ 348, 348a, 349 Abs. 3, 526 ZPO) oder die Zivilkammer bzw. der Zivilsenat (§§ 122 Abs. 1, 139 Abs. 1 GVG, § 348 ZPO) gemeint.

²⁵⁶ Dieser Begriff wurde – soweit ersichtlich – in Deutschland erstmals von *Zweigert*, Die Zeit Nr. 8/1969 v. 21.02.1969, „Vom Rechtsheiligen zum Sozialingenieur“ verwandt. Daneben zur Verwendung im anglo-amerikanischen Raum, siehe *Schönfeld*, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten, S. 66 mit Fn. 29; siehe zudem *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 5; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 257 ff.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 22 ff. (Rn. 19 ff.); *Baur*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 159 f., 174; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 334.

hier gefundenen Definition zu einer Materialisierung des englischen Zivilprozessrechts geführt haben (oder eben nicht), dann lässt sich ein solches Ergebnis möglicherweise auch auf Deutschland übertragen.²⁵⁷

II. Kompensatorische Prozessleitung durch materielle Prozessleitung

1. Richterliche Hinweise, § 139 ZPO

Die erste und am häufigsten diskutierte Möglichkeit zur kompensatorischen Prozessleitung bietet § 139 ZPO. In diesem wurde mit der ZPO-Reform von 2001 (ohne weitgehende²⁵⁸ inhaltliche Neuregelung) eine Art „Generalklausel“ der materiellen Prozessleitung geschaffen.²⁵⁹ Im Sinne einer kompensatorischen Prozessleitung besonders interessant sind die Pflichten des Gerichts, die sich aus den Absätzen 1 und 3 des § 139 ZPO ergeben. Beides sind, wie gesagt, Pflichten und nicht etwa Rechte des Gerichts zur Erörterung, Frage und Hinweiserteilung („Das Gericht *hat* [...]“).²⁶⁰

a) Inhalt der Frage- und Hinweispflichten

Nach § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Gericht die Pflicht, „das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen“. Daneben muss es nach Satz 2 darauf hinwirken, „dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, [...] die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen“. Der § 139 Abs. 2 ZPO verbietet es dem Gericht, seine Entscheidung auf Gesichtspunkte zu stützen, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, sofern es nicht ausdrücklich darauf hingewiesen hat. Nach § 139 Abs. 3 ZPO muss das Gericht auf Bedenken, die hinsichtlich der von Amts wegen zu prüfenden Punkte bestehen, hinweisen. Darüber, wann diese Pflichten ausgelöst werden, wie weit sie gehen und was von ihnen umfasst ist, herrscht freilich keine Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur. Die vertretenen Ansichten sind sicherlich auch Spiegel der jeweils rechtspolitischen Vorprägung der Autoren. Schließlich lassen sich juristisch oder logisch zwingende Schlüsse im Bereich der

²⁵⁷ Der Umfang dieser Arbeit lässt auch hinsichtlich der Rolle der Richter im Zivilprozess in Deutschland und England keine erschöpfende Untersuchung zu. Auch diesbezüglich findet also eine Fokussierung auf die für die Frage nach einer Materialisierung wesentlichen Aspekte statt.

²⁵⁸ Siehe aber sogleich Kapitel 5, B II. 1. b) und *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 5 f.

²⁵⁹ *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 2.

²⁶⁰ Siehe statt vieler *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 27; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 5; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 3 (jeweils m.w.N.); a.A. *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360, 1361.

generalklauselartig gefassten Vorschriften kaum ziehen.²⁶¹ Wohl allgemein anerkannt ist, dass die Pflichten des § 139 Abs. 1 bis 3 ZPO die bestehenden Verfahrensgrundsätze, also Dispositions- und Verhandlungsmaxime, nicht aufheben, mithin in der grundsätzlichen Verantwortung der Parteien für das Verfahren ihre Grenze finden.²⁶² Dem Richter ist es also durch § 139 Abs. 1 ZPO nicht gestattet, eigene Untersuchungen anzustellen, neuen Prozessstoff selbstständig einzuführen oder sich mit Hinweisen und Fragen außerhalb des von den Parteien gesteckten, streitigen Rahmens zu bewegen.²⁶³

Daneben muss das Gericht bei der materiellen Prozessleitung selbstverständlich die verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten. Hier bewegt es sich im Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)²⁶⁴ und dem Gebot der richterlichen Unparteilichkeit (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG)²⁶⁵. Doch innerhalb dieses Rahmens erscheint eine die richterliche Macht stark beschränkende Auslegung, indem etwa eine Hinweispflicht zugunsten der anwaltlich vertretenen Partei abgelehnt wird,²⁶⁶ ebenso wenig schlechterdings unvertretbar wie die Annahme, der Richter dürfe Parteien nach § 139 ZPO Beratung zukommen lassen, „solange der Richter seine Aktivität in den Grenzen des § 139 ZPO entfaltet“²⁶⁷. Relevant für diese Arbeit ist einerseits die Frage, ob sich die Pflichten des Richters im Laufe der Zeit wesentlich verändert haben, und andererseits, ob er im Rahmen seiner Frage- und Hinweispflicht auch auf außerprozessrechtliche Kriterien abstellen darf bzw. muss, weil dies Hinweise auf Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts sein können.

²⁶¹ Siehe zu diesem grundlegenden Konflikt ausführlich (allerdings in Bezug auf die materiell-rechtlichen Generalklauseln) *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 81 f. und passim.

²⁶² *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 102 ff.; *Henke*, JZ 2005, 1028, 1033 f.; *Reischl*, ZJP 116 (2003), 81, 102 ff.; *Stürner*, ZJP 123 (2010), 147, 156 ff.; *Schaefer*, NJW 2002, 849, 852; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 2; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 139 Rn. 4; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 2; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 139 Rn. 2; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 1; eher zweifelnd, aber i.E. ebenso *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, passim, 127 f. Siehe aber: *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 139 Rn. 1: Grenze ist die Pflicht zur Unparteilichkeit.

²⁶³ Siehe hierzu umfassend mit Details zu den einzelnen Verfahrensarten *Nober/Ghassemi-Taber*, NJW 2017, 3265; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 50 ff.; kritisch und teilweise weitergehend *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 131 ff.

²⁶⁴ Nur BVerfGE 89, 28, 35 f.

²⁶⁵ Nur BVerfGE 21, 139, 145 f.

²⁶⁶ Vgl. BGH NJW 1984, 310, 311; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 19 ff. (Rn. 14 ff.); *Jauernig*, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, S. 28, 56 f.; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 9 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 6.

²⁶⁷ *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 109.

b) Bedeutungszuwachs und Anwendung des § 139 ZPO

aa) §§ 130 Abs. 1, 464 CPO 1879

Hinsichtlich der ersten Frage, zu der bereits umfassende, teils rechtshistorische, Ausarbeitungen existieren,²⁶⁸ ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bereits nach § 130 Abs. 1 CPO 1879 eine Pflicht des Vorsitzenden Richters bestand,

„durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.“

Im damaligen Zusammenhang wurde schon in den Materialien betont, dass dies keinesfalls mit der Verhandlungsmaxime kollidieren soll.²⁶⁹ Es wurde jedoch auch bereits festgehalten, dass der Richter „den verhandelnden Parteien nicht ruhig und kalt, nur als Hörer gegenüber“²⁷⁰ sitzt, sondern bei der Gestaltung des Rechtsstreits mit tätig ist und auf die erschöpfende Erörterung der Sache hinzuwirken habe. Hierbei helfe ihm das umfassende Fragerecht, das seine Korrelation in der Fragepflicht finde.²⁷¹ Ergänzt wurde diese Fragepflicht durch eine Sondervorschrift für das amtsgerichtliche Verfahren, wonach das Gericht darauf hinzuwirken hatte, „daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen“, § 464 CPO 1879. Das Bild des Richters als schweigender Schiedsrichter war also unter der ZPO niemals voll verwirklicht.²⁷² Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Interpretation der Norm des § 130 CPO, später dann § 139 CPO bzw. ZPO, zur Zeit vor und nach der Jahrhundertwende, geprägt durch das Menschenbild des Liberalismus, eine andere war.²⁷³

²⁶⁸ *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 4 ff.; *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 15 ff.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 6 ff. (Rn. 3 ff.) *Ventsch*, Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung, S. 5 ff.; *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 104 ff.; *Reischl*, ZZP 116 (2003), 81, 93 ff.

²⁶⁹ *Hahn*, Materialien zur CPO, S. 215; siehe auch *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 109.

²⁷⁰ *Hahn*, Materialien zur CPO, S. 214.

²⁷¹ *Hahn*, Materialien zur CPO, S. 214 f.

²⁷² So zurecht auch *Henke*, JZ 2005, 1028, 1031, 1034. Siehe auch schon *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 305.

²⁷³ Vgl. *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band I, S. 371 f.; *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 301 f.; *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 5 ff.

bb) §§ 180 Abs. 3, 182 ff. öZPO

Immer wieder wird dafür auch vergleichend-historisch auf die österreichische ZPO verwiesen.²⁷⁴ Jene wurde von ihrem geistigen Vater, *Franz Klein*, als Gegenentwurf zur formalen deutschen CPO gestaltet und sollte bewusst einen sozialen Einschlag haben.²⁷⁵ Während im deutschen Zivilprozessrecht die Instrumentarien der §§ 130, 464 CPO als Möglichkeiten verstanden wurden, unklaren Parteivortrag zu erhellen,²⁷⁶ wurden die §§ 180 Abs. 3, 182 ff. öZPO bewusst geschaffen, um dem Richter umfassende Aufklärungsbefugnisse an die Hand zu geben.²⁷⁷ *McGuire* bringt es prägnant auf den Punkt: „Objekt der Aufklärung [war] in Deutschland das Vorbringen der Parteien, in Österreich aber die außerprozessuale Rechtslage.“²⁷⁸

cc) Zwischenergebnis

Festhalten lässt sich zur CPO 1879 und der damaligen Ausgestaltung der richterlichen Fragepflicht damit: Eine Vorgängernorm von § 139 ZPO existierte – und damit auch eine Fragepflicht des Richters. Diese wurde allerdings unter Verweis auf die strikte Einhaltung der Verhandlungsmaxime meist so verstanden, dass sie zur Konkretisierung von Parteivortrag, nicht aber zur Aufklärung des Sachverhalts eingesetzt werden durfte.²⁷⁹ In besonderer Weise wurde dies für den Anwaltsprozess betont.²⁸⁰

²⁷⁴ Vgl. *Baur*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 161 f.; *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 389 ff.; *Reischl*, ZZP 116 (2003), 81; *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 104 ff.; *Sprung*, ZZP 92 (1979), 4, 13 f.

²⁷⁵ Vgl. die in S. 221, Fn. 274 genannten und insbesondere *Sprung*, ZZP 92 (1979), 4.

²⁷⁶ *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band I, S. 371 f.; *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 301 f.; zudem mit umfassenden Nachweisen zur zeitgenössischen Rechtsprechung und Literatur *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 5 ff.; *Ventsch*, Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung, S. 27 f.; siehe daneben *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 391 f.

²⁷⁷ Hierzu mit weiteren Nachweisen *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 110 f.

²⁷⁸ *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 111.

²⁷⁹ *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 391 f.

²⁸⁰ *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band I, S. 371 f.; siehe auch m.w.N. *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 5 ff.; *Ventsch*, Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung, S. 24 f.

dd) Reformen in 1924 und 2001

Die erste und zugleich letzte Reform vor 2001 erfuhr der § 139 ZPO im Jahr 1924.²⁸¹ Hier wurde die bereits 1909 für das amtsgerichtliche Verfahren eingeführte Erörterungspflicht des Gerichts²⁸² in § 139 Abs. 1 ZPO überführt und so für alle Verfahren vor den Zivilgerichten relevant. Schon sprachlich ist ein Erörtern des Sach- und Streitstands in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ein deutliches Mehr zu einer bloßen Pflicht, unklares Vorbringen durch Fragen zu erläutern oder ergänzen zu lassen.²⁸³ Nachdem jahrzehntelang Streit über die konkrete Reichweite der Vorschrift herrschte und diese von den Gerichten wohl höchst unterschiedlich gehandhabt wurde,²⁸⁴ wurde im Jahr 1978 das Verbot der Überraschungsentscheidung eingeführt.²⁸⁵ Es wurde 2001 in den heutigen § 139 Abs. 2 ZPO überführt.²⁸⁶

Im Rahmen des ZPO-Reformgesetzes von 2001 wurden zudem weitere Veränderungen am § 139 ZPO vorgenommen. Mit § 139 ZPO wurde eine Art Generalklausel der materiellen (sachlichen) Prozessleitung geschaffen.²⁸⁷ Dazu wurden die bisher in verschiedenen Vorschriften der ZPO verteilten Befugnisse an zentraler Stelle konzentriert. Der Gesetzgeber wollte dadurch die besondere Bedeutung der materiellen Prozessleitung hervorheben.²⁸⁸ Inhaltlich jedoch hat der Gesetzgeber bewusst auf eine weitgehende Neuregelung verzichtet.²⁸⁹ Diese Einschätzung scheint auch dem Konsens in der Literatur zu entsprechen.²⁹⁰ Nichtsdestotrotz dürfte die Bedeutung der Norm(en) zur materiellen Prozessleitung durch die prominente Stelle der Regelung, die Dokumentationspflicht in § 139 Abs. 4 ZPO und die Möglichkeit zur Gehörsrüge einerseits²⁹¹ und die Umstrukturierung des Berufungsrechts anderer-

²⁸¹ Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13.02.1924, RGBl. I, S. 135, 136.

²⁸² § 502 Abs. 1 ZPO i.d.F. des Gesetzes, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 01.06.1909, RGBl. I, S. 475, 485.

²⁸³ *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 112 f.

²⁸⁴ Jeweils kritisch *Peters*, JW 1938, 1432; *Schneider*, MDR 1968, 721; *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360, 1363.

²⁸⁵ § 278 Abs. 3 ZPO i.d.F. der Vereinfachungsnovelle v. 03.12.1976, BGBl. I, S. 3281, 3285.

²⁸⁶ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I, S. 1887, 1889.

²⁸⁷ RegE zum ZPO-Reformgesetz, BT-Drucks. 14/4722, S. 77.

²⁸⁸ BT-Drucks. 14/4722, S. 77.

²⁸⁹ BT-Drucks. 14/4722, S. 77 f.

²⁹⁰ Vgl. etwa *Henke*, JZ 2005, 1028, 1033 f.; *Neuhaus*, MDR 2002, 438, 438 f.; *Rensen*, AnwBl 2002, 633, 639 f.; *Schaefer*, NJW 2002, 849, 852 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 5; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 2.

²⁹¹ *Neuhaus*, MDR 2002, 438, 438 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 5 f.

seits²⁹² durch die Reform an Bedeutung gewonnen haben.²⁹³ Somit ist zwar keine umfassende Neuregelung vorgenommen worden, insgesamt dürften jedoch die Bedeutung und die tatsächliche Anwendung der Befugnisse bzw. Pflichten des Gerichts gestiegen sein.

Dies zeigt exemplarisch auch ein Vergleich einiger Urteile des Reichsgerichts (RG) mit Entscheidungen des BGH aus der jüngeren Vergangenheit. Hierbei geht es um Fragen aus dem „Grenzbereich“ der Hinweispflicht.²⁹⁴ So hatte das RG entschieden, dass es keines gerichtlichen Hinweises bedurfte, dass ein Kläger seinen Klageantrag statt auf eine unwirksame Wechselverpflichtung auch auf einen Anspruch aus nützlicher Verwendung hätte stützen können.²⁹⁵ Es sei allein Sache des Klägers gewesen, seinen Vortrag in diese Richtung zu substantiieren.²⁹⁶ Auch hatte das RG eine Hinweispflicht verneint, wenn statt der Beseitigung von Baumängeln ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht gekommen wäre.²⁹⁷ Indes hat der BGH (in einem *obiter dictum*) eine Hinweispflicht des Gerichts dahingehend bejaht, dass im Werkvertragsprozess statt eines Antrags auf Vorschuss ein Antrag auf Schadensersatz in Betracht kommt.²⁹⁸ Daneben hat er es als auch noch von „§ 139 ZPO“ umfasst gesehen, wenn einer Klägerin geraten wurde, sich einen für sie positiven gegnerischen Vortrag zu eigen zu machen und eine Zahlung nach § 185 BGB zu genehmigen, sodass sich ein Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB ergeben kann.²⁹⁹ Nach alledem lässt sich eine Tendenz erkennen, wonach die Bedeutung, die der Gesetzgeber und auch rechtswissenschaftliche und -politische Autoren der Frage- und Hinweispflicht zumessen, seit 1879 stetig gestiegen ist, insbesondere in den Jahren nach 1950 getrieben durch eine weitergehende Grenzziehung durch Rechtsprechung und umfassende rechtspolitische Schriften.³⁰⁰

²⁹² *Rensen*, AnwBl 2002, 633, 639 f. Siehe hierzu auch oben Kapitel 4, A. III. 1.

²⁹³ Unter Bezug auf eigene Befragungen von Rechtspraktikern: *Hommerich/Prütting*, Evaluation ZPO-Reform, S. 93 ff. Ähnlich wie hier: *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 114 f.; *Neuhaus*, MDR 2002, 438, 438 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 5 f. Siehe auch *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 139 Rn. 1; sowie *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 139 Rn. 1: „Magna Charta des Zivilprozesses“.

²⁹⁴ *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 9.

²⁹⁵ RGZ 35, 17, 19 f.

²⁹⁶ RGZ 35, 17, 20.

²⁹⁷ RG Urt. v. 13.03.1898, 430/97 VI, JW 1898, 253.

²⁹⁸ BGH NJW-RR 1993, 597, 598.

²⁹⁹ BGH NJW-RR 2016, 887, Rn. 22 f.

³⁰⁰ Vgl. *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 18 ff., 40 f., 52 ff., 72 f., 103 ff.; *Ventsch*, Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung, S. 35 f., 44, 57, 75 f., die jeweils in überraschender Parallelität verschiedene Zeitabschnitte auf Änderungen in der Rechtsprechung und Literatur untersuchen. Im Ergebnis wie hier auch *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 54 f.; *Stür-*

c) *Materialisierung durch verstärkte richterliche Hinweispflicht?*

Damit, dass der Umfang und auch die Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht im deutschen Zivilprozessrecht deutlich zugenommen haben, ist jedoch noch nicht alles darüber gesagt, ob darin auch eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegt. Jedenfalls zeigt sich zwar eine gewisse Verschiebung des Kräfteverhältnisses von den Parteien zum Gericht. Doch ob dies zwingend mit einer Materialisierung durch eine Abkehr von einem formalen Verständnis und einer Bezugnahme auf außer(prozess)rechtliche Elemente und Wertungen einhergeht, ist nicht sicher. Die Klärung dieser komplizierten Frage wird – wie oben angekündigt – aufgeschoben, bis im englischen Zivilprozessrecht ähnliche Entwicklungen betrachtet und bewertet wurden.

2. *Parteianhörung, § 141 ZPO*

Doch nicht nur richterliche Hinweise nach § 139 ZPO sind Mittel zur Prozessleitung. Auch die Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist ein solches Werkzeug. Sie ist zu unterscheiden von der Parteivernehmung nach § 448 ZPO,³⁰¹ als deren Gegensatz sie gerade nicht zur Beweiserhebung dient.³⁰² Indes darf der Richter im Rahmen des § 286 ZPO den Angaben einer Partei in der Parteivernehmung auch dann glauben, wenn diese anderweitig nicht bewiesen werden können, und diesen sogar den Vorzug vor den Aussagen eines Zeugen geben.³⁰³ Allerdings ist ebenfalls zu konstatieren, dass mit § 132 CPO 1879 eine zu § 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO fast wortgleiche Vorgängervorschrift existierte. Lediglich im Jahr 1976 wurde § 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO von einer „Kann-Vorschrift“, in eine „Soll-Vorschrift“ geändert.³⁰⁴ Eine gewisse Tendenz, die Parteianhörung in den vergangenen Jahren intensiver zu verwenden und in die Nähe des Beweises zu rücken, mag bei Betrachtung einiger obergerichtlicher Entscheidungen naheliegen.³⁰⁵ Indes lassen sich aus der recht

ner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 2 ff. (Rn. 2); *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 111.

³⁰¹ Siehe dazu sogleich Kapitel 5, B. III. 1. c).

³⁰² BGH NJW-RR 1988, 394, 395; 2018, 249 Rn. 12; KG, NJW 2018, 239 Rn. 14; *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, S. 241 f.; *Greger*, MDR 2014, 312, 314; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 141 Rn. 3; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 141 Rn. 3 f.; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 141 Rn. 2; *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 141 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 141 Rn. 2.

³⁰³ Siehe ausdrücklich BGH NJW-RR 2018, 249 Rn. 12 sowie die in S. 224, Fn. 302 Genannten.

³⁰⁴ BGBl. I, S. 3281, 3282. Einen Bedeutungszuwachs konnte jedoch schon *Meyke*, MDR 1987, 358, 358 f. in seiner ausführlichen historischen Untersuchung nicht erkennen.

³⁰⁵ OLG Brandenburg VersR 2003, 344; OLG Koblenz, Urt. v. 19.04.2004, 12 U 1412/02, juris Rn. 30 ff.; OLG München, Urt. v. 01.07.2016, 10 U 972/16, juris Rn. 3; wie hier wohl auch *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 141 Rn. 1.

umfangreichen Kasuistik³⁰⁶ keine belastbaren Schlüsse ziehen, die dies belegen würden.³⁰⁷ Auch in der Literatur wird umfassend betont, dass § 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO – wenn überhaupt – nur der Sammlung des Streitstoffs dient und dem Gericht keine inquisitorischen Befugnisse gewährt.³⁰⁸ Infolgedessen kann von einer Ausweitung richterlicher Befugnisse oder einem Zugewinn richterlicher Macht im Rahmen des § 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht gesprochen werden.

III. Kompensatorische Prozessleitung durch amtswegige Beweiserhebung

Ebenfalls im Rahmen von kompensatorischer Prozessleitung sind die Vorschriften zur amtswegigen Beweisaufnahme zu behandeln. Hier ist ihr Einsatz zur Beweisaufnahme von Amts wegen zu erörtern. Von Amts wegen können alle Beweismittel, abgesehen von Zeugen, erhoben werden, also Urkunden, § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Augenschein, § 144 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 ZPO, Sachverständige, § 144 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 ZPO und Parteivernehmung, § 448 ZPO.

1. Inhalt und Bedeutung der Normen zur amtswegigen Beweiserhebung

a) Inhalt des § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO

Im Rahmen des ZPO-Reformgesetzes von 2001 wurde auch § 142 ZPO geändert. Dieser regelt die Befugnis des Gerichts anzuordnen, dass bestimmte Urkunden von den Parteien oder Dritten vorzulegen sind.

aa) Ausgangspunkt und Reform des § 142 ZPO

Im Grundsatz war er bereits als § 133 CPO 1879 in der Fassung der CPO enthalten. Damals und bis 2001 im Wesentlichen unverändert lautete sein Abs. 1: „Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.“ Die neue Fassung des § 142 Abs. 1 Satz 1 lautet: „Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt.“ Es zeigen sich also zwei wesentliche Unterschiede: Zum einen kann das Gericht nun auch Dritte

³⁰⁶ Die Datenbank „juris“ verzeichnet allein zwischen 2000 und 2018 (Stand 01.07.2018) knapp 2.000 Entscheidungen zu § 141 ZPO.

³⁰⁷ Einschränkend etwa wieder KG, NJW 2018, 239 Rn. 14.

³⁰⁸ Ahrens, MDR 2015, 185, 186; Greger, MDR 2014, 312, 314; Althammer, in: Stein/Jonas, ZPO, § 141 Rn. 3 ff.; Fritsche, in: MüKoZPO, § 141 Rn. 7; Greger, in: Zöllner, Zivilprozessordnung, § 141 Rn. 1 f.; Hartmann, in: B/L/A/H, § 141 Rn. 2; Prütting, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 141 Rn. 4; Smid, in: Wieczorek/Schütze, § 141 Rn. 7; Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 141 Rn. 2; Wöstmann, in: Saenger, ZPO, § 141 Rn. 1.

verpflichten, Urkunden vorzulegen.³⁰⁹ Zum anderen ist nun zur Anordnung einer Vorlage nicht mehr erforderlich, dass die die Urkunde besitzende Partei sich auf die Urkunde bezogen hat. Vielmehr genügt es, wenn sich irgendeine Partei auf die entsprechende Urkunde bezieht.

bb) Verpflichtung zur Urkundenvorlegung auch für nicht beweisbelastete Partei

Vor allem die letztere Änderung ist in der Literatur auf große Resonanz gestoßen.³¹⁰ Warum dies so ist, zeigt sich, wenn man sich die Dimension der Änderung bewusstmacht. Ursprünglich ermöglichte die Vorschrift dem Gericht, anzuordnen, dass eine Partei, die sich in ihren Schriftsätzen oder in der mündlichen Verhandlung auf eine Urkunde bezog, diese dem Gericht vorzulegen habe. Dadurch sollte das Gericht nicht abwarten müssen, bis die Parteien von sich aus die Urkunden vorlegen, auf die sie Bezug genommen hatten, sondern im Sinne einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung selbst die Initiative ergreifen können.³¹¹ Durch § 142 ZPO konnte das Gericht also regelmäßig nur die Vorlage von Urkunden, die sich in Händen der für deren Inhalt beweisbelasteten Partei befanden, anordnen. Die andere Partei hätte sich einerseits kaum auf die Urkunde bezogen, wenn sie sich in deren Händen befand. Andererseits wurden die §§ 422 ff. ZPO im System der Informationsbeschaffung im Zivilprozess hierfür als vorrangig erachtet.³¹²

Mit der Reform des § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO scheint sich dies geändert zu haben. Nun ist nach dem Wortlaut eben nicht mehr erforderlich, dass sich die Partei, von der Vorlage angeordnet wird, auf die Urkunde bezieht. Dies kann auch die Gegenpartei tun. Zwar ist die Bedeutung des Bezugnahmeerfordernisses bereits vor der Reform unter Verweis auf § 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO i.d.F. vom 17.12.1990 reduziert worden.³¹³ Jedoch taugte dessen Vorhandensein im

³⁰⁹ Dies kann durch den Verweis auf die §§ 386–390 ZPO in § 142 Abs. 2 ZPO bei fehlendem Verweigerungsrecht auch mit Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden, vgl. auch den RegE zum ZPO-Reformgesetz 2001, BT-Drucks. 14/4722, S. 79.

³¹⁰ Monographisch *Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO; daneben nur *Becker*, MDR 2008, 1309; *Gruber/Kießling*, ZZP 116 (2003), 305; *Konrad*, NJW 2004, 710; *Kuhn/Löhr*, JR 2011, 369; *Kraayvanger/Hilgard*, NJ 2003, 572; *Lüpke/Müller*, NZI 2002, 588; *McGuire*, GPR 2007, 34; *Saenger*, ZZP 121 (2008), 139; *Stackmann*, NJW 2007, 3521; *Wagner*, JZ 2007, 706; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 1 ff.

³¹¹ *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (21. Aufl.), § 142 Rn. 1.

³¹² *Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 97 f.; *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozeß, S. 78; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (21. Aufl.), § 142 Rn. 2 f.

³¹³ *Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 92 f.; *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozeß, S. 73 ff.; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (21. Aufl.), § 142 Rn. 2.

Wortlaut immer noch als Argument, warum die Vorlage nur gegenüber der beweisbelasteten Partei angeordnet werden konnte.³¹⁴

Mit diesem Verständnis des § 142 Abs. 1 ZPO hat der Gesetzgeber 2001 mehr oder weniger ausdrücklich gebrochen.³¹⁵ Nach seiner Intention soll das Gericht die Urkundenvorlegung „unabhängig von einem Beweisantritt einer Partei anordnen [können], wenn sich eine Partei auf diese Urkunden oder Unterlagen bezogen hat“.³¹⁶ Dementsprechend versteht die h.M. § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO heute auch dahingehend, dass das Gericht die Urkundenvorlegung von der nicht beweisbelasteten Partei verlangen kann, ohne dass die besonderen Voraussetzungen der §§ 422 ff. ZPO erfüllt wären, also ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Urkunden besteht.³¹⁷ Dies führt – folgt man der h.M. zur Auslegung des § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO – zu einem Konflikt zwischen den Voraussetzungen ebendieser Norm und den Vorgaben der §§ 422 ff. ZPO.³¹⁸ Einerseits kann die nun beweisbelastete Partei nach §§ 422 ff. ZPO vorgehen und einen entsprechenden materiell-rechtlichen Anspruch geltend machen. Andererseits kann sie anregen, das Gericht möge der anderen Partei nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO aufgeben, die entsprechenden Urkunden vorzulegen.³¹⁹ Wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten ist, dass das Gericht im Rahmen des § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO ein Ermessen dabei hat, ob es die Vorlage anordnet.³²⁰

³¹⁴ Vgl. *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozeß, S. 74 f.

³¹⁵ Vgl. RegE, BT-Drucks. 14/4722, S. 78; Bericht aus dem Rechtsausschuss, BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f.

³¹⁶ BT-Drucks. 14/4722, S. 78.

³¹⁷ BGHZ 173, 23, Rn. 18 ff.; BGH WM 2010, 1448, Rn. 25; *Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 165; *Becker*, MDR 2008, 1309, 1310; *Wagner*, JZ 2007, 706, 709 f.; *Kraayvanger/Hilgard*, NJ 2003, 572, 572 f.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 55 Rn. 14; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 144 Rn. 11; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 142 Rn. 2; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1; *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, § 142 Rn. 3 f.; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 142 Rn. 9. Zur beachtlichen Gegenauffassung (einschränkende Auslegung des § 142 ZPO), siehe OLG Frankfurt, Urt. v. 18.10.2006, 1 U 19/06, juris Rn. 19; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 19 ff.; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 142 Rn. 21 f.; *Schreiber*, JR 2008, 1, 5; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 142 Rn. 6.

³¹⁸ *Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 154 weist zurecht darauf hin, dass dieser Problemkomplex von den Vertretern der h.M. kaum diskutiert wird. Siehe aber *Becker*, MDR 2008, 1309, 1311; *Kraayvanger/Hilgard*, NJ 2003, 572; *Wagner*, JZ 2007, 706, 707 f.; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 142 Rn. 2.

³¹⁹ *Lang*, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 153 ff.; *Wagner*, JZ 2007, 706, 707 f.; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129, 3129 f.; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 142 Rn. 3 jeweils m.w.N.

³²⁰ Siehe nur *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 6 ff. (m.w.N.).

cc) Aufgabe des Beibringungsgrundsatzes und Einführung eines Discovery-Verfahrens?

Durch die Einführung der neuen Regelung wurde befürchtet, dass eine Art *Discovery*-Verfahren, das vor allem im anglo-amerikanischen Raum verbreitet ist, geschaffen wurde.³²¹ Dies ist jedoch nicht geschehen. Auch nach der Reform geht die Rechtsprechung davon aus, dass § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO die beweisbelastete Partei nicht von ihrer Darlegungs- und Substanzierungslast befreit.³²² Es muss also schlüssig, hinreichend detailliert und bestimmt auf eine existierende Urkunde im Besitz des Gegners oder Dritten Bezug genommen werden, damit das Gericht die Vorlage anordnen kann.³²³ Zwar ist auch diese Einschränkung auf Kritik gestoßen.³²⁴ Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers gibt § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO jedoch kein Ausforschungsrecht einer Partei und keine unbeschränkte Befugnis des Gerichts, eigene Ermittlungen anzustellen.³²⁵ Der Wortlaut alleine ließe ein solches Ausforschungsrecht freilich zu, das Bezugnahmeerfordernis wäre problemlos weit auszulegen.³²⁶

dd) Zusammenfassung

Von der Einführung eines *Discovery*-Verfahrens ist die Neuregelung von § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO also zwar noch ein Stück entfernt, zumal die *Discovery* partei- und nicht gerichtswegig durchgeführt wird. Allerdings darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Sachverhaltsaufklärung mittels Urkunden nicht mehr so leicht von einer Partei blockieren lässt. Dem Gericht stehen nun umfangreichere Befugnisse als zuvor zu, wenn es darum geht, den

³²¹ Vgl. die entsprechenden Aufsatztitel von *Lüpke/Müller*, NZI 2002, 588; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129.

³²² BGHZ 173, 23, Rn. 20; BGH WM 2010, 1448, Rn. 25.

³²³ *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 11, 18; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 142 Rn. 6 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 4 f.; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 142 Rn. 9 f. und letztlich auch BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f. Indes genügt es nach BGH NJW 2017, 3304 Rn. 32, dass eine Partei in einem Verfahren vor dem LG einen Rechtsanwalt beauftragt, um die Vorlage der Prozessvollmacht anzuordnen.

³²⁴ So fordern *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 85 ff. und passim sowie *Schlosser*, JZ 1990, 599, 606 ff. einen prozessrechtlichen Auskunftsanspruch über die im Besitz des Gegners befindlichen Urkunden. Mit ähnlicher Forderung auch *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 4a, die „den noch immer beschworenen Satz, dass keine Partei gehalten sei, dem Prozessgegner für seinen Sieg das Material zu verschaffen, in die Mottenkiste [...] verbannen“ will. Auch *Gottwald*, in: FS Stürner, S. 301, 311 ff. fordert erneut eine allgemeine Pflicht zur Offenlegung, sogar schon vor Klageerhebung. Ähnlich nun auch, wenn auch abwägender, *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO § 138 Rn. 47 ff.

³²⁵ Bericht aus dem Rechtsausschuss, BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f.

³²⁶ In diese Richtung bereits BGH NJW 2017, 3304 Rn. 30 ff.

wesentlichen Streitstoff zu ermitteln. Der Beibringungsgrundsatz wird damit sicherlich nicht aufgegeben, wohl aber in gewissem Umfang modifiziert und abgeschwächt.³²⁷ Die Veränderung des § 142 ZPO steht damit im engen Zusammenhang mit der Entwicklung bei § 139 ZPO.³²⁸ Der Gesetzgeber hatte bei seiner Reform des § 142 Abs. 1 ZPO bewusst eine verbesserte Sachverhaltsaufklärung im Sinn und nimmt dabei eine Einschränkung der Parteiherrschaft über das Zivilverfahren billigend in Kauf.³²⁹ Er macht damit deutlich, dass ihm die Aufklärung des wirklichen Sachverhalts mindestens genauso wichtig ist, wie der Grundsatz, dass die Parteien über Inhalt und Ablauf des Prozesses bestimmen können. Freilich geht und ging es auch im Zivilprozess immer um die Ermittlung der Wahrheit.³³⁰ Allerdings ist die Ermittlung immer nur auf den Teil der Wahrheit beschränkt, der für den Prozess relevant ist. Welcher dies ist, bestimmten jedoch nach althergebrachten Grundsätzen des Prozessrechts die Parteien selbst und nicht das Gericht.³³¹

b) Inhalt des § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO

In engem Zusammenhang mit der Erweiterung der Befugnisse des Gerichts durch die Reform von § 142 ZPO steht die ebenfalls im Rahmen des ZPO-Reformgesetzes vorgenommene Änderung des § 144 ZPO.³³² Auch § 144 ZPO hat mit § 135 CPO 1879 eine bis zum ZPO-Reformgesetz weitgehend unverändert gebliebene Vorgängervorschrift in der CPO 1879. Diese ermöglichte es dem Gericht bereits von Geltungsbeginn der CPO an, sowohl die Einnahme des Augenscheins als auch die Begutachtung durch Sachverständige von Amts wegen anzuordnen. Die vor der Reform des § 142 ZPO umstrittene Frage, ob diese Norm auch der Beweiserhebung dient, war bei § 144 ZPO vor 2001

³²⁷ Kuhn/Löhr, JR 2011, 369; Saenger, ZZP 121 (2008), 139, 142 ff.; Stackmann, NJW 2007, 3521, 3526; Althammer, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 21; Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1; von Selle, in: BeckOK ZPO, § 142 Rn. 9. A.A. wohl Kraayvanger/Hilgard, NJ 2003, 572; sowie Hartmann, in: B/L/A/H, § 142 Rn. 2: Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes; Schreiber, JR 2008, 1, 5: „Ausnahme vom Beibringungsgrundsatz“.

³²⁸ Siehe oben Kapitel 5 B. II. 1.

³²⁹ BT-Drucks. 14/4722, S. 78; BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f.

³³⁰ Vgl. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 29 ff.; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 181.

³³¹ Nur Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 144 ff.; Lang, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, S. 52 ff.; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 181.

³³² So wird sogar teilweise schlicht von einer Änderung der §§ 142, 144 ZPO gesprochen, etwa bei Greger, BRAK-Mitt 2005, 150; Saenger, ZZP 121 (2008), 139, 140, 142 ff.; Schreiber, JR 2008, 1, 4 f.; Stackmann, NJW 2007, 3521, 3524. Siehe auch die zusammengezogene Kommentierung zu §§ 142–144 ZPO bei Fritsche, in: MüKoZPO, §§ 142–144 Rn. 1 ff.

kaum bezweifelt worden.³³³ Während das Gericht vor 2001 die Vorlage von Urkunden nur gegenüber der beweisbelasteten Partei hinsichtlich in deren Hand befindlicher Urkunden anordnen konnte, konnten Anordnungen gemäß § 144 ZPO auch ohne Beweisantritt amtswegig vorgenommen werden.³³⁴ Durch die Reform wurde allerdings § 142 Abs. 1 ZPO dahingehend ergänzt, dass der nicht beweisbelasteten Partei oder Dritten nun (ausdrücklich) aufgegeben werden kann, an der Beweiserhebung mitzuwirken, bzw. diese zu dulden.³³⁵ Damit scheint die Veränderung im Rahmen des § 144 ZPO nicht so tiefgreifend zu sein wie die des § 142 ZPO. Im Unterschied zu § 142 Abs. 1 ZPO war und ist eine Bezugnahme einer Partei auf entsprechende Augenscheinsobjekte oder Sachverständige im Grundsatz nicht erforderlich. Daher ist zunächst festzuhalten, dass auch schon in der Fassung des § 144 Abs. 1 ZPO vor dem ZPO-Reformgesetz (und damit auch in § 135 CPO 1879) eine Durchbrechung (und nicht nur eine Modifikation) des Beibringungsgrundsatzes lag.³³⁶

Allerdings wurden die entsprechenden Befugnisse des Gerichts zum amtswegigen Beweisantritt durch die Reform von 2001 vergrößert, indem sie auf Dritte ausgeweitet wurden. Dasselbe gilt für die Ergänzung, wonach die Parteien nun zur Mithilfe bei der Beweiserhebung durch die Vorlage von Augenscheinsobjekten verpflichtet sind, auch wenn sie nicht beweisbelastet sind. Vor allem die Möglichkeit, die Vorlage von Augenscheinsobjekten sowohl von Prozessparteien als auch von Dritten anordnen zu können – sogar ohne Bezugnahme einer Partei –, ist in ihren Auswirkungen auf den Beibringungsgrundsatz³³⁷ nicht zu unterschätzen.

c) Inhalt des § 448 ZPO

Die Gesetzgebungsgeschichte des § 448 ZPO ist deutlich schneller dargestellt, als die der §§ 142, 144 ZPO. Eingeführt wurde § 448 ZPO – ebenso wie das

³³³ BGH NJW 2007, 155, Rn. 5; *Saenger*, ZZP 121 (2008), 139, 151; *Wagner*, JZ 2007, 706, 710; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 144 Rn. 1 f. Zur Einordnung des § 142 ZPO vor dem ZPO-Reformgesetz, siehe *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO (21. Aufl.), § 142 Rn. 1 (m.w.N.). A.A. *Gruber/Kießling*, ZZP 116 (2003), 305, 311 ff.: Die §§ 142, 144 ZPO bezweckten ausschließlich Erhellung unstreitigen Parteivortrags.

³³⁴ *Saenger*, ZZP 121 (2008), 139, 146.

³³⁵ Siehe soeben Kapitel 5 B. III. 1. a).

³³⁶ Ausdrücklich BGH NJW 2000, 743, 744. Siehe auch *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 144 Rn. 2; *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 144 Rn. 11; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 144 Rn. 1; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 144 Rn. 2.

³³⁷ Dieser bezieht sich nach hier vertretener Ansicht nicht nur auf den Tatsachenstoff, sondern im Grundsatz auch auf die Beweismittel. Siehe zur wesentlichen Auflockerung des Beibringungsgrundsatzes im Bereich der Beweiserhebung *Kern*, in: Stein/Jonas ZPO, vor § 128 Rn. 184.

gesamte Institut der Parteivernehmung – im Jahr 1933.³³⁸ Die CPO 1879 kannte demgegenüber nur das Institut des Parteieids. Die Vorgaben zum richterlichen Eid waren durchaus ähnlich zu denen des § 448 ZPO.³³⁹ Seit 1933 ist das Recht der Parteivernehmung insgesamt weitgehend und § 448 ZPO vollständig unverändert geblieben.³⁴⁰ Auch die Vorschrift des § 448 ZPO, die es dem Gericht erlaubt, „auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast [...] wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache“ anzuordnen, weicht vom Beibringungsgrundsatz ab.³⁴¹ Wohl aufgrund dieser Abweichung macht das Gesetz selbst Einschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit der amtsweiligen Parteivernehmung, die entsprechend auch der Kommentarliteratur restriktiv anzuwenden ist.³⁴² Anders als bei den §§ 142, 144 ergibt sich also bei § 448 ZPO durch die Gesetzgebungsgeschichte kein Bedeutungszuwachs und keine Ausweitung der richterlichen Befugnisse.

2. Materialisierung durch die §§ 142, 144, 448 ZPO und deren Anwendung

Zunächst ist klarzustellen, dass es sich bei allen soeben zitierten Normen um Beweiserhebungsnormen handelt und nicht etwa „nur“ um Maßnahmen zur materiellen Prozessleitung.³⁴³ Der Unterschied ist erheblich: Sähe man die §§ 142, 144 ZPO nur als Normen der materiellen Prozessleitung an, so dürfte eine entsprechende Anordnung nur ergehen, sofern unklarer oder unvollständiger Tatsachenvortrag einer Partei Anlass dazu bietet. Für eine Anwendung

³³⁸ Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, S. 780, 781 ff.

³³⁹ Vgl. § 437 CPO 1879: „Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.“

³⁴⁰ Zur geschichtlichen Entwicklung *Effer-Uhe*, Die Parteivernehmung, S. 139 ff.; *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 72 ff.

³⁴¹ *Greger*, in: Zöllner, Zivilprozessordnung, § 448 Rn. 1; *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 448 Rn. 1; *Schreiber*, in: MüKoZPO, § 448 Rn. 1.

³⁴² *Bechteler*, in: BeckOK ZPO, § 448 Rn. 7 ff.; *Greger*, in: Zöllner, Zivilprozessordnung, § 448 Rn. 1 f.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 448 Rn. 1 f.; *Pukall*, in: Saenger, ZPO, § 448 Rn. 1 ff.; *Schreiber*, in: MüKoZPO, § 448 Rn. 1.

³⁴³ BGH NJW 2007, 155 Rn. 5; 2013, 3313 Rn. 28; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 155 ff.; *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 145; *Wagner*, JZ 2007, 706, 709 f.; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 1; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 142-144 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 142 Rn. 1, 4. A.A. aber *Gruber/Kießling*, ZJP 116 (2003), 305, 314 ff.

bei streitigem Tatsachenvortrag, der der jeweiligen Darlegungs- und Substantiierungspflicht genügt, wäre kein Raum.³⁴⁴ Zutreffenderweise ist daher bei den §§ 142, 144 ZPO von einer Doppelfunktion der materiellen Prozessleitung einerseits und der (Vorbereitung einer) Beweiserhebung andererseits auszugehen.³⁴⁵ Bei § 448 ZPO existiert dieses Problem nicht, da mit § 141 ZPO eine entsprechende Norm der materiellen Prozessleitung bereitsteht.³⁴⁶ Die Fragen, die sich hinsichtlich einer Materialisierung durch die Anwendung der Gerichte stellen, sind indes identisch.

Auch in der Ausübung des Ermessens, das dem Gericht in den §§ 142, 144, 448 ZPO eingeräumt ist, kann eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegen, wenn es dergestalt ausgeübt wird, dass außerprozessrechtliche Ungleichgewichtslagen ausgeglichen werden. Auch in diesem Rahmen wird entweder durch den Gesetzgeber oder womöglich auch durch eine extensivere Anwendung der Normen durch die Gerichte³⁴⁷ Macht von den Parteien zum Gericht verlagert. Die Frage, ob dies eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts ist oder sein kann, wird ebenfalls aufgeschoben, bis ähnliche Tendenzen im englischen Zivilprozessrecht untersucht wurden, da die dortigen Erkenntnisse auch auf die Bewertung des deutschen Zivilprozessrechts übertragen werden könnten.

IV. Zusammenfassung

An dieser Stelle muss die Untersuchung möglicher Tendenzen zu Materialisierung des Zivilprozessrechts durch kompensatorische Prozessleitung des Gerichts mit einem unbefriedigenden „möglicherweise“ beantwortet und fürs Erste ausgesetzt werden. Doch würden einer weitergehenden Bewertung zum jetzigen Zeitpunkt wesentliche Erkenntnisse fehlen, die im Rahmen einer Untersuchung des englischen Zivilprozessrechts gewonnen werden.

C. Rechtsvergleichende Betrachtung: Kompensatorische Prozessleitung in England

I. Einleitung

Nach den vergangenen Untersuchungen fällt eines auf: Die Entwicklungen im Bereich der kompensatorischen Prozessleitung, die durchaus als Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu beschreiben sein könnten, stellen sich zunächst als Verlagerung der Verfahrensherrschaft von den Parteien

³⁴⁴ Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 155 f.

³⁴⁵ Siehe die Nachweise in S. 231, Fn. 343.

³⁴⁶ Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 141 Rn. 1 f.; § 448 Rn. 1.

³⁴⁷ Vgl. etwa LG Ingolstadt NZI 2002, 390.

zum Gericht dar.³⁴⁸ Ob damit aber eine Materialisierung im in dieser Arbeit untersuchten Sinne stattfindet, hängt im Wesentlichen davon ab, was die Gerichte mit dieser Macht tun. Nutzen die Gerichte sie (nur), um bestehende innerprozessuale Ungleichgewichte auszugleichen, oder auch um außerprozessuale Ungleichgewichte zu beheben und sonstige außerprozessuale Ziele zu verwirklichen?

Bei der Beantwortung dieser Frage erscheint ein Blick in eine andere Rechtsordnung hilfreich, die in der jüngeren Vergangenheit tiefgehenden Veränderungen im Zivilprozessrecht unterworfen war, welche auch und vor allem die Rolle des Richters im Verfahren betrafen. Aus diesem Grund soll auf den folgenden Seiten die Situation in England³⁴⁹ näher beleuchtet werden. Dies gestaltet sich aus wissenschaftlicher Perspektive oftmals nicht einfach, da in England lange Zeit die Notwendigkeit einer zivilprozessrechtswissenschaftlichen Forschung nicht gesehen wurde. Die Rechtsdurchsetzung wurde als Aufgabe der Praktiker angesehen.³⁵⁰ Dies hat sich aber in den vergangenen Jahren geändert, inzwischen widmet sich – auch und vor allem an den Universitäten in *Oxford* und *Cambridge* – eine größere Zahl an Wissenschaftlern der zivilprozessualen Forschung und Lehre.³⁵¹ Deren Ergebnisse sollen nun in einem eng umgrenzten Rahmen auch für die deutsche Forschung nutzbar gemacht werden.

Der deutsche Rechtswissenschaftler, der diesen Text liest, möge den für deutsche Verhältnisse ungewohnten häufigen und oftmals ausführlichen, teils wörtlichen Bezug auf Gerichtsentscheidungen verzeihen. Eine Behandlung des vorliegenden Themas, ohne auf die wichtigste Quelle der Rechtsfindung in Common Law-Systemen zurückzugreifen, erscheint jedoch nicht zielführend. Daher sind teilweise auch Passagen im englischsprachigen Original zitiert. Daneben sei darauf hingewiesen, dass der grundlegende Fokus dieser Arbeit kein rechtsvergleichender ist. Vielmehr wird ein Einzelaspekt der deutschen Debatte durch einen Blick auf ähnliche Entwicklungen im englischen Zivilprozessrecht näher beleuchtet werden. Schließlich maßt sich diese Arbeit selbstverständlich nicht an, eigene Schlüsse zur englischen Rechtslage zu ziehen, da der Autor keine rechtswissenschaftliche Ausbildung in englischem Recht genossen hat. An Stellen, an denen Bewertungen vorgenommen wer-

³⁴⁸ Siehe nur oben Kapitel 5, B. II. 1., und B. III. 1.

³⁴⁹ Wenn im Folgenden von „England“ oder dem „englischen Rechtssystem“ die Rede ist, ist damit das Rechtssystem von England und Wales gemeint.

³⁵⁰ Vgl. auch *Stürner*, ZVglRWiss 2004, 349, der darauf hinweist, dass erst 1994 die erste systematische Darstellung des englischen Zivilprozessrechts erschien.

³⁵¹ Siehe nur die Professoren *Higgins*, *Hodges*, *Hoyano* und *Zuckerman* an der *University of Oxford*, abrufbar unter: <https://www.law.ox.ac.uk/people/academic> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019) sowie die Professoren *Andrews*, *Bell* und *Jolowicz* (†) an der *University of Cambridge*, abrufbar unter: <https://www.law.cam.ac.uk/people/Academic-Staff/list> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

den, geschieht dies aus der Perspektive eines externen Beobachters, der Schlüsse für seine eigene Rechtsordnung zieht. Die entsprechende Bewertung mag durch einen englischen Rechtswissenschaftler daher vollständig verschieden ausfallen.

In den kommenden Absätzen wird zunächst die Entwicklung des englischen Zivilprozessrechts skizziert, soweit dies erforderlich ist, um Verständnis für mögliche Veränderungen in der Rolle des Richters im englischen Zivilprozess zu entwickeln (II.). Danach werden diese möglichen Veränderungen untersucht (III.), bevor schließlich überprüft wird, ob solche Veränderungen im in dieser Arbeit untersuchten Sinne als Materialisierung des Zivilprozessrechts zu verstehen wären, spiegelte man sie auf den deutschen Zivilprozess (IV.).

II. Entwicklung des englischen Zivilprozessrechts

Wie bereits erwähnt, hat das englische Zivilprozessrecht in der jüngeren Vergangenheit einen Prozess der Veränderung durchlaufen, als es im Rahmen der Kodifikation der *Civil Procedure Rules*³⁵² (CPR) im Jahr 1998 grundlegend reformiert wurde. Selbst im englischen Rechtskreis wurde die Einführung der CPR als „most fundamental change for the civil justice system since the [...] 1870s“³⁵³ bezeichnet. Auch weitere Reformen seit diesem Zeitpunkt hat das englische Zivilprozessrecht hinter sich.

1. Adversary system

Für das Verständnis der Entwicklungen ist es hilfreich, einige grundlegende Worte zum klassischen englischen Zivilprozess zu verlieren und dabei auf die Charakteristika des entsprechenden Prozesssystems und das damit einhergehende Selbstverständnis des Zivilprozesses einzugehen.

a) Stark ausgeprägte Parteiherrschaft

Das englische Zivilprozessrecht war klassischerweise von einer fast extremen Form der Parteiherrschaft geprägt. Die Parteien hatten traditionell die folgenden Rechte:

- Erhebung der Klage;
- Gestaltung des Klageantrags und Auswahl des Klagegegners;
- Auswahl der streitgegenständlichen Tatsachen;
- Auswahl der Rechtsgrundlagen für die Klage;
- Ausgestaltung des vorgERICHTLICHEN Verfahrens;

³⁵² Vgl. zur jeweils gültigen Fassung mit, Stand 01.03.2019, 103 Änderungen: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³⁵³ Vgl. unter Bezug auf den *Lord Chancellor, Lord Irvine of Lairg, Sobich*, JZ 1999, 775, mit Fn. 5; sowie *Andrews*, C.J.Q. 2000, 19, 20.

- Möglichkeit zur Klagerücknahme oder zum Vergleich;
- Beweiserhebung vor Gericht;
- Zurverfügungstellung des anzuwendenden Rechts;
- Entscheidung, ob ein Urteil vollstreckt wird;
- sowie die Frage, ob Rechtsmittel eingelegt werden.³⁵⁴

Für den deutschen Juristen seltsam erscheint insbesondere die Nichtgeltung des Grundsatzes *iura novit curia*.³⁵⁵

b) Selbstverständnis englischer Prozessrechtswissenschaft

Aus deutscher Sicht aufschlussreich ist auch das Selbstverständnis des Zivilprozesses in der englischen Prozessrechtswissenschaft. Während ein deutscher Rechtswissenschaftler vermutlich anhand der genannten Rechte der Parteien auch das deutsche Zivilprozessrecht beschreiben könnte,³⁵⁶ ist von englischen Prozessrechtswissenschaftlern das deutsche Zivilprozessrecht teilweise als „inquisitory“ bezeichnet worden.³⁵⁷ Dem sind mehrere deutsche Rechtswissenschaftler zurecht entgegengetreten,³⁵⁸ allerdings zeigt allein die Tatsache, dass das eigentlich von Dispositions- und Verhandlungsmaxime geprägte deutsche Zivilprozessrecht aufgrund richterlicher Aktivität als „inquisitory“³⁵⁹ bezeichnet wurde, wie ausgeprägt die Parteiherrschaft im englischen Zivilprozessrecht war.

Oftmals wurde der englische Zivilprozess auch mit einem Mannschaftssport (etwa Fußball oder Cricket) verglichen, bei dem sich zwei Teams (die Parteien) gegenüberstehen und der Schiedsrichter (der Richter/das Gericht) darüber wacht, dass die inneren Regeln eingehalten werden und keine „Fouls“ begangen werden. Aktiv ins Spielgeschehen eingreifen sollte der Schiedsrichter jedoch nicht.³⁶⁰ In England wurde der Zivilprozess noch als klassischer

³⁵⁴ *Andrews*, in: Reform of Civil Procedure, S. 169, 171; *ders.*, C.J.Q. 2000, 19, 22; vgl. auch *Dreytmüller*, ZVglRWiss 2002, 471, 472 ff.; *Jolowicz*, C.J.Q. 1996, 198, 199 f.; *Stürner*, ZVglRWiss 2000, 310, 326 f.

³⁵⁵ Vgl. auch vergleichend *Cavallini*, Global Jurist 2017, 20170010.

³⁵⁶ Dies erkennt auch *Jolowicz*, I.C.L.Q. 2003, 281, 289.

³⁵⁷ *Jacob*, The fabric of English civil justice, S. 6 f.; etwa von *Goff of Chieveley*, RabelsZ 58 (1994), 443, 447; vgl. auch *Jolowicz*, I.C.L.Q. 2003, 281, 281 f.; *Zuckerman*, M.L.R. 1996, 773, 789; mit Hinweis auf *Leipold*, in: Reform of Civil Procedure, S. 265.

³⁵⁸ Vgl. etwa: *Leipold*, in: Reform of Civil Procedure, S. 265, 266; *Stürner*, ZZP 123 (2010), 147, 156; *ders./Kern*, in: GS Konuralp, S. 997, 1012 ff.

³⁵⁹ Die Bezeichnung eines Prozessrechtssystems als *inquisitory* als Abgrenzung zum klassischen englischen Prozessrechtsverständnis geht wohl auf den von Papst Innozenz III. eingeführten Inquisitionsprozess zurück, als dessen Gegenstück sich das englische Rechtssystem verstand, *Jacob*, The fabric of English civil justice, S. 6.

³⁶⁰ Diese Sportmetapher wird häufig verwendet, vgl. nur *Jacob*, The fabric of English civil justice, S. 9, der auch darauf hinweist, dass im „klassischen“ englischen Sport, dem Cricket, der *umpire* nur aufgrund eines *appeal* einer Seite eingreift, wogegen im Fußball der

„Kampf ums Recht“³⁶¹ aufgefasst. Dieses als *adversary system* bezeichnete Modell des Zivilprozesses geht bis in das 13. Jahrhundert zurück³⁶² und hat sich als Produkt der Magna Charta von 1215 entwickelt. Auch in England wird das *adversary system* ähnlich wie die CPO 1879 in Deutschland als Folge eines liberalen Weltbilds gesehen.³⁶³ Der Zivilprozess gilt klassischerweise als eine Angelegenheit von Privatparteien, sogar als „private property“.³⁶⁴

c) *Alternatives System zur Informationsbeschaffung*

Weil die Gerichte sich aus der Beweisbeschaffung und -erhebung vollständig heraushielten, wurde den Parteien ein anderes System zur Informationsbeschaffung an die Hand gegeben. Dies tat das englische Zivilprozessrecht durch Schriftsätze, Befragungen, *Discovery*, Austausch von Zeugenaussagen und entsprechende Beweisregeln.³⁶⁵ Argument gegen gerichtliche Macht in diesem Bereich war – unter der Prämisse, dass das System gerade wegen der zurückgenommenen Stellung der Gerichte in der Verfahrensleitung den Parteien zur Verfügung gestellt wurde –, dass die Parteien dieses System auch in *vollständiger* Eigenverantwortung nutzen sollen. Wenn etwa die Gerichte nicht selbst in die Beweiserhebung eingebunden sind, sollten sie auch keine Möglichkeit haben, die Maßnahmen der Parteien zur Beweiserlangung als unnötig oder wenig zielführend abzulehnen.³⁶⁶

d) *Air Canada v Secretary of State for Trade*

Besonders deutlich wird das klassische englische Prozessverständnis im Fall *Air Canada v Secretary of State for Trade*.³⁶⁷ Die dortige Argumentation des *Court of Appeal* und des *House of Lords* wird im englischen Rechtsraum etwa

Schiedsrichter von sich aus über die Einhaltung der Regeln wacht. Siehe daneben auch Dreytmüller, ZVglRWiss 2002, 471, 472; Jolowicz, I.C.L.Q. 2003, 281, 282; Sobich, JZ 1999, 775, 776; Stadler, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 2003, 55, 74; Stürner, ZVglRWiss 2000, 310, 327; Zuckerman, J. Law & Soc. 1995, 155, 158.

³⁶¹ Vgl. von Jhering, Der Kampf um's Recht, S. 27 ff. und passim.

³⁶² Jacob, The fabric of English civil justice, S. 5; Pollock/Maitland, The history of English law, Vol. II, S. 670 f.

³⁶³ Jacob, The fabric of English civil justice, S. 8; Andrews, C.J.Q. 2000, 19, 22; Dreytmüller, ZVglRWiss 2002, 471, 475; Jolowicz, C.J.Q. 1990, 262, 277 f.; Jolowicz, C.J.Q. 1996, 198, 199 f.; Stürner, JZ 1986, 1089, 1093 f. (jeweils m.w.N.).

³⁶⁴ Jacob, The fabric of English civil justice, S. 8.

³⁶⁵ Zuckerman, J. Law & Soc. 1995, 155, 158.

³⁶⁶ Zuckerman, J. Law & Soc. 1995, 155, 158 f.

³⁶⁷ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 AC 394. Die dortige Argumentation der Gerichte führen auch englische Rechtswissenschaftler als Beispiel für das *Adversary System* an: Jolowicz, C.J.Q. 1996, 198, 199 f., 209; ders., I.C.L.Q. 2003, 281, 284 ff.; ders., C.L.J. 2008, 508, 511 f.; Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 357 f. (mit Fn. 12); ders., Zuckerman on civil procedure, Rn. 11.22.

von *Jolowicz* oder *Zuckerman* als nahezu klassisches Beispiel für das Verständnis des *Adversary System* verwandt. Im Fall von *Air Canada* klagte u. A. besagte Fluglinie gegen eine deutliche Erhöhung der Gebühren am Flughafen London Heathrow.³⁶⁸ Die klagenden Fluglinien beehrten im Rahmen der *Discovery* Einsicht in Dokumente, die den Hintergrund der Gebührenerhöhung erhellen sollten. Dabei konnten sie nicht klar darlegen, ob die Dokumente, die sie erhalten wollten, letztlich ihre eigene Position stärken oder ob es sogar der Gegenseite helfen würde, diese in den Prozess einzuführen.

In erster Instanz hatte *Justice Bingham* dem *Discovery*-Ersuchen stattgegeben. Er war der Meinung, *ihm* würden die Dokumente helfen, die Wahrheit herauszufinden, unabhängig davon, welcher Partei die Einführung der Dokumente in den Prozess letztlich zugutekäme.³⁶⁹ Der *Court of Appeal*³⁷⁰ und das *House of Lords*³⁷¹ widersprachen. *Lord Justice Wilberforce* am *Court of Appeal* vertrat die Auffassung, dass es für eine „due administration of justice“³⁷² nicht immer darauf ankomme, dass die Wahrheit herausgefunden werde. Vielmehr würden oft Entscheidungen entsprechend der Beweislast getroffen.³⁷³ Noch deutlicher wird schließlich *Lord Justice Davies* in der Entscheidung des *House of Lords*. Diese Passage belegt eindrucksvoll das Verständnis des Prozessrechtssystems in England:

„In a contest purely between one litigant and another, such as the present, the task of the court is to do, and be seen to be doing, justice between the parties [...]. There is no higher or additional duty to ascertain some independent truth. It often happens, from the imperfection of evidence, or the withholding of it, sometimes by the party in whose favour it would tell if presented, that an adjudication has to be made which is not, and is known not to be, the whole truth of the matter: yet if the decision has been in accordance with the available evidence and with the law, justice will have been fairly done. [...] [T]o urge that, on principle, justice is most likely to be done if free access is had to all relevant documents is pointless, for it carries no weight in our adversarial system of law.“³⁷⁴

2. Klassisches englisches Zivilprozessrecht als formales Prozessrecht

Fraglich ist jedoch, ob das so beschriebene klassische englische Zivilprozessrecht – als Ausgangspunkt einer möglichen, später zu untersuchenden Materi-

³⁶⁸ Auch wenn dies in Deutschland wohl eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit wäre, sind in England mangels einer eigenen Verwaltungsgerichtsbarkeit die Zivilgerichte zuständig. Vgl. hierzu auch *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 10 mit Fn. 7.

³⁶⁹ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1982] 126 S.J. 709.

³⁷⁰ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 W.L.R. 494.

³⁷¹ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 AC 394.

³⁷² Am besten wohl mit „korrekte Rechtsfindung“ übersetzt.

³⁷³ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 W.L.R. 494, 510.

³⁷⁴ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 AC 394, 439 ff.

alisierung – nach der in dieser Arbeit entwickelten Definition als formal zu qualifizieren ist.

a) Englischer Zivilprozess als Gegenentwurf zum Aktionensystem

Der klassische englische Zivilprozess war – wie soeben dargestellt – geprägt von einer Überzeugung, dass in einem Wettstreit der Parteien vor einem neutralen Gericht das bestmögliche Ergebnis eines Rechtsstreits zu erzielen sei.³⁷⁵ Dieses System, das bis zur Einführung der CPR galt, war als Gegenentwurf zum sehr formalistischen Aktionensystem, das bis 1875 galt, eingeführt worden.³⁷⁶ Im vorherigen System war ohne peinlich genaue Einhaltung von prozessrechtlichen Vorschriften ein Prozess nicht zu gewinnen.³⁷⁷ Um dies zu korrigieren wurden, in dem 1875 eingeführten System die prozessrechtlichen Vorgaben gelockert. Die Gerichte sollten „on the merits of the case“³⁷⁸ entscheiden.

b) Substantive Justice als „Intention“ des Prozesses

Statt eines klar geregelten Verfahrens überließ man die Ausgestaltung weitgehend den Parteien und schuf so das Verständnis, wonach „substantive justice“ die wesentliche Intention des Zivilprozessrechts war.³⁷⁹ Der Begriff „substantive justice“ lässt sich am besten mit „materielle Gerechtigkeit“ übersetzen, doch damit allein ist es nicht getan. Gemeint ist damit nicht, dass übergeordnete Gerechtigkeitsbegriffe oder bestimmte rechtspolitisch erwünschte Ziele erfüllt werden sollten.³⁸⁰ Stattdessen sollte derjenige den Prozess gewinnen, der vor Gericht als „Sieger“ bestimmt wurde, eben „on the merits of the case“ Recht hatte. Materielle Gerechtigkeit ist also hier zu unterscheiden von „mate-

³⁷⁵ *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 W.L.R. 494, 504.

³⁷⁶ *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 34 ff.; *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.68 ff.; *Stürner*, *ZVglRWiss* 2000, 310, 313 f.; ausführlich zu diesem System *Pollock/Maitland*, *The history of English law*, Vol. II, S. 556 ff.

³⁷⁷ *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 46 ff.; *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.68.

³⁷⁸ Eine Übersetzung ist hier schwierig bis unmöglich. Am besten ist es wohl mit „nach Lage des Rechtsstreits“ getan. Daneben kommt in der Verwendung dieses Begriffs gleichzeitig eine Ablehnung des vorherigen Technizismus zum Ausdruck. Vgl. diesbezüglich auch die Definition bei [dictionary.law.com](http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1398), abrufbar unter: <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1398> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³⁷⁹ *Jacob*, *The fabric of English civil justice*, S. 64; *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 56 ff.; *Stürner*, *ZVglRWiss* 2000, 310, 314 f.; *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.65, 1.76. Intention ist hier ausdrücklich untechnisch zu verstehen. Zur in dieser Arbeit verwendeten Unterscheidung zwischen Sinn, Zweck und Ziel, siehe unten Kapitel 6, B. I. und II.

³⁸⁰ *Damaška*, *The faces of justice and state authority*, S. 88 ff.

riales“ Gerechtigkeit.³⁸¹ Zurecht weist *Sorabji* dann auch darauf hin, dass eine Unterscheidung zwischen *end*³⁸² und *means*³⁸³ geboten sei.³⁸⁴ *Substantive justice* sei nur das Mittel (*mean*), mit dem das darüberstehende Ziel (*end*) des Zivilprozessrechts erreicht werde. Letzteres sei die Beanspruchung und Durchsetzung von Rechten, um so zur Aufrechterhaltung der Rechtsstaatlichkeit beizutragen.³⁸⁵ Somit zeigt sich nach *Sorabji* ein dreistufiges Verhältnis im klassischen englischen Zivilprozessrecht: Die Gewährung von *substantive justice* durch die Gerichte im einzelnen Zivilverfahren dient der Beanspruchung und Durchsetzung von Rechten, was wiederum dazu führt, dass die Rechtsstaatlichkeit aufrechterhalten wird.

c) Staatliches Desinteresse am Inhalt des Prozesses

Das englische Zivilprozessrecht vor 1998 gewährte den Parteien maximale Autonomie und zeigte deutlich das staatliche Desinteresse am Ergebnis eines zivilprozessualen Streits. Der Staat setzte sich zwar zum Ziel, inhaltlich das richtige Ergebnis zu erreichen. Hierzu setzte er aber darauf, dass das im zivilprozessualen Verfahren gefundene Ergebnis immer das Richtige ist.³⁸⁶ Der Richter entscheidet im Idealbild des klassischen englischen Zivilprozesses nur aufgrund dessen, was er als Ergebnis des Wettstreits der Parteien erkannte, nicht aufgrund anderer Motive.³⁸⁷ Die Suche nach der Wahrheit hatte gerade keine unabhängige Bedeutung. Es wurde darauf vertraut, dass das, was Ergebnis des Wettstreits der Parteien war, der Wahrheit am nächsten kam und darüber hinausgehende Aufgaben dem Gericht nicht zugewiesen waren.³⁸⁸ Die Durchsetzung von anderen Zielen als von „substantive justice“ im oben darge-

³⁸¹ Siehe dazu oben Kapitel 2, B. I. 1. (S. 7) mit Fn. 8.

³⁸² Ein übergeordneter Zweck. In dieser Arbeit wohl als „Sinn“ zu bezeichnen. Siehe dazu unten Kapitel 6, B. I.

³⁸³ Mehr als ein reines Mittel zur Erreichung des übergeordneten Zwecks, eher eine Art untergeordnetes Zwischenziel.

³⁸⁴ *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 143 f.

³⁸⁵ „to vindicate and enforce rights [...] and thereby supporting the rule of law“: *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 142 f. mit Fn. 35, 159; ähnlich auch *Assy*, C.J.Q. 2017, 70, 71 (jeweils m.w.N.). Zur Gleichwertigkeit der Begriffe von Rechtsstaat(lichkeit) und *rule of law*, siehe überzeugend *MacCormick*, JZ 1984, 65.

³⁸⁶ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 97 ff.

³⁸⁷ *Jacob*, The fabric of English civil justice, S. 6 ff.; *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 67 ff.; *Jolowicz*, I.C.L.Q. 2003, 281, 282 ff.; *ders.*, C.L.J. 2008, 508, 509 ff.; *Stürner*, ZVglRWiss 2000, 310, 303 ff.; *Zuckerman*, J. Law & Soc. 1995, 155, 158 ff.

³⁸⁸ Abstrakt *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 111 ff.; eher kritisch diesbezüglich *Jolowicz*, C.J.Q. 1996, 198, 280 f.; *ders.*, I.C.L.Q. 2003, 281, 283 ff.

stellten Sinne war dem englischen Zivilprozessrecht fremd.³⁸⁹ In der Tat war diese Eindimensionalität sogar einer der wesentlichen Kritikpunkte vor den *Woolf Reforms*.³⁹⁰ *Damaška* verwendet das *adversary system* daher als Musterbeispiel für einen *conflict-solving type* des Prozessrechts.³⁹¹

d) Fehlender Einfluss außerprozessrechtlicher Kriterien

Dieses staatliche Desinteresse führte dazu, dass – soweit dies an dieser Stelle beurteilt werden kann – außerprozessuale Kriterien im Zivilprozess(recht) keine Rolle spielten.³⁹² Auch nach den Kriterien von *Summers* erscheint, wie *Summers* selbst feststellt, das klassische englische Zivilprozessrecht als formal.³⁹³

e) Zwischenergebnis

Nach den in dieser Arbeit verwendeten Kriterien war der klassische englische Zivilprozess ein formal ausgestaltetes Prozessrecht des *conflict-solving type*.

3. Entwicklung des englischen Zivilprozessrechts seit 1999

In den vergangenen knapp 20 Jahren ist das englische Zivilprozessrecht jedoch einem starken Prozess der Veränderung unterworfen worden. Vermutlich hat sich das Zivilprozessrecht sogar in diesen 20 Jahren mehr verändert als in den 200 Jahren zuvor.³⁹⁴ Diese Veränderungen werden nun kurz dargestellt.

a) *Civil Procedure Rules 1999*

Dem Erlass der CPR im Jahr 1998 und deren Inkrafttreten im Jahr 1999 war eine jahrelange Debatte über Missstände im englischen Zivilprozessrecht vorangegangen.³⁹⁵ Hauptkritikpunkt war, dass Zeit und Kosten von Zivilpro-

³⁸⁹ Hierzu umfassend *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 31 ff. (Kapitel 2 bis 4).

³⁹⁰ *Woolf*, *Access to justice: final report*, S. Introduction at 2 ff. Vgl. auch mit zahlreichen Nachweisen *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 101 ff.; *Zuckerman*, *J. Law & Soc.* 1995, 155, 158 ff.

³⁹¹ *Damaška*, *The faces of justice and state authority*, S. 104 ff.

³⁹² Vgl. *Jolowicz*, *C.J.Q.* 1990, 262, 267 ff.; *Zuckerman*, *C.J.Q.* 2014, 355, 356 ff.

³⁹³ *Summers*, *Rechtstheorie* 1992, 27, 28 ff.

³⁹⁴ Vgl. unter Bezug auf den *Lord Chancellor, Lord Irvine of Lairg, Sobich*, *JZ* 1999, 775, mit Fn. 5; sowie *Andrews*, *C.J.Q.* 2000, 19, 20.

³⁹⁵ Siehe etwa die beiden Reports von Lord Woolf zum englischen Zivilverfahrensrecht aus 1994 und 1996 *Woolf*, *Access to justice: interim report*; *Woolf*, *Access to justice: final report*.

zessen über ein akzeptables Maß hinaus gestiegen waren.³⁹⁶ Infolgedessen wurde *Lord Woolf* beauftragt, einen Bericht und eventuelle Verbesserungsmöglichkeiten für das Zivilprozessrecht vorzulegen. Dies hat er in Form eines „interim report“³⁹⁷ und eines „final report“³⁹⁸, die beide den Titel „Access to Justice“³⁹⁹ tragen, getan. Auf deren Grundlage wurde im Jahr 1997 der *Civil Procedure Act* als gesetzliche Grundlage erlassen, der einer Kommission die Befugnis übertrug, die CPR zu erarbeiten und erlassen.⁴⁰⁰ Die so geschaffenen CPR traten dann im April 1999 in Kraft. Ziel dieser Reform war nicht weniger, als das englische Zivilprozessrecht grundlegend zu reformieren, um dessen Schwächen zu beheben.⁴⁰¹ Dazu wurden mit den CPR zum ersten Mal in der englischen Rechtsgeschichte kodifizierte Regelungen zum Zivilverfahren erlassen, die an allen englischen Gerichten Geltung beanspruchen. Diese sind trotz aller zwischenzeitlichen Reformen nach wie vor in Kraft.

Die von *Lord Woolf* als entscheidende Schwächen des *Adversary System* ausgemachten Probleme – zu große Ungleichheit, zu hohe Kosten, zu große Unsicherheit, zu geringe Geschwindigkeit, zu hohe Komplexität, zu ausgeprägte Fragmentierung und zu ausgeprägte Streitkultur⁴⁰² – sollten durch einen Kulturwandel behoben werden. Die Gerichte sollten nun die neue *overriding objective*, eine Art übergeordneter Zweck, verwirklichen:

„to deal with cases justly“ (CPR 1.1 (1)).

Freilich ist hiermit noch nicht viel gesagt, schließlich dürfte jede Prozessrechtsordnung als Ziel haben, Fälle gerecht zu behandeln.⁴⁰³ Daher wird CPR 1.1 (2) (i.d.F. v. 01.04.1999) auch sogleich deutlicher und erklärt, was mit „to deal with cases justly“ gemeint ist.⁴⁰⁴ Kernstück und wesentliche Neuerung ist aber CPR 1.4 (1):

³⁹⁶ Siehe hierzu *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.65 ff.; *Peysner*, C.J.Q. 1999, 113, 115 f.; *Rumberg/Eicke*, RIW 1998, 19; *Sobich*, JZ 1999, 775, 775 f.

³⁹⁷ *Woolf*, *Access to justice: interim report*.

³⁹⁸ *Woolf*, *Access to justice: final report*.

³⁹⁹ Zur doppelten Bedeutung von *Justice* siehe oben S. 102, Fn. 118.

⁴⁰⁰ *Civil Procedure Act* 2.1.

⁴⁰¹ *Woolf*, *Access to justice: final report*, S. 4; *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 27 ff., 161 ff.; *Andrews*, C.J.Q. 2000, 19, 23 ff.; *ders.*, in: *Reform of Civil Procedure*, S. 169, 173 ff.; *Jolowicz*, C.J.Q. 1996, 198, 209 f.; *ders.*, I.C.L.Q. 2003, 281, 286 ff.; *Neuberger*, C.J.Q. 2015, 237, 238 f.; *Schneider*, IWRZ 2018, 195; *Sobich*, JZ 1999, 775, 775 ff.; *Stürner*, ZVglRWiss 2000, 310, 313 ff.; *Zuckerman*, M.L.R. 1996, 773, 781 ff.; *ders.*, ZZPInt 2 (1997), 31, 32.

⁴⁰² *Woolf*, *Access to justice: interim report*, S. 7 ff.

⁴⁰³ Vgl. nur *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.21; *Dwyer*, in: *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, S. 65.

⁴⁰⁴ CPR 1.1(2): *Dealing with a case justly includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance*

„The court must further the overriding objective by actively managing cases.“

Die dementsprechenden Befugnisse hierzu sind durchaus vergleichbar mit den Befugnissen zur (formellen) Verfahrensleitung der deutschen Gerichte. Ein aktives *case management* war dem englischen Zivilprozessrecht bisher völlig fremd, sodass diese bewusste und gezielte Verlagerung von Macht von den Parteien zu den Gerichten besagte Revolution war.⁴⁰⁵ Teilweise wird sogar vertreten, dass durch die neue *overriding objective* ein vollständig neuer Zweck des Zivilprozessrechts eingeführt wurde.⁴⁰⁶ Dem ist zwar teilweise widersprochen worden,⁴⁰⁷ dennoch lässt sich der grundlegende Kulturwandel nicht von der Hand weisen. Ein weiterer zentraler Punkt neben den Befugnissen bzw. Verpflichtungen der Gerichte zum *case management* war die Einführung drei verschiedener *Tracks*, die dazu führen sollten, dass Verfahren entsprechend ihres Streitwerts auf unterschiedliche und angemessene Weise behandelt werden. Für Verfahren mit geringem Streitwert steht der *small claims track* zur Verfügung, Verfahren mit höherem Streitwert, aber geringer Komplexität werden auf dem *fast track* behandelt, während der *multi track* großen und komplexen Verfahren vorbehalten ist.

Allerdings war die Einführung der CPR nicht das Ende der Reformen des englischen Zivilprozessrechts. Vielmehr stellte man alsbald fest, dass das Problem exorbitanter Kosten und langwieriger Prozesse, das eine oftmals bedingt durch das andere, nicht behoben war.⁴⁰⁸

b) *Jackson Reports and Reforms*

Nachdem zehn Jahre nach Einführung der CPR die Kosten eines Rechtsstreits noch immer als großes Problem gesehen wurden,⁴⁰⁹ wurde im November 2008

of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.

⁴⁰⁵ Statt vieler *Woolf*, Access to justice: interim report, S. 7 ff.; *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.85 ff. 11.32 ff.; *Andrews*, C.J.Q. 2000, 19, 23 ff.; *Jolowicz*, C.J.Q. 1996, 198; *Turner*, in: *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, S. 77, 82 ff. und passim; *Zuckerman*, *ZZPInt* 2 (1997), 31, 32 (jeweils m.w.N.).

⁴⁰⁶ *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 101 ff. Danach ist der klassische Zweck des englischen Zivilprozesses, *achieving substantive justice*, durch einen neuen Zweck, *proportionate justice*, ersetzt worden.

⁴⁰⁷ Etwa vom Court of Appeal, der nach der Reform nach wie vor *substantive justice* als wesentlichen Zweck ansah: *Hannigan v Hannigan & Others* [2000] 2 FCR 650; *Sayers v Clarke-Walker* [2002] 1 WLR 3095; *B v B* [2005] EWCA Civ 237.

⁴⁰⁸ Vgl. *Jackson*, Preliminary Report, S. 2; *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 201.

⁴⁰⁹ Siehe etwa die Rede des damaligen Justice Secretary *Jack Straw* beim *Labour Party Congress* am 21.09.2008: „Conference, I am concerned about another element of legal

Lord Jackson beauftragt, grundlegende Untersuchungen zu den Kosten im Zivilprozess vorzunehmen. Aus dieser Untersuchung sind im Jahre 2009 mehrere Berichte hervorgegangen,⁴¹⁰ die wiederum Reformvorschläge enthielten.⁴¹¹ Diese wurden allerdings erst im April 2013 umgesetzt. Von den zahlreichen Anpassungen sind für die hiesige Arbeit vor allem zwei Änderungen relevant:⁴¹² Einerseits wurden die Folgen bei Verstößen gegen das Prozessrecht verschärft. Andererseits sollten Gerichte nochmals auf besseres *case management* fokussiert werden, um eine proportionale Allokation der Ressourcen zu den einzelnen Rechtsstreitigkeiten zu gewährleisten.

aa) *Proportionate cost*

Um die Fokussierung der Gerichte auf besseres *case management*, auf „proportionate justice“⁴¹³ zu gewährleisten, wurde sogar die *overriding objective* angepasst. Statt „to deal with cases justly“ als zentraler Aufgabe der Gerichte heißt es in CPR 1.1 (1) nun: „to deal with cases justly and at proportionate cost“⁴¹⁴. Hierdurch wird die besondere Wichtigkeit der Kostenproportionalität hervorgehoben und den Gerichten der Auftrag gegeben, dieser gesteigerte Beachtung zu verschaffen.⁴¹⁵ Nachdem die Gerichte mit den Aufgaben und Befugnissen zum *case management* eher zurückhaltend umgegangen waren und dies das Kostenproblem nicht gelöst hatte, wurden die Befugnisse des Gerichts noch einmal erweitert. CPR 1.1 (2), der die Befugnisse des Gerichts zum *case management* allgemein umschreibt, wurde ergänzt: „Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable[...] (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders“⁴¹⁶. Doch

services – “No win, no fee“ arrangements. It’s claimed they have provided greater access to justice, but the behaviour of some lawyers in ramping up their fees in these cases is nothing short of scandalous. So I am going to address this and consider whether to cap more tightly the level of success fees that lawyers can charge.“, abrufbar unter: <http://www.ukpol.co.uk/jack-straw-2008-speech-to-labour-party-conference/> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019). Ebenfalls zitiert von *Jackson*, Preliminary Report, S. 2. Daneben etwa *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 201; *Cook*, A simple solution to the ludicrous lottery of litigation costs, *The Times v.* 26.02.2002; *Sorabji*, C.J.Q. 2013, 213, 213 ff.; *Zuckerman*, C.J.Q. 2010, 263, 263 f.

⁴¹⁰ *Jackson*, Preliminary Report; *Jackson*, Final Report.

⁴¹¹ Vgl. *Hodges*, in: England and Wales: Summary of the Jackson Costs Review, S. 303, 306 ff.

⁴¹² Zu den sonstigen Bestandteilen der Reform siehe aber *Hodges*, Reform of Civil Procedure, Costs and Funding, S. 15 ff.

⁴¹³ *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 136.

⁴¹⁴ Hervorhebung vom Autor.

⁴¹⁵ *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 214 ff. ist der Auffassung, hauptsächliches Ziel der Änderung der *overriding objective* sei gewesen, die Gerichte zu erziehen („educating the traditionalists“).

⁴¹⁶ Hervorhebung vom Autor.

auch in CPR 3.12 – 3.18 sowie in CPR 44 ff. haben sich Änderungen ergeben.⁴¹⁷ So müssen Parteien nach den neuen CPR nun in vielen Verfahren ein *costs budget*⁴¹⁸ bei Gericht einreichen, damit das Gericht eventuell erforderliche Maßnahmen treffen kann. Parteien sind verpflichtet, sich an das Budget zu halten.

bb) Enforcing compliance with rules

Von höchster Relevanz ist die Änderung, die ebenfalls in CPR 1.1 (2) aufgenommen wurde: die deutliche Verschärfung der Folgen von Verstößen gegen das Prozessrecht. Eine solche Sanktionierung war dem englischen Zivilprozessrecht eigentlich traditionell fremd.⁴¹⁹ Vielmehr sah das Prozessrecht keine wirklichen Sanktionsmöglichkeiten vor; stattdessen mussten die Parteien eine entsprechende Sanktion, etwa ein *striking out*,⁴²⁰ beantragen, die das Gericht aber nur selten gewährte. Selbst dort, wo das Prozessrecht Sanktionen vorsah, konnte das Gericht auf Antrag der verstoßenden Partei *relief from sanctions*⁴²¹ gewähren. Ein solcher *relief* wurde im Regelfall gewährt, es sei denn, es kamen außergewöhnliche Umstände, wie etwa ein Schaden beim Prozessgegner hinzu.⁴²² Dies hat sich nun geändert. Statt eines langen Katalogs an Faktoren, die das Gericht bei der Frage, ob ein *relief from sanctions* zu gewähren ist, zu berücksichtigen hatte,⁴²³ enthält CPR 3.9 (1) nun nur noch zwei Auslegungsmerkmale:

„On an application for relief from any sanction imposed for a failure to comply with any rule, practice direction or court order, the court will consider all the circumstances of the case, so as to enable it to deal justly with the application, including the need –

⁴¹⁷ *Hodges*, Reform of Civil Procedure, Costs and Funding, S. 15 ff.

⁴¹⁸ Eine Aufstellung der erwarteten Kosten des Rechtsstreits in einem bestimmten Formular.

⁴¹⁹ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 11.32 ff.

⁴²⁰ Vergleichbar mit der Präklusion im deutschen Recht.

⁴²¹ Ein Absehen von Sanktionen im Ermessen des Gerichts.

⁴²² *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 11.32 ff. Siehe auch *Birkett v James* [1978] AC 297, 318; *Department of Transport v Chris Smaller (Transport) Ltd* [1989] AC 1197, 1207.

⁴²³ „On an application for relief from any sanction imposed for a failure to comply with any rule, practice direction or court order the court will consider all the circumstances including (a) the interests of the administration of justice; (b) whether the application for relief has been made promptly; (c) whether the failure to comply was intentional; (d) whether there is a good explanation for the failure; (e) the extent to which the party in default has complied with other rules, practice directions, court orders and any relevant pre-emption protocol; (f) whether the failure to comply was caused by the party or his legal representative; (g) whether the trial date or the likely trial date can still be met if relief is granted; (h) the effect which the failure to comply had on each party; and (i) the effect which the granting of relief would have on each party.“

(a) for litigation to be conducted efficiently and at proportionate cost; and
 (b) to enforce compliance with rules, practice directions and orders.“

Das Gericht muss also bei der Entscheidung über *relief from sanctions* hauptsächlich beachten, dass sich die proportionale Ressourcenallokation im Zivilprozessrecht verbessert, indem die Einhaltung der Verfahrensvorschriften durch die Parteien durchgesetzt wird.

cc) *Mitchell v News Group Newspapers Ltd*

Daran orientierte sich der *Court of Appeal* auch, als er im Fall *Mitchell v News Group Newspapers Ltd* über einen Antrag auf *relief from sanctions* zu entscheiden hatte.⁴²⁴ Die Anwälte von *Mitchell*, dem Kläger, hatten in Verstoß gegen eine *Practice Direction*⁴²⁵ das Kostenbudget (s.o.) zu spät eingereicht. Daraufhin hatte *Justice McCloud* der *Queens Bench Division* die Rechtsfolge von CPR 3.14 entsprechend angewandt, wonach derjenige, der kein *costs budget* einreicht, behandelt wird, als hätte er ein solches eingereicht, das nur die Gerichtskosten aufführt.⁴²⁶ Der dagegen gerichtete Antrag auf *relief from sanctions* gemäß CPR 3.9 wurde von der Richterin unter Verweis auf das neue Verständnis abgelehnt.⁴²⁷ Diesbezüglich hatte der Kläger nun den *Court of Appeal* angerufen. Dort erhielt er eine deutliche Absage. Statt des früheren Ansatzes, fast immer ein *relief from sanctions* zu gewähren, sollten die Gerichte dies nur noch tun, falls es hierfür einen guten Grund gebe.⁴²⁸ Das einfache Übersehen einer Frist wegen Überarbeitung sei aber kein solcher Grund. Würden Verzögerungen toleriert, so wäre der lasche Umgang mit prozessrechtlichen Vorschriften, den die Jackson Reforms ändern wollten, nicht behoben.⁴²⁹ Insgesamt stellt der *Court of Appeal* fest: „The new more robust approach that we have outlined above will mean that from now on relief from sanctions should be granted more sparingly than previously.“⁴³⁰ Der *Court of*

⁴²⁴ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 27.11.2013, [2014] 1 W.L.R. 795.

⁴²⁵ Eine Art verbindliche Auslegungshilfe für die Civil Procedure Rules.

⁴²⁶ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 18.06.2013, [2013] EWHC 2179 (QB), Rn. 15 ff.

⁴²⁷ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 01.08.2013, [2013] EWHC 2355 (QB), Rn. 65: „The stricter approach under the Jackson reforms has been central to this judgment. It would have been far more likely that prior to 1 April 2013 I would have granted relief on terms, and in view of the absence of authority on precisely how strict the courts should be and in what circumstances, I shall grant permission to appeal to the claimant of my own motion“.

⁴²⁸ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 27.11.2013, [2014] 1 W.L.R. 795, 806.

⁴²⁹ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 27.11.2013, [2014] 1 W.L.R. 795, 807.

⁴³⁰ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 27.11.2013, [2014] 1 W.L.R. 795, 807. Danach geht der *Court of Appeal* noch auf zwei weitere Entscheidungen ein, in denen die Untergerichte dies nach Einführung der Jackson Reforms noch nicht getan hatten und kritisiert dies.

Appeal erachtet diese Entscheidung als notwendig, um eine Veränderung in der Prozesskultur zu erreichen.⁴³¹ Auch wenn die Gerichte die in *Mitchell* dargelegten Grundsätze inzwischen etwas abgemildert haben,⁴³² so zeigt sich doch: Die Veränderung in den dem Prozessrecht zugrundeliegenden Grundsätzen wird nun energischer durchgesetzt.

c) Abbau der *Legal Aid* und Anstieg der Zahl von *Litigants in Person*

Eine letzte hier zu behandelnde Änderung des englischen Zivilprozessrechts betrifft den Abbau der *Legal Aid*, vergleichbar mit der Prozesskostenhilfe in Deutschland. Im Jahr 2011 waren die Ausgaben für *Legal Aid* in England mit 39 Pfund pro Kopf,⁴³³ im Vergleich zu ca. 5 Euro pro Kopf in Deutschland im Jahr 2010,⁴³⁴ extrem hoch. Dies nahm die konservativ/liberale Regierungskoalition zum Anlass, die Ausgaben für *Legal Aid* drastisch zu kürzen, indem im Jahr 2013 gesamte Rechtsbereiche von der Liste der Streitigkeiten, für die Unterstützung gewährt wird, gestrichen wurden.⁴³⁵ Dies ist teilweise heftig kritisiert worden.⁴³⁶

Etwa zeitgleich war in England ein großer Anstieg⁴³⁷ von nicht anwaltlich vertretenen Parteien vor Gericht zu erkennen.⁴³⁸ Dies führte dazu, dass wiederum mehrere *Reports* zu dieser Problematik in Auftrag gegeben wurden.⁴³⁹ Auch in der englischen Politik ist dieses Problem angekommen, wie etwa der

⁴³¹ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 27.11.2013, [2014] 1 W.L.R. 795, 809.

⁴³² Vgl. hierzu *Denton v TH White* [2014] EWCA Civ 906.

⁴³³ International Comparisons of Public Expenditure on Legally Aided Services, Ministry of Justice 2011, S. 2, abrufbar unter: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217430/international-legal-aid-comparisons.pdf (zuletzt abgerufen am 01.07.2018).

⁴³⁴ Gesamtausgaben von 410.746.208 Euro (RegE eines Gesetzes zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts v. 14.11.2012, BT-Drucks. 17/11472, S. 20) bei einer Gesamtbevölkerung von 81.752.000 Menschen (Bevölkerung – Zahl der Einwohner in Deutschland von 2002 bis 2015 (in 1.000), statista, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1217/umfrage/entwicklung-der-gesamtbevoelkerung-seit-2002/>) (zuletzt abgerufen am 01.06.2019) entsprechen 5,02 Euro pro Person.

⁴³⁵ Hierzu im Detail *Hodges*, Reform of Civil Procedure, Costs and Funding, S. 13 ff.

⁴³⁶ *Palmer u. a.*, Access to Justice, S. 4 f.: „the crudest of strategies“.

⁴³⁷ Ob ein – zugegebenermaßen naheliegender – Kausalzusammenhang zwischen Kürzung von *Legal Aid* und gestiegenen Zahlen nicht repräsentierter Parteien besteht, ist nicht geklärt.

⁴³⁸ Vgl. The Judicial Working Group on Litigants in Person: Report, Juli 2013, S. 3, 6 ff.; *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 413 ff.; *Sorabji*, ELR 2015, 159, 164 ff.; *Zuckerman*, C.J.Q. 2014, 355, 355 ff. Eine § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO entsprechende Vorschrift oder Rechtsregel kennt das englische Zivilprozessrecht nicht.

⁴³⁹ Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants), A Report and Series of Recommendations to the Lord Chancellor and to the Lord Chief Justice, November 2011; The Judicial Working Group on Litigants in Person: Report, Juli 2013.

Report des *Lord Chief Justice* von 2016⁴⁴⁰, dessen jährliche Pressekonferenz⁴⁴¹ oder ein *Briefing Paper* für das *House of Commons*⁴⁴² zeigen. *Litigants in Person* (LIP) durften schon länger von sog. *McKenzie friends* unterstützt werden, nichtanwaltliche Parteien typischer- aber nicht notwendigerweise mit gewissen Rechtskenntnissen, die die nicht anwaltlich vertretene Partei unterstützen.⁴⁴³ Dies war und ist aber gewissen Bedenken und entsprechenden Reformdebatten unterworfen.⁴⁴⁴ Auch einige Regularien bzw. gewohnheitsmäßige Verfahrensweisen wurden angesichts der Schwierigkeiten, die sich durch die hohe Zahl an LIP stellen, verändert.⁴⁴⁵ So wurde am *High Court* ein System von *pro bono*-Rechtsberatung und -vertretung eingeführt.⁴⁴⁶ Daneben trat auch eine neue Vorschrift, CPR 3.1A, in Kraft, die die *case management*-Befugnisse der Gerichte in Fällen anpasst, in denen mindestens eine Partei ohne anwaltliche Vertretung ist. In diesen Fällen sind die Gerichte und die Parteien gehalten, standardisierte Formulare für das *case management* zu verwenden, CPR 3.1A (3). Besonders interessant ist aber CPR 3.1A (4): „The court must adopt such procedure at any hearing as it considers appropriate to further the overriding objective.“. Diese neue Regelung ist in der englischen Rechtswissenschaft interessiert zur Kenntnis genommen worden, bietet sie doch potentiell sehr weite Möglichkeiten, das Verfahren auszugestalten.⁴⁴⁷ Insgesamt dürfte die Debatte um LIP im englischen Zivilprozessrecht ihren Höhepunkt noch nicht erreicht haben.

d) Zusammenfassung

Damit zeigt sich: Der englische Zivilprozess hat sich in den letzten 20 Jahren einerseits massiv verändert und mit neuen Herausforderungen zu kämpfen.

⁴⁴⁰ The Lord Chief Justice's Report 2016, S. 19, abrufbar unter: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/11/lcj-report-2016-final-web.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

⁴⁴¹ Transkript der Pressekonferenz des Lord Chief Justice vom. 30.11.2016, S. 5, abrufbar unter: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/11/lcj-annual-press-conference-2016-transcript-1.pdfpdf-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

⁴⁴² *Grimwood*, *Litigants in person: the rise of the self-represented litigant in civil and family cases*.

⁴⁴³ Benannt nach *McKenzie v McKenzie* [1970] 3 WLR 472. Vergleichbar in etwa mit dem Beistand nach § 90 ZPO.

⁴⁴⁴ *Reforming the courts' approach the McKenzie Friends. A Consultation*, Lord Chief Justice, 2016, abrufbar unter: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/02/mf-consultation-paper-feb2016-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

⁴⁴⁵ *Hodges*, *Reform of Civil Procedure, Costs and Funding*, S. 20.

⁴⁴⁶ *Sorabji*, *ELR* 2015, 159, 166 f.

⁴⁴⁷ *Sorabji*, *ELR* 2015, 159, 166 f.; *Hodges*, *Reform of Civil Procedure, Costs and Funding*, S. 20.

Andererseits geben die Gerichte das Verständnis vom englischen Zivilprozess als *adversary system* nicht leichtfertig auf.

III. Entwicklung der Rolle des Richters im englischen Zivilprozess

Die soeben skizzierten Reformen haben – das wird bei Lektüre des vorangegangenen Abschnitts schon deutlich – erhebliche Auswirkungen auf die Rolle des Richters im englischen Zivilprozess. Die folgende Analyse muss sich weitestgehend auf Textquellen stützen. Trotz einiger Hintergrundgespräche mit praktizierenden Juristen in England hat eine empirische Analyse durch den Autor nicht stattgefunden.⁴⁴⁸

1. Rolle des Richters im klassischen Prozess des *Adversary System*

Mit dem Verständnis des *Adversary System* als formales Prozessrechtssystem⁴⁴⁹ ging das korrespondierende Bild des Richters und dessen Aufgaben einher. Der nach dem klassischen Verständnis optimale Richter ist überhaupt nicht in den Prozess des „Fact-Finding“ eingebunden. Er befragt keine Zeugen, ordnet nicht die Vorlage von Dokumenten an, befragt die Parteien oder deren Anwälte nicht. Er beruft keine Sachverständigen, vermittelt keinen Vergleich oder sonstige Einigungen zwischen den Parteien, er verlässt sich darauf, dass von den Parteien das für den Fall relevante Recht vorgetragen wird und wendet auch nur dieses Recht auf den Fall an. Er greift auch sonst – von rein verfahrensleitenden und klarstellenden Maßnahmen abgesehen – nicht in den inneren Ablauf des Verfahrens ein.⁴⁵⁰ Kurz: Der Richter im klassischen englischen Zivilprozess hat keine aktive Rolle bei der Einleitung, Vorbereitung, Durchführung und Ausgestaltung des Zivilprozesses, sowohl vor als auch während der Verhandlung, ebenso im Falle eines Rechtsmittels.⁴⁵¹

Im besten Fall hat er sich vor einem Haupttermin nicht einmal in die Unterlagen eingelesen, sodass beide Parteien versuchen, den Richter mit ihrem *Case* zu überzeugen, und der Richter nur aufgrund des passiv entgegengenommenen Inhalts der Verhandlung entscheidet. Mit anderen Worten: Ein uninformierter Richter, quasi als Äquivalent zur Jury, ist ein guter Richter.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Dem Autor wurden zudem dankenswerterweise Interviews mit englischen Richtern, die von Mitarbeitern des *Centre for Socio-Legal Studies* an der *University of Oxford* unter Leitung von *Dr. Marina Kurkchiyan* durchgeführt wurden, zur Analyse überlassen.

⁴⁴⁹ Siehe soeben Kapitel 5, C. II. 1.

⁴⁵⁰ Zum Ganzen nur *Andrews*, in: *Reform of Civil Procedure*, S. 169, 171; *ders.*, C.J.Q. 2000, 19, 22; *Dreymüller*, ZVglRWiss 2002, 471, 472 ff.; *Jolowicz*, C.J.Q. 1996, 198, 199 f.; *Stürner*, ZVglRWiss 2000, 310, 326 f.

⁴⁵¹ Beispielhaft *Jacob*, *The fabric of English civil justice*, S. 12.

⁴⁵² Vgl. *Jacob*, *The fabric of English civil justice*, S. 9 ff.; *Andrews*, in: *Reform of Civil Procedure*, S. 169, 177; *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 426; *Jolowicz*, C.L.J. 2008, 508, 514

Dieses Bild dürfte wohl auf eine große Sorge vor Voreingenommenheit des Richters zurückzuführen sein.⁴⁵³ Dies lässt sich mit zwei berühmt gewordenen *Dicta* illustrieren. Zum einen hat *Lord Greene* ausgeführt:

„A judge who observes the demeanour of the witnesses while they are being examined by counsel has from his detached position a much more favourable opportunity of forming a just appreciation than a judge who himself conducts the examination. If he takes the latter course he, so to speak, descends into the arena and is liable to have his vision clouded by the dust of the conflict. Unconsciously he deprives himself of the advantage of calm and dispassionate observation.“⁴⁵⁴

In den Worten von *Lord Denning* lässt sich die Rolle des Richters wie folgt beschreiben:

„The judge’s part in all this is to hearken to the evidence, only himself asking questions of witnesses when it is necessary to clear up any point that has been overlooked or left obscure; to see that the advocates behave themselves seemly and keep to the rules laid down by law; to exclude irrelevancies and discourage repetition; to make sure by wise intervention that he follows the points that the advocates are making and can assess their worth; and at the end to make up his mind where the truth lies. If he goes beyond this, he drops the mantle of a judge and assumes the robe of an advocate; and the change does not become him well.“⁴⁵⁵

In beiden Abschnitten wird die Angst, dass der Richter sich entweder zum Anwalt einer der Parteien aufschwingen könnte oder durch seine aktive Beteiligung am Prozessgeschehen unfreiwillig in eine voreingenommene Position gedrängt werden könnte, deutlich. Diese Befürchtung ist auch in jüngerer Zeit erneut geäußert worden.⁴⁵⁶

Insgesamt lässt sich damit sagen: Die Rolle des Richters war die des passiven Schiedsrichters, der auf die Einhaltung der Regeln des Wettstreits vor Gericht achtete, aber bei allen Angelegenheiten, die inhaltlich etwas mit dem Verfahren zu tun haben, wenig Macht hatte. Eine formelle – oder gar materielle – Prozessleitung (*case management*) durch das Gericht fand kaum oder gar nicht statt.

2. Veränderung der Rolle des Richters durch die Reformen

a) Einfluss der Einführung der CPR

Im Rahmen der *Woolf-Reforms* wurden dem Richter verschiedene neue Aufgaben zugewiesen und Befugnisse verliehen. Diese beeinflussen naturgemäß auch dessen Rolle im Prozess.

⁴⁵³ *Jacob*, *The fabric of English civil justice*, S. 11; *Stürner*, *ZVglRWiss* 2000, 310, 327; *Zuckerman*, *C.J.Q.* 2014, 355, 358 ff.

⁴⁵⁴ *Yuill v Yuill* [1945] P. 15, 20.

⁴⁵⁵ *Jones v National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55, 64.

⁴⁵⁶ Vgl. *Zuckerman*, *C.J.Q.* 2014, 355, 358 ff.

aa) *Neue Informiertheit des Richters*

Teilweise wurde befürchtet, die neuen Aufgaben des *case management* würden die hierzu nicht ausgebildeten Richter überfordern oder eine überaus hohe Zahl an Richtern erforderlich machen.⁴⁵⁷ Tatsächlich sind die Anforderungen, die das neue Prozessrecht mit seinen Aufgaben und Befugnissen zum *case management* an die Richter stellt, andere als vor der Reform. Konnte bzw. sollte der Richter früher den Prozess passiv verfolgen, muss er nun aktiv eingreifen. Dies war sogar erklärtermaßen hauptsächliches Ziel der *Woolf-Reforms*.⁴⁵⁸ Dieses aktive Eingreifen, etwa um zu entscheiden, auf welchen *track* ein Fall verwiesen wird, in welchem Umfang *discovery* erforderlich ist oder welche Punkte des Rechtsstreits wirklich entscheidend sind, erfordert eine Auseinandersetzung mit dem Rechtsstreit in einer frühen Phase.⁴⁵⁹ Dies ist eine wesentliche Abkehr vom oben skizzierten Idealbild des uninformierten Richters als Äquivalent zur Jury.⁴⁶⁰

bb) *Neue Befugnisse zum case management – Aktive Verfahrensleitung*

Doch nicht nur in der neuen Informiertheit des Richters liegt eine wesentliche Veränderung seiner Rolle. Auch die Befugnisse zum *case management* generell sind neu. Während die zuerst genannte Veränderung vor allem das Selbstverständnis und Rollenbild der englischen Richterschaft betrifft, beeinflussen die Befugnisse zum *case management* den Arbeitsalltag massiv. Allerdings bedeutet das *case management* nicht, dass das Gericht plötzlich für Einleitung, Inhalt oder Substanz des Verfahrens zuständig wäre. Vielmehr sind die entsprechenden Befugnisse eher vergleichbar mit den Befugnissen zur formellen Verfahrensleitung der deutschen Gerichte.⁴⁶¹ Es werden Termine bestimmt, Schriftsatzfristen aufgegeben oder die Herausgabe von Dokumenten angeordnet.⁴⁶² Spannend war vor allem, wie die Gerichte die Vorgabe interpretierten, wonach sie der *overriding objective* durch aktive Verfahrensleitung Geltung verschaffen sollten.⁴⁶³

⁴⁵⁷ Vgl. *Zuckerman*, J. Law & Soc. 1995, 155, 172; *ders.*, M.L.R. 1996, 773, 781.

⁴⁵⁸ *Woolf*, Access to justice: final report, S. 1 ff.; *ders.*, Access to justice: interim report, S. 7 ff.

⁴⁵⁹ *Andrews*, in: Reform of Civil Procedure, S. 169, 180 f.; *Jolowicz*, C.J.Q. 1996, 198, 209 f.; *Turner*, in: The Civil Procedure Rules Ten Years On, S. 77, 82; *Zuckerman*, J. Law & Soc. 1995, 155, 173; *ders.*, ZZPInt 2 (1997), 31, 32.

⁴⁶⁰ Siehe oben Kapitel 5, C. III. 1.

⁴⁶¹ Siehe schon Kapitel 5, C. II.2. a). Siehe zum Vergleich auch *Schneider*, IWRZ 2018, 195.

⁴⁶² *Assy*, Injustice in Person, S. 115 f.

⁴⁶³ CPR 1.4 (1): „The court must further the overriding objective by actively managing cases“.

cc) *Maltez v Lewis*

Einen ersten Eindruck gab die Entscheidung des *High Court* in Person des späteren *Master of the Rolls* und *President of the Supreme Court*, *Lord David Neuberger*, in der Rechtssache *Maltez v Lewis*.⁴⁶⁴ Die Klägerin *Maltez* hatte beantragt, dass es dem Beklagten *Lewis* durch Ausübung der *case management*-Befugnisse untersagt wird, sich von einem „leading and/or senior counsel“ im Prozess vertreten zu lassen. Sie selbst sei nur von einem „junior counsel“ mit wesentlich geringerer Berufserfahrung vertreten. Das Gericht solle dies aufgrund der Vorgabe tun, wonach es dafür zu sorgen hat, dass die Parteien „on an equal footing“ sind. *Lord Neuberger* verweigerte dies jedoch mit dem Hinweis auf das fundamentale Recht, sich seinen Anwalt selbst auszusuchen.⁴⁶⁵ Dies tat er aber nicht, ohne darauf hinzuweisen, dass die Befugnisse des Gerichts wesentlich erweitert worden seien und diese im vorliegenden Fall nur in besagtem fundamentalen Recht jeder freien Gesellschaft ihre Grenze finden.⁴⁶⁶ Interessant ist auch, was *Lord Neuberger* daneben noch zur *overriding objective* zu sagen hatte – dazu aber später mehr.⁴⁶⁷

dd) *Schmidt v Wong*

Ein weiteres Urteil, in dem die Herangehensweise der Gerichte an die neuen Befugnisse deutlich wurde, aber auch Stellung bezüglich des Selbstverständnisses der englischen Richterschaft nach den Woolf-Reforms bezogen wurde, ist *Schmidt v Wong* des *Court of Appeal*.⁴⁶⁸ Hier hatte die Klägerin des Ausgangsverfahren eine *Freezing Order*⁴⁶⁹ beantragt. Diese konnte vom Richter am *County Court* aus Zuständigkeitsgründen nicht erlassen werden und wurde deshalb abgelehnt.⁴⁷⁰ Die Klägerin wandte sich daher an den *Court of Appeal*. Sie trug vor, dass der Richter die Sache aufgrund der neuen Befugnisse zum

⁴⁶⁴ *Maltez v Lewis* [1999] WL 477524. Zur Erinnerung: Die *overriding objective* lautete zu diesem Zeitpunkt: „enabling the court to deal with cases justly“ (CPR 1.1 (1)) mit einer Klarstellung, dass dies auch beinhaltet, „ensuring that the parties are on an equal footing“ (CPR 1.1 (2)).

⁴⁶⁵ *Maltez v Lewis* [1999] WL 477524.

⁴⁶⁶ *Maltez v Lewis* [1999] WL 477524: „So far as jurisdiction is concerned, I accept that the new CPR represent a radical change in the court’s powers, particularly in terms of its jurisdiction to manage cases. The extent of the court’s case management powers has been substantially extended [...]. I do not consider that the CPR, while accepting that they confer (and are intended to confer) very wide new powers on the court, could or should be interpreted so as to cut down, let alone so as to remove, that right.“

⁴⁶⁷ Siehe sogleich Kapitel 5, C. IV. 2.

⁴⁶⁸ *Schmidt v Wong* [2006] 1 W.L.R. 561.

⁴⁶⁹ Eine Anordnung des Gerichts, die dem Empfänger untersagt, gewisse Teile seines Vermögens zu veräußern, um den Vollstreckungszugriff zu gewährleisten, ähnlich dem dinglichen Arrest nach § 916 ZPO.

⁴⁷⁰ *Schmidt v Wong* [2006] 1 W.L.R. 561, 563.

case management von sich aus an den zuständigen *High Court* hätte verweisen sollen.⁴⁷¹

Dies wies der Court of Appeal zurück:

„While the Woolf reforms have in procedural matters brought a very welcome change from the former position when the judge was more or less a spectator of an agenda set by the parties and have given the judge much more latitude to intervene, at the same time *they have not so altered the English view of a judge's role* as to place on him responsibility for identifying the appropriate or possible form of relief when the applicant has not done so. Such an obligation may arise in a very limited category of cases, [...] [b]ut it goes beyond all reason to say that Judge Harris QC erred in law when he did not take that step in this case“.⁴⁷²

ee) *Southwark LBC v Kofi-Adu*

Zuletzt sei kurz auf die Entscheidung *Southwark LBC v Kofi-Adu* des *Court of Appeal* eingegangen.⁴⁷³ In dieser Mietrechtsstreitigkeit hatte sich der erstinstanzlich zuständige Richter in besonders aktiver Weise in das Verfahren eingebracht. So hatte er – neben einer erkennbaren Voreingenommenheit⁴⁷⁴ – in wesentlichen Teilen die Befragung von Zeugen übernommen,⁴⁷⁵ an verschiedenen Stellen erkennen lassen, dass er mit den Ausführungen von Zeugen und Anwälten nicht einverstanden war,⁴⁷⁶ und versucht, die Streitigkeit auf bestimmte Punkte zu begrenzen.⁴⁷⁷ Der *Court of Appeal* missbilligte neben dem Umgang mit der Anwältin der Klägerin und der erkennbaren Voreingenommenheit auch die Prozessleitung des Richters am *County Court*.⁴⁷⁸ Er zitierte hierbei auch die *Lords Denning* und *Greene*,⁴⁷⁹ um das klassische Richterbild des englischen *adversary system* zu illustrieren. Hierbei wies er auch darauf hin, dass die Richterschaft inzwischen dazu neigt, deutlich proaktiver und interventionistischer zu sein als zu Zeiten der *Lords Denning* und *Greene*, was durch die Einführung der CPR befördert worden sei.⁴⁸⁰ Nichtsdestotrotz bestehe das Risiko eines getrübbten Blicks für die Fakten bei einem aktiven Eingreifen in den Prozess nach wie vor. Für den vorliegenden Prozess war der *Court of Appeal* der Auffassung, dass sich dieses Risiko verwirklicht hatte:

⁴⁷¹ Schmidt v Wong [2006] 1 W.L.R. 561, 563.

⁴⁷² Schmidt v Wong [2006] 1 W.L.R. 561, 563 f. (Hervorhebung durch den Autor).

⁴⁷³ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281.

⁴⁷⁴ Siehe die Beispiele in Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 49 ff.

⁴⁷⁵ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 53, 55 f.

⁴⁷⁶ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 61, 63 f.

⁴⁷⁷ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 69

⁴⁷⁸ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 142 ff.

⁴⁷⁹ Vgl oben Kapitel 5, C. III. 1. (S. 249) mit. Fn. 454 und 455.

⁴⁸⁰ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 142, 145.

„In the instant case we are left in no doubt that the judge’s constant (and frequently contentious) interventions during the oral evidence [...] served to cloud his vision and his judgment to the point where he was unable to subject the oral evidence to proper scrutiny and evaluation. [...] In our judgment, therefore, the manner in which the judge conducted the trial led to a failure on his part to discharge his judicial function. The flaw in the instant case lies not so much in the decisions themselves as in the way in which the judge reached them, in that he allowed himself not merely to descend into the arena but, once there, to play a substantial part in the interrogation of the witnesses. In effect, he arrogated to himself a quasi-inquisitorial role which [...] is entirely at odds with the adversarial system.“⁴⁸¹

Aus diesen Gründen nahm der *Court of Appeal* an, dass die Entscheidung gegen den Grundsatz des *fair trial* verstößt.⁴⁸²

ff) Zusammenfassende Würdigung

An diesen drei Entscheidungen lässt sich erkennen, dass die Gerichte die neuen Befugnisse zum *case management* zwar erkannten und als willkommen annahmen, allerdings keine fundamentale Rollenverschiebung zu erkennen vermochten. Dies entspricht den Erkenntnissen der englischen Zivilprozessrechtswissenschaft.⁴⁸³ Die Rolle des Richters hat sich dadurch verändert, dass er den formellen und äußeren Ablauf des Verfahrens durch entsprechende Anordnungen gestaltet und reguliert. Keine (wesentliche) Veränderung haben die CPR hinsichtlich der Rolle im nach wie bestehenden *adversary system* gebracht. Der Richter ist immer noch nicht dafür verantwortlich, inhaltlich in das Verfahren einzugreifen, die Parteien hinsichtlich des Verfahrensinhalts zu unterstützen oder generell eine Rolle anzunehmen, die als *inquisitory* zu bezeichnen wäre. Der Richter erhebt nicht selbstständig Beweise, er befragt – regelmäßig – die Zeugen nicht, er regt von sich aus keinen Parteivortrag inhaltlicher Art an und tritt auch sonst in keiner Weise auf, die den Anschein erweckt, er wäre inhaltlich in den Parteiprozess eingebunden.⁴⁸⁴ Dies soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Rolle wesentlich verändert hat und eine aktivere Prozessleitung vorherrscht.

⁴⁸¹ Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 147 f.

⁴⁸² Southwark LBC v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 Rn. 149.

⁴⁸³ Sorabji, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 184 ff., 207 ff.; Arthur, Waikato L. Rev. 2015, 22, 29 f.; Jolowicz, I.C.L.Q. 2003, 281, 287 f., 295; Neuberger, C.J.Q. 2015, 237, 238 f.; Turner, in: The Civil Procedure Rules Ten Years On, S. 77, 82 ff.; Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 358 ff.; ders., C.J.Q. 2015, 1, 2, 5 ff. Vgl. auch aus deutscher, rechtsvergleichender Perspektive Schneider, IWRZ 2018, 195, 196 ff.; Sobich, ZVglRWiss 2004, 69, 84 ff.; Stürner, ZVglRWiss 2000, 310, 327 ff.

⁴⁸⁴ Vgl. auch Stürner, ZVglRWiss 2000, 310, 331; Turner, in: The Civil Procedure Rules Ten Years On, S. 77, 82 ff.; Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 357 f.

b) Auswirkungen der Jackson Reforms

Weniger grundlegend, doch im Detail ebenfalls interessant, sind die Veränderungen, die die *Jackson Reforms* für die Rolle des Richters gebracht haben. Diese haben, wie bereits oben gezeigt, die Waffen der Gerichte, prozessuales Fehlverhalten zu sanktionieren, deutlich geschärft.⁴⁸⁵ Dies stärkt mittelbar auch die Rolle eines Richters, der *case management* betreibt, hat ein Nichtbefolgen seiner Anordnungen nun schließlich Folgen. Im Wesentlichen liegt in den *Jackson Reforms* im Hinblick auf die Rolle der Gerichte im Zivilprozess jedoch ein, nach Ansicht einiger Autoren lange notwendiges,⁴⁸⁶ Nachsteuern zur Betonung der eigentlich schon durch die *Woolf Reforms* eingeführten Befugnisse.⁴⁸⁷ *Sorabji* meint, es ginge hauptsächlich um „educating the traditionalists“.⁴⁸⁸ Die oben dargestellten Auswirkungen, die sich in *Mitchell v News Group*⁴⁸⁹ und anderen Entscheidungen, etwa *Denton v TH White*,⁴⁹⁰ niederschlugen, verändern die Position und Rolle des Richters im Verfahren insoweit, als sie die bestehenden Befugnisse erweitern und verschärfen. Grundlegende Änderungen sind auf legislativer Ebene nicht vorhanden. Nicht zu unterschätzen sind aber die Auswirkungen, die die nochmalige Betonung der Wichtigkeit des *case management* auf dessen tatsächliche Durchführung und Durchsetzung im einzelnen Verfahren hat.

Interessant ist hier auch ein Vergleich zwischen einer jüngeren Gerichtsentscheidung und dem oben dargestellten Fall von *Southwark LBC v Kofi-Adu*.⁴⁹¹ Diese jüngere Entscheidung des *Court of Appeal* in *Shaw v Grouby* betraf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt.⁴⁹² Auch in diesem Fall hatte der Richter des *County Court* aktiv in das Verfahren eingegriffen, rege Zeugen und Sachverständige befragt und hierbei auch teilweise sein Missfallen gegenüber bestimmten Verhaltensweisen einer Partei im geäußert. An einer Stelle beantwortete er sogar Fragen, die an einen Sachverständigen gerichtet waren.⁴⁹³ Dies wurde vom Beschwerdeführer gerügt:

„It is said that the judge’s questions and interventions both during the factual and the expert evidence amounted to his entering the arena so as to throw into doubt his objectivity and impartiality and made a fair trial impossible.“⁴⁹⁴

⁴⁸⁵ Siehe oben Kapitel 5, C. II. 3. b) bb).

⁴⁸⁶ *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 207 ff.; siehe auch *Zuckerman*, *C.J.Q.* 2015, 1, 2 ff.; *ders.*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 11.158 ff.

⁴⁸⁷ Nachweise in S. 254, Fn. 486, insb. bei *Sorabji*.

⁴⁸⁸ *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 214, 229 ff.

⁴⁸⁹ *Mitchell v News Group Newspapers Ltd v.* 27.11.2013, [2014] 1 W.L.R. 795.

⁴⁹⁰ Vgl. hierzu *Denton v TH White* [2014] EWCA Civ 906.

⁴⁹¹ Soeben Kapitel 5, C. III. 2. a) ee).

⁴⁹² *Shaw v Grouby* [2017]EWCA Civ 233.

⁴⁹³ *Shaw v Grouby* [2017] EWCA Civ 233, Rn. 41, 43 f.

⁴⁹⁴ *Shaw v Grouby* [2017] EWCA Civ 233, Rn. 4.

Im Gegensatz zu *Southwark LBC v Kofi-Adu* stellte der Court of Appeal diesmal jedoch keinen Verstoß gegen die *fair trial*-Regel fest. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil der Grad der Einmischung des Richters in den Inhalt des Verfahrens ein ähnlich hohes Niveau wie bei *Southwark LBC v Kofi-Adu* erreicht haben dürfte.⁴⁹⁵

Die Entscheidung lässt im Grundsatz zwei Schlüsse zu. Einerseits könnte sich die Toleranzschwelle des *Court of Appeal* hinsichtlich richterlicher Aktivität im Prozess verschoben haben. Andererseits könnten die Art der Einmischung und das sonstige Gebaren der jeweiligen Richter in den Verfahren den Ausschlag gegeben haben.⁴⁹⁶ Während der Richter in *Southwark LBC v Kofi-Adu* sehr feindselig gegenüber der einen Partei aufgetreten war, wirkte der Richter in *Shaw v Grouby* eher übermotiviert.⁴⁹⁷ Für diese Deutung spricht, dass sowohl *Lord Patten*, der das Urteil verfasste, als auch der *Chancellor of the High Court, Lord Justice Vos*, der sich zu einer ergänzenden Stellungnahme veranlasst sah, das Verhalten des Richters deutlich kritisierten.⁴⁹⁸ Auffällig ist jedoch, dass keiner von beiden – anders noch als in *Southwark LBC v Kofi-Adu* – einen Verstoß gegen die Grundsätze des *adversary system* erkennen will. Vielmehr stellt *Lord Justice Vos* fest:

„I would not wish to be over-critical in an environment where active trial management and a measure of judicial interventionism are acknowledged as appropriate tools to focus and streamline proceedings both interlocutory and at trial.“⁴⁹⁹

Aus Perspektive eines externen Beobachters liegt hierdurch der Schluss einer Verschiebung der Toleranzschwelle gegenüber richterlicher Aktivität auch im eigentlichen Prozess zumindest nahe. Sicher ziehen lässt er sich jedoch nicht. Dazu wird die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich abzuwarten sein.

c) Auswirkungen der gestiegenen Anzahl an Litigants in Person

Potentiell erhebliche Auswirkungen auf die richterliche Arbeit an englischen Gerichten hat auch die gestiegene Anzahl von LIP.

⁴⁹⁵ Ähnlich *Pamplin*, NLJ 7758, 19.

⁴⁹⁶ In diese Richtung *Pamplin*, NLJ 7758, 19.

⁴⁹⁷ *Shaw v Grouby* [2017] EWCA Civ 233, Rn. 45: „over-eager“

⁴⁹⁸ *Shaw v Grouby* [2017] EWCA Civ 233, Rn. 45 ff.: „the judge’s interventions, whilst always courteous, were in my opinion excessive; sowie 62: „Judicial self-restraint is required to avoid the consequences mentioned by Jonathan Parker LJ and, of course, to ensure that the parties leave the trial process feeling that they have had a fair hearing and that their evidence was heard and understood.“

⁴⁹⁹ *Shaw v Grouby* [2017] EWCA Civ 233, Rn. 63.

aa) Schwierigkeiten für das Rechtssystem durch LIP

Diese stellen – wenig überraschend – andere Anforderungen an einen Zivilprozess, als ein mit jahrzehntelanger Prozess Erfahrung ausgestatteter *Barrister* oder *Solicitor*. Für die deutsche Debatte ist diese Entwicklung deshalb spannend, weil das englische Rechtssystem eine § 78 ZPO entsprechende Vorschrift nicht kennt und deshalb vor andere Herausforderungen gestellt ist, als der deutsche Zivilprozess.⁵⁰⁰ Dennoch lassen sich die Erfahrungen nutzbar machen, da sich die Herausforderungen durch LIP⁵⁰¹ auch in einem Prozess mit Anwaltszwang stellen können, allerdings regelmäßig weniger ausgeprägt.

Die empirische Datenbasis, aus welcher sozialen Schicht LIP typischerweise stammen oder inwiefern sie aus außerprozessrechtlicher Sicht im Verhältnis zu repräsentierten Parteien stehen, ist eher dünn.⁵⁰² Dennoch besteht weitgehende Einigkeit darin, dass LIP jedenfalls im konkreten Zivilprozess aufgrund ihrer mangelnden Rechtskenntnis und Unerfahrenheit in prozessualen Handeln unterlegen sind.⁵⁰³ So existieren Untersuchungen, die belegen, dass LIP teilweise schlechtere Erfolgchancen haben.⁵⁰⁴ Alle Veränderungen hinsichtlich der richterlichen Rolle, die gefordert und teilweise auch schon implementiert wurden, sind dazu gedacht, die Situation der LIP zu verbessern.⁵⁰⁵

bb) Reaktion der Richterschaft (I) – Guidelines

Auch die Richterschaft reagierte auf die gestiegene Zahl der LIP. Zunächst wurden verschiedene Guidelines, oftmals durch *Working Groups* von Richtern, erlassen, wie mit nicht anwaltlich vertretenen Parteien umgegangen werden kann.⁵⁰⁶ Diese empfehlen unter anderem:⁵⁰⁷

⁵⁰⁰ Vgl. auch *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 422.

⁵⁰¹ *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 426 ff.; *Assy*, C.J.Q. 2011, 267, 275 ff.

⁵⁰² Vgl. aber *Assy*, *Injustice in Person*, S. 15 ff.; *Assy*, C.J.Q. 2011, 267, 278 ff.; *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 426 ff.; *Moorhead*, *Soc. & Legal Stud.* 2007, 405, 406 ff.

⁵⁰³ *Assy*, *Injustice in Person*, S. 15 ff.; *Assy*, C.J.Q. 2011, 267, 270 ff.; *Cwmgiedd*, *Reshaping Justice*, S. 7 f. (Rn. 29 ff.); *Genn*, C.J.Q. 2013, 411 ff.; *Grimwood*, *Litigants in person: the rise of the self-represented litigant in civil and family cases*, S. 6 ff.; *Moorhead*, *Soc. & Legal Stud.* 2007, 405, 408 f.; *Zuckerman*, C.J.Q. 2014, 355, 355 ff.; *Working Group on Litigants in Person*, Report November 2011, S. 21; *Working Group on Litigants in Person*, Report Juli 2013, S. 11 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu ausführlich und mit detaillierten Nachweisen zu den Studien *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 434 ff.

⁵⁰⁵ Statt aller *Working Group on Litigants in Person*, Report Juli 2013.

⁵⁰⁶ *Working Group on Litigants in Person*, Report Juli 2013, S. 35 ff. (Annex A: Draft Guidance (Civil Proceedings)); *Working Group on Litigants in Person*, Report November 2011, S. 86 (Appendix 1 – Suggested Draft Guidance on what Court Staff can and cannot do for a self-represented litigant); *Briggs*, *Chancery Modernisation Review: Final Report*, Dezember 2013, S. 113 ff., 239 (mit Hinweis auf weitere veröffentlichte Guidelines in

- LIP das Verfahren zu erklären oder auf Quellen hierzu hinzuweisen;
- LIP zu erklären, welchen Inhalt Schriftsätze haben müssen sowie welche Beweismittel zulässig sind und angeboten werden können/müssen;
- Größere Nachsicht bei der Auslegung von Schriftsätzen zu zeigen und diesen auch nur angedeutete Anträge zu entnehmen;
- LIP auf wesentliche Fehler in Schriftsätzen hinzuweisen und Änderungen sowie Ergänzungen zuzulassen;
- LIP vor der mündlichen Verhandlung mit schriftlichen Informationen zu versorgen und sicherzustellen, dass diese verstanden wurden;
- ausnahmsweise Pausen zu erlauben, in denen LIP Rechtsrat einholen und andere Schwierigkeiten überwinden können;
- LIP bei der Einführung und Erhebung von Beweismaterial zu unterstützen;
- LIP insbesondere die Grundlagen des Beweisrechts zu erläutern, hierbei besonders darauf hinzuweisen, dass Tatsachen bewiesen werden müssen und das Gericht die Wahrheit (noch) nicht kennt;
- zu verhindern, dass LIP von Anwälten der Gegenseite zu hart angegangen werden, sowie
- gerichtliche Dokumente und Anordnungen in einfacher Sprache zu verfassen.

In diesen Empfehlungen wird bereits deutlich, in welche Richtung der Weg für Richter, die mit LIP konfrontiert sind, geht. Richterliche Aktivität und Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse und Schwächen der LIP sind die Stichworte.

cc) Reaktion der Richterschaft (II) – Unterschiedlicher Grad der Unterstützung

Doch nicht nur durch den Erlass von Guidelines hat die Richterschaft reagiert. Auch haben sich die Gerichte in jüngerer Zeit in einigen Urteilen mit der Frage befasst, ob man mit LIP generell nachsichtiger umgehen muss, als mit anwaltlich vertretenen Parteien. Berühmtheit erlangt hat in England der sog. *McLibel case*⁵⁰⁸, der mit einer Dauer von knapp 20 Jahren als einer der längsten Rechtsfälle der englischen Geschichte gilt.⁵⁰⁹ Hier hatte das Gericht den

Annex 3). Siehe außerdem *Assy*, *Injustice in Person*, S. 108 f. mit Fn. 41, der von einem „outburst in guidelines and reports on the proper ways to handle LIPs“ spricht, ebenfalls mit Hinweisen auf weitere Guidelines.

⁵⁰⁷ Die folgende Darstellung orientiert sich weitgehend an *Assy*, *Injustice in Person*, S. 108 f.

⁵⁰⁸ *McDonald's Corporation v Steel & Morris* [1997] EWHC QB 366; sowie EGMR, Urt. v. 15.02.2005, *Steel and Morris/The United Kingdom*, Application no. 68416/01.

⁵⁰⁹ Vgl. BBC News: „*McLibel*: Longest case in English history“, abrufbar unter: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4266741.stm (zuletzt abgerufen am 01.06.2019). Siehe aber den Fall von *Jennens v Jennens*, der – in verschiedenen Ausprägungen und mit wechselnden

beiden aufgrund der Ablehnung von *Legal Aid* nicht anwaltlich vertretenen Beklagten große Freiheiten bei der Prozessführung zugebilligt und so auch zur erheblichen Verfahrensdauer beigetragen.⁵¹⁰

Aus jüngerer Zeit ist zunächst das Urteil zu *O'Dwyer v ITV Plc* beachtenswert.⁵¹¹ In diesem Verleumdungsfall war der Kläger nicht anwaltlich vertreten und hatte keine Rechtskenntnisse. Er hatte daher das Gericht gebeten, „appropriate guidance and directions“ zu erhalten.⁵¹² *Justice Tugendhat* von der *Queens Bench* hat hierzu in seiner Entscheidung in einem *obiter dictum* Stellung genommen. Er führt ausführlich aus, dass das englische Rechtssystem ein *adversary system* ist, dass es nicht Aufgabe der Gerichte ist, kostenlosen Rechtsrat zu erteilen, und dass es zwar unfair sein könnte, dass der Kläger weniger erfahren ist, es andererseits aber auch unfair sein könnte, dass die Beklagte im Obsiegsfall ihre Kosten aufgrund Insolvenz des Klägers nicht geltend machen könnte.⁵¹³ Interessant ist aber, was *Justice Tugendhat* als Einleitung vor diesen Ausführungen – fast beiläufig – erwähnt:

„It is not uncommon for self-represented litigants to invite the court to act as a source of guidance. The court is under an obligation to do justice, and so, where a litigant is without representation, the court will be bound to look for points in the litigant's favour which the court would not have to look for if the litigant was represented.“⁵¹⁴

Er stellt also klar, dass das Gericht eigenständig nach Aspekten suchen muss, die für die Position eines LIP sprechen. Begründet wird dies mit der Aufgabe der Gerichte, gerechte Urteile zu sprechen. Bemerkenswert ist, wie gesagt, die Selbstverständlichkeit, mit der diese durchaus grundlegende Aufgabe eines wesentlichen Prinzips des englischen *adversary system*, der Passivität der Gerichte und formalen Gleichbehandlung der Parteien, erwähnt wird.⁵¹⁵ Erkennbar ist der Versuch, die Handlungen und das Prozessverhalten einer nicht anwaltlich vertretenen Partei so auszugleichen, dass ein „gerechtes“ Verfahren möglich ist.

Konträr hierzu fiel die Entscheidung von *Justice Mostyn* in *Maughan v. Wilmot* vor der *Family Division* des *High Court of Justice* aus.⁵¹⁶ Hier hatte der – nicht anwaltlich vertretene – Beklagte kurz vor einem *hearing*⁵¹⁷ einen

Parteien – von 1798 bis 1933 insgesamt über 130 Jahre dauerte und als Inspiration für den fiktiven Fall von *Jarndyce v Jarndyce* in *Charles Dickens' Roman Bleak House* gilt. Umfassend hierzu: *Polden*, C.L.W.R. 2003, 211.

⁵¹⁰ Vgl. hierzu im Detail *Assy*, *Injustice in Person*, S. 101 f.; sowie *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 412 f., 436.

⁵¹¹ *O'Dwyer v ITV Plc* [2012] EWHC 3321 (QB)

⁵¹² *O'Dwyer v ITV Plc* [2012] EWHC 3321 (QB) Rn. 53.

⁵¹³ *O'Dwyer v ITV Plc* [2012] EWHC 3321 (QB) Rn. 55 ff.

⁵¹⁴ *O'Dwyer v ITV Plc* [2012] EWHC 3321 (QB) Rn. 55.

⁵¹⁵ *Assy*, *Injustice in Person*, S. 101 f. mit Fn. 18 mit Hinweis auf ähnliche Fälle.

⁵¹⁶ *Maughan v. Wilmot* [2014] EWHC 1288 (Fam).

⁵¹⁷ Eine Art mündliche Verhandlung.

informellen Brief an den Richter verfasst und versandt. In diesem teilte er dem Gericht mit, dass er an dem festgelegten Termin nicht am *hearing* teilnehmen könne und dies mit einem Vorschlag von Alternativterminen dem *listing officer*⁵¹⁸ bereits mitgeteilt habe.⁵¹⁹ *Justice Mostyn* hielt das *hearing* – in Abwesenheit des Beklagten – dennoch ab. Er stellte klar, dass er nicht vorhabe, dem Brief des Beklagten einen formellen Antrag zu entnehmen, nur weil dieser nicht anwaltlich vertreten sei, den der Brief bei fachlicher Betrachtung nicht enthielt.⁵²⁰ Daneben sei ein solcher Antrag sieben Tage vor dem Termin zu stellen. Auch hierüber will *Justice Mostyn* nicht hinwegsehen, nur weil der Beklagte ein LIP ist.⁵²¹ Er wird hierbei sehr deutlich:

„[The Respondent] should understand that the court does not operate as some kind of advisory bureau. If he wishes to make an application to the court to adjourn a hearing which has been regularly fixed then he must comply with the rules. The fact that he is a litigant in person does not mean that any further latitude in relation to compliance with the rules is afforded to him than to a represented litigant. There is, in this court, not one rule for the rich and one rule for the poor.“⁵²²

Justice Mostyn nimmt also eine andere Position ein als sein Kollege *Justice Tugendhat*. Er sieht keinen Bedarf, den Beklagten anders zu behandeln als die Klägerin, nur weil er nicht anwaltlich vertreten ist. Ein nachsichtiger Umgang mit LIP aufgrund deren fehlender Fachkenntnissen oder Unerfahrenheit ist nicht erkennbar.

dd) Reaktion der Richterschaft (III) – Veränderung in der Prozessleitung und Zusammenfassung

Nach Betrachtung dieser Entscheidungen fällt auf, dass die englische Richterschaft offenbar noch um eine passende Lösung des Problems der nicht anwaltlich vertretenen Parteien ringt.⁵²³ Auch in der englischen Prozessrechtswissenschaft besteht alles andere als Einigkeit darüber, ob mehr richterliche Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse und Schwächen der LIP wirklich die richtige

⁵¹⁸ Eine Art Geschäftsstellenbeamter der für die Terminierung und Raumzuteilung bei Gericht verantwortlich ist.

⁵¹⁹ Im Wortlaut abgedruckt bei *Maughan v. Wilmot* [2014] EWHC 1288 (Fam) Rn. 6.

⁵²⁰ *Maughan v. Wilmot* [2014] EWHC 1288 (Fam) Rn. 6.

⁵²¹ *Maughan v. Wilmot* [2014] EWHC 1288 (Fam) Rn. 7.

⁵²² *Maughan v. Wilmot* [2014] EWHC 1288 (Fam) Rn. 6.

⁵²³ Dies wird auch in Gesprächen, die Mitarbeiter des *Centre for Socio-Legal Studies* an der *University of Oxford* im Rahmen eines Forschungsprojekts sowie der Autor selbst mit Richtern und anderen Praktikern geführt haben, deutlich. Siehe außerdem *Assy, Injustice in Person*, S. 100 ff. (mit zahlreichen Nachweisen zu weiteren Fällen); *Genn, C.J.Q.* 2013, 411, 435 ff.; *Moorhead, Soc. & Legal Stud.* 2007, 405, 410 ff. (mit Verweis auf eigene empirische Untersuchungen).

Antwort auf die Herausforderungen ist.⁵²⁴ Zu konstatieren ist jedoch, dass die Rechtspraxis schon lange reagiert hat. Wenn auch vielleicht nicht durch mehr Nachsicht, die sich in Urteilen zeigt,⁵²⁵ so bestätigen alle Praktiker, dass ein „normaler“, d.h. klassischer englischer Zivilprozess unter Beteiligung von LIP nicht zu führen ist.⁵²⁶ Infolgedessen hat sich die Prozessleitung der Gerichte in tatsächlicher Hinsicht verändert, wenn mindestens eine Partei nicht anwaltlich vertreten ist.

Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der Fall *Agarwala v Agarwala* des *Court of Appeal*.⁵²⁷ In dieser innerfamiliären, vermögensrechtlichen Streitigkeit, deren Inhalt hier nicht weiter relevant ist, waren beide Parteien zumindest teilweise nicht anwaltlich vertreten. Dies führte dazu, dass sich der Rechtsstreit über mehr als sieben Jahre hinzog und noch weiter hinzieht. *Lord Justice King* führt hierzu aus:

„[The litigation] has taken up countless court and judge hours as both parties, incapable of compromise, have bombarded the court with endless applications. [...] The refusal of either party to accept any ruling or decision of the court has meant that the court staff and judge have been inundated with emails, which they have had to deal with as best they could, with limited time and even more limited resources. The inevitable consequence has been that matters have been dealt with ‘on the hoof’ on occasion without formal applications or subsequent decisions being converted into formal rulings or orders.“⁵²⁸

Was sie hier darstellt, dürfte die Erfahrungen unterer Gerichte und von Anwälten, die sich mit LIP konfrontiert sehen, durchaus repräsentativ wiedergeben.⁵²⁹ Sie beschreibt sogleich die generellen Erfahrungen, die Gerichte durch

⁵²⁴ Solchen Maßnahmen – neben den Working Groups (s.o.) – stehen positiv gegenüber: *Cwmgiedd*, *Reshaping Justice*; *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 435 f., 441 ff.; *Moorhead*, *Soc. & Legal Stud.* 2007, 405, 415 ff.; *Pierce*, *F.L.R.* 2004, 969, 974 ff.; ablehnend dagegen *Assy*, *Injustice in Person*, S. 100 ff.; *Assy*, C.J.Q. 2011, 267, 279 ff.; *Menashe/Gruner*, C.J.Q. 2016, 237, 250 ff.; *Zuckerman*, C.J.Q. 2014, 355, 360 ff. und passim.

⁵²⁵ Siehe hierzu aber die gerade dargestellten Entscheidungen und *Assy*, *Injustice in Person*, S. 100 ff. (m.w.N.).

⁵²⁶ Die Schlussfolgerung stützt sich auf *Working Group on Litigants in Person*, Report November 2011, S. 34 ff.; *Working Group on Litigants in Person*, Report Juli 2013, S. 10 ff.; *Cwmgiedd*, *Reshaping Justice*; sowie auf Interviews, die von Mitarbeitern des *Centre for Socio-Legal Studies* an der *University of Oxford* unter Leitung von *Dr. Marina Kurkchiyan* durchgeführt wurden, sowie auf eigene Gespräche des Autors mit englischen Rechtspraktikern. Beide letztgenannten Informationsquellen sind freilich nicht geeignet, einen repräsentativen Überblick zu verschaffen, bestätigen aber die vorgenannten Quellen einhellig.

⁵²⁷ *Agarwala v Argawala* [2016] EWCA Civ 1252.

⁵²⁸ *Agarwala v Argawala* [2016] EWCA Civ 1252 Rn. 71.

⁵²⁹ Siehe auch *Hadden*, „Do litigants in person have an unfair advantage?“, *Lexis Nexis Family Law Blog*, abrufbar unter: http://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/do-litigants-in-person-have-an-unfair-advantage (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

LIP machen, und die Auswirkungen, falls eine Partei nicht anwaltlich vertreten ist:

„Whilst every judge is sympathetic to the challenges faced by litigants in person, justice simply cannot be done through a torrent of informal, unfocussed emails, often sent directly to the judge and not to the other parties. Neither the judge nor the court staff can, or should, be expected to field communications of this type.“⁵³⁰

Aus diesen Worten, die deutlich machen, dass großes Verständnis und Bereitschaft für einen gewissen Rollenwechsel in der richterlichen Aktivität vorhanden ist, aber gleichzeitig ein geregeltes Verfahren kaum möglich ist, wird noch einmal sehr deutlich, wozu die gestiegene Zahl an LIP hinsichtlich der Rolle der Richter geführt haben.

d) Zusammenfassung

Die Rolle des Richters im englischen Zivilprozess hat sich – soweit das von einem Autor aus einer fremden Rechtsordnung festgestellt werden kann – in den letzten 20 Jahren deutlich verändert. Statt eines passiven Schiedsrichters, der nicht in den Rechtsstreit eingreift, sondern nur auf Antrag der Parteien Entscheidungen erlässt, erscheint der englische Richter heute als aktiver Prozessleiter. Dies ist er einerseits als *case manager* in Ausübung der Befugnisse, die ihm mit Einführung der CPR gegeben und durch verschiedene Reformen, unter anderem und vor allem die *Jackson Reforms*, ausgebaut und mit Schlagkraft versehen wurden. Andererseits ist er das, indem er auf die veränderten Anforderungen, die LIP an die Gerichte stellen, reagiert und mit Aktivität und Rücksicht antwortet.

Gerade die hier beschriebenen Auswirkungen der *Jackson Reforms* und der großen Anzahl an LIP und die bisherigen Antworten der Gerichte darauf sind freilich mit Vorsicht zu betrachten. In diesem Bereich ist im englischen Zivilprozessrecht derzeit viel im Fluss. Angesichts der Stoßrichtung der bisherigen Reformen und des Grundtons der bisherigen Guidelines zum Umgang mit LIP⁵³¹ wäre eine weitere Stärkung der Rolle des Richters im englischen Zivilprozess aus externer Sicht zwar zu erwarten. Allerdings regt sich inzwischen auch Widerstand in der englischen Rechtswissenschaft gegen eine solche Stärkung.⁵³² Eine Prognose ist daher nicht möglich.

⁵³⁰ Agarwala v Argawala [2016] EWCA Civ 1252 Rn. 72.

⁵³¹ Assy, Injustice in Person, S. 108 f. mit Fn. 41; *Working Group on Litigants in Person*, Report Juli 2013, S. 35 ff. (Annex A: Draft Guidance (Civil Proceedings)); *Working Group on Litigants in Person*, Report November 2011, S. 86 (Appendix 1 – Suggested Draft Guidance on what Court Staff can and cannot do for a self-represented litigant); Briggs, Chancery Modernisation Review: Final Report, Dezember 2013, S. 113 ff. und 239.

⁵³² Vgl. Assy, Injustice in Person, S. 100 ff.; ders., C.J.Q. 2011, 267, 279 ff.; Menashe/Gruner, C.J.Q. 2016, 237, 250 ff.; Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 360 ff. und passim; Hadden, „Do litigants in person have an unfair advantage?“, Lexis Nexis Family Law Blog, ab-

Vergleicht man nach all dem Gesagten die Veränderungen in der richterlichen Rolle und Aufgabenwahrnehmung im Prozess zwischen England und Deutschland, so fällt auf, dass die richterliche Aktivität und Ausübung der Prozessleitungsbefugnisse in Deutschland wohl immer noch größer sein dürften, als dies in England gegenwärtig der Fall ist.⁵³³ Die in Deutschland beobachtete Veränderung⁵³⁴ ist jedoch bei weitem nicht so stark wie die in England. Damit hat sich die Eingangshypothese, wonach das englische Recht ein geeignetes Studienobjekt ist, nach der bisherigen Untersuchung bestätigt.

IV. Materialisierung durch die veränderte Rolle?

Nachdem nun herausgearbeitet wurde, welch grundlegender Veränderung die richterliche Rolle in den vergangenen zwei Jahrzehnten in England unterworfen war, stellt sich die für diese Arbeit entscheidende Frage, die freilich aus Sicht eines externen Beobachters zu untersuchen ist: Geht hiermit auch eine Tendenz zur Materialisierung einher? Hierbei kann nicht bewertet werden, ob dies aus Sicht der englischen Rechtswissenschaft so einzuordnen wäre. Dies kann und will diese Arbeit keinesfalls leisten. Ziel ist zu überprüfen, ob eine solche Entwicklung anhand der in dieser Arbeit für das deutsche Zivilprozessrecht angelegten Kriterien aus Sicht eines deutschen Rechtswissenschaftlers als Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten wäre. Dabei wird aber selbstverständlich auf die Erfahrungen der englischen Rechtswissenschaft und -praxis zurückgegriffen.

1. Materialisierung durch die Einführung des case management zur Durchsetzung einer neuen Prozessphilosophie

a) Neue Prozessphilosophie

Die vor den *Woolf-Reforms* kritisierte Eindimensionalität⁵³⁵ mit besonderem Fokus auf *substantive justice* ist nun nach *Zuckerman* unter den neuen CPR durch ein dreidimensionales Modell ersetzt worden. Neben *substantive justice* treten *economy* und *efficiency*.⁵³⁶ *Sorabji* hingegen erkennt schlicht ein neues

rufbar unter: http://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/do-litigants-in-person-have-an-unfair-advantage (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

⁵³³ Vgl. auch *Assy*, *Injustice in Person*, S. 118 ff.

⁵³⁴ Hierzu oben Kapitel 5, B. II. und III.

⁵³⁵ *Woolf*, *Access to justice: final report*, Introduction at 2 ff. Vgl. auch mit zahlreichen Nachweisen *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 101 ff.; *Zuckerman*, *J. Law & Soc.* 1995, 155, 158 ff.

⁵³⁶ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.21 ff.; *ders.*, *M.L.R.* 1996, 773, 779 f.; *ders.*, *C.J.Q.* 1998, 223, 223 ff.; *ders.*, *C.J.Q.* 2007, 1, 1 ff.; *ders.*, *C.J.Q.* 2015, 1, 1 f.; eher kritisch hierzu *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 140 ff.

Ziel der *proportionate justice*.⁵³⁷ Im Unterschied zu *Zuckerman*, der *substantive justice* nach wie vor als wichtigstes Ziel des Zivilprozessrechts ansieht, ist *Sorabji* der Meinung, dass mit den *Woolf Reforms*, später bestätigt durch die *Jackson Reforms*, eine vollständig neue Prozessphilosophie eingeführt wurde.⁵³⁸ Die Details der Unterscheidung sind für die Zwecke dieser Untersuchung indes nicht zielführend, da deren Inhalt hinsichtlich der grundlegenden Erkenntnis nichts ändert.

b) Aufgabe völligen staatlichen Desinteresses

Wichtig ist daher aber diese grundlegende Erkenntnis, hinsichtlich der Einigkeit besteht: Dem Staat ist der Ablauf des einzelnen Zivilprozesses nicht mehr gleich. Vielmehr zeigt er ein Interesse daran, dass Aufwand und Ertrag in einem Zivilprozess in Einklang stehen. Ein inhaltlich richtiges, also *substantively just*, Ergebnis soll nicht mehr um jeden Preis erzielt werden. Vielmehr wird wesentlicher Wert daraufgelegt, dass mit der knappen Ressource Zivilprozess verhältnismäßig umgegangen wird.⁵³⁹

Letztlich entspricht dies dem Ziel, unter dem viele der jüngeren Reformen des deutschen Zivilprozesses standen – das Verfahren soll schneller, einfacher und effizienter werden.⁵⁴⁰ Wesentliche Rolle bei dieser Reform spielen jedenfalls in England die Richter. Auf beiden Seiten des Kanals wird die Position des Richters gestärkt, werden die Prozessleitungsbefugnisse ausgebaut. In England wird den Richtern durch die *Woolf* und *Jackson Reforms* die Verantwortung für das *case management* überantwortet und ihnen mit den neuen Vorgaben zur *procedural non-compliance* ein entsprechend scharfes Schwert in die Hand gegeben.⁵⁴¹ Ob hierin nun aus deutscher Sicht eine Tendenz zur Materialisierung des englischen Zivilprozessrechts gesehen werden kann, ist zu untersuchen.

c) Hinwendung zum *policy-implementing type*?

Jedenfalls zeigt sich keine Hinwendung zu *policy-implementing* nach *Damaška*, solange es um reines *case management*, also formelle Verfahrensleitung

⁵³⁷ *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 197 f. und *passim*.

⁵³⁸ Siehe insb. *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 141 ff. sowie 197 f., aber auch *passim*.

⁵³⁹ *Zuckerman*, Zuckerman on civil procedure, Rn. 1.21 ff.; *ders.*, M.L.R. 1996, 773, 779 f.; *ders.*, C.J.Q. 1998, 223, 223 ff.; *ders.*, C.J.Q. 2007, 1, 1 ff.; *ders.*, C.J.Q. 2015, 1, 1 f. *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 140 ff., 197 f.

⁵⁴⁰ Vgl. etwa Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses BT-Drucks. 14/4722, S. 1: „Der Zivilprozess muss durch eine grundlegende Strukturreform bürgernäher, effizienter und transparenter werden.“

⁵⁴¹ Siehe hierzu oben Kapitel 5, C. II. 3. b) bb).

geht. Grundlegende Intention des englischen Zivilprozessrechts ist nach wie vor die Durchsetzung subjektiver Rechte und die Aufrechterhaltung der *rule of law*. Geändert haben sich (nur) die *means*, mit denen dieses Ziel erreicht werden soll.⁵⁴² Statt durch die Gewährleistung von *substantive justice* soll dies nun durch die drei Dimensionen der *overriding objective* (Zuckerman)⁵⁴³ oder durch Gewährleistung von *proportionate justice* (Sorabji)⁵⁴⁴ geschehen. Gerade nicht stattfinden soll etwa die Durchsetzung von Verbraucherschutz oder sonstigen rechtspolitisch womöglich erwünschten Zielen.

d) Sonstige Entformalisierung?

Wesentlicher Unterschied zum klassischen englischen Zivilprozessrecht ist jedoch die Erkenntnis, dass zivilgerichtliche Rechtsprechung und damit die Durchsetzung subjektiver Rechte durch staatliche Institutionen eine endliche Ressource ist, die unter den Rechtsunterworfenen verteilt werden muss.⁵⁴⁵ Um eine gleichmäßigere Verteilung zu erreichen, wurde neben anderen Reformen die Rolle des Richters verändert.⁵⁴⁶ Dieser hat durch aktives *case management* die neuen *means* durchzusetzen. In diesen zeigt sich aber ein gewisses Interesse des Staates am Ablauf des Zivilprozesses. Es hat nicht mehr (theoretisch) jeder Rechtsunterworfene Anspruch auf ein Verfahren, in dessen Ausgestaltung er frei ist, sondern nur noch auf ein proportional zur Wichtigkeit seines Anliegens verhältnismäßiges Verfahren.

Damit allen ein gleichmäßiger Zugang zum Zivilprozess als Institut gegeben werden kann, ist der Staat gezwungen, in den einzelnen Zivilprozess einzugreifen. Die Wertungen, nach denen Verfahrensrecht angewendet wird, sind nun nicht mehr rein innerprozessrechtlich. Vielmehr wird mit dem Gebot der Kostenproportionalität nun ein außerprozessrechtliches Kriterium eingeführt, das zur Beantwortung prozessrechtlicher Fragestellungen verwendet wird. Die Richter sind sogar ausdrücklich angewiesen, dieses Kriterium anzuwenden. Schließlich sagt CPR 1.1 (1):

„These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.“ Dies ergänzt CPR 1.2: „The court must

⁵⁴² Sorabji, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 170 f., 197 ff.

⁵⁴³ Zuckerman, Zuckerman on civil procedure, Rn. 1.21 ff.; ders., M.L.R. 1996, 773, 779 f.; ders., C.J.Q. 1998, 223, 223 ff.; ders., C.J.Q. 2007, 1, 1 ff.; ders., C.J.Q. 2015, 1, 1 f.

⁵⁴⁴ Sorabji, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 197 f. und passim.

⁵⁴⁵ Sorabji, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 197 f.; Woolf, Access to justice: interim report, S. 7 ff.; Woolf, Access to justice: final report, Introduction at 8; Zuckerman, Zuckerman on civil procedure, Rn. 1.5 ff.

⁵⁴⁶ Siehe oben Kapitel 5, C. III. 2.

seek to give effect to the overriding objective when it [...] exercises any power given to it by the Rules“.

Insofern kann in der veränderten Rolle der Richter im englischen Zivilprozess bezüglich des *case management*, soweit es der Durchsetzung von *economy* und *efficiency* bzw. *proportionate justice* dient, durchaus eine Tendenz zur Materialisierung – bewusst gesteuert durch den Gesetzgeber – gesehen werden.

2. Materialisierung durch Vorgabe „on an equal footing“

Fraglich ist, ob dies auch für die Umsetzung der Vorgabe gilt, dafür zu sorgen, dass die Parteien „on an equal footing“ sein sollen, also Waffengleichheit herrscht. Im Fall *Maltez v Lewis* wurde diese Vorgabe zum ersten Mal diskutiert, als ein Antrag abgelehnt wurde, der Gegenseite einen viel erfahreneren Prozessvertreter zu versagen.⁵⁴⁷ Das grundsätzliche Verständnis der englischen Prozessrechtswissenschaft von der Vorgabe scheint auch weniger auf tatsächliche Hilfe im Verfahren, sondern eher auf *case management*-Anordnungen bedacht zu sein.⁵⁴⁸ Hier wird betont, dass nicht erforderlich ist, alle Parteien exakt identisch zu behandeln. In *Maltez v Lewis* nannte *Lord Neuberger* einige Möglichkeiten, mit denen das Gericht dafür sorgen könnte, dass die Parteien auf gleicher Basis stehen: So biete die damalige Rule CPR 44.5 (heute ähnlich in CPR 44.4) Möglichkeiten, unverhältnismäßig hohe Kostenerstattungsansprüche zu verhindern. Zudem könnte das Gericht einer Partei, die von einem unerfahrenen, weniger gut ausgestatteten Anwalt vertreten wird, mehr Zeit für die Prüfung von Dokumenten einräumen, als der Gegenpartei, die von einer großen Kanzlei vertreten wird. Zuletzt könnte etwa die Vorbereitung von Prozessunterlagen der „besser“ repräsentierten Partei auferlegt werden.⁵⁴⁹

Was also nicht stattfindet (bzw. zumindest nicht stattfinden soll), ist Hilfe im konkreten Verfahren durch Hinweise oder Einmischung in den Streitstoff, etwa entsprechend des deutschen § 139 Abs. 1, 3 ZPO. Der Richter weist nicht auf Rechtsfragen hin, die er für wichtig hält, er erhebt keine Beweise oder deutet Anträge um. Vielmehr geht es darum, durch das Management des Falles dafür zu sorgen, dass eine womöglich bestehende Ungleichgewichtslage in der konkreten Prozesssituation zwischen den Parteien ausgeglichen werden kann, etwa weil eine Partei einen deutlich erfahreneren Rechtsbeistand hat.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ *Maltez v Lewis* [1999] WL 477524, siehe auch oben Kapitel 5, C. III. 2. a) cc).

⁵⁴⁸ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn 1.25 ff., 137 ff., Rn. 3.152 ff.; aber auch *Fontaine/Scott*, in: *White Book 2017*, 11–11.

⁵⁴⁹ *Maltez v Lewis* [1999] WL 477524.

⁵⁵⁰ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn 1.25 ff., Rn. 3.152 ff.; *Fontaine/Scott*, in: *White Book 2017*, 11–11.

Auch hier lässt sich keinesfalls ein *policy-implementing* erkennen. Vielmehr sollen die entsprechenden Maßnahmen ebenfalls dazu dienen, die übergeordneten Ziele des Zivilprozessrechts zu erreichen.⁵⁵¹ Offensichtlich wird jedoch die streng formale Gleichbehandlung der Parteien aufgegeben. Auch hier mischt sich der Staat in Gestalt des Richters in den konkreten Rechtsstreit ein und zeigt so sein Interesse am inneren Ablauf des Rechtsstreits. Die Wertung, anhand derer entschieden wird, ob etwa eine längere Frist zur *Disclosure* gewährt wird, lässt sich nicht mehr allein dem Zivilprozessrecht entnehmen. Vielmehr kommen Wertungen von „arm und reich“ ins Spiel,⁵⁵² die das Verfahrensrecht eigentlich nicht kennt. Es ist gerade nicht erforderlich, dass sich die Unterlegenheit in einer konkreten Situation im Prozess zeigt. Auch in *Maltez v Lewis* hat *Lord Neuberger* nie verlangt, dass sich die auszugleichende Unterlegenheit tatsächlich in prozessuaem Verhalten niederschlagen muss.

Auch wenn es „nur“ um die unterschiedliche Handhabung von Fristen, Auferlegung von Kosten oder sonstige prozessfördernde Aufgaben geht, findet dennoch eine Einmischung des Staates in das Verfahren statt, sodass hier materiale Wertungen in das Verfahrensrecht hineinwirken. Insofern kann auch diesbezüglich von einer Materialisierung des Zivilprozessrechts gesprochen werden.

3. Materialisierung durch Reaktion auf *Litigants in Person*

Offen ist damit nur noch die Frage, ob auch in der Reaktion der englischen Richterschaft auf *Litigants in Person* eine Tendenz zur Materialisierung des englischen Zivilprozessrechts liegen kann. Auch dies kann selbstverständlich nur aus deutscher Sicht betrachtet werden. Anders als im Falle des reinen *case management* und auch des Umgangs mit der Vorgabe, wonach die Parteien „on an equal footing“ sein sollen, findet hier tatsächliche richterliche Unterstützung im eigentlichen Verfahren statt.⁵⁵³ Diese Unterstützung basiert jedoch – anders als die bisher diskutierten Veränderungen der richterlichen Aktivität – nicht auf einer gesetzgeberischen Entscheidung, sondern vielmehr auf einer Reaktion auf die praktischen Herausforderungen. Dementsprechend fällt ihre Bewertung auch nicht so eindeutig aus wie bei den bisherigen Punkten. Es wird nicht „einfach“ durch eine neue Prozessphilosophie ein materiales Element in das Verfahrensrecht hineingetragen. Daher gilt es, umso sorgfältiger die Hintergründe zu analysieren.

⁵⁵¹ Vgl. *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.28.

⁵⁵² So ausdrücklich *Wolf*, *Access to justice: final report*, S. 146: „One of the fundamental principles of my approach to civil litigation is that there should, so far as possible, be a level playing field between litigants of unequal financial or other resources.“

⁵⁵³ Siehe oben Kapitel 5, C. III. 2. c).

a) Geringerer Formalismus bei Beteiligung von LIP

Auffällig ist: Ein Verfahren wird weniger formalistisch geführt, wenn eine Partei nicht anwaltlich vertreten ist, weil ansonsten eine Durchführung kaum möglich ist.⁵⁵⁴ Doch bereits mehrfach wurde betont, dass dies allein kein Indiz für eine Materialisierung des Zivilprozessrechts ist.⁵⁵⁵

b) Großzügigere Behandlung prozessualen Fehlverhaltens als Einfallstor für außerprozessrechtliche Wertungen

Deutlich gewichtiger ist, dass die Gerichte bei prozessuellem Fehlverhalten und Anträgen von LIP großzügiger sind, als bei anderen Parteien.⁵⁵⁶ Hierdurch wird wiederum die rein formale Gleichbehandlung der Parteien aufgegeben. Eigentlich könnte es dem formalen Verfahrensrecht egal sein, ob eine Partei anwaltlich vertreten ist oder ob etwa der vertretende Anwalt kompetent ist oder nicht. Eine Unterstützung wäre nicht geboten, der „Sieger“ des Wettstreits der Parteien gewänne den Prozess eben aufgrund besserer Präsentation seiner Position – „*justice on the merits*“ wäre gesichert. Andererseits ist das Ungleichgewicht, das ausgeglichen werden soll, zunächst ein prozessrechtliches. Schließlich ist (theoretisch) auch ein formales Prozessrecht denkbar, das auf vollständige Parteiautonomie und Desinteresse des Staates setzt, das so ausgestaltet ist, dass das Fehlen anwaltlicher Vertretung kein Nachteil ist, der ausgeglichen werden müsste. Alternativ könnte man (theoretisch) anwaltliche Vertretung im Prozess verbieten und dennoch ein Prozessrechtssystem beibehalten, das durch innerprozessrechtliche Wertungen, hohe Vorhersehbarkeit der Ergebnisse durch fehlende außerprozessrechtliche Korrekturkriterien und staatliches Desinteresse geprägt wäre. Solche Umgestaltungen dürften nicht als Materialisierung zu werten sein. Warum sollte es also die richterliche Hilfe zum Ausgleich desselben Nachteils sein?

Die Antwort könnte in der konkreten Ausgestaltung liegen. Wenn aus Gründen des Nachteilsausgleichs der Staat in Form des Richters – mit weitem Ermessensspielraum – in das Verfahren eingreift, könnten bei dieser Ermessensausübung auch außerprozessrechtliche Erwägungen zum Tragen kommen. Zwar ist nicht gesagt, ob dies generell zu einer Verbesserung der Erfolgchancen unrepräsentierter Parteien gegenüber anderen Parteien führt, allerdings könnte allein diese Möglichkeit mit einem sehr formalen Rechtssystem nicht vereinbar sein. Eine Materialisierung wäre jedoch dort nicht gegeben, wo der Richter klare Vorgaben hat, wie und durch welche Maßnahmen er den LIP

⁵⁵⁴ Vgl. *Agarwala v Argawala* [2016] EWCA Civ 1252 Rn. 71.

⁵⁵⁵ Siehe etwa Kapitel 4, A. II. 3.; Kapitel 4, B. III. 2.

⁵⁵⁶ Vgl. *O'Dwyer v ITV Plc* [2012] EWHC 3321 (QB) Rn. 55 ff.; sowie *Assy, Injustice in Person*, S. 101 f. mit Fn. 18 unter Hinweis auf ähnliche Fälle; zudem oben Kapitel 5, C. III. 2. c).

helfen kann, um ihre *prozessrechtlichen* Nachteile auszugleichen. Dort fiele das weite Ermessen zur Ungleichbehandlung der Parteien als Einfallstor für außerprozessrechtliche Wertungen und Unvorhersehbarkeit weg. Damit soll nicht gesagt sein, dass weites richterliches Ermessen immer zu einer Materialisierung führt. Vielmehr ist es die Kombination aus richterlicher Unterstützung und Ermessensspielraum, die zu einer – zugegebenermaßen versteckten – Tendenz zur Materialisierung führen kann.

Im Fall des englischen Prozessrechts begrenzen die Vorschriften zur Befangenheit des Richters allerdings dessen Ermessen.⁵⁵⁷ Auch hier darf – ähnlich der deutschen Rechtslage⁵⁵⁸ – nur ein unbefangener Richter entscheiden.⁵⁵⁹ Auch im englischen Zivilprozessrecht geht es darum, bereits den Anschein der Befangenheit zu vermeiden, der sich u.a. aus dem Verhalten des Richters gegenüber den Parteien ergeben kann.⁵⁶⁰ Scheint ein Richter sich also von außer(prozess-)rechtlichen Kriterien leiten zu lassen, um ein Ungleichgewicht in der konkreten Prozesssituation auszugleichen, so wäre er als befangen abzulehnen.⁵⁶¹ Freilich ist die Aussage, dass eine Unterstützung, die nicht mehr zulässig ist, eine Befangenheit begründet,⁵⁶² wenig zielführend, da es ja gerade darum geht, zu erforschen, welche Unterstützung noch zulässig ist.⁵⁶³ Allerdings erscheint für das englische Prozessrecht klar, dass ein Richter, der aufgrund außerprozessrechtlicher Kriterien eine Partei bevorzugt, als befangen gilt, weil er sich zum Vertreter einer Partei aufschwingen würde.⁵⁶⁴ Daher verhindern die Befangenheitsvorschriften im englischen Zivilprozessrecht effektiv, dass bei der Frage, wie mit LIP umgegangen wird, außerprozessrechtliche Kriterien zur Anwendung kommen.

Aus diesem Grund liegt mangels eines offenen Einfallstors für außerprozessrechtliche Wertungen im Ausgleich einer in der konkreten Prozesssituation bestehenden Ungleichgewichtslage in der reinen Reaktion der Richter auf

⁵⁵⁷ Hierzu grundsätzlich *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 3.54 ff.

⁵⁵⁸ Vgl. *Stackmann*, in: *MüKoZPO*, § 41 Rn. 1 f.; § 42 Rn. 1 f. m.w.N.

⁵⁵⁹ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 3.54 f.

⁵⁶⁰ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 3.55; zum deutschen Recht wiederum *Stackmann*, in: *MüKoZPO*, § 42 Rn. 1 f.

⁵⁶¹ *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 3.80.

⁵⁶² So aber *Peters*, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, S. 109 zum Verhältnis von § 139 ZPO und § 42 Abs. 2 ZPO.

⁵⁶³ Zurecht auch *Rensen*, *Die richterliche Hinweispflicht*, S. 112.

⁵⁶⁴ Hierzu anschaulich *Locabail (UK) Ltd. v Bayfield Properties Ltd.* [2000] QB 451, 471: „All legal arbiters are bound to apply the law as they understand it to the facts of individual cases as they find them. They must do so without fear or favour, affection or ill-will, that is, without partiality or prejudice. Justice is portrayed as blind not because she ignores the facts and circumstances of individual cases but because she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case.“

die Herausforderungen durch LIP keine Tendenz zur Materialisierung des englischen Zivilprozessrechts.

c) *Materialisierung durch Überkompensation infolge von „confirmation bias“?*

Eine weitere Komponente, die allerdings zu einer Materialisierung „durch die Hintertür“ führen könnte, wird von einigen englischen Autoren angesprochen. Hierbei wird das Problem gesehen, dass eine Unterstützung von LIP im Verfahren, etwa durch amtswegige Beweiserhebung zu Gunsten der unrepräsentierten Partei, zu einer materiellen Besserstellung dieser Partei führen könnte.⁵⁶⁵

aa) *Grundlegendes zu confirmation bias*

Dies könnte aufgrund verschiedener psychologischer Faktoren, insbesondere des sog. „confirmation bias“, geschehen. Der *confirmation bias* bzw. „Bestätigungsfehler“ ist ein in der Psychologie anerkanntes Phänomen. Es besagt, dass Informationen von Menschen so ermittelt, ausgewählt und interpretiert werden, dass sie eine bereits bestehende Sichtweise oder Hypothese bestärken. Daneben tendieren Menschen dazu, ambivalente Informationen in Übereinstimmung mit bereits vorgefassten Sichtweisen oder Hypothesen zu interpretieren. Dieses Phänomen ist umso stärker, je stärker die vorgefasste Meinung oder je emotionaler das Thema ist.⁵⁶⁶ Nach Auffassung einiger Autoren könnte ein Richter, der einen LIP im Verfahren unterstützt, diesem Phänomen unterliegen.⁵⁶⁷ Gerade, weil er sich, um einer unrepräsentierten Partei angemessen helfen zu können, in ihre Rolle versetzen müsse, könnte er sich diesbezüglich eine vorgefasste (Rechts-)Meinung bilden. Danach drohe durch den *confirmation bias* eine nicht mehr vollständig neutrale Meinungsbildung bzgl. der von der anderen Partei vorgebrachten Beweise und Argumente.⁵⁶⁸ Dies führe dazu, dass nicht nur ein bestehendes prozessuales Defizit ausgeglichen wird, sondern eine unbewusste Überkompensation und damit eine Verbesserung der Erfolgchancen für LIP gegenüber anderen Parteien erreicht wird. So würden also – durch die prozessuale Hintertür – unrepräsentierte Parteien materiell bessergestellt. Dies geschehe freilich nicht bewusst oder gar absichtlich, son-

⁵⁶⁵ Assy, *Injustice in Person*, S. 97 f.; Genn, C.J.Q. 2013, 411, 425 ff.; Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 361 ff. (jeweils m.w.N.).

⁵⁶⁶ Zuerst beschrieben von Wason, Q. J. Exp. Psychol. 1960, 129; 1968, 273. Siehe außerdem grundsätzlich zu *confirmation bias* jeweils mit zahlreichen Nachweisen Mercier, in: *Cognitive Illusions*, S. 99; Nickerson, Rev. Gen. Psychol. 1998, 175.

⁵⁶⁷ Assy, *Injustice in Person*, S. 97 f.; Genn, C.J.Q. 2013, 411, 425 ff.; Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 361 ff.

⁵⁶⁸ Insb. Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 361 ff.

dem eben gerade aufgrund der Funktion des menschlichen Geistes unbewusst.⁵⁶⁹

Angesichts der psychologischen Forschung zum Phänomen des *confirmation bias*⁵⁷⁰ erscheint die Theorie schlüssig, auch wenn sie bisher – soweit ersichtlich – nicht überprüft wurde. Für die folgenden Ausführungen wird allerdings aufgrund der gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu *confirmation bias* ihr Zutreffen unterstellt. Geht man also davon aus, dass durch richterliche Hilfe für LIP etwa durch amtswegige Beweisaufnahme oder günstige Umdeutung nicht korrekt gestellter Anträge diese nicht nur prozessual bessergestellt werden, sondern auch in Bezug auf ihre materiell-rechtlichen Erfolgchancen bevorzugt werden, stellt sich die Frage, ob hierin eine Tendenz zur Materialisierung liegen kann.

bb) Materialisierung durch confirmation bias?

Hilfreich ist, sich noch einmal zu vergegenwärtigen, was abstrakt Indizien für Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts sein können. Einerseits könnte es Anzeichen für ein *policy-implementing* geben, also die grundlegende Intention des Verfahrensrechts modifiziert werden.⁵⁷¹ Weiterhin könnte ein Einfluss von Wertungen auf das Verfahrensrecht gegeben sein, die nicht klassischerweise solche des Verfahrensrechts sind.⁵⁷² Schließlich könnte sich im Sinne von *Summers* die Struktur des Verfahrensrechts verändern.⁵⁷³ Festzuhalten ist aber auch: Nicht jede Veränderung der Ergebnischancen im Zivilprozess ist eine Materialisierung des Zivilprozessrechts. Die hier fragliche Situation stellt aufgrund ihrer Komplexität und verschiedenen Einflüsse vermutlich eine der schwierigsten Fragen der gesamten Debatte um Materialisierung dar. Zudem ist sie grundlegend, da sie im Prinzip bei jeder Art von gesteigerter richterlicher Aktivität in Bezug auf den Prozessstoff auftritt.

(1) Keine Hinwendung zum policy-implementing type

Ausgeschlossen werden kann, dass eine Hinwendung zum *policy-implementing type* des Prozessrechts stattfindet. Die grundlegende Intention des Prozessrechts wird gerade nicht verändert. Schließlich ist das Phänomen des *confirmation bias* ein unbewusstes.⁵⁷⁴ Aktive Richter, die diesem Bestätigungsfehler unterliegen können, setzen also nicht bewusst ordnungspolitische

⁵⁶⁹ Zuckerman, C.J.Q. 2014, 355, 361 ff.

⁵⁷⁰ Wason, Q. J. Exp. Psychol. 1960, 129; 1968, 273; jeweils mit zahlreichen Nachweisen Mercier, in: Cognitive Illusions, S. 99; Nickerson, Rev. Gen. Psychol. 1998, 175.

⁵⁷¹ Kapitel 2, E. III. 1.

⁵⁷² Kapitel 2, E. III. 2. a)

⁵⁷³ Kapitel 2, E. III. 2. b)

⁵⁷⁴ Wason, Q. J. Exp. Psychol. 1960, 129; 1968, 273; jeweils mit zahlreichen Nachweisen Mercier, in: Cognitive Illusions, S. 99; Nickerson, Rev. Gen. Psychol. 1998, 175.

Leitlinien um, sondern könnten außerprozessrechtliche Kriterien unbewusst in den Prozess einfließen lassen. Von einem *policy-implementing*, das schon begrifflich bewusst gesteuerte Eingriffe voraussetzt,⁵⁷⁵ sind sie also weit entfernt.

(2) Sonstige Entformalisierung

Alle Indizien einer sonstigen Entformalisierung basieren im Grundsatz darauf, dass ein prozessrechtlich geschlossenes System, das frei von externen Wertungen und entsprechenden Einfallstoren ist, für andere Elemente geöffnet wird. Die Frage, die sich also stellt, ist: Kommt durch die Maßnahmen zur prozessualen Unterstützung, die durch das Phänomen des *confirmation bias* zu einer Überkompensation führen können, ein außerprozessrechtliches (materiales) Element in das Prozessrecht hinein?

Ein solches Element wäre dann gegeben, wenn man annimmt, dass LIP nicht nur innerhalb des Prozesses unterlegen sind, sondern regelmäßig auch außerhalb. In diesem Fall wäre durch die richterlichen Eingriffe nicht mehr nur die Waffengleichheit im Prozess selbst hergestellt. Vielmehr hätte eine Unterstützung prozessual schwächerer Parteien neben einer unbewussten Bevorzugung über bloße prozessuale Gleichstellung hinaus auch Auswirkungen in Form prozessualer Bevorzugung von Parteien, die außerhalb des Prozesses schwächer sind. Dass dies nicht korrelieren muss, zeigt das Beispiel des anwaltlich vertretenen Verbrauchers, der einen Prozess gegen den nicht anwaltlich vertretenen Einzelunternehmer führt. Hier dürfte der Einzelunternehmer mangels anwaltlicher Vertretung im Prozess die schwächere Partei sein, „im wirklichen Leben“ dürfte die Frage anders beantwortet werden. Letztlich hängt also die Antwort auf die Frage, ob eine Unterstützung von Parteien, die in der konkreten Situation schwächer sind als ihr Gegenpart, eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts ist, wesentlich davon ab, ob eine Korrelation oder, noch strenger, eine Kausalität⁵⁷⁶ zwischen prozessrechtlicher und außerprozessrechtlicher „Schwäche“ besteht. In diesem Fall fände eben nicht nur eine (unfreiwillige) Überkompensation prozessualer, sondern auch eine Kompensation materialer Nachteile statt.

In England existieren zumindest einige Studien, die untersuchen, wie die soziale Zusammensetzung der LIP ist.⁵⁷⁷ Ergebnis hiervon ist, dass eine Tendenz besteht, wonach nicht anwaltlich vertretene Parteien ein geringeres Bildungsniveau und Einkommen haben als Parteien, die anwaltlich vertreten vor Gericht auftreten. Daneben ist es wahrscheinlicher, dass staatliche Transfers

⁵⁷⁵ Vgl. *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 147 ff.

⁵⁷⁶ Siehe zu Kausalitätsnachweisen grundlegend *Mackie*, Am. Philos. Q. 1965, 245.

⁵⁷⁷ *Assy*, Injustice in Person, S. 15 ff.; *ders.*, C.J.Q. 2011, 267, 278 ff.; *Genn*, C.J.Q. 2013, 411, 426 ff.; *Moorhead*, Soc. & Legal Stud. 2007, 405, 406 ff.; *Williams*, Litigants in person: a literature review.

das Haupteinkommen von LIP sind, als dies bei anderen Parteien der Fall ist. Zudem sind sie im Schnitt jünger und mit größerer Wahrscheinlichkeit männlich. Daneben sind anwaltlich nicht vertretene Parteien eher Beklagte als Kläger. Eine Studie fand zudem heraus, dass in ca. 20% der Fälle die nicht anwaltlich vertretene Partei ein Zeichen von Verwundbarkeit aufwies (Opfer von Gewalt, geistige Erkrankung, Drogenprobleme usw.).⁵⁷⁸ Allerdings geben auch viele LIP andere Gründe als Geldmangel an, wenn nach Gründen für die fehlende anwaltliche Vertretung gefragt wird. So wird etwa fehlendes Vertrauen in die Anwaltschaft oder geringe Komplexität des Streits genannt.⁵⁷⁹

Ein vollständig klares Ergebnis liefern damit auch die in England verfügbaren empirischen Studien nicht. Es zeigt sich aber dennoch die Tendenz, dass Personen, die nicht anwaltlich vertreten sind, auch Eigenschaften haben, die man mit sozialer Schwäche in Verbindung bringen kann, wie etwa ein Mangel an finanziellen oder intellektuellen Ressourcen. Eine Korrelation zwischen prozessualer Schwäche⁵⁸⁰ und sozialer Schwäche lässt sich damit für LIP annehmen. Ein vollständiger Kausalitätsnachweis gelingt hingegen nicht. Ein solcher würde nach *Mackie* erfordern, dass soziale Schwäche ein nicht hinreichender aber notwendiger Teil der nicht notwendigen aber hinreichenden Bedingung (fehlende anwaltliche Vertretung) ist, die zu prozessualer Schwäche führt.⁵⁸¹ Die soziale Schwäche ist nach den englischen Studien gerade nicht notwendige Bedingung, teils nicht einmal hauptsächliche Motivation für die fehlende anwaltliche Vertretung.⁵⁸² Für die hiesige Untersuchung, die keinen sozialwissenschaftlichen Fokus hat, genügt jedoch die Erkenntnis, dass für die klar abgrenzbare Personengruppe der LIP eine deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass prozessuale und soziale Schwäche korrelieren.

Damit stellt sich die Auswirkung der unbewussten Bevorzugung dieser Personengruppe im Zivilprozess durch das Phänomen des *confirmation bias* als Materialisierung des Zivilprozessrechts heraus. Verallgemeinern lässt sich dieses Ergebnis jedoch nicht. Nur weil im Falle von LIP eine Korrelation zwischen ausgleichender Schwäche im Prozess und sozialer Schwäche besteht, bedeutet dies nicht, dass dies immer der Fall ist, wo ein Ungleichgewicht in der konkreten Prozesssituation besteht. Es fehlt an einer Homogenität der Gruppe von Parteien, die sich in einer prozessualen Schlechterstellung befinden, um diesen induktiven Schluss zuzulassen. Es wäre im Einzelfall eine Gruppenbildung vorzunehmen (wie hier: LIP) und sodann zu unter-

⁵⁷⁸ Zum Ganzen mit Nachweisen zu den einzelnen empirischen Studien *Williams*, *Litigants in person: a literature review*, S. 4.

⁵⁷⁹ *Williams*, *Litigants in person: a literature review*, S. 4 f.

⁵⁸⁰ Siehe oben Kapitel 5, B. III. 2. c) aa).

⁵⁸¹ Vgl. *Mackie*, *Am. Philos. Q.* 1965, 245, 245 ff.

⁵⁸² Vgl. auch *Genn*, *C.J.Q.* 2013, 411, 433 f.; *Williams*, *Litigants in person: a literature review*, S. 4 f.

suchen, ob eine Korrelation zwischen ausgleichender Schwäche im Prozess und sozialer Schwäche besteht, wenn man herausfinden möchte, ob richterliche Hilfe im Prozess aufgrund des *confirmation bias* tatsächlich zu Materialisierung des Zivilprozessrechts führt.

(3) Zwischenergebnis

Für das englische Zivilprozessrecht kann damit aber festgehalten werden: Die richterliche Unterstützung von LIP ist aufgrund des Phänomens des *confirmation bias* als sonstige Entformalisierung eine Tendenz zur Materialisierung.

4. Ergebnis

Damit zeigt die Untersuchung des englischen Zivilprozessrechts aus deutscher Perspektive ein recht eindeutiges Ergebnis. Alle Maßnahmen, die zu verstärkter richterlicher Aktivität geführt haben, sind als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts bewertet worden – jeweils aus unterschiedlichen Gründen. Die Einführung und Verschärfung der Befugnisse zum *case management* wurde aufgrund der Aufgabe des staatlichen Desinteresses am Inhalt des einzelnen Zivilprozesses zur Erreichung von *proportionate justice* bzw. *efficiency* und *economy* als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts bewertet. Die Vorgabe, wonach die Richter dafür zu sorgen haben, dass sich die Parteien *on an equal footing* befinden, ist aufgrund des Hereinspielens des außerprozessrechtlichen Kriteriums von finanzieller Ausstattung der Parteien ebenso bewertet worden. Zuletzt wurde die Reaktion der Richter auf die Herausforderungen durch die erhöhte Zahl an LIP als Tendenz zur Materialisierung bewertet. Hierbei wurde die Kombination aus richterlicher Hilfe unter Aufgabe der formalen Gleichbehandlung sowie des Bestehens eines Ermessensspielraums aber nicht als Tendenz zur Materialisierung eingeordnet, da das Ermessen durch die Vorschriften zur Befangenheitsablehnung auf innerprozessrechtliche Erwägungen beschränkt ist. Hingegen wurde die richterliche Hilfe aufgrund des psychologischen Phänomens des *confirmation bias* als Tendenz zur Materialisierung bewertet – dies deshalb, weil eine Korrelation zwischen einem Nachteil in der konkreten Prozesssituation und sozialer Schwäche bei einer abgrenzbaren Personengruppe besteht.

V. Abstraktion der Ergebnisse

Aus den durch die Analyse des englischen Zivilprozessrechts gewonnenen Erkenntnissen lassen sich einige grundlegende Punkte abstrahieren. Analysiert man, wann im Einzelfall eine Tendenz zur Materialisierung bejaht wurde, ergeben sich im Wesentlichen zwei Fallgestaltungen, in denen gesteigerte richterliche Aktivität eine Tendenz zur Materialisierung ist. Außen vor bleibt

der ohnehin klare Fall, in dem richterliche Aktivität dem *policy-implementing* dienen würde, was aber in England nicht beobachtet wurde.

Die erste Fallgestaltung ist eine Verstärkung richterlicher Aktivität bzw. Machtverlagerung von den Parteien zu den Gerichten, sofern der Staat hier die formale Interesselosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens aufgibt, um weitere Ziele wie gleichmäßigen Zugang zur Ressource der zivilgerichtlichen Rechtsprechung oder die Verbesserung der Situation finanziell schwächerer Parteien zu erreichen. In diesem Fall sind die Tendenzen zur Materialisierung meist deutlich und vom Gesetzgeber vorgegeben.

Die zweite Fallgestaltung ist schwieriger zu entdecken und nachzuweisen. Eine Tendenz zur Materialisierung kann auch darin liegen, dass eine in der konkreten Prozesssituation schwächere Partei unterstützt wird, ohne dass dies vom Gesetzgeber mit materialer Zielrichtung vorgegeben wurde. Die Tendenz kann sich vielmehr aufgrund des Phänomens des *confirmation bias* ergeben. Damit dieses aber nicht nur zu einer Bevorzugung der in der konkreten Prozesssituation schwächeren Partei, sondern zu einer Bevorzugung der auch nach außer(prozess)rechtlichen Kriterien schwächeren Parteien führt, muss mangels Homogenität dieser (Gesamt-)Gruppe jedenfalls eine Korrelation zwischen prozessualer und sozialer Schwäche angenommen werden können. Für einige Gruppen, wie etwa LIP gelingt dies aufgrund vorhandener Studien. Für eine generelle Korrelation gibt es jedoch gerade keinen Beleg.

Keine Tendenz zur Materialisierung liegt hingegen dort vor, wo richterliche Aktivität schlicht verstärkt wird, ohne dass materiale Wertungen in das Prozessrecht hineinspielen, weil das Ermessen des Gerichts auf den Ausgleich von Ungleichgewichten begrenzt ist, die sich in der konkreten Prozesssituation zeigen.

D. Übertragung der Ergebnisse auf die Veränderungen des deutschen Zivilprozessrechts

Doch was bedeuten die Ergebnisse für die Veränderungen, die für das deutsche Zivilprozessrecht beschrieben wurden? Zu untersuchen sind mit Blick hierauf die Veränderungen des § 139 ZPO und die Erweiterung der amtswegigen Beweiserhebung nach den §§ 142, 144 ZPO. Beides wurde zuvor unter „Materialisierung durch kompensatorische Prozessleitung“⁵⁸³ beschrieben.

I. Materialisierung durch die Erweiterung des § 139 ZPO

Die Frage, die oben (Kapitel 5, B. II. 1. c)) aufgeschoben wurde und nun zu behandeln ist, ist: Liegt im Bedeutungsgewinn des § 139 ZPO und in der da-

⁵⁸³ Siehe oben Kapitel 5, B.

mit einhergehenden Verschiebung des Kräfteverhältnisses von den Parteien zum Gericht eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts? Eine Hinwendung zum *policy-implementing type* des Prozessrechts durch die Pflichten des § 139 ZPO ist zwar teilweise gefordert worden,⁵⁸⁴ allerdings keinesfalls erkennbar.⁵⁸⁵ Eine aktive Steuerung des Prozesses, um ordnungspolitische Ziele zu erreichen, findet nicht statt. In Betracht kommt indes eine sonstige Entformalisierung, ähnlich der in England festgestellten Tendenzen.

1. Materialisierung durch Aufgabe formaler Interesselosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens

Der Fall wäre dies einerseits, wenn § 139 ZPO nach aktuellem Verständnis dem Gericht die Möglichkeit gibt, in die Prüfung, ob ein Hinweis zu erteilen ist, auch Elemente wie die „soziale Stärke“ der Parteien einzubeziehen oder wenn der Staat aus sonstigen, außerprozessrechtlichen Gründen die Hinweispflichten erweitert hätte. In diesem Fall gäbe er die Interesselosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens auf und brächte ein außerrechtliches Kriterium (soziale Schwäche) in das Prozessrecht hinein. Damit könnten (und sollten)⁵⁸⁶ soziale Nachteile durch das Verfahrensrecht ausgeglichen werden.

a) Indizwirkung einer Annäherung an das österreichische Prozessrecht?

In diesem Zusammenhang könnte eine Annäherung des deutschen § 139 ZPO an § 182 öZPO eine Indizwirkung haben.⁵⁸⁷ Grund hierfür ist, dass im österreichischen Zivilprozessrecht die Befugnisse des Gerichts zur materiellen Verfahrensleitung schon seit Inkrafttreten der öZPO als Mittel eines auf sozialen Ausgleich gepolten Zivilprozesses verstanden wurden.⁵⁸⁸ Wie *McGuire* zeigt, haben sich die Normen des § 139 ZPO und des § 182 öZPO zur materiellen Prozessleitung im Laufe der Zeit stark angenähert.⁵⁸⁹ Dies kann aber nur ein erstes Indiz sein, da der Wortlaut beider Vorschriften offen ist und durch Auslegung geprägt werden muss. Hierbei tritt das konträre Grundverständnis der beiden Prozessrechtsordnungen als Grundlage der Auslegung hinzu, sodass *McGuire* erhebliche Unterschiede in der Praxis diagnostiziert.⁵⁹⁰ Es hilft zwar, zu verstehen, dass in Österreich eine umfassende Befugnis des Gerichts zu Hinweisen und Fragen als Ausdruck sozialer Gerechtigkeit empfunden

⁵⁸⁴ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 155 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. auch *Stürner*, ZJP 123 (2010), 147, 152 f.

⁵⁸⁶ Vgl. nur *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 155 ff.

⁵⁸⁷ Vgl. *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99.

⁵⁸⁸ *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 111; *Sprung*, ZJP 92 (1979), 4, 8; aber auch schon *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, S. 16 ff.

⁵⁸⁹ *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 111 ff.

⁵⁹⁰ *McGuire*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, S. 99, 117.

wurde. Für sich allein mag diese Erkenntnis jedoch nicht dazu führen, dass in der gestiegenen Bedeutung der materiellen Verfahrensleitung auch in Deutschland eine Verschiebung zu diesem Prinzip erfolgt ist. Vielmehr ist das deutsche Prozessrecht gesondert zu untersuchen.

b) Soziale Kompensation durch § 139 ZPO?

Die Frage, die sich nach dem soeben Gesagten für das deutsche Zivilprozessrecht primär stellt, ist, ob im Rahmen des § 139 ZPO – ähnlich wie bei § 182 öZPO – soziale Kompensation eine Rolle spielt. Dürfen also Gerichte die Hinweispflicht so ausüben, dass Erwägungen, die außerhalb des konkreten Prozessrechtsverhältnisses stehen, Anlass zu Fragen oder Hinweisen geben? Dürfen sich die Hinweise als „Beratung“ einer Partei herausstellen? Beidem ist eine klare Absage zu erteilen. Auch wenn eine solche sozialstaatliche Anwendung von § 139 ZPO vereinzelt gefordert wurde,⁵⁹¹ ist dies nie ernsthaft in Betracht gezogen worden und entsprechende Forderungen haben sich mit der Zeit verlebt.⁵⁹²

Vielmehr hat sich der BGH diesbezüglich sehr deutlich geäußert. Er weist darauf hin, dass § 139 ZPO eine solche Anwendung keinesfalls fordert, sondern vielmehr ein Richter wegen Befangenheit abzulehnen ist, der, „ohne Stütze im Verfahrensrecht, die Äquidistanz zu den Parteien aufgibt und sich zum Berater einer Seite macht“.⁵⁹³ Der Anlass für den Hinweis oder die Frage, die im Rahmen von § 139 ZPO zu erteilen bzw. zu stellen sind, muss sich also immer aus dem konkreten Prozessrechtsverhältnis ergeben. Eine Prozessleitung, die den Anschein erweckt, der Richter versuche, einer sozial schwächeren Partei aus diesem Grund zu helfen, ist nicht nur nicht von § 139 ZPO gedeckt, sondern begründet sogar einen Grund zur Ablehnung des Richters wegen Befangenheit nach § 42 Abs. 2 ZPO.⁵⁹⁴ Auch geht es fehl, die Debatte,

⁵⁹¹ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 52, 129, 157 ff.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 115 ff.

⁵⁹² *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 3.

⁵⁹³ BGHZ 156, 269, 270; BGH NJW-RR 2016, 887, Rn. 21.

⁵⁹⁴ BGHZ 156, 269, 270; BGH NJW-RR 2016, 887, Rn. 21; OLG Rostock NJW-RR 2002, 576; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 104, 173 f.; *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 129 ff.; *Sticken*, Die „neue“ materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, S. 54 f.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 22 ff. (Rn. 19 ff.); *Triltsch*, Verstöße gegen die materielle Prozessleitung und Rechtsschutz hiergegen, S. 43 f.; *Nober/Ghassemi-Tabar*, NJW 2017, 3265, 3270; *Reischl*, ZP 116 (2003), 81, 105 f.; *Rensen*, MDR 2002, 1175, 1176; *Frische*, in: MüKo-ZPO, § 139 Rn. 8; *Greger*, in: Zöller, § 139 Rn. 3; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 52; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 139 Rn. 2; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 139 Rn. 1; *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 139 Rn. 17 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 5; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 139 Rn. 8; *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, § 139 Rn. 2.

ob eine Hinweispflicht nur abgestuft besteht, wenn eine oder beide Parteien anwaltlich vertreten sind, ohne weitere Erläuterung als Frage der sozialen Gerechtigkeit zu verstehen.⁵⁹⁵ Anknüpfungspunkt der Befürworter einer solchen Abstufung ist vielmehr die Frage nach einer Arbeitsteilung zwischen Anwalt und Gericht sowie der Wortlaut des § 139 Abs. 1 ZPO („soweit erforderlich“).⁵⁹⁶

Ziel des § 139 ZPO ist also nicht der Ausgleich sozialer Ungleichgewichte. Auch knüpft die Hinweis- und Fragepflicht nicht an eine Schutzbedürftigkeit der Parteien an, sondern nur an konkreten, unklaren oder unvollständigen Tatsachenvortrag, nicht sachdienliche Anträge oder Bedenken hinsichtlich der amtswegig zu prüfenden Punkte.⁵⁹⁷ Sofern teilweise eine rechtstatsächlich beklagte „ungleiche“ Anwendung von § 139 ZPO zugunsten von sozial schwächeren Parteien in der Tat besteht⁵⁹⁸ und nicht an konkretes Prozessverhalten der Parteien angeknüpft wird, wäre dies – um es in aller Deutlichkeit zu sagen – rechtswidrig.⁵⁹⁹

c) Sonstige außerprozessrechtliche Kriterien

Schließlich bleibt festzuhalten, dass – anders als in England⁶⁰⁰ – die materielle Prozessleitung des Gerichts auch nicht dazu dienen soll, *proportionate justice* bzw. *economy* und *efficiency* durchzusetzen. Vielmehr ist ein aktiver Richter Folge des Hauptverhandlungsmodells, dem der deutsche Zivilprozess schon seit 1879 folgt.⁶⁰¹ Aus diesem Grund dient eine Verstärkung der richterlichen Aktivität innerhalb dieses Modells nicht dazu, andere, außerprozessrechtliche Kriterien umzusetzen, sondern knüpft an prozessrechtliche Kriterien innerhalb eines Prozessmodells an.⁶⁰²

d) Zusammenfassung

Nach dem gerade Festgestellten findet jedenfalls keine Materialisierung in dem Sinne statt, dass der Staat durch aktiv gesteuerte Maßnahmen außerprozessrechtliche Kriterien in das Prozessrecht hineinbringt. Vielmehr muss das Verhalten der Prozesspartei im Prozess Anlass zu Hinweisen des Gerichts geben.

⁵⁹⁵ So aber wohl *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 46 ff.

⁵⁹⁶ Nur *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 6 m.w.N.

⁵⁹⁷ *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 140; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 170.

⁵⁹⁸ Dies beklagt *Behnke*, MDR 1992, 209, 211.

⁵⁹⁹ Vgl. auch *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178.

⁶⁰⁰ Siehe oben Kapitel 5, C. IV. 1. a)

⁶⁰¹ Ausführlich und vergleichend *Stürner*, ZJP 123 (2010), 147, 151 ff.

⁶⁰² *Stürner*, ZJP 123 (2010), 147, 151 ff., der auch auf die Befugnisse zum *case management* im englischen Recht eingeht.

2. Materialisierung durch Ausgleich prozessrechtlicher Ungleichgewichtslagen

Dies bedeutet jedoch nicht, dass in der Anwendung des § 139 ZPO keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts liegen kann. Eine solche könnte auch in der Aufgabe der formalen Gleichberechtigung der Parteien durch einen weiten Ermessensspielraum der Gerichte liegen, wenn dieser nicht begrenzt wird. Außerdem kommt eine Tendenz zur Materialisierung infolge des *confirmation bias* in Betracht.

a) Materialisierung durch die Aufgabe der formalen Gleichbehandlung?

Zunächst wird daher überprüft, ob eine Tendenz zur Materialisierung in der Aufgabe formaler Gleichbehandlung liegt. Dazu ist zunächst zu klären, ob diese überhaupt durch die Pflichten des § 139 ZPO aufgegeben wird. Letztlich ist damit nach der Intention der Pflichten des § 139 ZPO zu fragen. Dies ist bereits zahlreich geschehen, sodass eine umfassende Untersuchung hier nicht erfolgen soll.⁶⁰³ Weitgehend geklärt ist, dass die Pflichten des § 139 ZPO verschiedene Intentionen haben. Namentlich sind dies zum einen das Recht auf rechtliches Gehör der Parteien, die Gewährleistung eines fairen Verfahrens, die Beschleunigung und Konzentration des Prozesses sowie die Steigerung der Akzeptanz der richterlichen Entscheidung.⁶⁰⁴ Weitgehende Einigkeit besteht zudem darin, dass die Pflichten des § 139 ZPO auch dazu dienen, die hier nicht notwendigerweise verfassungsrechtlich verstandene prozessuale Waffengleichheit zu verwirklichen.⁶⁰⁵ Hier endet aber die Einigkeit. Die prozessuale Waffengleichheit kann schließlich sowohl als formale als auch als materiale Waffengleichheit verstanden werden.⁶⁰⁶ Während darin Einigkeit besteht, dass sie jedenfalls beiden Parteien unabhängig von ihrer Parteirolle das Recht gibt, die gleichen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen,

⁶⁰³ Siehe etwa *Liu*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 228 ff.; *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 109 ff.; *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 133 ff.; *Triltsch*, Verstöße gegen die materielle Prozessleitung und Rechtsschutz hiergegen, S. 42 ff.

⁶⁰⁴ Siehe statt vieler *Liu*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 228 ff.; *Fritsche*, in: MüKo-ZPO, § 139 Rn. 2. All diese Zwecke dienen offensichtlich nicht Besserstellung von sozial schwächeren Parteien, sondern sind im Gegenteil eher formale Ansatzpunkte.

⁶⁰⁵ OLG Schleswig, NJW 1983, 3146, 3147; Thüringer Oberlandesgericht, Beschl. v. 20.02.2017, 6 W 52/17, juris Rn. 12 ff.; *Sticken*, Die „neue“ materielle Prozessleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, S. 68 ff., 74; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 37 (Rn. 39 f.); *Triltsch*, Verstöße gegen die materielle Prozessleitung und Rechtsschutz hiergegen, S. 43 f.; *Reischl*, ZJP 116 (2003), 81, 96 f.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 5; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 2; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, 8 f.; a.A. wohl *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 137 f.

⁶⁰⁶ Hierzu *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 99 ff.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 128 ff.

und die Parteien unabhängig von außerprozessualen Einflüssen im Prozess die gleiche Rechtsstellung haben,⁶⁰⁷ ist umstritten, ob darüber hinaus noch eine materiale Komponente der prozessualen Waffengleichheit besteht. Diese besteht nach ihren Befürwortern darin, dass auch unterschiedliche Durchsetzungschancen im Prozess ausgeglichen werden müssen.⁶⁰⁸ Je nach Verständnis dieser Waffengleichheit ändert sich wohl auch das Verständnis der weiteren – weitgehend unbestrittenen – Intentionen des § 139 ZPO, der Fürsorge für die Parteien und der Erzielung eines richtigen Prozessergebnisses.⁶⁰⁹ Die Praxis scheint in ihrer Anwendung des § 139 ZPO wohl ein materiales Verständnis der Waffengleichheit zugrunde zu legen.⁶¹⁰ Dieses Ergebnis ist auch naheliegend. Die Anwendung von § 139 ZPO wird fast immer einer Partei mehr helfen als der anderen.⁶¹¹ Folglich werden durch Hinweise des § 139 ZPO die Parteien nicht formal gleichbehandelt.

Doch dies muss – wie im englischen Zivilprozessrecht beim richterlichen Umgang mit LIP gesehen – nicht zwingend mit einer Materialisierung einhergehen. Schließlich ist auch das Ungleichgewicht, das § 139 ZPO auszugleichen sucht, ein prozessuales. Nur wer im Prozess einen Aspekt übersieht oder für unerheblich hält, erhält einen Hinweis des Gerichts. Nur hierdurch werden unterschiedliche Durchsetzungschancen ausgeglichen, wird materiale Waffengleichheit hergestellt. Der Unterschied zur Behandlung der LIP ist freilich, dass den Gerichten im Rahmen des § 139 ZPO kein Ermessensspielraum bei

⁶⁰⁷ Siehe etwa *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 100; *Jung*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 92 f.; *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 64, 214; *Stürner*, NJW 1979, 2334, 2337; *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, Einl. Rn. 32.

⁶⁰⁸ *Brüggemann*, Judex statutor und judex investigator, S. 181; *Jung*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 108 ff.; wohl auch *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 211 f.; *Lüke*, in: *MüKoZPO* 2. Aufl. (2002), Einl. Rn. 144; *Hartmann*, in: *B/L/A/H*, Einl. III Rn. 21; *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, Einl. Rn. 32; a.A. *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 100 ff. (hinsichtlich eines verfassungsrechtlichen Rechts); *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 37 f. (Rn. 39 f.); *ders.*, NJW 1979, 2334, 2337; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 18 Rn. 29; *Schumann*, in: *Stein/Jonas*, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 506.

⁶⁰⁹ Siehe statt vieler *Liu*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 228 ff.; *Fritsche*, in: *MüKoZPO*, § 139 Rn. 2.

⁶¹⁰ Hierauf deutet die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung hin, siehe OLG Frankfurt, Beschl. v. 06.02.2007, 4 W 93/06, juris Rn. 10 ff.; Brandenburgisches Oberlandesgericht NJW-RR 2014, 574 Rn. 21 ff.; Thüringer Oberlandesgericht, Beschl. v. 20.02.2017, 6 W 52/17, juris Rn. 12 ff.; in eine ähnliche Richtung scheint auch BGH NJW-RR 2016, 887, Rn. 21 ff. zu weisen: Ein „Rat“ an eine Partei führt nicht zur Besorgnis der Befangenheit, wenn er Anlass im prozessualen Verhalten findet und inhaltlich über § 139 ZPO gerechtfertigt ist. Im Ausgangsverfahren lässt sich eine soziale Ungleichgewichtslage indes nicht erkennen.

⁶¹¹ *Sticken*, Die „neue“ materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, S. 68 f.; *Kern*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 139 Rn. 21.

der Frage zusteht, ob ein Hinweis erteilt wird.⁶¹² Doch selbst wenn man den Auslegungsspielraum der Norm als ähnlichen Spielraum anerkennt, liegt auch im Rahmen des § 139 ZPO eine Begrenzung des Anwendungsbereichs in den Vorschriften zur Befangenheitsablehnung. Diese verhindern, dass der Richter in seine Bewertung, ob ein Hinweis zu erteilen ist, Faktoren einbezieht, die außerhalb des konkreten Streitverhältnisses liegen.⁶¹³ Insofern liegt im reinen Ausgleich innerprozessualer Ungleichgewichte durch Hinweise nach § 139 ZPO keine Tendenz zur Materialisierung.

b) Mittelbare Materialisierung durch indirekte Bevorzugung sozial Schwächerer infolge des „confirmation bias“

Deutlich schwieriger zu beantworten ist indes die Frage, ob möglicherweise außerprozessuale Kriterien auch nur mittelbar durch eine stärkere Bedeutung der richterlichen Hinweis- und Fragepflicht in den Zivilprozess hinspielen. Durch die Folgen des *confirmation bias* könnte eine Überkompensation prozessualer Nachteile zu Gunsten sozial Schwächerer erfolgen.⁶¹⁴

aa) Richterliche Hinweise und Hilfe für die Parteien

Betrachtet man genauer, wann nach dem oben Gesagten Hinweise erteilt werden dürfen bzw. müssen, so lässt sich dies mit „mangelhafter Prozessführung“ zusammenfassen. In einem idealtypischen, von den Parteien perfekt geführten Zivilprozess besteht kein Anlass für richterliche Fragen oder Hinweise, da die Parteien von sich aus klar vortragen, die sachdienlichen Anträge stellen und keine rechtlichen Aspekte übersehen. Klar ist auch: Die Anwendung von § 139 ZPO wird regelmäßig einer Partei mehr helfen als der anderen.⁶¹⁵ Dies folgt aber bereits aus der Natur der Sache und sagt an sich nichts darüber aus, ob dies sozial Schwächeren nützt.

bb) Übertragung der Ergebnisse zu LIP im englischen Zivilprozess?

Ob nun soziale Schwäche eher zu mangelhafter Prozessführung führt, die Hinweis- und Fragepflichten auslöst ist, – soweit ersichtlich – bisher nicht

⁶¹² Siehe statt vieler *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 27; *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 3; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 5 (jeweils m.w.N.); a.A. *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360, 1361.

⁶¹³ Vgl. BGHZ 156, 269, 270; BGH NJW-RR 2016, 887, Rn. 21; *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 127 f., 313 ff.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 22 ff.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 139 Rn. 3; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 20 f., 52; *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 139 Rn. 17 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 5; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 139 Rn. 10 f. (jeweils m.w.N.).

⁶¹⁴ Siehe hierzu Kapitel 5, C. IV. 3. c).

⁶¹⁵ Siehe auch soeben Kapitel 5, D. I. 2. a).

untersucht worden. Den Studien für LIP in England entsprechende Forschung existiert für den deutschen Zivilprozess nicht. Erwägen lässt sich aber, ob sich die Ergebnisse der Studien zur sozialen Zusammensetzung von LIP in England, deren prozessuale Schwäche mit sozialer Schwäche korreliert,⁶¹⁶ auf den deutschen Zivilprozess übertragen lassen. Schließlich sind einige der Hilfestellungen, die LIP erfahren, durchaus vergleichbar mit der richterlichen Hinweispflicht nach § 139 ZPO.⁶¹⁷ Hiergegen spricht aber zum einen, dass die Gruppe derjenigen Parteien, die im deutschen Zivilprozess richterliche Hinweise erhalten, nicht derart klar abgrenzbar ist wie die der LIP. Zum anderen ist in Deutschland durch die Kombination aus Anwaltszwang in vielen Verfahren und Prozesskostenhilfe sowie die nach § 91 Abs. 2 ZPO beschränkte Möglichkeit, im Obsiegensfall Rechtsanwaltskosten von der Gegenseite erstattet zu bekommen, die Situation „schwächerer“ Parteien im Prozess eine andere als in England.⁶¹⁸ Ohne Weiteres übertragen lassen sich die dortigen Ergebnisse also nicht.

cc) Korrelation von sozialer Schwäche und mangelhafter Prozessführung?

Möglicherweise ist jedoch das Verhalten, an das die Pflichten des § 139 ZPO anknüpfen, auch in Deutschland oftmals Ausdruck außerprozessrechtlicher Schwäche. Dagegen spricht zunächst, dass fast einhellig angenommen wird, dass eine Hinweispflicht jedenfalls im Grundsatz auch zugunsten anwaltlich vertretener Parteien besteht.⁶¹⁹ Offenbar schützt also auch eine umfassende juristische Ausbildung nicht davor, einen Zivilprozess mangelhaft zu führen.⁶²⁰ Daneben können auch verschiedene andere Aspekte dafür sorgen, dass eine Prozessführung Anlass zu richterlichen Hinweisen gibt. Beispielweise wird womöglich bewusst auf den Einkauf von juristischer Kompetenz verzichtet, obwohl dies aus wirtschaftlichen Gründen ohne Weiteres möglich wäre,⁶²¹

⁶¹⁶ Oben Kapitel 5, C. IV. 3. c).

⁶¹⁷ Siehe im Detail: Kapitel 5, C. IV. 3. c) bb) und dd).

⁶¹⁸ Vgl. auch das deutsche System als Vorbild für England anführend, *Zuckerman*, „The Law’s Disgrace“, U.K. Const. L. Blog, abrufbar unter: <https://wp.me/p1cVqo-1nE> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

⁶¹⁹ Für eine Differenzierung im Umfang etwa BGH NJW 1984, 310, 311; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 19 ff. (Rn. 14 ff.); *Jauernig*, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, S. 28, 56 f. *Fritsche*, in: MüKoZPO, § 139 Rn. 9 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 6; einschränkend: *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 25 f. Gegen eine Differenzierung etwa BGH NJW-RR 2007, 17 Rn. 4; BGH NJW 2008, 2036 Rn. 10; OLG Celle NJW-RR 1998, 493; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozess, S. 119 ff.; wohl auch *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360, 1362 f.

⁶²⁰ Entsprechend kritisch mit der Anwaltschaft *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 19 ff. (Rn. 14 ff.).

⁶²¹ Derartige Motive wurden unter anderem von LIP in England genannt, siehe *Williams*, Litigants in person: a literature review, S. 4 f.

sind etwa Prozessvertreter nicht ausreichend vorbereitet oder lässt sich schlicht der richterliche Gedankengang nicht vorhersehen.⁶²²

Indes ist nicht ernsthaft zu bestreiten, dass auch mangelhafte sprachliche oder intellektuelle Kenntnisse dazu führen können, dass die Prozessführung einer Partei Anlass zu richterlichen Hinweisen gibt, sofern kein Prozessvertreter mandatiert wird.⁶²³ Daneben lässt sich juristische Kompetenz als Dienstleistung einkaufen, und eine tatsächliche Vermutung in marktwirtschaftlichen Systemen spricht dafür, dass ein höherer Preis für die entsprechende Dienstleistung mit höherer Qualität derselben korrespondiert.⁶²⁴ Dies wird zwar durch Prozesskostenhilfe und die Beschränkung des § 91 Abs. 2 ZPO in gewissem Maße eingeschränkt, allerdings gleicht auch dies das unterschiedliche Leistungsniveau juristischer Dienstleister sicherlich nicht vollständig aus.⁶²⁵ Auch daher lässt sich durchaus vermuten, dass sich soziale Schwäche letztlich in prozessualer Schwäche niederschlägt. Dies mag weder der einzige Grund für mangelhafte Prozessführung sein, noch mag es in genauso großem Ausmaß wie für den englischen Zivilprozess gelten. Dennoch dürfte sich auch für den deutschen Zivilprozess nicht von der Hand weisen lassen, dass soziale Schwäche jedenfalls ein Faktor für mangelhafte Prozessführung ist.⁶²⁶ Diese soziale Schwäche wird dann – dort wo sie der Grund für mangelhafte Prozessführung ist – durch die richterlichen Hinweise infolge des *confirmation bias* – überkompensiert.⁶²⁷

⁶²² Vgl. aus richterlicher Sicht etwa *Wesche*, DRiZ 2016, 102, 103. Kritisch diesbezüglich aber *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 19 (Rn. 14).

⁶²³ Zwar teils ideologisch geprägt, aber hinsichtlich der tatsächlichen Beschreibung zutreffend: *Wacke/Seelig*, NJW 1980, 1170, 1170 f. Vgl. auch *Gärtner*, NJW 2017, 2596, 2600, die Richtern bei Anwendung des § 139 ZPO rät, „auf eindeutige, zielgerichtete und dabei einfache Formulierungen zu achten“ und Umfang und Sprache der Hinweise am „Empfängerhorizont“ auszurichten. Interessant in diesem Zusammenhang mögen auch die Einblicke sein, die *Morsbach*, Justizpalast, passim (siehe etwa S. 100 ff., S. 124 ff., S. 221 ff.) in den Alltag richterlicher Tätigkeit gibt, für die sie nach eigenem Bekunden über neun Jahre in deutschen Gerichten recherchiert hat (Interview mit dem Deutschlandfunk Kultur vom 09.10.2017, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunkkultur.de/petramorsbach-justizpalast-sehnsucht-nach-gerechtigkeit.1270.de.html?dram:article_id=397755 (zuletzt abgerufen am 01.06.2019)).

⁶²⁴ Kritisch zur liberalisierenden Entwicklung des Marktes für anwaltliche Dienstleistungen *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 23 f., 271 ff.

⁶²⁵ So gelangt wohl auch *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 140 zu seiner Vermutung; ähnlich auch *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 19 ff. (Rn. 14 ff.); *ders.*, JZ 1986, 1089, 1090; *Wacke/Seelig*, NJW 1980, 1170, 1170 f.

⁶²⁶ I.E. auch *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, S. 140; *Sticken*, Die „neue“ materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, S. 71 ff.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 19 ff. (Rn. 14 ff.); *ders.*, JZ 1986, 1089, 1090.

⁶²⁷ Dabei sei nochmals darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um ein unbewusstes Phänomen handelt. Eine bewusste Anknüpfung an soziale Schwäche zur Hinweiserteilung wäre unzulässig, siehe soeben Kapitel 5, D. I. 1. b).

dd) Zwischenergebnis

Infolgedessen handelt es sich bei der stärkeren Bedeutung des § 139 ZPO um eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts. Angesichts der soeben dargestellten Ambivalenz in den Gründen für mangelhafte Prozessführung, ist diese Tendenz jedoch weder besonders deutlich, noch als besonders gravierend zu bewerten. Sie bleibt in ihrer Ausprägung und ihrem Umfang deutlich hinter der hier als Parallele herangezogenen Hilfe für LIP im englischen Zivilprozess zurück.

3. Zusammenfassung

Eine Auslegung des § 139 ZPO im Sinne einer materiellen Prozessleitung, die auf die Gewährung materieller Chancengleichheit abzielt und sogar „beratend“⁶²⁸ wirkt, entspricht der aktuellen Rechtsprechungspraxis, sofern Kriterium für die Erteilung von Hinweisen nicht außer(prozess-)rechtliche Anhaltspunkte, sondern das konkrete Verhalten der Parteien im Prozess ist. Gerichte dürfen nach aktueller Rechtslage also darauf Einfluss nehmen, dass nicht derjenige den Prozess gewinnt, der ihn aufgrund überlegener Sach- und Rechtskenntnis infolge höherer Ressourcen geschickter führen kann, sondern derjenige, der ihn nach materieller Rechtslage gewinnen sollte. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass auch eine Tendenz zur Materialisierung vorliegt. Stattdessen ist untersucht worden, ob entweder die Hinweispflicht nach § 139 ZPO durch den Gesetzgeber gezielt zum Ausgleich außerprozessrechtlicher Ungleichgewichte vorgesehen wurde oder die Gerichte diese so verwenden, sowie ob durch die Aufgabe der formalen Gleichbehandlung der Prozessparteien in Folge der Hinweispflicht eine Tendenz zur Materialisierung besteht. All dies wurde verneint. Weiterhin wurde überprüft, ob durch das Phänomen des *confirmation bias* eine Tendenz zur Materialisierung besteht, weil außerprozessuale Schwäche unbewusst überkompensiert wird. Hier wurde festgestellt, dass soziale Schwäche, wenn auch nicht so eindeutig wie in England, ein Grund für Verhalten ist, an das richterliche Hinweispflichten anknüpfen. Aus diesem Grund wurde infolge des *confirmation bias* eine Tendenz zur Materialisierung angenommen.

II. Materialisierung durch die Veränderungen im Rahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO

Möglicherweise liegt aber in den Veränderungen, die §§ 142, 144 ZPO in der jüngeren Vergangenheit erfahren haben bzw. in der (möglichen) Anwendung der §§ 142, 144, 448 ZPO durch die Gerichte eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts. Auch die Beantwortung dieser Frage ist aufge-

⁶²⁸ BGH NJW-RR 2016, 887, Rn. 21 ff.

schoben worden⁶²⁹ und soll nun erfolgen. Anders als bei § 139 ZPO geht es bei der Frage, inwieweit durch die Befugnisse des Gerichts materialisierende Tendenzen auftreten können, nicht nur um die Auslegung der Reichweite der entsprechenden Normen. Vielmehr muss auch berücksichtigt werden, inwieweit die Gerichte das ihnen eingeräumte Ermessen in diese Richtung ausüben können. Nicht erkennbar ist, dass der Anwendungsbereich der Normen oder deren Anwendung durch die Gerichte dazu führen würden, dass sich die grundlegende Intention hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts verschieben würde.⁶³⁰ Wiederum lassen sich Anzeichen für eine aktive Steuerung des Verfahrens durch die Richter in eine Richtung, dass ordnungspolitische Interessen durchgesetzt würden, nicht erkennen.

1. Materialisierung durch Aufgabe formaler Interessellosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens

Dann stellt sich aber wiederum die Frage, inwieweit außerprozessrechtliche Aspekte bei der Auslegung der Reichweite der Normen zur amtswegigen Beweiserhebung eine Rolle spielen können. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs ist bereits in der obigen Darstellung zur Änderung der §§ 142 Abs. 1 Satz 1, 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO vieles gesagt worden.⁶³¹ Er wurde deutlich ausgeweitet. Doch wurde damit die formale Interessellosigkeit am Inhalt des einzelnen Verfahrens aufgegeben?

a) Ausforschung zu kompensatorischen Zwecken?

Hier gilt zunächst ähnlich wie bei § 139 ZPO:⁶³² Anlass für ein Tätigwerden muss ein Prozessverhalten der Parteien sein. Eigene Ermittlungen des Gerichts ohne Anhaltspunkt in Vortrag, Prozessverhalten oder den Anträgen ist von §§ 142, 144, 448 ZPO nicht umfasst.⁶³³ Freilich besteht keine Einigkeit darüber, wo genau die Grenze zu ziehen ist. Klar ist jedenfalls: Eine amtswegige Beweisaufnahme im Sinne eines selbstständigen Ausforschens, veranlasst durch außer(prozess-)rechtliche Kriterien, kann es nicht geben.

⁶²⁹ Siehe oben Kapitel 5, B. III. 2.

⁶³⁰ Vgl. auch *Stürner*, ZPP 123 (2010), 147, 152 f.

⁶³¹ Siehe oben Kapitel 5, B. II. 1.

⁶³² Siehe soeben Kapitel 5, D. I. 1.

⁶³³ Anschaulich *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 155 ff.; siehe aber auch *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 11, 18; *Hartmann*, in: B/L/A/H, § 142 Rn. 2; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 142 Rn. 2; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 142 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 4; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, § 142 Rn. 9 f. und letztlich auch BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f.

b) Sonstige außerprozessrechtliche Kriterien

Womöglich wurden den Gerichten jedoch die verstärkten Befugnisse im Rahmen der §§ 142 Abs. 1 Satz 1, 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO an die Hand gegeben, um andere, außer(prozess-)rechtliche, Kriterien durchzusetzen. In den Gesetzesmaterialien spricht der Gesetzgeber nur allgemein davon, die erste Instanz stärken und dort die Sammlung des Streitstoffs konzentrieren zu wollen.⁶³⁴ Darum hilft auch ein Blick in die allgemeine Begründung zum ZPO-Reformgesetz. Dort heißt es zur Einleitung:

„Der Zivilprozess muss bürgernäher, effizienter und durchschaubarer werden. Die Verfahrensregelungen, die Funktion der Rechtsmittelzüge und der Gerichts Aufbau genügen den berechtigten Ansprüchen der rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürger sowie der Wirtschaft nicht mehr. Den Richtern müssen gesetzliche Möglichkeiten geschaffen werden, den Zivilprozess noch präziser auf seine gesellschaftliche Funktion, der zügigen Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, zuschneiden zu können.“⁶³⁵

Hier kommt zwar ein gewisses Misstrauen gegenüber einem System zum Ausdruck, in dem die Parteien hauptsächlich für den Betrieb des Zivilprozesses verantwortlich sind. Indes sind die Kriterien, die hierbei angeführt werden, schlicht Ausdruck einer anderen Idee einer Ausgestaltung eines Zivilprozesses⁶³⁶ und damit eben nicht außerprozessrechtlich.

c) Zusammenfassung

Nach dem gerade Festgestellten findet jedenfalls keine Materialisierung in dem Sinne statt, dass der Staat durch aktiv gesteuerte Maßnahmen außerprozessrechtliche Kriterien in das Prozessrecht hineinbringt. Vielmehr muss das Verhalten der Prozesspartei im Prozess Anlass zu Beweismaßnahmen des Gerichts geben.

2. Materialisierung durch Ausgleich prozessualer Ungleichgewichtslagen im Rahmen des Ermessensspielraums

Interessanter ist daher an dieser Stelle die Frage, wie ein Gericht bei Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Normen mit dem ihm vom Gesetz eingeräumten Ermessensspielraum umgehen darf.

⁶³⁴ BT-Drucks. 14/4722, S. 61 f., 78 f.

⁶³⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

⁶³⁶ Ausführlich und vergleichend Stürner, ZJP 123 (2010), 147, 151 ff.; ders./Kern, in: GS Konuralp, S. 997, 1002 ff.

a) Äußerungen von Literatur und Rechtsprechung

Hierzu haben sich bereits einige Autoren rechtspolitisch geäußert.⁶³⁷ Die obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung hingegen hat bisher eher selten zum Inhalt des richterlichen Ermessens in den Fällen der §§ 142, 144, 448 ZPO Stellung genommen.⁶³⁸ Dies liegt vermutlich daran, dass die Rechtsmittelgerichte die Ausübung des Ermessens nur auf Fehler überprüfen dürfen und prüfen können, ob die Voraussetzungen der Ermessensausübung, mithin die Erfüllung des Tatbestands überhaupt vorlagen.⁶³⁹ Im Folgenden soll es nicht darum gehen, Rechtsprechung und Lehre zur Thematik des Ermessens bei der Beweiserhebung von Amts wegen umfassend zu untersuchen. Es ist vielmehr anhand von Literatur und Rechtsprechung zu überprüfen, ob bereits Kriterien, die eigentlich außerhalb einer formalen Wertungssphäre des Prozessrechts liegen, in die Abwägung eingestellt wurden.

b) Fälle der Ermessensreduktion auf Null

Zunächst sind Fälle denkbar, in denen sich der Ermessensspielraum des Gerichts auf Null reduziert, also eine Beweiserhebung nach §§ 142, 144, 448 ZPO in jedem Fall durchzuführen oder abzulehnen ist. Obwohl das Gesetz von „kann“ spricht, gibt es in diesen Fällen nur eine Ausübung des Ermessens, die fehlerfrei ist.⁶⁴⁰ Die hierbei regelmäßig diskutierten Fallgestaltungen sind jedoch weit davon entfernt, auf außerprozessrechtlichen Kriterien aufzubauen. Vielmehr geht es etwa darum, dass eine Anordnung nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO erfolgen muss, wenn eine Partei einen (rechtmäßigen) Antrag nach § 428 ZPO stellt.⁶⁴¹ Dasselbe gilt für einen Antrag nach § 371 Abs. 2 Satz 1 ZPO in

⁶³⁷ Siehe aus jüngerer Zeit nur *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 87 ff., 236; *Effer-Uhe*, Die Parteivernehmung, S. 259 ff.; *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 227 ff.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 171 ff.; *Schöpflin*, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 146 ff.; *Stichelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, S. 589 ff.; *Konrad*, NJW 2004, 710, 711 ff.; *Kraayvanger/Hilgard*, NJ 2003, 572, 573 ff.; *Saenger*, ZZZ 121 (2008), 139, 146 ff.; *Stackmann*, NJW 2007, 3521, 3524 ff.; *Wagner*, JZ 2007, 706, 715.

⁶³⁸ Zu § 142 ZPO ab 2002: BGHZ 173, 23 Rn. 20; BGH WM 2014, 1611 Rn. 27; OLG München NJOZ 2006, 4541, 4543; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschl. v. 28.02.2011, 5 U 112/10, BeckRS 2011, 16047; zu § 144: BGH NJW 1987, 591, 592; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, FamRZ 2003, 385, 385 f.; zu § 448 ZPO: BGH NJW 1984, 721, 722; 1999, 363, 364; 2003, 3636; 2013, 2601 Rn. 11.

⁶³⁹ Vgl. BGHZ 23, 175, 183; BGH NJW-RR 1994, 1143, 1144 f.; *Greger*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 546 Rn. 14.

⁶⁴⁰ Grundsätzlich hierzu *Gern*, DVBl 1987, 1194.

⁶⁴¹ *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 234 f.; *Gruber/Kießling*, ZZZ 116 (2003), 305, 324; *Saenger*,

Verbindung mit § 144 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 ZPO.⁶⁴² Hier ist das Kriterium, das die Ermessensreduktion auf Null herbeiführt, eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, der in diesen Fällen ausdrücklich anordnet, dass ein förmlicher Beweisantritt durch den jeweiligen Antrag erfolgt. Hierüber kann sich das Gericht aus Gründen der Gewaltenteilung nicht ermessensfehlerfrei hinwegsetzen. Das Kriterium ist also ein originär prozessrechtliches, das Ermessen wird durch formale Gesichtspunkte begrenzt.

Daneben ist unter Verweis auf das Gebot der (formalen) Waffengleichheit im Prozess festgestellt worden, dass eine Partei von Amts wegen nach § 448 ZPO zu vernehmen ist, wenn ein Zeuge für ein Vier-Augen-Gespräch zwischen diesem Zeugen und der Partei vernommen wurde und keine Gelegenheit zur Äußerung im Rahmen des § 141 ZPO gegeben wurde.⁶⁴³ Aufhänger für diese Auffassung ist zwar das verfassungs- bzw. menschenrechtlich gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren, das die prozessuale Waffengleichheit garantiert.⁶⁴⁴ Allerdings gebietet es auch das formale Zivilprozessrecht, dass den Parteien unabhängig von ihrer Rolle im Prozess die gleichen Mittel zur Verfügung stehen. Die Partei, die selbst an einem Gespräch mit dem Zeugen teilgenommen hat, hat aber keine Möglichkeit, selbst den Beweis durch einen Zeugen anzutreten, so dass das Gericht auch aus formalen Gründen ihr jedenfalls die Möglichkeit zu geben hat, sich hinsichtlich des Gesprächs zu äußern.

Schließlich ist das Ermessen des Gerichts hinsichtlich einer Anordnung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 ZPO auf Null reduziert, wenn es ihm an der Sachkunde zur Beurteilung eines Sachverhalts fehlt, etwa weil schwierige Rechtsfragen einer ausländischen Rechtsordnung zu entscheiden sind.⁶⁴⁵ Hierbei geht es aber ebenfalls nicht darum, mit außerprozessrechtlichen Kriterien Einfluss auf die Ermessensentscheidung des Gerichts zu nehmen, sondern

ZJP 121 (2008), 139, 150; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 33; *Greger*, in: Zöllner, Zivilprozessordnung, § 142 Rn. 11.

⁶⁴² *Fritsche*, in: MüKoZPO, §§ 142–144 Rn. 3; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 144 Rn. 3.

⁶⁴³ BGH NJW 2003, 3636; BGH NJW-RR 2006, 61, 63; BGH NJW 2013, 2601, Rn. 10 f.; ausführlich hierzu *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 225 ff.; siehe auch *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 244 f.; *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 595 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 128, § 137 Rn. 15. Freilich wird dabei nicht verkannt, dass dies auf die Entscheidung des EGMR, Urt. 27.10.1993, 14448/88, *Dombo Beheer B.V./The Netherlands*, und dementsprechend auch auf Art. 6 Abs. 1 EMRK zurückgeht. Insofern hätte auch eine Befassung in Kapitel 3 der Arbeit stattfinden können, worauf allerdings aus Gründen des Sachzusammenhangs verzichtet wurde.

⁶⁴⁴ Vgl. EGMR NJW 1995, 1413 Rn. 31 ff.; BVerfG NJW 2001, 2531 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 126 ff.

⁶⁴⁵ BGH NJW 1987, 591 f.; *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 609; *Fritsche*, in: MüKoZPO, §§ 142–144 Rn. 5.

darum, dessen originäre Aufgabe einer richtigen Entscheidung zu sichern. Eine Entscheidung, die auf einem falschen Verständnis von ausländischen Rechtsnormen basiert oder infolge mangelnder Sachkenntnis ergeht, ist schließlich schon formal inkorrekt. Soweit darüber hinaus eine regelmäßige Ermessensreduktion auf Null bei allen Formen der Beweiserhebung von Amts wegen vorgeschlagen wurde,⁶⁴⁶ hat dies jedenfalls keinen Anklang gefunden. In Fällen, in denen eine Ermessensreduktion auf Null angenommen wurde, sind also keine außerprozessrechtlichen Einflüsse zu erkennen.

c) Sonstige Fälle der Ermessensanwendung durch die Gerichte

Auch sonst scheinen die Gerichte mit amtswegiger Beweiserhebung – von einigen Ausnahmen abgesehen⁶⁴⁷ – bisher eher zurückhaltend umzugehen.⁶⁴⁸ Angesichts dessen, was nach Auffassung der Rechtsprechung und des Großteils der Literatur in die jeweilige Ermessensentscheidung einzubeziehen ist – bei § 448 ZPO teilweise durch das Gesetz vorgegeben –, kann nach aktuellem Stand der Anwendung der §§ 142 Abs. 1 Satz 1, 144 Abs. 1 Satz 1, 448 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht davon ausgegangen werden, dass wesentlich eine Bezugnahme auf außerprozessrechtliche Kriterien stattfindet. So werden unter anderem folgende Punkte genannt, die bei der Abwägung eine Rolle spielen können:

- der mögliche Erkenntniswert einer Anordnung,⁶⁴⁹
- die Verhältnismäßigkeit einer Anordnung,
- berechnete Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes,⁶⁵⁰
- Effizienzsteigerung aus Kosten- und Zeitgründen,⁶⁵¹
- Wechsel in Zeugenrolle durch Abtretung der Klageforderung,⁶⁵²
- Beachtung der Darlegungs- und Beweislast,⁶⁵³

⁶⁴⁶ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 103 f., 236 f.; ähnlich auch *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 620; *Scherpe*, ZZP 129 (2016), 153, 180 ff.

⁶⁴⁷ Vgl. LG Ingolstadt, NZI 2002, 390.

⁶⁴⁸ *Stackmann*, NJW 2007, 3521, mit Fn. 2 bemerkt, dass zum Zeitpunkt seines Beitrags mehr Treffer auf Juris zu Literatur als zu Rechtsprechung zu § 142 ZPO zu finden waren. Vgl. auch *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess; *Saenger*, ZZP 121 (2008), 139, 152; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 142 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1.

⁶⁴⁹ *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 231.

⁶⁵⁰ Zum bisherigen siehe auch insgesamt BGHZ 173, 23 Rn. 20.

⁶⁵¹ *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 231 f.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 173.

⁶⁵² BGH NJW 1984, 721, 722.

- Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant⁶⁵⁴ sowie
- ganz grundsätzlich der Zweck des eingeräumten Ermessens.⁶⁵⁵

Keine dieser Erwägungen lässt ein Abstellen auf außer(prozess-)rechtliche Kriterien erkennen. Stattdessen zeigen sie eine dezidierte Auseinandersetzung mit den Vorgaben, die das Prozessrecht selbst zur Ausübung des richterlichen Ermessens macht. Damit ist jedenfalls durch die Ermessensanwendung keine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu erkennen.

d) Mittelbare Materialisierung durch indirekte Bevorzugung sozial Schwächerer infolge des „confirmation bias“

Damit verbleibt lediglich die grundsätzliche Verschiebung der Herrschaft über das Verfahren von den Parteien zu den Gerichten. Im Rahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO lassen sich indes noch weniger Hinweise finden, dass eine gesteigerte richterliche Aktivität bzw. mehr Macht für die Gerichte bei Verfahrensleitung und Beweiserhebung zu einer Bevorzugung sozial schwächerer Parteien, etwa im Rahmen des *confirmation bias*, führt. Anders als die Hinweispflichten des § 139 ZPO knüpfen die Maßnahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO nicht zwingend an mangelhafte Prozessführung an, in der sich außerprozessuale Ungleichgewichte niederschlagen können. Wenn im Rahmen des soeben besprochenen richterlichen Ermessens prozessuale Ungleichgewichtslagen ausgeglichen werden – wie etwa bei der Parteivernehmung nach einem Vier-Augen-Gespräch oder falls eine Partei Unterlagen, die sie konkret bezeichnen kann, in den Händen des Gegners weiß und zum Beweis benötigt – so dürften soziale Ungleichgewichte keinen Einfluss auf die Erforderlichkeit der entsprechenden Maßnahmen haben. Diese Maßnahmen knüpfen vielmehr an eher zufällige, tatsächliche Schwierigkeiten bei der Beweisbeschaffung an. Allein dort, wo die Maßnahmen zur Aufklärung unklarer Tatsachenvortrags dienen,⁶⁵⁶ können, ähnlich wie bei § 139 ZPO, soziale Ungleichgewichte überkompensiert werden.⁶⁵⁷ Indes wurde diesbezüglich keine Verstärkung der

⁶⁵³ Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 246 ff.; ähnlich auch Effer-Uhe, Die Parteivernehmung, S. 267 f.; Diakonis, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 119 ff.

⁶⁵⁴ Konrad, NJW 2004, 710; Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 142 Rn. 8.

⁶⁵⁵ Siehe hierzu jeweils Diakonis, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 87 ff.; Effer-Uhe, Die Parteivernehmung, S. 260 ff.; Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 227 ff.; Stichelbrock, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, S. 589 ff.

⁶⁵⁶ Siehe oben Kapitel 5, B. III. 1. a) und b).

⁶⁵⁷ Vgl. soeben Kapitel 5, D. I. 2. b).

richterlichen Befugnisse seit 1879 erkannt,⁶⁵⁸ andererseits Materialisierung aber als Prozess beschrieben.⁶⁵⁹ Folglich lassen sich auch infolge des *confirmation bias* keine Tendenzen zur Materialisierung im Rahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO finden.

3. Zusammenfassung

Damit lässt sich insgesamt sagen: Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch die Vorschriften zur amtswegigen Beweisaufnahme lassen sich nicht erkennen.⁶⁶⁰

III. Ergebnis

Eine klare, eindeutige Tendenz zur Materialisierung im Sinne einer Bevorzugung schwächerer Parteien aus Gründen, die außerhalb des Prozessrechts liegen, ist durch kompensatorische Prozessleitung nicht erkennbar. Lediglich weil sich außerprozessuale Schwäche in prozessuaalem Verhalten äußern kann, das Anlass zu richterlichen Hinweisen gibt, und dies infolge des *confirmation bias* zu einer Überkompensation der sozialen Ungleichgewichte führen kann, ist eine Tendenz zur Materialisierung angenommen worden. Auffällig ist jedoch der Befund, der sich auch schon im Rahmen der Materialisierung durch den Gesetzgeber zeigte: Die Herrschaft über das Verfahren liegt grundsätzlich noch bei den Parteien, die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime gelten weiterhin. Allerdings wird die Macht des Gerichts deutlich gestärkt. Die Bedeutung der Hinweis- und Fragepflichten wird durch den Gesetzgeber ausgebaut und durch die Gerichte extensiver ausgelegt. Anders ist dies – trotz bestärkender Stimmen aus der Rechtswissenschaft – noch bei den Befugnissen zur amtswegigen Beweisaufnahme. Hier hat der Gesetzgeber zwar deutlich eingegriffen, indem er die Befugnisse der Gerichte erweitert hat. Jene bleiben bei der Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten indes eher zurückhaltend.

Eine Bevorzugung von Parteien im Prozess ist nur dort denkbar und gewollt, wo prozessuales Verhalten Anlass zur Kompensation gibt, also unklar vorgetragen wird, Anträge nicht präzise gestellt werden oder Umstände erkennbar übersehen werden. Insgesamt erfolgt eine Besserstellung von als schwächer erkannten Parteien im Rahmen einer kompensatorischen Prozessleitung, wenn überhaupt, nur indirekt und unbewusst.

⁶⁵⁸ Oben Kapitel 5, B. III. 1. Siehe in diese Richtung auch: *Hommerich/Prütting*, Evaluation ZPO-Reform, S. 112 ff. unter Verweis auf sehr geringe Bedeutung der Normen in der Praxis.

⁶⁵⁹ Oben Kapitel 2, E. II.

⁶⁶⁰ Siehe aber *Althammer*, in: FS Geimer 2017, S. 15.

Kapitel 6

Bewertung und Ausblick

A. Einleitung und Ergebnisse der bisherigen Untersuchung

In den vergangenen drei Kapiteln wurde untersucht, ob und, falls ja, wo und wie sich im aktuell geltenden Zivilprozessrecht¹ bereits Tendenzen zur Materialisierung finden. Dabei wurden teilweise auch rechtspolitische Schriften in den Blick genommen. Diese fordern teils Veränderungen des Zivilprozessrechts, die – falls umgesetzt – deutlich stärkere Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zur Folge hätten, als bereits festgestellt wurden.² Im Rahmen dieser Untersuchung wurden bereits einige Tendenzen zur Materialisierung gefunden. Dabei wurden Veränderungen des Zivilprozessrechts beobachtet, die darauf schließen lassen, dass ein Wandel des grundlegenden Verständnisses von Zivilprozessrecht hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts stattfindet.³ Andererseits zeigen sich auch Entformalisierungen die nicht auf einem grundlegenden Verständniswechsel basieren.⁴

Ein Wandel des grundlegenden Verständnisses hin zu einem *policy-implementing type* wurde einerseits fast immer dort beobachtet, wo der Einfluss des europäischen Rechts, sei es durch den Gesetzgeber oder durch die europäischen Gerichte, zu spüren war. So sollen auf den Gebieten des Verbraucherrechts, des Kartellrechts, des Rechts des geistigen Eigentums und an diversen anderen Stellen ordnungspolitische Vorgaben nicht nur durch das materielle Recht, sondern auch durch das Zivilprozessrecht umgesetzt werden. Andererseits zeigt auch der deutsche Gesetzgeber teilweise ein Verständnis des Zivilprozessrechts, das eher in Richtung eines *policy-implementing type* des Prozessrechts geht. So wird etwa die Kartellschadensersatzrichtlinie überschießend geregelt und eine Musterklage im Kapitalmarktrecht sowie bald auch im Verbraucherrecht zur ordnungspolitischen Steuerung eingesetzt. Dies

¹ Diese sind, wie bereits zu Beginn der Untersuchung erwähnt, lediglich exemplarisch gewählt, vermitteln aber nach Ansicht des Autors einen repräsentativen Überblick.

² Vgl. monographisch nur *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß; *Buchner*, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa; *Kumm*, Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verbraucherrichterstands im deutschen Zivilprozessrecht; *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß.

³ Vgl. auch *Roth*, JZ 2016, 1134.

⁴ Siehe zu dieser Unterscheidung oben Kapitel 2, E. III.

gilt auch für bestimmte Gerichtsstände oder den Zugang zur Revisionsinstanz, der auf Fälle beschränkt wird, an denen ein Allgemeininteresse besteht.⁵ Auffällig ist, dass solche Tendenzen oftmals in Rechtsgebieten und Lebensbereichen auftreten, die bereits auf Ebene des materiellen Rechts durch starke Regulierung geprägt waren.

Doch lassen sich auch Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts beobachten, die nicht mit einem grundlegenden Wandel des Verständnisses von Zivilprozessrecht einhergehen. So wird etwa erkannt, dass finanzielle Schwäche ein Problem hinsichtlich des Zugangs zu Gericht darstellt, und dementsprechend Prozesskostenhilfe gewährt. Auch das Bagatellverfahren des § 495a ZPO, das für kleine Streitwerte materiale Momente in den Blick nimmt, ohne dabei die grundlegende Prägung als *conflict-solving type* aufzugeben, gehört in diese Reihe. Doch auch durch richterliche Rechtsinstitute, wie etwa das Institut der sekundären Darlegungslast, das an „stets besondere Umstände durch die Art des vorangegangenen Tuns der beweisbegünstigten Partei oder ihre [...] persönlichen Verhältnisse und Beziehungen zum Gegner“⁶ anknüpft, oder das Institut der Rechtskraftdurchbrechung durch einen Anspruch aus § 826 BGB zeigen Merkmale einer Materialisierung, ohne dass das grundlegende Verständnis des Zivilprozessrechts verändert würde. Dies gilt auch für die Rechtsprechung des BVerfG, das teilweise aus Gründen des subjektiven Verfassungsrechts (und damit außerprozessualen Gründen) das Zivilprozessrecht beeinflusst, ohne dass jedoch ein grundlegend neues Verständnis von Zivilprozessrecht an den Tag gelegt würde.

Allerdings wurde auch festgestellt, dass einige Entwicklungen im Zivilprozessrecht – entgegen dem ersten Eindruck – nicht oder nur als indirekte Tendenzen zur Materialisierung desselben zu bewerten sind. Einerseits kann dies der Fall sein, weil es sich im Wesentlichen um materiell-rechtliche Instrumente handelt, wie etwa bei den Verbandsklagebefugnissen. Andererseits kann eine gesteigerte richterliche Aktivität, etwa im Rahmen des § 139 ZPO zwar außerprozessrechtliche Nachteile überkompensieren, sofern sie sich in mangelhafter Prozessführung niederschlagen. Dies geschieht allerdings unbewusst und nicht aufgrund gezielter Steuerung.

Zusätzlich besteht der Trend, im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung und Prozessleitung Macht von den Parteien auf das Gericht zu verlagern. Hierbei werden zwar nicht bewusst außerprozessrechtlichen Kriterien herangezogen. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass dies in Zukunft geschieht.

⁵ Siehe zum Ganzen die Kapitel 3 bis 5.

⁶ BGH NJW 1997, 128, 129; vgl. auch *Kehrberger*, EWiR 2017, 675, 676.

B. Bewertung der Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts

Die Frage, die sich nun aber stellt, ist: Wie ist der Trend zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten? Diese Frage ist im Rahmen nur einer Arbeit freilich kaum zu beantworten, gehört sie doch vermutlich zu den relevantesten und aktuellsten der Zivilprozessrechtswissenschaft, deren Antwort zudem geeignet ist, das Verständnis des Zivilprozessrechts über Jahrzehnte zu prägen. Dazu kommt, dass die Antwort immer von der rechts- und sozialpolitischen Einstellung des Autors abhängig sein wird. Logisch zwingend wird sie nicht zu begründen sein.⁷ Daher versucht diese Arbeit, ausgehend von der rechtspolitischen Vorprägung des Autors, argumentativ schlüssig eine mögliche Antwort aufzuzeigen.

Denkbare Herangehensweise wäre einerseits eine Untersuchung anhand der jeweiligen Prozessrechtsgrundsätze. Dazu könnte man diese Grundsätze, von denen im Rahmen der Tendenzen zur Materialisierung abgewichen wird, auf ihre verfassungsrechtlichen und gerechtigkeitstheoretischen Grundlagen zurückführen und überprüfen, ob eine Abweichung danach einer Rechtfertigung bedarf. Allerdings würde dies den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen. Zudem existieren bereits für einzelne Grundsätze entsprechende Arbeiten.⁸ In diesem Kapitel wird jedoch der gewählte Ansatz einer eher hohen Abstraktionsebene und einer eher breit als tief angelegten Untersuchung fortgeführt.⁹

Um sich der Antwort auf die Frage nach der Bewertung des Trends zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu nähern, soll im Folgenden daher untersucht werden, warum es im modernen Rechtsstaat überhaupt ein Zivilprozessrecht gibt. Erst von diesem Punkt aus, der sodann als Grundlage einer weiteren Bewertung angenommen wird, kann überprüft werden, inwieweit die Tendenzen zur Materialisierung mit dieser Grundlage vereinbar sind. Unterstützen sie den Sinn des Zivilprozessrechts im modernen Rechtsstaat oder sind sie eher hinderlich? Sollte in der Bewertung zwischen den verschiedenen Arten der Materialisierung unterschieden werden? Wie sollte ein Zivilprozessrecht in Zukunft aussehen? Diese Fragen gilt es auf dem Weg zu einer ab-

⁷ Siehe zum sog. „Münchhausen-Trilemma“, nachdem eine Letztbegründung nicht möglich ist, schon *Aristoteles*, *Zweite Analytiken* – Übersetzt und erläutert von J. H. v. Kirchmann, S. 6 ff.; zudem ausführlich *Kant*, in: *Kant's gesammelte Schriften* – Akademieausgabe Band IV, S. 385, 385, 389; Begriff mit *Albert*, *Traktat über kritische Vernunft*, S. 15.

⁸ Vgl. *Damrau*, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen*; *Jung*, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*; *Koch*, *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*; *Kwaschik*, *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*; *Rau*, *Das KapMuG vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz*; *Schönfeld*, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten*; *Westerwelle*, *Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozeßordnung*.

⁹ Zu diesem Ansatz siehe Kapitel 1, C.

schließenden Bewertung dann zu diskutieren. Aus diesem Grund sind die folgenden Ausführungen unter B. und C. auch bewusst innerhalb eines Kapitels als gedankliche Einheit formuliert.

I. Sinn des Zivilprozessrechts

1. Hinführung

Wenn in der Überschrift dieses Abschnitts von einem Sinn des Zivilprozessrechts die Rede ist, dann ist damit etwas anderes gemeint, als üblicherweise untersucht wird, wenn nach dem Zweck des Zivilprozessrechts gefragt wird. Der Sinn von etwas wird hier verstanden als die Antwort auf die Frage „Warum (ist es)?“, der Zweck von etwas ist die Antwort auf die Frage „Wozu (dient es)?“¹⁰ Der Ausgangspunkt der Frage ist also jeweils ein anderer. Wird nach dem Zweck gefragt, steht eine dem Sinn dienende Funktion im Vordergrund, wird nach dem Sinn gefragt, steht im Vordergrund, warum der Zweck der ist, der er ist.¹¹ Die Frage nach dem Zweck des Zivilprozessrechts ist, wie zuvor erwähnt, bereits im Rahmen unzähliger Arbeiten untersucht worden.¹² Weniger intensiv ist der Sinn des Zivilprozessrechts diskutiert worden, also die Frage, warum existiert überhaupt ein Zivilprozessrecht, warum ist der Zweck des Zivilprozessrechts der, der er ist?¹³

¹⁰ Ähnlich *Borchert*, Unterschied zwischen Sinn und Zweck – so erklären Sie das Sprichwort, bei: *Helpster* – Die Ratgeber-Redaktion, abrufbar unter: http://www.helpster.de/unterschied-zwischen-sinn-und-zweck-so-erklaren-sie-das-spruchwort_167027 (zuletzt abgerufen am 01.06.2019). Siehe auch *Smid*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 139 Rn. 17, der von „Ansätze[n] dem Zivilprozess einen ‚Sinn‘ über ‚hinter‘ ihm liegende Zwecke [...] zu verleihen“ spricht.

¹¹ Vgl. *Smid*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 139 Rn. 17. Ähnlich auch *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 404 (allerdings unter Verwendung der Begriffe Zweck und Ziel statt Sinn und Zweck).

¹² Siehe nur mit umfassenden Nachweisen *Brehm*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Einl. Rn. 5 ff.; monographisch etwa *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, S. 28 ff.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren; *Rimmelspacher*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 10 ff.; *Reimer*, Verfahrenstheorie; *Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie; *Stahlmann*, Zur Theorie des Zivilprozessrechts; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 48 ff.; zuletzt auch mit umfassender Untersuchung *Diakonikis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 5 ff.; aber auch schon *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 3 ff.; außerdem die grundlegenden Aufsätze von *Gaul*, AcP 168 (1968), 27; *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183; *Jauernig*, JuS 1971, 329; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5; *Pawlowski*, ZfP 80 (1967), 345; *Pleyer*, ZfP 77 (1964), 372; *Prütting*, R.L.R. 2015, 71; *Roth*, ZfPW 2017, 129; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 359.

¹³ Siehe aber *Diakonikis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 10 ff.; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 35 ff.; sowie generell zum Sinn von Verfahren *Reimer*, Verfahrenstheorie.

2. Ableitung aus dem Sinn des Rechts oder der Verfahrenstheorie

Der Ansatzpunkt für diese Frage kann einerseits der Sinn des Rechts als solcher generell sein. Aus diesem könnte der Sinn des Verfahrensrechts allgemein und der des Zivilprozessrechts im Speziellen abgeleitet werden.¹⁴ Denkbar ist auch, den Sinn des Zivilprozessrechts aus der Verfahrenstheorie bzw. der Idee der Verfahrens- bzw. Regelgerechtigkeit abzuleiten.¹⁵ Aus dieser allgemeinen Theorie nach dem Sinn von Verfahren bzw. von Gerechtigkeit durch Verfahren könnte sich im Speziellen der Sinn des Zivilprozessrechts ableiten lassen.

Im folgenden Absatz wird das Zivilprozessrecht als rechtsstaatliches Verfahrensrecht begriffen und dabei auch auf diese beiden Ansatzpunkte eingegangen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Sinn des Rechts oder der Verfahrenstheorie hingegen droht den Fokus darauf zu verlieren, warum der Sinn des Zivilprozessrechts gesucht wird – zur Bewertung der aktuellen Entwicklungen.

3. Zivilprozessrecht als rechtsstaatliches Verfahrensrecht

a) Rechtsstaatliches Recht

Grundlage an dieser Stelle muss die Erkenntnis sein, dass im modernen Rechtsstaat das Recht niemals nur Selbstzweck sein kann. Vielmehr stehen Recht und Staat in untrennbarer Verbindung.¹⁶ Geht man entweder von der Drei-Elemente-Lehre von *Jellinek*¹⁷ oder von *Kelsens* normenbezogenem Staatsbegriff¹⁸ als Gegenentwurf hierzu aus, so leistet das Recht nach beiden Auffassungen einen fundamentalen Beitrag zum Funktionieren des (Rechts-) Staates. Während es bei *Jellinek* (nur) als Teil der Staatsgewalt wichtiger Teil des Staates ist, aber grundsätzlich nicht zwingend zur Begründung eines Staates erforderlich ist,¹⁹ ist es bei *Kelsen* gerade konstitutiv für den Staat.²⁰ Ohne

¹⁴ Vgl. von *Jhering*, Zweck im Recht – Erster Band, S. 435 ff.; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 142 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, S. 27 ff., 206 ff.; *Zippelius*, Das Wesen des Rechts.

¹⁵ Vgl. *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren; *Rawls*, A theory of justice; *Reimer*, Verfahrenstheorie; *Solum*, Procedural Justice; *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183; *Prütting*, jM 2016, 354; *Röhl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1993, 1; *Stürner*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 359.

¹⁶ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 142.

¹⁷ *Jellinek*, Staatslehre, S. 381 ff.

¹⁸ *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 75 ff.

¹⁹ *Jellinek*, Staatslehre, S. 354 ff., 461 ff.

²⁰ *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 75 ff. und passim; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 289 ff.

auf diesen Streit zwischen *Jellinek* und *Kelsen* näher eingehen zu wollen,²¹ ist doch klar, dass das Recht im modernen Rechtsstaat eine wesentliche gesellschaftliche Funktion erfüllt.

Insofern erfüllt auch das Zivilprozessrecht als rechtsstaatliches Recht eine gesellschaftliche Funktion.²² Man mag diese Funktion in der Konstituierung des Staates,²³ als sozial-ethisches Minimum zur Erhaltung der Gesellschaft,²⁴ in der Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens²⁵ oder in der Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft²⁶ erkennen.²⁷ Letztlich lässt sich eine solche Erkenntnis sogar bis auf *Aristoteles* zurückführen.²⁸ Worin konkret die gesellschaftliche Funktion des Rechts besteht, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Die Erkenntnis, dass eine rechtsstaatlich organisierte Gesellschaft ohne Recht nicht funktionieren kann, ist ausreichend. Folglich dient jedes (positiv gesetzte) Recht auch immer der Aufrechterhaltung und Ausgestaltung der rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft, die der *rule of law* unterliegt, bzw. des rechtsstaatlich verfassten Staates.²⁹ Dies gilt – selbstverständlich – auch für das Zivilprozessrecht,³⁰ sodass hierin bereits der erste Teil des Sinns des Zivilprozessrechts liegt.

²¹ Siehe aber *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, S. 169 ff.

²² *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 142 ff., 276 ff. Die Verwendung des Begriffs der „gesellschaftlichen“ Funktion besser dürfte geeignet sein, um dieses Phänomen zu beschreiben, als – wie etwa *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 9 f. es tut – von einer „sozialen“ Aufgabe zu sprechen. Auch wenn „sozial“ angesichts des Wortstamms *socialis* eine sehr ähnliche, wenn nicht dieselbe Bedeutung haben kann, erscheint der Begriff durchaus politisch konnotiert.

²³ *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 75 ff. und passim; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 289 ff.

²⁴ *Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, S. 45 f.; *Jellinek*, Staatslehre, S. 325 ff.

²⁵ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 175.

²⁶ *Von Jhering*, Zweck im Recht – Erster Band, S. 443.

²⁷ Freilich erhebt diese Aufzählung keinesfalls den Anspruch von Vollständigkeit. Zu weiteren Funktionen des Rechts im modernen Rechtsstaat siehe nur *Zippelius*, Das Wesen des Rechts; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, S. 47 ff., 205 ff.

²⁸ *Aristoteles*, Politik, S. 3, 7. Vgl. auch *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 10 mit Fn. 23, mit Bezug auf die altgriechische Originalfassung.

²⁹ *Hart*, The concept of law, S. 100 ff.; *Rawls*, A theory of justice, S. 206 ff. (jeweils zur *rule of law*, hierzu auch schon oben S. 43, Fn. 223; sowie *MacCormick*, JZ 1984, 65).

³⁰ Vgl. *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 10; zudem *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 276 ff.; *Stahlmann*, Zur Theorie des Zivilprozessrechts, S. 35 ff. Zum englischen Zivilprozess ebenso *Sorabji*, English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms, S. 142 f. mit Fn. 35.

b) Verfahrensrecht

Im Zivilprozessrecht kommt aber – wie in jedem Prozessrecht – eine zusätzliche Dimension zum Ausdruck.³¹ Anders als das materielle (Privat-)Recht verleiht das Prozessrecht keine subjektiven Privatrechte und regelt auch keine privaten Rechtsverhältnisse.³² Stattdessen zeigt bereits der etymologische Hintergrund des Worts „Prozess“ die zusätzliche Dimension an. Das lateinische *processus* ist das Partizip Perfekt Passiv zu *procedere*, was wiederum „fortschreiten“, oder „vorangehen“ bedeutet.³³ In wörtlicher, adverbialer Übersetzung wurde also in einem Prozess etwas fortgeschritten, insofern kann man bei einem Prozess von einem fortschreitenden Verfahren,³⁴ das eine Entscheidung und damit geordnet sein eigenes Ende vorbereiten soll,³⁵ sprechen.³⁶

Was ein derart geordnetes Verfahren leistet – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung als *conflict-solving* oder *policy-implementing type* des Prozessrechts – ist die Einbindung der Rechtsunterworfenen in einen staatlich kontrollierten Prozess.³⁷ Der Staat setzt sein Gewaltmonopol auch dadurch um, dass er ein Zivilprozessrecht zur Verfügung stellt und gleichzeitig andere Möglichkeiten der Privatrechtsverwirklichung (bzw. -feststellung oder -durchsetzung),³⁸ namentlich Selbsthilfe und Selbstjustiz, verbietet.³⁹ *Jauernig* und *Hess* bringen es auf den Punkt:

³¹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 277 ff.: „wie das Recht gegenüber der Rechtsidee so der Prozess gegenüber dem materiellen Recht“ (auf S. 279); aber auch von *Bethmann-Hollweg*, Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Band 1, S. 1 ff.; *Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 167 f.

³² *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 12. Wenn von *Bethmann-Hollweg*, Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Band 1, S. 22; *Kohler*, Der Prozess als Rechtsverhältnis; sowie von *Bülow/Fechler*, Gemeines deutsches Zivilprozessrecht, S. 62 f., vom Prozess als Rechtsverhältnis sprechen, ist etwas anderes gemeint: ein Verfahrensrechtsverhältnis „eigentümlicher Art [...] zwischen Gericht, Kläger und Beklagtem“ (bei von *Bülow/Fechler*, S. 62). Hierzu auch *Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 170 f.

³³ Siehe Wiktionary-Eintrag zu „Prozess“ in der Version v. 10.01.2018, 16:54 Uhr von *Susann Schweden*, abrufbar unter: <https://de.wiktionary.org/w/index.php?title=Prozess&oldid=6270316> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³⁴ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 4.

³⁵ *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 151; aber auch ausführlich mit zahlreichen Nachweisen *Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 183 f.

³⁶ Siehe aber schon von *Bülow/Fechler*, Gemeines deutsches Zivilprozessrecht, S. 63, mit Hinweis auf die andere Bedeutung von *processus* im römischen Recht. So auch *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 9 mit Fn. 9.

³⁷ Dies gilt i.Ü. nicht nur für den Zivilprozess, sondern auch für den Strafprozess und andere Arten des Prozesses. Zum Ansatz, eine gesamte Verfahrenstheorie dogmatisch zu strukturieren, die Monographie von *Reimer*, Verfahrenstheorie.

³⁸ Von *Bülow/Fechler*, Gemeines deutsches Zivilprozessrecht, S. 61; *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55, 95; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.),

„Ursprüngliches Mittel der Rechtsdurchsetzung war die Selbsthilfe. Der Einzelne musste sich selbst sein Recht holen; Familie und Sippe halfen, auch mit Gewalt. [...] Wer die Macht hatte, war vordergründig im ‚Recht‘. Beim ‚Kampf ums Recht‘ blieb das Recht nur allzu oft auf der Strecke, und der äußere Rechtsfrieden – eine wesentliche Existenzvoraussetzung jeder menschlichen Gemeinschaft – war nicht gewährleistet. Das konnte und durfte die erstarkende Staatsgewalt nicht hinnehmen. Sie verbot daher die Selbsthilfe [...] und nahm die Wahrung und Durchsetzung der Rechtsordnung selbst in die Hand“⁴⁰.

Das Existieren eines Zivilprozesses mit einem diesen regelnden Zivilprozessrecht soll also nicht nur deshalb zur Aufrechterhaltung der rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft beitragen, weil es als rechtsstaatlich gesetztes Recht ohnehin diesen Sinn hat. Der Sinn des Zivilprozessrechts ist zusätzlich darin zu sehen, den äußeren (Rechts-)Frieden einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft zu sichern. Dies geschieht, indem das staatliche Gewaltmonopol die Selbsthilfe verbietet und das rechtsstaatliche Recht gleichzeitig ein Verfahren als Ersatz zur Selbsthilfe bereitstellt.⁴¹

c) Zusammenfassung

Die eingangs gestellte Frage nach dem Sinn des Zivilprozessrechts lässt sich damit also beantworten. Das rechtsstaatliche Zivilprozessrecht existiert, weil es den äußeren (Rechts-)Frieden einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft sichern und damit die *rule of law* bzw. die rechtsstaatliche Ordnung aufrechterhalten muss. Dies soll es einerseits als rechtsstaatlich gesetztes positives Recht. Andererseits soll es dies als Teil des rechtsstaatlichen „Dreiklang[s]“⁴² aus Gewaltmonopol, Selbsthilfeverbot und Zivilprozess. Sinn des Zivilprozessrechts ist damit die Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung (*rule of law*).

Einl. Rn. 4. Alle drei verwendeten Begriffe tragen eine gewisse – auch ideologische – Prägung in sich. An dieser Stelle sollen sie ausdrücklich synonym verwendet werden und ausdrücken, dass der moderne Rechtsstaat es den Rechtsunterworfenen verbietet, das Recht „in die eigene Hand“ zu nehmen, und diese Aufgabe in einem Prozessrecht ordnet.

³⁹ Siehe schon *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 1 f.

⁴⁰ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 2.

⁴¹ Vgl. auch *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 1 f.; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 100 f.; *Brand*, NJW 2017, 3558, 3558 f.; *Kury*, ZRP 2018, 1; *Meller-Hannich*, in: FS Höland 2015, S. 659; *Münch*, in: zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55, 96; *Scherpe*, ZRP 129 (2016), 153, 168; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545, 545 f.; *Woopan*, NJW 2018, 133, 134; *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 1 f.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 1 ff.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 8, 18;

⁴² *Brand*, NJW 2017, 3558, 3559.

4. Verfassungsrechtliche Grenzen

Dieser Sinn des Zivilprozessrechts gibt einen gewissen Rahmen vor, lässt dem Gesetzgeber jedoch viel Spielraum zur Ausgestaltung. Die höchstrangige Grenze hierbei setzen freilich nach Art. 79 Abs. 3 GG die in den Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze. Nicht einmal im Rahmen einer Verfassungsänderung dürften diese Grundsätze berührt werden.⁴³ Unmöglich, selbst im Wege einer Verfassungsänderung, wäre also die Aufgabe einer grundsätzlichen Gewaltenteilung im Staat.⁴⁴ Hingegen ist das Rechtsstaatsprinzip mit seinen von BVerfG und Wissenschaft entwickelten Ausgestaltungen als solches nach Ansicht des BVerfG gerade nicht von Art. 79 Abs. 3 GG geschützt.⁴⁵ Doch auch auf Ebene einfachen Verfassungsrechts, das im Wege der Verfassungsänderung angepasst werden kann, ergeben sich Vorgaben für die Ausgestaltung des Zivilprozessrechts.⁴⁶ Hierauf im Detail einzugehen, ist nicht Ziel dieses kurzen Abschnitts. Er dient vielmehr zur Vergegenwärtigung, dass das Zivilprozessrecht im modernen Rechtsstaat nicht vollständig frei gestaltet werden kann. Dies ist bei der Diskussion über die konkrete Ausgestaltung des Zivilprozessrechts zu beachten.

5. Ergebnis

Der Sinn des Zivilprozessrechts ist in der Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung (*rule of law*) gefunden. Dies folgt daraus, dass das Zivilprozessrecht sowohl positiv gesetztes rechtsstaatliches Recht als auch Teil des rechtsstaatlichen „Dreiklang[s]“⁴⁷ aus Gewaltmonopol, Selbsthilfeverbot und Zivilprozess ist.

II. Zweck des Zivilprozessrechts

Nachdem nun die Frage nach dem „Warum (ist es)?“ des Zivilprozessrechts beantwortet ist, wird als nächstes die Frage nach dem „Wozu (dient es)?“ – mithin nach dem Zweck des Zivilprozessrechts – in den Blick genommen.

⁴³ Ob sich eine nach Art. 146 GG neu zu schaffende Verfassung über die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG hinwegsetzen kann, ist hochumstritten. Siehe hierzu nur BVerfG NJW 2017, 611, Rn. 518; sowie *Herdegen*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 146 Rn. 47 ff.; *Hillgruber*, in: BeckOK GG, Art. 146 Rn. 6 ff. (jeweils mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand).

⁴⁴ Nur *Dietlein*, in: BeckOK GG, Art. 79 Rn. 43 f. (m.w.N.).

⁴⁵ BVerfGE 30, 1, 24 ff.

⁴⁶ Siehe dazu schon oben Kapitel 3, auch zu den einzelnen Vorgaben des GG, die Einfluss auf das Zivilprozessrecht haben (bei A. I.). Siehe zudem *Schumann*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess; *Gilles*, JuS 1981, 402, 404 f.; *Habscheid*, JR 1958, 361; *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S 55, 91 ff.; *Schumann*, in: FS BGH 2000, S. 3; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545; *ders.*, in: FS Baur, S. 647; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 275 ff.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 218 ff.

⁴⁷ *Brand*, NJW 2017, 3558, 3559.

Dies ist an anderer Stelle mit Fokus auf die CPO 1879 bereits knapp geschehen.⁴⁸ Bereits dort wurde auf die zahlreichen Arbeiten zu diesem Themenkomplex verwiesen,⁴⁹ ebenso wie festgestellt wurde, dass eine solche Untersuchung kein Selbstzweck sein kann. Die folgende – kurze – Untersuchung an dieser Stelle dient daher einem anderen Ziel, nämlich der Einordnung der bisher untersuchten Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts und der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit sie zu begrüßen sind.

Zu unterscheiden ist insofern zwischen dem Zweck des einzelnen Zivilprozesses und dem gesamtgesellschaftlich zu verstehenden Zweck des Zivilprozessrechts als solchem. Indes lassen sich die beiden Zwecke nicht vollständig voneinander trennen, möglicherweise verfolgen sie sogar den selben Zweck, wenn auch von unterschiedlichen Ausgangspunkten kommend.⁵⁰ Im Folgenden ist, wenn von „Prozesszweck“ gesprochen wird, regelmäßig der Zweck des gesamten Zivilprozessrechts bzw. der Institution des Zivilprozesses gemeint. Sollte dies anders sein und der Zweck des einzelnen konkreten Zivilprozesses in den Blick genommen werden, so wird dies kenntlich gemacht.

1. In Literatur und Rechtsprechung vertretene Ansätze zum Prozesszweck

Wie bereits festgestellt, ist die Debatte um den Zweck des Zivilprozessrechts so alt, wie der Zivilprozess selbst, wenn nicht sogar älter.⁵¹ Dies liegt wohl auch daran, dass – anders als etwa im Insolvenzrecht⁵² – keine gesetzliche Regelung des Prozesszwecks existiert.⁵³ Im Folgenden erfolgt eine gewisse Strukturierung der Ansichten, die gezwungenermaßen auch mit einer Verkürzung einhergeht.

a) Sozialer Zweck des Zivilprozesses

Eine in der Literatur vertretene Ansicht sieht den wesentlichen Zweck des Zivilprozesses in der Herstellung sozialer Gerechtigkeit.⁵⁴ Es wird ein „Funktionswandel“ des Richteramts diagnostiziert:

⁴⁸ Siehe oben in Kapitel 2, E. V. 2.

⁴⁹ Siehe oben Kapitel 2, E. V. 2. a) (S. 42) mit Fn. 213; sowie soeben S. 294, Fn. 12.

⁵⁰ Schon *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 5 f. Zudem *Rimmelspacher*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 13; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 13.

⁵¹ Siehe oben Kapitel 2, E. V. 2.

⁵² § 1 Abs. 1 InsO: „Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“

⁵³ *Roth*, ZfPW 2017, 129.

⁵⁴ Grundlegend *Klein*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, S. 25; sowie *Kisch*, Judicium I (1928/1929) 1; monographisch befürwortend *Wassermann*, Der soziale Zivilpro-

„Nicht mehr die Bewahrung des Rechtsfriedens, die Konfliktsbewältigung unter (fiktiv) Gleichen wird in Zukunft die zentrale Aufgabe der Gerichte sein, sondern der Schutz der Minderheiten, der Schwachen, der Freiheit des Individuums gegen übermächtige Organisationen wird im Mittelpunkt der Tätigkeit der Gerichte stehen.“⁵⁵

Zweck des Zivilprozesses sei es also nicht (mehr), einseitig subjektive Rechte von Privaten zu verwirklichen, sondern aktiven Schutz von schwächeren Privatparteien zu leisten. Insbesondere *Wassermann* hat in seiner „Programmschrift“⁵⁶ einen solchen sozialen Prozesszweck gefordert.⁵⁷ Als Ausdruck und Folge eines sozialen Zwecks des Zivilprozesses ist konsequenterweise die Veränderung wesentlicher Prozessrechtsgrundsätze gefordert worden. So sollten die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime zurückgedrängt oder gar abgeschafft werden.⁵⁸

Eine solche, oft ideologisch aufgeladene Ansicht des Prozesszwecks ist mehrfach und teils scharf zurückgewiesen worden.⁵⁹ Auch konnte sie sich weder in der Rechtsprechung, in der Literatur noch im Rahmen der Gesetzgebung durchsetzen. Zurecht wird zudem darauf hingewiesen, dass zu unterscheiden ist zwischen der soeben dargestellten Auffassung, die die Verwirklichung von sozialer Gerechtigkeit als wesentlichen Zweck des Zivilprozesses begriff, und der bereits dargestellten Tatsache, dass der Zivilprozess als Teil der gesamten Rechtsordnung eine gesellschaftliche – mithin soziale⁶⁰ – Funktion hat.⁶¹

zeß; eingehend außerdem *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 157 ff.; *Baur*, JZ 1957, 193; *ders.*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159; *Bender*, ZRP 1974, 235; *ders.*, *RabelsZ* 40 (1976), 718; *Meyer*, JR 2004, 1; aber auch zumindest andeutungsweise *Vollkommer*, in: *Zöllner*, Zivilprozessordnung, Einl. Rn. 39.

⁵⁵ *Bender*, ZRP 1974, 235, 236.

⁵⁶ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 9.

⁵⁷ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 53 ff. und passim.

⁵⁸ *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, S. 153 ff.; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 89 f., 97 ff. Vgl. jeweils ohne Wertung auch *Brüggemann*, *Judex statutor und judex investigator*, S. 151 ff.; *Trepte*, Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, S. 136 ff.; *Bender*, ZRP 1974, 235, 237; *Cahn*, *AcP* 198 (1998), 35, 69 ff.;

⁵⁹ *Leipold*, JZ 1982, 441, 446 f.; zuletzt auch von *Roth*, ZFPW 2017, 129, 137; *Brehm*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Einl. Rn. 299; *Kern*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, vor § 128 Rn. 177 ff.

⁶⁰ In dieser Arbeit wird zur Vermeidung von Missverständnissen von „gesellschaftlicher“ Funktion gesprochen. Siehe hierzu oben S. 294, Fn. 12.

⁶¹ *Roth*, in: *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, S. 149, 162; *Brehm*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Einl. Rn. 299. Auf letztgenannte Art verwendet auch *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, Einl. Rn. 5 die Formulierung von der sozialen Funktion des Zivilprozesses.

b) *Bewährung der objektiven Rechtsordnung*

Eine weitere Ansicht erkennt in der Bewährung der objektiven Rechtsordnung den hauptsächlichen Zweck des Zivilprozesses.⁶² Diese Ansicht geht davon aus, dass zwar Zweck des einzelnen Zivilprozesses sei, das jeweils geltend gemachte subjektive Recht zu schützen, dies jedoch nicht auf die Institution des Zivilprozesses zutreffe.⁶³ Der Schutz subjektiver Rechte im einzelnen Prozess sei damit mehr ein Reflex des eigentlichen Zwecks der Institution des Prozessrechts.⁶⁴ Die Vertreter dieser Auffassung führen den so gefundenen Prozesszweck teils auf die Begründer der sozialen Prozessauffassung *Klein* und *Kisch* zurück.⁶⁵ Das leitende Motiv für die Auffassung, wonach die Bewährung der objektiven Rechtsordnung wesentlicher Prozesszweck sei, ist jedoch ein anderes. Grundlage ist der Gedanke, dass ein funktionierender (Zivil-)Prozess dem Gehorsam der Rechtsunterworfenen gegenüber der Rechtsordnung dient.⁶⁶ Hier wird also die gesellschaftliche (Sozial-)Funktion und nicht ein sozialpolitischer Zweck des Zivilprozesses betont und zum Zweck dieser Institution berufen. Eine gewisse Verwandtschaft der beiden Verständnisse des Prozesszwecks ist jedoch vorhanden. Das Prozessrecht dient hauptsächlich der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit bzw. der Bewährung des objektiven Rechts. Es wird also nicht der individuelle Rechtsunterworfenen in den Mittelpunkt der Institution Zivilprozess gestellt, sondern nur in den Mittelpunkt des einzelnen Verfahrens. Mittelpunkt der Institution sind gesamtgesellschaftliche Interessen.

Verwandt hierzu ist wohl die Analyse *Diakonis*, der einerseits die Bewährung der objektiven Rechtsordnung als Prozesszweck ablehnt, andererseits aber in der „Verwirklichung des materiellen Rechts“ den wesentlichen Zweck des Zivilprozesses erkennt.⁶⁷ Als Grund hierfür nennt er (zutreffend), dass im Begriff der objektiven Rechtsordnung auch das Zivilprozessrecht selbst enthalten sei und ein Prozess um des Prozessrechts Willen nicht wünschenswert sei.⁶⁸ Freilich macht er hierbei hauptsächlich auf eine sprachliche Ungenauig-

⁶² Zurückgehend auf *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 f. Daneben etwa BGHZ 10, 333, 336; *Pleyer*, ZZZ 77 (1964), 372, 375; *Hartmann*, in: B/L/A/H/, Einl III Rn. 9; in jüngerer Zeit in ähnliche Richtungweisend *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 26 ff. Kritisch schon *Pawlowski*, ZZZ 80 (1967), 345, 346 f.

⁶³ *Schönke*, AcP 1949, 216, 217.

⁶⁴ *Schönke*, AcP 1949, 216, 217; *ders.*, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 f.

⁶⁵ *Schönke*, AcP 1949, 216, 217 mit Fn. 4; unter Verweis auf *Kisch*, *Judicium* I (1928/1929) 1, 7; sowie *Klein/Engel*, *Der Zivilprozess Österreichs*, S. 188.

⁶⁶ Vgl. *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 23 f.; im Anschluss an *Pawlowski*, ZZZ 80 (1967), 345, 346.

⁶⁷ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 26 ff.

⁶⁸ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 24 f.

keit der o.g. Autoren aufmerksam, die wohl mit „objektiver Rechtsordnung“ die materiell-rechtliche Privatrechtsordnung meinen.⁶⁹ Inhaltlich teilt *Diakonis* die wesentlichen Thesen der gerade dargestellten Auffassung:

„Das bedeutet freilich nicht, dass Zweck des Prozesses die Anerkennung und Durchsetzung von subjektiven Rechten ist. Auch wenn der Gesetzgeber [...] den Parteien Dispositionsbefugnisse gibt, erstrebt er dadurch vorwiegend die Förderung allgemeiner Interessen“.⁷⁰

Dies fasst die gesamte Ansicht treffend zusammen.

c) Durchsetzung subjektiver Rechte

Die wohl herrschende Meinung inklusive der Rechtsprechung sieht demgegenüber auch heute⁷¹ die wesentliche Funktion des Zivilprozesses in der Feststellung und Durchsetzung (wohl genauer: der Geltendmachung) subjektiver Rechte privater Parteien.⁷² Wenn die Rechtsordnung durch das Privatrecht subjektive Rechte gewähre, müssten diese konsequenterweise auch geltend gemacht werden können. Der Zivilprozess sei letztlich die konsequente Fortführung des Privatrechts und der Verleihung subjektiver Privatrechte.⁷³ *Jauernig* weist zurecht darauf hin, dass die Position zum Prozesszweck wesentlich

⁶⁹ Vgl. etwa *Schönke*, AcP 1949, 216, 217: „in diesem Sinne kann man den Schutz von beidem, die Bewährung des objektiven Rechts durch Schutz *des auf seinem Boden sich ergebenden subjektiven Rechts* im Einzelfall als Prozeßzweck bezeichnen.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷⁰ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 25, 26 ff.

⁷¹ Zur Auffassung im späten 19. Jahrhundert, siehe oben Kapitel 2, E. V. 2.

⁷² BGHZ 161, 138, 143 (allerdings mit Verweis auf BGHZ 10, 333, 336); BGH NJW 2008, 1312, Rn. 40; OLG Hamm, Urt. v. 23.02.2006, 28 U 217/04, juris Rn. 46; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 48 ff., 64 f.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 1 f.; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 288 ff.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 330 ff.; *Kern*, in: FS Müller-Graff, S. 400, 402; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5; *Pawlowski*, ZZP 80 (1967), 345, 345 f.; *Prütting*, AnwBl 2013, 401, 403 f.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 137; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 7 f.; *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 9 ff.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 9 ff.; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 7 ff.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einl. Rn. 8; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, Einl. Rn. 3; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, Einl. Rn. 5.

⁷³ *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 48 ff., 64 f.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Pawlowski*, ZZP 80 (1967), 345, 345 f.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 132; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 7 f.; *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 9 ff.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 9 ff.; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 7 ff.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einl. Rn. 8; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, Einl. Rn. 3; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, Einl. Rn. 5.

davon abhängen, ob man das subjektive Privatrecht anerkennt.⁷⁴ Teilweise wird auch darauf hingewiesen, dass dieser Zweck aus dem Individualfokus des GG (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) folge.⁷⁵ Andererseits wird ein solcher Zweck mit dem vom BVerfG begründeten Justizgewährungsanspruch⁷⁶ begründet.⁷⁷ Zudem wird darauf hingewiesen, dass nach dieser Ansicht nicht nur die Geltendmachung subjektiver Privatrechte Prozesszweck ist, sondern auch die Abwehr von unberechtigter Inanspruchnahme, mithin der Individualrechtsschutz insgesamt.⁷⁸

Allerdings erkennt diese Ansicht im Unterschied zu dem klassischen Prozessrechtsverständnis⁷⁹ an, dass auch ein öffentliches Interesse am Zivilprozess besteht und dieser auch der Bewährung der objektiven Rechtsordnung dient. Beides seien zwei Seiten der gleichen Medaille.⁸⁰ Indem durch den Zivilprozess subjektive Rechte geschützt werden, würde zugleich die objektive Rechtsordnung, gewissermaßen als Reflex, geschützt.⁸¹ Im Vordergrund steht aber nach Analyse der Vertreter dieser Ansicht dennoch, dass subjektive Privatrechte geschützt werden.⁸²

d) Legitimationszweck

Wesentlich auf *Luhmann*⁸³ zurück geht das Verständnis, Zweck des Zivilprozesses sei, Legitimation durch Verfahren zu schaffen. Ausgehend von der

⁷⁴ *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 ff. Diese Arbeit unterstellt das Bestehen subjektiver Privatrechte. Siehe auch *Diakonikis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 18; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 131.

⁷⁵ *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 9 ff.; und wohl auch *Roth*, ZfPW 2017, 129, 132; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 7.

⁷⁶ Nur BVerfGE 107, 395, 406 f. (m.w.N.).

⁷⁷ *Roth*, ZfPW 2017, 129, 132.

⁷⁸ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 50; *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55, 94 f.; *ders.*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 22 ff., 49.

⁷⁹ Vgl. *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, S. 27 ff.; *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 4 f.; *ders.*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, S. 2.

⁸⁰ *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 f.; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 11 ff.; *Pawlowski*, ZfP 80 (1967), 345, 347; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 134 f.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 12 (jeweils m.w.N.); ganz ähnlich zum englischen Zivilverfahrensrecht *Jolowicz*, C.J.Q. 1990, 262, 270 ff.

⁸¹ *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 64 f.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Pawlowski*, ZfP 80 (1967), 345, 346 f.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 138; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545 f.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 12 f.; *Rauscher*, in: MÜKo-ZPO, Einleitung Rn. 9.

⁸² Zum selben Ergebnis kommt jüngst auch wieder *Roth*, ZfPW 2017, 129, 134 f. Siehe aber *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 11 ff., der einer Friedens- und Ordnungsfunktion des Zivilprozesses eigene Bedeutung zuweist.

⁸³ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 27 ff. und passim.

Aussage, dass die klassischen Verfahrenskonzeptionen keine überzeugende Antwort auf die Problematik der Rechtfertigung unrichtiger Urteile geben,⁸⁴ setzt er eine radikal andere⁸⁵ Theorie des Prozesszwecks gegen die klassischen Konzeptionen. Nach seiner Darstellung liegt der Zweck des (Zivil-)Prozesses wesentlich darin, durch das Verfahren Legitimation der Entscheidung herbeizuführen und Akzeptanz des richterlichen Spruchs durch die Betroffenen zu schaffen.⁸⁶ Dieser Auffassung ist häufig widersprochen worden.⁸⁷ Wesentlicher Kritikpunkt ist jeweils, dass eine Behandlung des Verfahrensrechts ohne jeglichen normativen Bezugspunkt nicht zielführend sei.⁸⁸ Insgesamt steht *Luhmanns* Theorie in engem Zusammenhang mit den Theorien von prozeduraler Gerechtigkeit, die bereits an anderer Stelle kurz behandelt wurden.⁸⁹

e) Weitere Prozesszwecke bzw. -ziele

In der Literatur werden zudem weitere Zwecke des Zivilprozesses genannt und diskutiert. Als solche kommen etwa in Betracht:⁹⁰

- Rechtsfrieden⁹¹
- Rechtsgewissheit für die Parteien⁹²
- Rechtsfortbildung⁹³
- Wahrheitsfindung⁹⁴

⁸⁴ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 13 ff.

⁸⁵ *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183, 183 f.

⁸⁶ Zum Ganzen *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 11 ff.

⁸⁷ Eine Übersicht des Widerspruchs findet sich bei *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183, 185 f.; sowie bei *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 29 mit Fn. 52.

⁸⁸ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 202 ff.; *Zippelius*, in: Legitimation durch Verfahren?, S. 293; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 28; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 23; siehe auch die Zusammenfassung der Kritik bei *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183, 185 f.

⁸⁹ Siehe oben Kapitel 2, D.

⁹⁰ Die folgende Aufzählung orientiert sich an *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 5 ff.; sowie an *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 4 ff.

⁹¹ Monographisch *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 ff.; siehe auch schon *ders.*, AcP 149 (1949), 216, 218; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 11 ff., dessen Kommentierung durchaus noch von den Ausführungen in der 18. Auflage des Stein/Jonas durch *Schönke* geprägt sein könnte; eher ablehnend *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 57 ff. mit zahlreichen Nachweisen zur von *Schönke* begründeten Ansicht und entsprechender Gegenansicht.

⁹² Zurückgehend wohl auf *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 151 ff., der auf die Rechtskraft als Prozessziel abstellt. Siehe außerdem *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 14 f. mit Fn. 21 und entsprechenden Nachweisen auch zu einer beachtlichen Gegenauffassung.

⁹³ Siehe nur die Monographien von *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, sowie *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Befürwortend aber auch *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 18 ff.

Diese Zwecke stellen sich bei genauerer Betrachtung jedoch entweder als Abwandlungen der soeben dargestellten drei wesentlichen Grundströmungen (sieht man von der Sonderstellung von *Luhmanns* Theorie ab) oder als (untergeordnete) Ziele des Zivilprozesses dar. Der Zweck wurde oben als Antwort auf die Frage „Wozu (dient es)?“ definiert. In diesem Schema wäre das Ziel die Antwort auf die Frage „Wohin (führt es)?“. Dies impliziert eine Unterordnung gegenüber dem Zweck, der auf einer höheren Metaebene angesiedelt ist.⁹⁵

Diese Unterscheidung scheint etwa auch *Stürner* zu treffen, wenn auch ohne sie explizit so zu benennen, wenn er den „Individualrechtsschutz durch Wahrheitsfindung“⁹⁶ als Prozesszweck erkennt. Hier wird durch die Konditionalverknüpfung klar, dass für *Stürner* die Wahrheitsermittlung ein notwendiges Ziel zur Erreichung des Zwecks von Individualrechtsschutz ist.⁹⁷ Ähnliches gilt hinsichtlich der Rechtsgewissheit, wenn *Goldschmidt* schon von der Rechtskraft als *Ziel* des Zivilprozesses spricht.⁹⁸ Auch wenn sonst von einem Rechtsgewissheitszweck des Zivilprozesses die Rede ist,⁹⁹ scheint die Rechtsgewissheit eher als notwendige Voraussetzung für einen anderen (übergeordneten?) Zweck – wohl die Bewährung des objektiven Rechts¹⁰⁰ – verstanden zu werden.¹⁰¹ Dies gilt auch, wenn von *Schönke* der Zweck der Wahrung des

⁹⁴ *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, S. 16 ff.; einschränkend *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 43, 48 ff., der von Individualrechtsschutzes durch Wahrheitsfindung als Zweck des Zivilprozesses ausgeht. In jüngerer Zeit wiederum mit gewissen Einschränkungen *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 37 ff.; nach *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 25 lehnt die h. L. einen solchen Zweck ab. So auch *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, S. 28 ff.; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 18 mit Fn. 11; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 50; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 330; *Reischl*, ZZP 116 (2003), 81, 89.

⁹⁵ Vgl. auch Wikipedia-Artikel zu „Ziel“ in der Version der Bearbeitung v. 29.03.2018 um 20:19 Uhr durch *Sokonbud*, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Ziel&oldid=175543448> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019): „Ein Ziel ist [...] ein definierter und angestrebter Zustand innerhalb einer Ereignisfolge, meist einer menschlichen Handlung zu einem Zweck. [...] Zweck wird in diesem Zusammenhang als Endziel oder Finalursache verstanden.“

⁹⁶ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 49 (Hervorhebung vom Autor).

⁹⁷ Vgl. auch *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 21 f.

⁹⁸ So die entsprechende Kapitelüberschrift bei *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 151 ff.

⁹⁹ Vgl. *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 17 ff.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 14 ff.

¹⁰⁰ Vgl. *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 17.

¹⁰¹ *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einleitung Rn. 14: „Ohne materielle Rechtskraft wäre der Zivilprozess sinnlos.“

Rechtsfriedens betont wird.¹⁰² Wie *Gaul* zurecht bemerkt, geht es hierbei im Wesentlichen ebenfalls um das Institut der Rechtskraft und letztlich um den Versuch, Lücken in der Theorie, wonach Bewährung des objektiven Rechts der Zweck des Zivilprozesses sei, zu schließen.¹⁰³ Wenn schließlich von Rechtsfortbildung oder Normbildung als Prozesszweck gesprochen wird, betrifft dies regelmäßig nicht den Zweck des Gesamtinstituts Zivilprozess, sondern „nur“ die höchstrichterliche Rechtsprechung.¹⁰⁴ Daneben stellt *Maultzsch* auch heraus, dass sich das Ziel der Normbildung durch höchstrichterliche Rechtsprechung sowohl in Deutschland als auch in *common law*-Jurisdiktionen mit einem Zweck des Individualrechtsschutzes verknüpfen lässt.¹⁰⁵

Folglich sind die eben genannten als weitere Zwecke des Zivilprozesses vertretenen Punkte eben das nicht. Sie werden nicht als Zwecke, sondern als Ziele des Zivilprozesses gesehen, auch wenn sie unter dem Oberbegriff des Zwecks diskutiert werden. Allein die hier vorgenommene sprachliche Unterscheidung findet nicht statt.

f) Zwischenergebnis

Damit werden im Wesentlichen vier Theorien zum Prozesszweck vertreten. Einerseits wird ein sozialer Prozesszweck vertreten, andererseits wird vertreten, dass der wesentliche Zweck des Zivilprozesses in der Bewährung des objektiven Rechts bestehe. Demgegenüber vertritt auch zum heutigen Zeitpunkt die überwiegende Auffassung einen Prozesszweck der Geltendmachung subjektiver Rechte. Einen vollständig anderen Ansatz wählen *Luhmann* und die Vertreter prozeduraler Gerechtigkeitstheorien, die im Wesentlichen einen Legitimationszweck des Zivilprozesses erkennen.

2. Eigene Gedanken zum Prozesszweck

Wie in der Einleitung zu diesem Abschnitt bereits dargelegt, soll hier kein grundsätzlich neuer Prozesszweck gefunden werden. Vielmehr ist aus Sicht des Autors vor allem der Versuch einer Strukturierung der bisher vertretenen Ansätze sinnvoll.

¹⁰² *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 ff.; *ders.*, AcP 149 (1949), 216, 218.

¹⁰³ *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 57 ff.

¹⁰⁴ Siehe etwa im Vorwort von *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. V: „Die vorliegende Arbeit behandelt mit der Normbildung durch die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung eine Frage, die seit Jahrhunderten Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion ist.“ (Hervorhebung vom Autor).

¹⁰⁵ *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 261 ff. und passim.

a) Grundlegendes Verhältnis von Zweck zu Sinn und Ziel des Zivilprozesses

Zunächst erscheint es wichtig, auf das Verhältnis von Sinn, Zweck(en) und Ziel(en) des Zivilprozessrechts einzugehen, da die dann folgenden Ausführungen auf dem Verständnis aufbauen, das diesem Verhältnis zugrunde gelegt wird. Wie bereits ausgeführt, sind die drei Begriffe die Antworten auf die Fragen „Warum (ist es)?“, „Wozu (dient es)?“ und „Wohin (führt es)?“¹⁰⁶ Dies impliziert drei unterschiedliche Metaebenen. Ganz oben steht der Sinn. Die Frage nach dem „Warum“ des Seins (so etwa nach dem Sinn des Lebens), beschäftigt die Menschen seit dem Altertum und impliziert eine sehr grundlegende und abstrakte Befassung mit dem entsprechenden Gegenstand.¹⁰⁷ Die Frage: „Wozu (dient es)?“, impliziert bereits, dass über dem Zweck noch etwas grundlegenderes steht – nach dem hiesigen Verständnis der Sinn.¹⁰⁸ Bereits erwähnt wurde, dass nach hiesigem Verständnis „Ziel“ im Sinne eines Zwischenziels zur Erreichung des Zwecks verstanden wird.¹⁰⁹ Diese Einteilung in drei gedankliche Ebenen ist freilich nicht zwingend. Auch kann den hier verwendeten Begriffen eine andere Bedeutung zugemessen werden. Die Dreiteilung in Sinn, Zweck und Ziel ist aber sinnvoll, um das abgestufte Verständnis darzustellen, das der Argumentation zugrunde gelegt wird.¹¹⁰

b) Ableitung des Zwecks aus dem Sinn?

Nun stellt sich die Frage, was aus diesem Drei-Ebenen-System für den Prozesszweck geschlossen werden kann und inwiefern ein solcher Schluss für die Frage nach der Bewertung der Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts weiterführt.

Zunächst ist festzustellen, dass die drei Ebenen zwar in Beziehung zueinander stehen, aber nicht zwingend konditional miteinander verknüpft sein müssen. So kann ein Ziel des Zivilprozesses durchaus dazu führen, dass der Zweck verwirklicht wird, wie dies bei *Stürner* der Fall ist, wenn er von „Individualrechtsschutz durch Wahrheitsfindung“¹¹¹ spricht. Dies muss jedoch nicht zwingend der Fall sein, wie das Beispiel von Normbildung durch den Zivilprozess zeigt. Hier steht das Ziel der Normbildung dem Zweck zwar

¹⁰⁶ Oben Kapitel 6, B. I. 1. und Kapitel 6, B. II. 1. e).

¹⁰⁷ Vgl. etwa *Gerhard*, „Sinn des Lebens“, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 9 Sp. 815 ff.

¹⁰⁸ Vgl. aber auch *Hoffmann*, „Zweck; Ziel“, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 12 Sp. 1486 ff.

¹⁰⁹ Siehe soeben Kapitel 6, B. II. 1. e).

¹¹⁰ Einen ähnlichen Ansatz wählt *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 9 ff., der im Rahmen einer „Pyramide“ (S. 11) einen obersten sowie mehrere mittlere Zwecke und die sonstigen Normen des Prozessrechts unterscheidet.

¹¹¹ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 49 (Hervorhebung vom Autor). Siehe auch soeben Kapitel 6, B. II. 1. e).

nicht im Wege,¹¹² eine Konditionalverknüpfung ist jedoch nicht erkennbar. Es ist daher nicht oder nur sehr schwer möglich, deduktiv von einem als feststehend angenommenen Zweck auf die Ziele des Zivilprozesses zu schließen.

Anders mag dies jedoch hinsichtlich eines Schlusses von einem als feststehend angenommenen Sinn auf einen (optimalen) Zweck des Zivilprozesses sein.¹¹³ Hier kann sich durchaus ableiten lassen, welchen Zweck der Zivilprozess verfolgt bzw. verfolgen sollte. Nach dem Gesagten zur Hierarchie zwischen Sinn und Zweck kann dies nur der Zweck sein, der den Sinn des Zivilprozesses am besten verwirklichen kann. Überträgt man dies auf die verschiedenen Auffassungen zum Prozesszweck, dient das Zivilprozessrecht also der Herstellung sozialer Gerechtigkeit, der Bewährung des objektiven Rechts, der Durchsetzung subjektiver Rechte oder der Legitimation durch Verfahren, *um dadurch* seinen Sinn, den äußeren (Rechts-)Frieden einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft zu sichern und damit die *rule of law* bzw. die rechtsstaatliche Ordnung aufrecht zu erhalten, zu verwirklichen. Es stellt sich also die Frage, welcher Prozesszweck hierfür am besten geeignet ist.

c) Optimaler Prozesszweck

aa) Sozialer Zweck des Prozessrechts

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die sog. „soziale Prozessauffassung“, ergibt sich ein grundlegendes Problem. In deren Rahmen wird bestritten, dass Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung zentrale Aufgabe der Gerichte sei.¹¹⁴ Wo diese hier unterstellte Prämisse bestritten wird, fehlt bereits ein gemeinsames Vorverständnis. Doch auch, wenn im Grundsatz anerkannt wird, dass der Sinn des Zivilprozesses durchaus im oben Dargestellten liegt,¹¹⁵ ergeben sich Schwierigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Sinns.

Wird der soziale Ausgleich zum wesentlichen Zweck des Zivilprozesses erklärt, offenbart dies einiges über das Menschenbild, das der Weltanschauung der entsprechen Autoren zugrundeliegt.¹¹⁶ Wohl nicht zufällig zeigen sich

¹¹² *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 261 ff. und *passim*.

¹¹³ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 14 f., hält eine solche Ableitung aber für „gefährlich“, da sie dazu dienen könnte, das geltende Recht zu verändern. Angesichts des Fokus von *Diakonis*' Arbeit, die auf Auslegungsfragen abzielt, ist dies konsequent. Der vorliegende Abschnitt unterliegt einer solchen Selbstbeschränkung jedoch bewusst nicht. *Jauernig*, JuS 1971, 329 weist zudem zurecht darauf hin, dass es sich bei der Bestimmung des Prozesszwecks primär um eine rechtspolitische Frage handelt.

¹¹⁴ *Bender*, ZRP 1974, 235, 236.

¹¹⁵ So wohl durchaus *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 77 ff., 84 ff.

¹¹⁶ *Jauernig*, JuS 1971, 329, 332 f.; *ders.*, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, S. 28, 35 f.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 446 ff.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 177 ff.

solche Zweckanschauungen des Zivilprozessrechts oft in totalitären Systemen wie der NS-Diktatur oder der DDR^{117, 118}. Wenn aber die Rechtsprechung nicht mehr (nur) Recht spricht, sondern sozialen Ausgleich betreibt, sind der Willkür Tür und Tor geöffnet. Beruht ein Urteil nun auf Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) oder auf dem „Schutz der Minderheiten, der Schwachen, der Freiheit des Individuums gegen übermächtige Organisationen“?¹¹⁹ Warum sollte ein Rechtsunterworfener aber im Rechtsstaat auf das Rechtssystem vertrauen, wenn er nicht sicher sein kann, dass – so gut wie möglich – entsprechend der materiellen Rechtslage entschieden wird? Sein Vertrauen in das Gericht und den Rechtsstaat wäre grundlegend erschüttert.¹²⁰ Warum sollte er das Recht nicht wieder in die eigene Hand nehmen und eventuell bestehende Machtpositionen unter Umgehung des Rechtssystems ausnutzen? Damit führt die soziale Prozessauffassung womöglich gerade zu einem Zustand, den sie eigentlich beseitigen will. Wenn aber das Vertrauen in die Rechtsprechung auch nur theoretisch erschüttert wird, dann droht der Sinn des Zivilprozessrechts nicht nur nicht gefördert, sondern gefährdet zu werden. Wohl auch aus diesem Grund wird die Ansicht zurecht heute nicht mehr ernsthaft vertreten.¹²¹ Für die heutige Debatte erscheint die soziale Prozessauffassung zum einen nicht mehr aktuell. Zum anderen ist sie aufgrund der dargestellten Risiken für den Sinn des Zivilprozesses grundlegend abzulehnen.

bb) Legitimation durch Verfahren

Gilt dies auch für die Auffassung, wonach der Legitimationszweck im Vordergrund des Zivilprozesses steht? Auf den ersten Blick scheint diese deutlich passender, um den Sinn des Zivilprozessrechts zu verwirklichen. Schließlich

¹¹⁷ Zur DDR als totalitäres System siehe *Grässler*, *War die DDR totalitär?*, S. 214 ff. und *passim*. Den harten Bruch in der Rechtsordnung der ostdeutschen Bundesländer – auch im Zivilprozessrecht – durch den Staatsvertrag vom 18.05.1990 (BGBl. II, S. 537) und den Einigungsvertrag vom 31.08.1990 (BGBl. II, S. 885, 889) und die damit verbundenen „Probleme mentaler Akzeptanz“ zeigt *Jauernig*, NJW 1997, 2705 und wehrt sich gegen Aussagen, der DDR sei bundesdeutsches Recht „übergestülpt“ worden.

¹¹⁸ *Jauernig*, JuS 1971, 329, 332 f.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 446 ff.; *Stürner*, ZfP 123 (2010), 147, 152 f.; *ders./Kern*, in: GS Konuralp, S. 997, 1013; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 177 ff.

¹¹⁹ *Bender*, ZRP 1974, 235, 236. Ähnlich wie hier *Roth*, ZfPW 2017, 129, 135, 137; *Schilken*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 16. Siehe auch schon *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520: „Eine richterliche Ausgleichsfunktion über die Wertungen des materiellen Rechts hinaus – etwa im Sinne einer Tätigkeit des Richters als ‚Sozialingenieur‘ – wäre aber gefährlich, da sie den Richter zum Herrscher über das Gesetz machen und in den Prozeß eine erhebliche Rechtsunsicherheit einführen würde.“

¹²⁰ *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520.

¹²¹ Vgl. auch *Roth*, ZfPW 2017, 129, 135; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), § 139 Rn. 3.

setzt sie an einem Problem an, das grundlegend geeignet ist, das Vertrauen in den Rechtsstaat zu gefährden. Ausgehend vom Problem der Rechtfertigung unrichtiger Urteile ersetzt sie klassische Konzeptionen von Prozesszwecken durch einen Zweck der Legitimation durch Verfahren, das im Grundsatz keine unrichtigen Urteile produzieren kann.¹²² Doch bereits hierin liegt die Schwäche dieser Konzeption. Die Prämisse ist, dass allein die Einhaltung der zivilprozessrechtlichen Vorschriften für ein gerecht(fertigt)es Ergebnis sorgt.¹²³ Dies entspricht dem Ansatz der reinen Verfahrensgerechtigkeit (*pure procedural justice*) nach Rawls.¹²⁴ Luhmann proklamiert damit letztlich, es gebe kein Kriterium außerhalb der Einhaltung verfahrensrechtlicher Normen, um die Korrektheit eines Prozessergebnisses messen zu können.¹²⁵ Der Zivilprozess käme damit einem Kartenspiel gleich. Bei einem solchen Spiel ist das Ergebnis „gerecht“, wenn die Regeln befolgt werden. Es existiert kein Kriterium außerhalb der Regeln des Kartenspiels, an dem überprüft werden könnte, ob der Sieger zurecht gewonnen hat.¹²⁶

Ein solches Kriterium existiert jedoch für den Zivilprozess. Ein perfekter Zivilprozess wendet die richtigen Rechtsnormen auf den zutreffend ermittelten Sachverhalt an und kommt so zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Ergebnis.¹²⁷ Freilich existiert ein solcher Zivilprozess in der Praxis nicht.¹²⁸ Zum einen ist es aufgrund linearen Zeitverlaufs und Imperfektion aller zur Verfügung stehender Beweismöglichkeiten tatsächlich unmöglich, (irgend)einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt garantiert zutreffend zu ermitteln. Zum anderen ist die materielle Rechtsordnung kein in

¹²² Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 11 ff. Siehe zudem soeben Kapitel 6, B. II 1. d); sowie Gilles, in: FS Schiedermaier, S. 183.

¹²³ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 33 ff., 57 ff., 82 ff., 107 ff., 129 ff.; siehe auch Gilles, in: FS Schiedermaier, S. 183, 184 f.; Schumann, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 23.

¹²⁴ Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 28; zur reinen Verfahrensgerechtigkeit Rawls, *A theory of justice*, S. 73 ff.: „pure procedural justice obtains when there is no independent criterion for the right result: instead there is a correct or fair procedure such that the outcome is likewise correct or fair, whatever it is, provided that the procedure has been properly followed.“ (Zitat auf S. 75).

¹²⁵ Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 28.

¹²⁶ Rawls, *A theory of justice*, S. 75.

¹²⁷ Gaul, AcP 168 (1968), 27, 53; Pawlowski, ZJP 80 (1967), 345, 378; Zippelius, in: Legitimation durch Verfahren?, S. 293, 298 ff.; Schumann, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 23; vgl. auch differenzierend Gilles, in: FS Schiedermaier, S. 183, 189 f. Vor allem im englischsprachigen Raum ist dies Prämisse für ein „perfektes Prozessrecht“, siehe nur Jolowicz, C.J.Q. 1996, 198, 200; Sorabji, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 2; Zuckerman, *Oxf. J. Leg. Stud.* 1994, 353, 354 f.; Zuckerman, *J. Law & Soc.* 1995, 155, 160.

¹²⁸ Vgl. insbesondere Gilles, in: FS Schiedermaier, S. 183, 189 ff.; Jauernig, *JuS* 1971, 329, 329 ff.

sich abgeschlossenes Gebilde, das in sich selbst jeden nur denkbaren Fall bereits entschieden hat, sodass ein solches Ergebnis nur erkannt werden müsste. Vielmehr existiert in der Realität mehr als nur reine gebundene richterliche Rechtserkenntnis.¹²⁹ Nichtsdestotrotz existiert mit einer „richtigen“ oder zumindest „vertretbaren“ Entscheidung¹³⁰ ein externes Kriterium, anhand dessen die Richtigkeit des Prozessergebnisses überprüft werden kann. Damit ist ein Zivilprozess eben gerade kein Kartenspiel.

Vielmehr entspricht das – ohne Zweifel bestehende¹³¹ – Verständnis von Verfahrensgerechtigkeit, das dem Zivilprozessrecht zugrunde liegt, dem der unvollkommenen Verfahrensgerechtigkeit.¹³² Es existiert ein vom Prozessrecht selbst unabhängiges Kriterium, anhand dessen die Richtigkeit von dessen Ergebnissen gemessen werden kann, das Prozessrecht selbst führt jedoch nicht zwingend zu diesem Ergebnis. Es kann auch Fehlurteile geben. Damit geht bereits die Prämisse für *Luhmanns* These fehl. Selbstverständlich trägt ein ordnungsgemäßes Verfahren zwar zur Legitimation des erzielten Ergebnisses bei. Allein, dass ein ordnungsgemäßes Verfahren durchgeführt wurde, kann das Ergebnis des Verfahrens aber nicht legitimieren. Hierzu sind noch weitere Kriterien heranzuziehen.¹³³

Infolgedessen kann der entsprechend in der Legitimation durch Verfahren gesehene Zweck des Zivilprozesses auch im Hinblick auf den Sinn des Zivilprozesses nicht überzeugen. Sähe man den Zweck des Zivilprozesses nur in

¹²⁹ Siehe zu dem ungemein weiten, aber hier nicht zu vertiefenden Konfliktfeld zwischen Richterbindung und richterlicher Freiheit vor allem *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 66 ff.; aber auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 15 ff.; *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183, 190 ff.; *Münchbach*, in: FS Stürner, S. 389 ff.; *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, S. 10 ff.; *Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 101 f.

¹³⁰ Sei es aus Sicht des materiellen Rechts, aus verfassungsrechtlichen Erwägungen oder aufgrund des Gerechtigkeitsempfindens der Gesellschaftsmehrheit. Siehe hierzu insb. *Zippehus*, in: Legitimation durch Verfahren?, S. 293, 294 ff.

¹³¹ Siehe nur grundlegend *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen.

¹³² *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.), Einl. Rn. 28. Zum Begriff der unvollkommenen Verfahrensgerechtigkeit auch in Abgrenzung zur vollkommenen Verfahrensgerechtigkeit *Rawls*, A theory of justice, S. 74 f.: „The characteristic mark of imperfect procedural justice is that while there is an independent criterion for the correct outcome, there is no feasible procedure which is sure to lead to it.“ Hingegen zur vollkommenen Verfahrensgerechtigkeit: „The essential thing is that there is an independent standard for deciding which outcome is just and a procedure guaranteed to lead to it. Pretty clearly, perfect procedural justice is rare, if not impossible, in cases of much practical interest.“

¹³³ So auch *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 23, der *Luhmanns* These sowohl als rechtssoziologische Beobachtung, als auch aus normative Aussage ablehnt.

dessen Legitimationsfunktion, so würde er aufgrund seiner Schwächen gerade nicht zur Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung beitragen.

cc) Bewahrung des objektiven Rechts oder Individualrechtsschutz?

Damit bleiben mit der Bewahrung des objektiven Rechts und dem Individualrechtsschutz die beiden mit Abstand am häufigsten vertretenen Ansätze für den Prozesszweck. Interessant ist, dass Vertreter beider Auffassungen anerkennen, dass auch der jeweils nicht als Hauptzweck anerkannte Zweck als Reflex mitverwirklicht wird.¹³⁴ Im Grunde liegen die beiden Auffassungen inhaltlich nicht so weit auseinander, wie der erste Anschein vermuten lässt.¹³⁵ Prinzipiell geht der Streit nur darum, ob die Bewahrung des objektiven Rechts ein Reflex des Individualrechtsschutzes ist oder ob es sich genau gegenteilig verhält. Weiterführen lässt sich der Streit ins Privatrecht, zur Frage, ob man überhaupt das Bestehen subjektiver Rechte anerkennt,¹³⁶ wovon diese Arbeit als Prämisse ausgeht.

Wenn davon ausgegangen wird, dass der Individualrechtsschutz hauptsächlicher Zweck des Zivilprozesses ist, dann werden im Wesentlichen zwei Argumente vorgebracht. Einerseits wird darauf verwiesen, dass die Zuweisung von subjektiven Rechten durch die Privatrechtsordnung sinn- und wirkungslos ist, wenn diese nicht auch durchgesetzt werden können. Andererseits wird konstatiert, dass der Individualrechtsschutz durch den Zivilprozess logische Folge des Selbsthilfeverbots ist.¹³⁷

Dem wird entgegengehalten, dass Individualrechtsschutz zwar Ziel des einzelnen Zivilprozesses sein mag, nicht aber Zweck der Institution Zivilprozess.¹³⁸ Darüber hinaus sei die logische Verknüpfung von Selbsthilfeverbot und Individualrechtsschutz als Prozesszweck logisch fehlerhaft, da Selbsthilfe

¹³⁴ Jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen nur *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 15 ff. (Bewahrung des objektiven Rechts); *Gaul*, AcP 168 (1968), 27; *Roth*, ZfPW 2017, 129 (beide Individualrechtsschutz).

¹³⁵ Vgl. auch *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 15 ff.

¹³⁶ Insbesondere *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 ff. Dies wird an dieser Stelle unterstellt.

¹³⁷ Siehe jeweils m.w.N. *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 48 ff., 64 f.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 329 ff.; *Pawlowski*, ZfP 80 (1967), 345, 345 f.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 132; *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 1 f.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 7 f.; *Lüke*, Zivilprozessrecht, Rn. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 9 ff.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 9 ff.; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 7 ff.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einl. Rn. 8; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, Einl. Rn. 3; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, Einl. Rn. 5.

¹³⁸ *Schönke*, AcP 1949, 216, 217; *ders.*, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 f.

und staatliche Rechtspflege jeweils anderen Zweckrichtungen dienten.¹³⁹ Zuletzt diene die Zuweisung von subjektiven Privatrechten im Wesentlichen ohnehin gesamtgesellschaftlichen Zwecken, sodass dies auch für den Zweck des Zivilprozesses gelten müsse. Darüber hinaus sei die Verletzung subjektiver Rechte und die Nichterfüllung privatrechtlicher Pflichten gemeinschaftswidriges Handeln.¹⁴⁰ Infolge all dieser Argumente sei die Bewährung der objektiven materiell-rechtlichen (Privat-)Rechtsordnung Zweck des Zivilprozesses.

Diese Argumente vermögen jedoch vor dem Sinn des Zivilprozessrechts nicht zu überzeugen. Es ist zwar zuzustimmen, dass zwischen dem einzelnen Zivilprozess und dem Zivilprozess als Institution unterschieden werden muss. Daraus abzuleiten, dass nur Zweck des einzelnen Zivilprozesses der Individualrechtsschutz sei, ist aber jedenfalls logisch nicht zwingend. Auch die Institution Zivilprozess kann als Zweck den Individualrechtsschutz der Inhaber von subjektiven Rechten bzw. der zu Unrecht beklagten Parteien verfolgen.¹⁴¹

Die Aussage, wonach Selbsthilfe und staatliche Rechtspflege grundlegend anderen Zwecken dienen und deshalb auch aus dem Selbsthilfeverbot kein Individualrechtsschutzzweck hergeleitet werden kann,¹⁴² erscheint auf den ersten Blick schlüssig. Bei genauerer Betrachtung überzeugt jedoch auch dieses Argument nicht. Zutreffend ist, dass die Rechtspflege als staatliche Institution anderer Natur ist, als die Selbsthilfe, die sie ersetzt hat.¹⁴³ Zudem stimmt es, dass sie eine gesellschaftliche Funktion erfüllt.¹⁴⁴ In einer solchen Funktion wird in dieser Arbeit sogar der Sinn des Zivilprozessrechts gesehen.¹⁴⁵ Indes wirkt es zirkulär, wenn *Diakonīs* den Dienst an der Allgemeinheit durch die Verwirklichung des (objektiven) materiellen Rechts als ihren Zweck behauptet,¹⁴⁶ um zu begründen, weshalb Selbsthilfe und Rechtspflege nicht denselben Zweck haben, und schließlich damit begründet, dass nicht Individualrechtsschutz, sondern die Bewährung des objektiven Rechts der Zweck des Zivilprozesses ist. Diese Behauptung bleibt letztlich unbegründet.

¹³⁹ *Diakonīs*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 19 f.

¹⁴⁰ *Diakonīs*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 29 f.

¹⁴¹ *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 30.

¹⁴² *Diakonīs*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 19 f.

¹⁴³ Vgl. *Diakonīs*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 19 f.

¹⁴⁴ Vgl. *Diakonīs*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 19 f.

¹⁴⁵ Siehe oben Kapitel 6, B. I. 3.

¹⁴⁶ *Diakonīs*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 19.

Vielmehr erscheint gerade angesichts des Sinns des Zivilprozessrechts naheliegender, dass der Zweck von Selbsthilfe und der Zweck staatlicher (Zivil-)Rechtspflege bzw. treffender Zivilgerichtsbarkeit durchaus ähnlich sind. Der Sinn des Zivilprozessrechts kann nur verwirklicht werden, wenn der Zivilprozess effektiv Selbsthilfe verhindert, andernfalls wäre die Rechtsstaatlichkeit generell in Gefahr. Folglich ist es naheliegend, dass der Rechtsstaat ein Institut bereithält, das Selbsthilfe obsolet macht – mithin ähnlichen Zwecken dient. Dann wird aber nicht gezielt das (objektive) materielle Recht verwirklicht oder bewährt, sondern gezielt Individualrechtsschutz gewährt.

Wenn zuletzt behauptet wird, dass die Privatrechtsordnung, wenn sie subjektive Rechte zuweist, dies hauptsächlich aus gesamtgesellschaftlichen, gemeinschaftlichen Gründen tut und die Verletzung subjektiver Rechte oder Nichterfüllung privatrechtlicher Pflichten gemeinschaftswidriges Handeln ist,¹⁴⁷ zeigt dies ein Staats- und Rechtsverständnis, das ein anderes ist, als BGB und ZPO und auch dem Grundgesetz zugrunde liegen. Die Grundordnung des modernen Rechtsstaats ist eine freiheitlich-demokratische, die das Individuum in den Vordergrund stellt.¹⁴⁸ Hierzu führt das BVerfG aus:

„Ihren Ausgangspunkt findet die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). [...] Damit wird dem Staat und seiner Rechtsordnung jede Absolutheit und jeder ‚natürliche‘ Vorrang genommen. Die Garantie der Menschenwürde umfasst insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit [...]. Dem liegt eine Vorstellung vom Menschen zugrunde, die diesen als Person begreift, die in Freiheit über sich selbst bestimmen und ihr Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“¹⁴⁹

Im Vordergrund steht also das Individuum, der einzelne freie Mensch, freilich im Rahmen einer Gesellschaft sozialgebunden und deren Zielen verpflichtet, im Grundsatz aber doch frei.¹⁵⁰ Auch wenn die Materialisierung des Privatrechts deutlich fortgeschritten sein mag,¹⁵¹ kommt dieser freiheitliche

¹⁴⁷ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 29 f.

¹⁴⁸ Ausdrücklich Art. 18 Satz 1, Art. 21 Abs. 2 GG. Daneben BVerfGE 2, 1, 12 f.; 144, 20 Rn. 529 ff.; *Gusy*, AöR 105 (1980), 279; *Klein*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 18 Rn. 58 ff.; *Kluth*, in: BeckOK GG, Art. 21 Rn. 207, jeweils m.w.N.

¹⁴⁹ BVerfGE 144, 20, Rn. 538 f. (Hervorhebung vom Autor).

¹⁵⁰ Siehe auch BVerfGE 144, 20, Rn. 540: „Die Würde des Menschen bleibt nur unangestastet, wenn der Einzelne als grundsätzlich frei, wenngleich stets sozialgebunden, und nicht umgekehrt als grundsätzlich unfrei und einer übergeordneten Instanz unterworfen behandelt wird. Die unbedingte Unterordnung einer Person unter ein Kollektiv, eine Ideologie oder eine Religion stellt eine Missachtung des Wertes dar, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins [...] zukommt.“

¹⁵¹ Dazu oben Kapitel 2, B.; sowie nur von *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts; *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung

Ansatz doch im immer noch das Privatrecht beherrschenden Grundsatz der Privatautonomie zum Tragen.¹⁵² In Konsequenz aus einer freiheitlich verfassten Gesellschaft, die das Individuum in den Vordergrund stellt und aus diesem Grund subjektive Rechte als Ausdruck der Privatautonomie verleiht, gleichzeitig aber auch Selbsthilfe zu deren Durchsetzung verbietet, beschreibt Individualrechtsschutz den primären Zweck des Zivilprozesses am geeignetsten.

Dies mag angesichts des oben festgestellten Sinns des Zivilprozessrechts, der Sicherung des äußeren (Rechts-)Friedens einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft und damit der Aufrechterhaltung der *rule of law* bzw. der rechtsstaatlichen Ordnung, zunächst überraschen. Schließlich klingt „Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung“ zunächst durchaus ähnlich wie „Bewährung des objektiven Rechts“. Allerdings ist mit den beiden Begrifflichkeiten etwas grundlegend Verschiedenes gemeint. Wenn von Bewährung des objektiven Rechts als Prozesszweck gesprochen wird, werden häufig Allgemeininteressen in den Vordergrund gestellt.¹⁵³ Mit Bewährung des objektiven Rechts ist gemeint, dass der „Gehorsam“ der Bürger gegenüber der materiellrechtlichen Privatrechtsordnung durch den Zivilprozess gestärkt wird.¹⁵⁴ Hier droht aber, dass der einzelne Bürger im Zivilprozess zum Objekt des Verfahrens degradiert wird.¹⁵⁵

Wenn im Rahmen dieser Arbeit hingegen die Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung (*rule of law*) als Sinn des Zivilprozesses erkannt wird, gilt dies grundsätzlich einmal für jede Prozessordnung.¹⁵⁶ Mit Aufrechterhaltung der *rule of law* ist dann auch nicht „Gehorsam“ gegenüber der materiel-

der modernen Gesellschaft; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁵² Dies wird auch nicht ernsthaft bestritten. Vgl. nur *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 ff., 296 ff.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 Rn. 105 ff.; *Isensee*, in: HStR VII, § 150 Rn. 1 ff. (jeweils wiederum mit zahlreichen Nachweisen).

¹⁵³ Vgl. *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 19 f., 26 ff.; *Schönke*, AcP 149 (1949), 216, 216 ff. Wie hier feststellend *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 11.

¹⁵⁴ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 23, 26 ff.; *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 f.; *ders.*, AcP 149 (1949), 216; vgl. auch *Pawlowski*, ZJP 80 (1967), 345, 346 mit Fn. 6 und weiteren Nachweisen zum Begriff des „Gehorsams“.

¹⁵⁵ Zurecht schon *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 48 mit Fn. 105, der auch auf noch frühere Hinweise in diese Richtung verweist. Nur konsequent aus Sicht dieser Ansicht ist dann auch, wenn den Parteien die Verfügungsbefugnis über „ihren“ Prozess genommen werden soll oder ein Vertreter des öffentlichen Interesses Prozesse führen können soll. Siehe hierzu jeweils kritisch nur *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 7; sowie insb. *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 ff. (mit zahlreichen Nachweisen, auch zu einer solchen Möglichkeit in der ehemaligen DDR). Siehe auch, zwar mit Blick auf die Verhandlungsmaxime, aber i.E. ähnlich: *Jauernig*, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, S. 28, 35 f.

¹⁵⁶ *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331.

len Privatrechtsordnung gemeint, sondern das Gegenteil von *rule of power*, also das Gegenteil des Rechts des Stärkeren. Es soll also gerade die grundlegende Ordnung aufrechterhalten werden, die eine rechtsstaatlich verfasste Gesellschaft mit ihren Freiheitsrechten erst ermöglicht. Dies geschieht im Rahmen des Zivilprozessrechts durch die Möglichkeit, subjektive Rechte des einzelnen Bürgers auch im Rahmen des staatlichen Gewaltmonopols durchzusetzen¹⁵⁷, und nicht, indem „Gehorsam“ gegenüber der Privatrechtsordnung erzwungen wird. Gerade weil subjektive Rechte durch die Bürger im rechtsstaatlichen Verfahren durchgesetzt werden können, gerade weil der Rechtsstaat Individualrechtsschutz gewährt, besteht Vertrauen in die rechtsstaatliche Ordnung.¹⁵⁸ „Gehorsam“ vor Privatrechtsgütern, wo er für allgemeingesellschaftlich durchsetzenswert erachtet wird, setzt der Staat gezielt durch Straf- und Polizeirecht durch, nicht aber durch den Zivilprozess.¹⁵⁹ Nicht ernsthaft bestritten werden kann und soll indes, dass durch ein solches Vertrauen in die rechtsstaatliche Ordnung auch das materielle objektive Privatrecht bewährt wird. Dies ist jedoch nicht Zweck des Zivilprozesses, sondern vielmehr (durchaus willkommener) Reflex des Individualrechtsschutzes.¹⁶⁰

dd) Zusammenfassung

Zweck des Zivilprozessrechts ist in weitgehender Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur der Individualrechtsschutz. Dieser Zweck verwirklicht am besten den Sinn des Zivilprozessrechts. Damit dient der Zivilprozess nicht allein der Feststellung und Durchsetzung von subjektiven Rechten, sondern auch der Abwehr unberechtigter Forderungen. Hingegen dient er nicht der Bewährung des objektiven Rechts. Ein solcher Effekt ist allein Reflex eines Zivilprozesses, der dem Individualrechtsschutz dient. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass das Zivilprozessrecht dem Zweck des Individualrechtsschutzes untergeordnete Ziele hat. Solche Ziele mögen etwa Wahrheitsfindung, Rechtsfortbildung oder Rechtssicherheit für die Parteien sein. Dies zu erörtern, ist aber nicht Ziel dieser Arbeit. Wichtig an dieser Stelle ist nur das Verständnis dafür, dass all diese Ziele dem

¹⁵⁷ Bzw. subjektive Rechte festzustellen oder die unberechtigte Inanspruchnahme abzuwehren, vgl. daher zurecht *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 49 ff.

¹⁵⁸ Vgl. auch *Prütting*, in: *Wieczorek/Schütze*, Einleitung Rn. 27.

¹⁵⁹ Siehe nur etwa die §§ 123, 242, 263, 303 StGB oder § 2 Abs. 2 PolG BW, aber etwa die Straffreiheit der „Gebrauchsanmaßung“ (aber wiederum § 248b StGB).

¹⁶⁰ *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 64 f.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *Pawlowski*, ZfP 80 (1967), 345, 346 f.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 138; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545, 545 f.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 12 f.; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 9.

Zweck hierarchisch untergeordnet sind, wenn auch nicht zwingend konditional mit ihm verknüpft sind.

3. Ergebnis

Daher ist die Antwort auf die Frage: „Wozu (dient es)?“: zur Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte sowie zur Abwehr vor unberechtigter Inanspruchnahme, kurz: dem Individualrechtsschutz.

III. Vereinbarkeit der Tendenzen zur Materialisierung mit dem Sinn und dem Zweck des Zivilprozessrechts

Nun wurde bereits mehrfach betont, dass die Suche nach dem Sinn und auch die nach dem Zweck des Zivilprozessrechts – so interessant sie sein mögen – nicht als Selbstzweck betrieben wurden. Es ging darum, eine Grundlage für die Bewertung der festgestellten Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu finden. Im nächsten Schritt wird daher überprüft, ob und inwiefern die festgestellten Tendenzen mit dem Zweck und letztlich mit dem Sinn des Zivilprozessrechts vereinbar sind. Hierbei wird, wie in der bisherigen Untersuchung auch, zwischen den verschiedenen Formen der Materialisierung – der Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts und einer sonstigen Entformalisierung – unterschieden. Vor allem aber sei nochmals klarzustellen, dass nur die generellen Strömungen untersucht werden. Die Auswahl der in den vorherigen Kapiteln untersuchten Bereiche des Zivilprozessrechts hat sich stets als beispielhafte Darstellung verstanden. Nie ging es darum, einzelne Bereiche vertieft zu untersuchen und zu bewerten. Dies soll auch im Folgenden nicht geschehen. Wenn also einzelne Bereiche herausgegriffen werden, dient dies wieder nur der Illustration abstrakt zu verstehender Ausführungen. Deshalb findet auch keine einzelne Untersuchung aller als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts qualifizierten Regelungen statt. Auch können einzelne in den vorigen Kapiteln beleuchtete Veränderungen aus Gründen, die nichts mit ihrer Einordnung als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu tun haben, abzulehnen oder zu begrüßen sein. Im Folgenden soll also ausschließlich untersucht werden, ob eine Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts, so sie denn überhaupt zu beobachten war, *grundsätzlich* bestimmten Vorbehalten unterliegt oder *grundsätzlich* zu begrüßen ist.

1. *Policy-implementing type* des Prozessrechts?

Zunächst wird untersucht, ob die teilweise beobachtete Hinwendung zu einem eher dem *policy-implementing type* des Prozessrechts entsprechenden Verständnis des Zivilprozessrechts mit dessen gerade festgestelltem Zweck und dann auch mit dessen Sinn zu vereinbaren ist. Zur Erinnerung: Auf der einen

Seite steht der *conflict-solving type* des Prozessrechts.¹⁶¹ Diesem gegenüber steht der *policy-implementing type* des Prozessrechts.¹⁶² Grundlegender Gedanke des *conflict-solving type* ist die Beilegung von (Rechts-)Streitigkeiten zwischen Privaten. Der *policy-implementing type* hingegen will durch das Prozessrecht politische Leitlinien umsetzen.¹⁶³ Klassischerweise gehörte das deutsche Zivilprozessrecht dem *conflict-solving type* des Prozessrechts an. In einigen Gebieten, vor allem stark regulierten Wirtschaftsbereichen und unter Einfluss der EU-Gesetzgebung, wandelt sich das Verständnis hingegen zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts.¹⁶⁴ Doch wie ist diese Entwicklung zu bewerten?

a) *Policy-Implementing = Bewährung objektiven Rechts?*

aa) *Grundlegendes*

Zu einfach wäre es, setzte man den *conflict-solving type* des Prozessrechts mit einem Zweckverständnis des Individualrechtsschutzes und den *policy-implementing type* des Prozessrechts mit einem Zweckverständnis der Bewährung des objektiven Rechts gleich. So steht etwa, wenn ein verfahrensrechtlicher Verbraucherschutz etabliert wird,¹⁶⁵ nicht „Gehorsam“ gegenüber der objektiven materiellen Privatrechtsordnung im Vordergrund, sondern durchaus der Individualrechtsschutz der Verbraucher,¹⁶⁶ die allerdings aus ordnungspolitischen Erwägungen im Prozessrecht bessergestellt werden. Auch wenn zum Beispiel Veränderungen in den Regelungen zur Revisionszulassung vorgenommen werden, kann dies dazu gedacht sein, ordnungspolitische Leitlinien durchzusetzen, ohne dass dadurch eine Zweckveränderung des Zivilprozessrechts vorgenommen würde.¹⁶⁷

bb) *Policy-implementing type des Prozessrechts und private enforcement*

Teilweise, sogar wohl in der überwiegenden Anzahl der untersuchten Fälle, geht jedoch eine Verschiebung der Intention des Zivilprozessrechts hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts auch mit einem Wechsel des Zweckverständnisses einher. Namentlich ist dies überall dort der Fall, wo

¹⁶¹ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 97 ff.

¹⁶² *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 147 ff.

¹⁶³ Siehe gegenüberstellend *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 88 ff.

¹⁶⁴ Siehe dazu oben A.

¹⁶⁵ Siehe hierzu oben Kapitel 4, A. V. 1.-3.; Kapitel 4, B. I. 1. und 3.; Kapitel 5, A. II. 2. und 3.

¹⁶⁶ *Roth*, JZ 2016, 1134, 1137 f., der die verbraucherrechtlichen Sonderregelungen ebenfalls nicht als Ausprägung von *Private Enforcement* sieht.

¹⁶⁷ Zur Koexistenz von Normbildung und Streitentscheidung siehe *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 261 ff. und passim.

es bei Veränderungen des Prozessrechts um Stärkung von *private enforcement* geht, also darum, rechtliche Regelungen des Verhaltens gegenüber anderen Privatpersonen von Privaten durchsetzen und Verstöße gegen diese Regeln von Privaten sanktionieren zu lassen.¹⁶⁸ In dieser Arbeit sind solche Veränderungen im Recht des geistigen Eigentums, im Kartellrecht und Kapitalmarktrecht festgestellt worden. Aber auch die angedachte Einführung einer Musterklage im Verbraucherrecht¹⁶⁹ wäre in diesen Bereich einzuordnen. Häufig, aber nicht immer, wird das Ziel des *private enforcement* mit Mitteln des kollektiven Rechtsschutzes verfolgt.¹⁷⁰

Zur grundsätzlichen Sinnhaftigkeit von *private enforcement* ist bereits umfassend geforscht worden.¹⁷¹ Diese Fragestellung soll im Rahmen dieser Arbeit auch nicht weitergehend vertieft werden.¹⁷² Es geht hier vielmehr allein um die Vereinbarkeit der durch *private enforcement* ausgelösten Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts mit dem Zweck und dem Sinn des Zivilprozessrechts. Diese Verschiebung besteht allerdings nicht schon darin, dass der Gesetzgeber im modernen Rechtsstaat in der Möglichkeit der Verhaltenssteuerung durch *private enforcement* ein legitimes Instrument sieht. Die Verschiebung zeigt sich vielmehr in den dezidiert zivilprozessualen Sonderregelungen zur Umsetzung von *private enforcement*.¹⁷³ Dass die gesetzgeberische Ausgestaltung von *private enforcement* auch ohne Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozess-

¹⁶⁸ Zu dieser Definition von *Private Enforcement*, siehe Kern, ZZPInt 12 (2007), 351, 356 ff.

¹⁶⁹ Siehe hierzu oben Kapitel 4, A. VII. 3.

¹⁷⁰ In dieser Arbeit wurden die verbraucher- und lauterkeitsrechtlichen Verbandsklagebefugnisse nicht als Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts bewertet, da der Gesetzgeber den Verbänden ein subjektives Privatrecht zur Klage zugewiesen hat. Daher geht es bei Verbandsklagen zwar um *Private Enforcement* und die Durchsetzung öffentlicher Interessen durch die Verbände und somit durchaus um eine mögliche Tendenz zur Materialisierung des Privatrechts. Auf das Zweckverständnis des Zivilprozesses hat dies aber keinen Einfluss, da es nach wie vor um die Feststellung und Durchsetzung den Verbänden zugewiesener subjektiver Rechte geht. Das Prozessrecht steht dem Grund der Zuweisung subjektiver Privatrechte insofern indifferent gegenüber. Ähnlich Münch, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 45 ff. A.A. Roth, ZfPW 2017, 129, 147 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 15, die von einem wesentlichen Zweck der Bewährung objektiven Rechts ausgehen.

¹⁷¹ Monographisch nur Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess; Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht; Klocke, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht; sowie Basedow, JZ 2018, 1; Hess, JZ 2011, 66; Huber, in: Digital Single Market; Kern, ZZPInt 12 (2007), 351; Keßler, WRP 2006, 1061; Koch, DZWIR 2016, 351; Roth, JZ 2016, 1134; Woopen, NJW 2018, 133; Wundenberg, ZGR 2015, 124; Zimmer/Höft, ZGR 2009, 662.

¹⁷² Siehe aber noch unten C. IV.

¹⁷³ Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 38 ff., 124 f., 188 ff., 233 ff., 509 ff. Vgl. auch Stürner, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 283 ff.

rechts möglich ist, zeigt das Instrument der verbraucher- und lauterkeitsrechtlichen Verbandsklage.¹⁷⁴

Auch wenn es vordergründig im entsprechenden einzelnen Zivilprozess auf den untersuchten Gebieten selbstverständlich um die Durchsetzung subjektiver Rechte geht, dient das Institut des Zivilprozesses auf diesen Gebieten etwas anderem. Durch die jeweiligen prozessualen Sonderregelungen soll der Gehorsam gegenüber der materiellen objektiven Rechtsordnung des entsprechenden Rechtsgebiets verstärkt werden,¹⁷⁵ was im Einklang mit der Definition von *private enforcement* steht.¹⁷⁶ Der Zivilprozess soll nun nicht mehr nur Individualrechtsschutz gewährleisten, sondern auch Allgemeinaufgaben erfüllen.¹⁷⁷ Allgemeinaufgaben – man könnte auch von öffentlichen Aufgaben sprechen – wie Kapitalmarktregulierung oder Kartellvermeidung werden privaten Akteuren übertragen. Die Erfüllung dieser Allgemeinaufgaben durch zivilprozessuale Regelungen wird dem Individualrechtsschutz übergeordnet. *Poelzig* fasst zusammen:

„Die über das materielle Recht vermittelte *ordnungspolitische Steuerungsfunktion des zivilgerichtlichen Verfahrens* als verlängerter Arm des materiellen Privatrechts begründet die Notwendigkeit, besondere Regelungen für die zivilgerichtliche Durchsetzung zu formulieren.“¹⁷⁸

cc) Kritik an *private enforcement* durch den *policy-implementing type* des Prozessrechts

Wenn nun aber in bestimmten Bereichen des Zivilprozessrechts die Bewährung des objektiven Rechts zum wesentlichen Zweck der dortigen Sondervorschriften erhoben wird, droht neben der Partikularisierung des Zivilprozessrechts vor allem ein Konflikt mit dem Zweck des Zivilprozesses als solchem. Oben wurde bereits dargestellt, welche Probleme sich ergeben, wenn auf die Bewährung des objektiven Rechts als wesentlichen Prozesszweck abgestellt wird.¹⁷⁹

Insbesondere ist zu befürchten, dass die Parteien des Rechtsstreits zum Objekt staatlicher Interessen degradiert werden.¹⁸⁰ Es stehen nicht mehr freiheit-

¹⁷⁴ Siehe dazu oben Kapitel 4, A. VI.

¹⁷⁵ BT-Drucks. 15/5091, S. 16; Erwägungsgründe 5 und 6 der Kartellschadensersatzrichtlinie; BT-Drucks. 18/10207 S. 39 f.; Erwägungsgrund 11 der Enforcement-Richtlinie.

¹⁷⁶ Siehe *Kern*, ZZPInt 12 (2007), 351, 356 ff.

¹⁷⁷ Hierzu *de lege lata* und weitergehend auch *de lege ferenda* *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 509 ff. Kritisch *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 283 ff.

¹⁷⁸ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 510 (Hervorhebung vom Autor).

¹⁷⁹ Siehe soeben Kapitel 6, B. II. 2. c) cc).

¹⁸⁰ *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 99 f.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 48 mit Fn. 105; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 ff.

lich handelnde Parteien, die Individualrechtsschutz begehren, im Mittelpunkt des Verfahrens, sondern das Kollektiv, dessen Interessen die der Parteien womöglich untergeordnet werden könnten. Deutlich wird dies etwa im Anwendungsbereich des KapMuG. Dort werden nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG nach Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses im Klageregister von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren noch anhängig werdenden Verfahren ausgesetzt, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt. Dies gilt nach § 8 Abs. 1 Satz 2 KapMuG unabhängig davon, ob im konkreten Verfahren ein Musterverfahrensantrag gestellt wurde. Damit wird es den Parteien versagt, ihren Rechtsstreit in freiheitlicher Entscheidung weiterzuverfolgen. Ihre Freiheit und ihr Individualrechtsschutz wird den Kollektivinteressen untergeordnet.¹⁸¹ Aus rechtspolitischer Sicht erscheint ein solcher Weg angesichts von 140 Jahren weitgehend funktionierender Tradition eines Individualrechtsschutz gewährenden Zivilprozesses gefährlich,¹⁸² zumal Alternativen zur Durchsetzung der entsprechenden ordnungspolitischen Interessen bestehen.

b) Policy-implementing type des Prozessrechts und Bevorzugung bestimmter Parteien

aa) Grundlegendes

Alle zivilprozessualen Regelungen zur Umsetzung von *private enforcement*, die in dieser Arbeit als Verschiebung hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts bewertet wurden, bevorzugen in verschiedener Weise typisiert eine bestimmte Partei. Diese Bevorzugung kann entweder gegenüber der konkreten Gegenpartei erfolgen¹⁸³ oder gegenüber allen anderen Parteien, die Verfahren auf Gebieten führen, die nicht durch Sonderregelungen geprägt sind. Dies trifft aber nicht nur auf Regelungen zur Umsetzung von *private enforcement* zu, sondern auch etwa auf das Verbraucherrecht oder den veränderten Revisionszugang.¹⁸⁴ Die Bevorzugung bestimmter Parteien, um ordnungspolitische Leitlinien durchzusetzen, ist verbindendes Kennzeichen aller Tendenzen zur Materialisierung, die als Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts bewertet wurden. Anlass für die Bevorzugung

¹⁸¹ Vgl. Roth, ZfPW 2017, 129, 151 f.

¹⁸² Vgl. auch Basedow, JZ 2018, 1, 4 ff.; Kern, ZZPInt 12 (2007), 351, 374 ff.

¹⁸³ Etwa bei den kartellrechtlichen Beweismitteloffenlegungspflichten, bei denen der Kartellgeschädigte gegenüber dem Kartellanten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes bevorzugt wird, siehe oben Kapitel 4, A. VIII. 2. Auch im Rahmen des KapMuG findet durch die Aussetzung der Ausgangsverfahren einer Bevorzugung der Parteien statt, deren Interessen kollektiviert werden, siehe oben Kapitel 4, A. VII. 2.

¹⁸⁴ Siehe oben Kapitel 4, A. III. 2.; Kapitel 4, A. V. 1.-3.; Kapitel 4, B. I. 1. und 3.; Kapitel 5, A. II. 2. und 3.

ist jeweils der Wunsch, ein rechtspolitisch erwünschtes Prozessergebnis oder zumindest ein bestimmtes Verhalten einer Partei herbeizuführen, nicht etwa der Ausgleich von prozessualen Ungleichgewichten. Dies kann einerseits positive Effekte haben, andererseits aber auch negative Folgen.

bb) Kritik an der Bevorzugung einzelner Parteien

Einerseits könnten Zugangshürden zum Recht,¹⁸⁵ welcher Art auch immer, für „schwächere“ Parteien abgebaut werden.¹⁸⁶ Beispielhaft ist die Überwindung der „rationalen Apathie“¹⁸⁷ durch die Musterklage nach dem KapMuG¹⁸⁸ oder die Möglichkeit, aufgrund der Vorschriften der EuGVVO am Heimatort Klage zu erheben.¹⁸⁹ Darüber hinaus besteht an der grundsätzlichen Legitimation von Regelungen zum Schutz Schwächerer angesichts des Sozialstaatsgebots des Grundgesetzes und des Vorhandenseins entsprechender Regelungen im BGB von 1900 (§§ 123, 138 Abs. 2, 242, 826 BGB 1900) aus Sicht dieser Arbeit kein Zweifel.¹⁹⁰ Auch dass sich ein solcher Schutz – isoliert betrachtet – mit Hilfe eines auf Schwächerenschutz ausgerichteten Zivilprozessrechts, das die schwächere Partei bevorzugt, effektiver umsetzen lässt, als ohne solche Regelungen, liegt zumindest nahe.

Auf der anderen Seite drohen aber vor allem Verwerfungen mit dem Sinn des Zivilprozessrechts, wenn Parteien aus außerprozessrechtlichen Gründen typisiert bevorzugt werden. Die Besserstellungen können schnell willkürlich wirken. Warum etwa ein institutioneller Großanleger, der durch einen Verstoß gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften einen Schaden erlitten hat, in den Genuss der Vorteile einer Musterklage kommt,¹⁹¹ ein von einem Massenunfall

¹⁸⁵ Siehe auch oben S. 102, Fn. 118.

¹⁸⁶ Vgl. nur *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 213 ff.; *Klocke*, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, S. 86 f.; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, S. 11; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 121 ff.; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 280 ff.; *Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, S. 35 ff.; *Hess/Bittmann*, IPRax 2008, 305; *Kramer*, ZEuP 2008, 355, 355 f., 370 ff.

¹⁸⁷ Hierzu noch unten C. V. 1.; sowie oben Kapitel 4, A. VII. 2. d). cc).

¹⁸⁸ Vgl. *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 24 ff.; *Leufgen*, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S. 41; *Duve/Pfitzner*, BB 2005, 673, 674; *Hess*, JZ 2011, 66, 72; *Koch*, DZWIR 2016, 351, 352 ff.; *Meller-Hannich*, ZBB 2011, 180, 190 f.; *Tamm*, ZHR 174 (2010), 525, 528 ff.

¹⁸⁹ Vgl. die Erwägungsgründe 1, 3 und 18 der EuGVVO sowie *Kumm*, Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verbrauchergerichtsstandes im deutschen Zivilprozessrecht, S. 36, 51 f., sowie passim; *Gsell*, ZZP 127 (2014), 431, 441 ff.; *Roth*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 69, 73 ff.; *Schütze*, in: FS Graf von Westphalen 2010, S. 621; *Vollkommer/Vollkommer*, in: FS Geimer 2002, S. 1367, 1384 ff.

¹⁹⁰ Vgl. nur *von Hippel*, Der Schutz des Schwächeren; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger BGB, § 138 Rn. 1 ff. (m.w.N.).

¹⁹¹ Im Musterverfahren gegen die Volkswagen AG und die Porsche SE im Zusammenhang mit dem „Dieselskandal“ vor dem OLG Braunschweig, 3 Kap 1/16, ist Musterklägerin

Geschädigter aber nicht,¹⁹² ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Die „rationale Apathie“ ist zudem kein exklusives Problem von kapitalmarktrechtlichen Schäden, sondern tritt überall dort auf, wo geringe Streitwerte zur Debatte stehen oder andere Erwägungen ein gerichtliches Vorgehen als nicht lohnenswert erscheinen lassen. Warum also die Geschädigten im Anwendungsbereich des KapMuG und nun auch der neuen §§ 606 ff. ZPO generell und typisiert prozessrechtlich privilegiert werden, andere nur geringwertig Geschädigte aber nicht, erscheint ebenfalls fragwürdig. Auch treten Beweisschwierigkeiten nicht etwa nur im Kartellrecht oder im Recht des geistigen Eigentums auf, sondern überall dort, wo zur Begründung eines Anspruchs Tatsachen bewiesen werden müssen, die typischerweise in der Sphäre des Prozessgegners liegen. Warum also erhält ein potentiell Kartellgeschädigter prozessuale Besserstellungen, ein im „Dieselskandal“ möglicherweise von Volkswagen geschädigter Verbraucher, der die Kenntnis des Vorstands von Manipulationen beweisen muss,¹⁹³ aber nicht? Allein diese Fragen zeigen, dass die prozessualen Besserstellungen oftmals von Problemen auf einem materiell-rechtlichen Gebiet getrieben in das Prozessrecht hineingetragen wurden, ohne dass dabei ausreichend betrachtet wurde, welche Auswirkungen dies auf das Prozessrecht insgesamt haben kann.¹⁹⁴

Sinn des Zivilprozessrechts ist, wie oben dargestellt, den äußeren (Rechts-) Frieden einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft zu sichern und damit die *rule of law* bzw. die rechtsstaatliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Kann dies aber mit einem Prozessrecht erreicht werden, das Parteien bevorzugt, um ordnungspolitische Leitlinien umzusetzen – einem Prozessrecht, dessen Bevorzugungen in einer Gesamtschau zumindest Fragen aufwerfen? Oder gefährdet eine solche Gestaltung des Prozessrechts nicht vielmehr diesen Sinn? Aus Sicht des Autors kann eine Gestaltung des Zivilprozessrechts, die bestimmte Parteien bevorzugt, die auf die Umsetzung ordnungspolitischer Leitlinien

die Deka Investment GmbH, die gewerblich Fondsprodukte vertreibt, siehe Bekanntmachung des OLG Braunschweig v. 08.03.2017, abrufbar unter: <http://www.bundesanzeiger.de> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019). Vgl. mit ähnlichen Argumenten kollektiven Rechtsschutz ablehnend auch *Bruns*, NJW 2018, 2753, 2755 ff.

¹⁹² Ein solcher Anspruch könnte auch nach §§ 606 ff. ZPO-neu regelmäßig nicht Gegenstand einer Musterklage sein, vgl. § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO-neu, BT-Drucks. 19/2507.

¹⁹³ Vgl. hierzu *Kehrberger/Roggenkemper*, EWIR 2017, 175.

¹⁹⁴ Ähnlich wie hier ausgehend vom allgemeinen Zivilprozessrecht aber *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte; *Basedow*, JZ 2018, 1; *Bruns*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 53; *Gaier*, NJW 2013, 2871; *Habbe/Gieseler*, BB 2016, 3018; *Hadding*, JZ 1970, 305; *Heinze*, JZ 2011, 709; *Hess*, JZ 2011, 66; *Koch*, DZWIR 2016, 351; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 50 f.; *Prütting*, AnwBl 2013, 401; *Roth*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283; *ders.*, JZ 2016, 1134; *ders.*, ZfPW 2017, 129; *Schütze*, in: FS Graf von Westphalen 2010, S. 621; *Wagner*, ZEuP 2008, 6; *Woopon*, NJW 2018, 133; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 177 ff.

gerichtet ist und von einem *conflict-solving type* des Prozessrechts abweicht, dazu führen, dass Vertrauen in die Zivilgerichtsbarkeit verloren geht.¹⁹⁵ Hierfür gibt es zwar – um es in aller Deutlichkeit zu sagen – keine empirisch erforschten Belege.¹⁹⁶ Dennoch: Es ist einerseits derjenige begründungspflichtig, der ein System grundlegend wandeln will, das diesen Sinn seit 140 Jahren weitgehend erfolgreich erfüllt.¹⁹⁷ Andererseits erscheint die Gefahr eines Vertrauensverlusts in die rechtsstaatliche Ordnung so gewichtig, dass sich allein der Versuch, flächendeckend ein Prozessrecht des *policy-implementing type* zu etablieren, verbietet.

Dass ein *conflict-solving type* des Prozessrechts wesentlich zur Aufrechterhaltung der *rule of law* beiträgt, zeigt sich nicht nur in der Tradition deutscher Zivilgerichtsbarkeit, sondern auch darin, dass sich nahezu alle Staaten mit freiheitlich verfasster Grundordnung im Wesentlichen für ein solches System entschieden haben.¹⁹⁸

Dass ein *policy-implementing type* des Prozessrechts hierzu fähig ist, wäre erst noch zu zeigen. Die Tatsache, dass das Zivilprozessrecht in vielen inzwischen untergegangenen sozialistischen Rechtsordnungen eher dem *policy-implementing type* des Prozessrechts entsprach,¹⁹⁹ spricht eher nicht für einen solchen Ansatz. Vielmehr gibt ein solcher Prozesstyp – selbst, wenn er in manchen Bereichen vordergründig auf Individualrechtsschutz gerichtet sein

¹⁹⁵ Ähnlich (auch in der Bewertung) jeweils *Baur*, in: FS Tübinger Juristenfakultät, S. 159, 161 ff.; insb. auch 175; *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 389 ff.; *Brand*, NJW 2017, 3558, 3562 f.; *Bruns*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 53, 58 ff.; *ders.*, NJW 2018, 2753, 2755 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 ff.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 442 ff.; *Meyer*, JR 2004, 1, 3 ff.; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5, 35 ff.; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 154 ff.; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 291 ff. und passim; *ders.*, JZ 2016, 1134, 1139 f.; *ders.*, ZfPW 2017, 129, 132 ff.; 152 f. und passim; *Schütze*, in: FS Graf von Westphalen 2010, S. 621; *Stürner*, ZZP 127 (2014), 271, 302 ff.; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 177 f.

¹⁹⁶ Zu beobachten ist jedoch, dass in den letzten Jahren die Fallzahlen an den staatlichen Gerichten, der durchschnittliche Streitwert in Zivilverfahren inflationsbereinigt sowie die Zahl an Verfahren mit hohen und niedrigen Streitwerten eher sinken, vgl. hierzu ausführlich *Institut für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) der Leibniz Universität Hannover*, Zivilprozess in Zahlen, S. 21, 26 f.

¹⁹⁷ Vgl. auch *Bruns*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 255, 274; *Kern*, ZZPInt 12 (2007), 351, 378; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 154 ff.; *Stürner*, ZZP 127 (2014), 271, 328 ff.

¹⁹⁸ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 71 ff.; *Gröschner*, JZ 2018, 737 ff.; *Stürner*, ZZP 123 (2010), 147, 149 ff.; sowie generell *Nörr*, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses in ausgewählten Kapiteln.

¹⁹⁹ *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 80 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 332 f.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 444 ff.; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 157 ff.; *Stürner*, JZ 1986, 1089, 1093 f.; *ders./Kern*, in: GS Konuralp, S. 997, 1013.

mag – die sog. „Offenheit der Prozesszwecke“ auf.²⁰⁰ Dies meint, dass es dem Prozessrecht einerlei ist, wer Individualrechtsschutz begehrt und welches subjektive Recht geschützt wird.²⁰¹ Hierin liegt traditionell ein wesentlicher Unterschied von materiellem Recht und Prozessrecht. Während das abstrakt-generelle materielle Recht die Beziehungen zwischen Privaten regelt und dabei durchaus Faktoren wie Unerfahrenheit, Machtverschiebung und wirtschaftliche Stärke in den Blick nehmen kann, regelt das Prozessrecht die Frage, wie eine staatliche Institution mit dem Rechtsschutzbegehren seiner Bürger umgeht.²⁰² Aufgrund des Gewaltmonopols in Form des Selbsthilfeverbots bei gleichzeitiger Zuweisung subjektiver Rechte zwingt der Staat die Bürger in den Zivilprozess. Im Privatrecht wird – regelmäßig – niemand gezwungen, Sonderrechtsverbindungen einzugehen.²⁰³ Daher muss sich das Prozessrecht bezüglich der Gleichbehandlung der geltend gemachten subjektiven Rechte an höheren Standards messen lassen als das Privatrecht.

Leichtfertig aufgegeben werden sollte die gesellschaftliche Errungenschaft eines *conflict-solving type* des Prozessrechts, dessen Zweck der Individualrechtsschutz ist und der dabei ohne Besserstellungen von Parteien, um ordnungspolitische Leitlinien durchzusetzen, auskommt, jedenfalls nicht.²⁰⁴

c) Zusammenfassung

Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, wenn sich Prozessrecht hin zu einem *policy-implementing type* wandelt. Dies ist einerseits der Fall, weil die Bewährung des objektiven Rechts nicht der optimale Zweck des Zivilprozesses ist, aber dort, wo *private enforcement* einen *policy-implementing type* des Prozessrechts umsetzt, dem Zivilprozessrecht zugrunde gelegt wird. Andererseits drohen Bevorzugungen im Prozessrecht, die dazu dienen sollen, ordnungspolitische Leitlinien durchzusetzen, auch mit dem Sinn des Zivilprozessrechts in Konflikt zu kommen. Es droht hierbei ein Vertrauensverlust in die staatliche Zivilgerichtsbarkeit. An dieser Stelle ist nochmals festzuhalten,

²⁰⁰ Der Begriff der „Offenheit der Prozesszwecke“ geht auf *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520 zurück. Ihn hat in der jüngeren Diskussion vor allem *Roth* betont, *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 169 f.; *ders.*, JZ 2014, 801, 807; *ders.*, DRiZ 2015, 24, 26 f.; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 284; *ders.*, ZZP 129 (2016), 3, 22; *ders.*, JZ 2016, 1134, 1139; *ders.*, ZfPW 2017, 129, 137 f.

²⁰¹ *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520; *Roth*, JZ 2016, 1134, 1139; *ders.*, ZZP 129 (2016), 3, 22; *ders.*, ZfPW 2017, 129, 137 f., 147.

²⁰² *Münch*, in: Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 55, 95; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178.

²⁰³ Vgl. *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 46 ff.; *Hart*, The concept of law, S. 79 ff.

²⁰⁴ *Prütting*, in: Wieczorek/Schütze, Einleitung Rn. 27.

dass eine solche Entwicklung nicht für das ganze Zivilprozessrecht zu beobachten ist.²⁰⁵

Allerdings sollten der deutsche und europäische Gesetzgeber sowie teilweise auch die Gerichte bei der Schaffung von Richterrecht nicht (nur) ordnungspolitische Erwägungen, wie die Verbesserung des Verbraucherschutzes, ein hohes Schutzniveau für geistiges Eigentum oder die Steuerungsfunktion des Kapitalmarktrechts im Blick haben. Sie sollten den zivilisatorischen Wert eines *conflict-solving type* des Prozessrechts nicht mit ordnungspolitischen Erwägungen beiseite wischen; die Gefahr, dass ein Wandel im Verständnis des Prozessrechts dazu führt, dass dieses seinen Sinn nicht mehr verwirklichen kann, ist nach Einschätzung des Autors nicht zu unterschätzen. Dabei wird durchaus anerkannt, dass im modernen Rechtsstaat aufgrund der zunehmenden Komplexität wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehungen ein Bedürfnis besteht, ordnungspolitische Leitlinien effektiv umzusetzen. Dies ist jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – ohne Aufgabe eines *conflict-solving type* des Prozessrechts möglich.

2. Sonstige Entformalisierung

Doch der in einigen Teilbereichen beobachtete und soeben kritisch bewertete Wandel zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts ist nicht die einzige Tendenz zur Materialisierung des Zivilprozessrechts, die im Rahmen der vorgehenden Untersuchung diagnostiziert wurde. Auch auf einer tiefergelagerten Ebene wurden Tendenzen zur Materialisierung beobachtet – diese wurden als „sonstige Entformalisierung“ bezeichnet.²⁰⁶ Dies ist entweder mit den Kriterien *Webers* der Fall, wenn in etwa bestehenden sozialen, finanziellen, moralischen oder sonstigen (mithin materialen) Ungleichgewichten ein Faktor erkannt wird, der zur schlechteren Verwirklichung der übergeordneten Intention (dem *conflict-solving*) führt und dementsprechend reagiert wird.²⁰⁷ Alternativ kann eine Bewertung anhand der Kriterien von *Summers*: „Criteria of Validity“, „Legal Precepts“, „Methods of Interpretation and Application“, „Judicial Power to Modify Law Being Applied“ und „Fact-finding Processes“ vorgenommen werden.²⁰⁸ Beide Ansätze zu einer Untersuchung unterscheiden sich nicht wesentlich. Sie liefern jeweils eine Methode, ein Phänomen zu beschreiben: Außerprozessrechtliche Kriterien finden Eingang in das Zivilprozessrecht, ohne dass jedoch hierbei ein Wandel hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts stattfände. Solche Veränderungen sind an einigen Stellen beobachtet worden, so etwa durch die Möglichkeit, mittels der

²⁰⁵ Vgl. *Roth*, in: *Liber Amicorum Henckel* 2015, S. 283, 299 f.; *ders.*, *JZ* 2016, 1134, 1139 f.

²⁰⁶ Siehe oben Kapitel 2, E. III. 2.

²⁰⁷ Siehe oben Kapitel 2, E. III. 2. a).

²⁰⁸ Siehe oben Kapitel 2, E. III. 2. b).

Verfassungsbeschwerde Einfluss auf das Zivilprozessrecht zu nehmen, durch das Verfahren nach § 495a ZPO, durch die Prozesskostenhilfe, durch die richterrechtlichen Institute der sekundären Darlegungslast und der Rechtskraftdurchbrechung, sowie durch die gesteigerte Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht infolge des *confirmation bias*.²⁰⁹

a) *Unterschied zwischen beiden Formen der Materialisierung*

Doch weshalb ist im Rahmen dieser Arbeit überhaupt zwischen beiden Formen der Materialisierung unterschieden worden – zumal die Abgrenzung oftmals nicht leichtfällt? Der wesentliche Unterschied liegt in der Zielrichtung der jeweiligen Veränderungen, der auch für die Bewertung relevant wird.²¹⁰ Die Änderungen, die als Hinwendung zum *policy-implementing type* des Prozessrechts bewertet wurden, bevorzugen bestimmte Parteien, um damit bestimmte ordnungspolitisch erwünschte Steuerungseffekte hervorzurufen. Die Veränderungen, die trotz vorhandener Bevorzugungen von bestimmten Parteien (nur) als sonstige Entformalisierung bewertet wurden,²¹¹ zielen nicht auf solche Effekte ab, sondern meist darauf, die Prämisse eines Individualrechtsschutz bezweckenden Prozessrechtssystems wiederherzustellen. Ein solches System geht – ähnlich wie ein Privatautonomie gewährendes System des materiellen Rechts – davon aus, dass die Beteiligten in etwa gleich „stark“ sind.²¹² Diese Ausgangsposition soll wieder hergestellt werden, wenn bestimmten Parteien Vorteile, etwa Prozesskostenhilfe, gewährt werden.²¹³ Daher mag die Bewertung der entsprechenden Ungleichbehandlungen unterschiedlich ausfallen.

Daneben sind auch andere Entwicklungen als Tendenz zur Materialisierung bewertet worden, die vollständig ohne Bevorzugung bestimmter Parteien

²⁰⁹ Siehe Kapitel 3, B. III. 4.; Kapitel 4, A. II.; Kapitel 4, A. IV.; Kapitel 5, A. I. 1. a); Kapitel, 5 A. I. 2; Kapitel 5, D. I. 2. b).

²¹⁰ So sind etwa die Verbrauchergerichtsstände der EuGVVO und des § 29c ZPO als *policy-implementing* bewertet worden, die Möglichkeit, Grundrechte im Wege der Verfassungsbeschwerde durchzusetzen, sowie die Einführung einer Prozesskostenhilfe jedoch nur als sonstige Entformalisierung, obwohl in beiden Fällen sozial schwächere Parteien geschützt werden.

²¹¹ Allerdings sind Bevorzugungen nicht zwingendes Kennzeichen von Materialisierung. Außerprozessuale Kriterien können auch auf andere Weise Eingang ins Zivilprozessrecht finden.

²¹² Vgl. nur *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 109; *Trepte*, Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, S. 37 ff.; *Takada*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 213, 215; aber auch *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 104 ff.; *Jolowicz*, I.C.L.Q. 2003, 281, 283.

²¹³ Damit ist freilich nichts über den Erfolg oder die Sinnhaftigkeit solcher Regelungen gesagt.

auskommen.²¹⁴ Bei diesen Entwicklungen stellt sich das soeben diskutierte Risiko eines Vertrauensverlusts aufgrund möglicherweise willkürlich erscheinender Bevorzugungen erst gar nicht, weil bei den Parteien nicht das Gefühl aufkommt, willkürlich behandelt zu werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass solche Entwicklungen generell positiv zu werten sind – das Bedürfnis der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen entfällt indes.

b) Entformalisierung und Zweck des Zivilprozesses

Ohne weiteres mit dem Zweck des Zivilprozesses vereinbar sind die Entformalisierungen, die nicht als Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts bewertet wurden. Auch ein entformalisiertes Zivilprozessrecht dient dem Individualrechtsschutz – dies wird weder vom Gesetzgeber noch von den Richterrecht schaffenden Gerichten bezweifelt.²¹⁵

Im Gegenteil: Oftmals können Entformalisierungen sogar gezielt dazu eingesetzt werden, den Zweck des Individualrechtsschutzes bestmöglich zu erreichen. Ein Beispiel dazu ist die Prozesskostenhilfe,²¹⁶ die die Wahrnehmung des Individualrechtsschutz gewährenden Zivilprozesses oftmals erst ermöglicht. Hieran vermag auch der Anwaltszwang nach § 78 Abs. 1 ZPO, der freilich seit Geltungsbeginn der CPO vorgesehen war,²¹⁷ nichts zu ändern, obwohl er eine zusätzliche Hürde zur Prozessführung aufstellt. Der Anwaltszwang ist zwar einerseits „formale Ordnungsvorschrift“, die gerade keine Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse der Parteien nimmt.²¹⁸ Doch in Kombination mit der Möglichkeit der Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 121 ZPO Abs. 1, 2 ZPO und entsprechender Kostenübernahme kann die formale Ordnungsvorschrift ein Musterbeispiel für die Möglichkeit verbesserten Individualrechtsschutzes durch Unterstützung für finanzschwache Parteien sein. Um diese Kombination wird das deutsche Zivilprozessrecht etwa von der englischen Wissenschaft beneidet.²¹⁹

²¹⁴ Etwa das Verfahren nach § 495a ZPO oder die richterrechtliche Durchbrechung der materiellen Rechtskraft, siehe oben Kapitel 4, A. II. un Kapitel 5, A. I. 2.

²¹⁵ Vgl. nur RegE zur Vereinfachungsnovelle, BT-Drucks. 7/2729, S. 32, 40, 55; BVerfGE 54, 277, 289 f.; BGHZ 161, 138, 143.

²¹⁶ Siehe dazu oben Kapitel 4, A. IV.

²¹⁷ Siehe § 74 CPO 1879; sowie zu dessen Reformen *Piekenbrock*, in: BeckOK ZPO, § 78 Rn. 2.

²¹⁸ BGHZ 86, 160, 163; BGH NJW 2000, 3356, 3357; sowie nur *Piekenbrock*, in: BeckOK ZPO, § 78 Rn. 4 ff.; *Toussaint*, in: MüKoZPO, § 78 Rn. 6.

²¹⁹ Vgl. nur *Assy*, *Injustice in Person*, S. 118 ff.; *Sorabji*, *C.J.Q.* 2013, 213, 227 ff.; *Zuckerman*, *M.L.R.* 1996, 773, 787 ff.; *ders.*, *C.J.Q.* 2014, 355, 360 ff.; *ders.*, „The Law’s Disgrace“, *U.K. Const. L. Blog*, abrufbar unter: <https://wp.me/p1cVqo-1nE> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019) sowie der von *Leipold*, in: *Reform of Civil Procedure*, S. 265 eingeholte Rat.

Eine solche Verbesserung des Individualrechtsschutzes muss freilich nicht auf alle Entformalisierungen zutreffen. Der Nachweis, dass das Verfahren nach § 495a ZPO zu einer besseren Verwirklichung des Prozesszwecks führt, fehlt etwa.²²⁰ Teilweise ist in diesem Rahmen sogar vertreten worden, dass die Sonderregelungen des § 495a ZPO zu einem „Abbau des Rechtsstaats“ führen.²²¹ Freilich ist dabei nicht in Betracht gezogen worden, dass durch § 495a ZPO eventuell mehr Verfahren überhaupt geführt werden könnten und sich die Inanspruchnahme des Zivilprozesses infolgedessen überhaupt erst lohnt. Ob und wie sich diese Effekte ausbalancieren, ist nur sehr schwer zu beantworten. Indes erscheint es aber grundsätzlich als sinnvoll, für einen Zivilprozess (nur) verhältnismäßige staatliche Ressourcen zur Verfügung zu stellen.²²² Ob hierfür eine typisierte Anknüpfung an den Streitwert sinnvoll ist, steht zwar auf einem anderen Blatt.²²³ Einzelaspekte zu bewerten, kann aber nicht Aufgabe dieses Abschnitts sein.

Jedenfalls zeigen sich keine Bestrebungen, nach denen durch diese Entformalisierungen eine Zweckverschiebung des Zivilprozesses angestrebt wird. Dort, wo bei möglichen oder tatsächlichen Entformalisierungen etwa ein Wahrheitszweck postuliert wird,²²⁴ ist dieser als (Zwischen-)Ziel und dem Prozesszweck untergeordnet qualifiziert worden.²²⁵ Mit dem Zweck des Zivilprozesses sind die entsprechenden Entformalisierungen im Grundsatz daher ohne größere dogmatische Verwerfungen vereinbar. Dies unterscheidet sie bereits von den Tendenzen zur Materialisierung, die als Hinwendung zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts bewertet wurden. Im Einzelfall kann selbstverständlich das mit der Entformalisierung verbundene Ziel verfehlt werden – dies ist dann aber ein Fehler der Umsetzung, nicht der Intention.

²²⁰ Eher kritisch *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473, 2475 ff.; sowie ausführlich *ders.*, Entlastung durch Entformalisierung?.

²²¹ So ausdrücklich *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473, 2477 ähnlich kritisch *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 656 f.; *Kunze*, NJW 1995, 2750, 2572 f.; *Redeker*, NJW 1996, 1870, 1870 ff.

²²² Diese Erkenntnis liegt wesentlich den Reformen der letzten 20 Jahre im englischen Zivilprozessrecht zugrunde, siehe hierzu *Zuckerman*, *Zuckerman on civil procedure*, Rn. 1.21 ff.; *Sorabji*, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, S. 140 ff., 197 f.; *Zuckerman*, *M.L.R.* 1996, 773, 779 f.; *ders.*, *C.J.Q.* 1998, 223, 223 ff.; *ders.*, *C.J.Q.* 2007, 1, 1 ff.; *ders.*, *C.J.Q.* 2015, 1 f.

²²³ Durchaus kritisch *Kern*, *JZ* 2012, 389, 392 f.

²²⁴ *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 49. Damit ist nicht gesagt, dass die Einführung einer Aufklärungspflicht der Parteien eine Entformalisierung wäre. Dies müsste im Einzelnen untersucht werden.

²²⁵ Siehe soeben Kapitel 6, B. II. 1. e).

c) Entformalisierung und Sinn des Zivilprozesses

Denkbar ist jedoch auch, ohne dass grundlegende Verwerfungen mit dem Zweck des Zivilprozesses bestehen, dass die beobachteten Entformalisierungen in Konflikt mit dem Sinn des Zivilprozesses stehen.

Dies könnte dann der Fall sein, wenn die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse, die der Zivilprozess hervorbringt, deutlich sinkt, weil außerprozessrechtliche Kriterien in den Blick genommen werden.²²⁶ In diesem Falle stünde zwar immer noch der Individualrechtsschutz als Zweck des Zivilprozesses im Vordergrund. Allerdings wäre zu befürchten, dass der Anreiz, das staatliche Zivilverfahren zu nutzen, deutlich sinkt – falls nicht gesichert ist, dass das korrekte Ergebnis vorhersehbar in einer hohen Zahl an Fällen erreicht wird.

Hierbei gilt es zu beachten: Eine gesteigerte Macht des Richters bei der Verfahrensgestaltung und Tatsachensammlung ist nur im Rahmen des § 495a ZPO und im Rahmen der gesteigerten Bedeutung der richterlichen Hinweispflichten als Entformalisierung gewertet worden.²²⁷ Dies kann zwar freilich anders gesehen werden, zumal die entsprechende Tendenz bei § 139 ZPO infolge des Phänomens des *confirmation bias* weder besonders deutlich hervortritt, noch als besonders stark bewertet wurde. Im Rahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO ist eine Tendenz zur Materialisierung sogar überhaupt nicht zu erkennen.²²⁸ Es wurde teils dennoch die Befürchtung geäußert, dass eine gesteigerte richterliche Macht und die – teilweise behauptete Entformalisierung – dazu führen können, dass richterlicher Willkür Tür und Tor geöffnet werden.²²⁹ Dies könnte dann wiederum dazu führen, dass die Vorhersehbarkeit der Prozessergebnisse sinken kann. Wenn aber das Prozessergebnis durch Entformalisierung unvorhersehbar wird, droht es womöglich seinem Sinn, den äußeren (Rechts-)Frieden einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft zu sichern und damit die *rule of law* bzw. die rechtsstaatliche Ordnung aufrecht

²²⁶ Diese Gefahr sah schon *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 505 f., als er den Wandel hin zu einer freien Beweiswürdigung beschrieb.

²²⁷ Kapitel 4, A. II.

²²⁸ Siehe oben Kapitel 5, D. I. 2. b) und Kapitel 5, D. II. 2. d).

²²⁹ *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, S. 12; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 43 f., 173; *Effer-Uhe*, Die Parteivernehmung, S. 150 mit Fn. 883; *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 52 ff.; *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 147 ff.; *Schöpflin*, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 5, 158, 178; *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 246 ff., 501 ff., 647 f.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 16 f., 30 mit Fn. 121; *Trepte*, Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, S. 36 f., 155 f. mit Fn. 148; *Redeker*, NJW 1996, 1870; *Reischl*, ZZP 116 (2003), 81, 94; *Rensen*, AnwBl 2002, 633, 635; *Roth*, in: *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, S. 149, 157 ff.; *Scherpe*, ZZP 129 (2016), 153, 183.

zu erhalten, nicht mehr gerecht werden zu können. Doch droht diese Gefahr wirklich durch Entformalisierung?

Freilich bedürfte es dazu letztlich wieder empirischer Forschung, die diese Arbeit nicht leisten kann und angesichts ihres breiten Fokus im Detail auch nicht leisten will. Indes lassen sich doch einige argumentativ begründete Aussagen treffen. Wenn die Befürchtung im Raum steht, dass das Prozessergebnis unvorhersehbar wird, kann damit einerseits gemeint sein, dass die inhaltliche Qualität des Urteils sinkt, also die Wahrscheinlichkeit, dass der Zivilprozess eine materiell richtige Entscheidung produziert.²³⁰ Andererseits kann gemeint sein, dass der Weg zu einem gleichermaßen wahrscheinlichen, materiell richtigen Urteil für die Prozessparteien schwieriger nachzuvollziehen ist. Diese Möglichkeiten weisen eine Gemeinsamkeit und einen wesentlichen Unterschied auf. In beiden Fällen droht ein Verlust von Vertrauen, träfe die entsprechende Prämisse zu. Wesentlicher Unterscheid ist jedoch: Nur im Falle einer sinkenden Wahrscheinlichkeit für eine materiell richtige Entscheidung wäre dieser Vertrauensverlust auch tatsächlich begründet.

aa) Geringere Wahrscheinlichkeit für materiell richtige Entscheidungen?

Es stellt sich also die Frage, ob mit einer Entformalisierung auch die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass materiell-richtige Entscheidungen getroffen werden.

(1) Keine geringere Wahrscheinlichkeit durch zusätzliche Gerichtsstände

Dies kann jedenfalls für einen Großteil der beobachteten Tendenzen *a priori* ausgeschlossen werden. Einerseits gilt dies überall dort, wo es um den Abbau von Zugangshürden zum staatlichen Zivilprozess geht, insbesondere also im Rahmen der Prozesskostenhilfe, aber auch etwa bei der Schaffung eines zusätzlichen (!) Gerichtsstands in § 29c Abs. 1 Satz 1 ZPO. Hier werden eher zusätzliche Anreize geschaffen, den staatlichen Zivilprozess für die Durchsetzung subjektiver Rechte zu verwenden. Zwar ist es etwa im Presse- und Äußerungsrecht, wo regelmäßig ein „fliegender Gerichtsstand“ besteht, auffällig, dass zwei Drittel der Entscheidungen in nur drei OLG-Bezirken ergehen, was den Schluss einer gewissen „Betroffenenfreundlichkeit“ der entsprechenden Gerichte nahelegt.²³¹ Allerdings dürfte dies kein Indiz für rechtliche falsche Entscheidungen sein, vielmehr liegt eine unterschiedliche Auslegung der in Rede stehenden Normen des Presserechts nahe.²³² Auf die Richtigkeit des

²³⁰ In diese Richtung geht wohl die Kritik von *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 656 f.; *Kunze*, NJW 1995, 2750, 2572 f.; *Redeker*, NJW 1996, 1870, 1870 ff.; *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473, 2477 am Verfahren nach § 495a ZPO.

²³¹ *Dölling*, NJW 2015, 124, 126 ff. (m.w.N.).

²³² *Dölling*, NJW 2015, 124, 126 ff.

Ergebnisses eines Rechtsstreits dürften zusätzliche Gerichtsstände im Ergebnis keine Auswirkungen haben.²³³

(2) Keine geringere Wahrscheinlichkeit durch Verfassungsbeschwerden und richterrechtliche Institute

Auch dort, wo das BVerfG die Einhaltung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten überprüft, wird die Wahrscheinlichkeit einer materiell richtigen Entscheidung nicht abnehmen. Auch wenn etwa im Rahmen sekundärer Darlegungslast und im Rahmen der Rechtskraftdurchbrechung von eigentlich formalen Grundsätzen abgewichen wird, lassen sich dadurch keine Anhaltspunkte erkennen, wonach die Wahrscheinlichkeit für eine materiell richtige Entscheidung sinkt. Im Gegenteil – im Rahmen der Rechtskraftdurchbrechung ist eine materiell unrichtige Entscheidung ein entsprechend der allgemeinen Regeln darzulegendes und zu beweisendes Tatbestandsmerkmal.²³⁴ Die sekundäre Darlegungslast will, korrekt angewendet,²³⁵ fehlerhafte Urteile infolge der allgemeinen Darlegungslast verhindern.²³⁶

(3) Geringere Wahrscheinlichkeit durch ersatzlosen Wegfall formaler Mechanismen als Richtigkeitsgewähr

Problematisch sind im Sinne einer möglicherweise sinkenden Wahrscheinlichkeit für materiell richtige Ergebnisse somit lediglich Konstellationen, in denen formale Mechanismen als Richtigkeitsgewähr sowie zur Verhinderung von richterlicher Willkür dienen und aus materialen Erwägungen wegfallen.²³⁷

²³³ Damit ist freilich nicht die generelle Sinnhaftigkeit solcher Normen bestätigt. Nicht einmal ist gesagt, dass die konkrete Norm sinnvoll ist; allein, dass in solchen Zugangs-erweiterungen kein Konflikt mit dem Sinn oder der Zweck des Zivilprozesses bestehen, wurde festgestellt. Zur Sinnhaftigkeit siehe detailliert *Roth*, in: *Die Zukunft des Zivilprozesses*, S. 69 (mit zahlreichen Nachweisen).

²³⁴ Siehe nur RGZ 46, 75, 79; RGZ 78, 389, 393; RGZ 88, 290, 293; BGH NJW 1951, 759; BGHZ 40, 130, 133; 50, 115, 118; 101, 380, 384 f.; 153, 189, 198; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 3 ff.; *Wagner*, in: *MüKoBGB*, § 826 Rn. 230.

²³⁵ Siehe aber *Kehrberger/Roggenkemper*, EWiR 2017, 175, 176; *Pfeiffer*, ZIP 2017, 2077, 2079 f.

²³⁶ Vgl. umfassend *Pfeiffer*, ZIP 2017, 2077; aber auch *Kehrberger*, EWiR 2017, 675, 676.

²³⁷ *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, S. 12; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 43 f., 173; *Effer-Uhe*, Die Parteivernehmung, S. 150 mit Fn. 883; *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 52 ff.; *Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 147 ff.; *Schöpflin*, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 5, 158, 178; *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, S. 246 ff., 501 ff., 647 f.; *Stürner*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, S. 16 f., 30

Dies ist etwa dort der Fall, wo Gerichten bei der Ausgestaltung des Verfahrens ein weites Ermessen bzw. allgemein mehr „Spielraum“ gegeben wird, ohne dass gleichermaßen geeignete Instrumente zur Kontrolle dieses Spielraums geschaffen werden. Allerdings liegt hierin kein Problem der entsprechenden Entformalisierung generell, sondern mehr eines der gesetzgeberischen Umsetzung entsprechender Regelungen. Gibt der Normgeber Gerichten aus materialen Erwägungen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung des Verfahrens, insbesondere bei der Stoffsammlung und Beweiserhebung, aber auch bei der formellen und materiellen Verfahrensleitung, so muss er durch entsprechende Maßnahmen sicherstellen, dass eine Kontrolle gewährleistet ist. Dies kann bspw. durch Rechtsbehelfe,²³⁸ Befangenheitsvorschriften,²³⁹ auf Antrag abzuhaltende mündliche Verhandlungen,²⁴⁰ obligatorische Gewährung rechtlichen Gehörs²⁴¹ oder andere Maßnahmen geschehen. Eine grundsätzliche Aussage, wonach Regelungen, die Gerichten großen Spielraum bei der Ausgestaltung des Verfahrens gewähren, zu einer geringen Wahrscheinlichkeit einer materiell-richtigen Entscheidung führen, lässt sich also nicht treffen. Für einige der Regelungen mag dies durchaus zutreffen, was im Einzelnen zu untersuchen, jedoch nicht Aufgabe oder Anspruch dieser Arbeit ist.

(4) Zusammenfassung

Wichtig ist die grundlegende Erkenntnis: In der überwiegenden Anzahl der beobachteten und denkbaren Entformalisierungstendenzen sinkt die Wahrscheinlichkeit für eine richtige Entscheidung nicht. Lediglich dort, wo formale Institute als Richtigkeitsgewähr dienen, kann dies der Fall sein. Hier kann der Gesetzgeber jedoch gegensteuern, indem er alternative Kontrollmechanismen vorsieht.

mit Fn. 121; *Trepte*, Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, S. 36 f., 155 f. mit Fn. 148; *Redeker*, NJW 1996, 1870; *Reischl*, ZJP 116 (2003), 81, 94; *Rensen*, AnwBl 2002, 633, 635; *Roth*, in: *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, S. 149, 157 ff.; *Scherpe*, ZJP 129 (2016), 153, 183. Siehe auch *Münchbach*, in: *FS Stürner*, S. 389, 394, der auf ein ähnliches Problem bei einer immer komplexer werdenden Rechtsordnung hinweist.

²³⁸ Vgl. die Vorschriften zu Berufung und Revision sowie § 321a ZPO und letztlich auch §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG. Hier liegt ein wesentliches Problem des Verfahrens nach § 495a ZPO, da regelmäßig die Berufungssumme des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht erreicht ist. Kritisch hierzu *Schneider*, MDR 2004, 549.

²³⁹ §§ 41 ff. ZPO.

²⁴⁰ § 495a Satz 2 ZPO.

²⁴¹ Nur BVerfG NJW-RR 1994, 254 f.; BVerfG NJW 2006, 2248 f.; *Deppenkemper*, in: *MüKoZPO*, § 495a Rn. 18 ff.

bb) Schlechtere Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen?

Entformalisierungen können jedoch dazu führen, dass Entscheidungsprozesse schwieriger nachvollziehbar sind. Ein formales System führt regelmäßig zu Transparenz und Vorhersehbarkeit, etwa durch klare Bindung an enge Tatbestände oder Abstellen auf abstrakte Kriterien,²⁴² und damit zu Vertrauen.²⁴³ Dieses Vertrauen könnte mangels Nachvollziehbarkeit abnehmen.

(1) Zusammenhang zwischen Transparenz und Vertrauen

Freilich wäre ein solcher Vertrauensverlust auf eine Art irrational, da – wie gezeigt – kein zwingender Zusammenhang zwischen Entformalisierung und „schlechteren“ Entscheidungen besteht.²⁴⁴ Andererseits ist die fast 100 Jahre alte Feststellung von *Lord Hewart* aus dem Fall *R v Sussex Justices, ex p McCarthy* nach wie vor zutreffend: „[...] it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.“²⁴⁵ Dieser Erkenntnis folgt etwa auch § 42 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 ZPO. Ein Richter wird nicht nur abgelehnt, wenn er befangen ist, sondern schon dann, „wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“²⁴⁶. Insofern ist ein Transparenzverlust durchaus kritisch zu sehen, so er denn grundsätzlich mit Entformalisierung einherginge.

(2) Verlust von Transparenz durch Entformalisierung

In der Tat ist es kennzeichnendes Merkmal von Entformalisierung, dass der Fokus von abstrakter Rechtssicherheit – und damit Nachvollziehbarkeit von Entscheidungsprozessen – in Richtung von Einzelfallgerechtigkeit verschoben wird.²⁴⁷ Veranschaulichen lässt sich dies gut an der Durchbrechung der materiellen Rechtskraft.²⁴⁸ Statt eines klaren „für alle Zeiten“ feststehenden Ergebnisses wird ein neuer Prozess ermöglicht. Statt eines transparenten, Rechtssicherheit gewährenden Zustandes wird darauf abgestellt, ob es „mit dem Gerechtigkeitgedanken schlechthin unvereinbar wäre, daß der Titelgläubiger

²⁴² Siehe schon oben Kapitel 2, E. III. 2.

²⁴³ *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 43 f.; siehe aber auch schon *von Jhering*, Geist des römischen Rechts, Band II/2, S. 495: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit.“

²⁴⁴ Siehe soeben Kapitel 6, B. III. 2. c) aa).

²⁴⁵ *R v Sussex Justices, ex p McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259.

²⁴⁶ Auch schon § 42 Abs. 2 CPO 1879: „Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.“

²⁴⁷ Siehe schon oben Kapitel 2, E. III. 2.

²⁴⁸ Siehe hierzu oben Kapitel 5, A. I. 2. und Kapitel 5, A. II. 1.

seine formelle Rechtsstellung unter Mißachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt.²⁴⁹ Dieses Kriterium, nach dem ein solcher neuer Prozess ermöglicht wird, ist dabei zudem im Grundsatz generalklauselartig weit und alles andere als vorhersehbar.²⁵⁰ Ähnliches gilt auch etwa, wenn richterliche Befugnisse verstärkt werden und der Staat das Desinteresse am konkreten Prozess aufgibt.²⁵¹ In diesem Fall ist nicht mehr vollständig vorhersehbar, wie der Ablauf des Prozesses ausgestaltet wird und welches Kriterium nun für die Anwendung der richterlichen Befugnisse entscheidend ist. Damit leuchtet der Transparenzverlust, der mit Entformalisierungen einhergeht, unmittelbar ein.

Nochmals sei darauf hingewiesen: Dies geht nicht grundsätzlich mit einer sinkenden Wahrscheinlichkeit für materiell-richtige Entscheidungen einher. Auch bedeutet dies nicht, dass aus dem Grund sinkender Vorhersehbarkeit solche Regelungen abzulehnen sind. Indes ist zunächst einmal anzuerkennen, dass sinkende Vorhersehbarkeit von Ergebnissen im Prozess deren Akzeptanz sowohl bei den Parteien im konkreten Verfahren, als auch allgemein in der Gesellschaft senken kann, was womöglich zu einer schlechteren Verwirklichung von dessen Sinn führen mag.²⁵²

(3) Folgerungen

Was folgt nun aus dieser Erkenntnis? Die grundsätzlich bestehende Gefahr, dass Entscheidungen weniger nachvollziehbar werden können, gilt es jedenfalls bei der Ausgestaltung entsprechender Regelungen zu beachten. Indes kann und wird es oftmals Gründe für Entformalisierungen geben, die die Risiken eines Transparenzverlusts deutlich überwiegen. So dürfte der Sinn des Zivilprozesses noch schlechter erfüllt werden, wenn der Staat einerseits die Nutzung eines geregelten Verfahrens zum Individualrechtsschutz bei gleichzeitigem Selbsthilfeverbot vorschreibt und andererseits einen Teil der Rechtsunterworfenen durch Gebühren von dessen Nutzung ausschließt. In einem solchen Fall könnte der Zivilprozess nicht mehr den äußeren (Rechts-)Frieden einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft sichern und damit die *rule of law*

²⁴⁹ BGHZ 101, 380, 38.

²⁵⁰ Ebenso *Jauernig*, ZZZ 66 (1953), 398, 415. Dies gilt, obwohl die Rspr. dieses Kriterium eher zurückhaltend verwendet, vgl. hierzu *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 64 Rn. 10; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 163 Rn. 6 f.; *Althammer*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 322 Rn. 274; *Gottwald*, in: *MüKoZPO*, § 322 Rn. 221, *Spindler*, in: *BeckOGK BGB*, § 826 Rn. 135; *Wagner*, in: *MüKoBGB*, § 826 Rn. 229.

²⁵¹ Siehe diesbezüglich zum englischen Zivilprozess oben Kapitel 5, C. IV. 2.

²⁵² Vgl. auch *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 43 f.; *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, S. 71; *von Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 494 ff.

bzw. die rechtsstaatliche Ordnung aufrechterhalten, da einem relevanten Teil der Rechtsunterworfenen kein Individualrechtsschutz mehr zuteilwürde.²⁵³

Wichtig für den Gesetzgeber ist aber vor allem die Befassung mit der Erkenntnis, dass Entformalisierungen grundsätzlich zu einem Verlust an Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen führen können. Dies ist – da es einen Konflikt mit dem Sinn des Zivilprozesses geben kann – in die Abwägung einzustellen, wenn Vor- und Nachteile einer möglichen weiteren Entformalisierung diskutiert werden. Der Gesetzgeber – und auch die Gerichte – sollten nicht nur mögliche Vorteile die mit Entformalisierungen einhergehen können, sondern eben auch mögliche Nachteile im Blick haben. Dies kann durch eine Abwägung von Vor- und Nachteilen geschehen, aber auch, indem etwa Regelungen vorgesehen werden, die trotz Entformalisierung für eine bessere Nachvollziehbarkeit des Wegs zum Verfahrensergebnis bürgen – etwa Begründungspflichten für verfahrensleitende Maßnahmen des Gerichts oder klare Kriterien, an die ein Ermessen anknüpft.

d) Zusammenfassung

Anders als gegen Tendenzen zu einer Einführung eines *policy-implementing type* des Prozessrechts bestehen gegen eine Entformalisierung keine grundlegenden Bedenken hinsichtlich des Zwecks oder des Sinns des Zivilprozesses. Es bestehen gewisse Gefahren hinsichtlich des Sinns des Zivilprozesses, da durch Entformalisierungen zwar in den meisten Fällen nicht die Wahrscheinlichkeit für ein materiell richtiges Urteil, wohl aber die Transparenz des Wegs zu diesem Urteil sinkt. Dies kann zu einem Absinken der Akzeptanz des staatlichen Zivilprozesses und damit zu einer schlechteren Verwirklichung des Sinns des Zivilprozesses führen. Oftmals können die Entformalisierungen jedoch auch dazu führen, dass ein Zugang zum staatlichen Zivilprozess oder Chancengleichheit vor Gericht erst ermöglicht werden. Der Gesetzgeber, aber auch die Gerichte, haben in jedem Fall eine Abwägung zwischen möglichen Vorteilen und Nachteilen durch Transparenzverluste vorzunehmen. Problematisch können indes Konstellationen sein, in denen formale Mechanismen als Richtigkeitsgewähr und zur Verhinderung von richterlicher Willkür dienen und aus materialen Erwägungen wegfallen. Das ist aber nicht grundlegende Gefahr einer Entformalisierung, sondern mangelhaften gesetzgeberischen Regelungen geschuldet.

²⁵³ Wozu ein Prozessrecht mit hohen Kosten und geringer Prozesskostenhilfe führt, lässt sich derzeit an der hohen Zahl an *Litigants in Person* in England und Wales erkennen. Dazu oben Kapitel 5, C. II. 3. c).

3. Ergebnis

a) Policy-Implementing

Die auf einigen Gebieten beobachtete Tendenz, dass sich das Grundverständnis des Zivilprozesses von einem *conflict-solving type* in einen *policy-implementing type* des Prozessrechts wandelt, ist kritisch zu sehen. Dies gilt einerseits, weil dieser Wandel oftmals mit einem Verständnis einher geht, wonach die Bewährung des objektiven Rechts Zweck des Zivilprozesses ist. Es ist ausführlich erläutert worden, warum der Zivilprozess nicht Gehorsam gegenüber dem objektiven (materiellen) Recht durchsetzt, sondern dem Individualrechtsschutz dient.²⁵⁴ Andererseits ist ein solcher Wandel aber auch deshalb kritisch zu sehen, weil grundlegende Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit eines solchen Typs des Prozessrechts mit dem Sinn des Zivilprozesses bestehen. Diese resultieren vor allem aus den prozessrechtlichen Bevorzugungen einzelner Parteien gegenüber ihrer Gegenpartei, aber auch gegenüber anderen Rechtsunterworfenen, die nicht in den Genuss entsprechender Vorteile kommen. Demgegenüber erscheinen die – oftmals nur behaupteten – Vorteile eines *policy-implementing type* des Prozessrechts als zu gering.²⁵⁵

b) Sonstige Entformalisierungen

Hingegen bestehen gegen die hier „sonstige Entformalisierung“ genannten Tendenzen zur Materialisierung keine grundlegenden Bedenken. Zwar können auch hier Konflikte mit dem Sinn des Zivilprozesses auftreten, weil durch Entformalisierungen die Transparenz und Vorhersehbarkeit der Ergebnisse des Zivilprozesses sinkt. Oftmals ermöglichen die Entformalisierungen jedoch auch erst die Nutzung des staatlichen Zivilprozesses für einen Teil der Rechtsunterworfenen. Dies kann sogar mit Ungleichbehandlungen einhergehen. Bestes Beispiel hierfür ist die Prozesskostenhilfe, die nur einem Teil der Rechtsunterworfenen gewährt wird. Vor- und Nachteile sind jedoch auch hier im Vorfeld einer Regelung abzuwägen und gegebenenfalls ist auf eine Entformalisierung zu verzichten.²⁵⁶

c) Ungleichbehandlungen

Wichtig ist auf dem besonders problematischen Feld der Ungleichbehandlungen, die das Prozessrecht nach dem gerade Gesagten durchaus treffen darf, also Folgendes: Die Ungleichbehandlungen müssen entweder dazu dienen, Ungleichgewichte in der konkreten Prozesssituation auszugleichen. Dann dürften sie sogar oftmals nicht einmal als Tendenz zur Materialisierung des

²⁵⁴ Siehe dazu ausführlich oben Kapitel 6, B. II. 2. und Kapitel 6, B. III. 1 a).

²⁵⁵ Siehe zum Ganzen oben Kapitel 6, B. III. 1.

²⁵⁶ Siehe oben Kapitel 6, B. III. 2 c).

Zivilprozessrechts zu bewerten sein, weil keine außerprozessrechtlichen Kriterien relevant werden. Alternativ müssen sie dazu dienen, Chancengleichheit beim Zugang zum staatlichen Zivilprozess herzustellen. Dies kann durch finanzielle Unterstützung jedweder Art, durch Beiordnung eines Rechtsanwalts, aber auch durch Maßnahmen geschehen, die verhindern, dass ein Gerichtszugang erschwert werden soll. Ungleichbehandlungen, die dazu dienen, ordnungspolitische Leitlinien durch den Zivilprozess durchzusetzen, sind hingegen als problematisch anzusehen, weil durch sie das Gefühl willkürlicher Bevorzugung entstehen kann.²⁵⁷

d) Zusammenfassung

Damit zeigt sich – wie schon in der Untersuchung, ob Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts bestehen – wiederum ein uneinheitliches Ergebnis. Ein solches ist zwar oftmals weniger befriedigend, als eine klare Aussage, ob Entwicklungen begrüßenswert sind oder nicht. Allerdings verdeutlicht dieses Ergebnis erneut, wie komplex das System des Zivilprozesses im Detail ist. Es lassen sich gerade keine einfachen und einheitlichen Antworten auf die Fragen nach dem Existieren von Tendenzen zur Materialisierung und deren Bewertung geben. Erforderlich ist eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen einer konkreten Regelung einerseits – andererseits aber auch und vor allem mit einem schlüssigen Gesamtkonzept des Zivilprozesses. Insbesondere der zweite Teil scheint oft vergessen zu werden, wenn der Zivilprozess in den Dienst von Gemeinschaftsaufgaben oder anderen Zwecken als dem Individualrechtsschutz²⁵⁸ gestellt wird. Problematisch erscheinen – jedenfalls in der bisherigen Ausgestaltung – nahezu sämtliche Tendenzen, die das Zivilprozessrecht zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts umgestalten wollen. Teilweise ist auch den sonstigen Entformalisierungen mit gewissen Bedenken begegnet worden. Diese stellen sich jedoch nicht als grundlegend heraus, sondern sind meist Folge schlechter Umsetzung.

²⁵⁷ Soeben Kapitel 6, B. III. 1. b).

²⁵⁸ Darum sei an dieser Stelle nochmals erwähnt, dass genau das nicht geschieht, wenn diese Arbeit den Sinn des Zivilprozesses in der Sicherung des äußeren (Rechts-)Friedens einer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft und in der Aufrechterhaltung der *rule of law* bzw. der rechtsstaatlichen Ordnung sieht. Dies ist (nur) die Antwort auf die Frage „Warum (ist es)?“, also weshalb sich eine rechtsstaatlich verfasste Gesellschaft ein Zivilprozessrecht gibt. Dieser Sinn lässt sich jedoch – wie gezeigt – am besten mit einem Zivilprozess erreichen, der als Zweck („Wozu (dient es)?“) Individualrechtsschutz verfolgt. Dies gilt dann sowohl für das Institut des Zivilprozesses, als auch für den einzelnen Prozess. Gemeinschaftsaufgaben soll er damit gerade nicht erfüllen – im Mittelpunkt steht abstrakt und konkret der Rechtsschutz der Parteien.

Im Rahmen dieser Arbeit soll jedoch nicht nur Kritik geübt werden. Schließlich sind die mit den Tendenzen zur Materialisierung verfolgten Ziele größtenteils sehr legitim. So ist etwa das Bedürfnis nach Verbraucherschutz in der (post-)modernen Wirtschaftsgesellschaft ebenso wenig ernsthaft zu bestreiten wie das nach Verhinderung von Kartellen oder der Transparenz von Kapitalmärkten. Aus diesem Grund soll im folgenden Abschnitt – in aller Kürze – skizziert werden, wie ein Zivilprozessrecht im modernen Rechtsstaat aussehen könnte, das einerseits seinen Sinn bestmöglich erfüllt, andererseits aber auch den soeben erwähnten Bedürfnissen Rechnung trägt. Auch dort wird noch an einigen Stellen bewertend auf Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts eingegangen.

C. Zivilprozess im modernen Rechtsstaat

Die Anforderungen, die die Gesellschaft im modernen Rechtsstaat an den Zivilprozess stellt, sind andere als noch im ausgehenden 19. Jahrhundert, als die CPO in Kraft trat.²⁵⁹ War 1879 noch nicht einmal das Automobil erfunden und die Wirtschaft dementsprechend vor allem lokal geprägt, können Verbraucher heute oftmals nicht einmal mehr ohne Weiteres feststellen, in welchem EU-Land ihr Vertragspartner seinen Sitz hat, und bestellen heute Algorithmen selbstständig in einer „Just in time, just in sequence-Produktion“ benötigte Bauteile bei anderen Unternehmen. Angesichts dieser radikalen Veränderung der Wirtschaft und Gesellschaft, zweier Weltkriege, vier verschiedener Staatsformen und zahlreicher Veränderungen im materiellen Recht in den letzten knapp 150 Jahren ist die Grundkonzeption des Zivilprozesses überraschend wenig verändert worden. Erst in den letzten Jahrzehnten zeichnen sich durch einen teilweisen Wandel zum *policy-implementing type* des Prozessrechts grundlegende Veränderungen ab. Was in Zukunft sein wird, lässt sich nur schwer absehen. Ungebrochen scheint jedoch der Trend zu kollektiver Rechtsdurchsetzung.²⁶⁰ Auch, welche Auswirkungen die nun beginnende Digitalisierung des Rechtsmarktes und von Rechtsdienstleistungen²⁶¹ auf den Zivilprozess haben wird, lässt sich allenfalls erahnen. Diesen Herausforderungen und den bisher vor allem aus einer Perspektive ordnungspolitischer Interessen betriebenen und begleiteten Veränderungen²⁶² soll eine Ge-

²⁵⁹ Siehe schon oben Kapitel 2, E. V. 2.

²⁶⁰ Vgl. nur *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?.

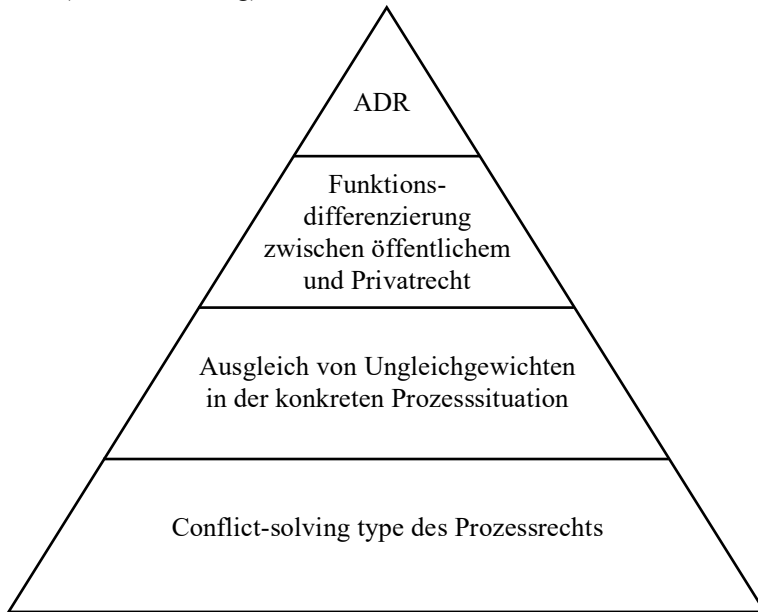
²⁶¹ Fast manifestartig *Breidenbach u. a.*, Rechtshandbuch Legal Tech.

²⁶² Erfreuliche Ausnahme hierzu sind etwa die Betrachtungen von *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht; *Bruns*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 53; *Basedow*, JZ 2018, 1; *Gaier*, NJW 2013, 2871;

samtbetrachtung des Zivilprozesses im modernen Rechtsstaat gegenübergestellt werden. Selbstverständlich ist diese Skizze nur ein grober Entwurf eines möglichen Modells. Sie ist – wie dieses ganze Kapitel – ausdrücklich als Debattenbeitrag gedacht und bleibt in vielen Themenbereichen lediglich an der Oberfläche.

I. Einleitendes

Dem hier vorgestellten Modell liegt im Wesentlichen eine Pyramidenstruktur zugrunde (siehe Abbildung):



Als Fundament der Pyramide fungiert ein *conflict-solving type* des Prozessrechts. Aufbauend hierauf werden Ungleichgewichte in konkreten Prozesssituationen ausgeglichen. Ordnungspolitische Leitlinien werden im Sinne einer Funktionsdifferenzierung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wesentlich durch staatliche Regulierungsbehörden durchgesetzt, sofern dies angezeigt scheint. Als Schlussstein werden zudem alternative Methoden der Streitbeilegung dort genutzt, wo sie sinnvoll erscheinen. Unter ADR werden hier nicht nur in einem engen Sinne Schiedsgerichtsbarkeit oder Mediation,

Hau, RabelsZ 81 (2017), 570; *Hess*, JZ 2011, 66; *Münch*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5; *Prütting*, AnwBl 2013, 401; *Roth*, JZ 2014, 801; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283; *ders.*, ZfPW 2017, 129; *Stürner*, ZZZ 123 (2010), 147;

sondern auch etwa materiell-rechtliche Anspruchsbündelung und -durchsetzung, Ombudsleute oder sog. *Smart Contracts* verstanden.

II. Fundament: *conflict-solving type* des Prozessrechts

Das Fundament und grundlegendes Konzept des Zivilprozesses im modernen Rechtsstaat sollte auch in Zukunft ein auf dem *conflict-solving type* des Prozessrechts im Sinne *Damaška*s basierender Zivilprozess sein.²⁶³ Dies hängt sicherlich – wie auch *Damaška* zutreffend ausführt²⁶⁴ – mit dem dieser Arbeit zugrundeliegenden Staatsverständnis zusammen.²⁶⁵ Die Grundordnung des modernen Rechtsstaats ist – wie bereits weiter oben ausgeführt – eine freiheitlich-demokratische, die das Individuum in den Vordergrund stellt.²⁶⁶ Darüber hinaus liegt einem *conflict-solving type* des Prozessrechts regelmäßig ein Verständnis von Individualrechtsschutz als Zweck des Zivilprozesses zugrunde,²⁶⁷ das dem hier vertretenen Zweckverständnis entspricht.²⁶⁸

Wenn aber der Zweck im Individualrechtsschutz gesehen wird, ist eine Ausgestaltung des Zivilprozesses, nach der im Grundsatz die Parteienfreiheit zentrales Kriterium ist, zwar nicht zwingend, allerdings durchaus naheliegend.²⁶⁹ Dies gilt insbesondere deshalb, weil ein dem Individualrechtsschutz dienender Zivilprozess am besten dazu geeignet ist, den Sinn des Zivilprozessrechts zu verwirklichen. Dieser Sinn wiederum folgt auch daraus, dass der Zivilprozess Teil des rechtsstaatlichen Dreiklangs aus Gewaltmonopol, Selbsthilfeverbot und Zivilprozess ist.²⁷⁰ Dann ist es konsequent, wenn der Staat einen Zivilprozess schafft, der zwar in rechtsstaatlich geordneten Bah-

²⁶³ Siehe zu diesem oben Kapitel 2, E. III. 1. a)

²⁶⁴ Vgl. ausführlich *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 71 ff., der zwischen einem *reactive state* und einem *activist state* unterscheidet und diesen als entsprechendes Prozessrecht den *conflict-solving type* des Prozessrechts bzw. den *policy-implementing type* des Prozessrechts zuordnet. Im Detail mag diese Zuordnung sicherlich kritikwürdig sein, allerdings erscheint sie im Grundsatz durchaus passend. Siehe hierzu auch *Stürner*, ZZP 123 (2010), 147, 152 ff.

²⁶⁵ *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 160 f.

²⁶⁶ Siehe oben Kapitel 6, B. II. 2. c) cc). Zudem BVerfGE 2, 1, 12 f.; 144, 20 Rn. 529 ff.; *Gusy*, AöR 105 (1980), 279; *Klein*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 18 Rn. 58 ff.; *Kluth*, in: BeckOK GG, Art. 21 Rn. 207, jeweils m.w.N. Diese Auffassung entspricht eher dem Bild, das *Damaška* vom *reactive state* zeichnet.

²⁶⁷ Ausführlich *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 96 ff.; insb. 104 ff.

²⁶⁸ Siehe dazu umfassend oben Kapitel 6, B. II.

²⁶⁹ Vgl. auch *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178.

²⁷⁰ Vgl. oben Kapitel 6, B. I. 3., sowie *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 1 f.; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 100 f.; *Brand*, NJW 2017, 3558, 3558 f.; *Kury*, ZRP 2018, 1; *Meller-Hannich*, in: FS Höland 2015, S. 659; *Scherpe*, ZZP 129 (2016), 153, 168; *Stürner*, in: FS Baumgärtel, S. 545, 545 f.; *Woopen*, NJW 2018, 133, 134; *Rauscher*, in: MüKoZPO, Einleitung Rn. 8, 18; *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 1 f. *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 1 ff.

nen abläuft, es aber im Grundsatz den Parteien überlässt, das Verfahren zu betreiben. Dies ist die logische und konsequente Fortsetzung der Anerkennung subjektiver Privatrechte – deren Ausübung freiwillig ist.²⁷¹ Es ist auch der Grund dafür, weshalb der Zivilprozess auch in Zukunft eher auf einem *conflict-solving type* des Prozessrechts basieren sollte.

Selbstverständlich führt ein derart fokussierter Zivilprozess nicht dazu, dass das theoretische Idealbild des *conflict-solving type* des Prozessrechts vollständig umgesetzt wird. Eine völlige Interesselosigkeit des Staates am Zivilprozess anzunehmen, wäre fast genauso verfehlt, wie dem Zivilprozess vielfältige Gemeinschaftsaufgaben aufzubürden.²⁷² Allein aufgrund grundgesetzlicher Vorgaben, aber auch aufgrund der Knappheit der Ressource der Zivilgerichtsbarkeit,²⁷³ kann sich der Staat nicht vollständig aus dem Zivilprozess heraushalten. Auch schließt der Zweck des Individualrechtsschutzes nicht aus, dass auch weitere Ziele verfolgt werden.²⁷⁴ Der Grundsatz bleibt jedoch: Der Fokus liegt auf Individualrechtsschutz.

Damit ist zwar grundlegend begründet, dass im Zivilprozess auch weiterhin Dispositions- und Verhandlungsmaxime, mithin Parteibetrieb, gelten sollten, jedoch nichts darüber ausgesagt, wie eine konkrete Ausgestaltung ausfallen sollte, was aber auch gar nicht Anspruch dieser Arbeit ist. Bei jeder konkreten Ausgestaltung sollte indes der grundlegende Wert der Parteifreiheit bedacht und nicht leichtfertig aufgegeben werden. Inzwischen ist aber anerkannt, dass der Staat nicht vollständig den Parteien den Zivilprozess überlassen und lediglich ein Forum zur Austragung von Streitigkeiten bieten kann.²⁷⁵ Dies wird im folgenden Unterabschnitt zu behandeln sein.

²⁷¹ *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 f.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 442 ff.; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 133 f.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178.

²⁷² Vgl. zur Austarierung von privaten und öffentlichen Interessen im Zivilprozessrecht *Kern*, in: FS Müller-Graff, S. 400, 402 f.

²⁷³ *Kern*, in: FS Müller-Graff, S. 400, 402 f. mit Fn. 14.

²⁷⁴ Siehe hierzu oben Kapitel 6, B. II. 1. e).

²⁷⁵ *Brüggemann*, *Judex statutor und judex investigator*, S. 181; *Jung*, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, S. 108 ff.; *Kwaschik*, *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, S. 211 f.; *Rensen*, *Die richterliche Hinweispflicht*, S. 100 ff.; *Stürner*, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, S. 37 f. (Rn. 39 f.); *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2872; *Stürner*, NJW 1979, 2334, 2337; *Jauernig/Hess*, *Zivilprozessrecht*, § 18 Rn. 29; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178; *Lüke*, in: *MüKoZPO 2. Aufl. (2002)*, Einl. Rn. 144; *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, Einl. Rn. 32; *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 506.

III. Ausgleich von prozessualen Ungleichgewichten

Wie bereits erwähnt, geht ein *conflict-solving type* des Prozessrechts davon aus, dass sich im Grundsatz zwei gleichstarke Parteien gegenüberstehen.²⁷⁶ Diese Idealvorstellung mag dem ständischen Bild der Bürger und Kaufleute des späten 19. Jahrhunderts entsprochen haben. In der heutigen Wirtschaftsgesellschaft ist diese Vorstellung jedoch lange überholt. Dies bedeutet aber nicht, dass ein *conflict-solving type* des Prozessrechts damit reine Utopie und nicht realisierbar ist. Allerdings muss ein solches Prozessrecht dann – um Sinn und Zweck des Zivilprozesses zu verwirklichen – Vorkehrungen gegen Machtmissbrauch treffen, wo sich eben nicht gleich starke Parteien gegenüberstehen.

1. Typisierte Ausgleichsmaßnahmen

Einerseits kann dies durch typisierte Ausgleichsmaßnahmen geschehen, die auch an außerprozessrechtliche Kriterien anknüpfen dürfen (aber nicht müssen).

a) Anknüpfen an außerprozessrechtliche Kriterien

Ausgleichsmaßnahmen, die an außerprozessrechtliche Kriterien anknüpfen, kommen vor allem dort in Betracht, wo es um Zugang zur staatlichen Justiz geht. Bestes Beispiel hierfür ist die Prozesskostenhilfe.²⁷⁷ Diese knüpft an ein nichtrechtliches Merkmal der finanziellen Leistungsfähigkeit an und gleicht durch finanzielle Unterstützung ein Ungleichgewicht in diesem Merkmal aus, das sich andernfalls im Prozess niederschlagen bzw. einen Prozess sogar verhindern würde. Ähnliches gilt dort, wo verhindert werden soll, dass sozial oder wirtschaftlich unterlegene Parteien von der Nutzung des staatlichen Zivilprozesses abgehalten werden, etwa durch missbräuchliche Prorogation oder Vertragsgestaltungen, die nur darauf abzielen, den Gerichtsstand zu verschieben.²⁷⁸

Problematisch sind typisierte Ausgleichsmaßnahmen, die an außerprozessuale Kriterien anknüpfen, aber dort, wo es nicht um Zugang zum staatlichen Zivilprozess geht. Ähnlich wie im Privatrecht, wo die Rechtsordnung fehlende wirtschaftliche Durchsetzungskraft typisiert nur im Rahmen der

²⁷⁶ Siehe oben Kapitel 2, E. III. 1. a); sowie *Damaška*, The faces of justice and state authority, S. 104 ff.; *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, S. 109; *Trepte*, Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, S. 37 ff.; *Takada*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 213, 215; aber auch *Jolowicz*, I.C.L.Q. 2003, 281, 283.

²⁷⁷ Siehe hierzu umfassend und mit zahlreichen Einzelnachweisen oben Kapitel 4, A. IV.

²⁷⁸ Hierzu umfassend und mit zahlreichen Einzelnachweisen oben Kapitel 4, A. V. 3.

§§ 138, 242, 826 BGB schützt,²⁷⁹ sollte auch im freiheitlichen Zivilprozess ein solch typisierter Schutz sozialer Schwäche nur hinsichtlich des Zugangs zum staatlichen Zivilprozess geschehen, nicht aber hinsichtlich des Verfahrensinhalts. Selbstverständlich können auch hinsichtlich des Verfahrensinhalts Ausgleichsmaßnahmen getroffen werden – allerdings sollten diese nicht typisiert an außerprozessrechtliche Kriterien anknüpfen. Andernfalls wäre der Schritt zu einem Prozessrecht, das nicht mehr dem Individualrechtsschutz, sondern der Bewährung objektiven Rechts oder dem sozialen Ausgleich dient, klein. Der grundlegende Wert der Freiheit sollte jedoch auch im Zivilprozess erhalten bleiben.²⁸⁰ Zur Freiheit gehört aber auch, dass der Staat nicht grundsätzlich, sondern nur ausnahmsweise in das Verhältnis der Parteien zueinander eingreift.

b) Anknüpfen an prozessrechtliche Kriterien

Denkbar ist auch, dass im Zivilprozessrecht Ausgleichsmaßnahmen typisiert vorgenommen werden, hierbei aber an prozessrechtliche Kriterien angeknüpft wird. Diese Maßnahmen, die womöglich helfen, gleiche Erfolgchancen im Zivilprozess zu gewährleisten, werden üblicher- und sinnvollerweise beiden Parteien gleichermaßen auferlegt.

aa) Beispiel: Anwaltszwang

Beispiel hierfür ist der Anwaltszwang in bestimmten Verfahren, §§ 78 Abs. 1, 79 Abs. 1, 2 ZPO, mit entsprechender Möglichkeit, Anwaltskosten im Obsiegenfall vom Gegner erstatten zu lassen, § 91 ZPO. Anerkanntermaßen dient der Anwaltszwang einerseits dem Interesse der Rechtspflege an einem geordneten Verfahren,²⁸¹ andererseits aber auch und vor allem dem Schutz der Parteien²⁸². Weil Anwälte und nicht die Parteien das Verfahren führen, werden (außerprozessrechtliche) Unterschiede in Fachkenntnis, intellektueller Leis-

²⁷⁹ Siehe dazu *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit; aber auch *Kehrbeger*, LMK 2017, 400195.

²⁸⁰ Vgl. *Leipold*, JZ 1982, 441, 448; *Kern*, in: FS Müller-Graff, S. 400, 402; *Roth*, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 69; *Schütze*, in: FS Graf von Westphalen 2010, S. 621, 580 ff.; *ders.*, in: FS Graf von Westphalen 2010, S. 621; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178.

²⁸¹ Nur BGH NJW-RR 2005, 1237 f.; 2008, 1290, Rn. 9; *Althammer*, in: Zöllner, Zivilprozessordnung, § 78 Rn. 5; *Bendtsen*, in: Saenger, ZPO, § 78 Rn. 2; *Piekenbrock*, in: BeckOK ZPO, § 78 Rn. 3; *Toussaint*, in: MüKoZPO, § 78 Rn. 2; *Weth*, in: Musielak/ Voit, ZPO, § 78 Rn. 2 (jeweils m.w.N.).

²⁸² BGH NJW-RR 2005, 1237 f.; 2008, 1290, Rn. 9; *Graef*, ZRP 1995, 450; *Heiß*, ZRP 128 (2015), 109, 111 ff.; *Althammer*, in: Zöllner, Zivilprozessordnung, § 78 Rn. 5; *Bendtsen*, in: Saenger, ZPO, § 78 Rn. 2; *Toussaint*, in: MüKoZPO, § 78 Rn. 2; *Weth*, in: Musielak/ Voit, ZPO, § 78 Rn. 2; aber auch *Zuckerman*, C.J.Q. 2014, 355.

tungsfähigkeit und Erfahrung nivelliert. Selbstverständlich können auch Rechtsanwälte unterschiedlich gut qualifiziert für das einzelne Verfahren sein. Die Tatsache, dass sich Rechtsrat in einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft einkaufen lässt, spricht zudem dafür, dass wirtschaftlich potente Parteien eher besser qualifizierten Rechtsrat einkaufen können. Indes ist die Möglichkeit, im Obsiegensfall Kosten vom Gegner wiederzuerlangen, begrenzt, § 91 Abs. 2 ZPO, sodass sich übermäßig hohe Anwaltskosten nicht lohnen.²⁸³ Darüber hinaus dürfte das größtmögliche Gefälle in Erfahrung und Fachkenntnis zwischen „guten“ und „schlechten“ Rechtsanwälten deutlich geringer ausfallen als das größtmögliche Gefälle zwischen den Parteien.²⁸⁴

Angeknüpft wird für die Frage, ob die Parteien selbst postulationsfähig sind oder ob sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, nicht etwa an außerprozessrechtliche Kriterien wie Verbrauchereigenschaft oder Rechtskenntnisse, sondern allein an die Frage, welches Gericht sachlich zuständig ist – ist dies nicht das AG, so besteht mit wenigen Ausnahmen²⁸⁵ Anwaltszwang.²⁸⁶ Dieser Zwang ist zwar teilweise mit guten Argumenten kritisiert worden,²⁸⁷ ruft andererseits aber in anderen Rechtsordnungen den Wunsch nach einem vergleichbaren System hervor.²⁸⁸ Für einen Zivilprozess, der auch komplexe Rechtsstreitigkeiten einer modernen Wirtschaftsgesellschaft erfassen will, ist der Anwaltszwang eine durchaus geeignete Möglichkeit, außerprozessrechtliche Ungleichgewichte auszugleichen und dabei an innerprozessuale Kriterien anzuknüpfen.²⁸⁹

²⁸³ Vgl. auch das deutsche System als Vorbild für England anführend, *Zuckerman*, „The Law’s Disgrace“, U.K. Const. L. Blog, abrufbar unter: <https://wp.me/p1cVqo-1nE> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

²⁸⁴ Durchaus kritisch aber *Stürner*, JZ 1986, 1089, 1090.

²⁸⁵ Zu diesen umfassend *Althammer*, in: *Zöller*, Zivilprozessordnung, § 78 Rn. 27 ff.

²⁸⁶ Dies wird so konsequent durchgeführt, dass sogar Hochschullehrer mit *Venia Legendi* im Bürgerlichen Recht und Zivilprozessrecht, die nach § 7 DRiG stets die Befähigung zum Richteramt besitzen, in einem Anwaltsprozess nicht selbst postulationsfähig sind. Siehe hierzu etwa *Althammer*, in: *Zöller*, Zivilprozessordnung, vor §§ 78-90 Rn. 15; *Piekenbrock*, in: *BeckOK ZPO*, § 78 Rn. 19 f.

²⁸⁷ Vgl. *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 16 Rn. 1 ff.

²⁸⁸ *Zuckerman*, C.J.Q. 2014, 355, der von „No justice without lawyers“ spricht. Siehe auch *Zuckerman*, „The Law’s Disgrace“, U.K. Const. L. Blog, abrufbar unter: <https://wp.me/p1cVqo-1nE> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

²⁸⁹ Ob indes die Unterscheidung von Verfahren vor dem AG und anderen Gerichten das geeignete Kriterium ist, darf durchaus bezweifelt werden. Mit Recht weisen *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 16 Rn. 1 darauf hin, dass amts- und landgerichtliche Verfahren erster Instanz und die Besetzung der Spruchkörper ohnehin weitgehend angeglichen sind. Darüber hinaus waren im Jahr 2016 in gut 1,02 Millionen erledigten Verfahren vor den Amtsgerichten nur in 97.406 Verfahren keine der beiden Parteien anwaltlich vertreten. Dies entspricht 9,54% der Verfahren. Hingegen waren in 44,83% der Verfahren beide Parteien anwaltlich

bb) Beispiel: Verbesserter Informationsfluss im Prozess

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Anwaltszwangs, können typisierte Ausgleichsmaßnahmen, die an prozessrechtliche Kriterien anknüpfen, dabei helfen, die Grundannahme des *conflict-solving type* des Prozessrechts wiederherzustellen, ohne fundamentale Verwerfungen hinsichtlich des Sinns und Zwecks des Zivilprozesses mit sich zu bringen. Dies mag auch durch Maßnahmen geschehen, die helfen, den Informationsfluss im Zivilprozess zu verbessern, etwa durch Aufklärungspflichten der Parteien – sofern sie an prozessrechtliche Kriterien anknüpfen und gerade nicht sozialen Zwecken dienen sollen. Indes ist hierbei große gesetzgeberische Vorsicht anzuraten. Auswüchse, wie sie die *Pre-Trial-Discovery* im anglo-amerikanischen Rechtsraum teils hervorbringt, sind unbedingt zu vermeiden.²⁹⁰ Inwiefern mögliche Vorteile weitergehender, an prozessuale Kriterien anknüpfender Aufklärungspflichten der Parteien mögliche Nachteile überwiegen, sollte der Gesetzgeber abwägen.²⁹¹ Eine wissenschaftliche Befassung ist in dieser Arbeit nicht angedacht.²⁹²

cc) Zusammenfassung

Solche typisiert an prozessuale Kriterien anknüpfende Ausgleichsmaßnahmen sind – gesetzgeberisch im Einzelfall mit entgegenstehenden Gründen abgewogen – durchaus dazu geeignet, die Prämisse des *conflict-solving type* des Prozessrechts wiederherzustellen, indem sie Waffengleichheit zwischen den Parteien gewährleisten.

2. Einzelfallabhängige Ausgleichsmaßnahmen

Der Gegenentwurf zu typisierten Ausgleichsmaßnahmen sind solche ausgleichenden Eingriffe, die anlässlich konkreter Einzelfälle geschehen. Solche

vertreten. Siehe *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflegestatistik für das Jahr 2016 – Zivilgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.1, S. 30.

²⁹⁰ Siehe aber *Gottwald*, in: FS Stürner, S. 301, 306 ff.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 53, die auf die positiven Erfahrungen anderer europäischer Rechtsordnungen verweisen.

²⁹¹ Vgl. *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 138 Rn. 53, der von einer rechtspolitischen Frage spricht, die es zu beantworten gelte, auch wenn er grundsätzlich eine Aufklärungspflicht befürwortet.

²⁹² Vgl. aber monographisch *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung; *Diakonis*, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess; *Effer-Uhe*, Die Parteivernehmung; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht; *von Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess; *Schöpflin*, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses; *ders.*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess.

Maßnahmen dürften in aller Regel im Rahmen entsprechender Befugnisse von Richtern vorgenommen werden. Auch hier ist zwischen Maßnahmen zu unterscheiden, die an außerprozessrechtliche Kriterien anknüpfen und solchen, die an prozessrechtliche Kriterien anknüpfen.

a) Anknüpfen an außerprozessrechtliche Kriterien

Einzelfallabhängige Ausgleichsmaßnahmen, die an außerprozessrechtliche Kriterien, also insbesondere etwa Verbrauchereigenschaft, soziale Schwäche oder mangelnde finanzielle Ressourcen anknüpfen, sind etwa unter dem Stichwort eines sozialen Zivilprozesses gefordert worden.²⁹³

Indes ist die Frage, ob Unterschiede im außerprozessualen (Rechts-)Verhältnis zwischen den Parteien im Einzelfall ausgeglichen werden sollen, eine Frage, die dem abstrakt-generellen materiellen Recht überlassen werden muss.²⁹⁴ Denn anderenfalls gewährleistet der Zivilprozess nicht mehr Individualrechtsschutz,²⁹⁵ sondern schafft ein eigenes Regime von Regelungen der Beziehungen privater Rechtssubjekte. Dies könnte mit dem Regime des Privatrechts konfliktieren, dieses verstärken oder ergänzen, denn es hätte nicht nur Auswirkungen auf das Verhältnis der Parteien zum Gericht als staatlicher Organisation, sondern immer auch auf das Verhältnis der Parteien untereinander. Die Regelung dieses Verhältnisses sollte jedoch im Sinne der Rechtsklarheit und -einheit dem materiellen Privatrecht zugewiesen sein.

Der Zivilprozess, der Individualrechtsschutz garantiert, und das Zivilprozessrecht sollten dem materiellen Rechtsverhältnis der Parteien – im Grundsatz – gleichgültig gegenüberstehen.²⁹⁶ Um es abschließend mit den nach wie vor zutreffenden Worten *Schumanns* zu beschreiben:

„Der Richter kann in seiner materiellen Entscheidungsfindung nur von denjenigen Werten ausgehen, die ihm vom materiellen Recht vorgegeben sind. Hierbei bieten ihm freilich die zahlreichen Generalklauseln des materiellen Rechts Gelegenheit, einen sozialen Ausgleich vorzunehmen. Eine richterliche Ausgleichfunktion über die Wertungen des materiellen Rechts hinaus – etwa im Sinne einer Tätigkeit des Richters als ‚Sozialingenieur‘ – wäre

²⁹³ *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 155 ff.

²⁹⁴ *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 128 Rn. 178 a.E.

²⁹⁵ Verstanden als Durchsetzung subjektiver Rechte, Abwehr von unberechtigter Inanspruchnahme und Feststellung von Rechtsverhältnissen. Siehe dazu ausführlich oben Kapitel 6, B. II. 2. c) cc).

²⁹⁶ Das ist es dann auch, was in der jüngeren Debatte vor allem *Roth* mit „Offenheit der Prozesszwecke“ meint, siehe nur *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 169 f.; *ders.*, JZ 2014, 801, 807; *ders.*, DRiZ 2015, 24, 26 f.; *ders.*, in: Liber Amicorum Henckel 2015, S. 283, 284; *ders.*, ZZP 129 (2016), 3, 22; *ders.*, JZ 2016, 1134, 1139; *ders.*, ZfPW 2017, 129, 137 f. Zurückgehend auf *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520.

aber gefährlich, da sie den Richter zum Herrscher über das Gesetz machen und in den Prozeß eine erhebliche Rechtsunsicherheit einführen würde.²⁹⁷

b) Anknüpfen an prozessrechtliche Kriterien

Anders kann es aussehen, wenn einzelfallbezogene Maßnahmen an prozessrechtliche Kriterien anknüpfen. Bestes Beispiel hierfür ist die – richtig verstandene und angewandte – richterliche Hinweispflicht.²⁹⁸ Je nach Ausgestaltung der entsprechenden Hinweispflicht könnte man dem Gericht durchaus nicht nur einen Beurteilungsspielraum,²⁹⁹ sondern auch einen Ermessensspielraum auf Rechtsfolgenseite einräumen.³⁰⁰

Eine richterliche Hinweispflicht muss jedoch unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung immer an die konkrete Prozesssituation anknüpfen. Ein Hinweis darf nicht erfolgen, weil eine Partei als sozial schwächer erkannt wird, sondern, sofern der Anlass für den Hinweis in der Sphäre der Parteien liegt, nur deshalb, weil ein Parteivortrag in einer Weise mangelhaft ist.³⁰¹ Die Antwort auf die Frage, ob ein Hinweis erteilt wird, muss also an das prozessuale Verhalten der Partei(en) oder des Gerichts anknüpfen. Ist der Klägervortrag schlüssig? Ist der Beklagtenvortrag erheblich? Sind die tatsächlichen Ausführungen widersprüchlich? Hat das Gericht seine Rechtsauffassung im Prozessverlauf geändert?³⁰² Tendenzen, wonach bestimmten Parteien, die dem Richter sympathischer oder schutzbedürftiger erscheinen, eher Hinweise erteilt werden, als anderen Parteien, ist unbedingt entgegenzutreten, auch wenn sich solche Praktiken vermutlich auch bei bestem Wissen und Gewissen der Handelnden nicht ausschließen lassen, solange die Prozessleitung Menschen übertragen ist.³⁰³

Doch auch hinsichtlich Art und Umfang der Hinweise ist an prozessrechtliche bzw. prozessuale Kriterien anzuknüpfen. So sind nicht etwa gegenüber Verbrauchern oder sozial schwachen Parteien umfassendere Hinweise zu erteilen. Will man überhaupt eine Abstufung in Art und Umfang der Hinweise

²⁹⁷ Schumann, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.), Einl. Rn. 520 (Hervorhebungen des Originals nicht übernommen).

²⁹⁸ Siehe zu dieser ausführlich oben Kapitel 5, B. II. 1. und D. I.

²⁹⁹ So schon Piekenbrock, NJW 1999, 1360, 1361.

³⁰⁰ Letztlich dürfte es bei dieser Diskussion vor allem um die Frage nach einer Überprüfbarkeit in der Rechtsmittelinstanz gehen, vgl. Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 27.

³⁰¹ Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 3, 22 ff.

³⁰² Vgl. Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 139 Rn. 3; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 24; Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 7.

³⁰³ Von solchen Tendenzen wurde dem Autor von Rechtspraktikern in Hintergrundgesprächen berichtet. Vgl. auch kritisch Behnke, MDR 1992, 209, 271. Siehe zu richterlicher Arbeit im Alltag an Gerichten: Morsbach, Justizpalast, passim (siehe etwa S. 100 ff., S. 124 ff., S. 221 ff.).

zulassen, so mag die anwaltliche Vertretung ein Kriterium sein.³⁰⁴ Hinsichtlich des Inhalts von Hinweisen ist darauf zu achten, dass die grundsätzliche Parteifreiheit einerseits und die richterliche Neutralität andererseits gewahrt werden – wiederum müssen Kriterien des Prozessrechts im Vordergrund stehen. Der Richter hat sich nicht in das materielle Streitverhältnis der Parteien einzumischen, sondern nur dafür zu sorgen, dass das Prozessrecht mit seinen spezifischen Vorgaben nicht gleiche Erfolgchancen verhindert.³⁰⁵ Dies ist im Rahmen der aktuellen Rechtslage gegeben, weshalb die richterliche Hinweispflicht und der sich daraus ergebende dialogische Zivilprozess ein durchaus geeignetes Mittel zur Verwirklichung des Individualrechtsschutzes im Rahmen eines *conflict-solving type* des Prozessrechts ist.³⁰⁶

Auch können den Gerichten durchaus Möglichkeiten zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung im Einzelfall an die Hand gegeben werden.³⁰⁷ Auch hier kann den Gerichten ein Ermessen eingeräumt werden, wie bei §§ 142, 144, 448 ZPO etwa schon der Fall. In die Ermessensabwägung der Gerichte sind dann Faktoren wie das Recht auf Beweis, erwarteter Erkenntniswert der Beweiserhebung, Wichtigkeit der entsprechenden Beweiserhebung für den Prozessfortgang oder Belange des Geheimnis- oder Persönlichkeitsschutzes einzustellen.³⁰⁸

Nicht erheblich darf auch hier das materiell-rechtliche oder sonstige außerprozessuale Verhältnis der Parteien zueinander sein. Hierauf abzustellen wäre wegen des Einbezugs sachfremder Erwägungen als Ermessens Fehlgebrauch zu bewerten.³⁰⁹ Indes existieren keine zwingenden Gründe, warum ein Bezugnahmeerfordernis bezüglich konkreter Urkunden der Parteien erforderlich sein sollte. Solange das Gericht durch pflichtgemäßes Ermessen bei der amtswegigen Beweisaufnahme gebunden bleibt und die grundlegende Geltung des Beibringungsgrundsatzes nicht angetastet wird, kann der Gesetzgeber auch durchaus das Interesse an einer Sachverhaltsaufklärung höher bewerten.³¹⁰

³⁰⁴ Siehe auch die Darstellung des Streitstands bei *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 139 Rn. 6 (m.w.N.).

³⁰⁵ *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 1 ff. Dass hierbei infolge des *confirmation bias* womöglich bestimmte außerprozessuale Defizite überkompensiert werden, ist angesichts der Vorteile, die eine Hinweispflicht mit sich bringt, und der Ambivalenz der Gründe für mangelhafte Prozessführung durchaus hinzunehmen.

³⁰⁶ Im Ergebnis ebenso *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2872; *Roth*, in: Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, S. 149, 160 f.; *Stürner*, ZJP 123 (2010), 147, 152 ff.; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 139 Rn. 1 ff.; *Smid*, in: Wieczorek/Schütze, § 139 Rn. 17 ff.

³⁰⁷ Siehe dazu umfassend oben Kapitel 5, B. III. und D. II.

³⁰⁸ Mit entsprechenden Nachweisen *Greger*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 142 Rn. 8.

³⁰⁹ Siehe zum Ermessens Fehlgebrauch wegen sachfremder Erwägungen nur *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, § 40 Rn. 62 ff.

³¹⁰ Ähnlich wie hier, teils noch weitergehend aber *Gottwald*, in: FS Stürner, S. 301, 303 ff., 311 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 4 f.

3. Zusammenfassung

Ein *conflict-solving type* des Prozessrechts bzw. ein Zivilprozess, der dem Individualrechtsschutz dient, kann und wird nur dort reibungslos funktionieren, wo sich im Grundsatz gleich starke Parteien gegenüberstehen. Wo dies nicht der Fall ist, sind Ausgleichsmaßnahmen wichtig, um den grundsätzlichen Wert eines Prozessrechts, das dem Individualrechtsschutz dient, aufrecht zu erhalten. Diese Maßnahmen können typisiert oder einzelfallabhängig geschehen. Zu bevorzugen sind jeweils Maßnahmen, die an prozessrechtliche Kriterien anknüpfen. Dort, wo es um Zugang zum staatlichen Zivilprozess geht, kann ausnahmsweise auch typisiert an außerprozessrechtliche Kriterien angeknüpft werden. Einzelfallabhängige Ausgleichsmaßnahmen hingegen sollten keinesfalls an außerprozessrechtliche Kriterien anknüpfen.

IV. Funktionsdifferenzierung zwischen öffentlichem und Privatrecht

Wenn aber im Rahmen dieser Arbeit einerseits anerkannt wird, dass mit den Tendenzen, einen dem *policy-implementing type* des Prozessrechts entsprechenden Zivilprozess zu implementieren, legitime und wichtige Ziele verfolgt werden, andererseits aber ein derart ausgestalteter Zivilprozess abgelehnt wird, so sollten alternative Möglichkeiten, die entsprechenden Ziele zu erreichen, zumindest angerissen werden. Wichtigste Leitlinie hierbei ist die Funktionsdifferenzierung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.³¹¹

1. Grundlegendes zur Funktionsdifferenzierung

Die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht – und damit zwischen Staat und Gesellschaft – ist ein liberal geprägter Gedanke, der seit der Aufklärung Grundpfeiler nahezu jeder freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist.³¹² Freilich existiert diese Trennung schon lange nicht mehr vollständig, so sie denn jemals in Gänze verwirklicht war.³¹³ Man kann sogar mit guten Argumenten bestreiten, dass im formellen Sinne eine solche Trennung logisch

³¹¹ Selbstverständlich wird nicht verkannt, dass das Zivilprozessrecht öffentliches Recht ist. Statt aller *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 13 f.

³¹² Nur *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 29 ff.; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 13 ff. und passim; *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, S. 84 ff.; *Arnold*, ZEuP 2012, 315, 317 ff.; *Bullinger*, in: FS Rittner, S. 69; *Hoffman-Riem*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 261, 264 ff. und passim; *Horwitz*, Univ. Pa. Law Rev. 1982, 1423; *Kahl*, Jura 2002, 721; *Schmidt-Aßmann*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 7.

³¹³ Vgl. nur *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 63 ff.; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 85 ff.; *Trute*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 171.

überhaupt möglich ist.³¹⁴ Im Grundsatz verdient die Idee, dass das Privatrecht als Recht der Freiheit und das öffentliche Recht als Recht der Gleichheit jeweils für unterschiedliche Aufgaben zuständig sind, jedoch nach wie vor Zustimmung.³¹⁵

Zu begrüßen ist hierbei vor allem die Terminologie von *Hoffmann-Riem*, der von einer Ganzheitlichkeit der Rechtsordnung bei gleichzeitiger Arbeitsteiligkeit der Problembewältigung spricht.³¹⁶ Einer solchen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass den Privatrechtssubjekten regulative Gemeininteressen weniger wichtig sind als die Verwirklichung ihrer individuellen Freiheit, ihres Strebens nach Glück.³¹⁷ Umgekehrt kann der Staat regulative Gemeininteressen mit größerer Exaktheit der Zieldefinition umsetzen, da er gerade nicht primär seine individuelle Freiheit verwirklichen will, sondern mit Regelungen monodimensional ein Ziel verwirklichen kann.³¹⁸ Zudem harmoniert eine entsprechende Differenzierung von Staat und Gesellschaft mit den wesentlichen Theorien der Marktwirtschaft, wonach sich der für alle Privaten beste Nutzen im Grundsatz durch Markt und Wettbewerb findet, und der Staat (nur) dort regelnd eingreift, wo es nötig erscheint, um Fehlentwicklungen zu korrigieren bzw. verhindern.³¹⁹

Dann ist aber konsequent, dass diese Eingriffe zielgerichtet durch den Staat, mit staatlichen Mitteln und (nach klassischer Definition) nach öffentlichem Recht vorgenommen werden. Im öffentlichen Recht hat sich zudem eine dezidierte Dogmatik zur Rechtmäßigkeit von staatlichem interventionistischen Handeln, wie etwa der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ausgebildet,³²⁰ die dem Privatrecht in dieser Detailliertheit fremd ist. Sie müsste aber konsequenterweise auf denjenigen übertragen werden, der staatsvertretend interventionis-

³¹⁴ Vgl. *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 63 ff.; *Kahl*, Jura 2002, 721, 722 f. Im Detail soll auf die (rechts-)philosophische Komponente der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht eingegangen werden. Für die hiesigen Zwecke genügt es zudem, von einer Aufgabentrennung zu sprechen – siehe dazu auch sogleich.

³¹⁵ Siehe jeweils mit Bezug auf das Antidiskriminierungsrecht, *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 84 ff. mit Fn. 213; *Picker*, JZ 2003, 540, 543 f.; sowie mit Bezug auf „Private Law Enforcement“ auch *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 283 f.

³¹⁶ *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 261, 272 ff.

³¹⁷ *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 261, 272 f.; *Kirchner*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 63, 65 ff.; *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 87 ff.; *Honsell*, in: *Staudinger*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, B. Einleitung zum BGB Rn. 44 ff.

³¹⁸ Siehe die Nachweise in der vorhergehenden Fußnote.

³¹⁹ *Arnold*, ZEuP 2012, 315, 318; mit Verweis auf *Friedman/Friedman*, Free to choose, S. 9 ff.

³²⁰ Ausführlich und mit umfassenden Nachweisen *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig GG*, Art. 20 Rn. 107 ff.

tisch tätig wird.³²¹ Schließlich entspricht eine solche Arbeitsteiligkeit, eine solche Funktionsdifferenzierung auch dem Staats- und Menschenbild des Grundgesetzes.³²² Die Bürger sind zunächst (im Rahmen des staatlich gesetzten Zivilrechts) frei, erst subsidiär greift der Staat regelnd ein.

Insofern ist womöglich eine logische Trennung weder zwischen Staat und Gesellschaft noch zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht möglich. Sinnvoll, nötig und bewährt ist hingegen eine Teilung der Aufgaben und Funktionen von öffentlichem Recht und Privatrecht innerhalb einer ganzheitlichen Rechtsordnung, mithin eine Funktionsdifferenzierung.

2. Folgerungen für den Zivilprozess

Wenn aber regulative Gemeininteressen besser durch den Staat mithilfe des öffentlichen Rechts umgesetzt werden sollen und das Zivilprozessrecht öffentliches Recht ist, warum sollten dann regulative Gemeininteressen nicht durch das Zivilprozessrecht durchgesetzt werden, wie es ein *policy-implementing type* des Prozessrechts will? Allein diese trivial klingende Frage zeigt die Komplexität der Debatte um die Trennung von privatem und öffentlichem Recht einerseits und des Ringens um das „richtige“ Zivilprozessrecht andererseits. Die Antwort darauf ist keinesfalls so einfach, wie die Frage suggeriert.

a) Komplexität der Beziehungen im Zivilprozessrecht

Einerseits ist das Zivilprozessrecht zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen.³²³ Andererseits ist diese Feststellung zunächst aussagelos und inhaltlich nicht prägend.³²⁴ Das Prozessrecht ist stets im Zusammenspiel mit der Materie,³²⁵ dem Streitstoff zu sehen. Dies gilt für den Zivilprozess genauso wie für den Strafprozess oder den Verwaltungsprozess. Dies mag mit dem Begriff der „dienenden Funktion des Zivilprozesses“ beschrieben werden.³²⁶ Auch wenn dieser Begriff nicht vollständig passend erscheint, wird doch deutlich: Ohne, dass ein materielles (Zivil-)Recht existiert, das Prozessstoff sein kann, ist ein Zivilprozess nicht denkbar.

³²¹ Lobinger, AcP 216 (2016), 28, 88.

³²² Dazu die beeindruckenden Ausführungen in BVerfGE 144, 20 Rn. 529 ff.

³²³ Statt aller *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 13 f.

³²⁴ Zurecht daher auch *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 118: „Aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Zivilprozessrechts lässt sich nichts ableiten“.

³²⁵ *Materia* = Stoff, Ursache; siehe auch schon oben S. 28, Fn. 146.

³²⁶ Wohl nach *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band 1, S. 95; ebenso *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, S. 19 f.; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 10 ff.; *Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 186 ff.; *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 9 ff.; *Basedow*, JZ 2018, 1; *Roth*, ZfPW 2017, 129, 132 f.; *Schumann*, in: FS Larenz 1983, S. 571, 572 und passim; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Einl. Rn. 92 ff.

Das Zivilprozessrecht ist also insofern klassisch öffentliches Recht, als es die Beziehungen zwischen einer staatlichen Stelle (dem Gericht) und Privaten regelt. Andererseits hat die Regelung des Zivilprozessrechts aber auch Auswirkungen auf das materielle Verhältnis zwischen Privaten und so zumindest Ähnlichkeiten mit dem Privatrecht. Dazu kommt, dass der Zivilprozess die Parteien ohnehin schon in ein gewisses Korsett staatlicher Vorgaben zwingt, um Individualrechtsschutz zu erlangen. Die soeben aufgezählten Vorteile einer funktionsdifferenzierten staatlichen Regulierung im öffentlichen Recht lassen sich im Zivilprozessrecht daher aufgrund dieser insgesamt komplexen Interessen- und Gemengelage zwischen Recht und Gericht, Gericht und Parteien sowie der Parteien untereinander gerade nicht verwirklichen. Vielmehr erscheint das Zivilprozessrecht aus diesem Grund geradezu ungeeignet, regulative Gemeininteressen durch öffentlich-rechtliche Regelungen zielgerichtet durchzusetzen, weil im Detail kaum absehbare Auswirkungen auf die entsprechenden Verhältnisse zu erwarten wären.

b) Auswirkungen auf das materielle (Privat-)Recht

Regulative Gemeininteressen sollten andererseits nicht durch das Zivilprozessrecht durchgesetzt werden, weil dies zumindest in der aktuell angedachten Ausgestaltung letztlich bedeutete, solche Aufgaben doch durch das Privatrecht durchzusetzen. Schließlich findet auch in den Bereichen, in denen eine Hinwendung zum *policy-implementing type* des Prozessrechts erkannt wurde, keine vollständige Loslösung von der Figur des subjektiven Rechts statt.³²⁷ Es wird zwar nicht mehr primär ein Zweck des Individualrechtsschutzes verfolgt, dennoch knüpft der Zivilprozess des *policy-implementing type* des Prozessrechts an solchen subjektiven Rechten an. Hier sollen subjektive Rechte gewisser Parteien „besser“ sein, als die anderer Parteien und Privatrechtssubjekte. Es wäre jedoch utopisch, davon auszugehen, dass derartige Eingriffe im Zivilprozessrecht keine Auswirkungen auf das materielle (Privat-)Recht hätten.³²⁸ Werden also bestimmte subjektive Rechte von Privatrechtssubjekten im Zivilprozessrecht „besser“ behandelt, wird faktisch nicht mit den Mitteln des öffentlichen Rechts regulativ eingegriffen, sondern das Privatrechtsverhältnis der jeweiligen Parteien reguliert. Gegen die (faktische) staatliche Durchsetzung von regulativen Gemeininteressen im Privatrecht bestehen aber die oben genannten Bedenken.³²⁹

³²⁷ Siehe dazu Kapitel 6, B. III. 1. a).

³²⁸ Vgl. auch Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, S. 11 ff.

³²⁹ Soeben Kapitel 6, C. IV. 1.

c) Zusammenfassung

Aufgrund der Komplexität der Regelungsmaterie des Zivilprozessrechts im Verhältnis zwischen Gericht und Parteien, zwischen staatlichen Stellen und Privaten sowie aufgrund der faktischen Eingriffe in das Privatrechtsverhältnis eignet sich das Zivilprozessrecht nicht, um zielgerichtet mit staatlichen Mitteln und nach öffentlichem Recht regulative Gemeininteressen durchzusetzen; auch wenn es Teil des öffentlichen Rechts ist.

3. Alternative Regelungen

Wenn sich aber das Zivilprozessrecht als öffentliches Recht nicht eignet, um Gemeininteressen durchzusetzen, muss der Staat mit anderen Mitteln vorgehen, um als durchsetzenswert erkannte Gemeininteressen zu verwirklichen. Hier sollen im Folgenden nur einige Ideen grob skizziert werden. Damit soll nicht gesagt werden, dass es rechtspolitisch wünschenswert wäre, die dahinterstehenden Interessen unbedingt durch staatliche Eingriffe durchzusetzen. Das wäre im Einzelfall vertieft zu untersuchen. Jedenfalls wären die hier dargestellten Möglichkeiten zur Durchsetzung tauglicher, als das Zivilprozessrecht in den Dienst des *private enforcement* zu stellen.

a) Stärkung der vorhandenen Regulierungsbehörden

Statt die Durchsetzung ordnungspolitisch erwünschter Ziele wie Kartellvermeidung oder Transparenz und geordnete Unternehmensübernahmen auf Kapitalmärkten in die Hände von Privaten zu legen, böte es sich an, die auf diesen Gebieten bereits vorhandenen Regulierungsbehörden zu stärken. In der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), dem Bundeskartellamt (BKartA) und der Bundesnetzagentur (BNetzA) ist bereits jetzt große Fachkompetenz auf den jeweiligen Gebieten konzentriert. Die Verhängung von Sanktionen, sei es durch Gewinnabschöpfung, Bußgelder oder persönliche Strafen für handelnde Personen, ist in vielen Sondergesetzen bereits vorgesehen.³³⁰ Denkbar erscheint durchaus, die vorhandene Kompetenz stärker zu nutzen. Sollten die bisher vorgesehenen Sanktionen nicht ausreichend sein, um das Regulierungsziel zu erreichen, so müsste hier angesetzt werden und müssten BKartA, BaFin und BNetzA sowohl personell als auch hinsichtlich ihrer Befugnisse in der Regulierung gestärkt werden.³³¹ Zudem könnten die entsprechenden Sanktionen verschärft werden.

³³⁰ Siehe nur § 60 WpÜG, §§ 119 f. WpHG, § 35 WpPG, §§ 339 f. KAGB; Art. 30 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung); §§ 28 ff. VermAnlG; §§ 399 ff. AktG; § 81 GWB; §§ 16 ff. UWG.

³³¹ Vgl. auch *Alexander*, NZKart 2017, 391; *Köhler*, WRP 2018, 519; *Ost*, VuR 2018, 121.

b) Schaffung neuer Regulierungsbehörden

BKartA, BaFin und ihre entsprechenden Befugnisse könnten auch als Vorbild für andere Rechtgebiete dienen. Wenn der parlamentarische Gesetzgeber etwa das Verbraucherrecht für einen solchen Bereich hält, in dem er regulierend tätig werden will, böte sich zum Beispiel eine entsprechende Verbraucherbehörde an.³³² Erkennt diese Behörde strukturelle Verbraucherrechtsverstöße, greift sie regulierend ein, etwa durch Gewinnabschöpfung, Verhängung von Bußgeldern oder Einleitung von Strafverfahren. Auch erscheint denkbar, eine Regelung wie § 33b GWB, also die Feststellungswirkung behördlicher – selbstverständlich gerichtlich anfechtbarer – Entscheidungen auch für andere Rechtsgebiete einzuführen.³³³

Wenn es als politisch wünschenswert erachtet wird, Rechtsverstöße in gewissen Rechtsgebieten mit Bindungswirkung feststellen zu lassen, wie angesichts der aktuellen Entwürfe zu Musterfeststellungsklagen³³⁴ zu vermuten ist, dann sollte dies durch entsprechende Regulierungsbehörden und deren Entscheidung nachgelagerte Gerichtsverfahren geschehen und nicht durch privatrechtliche Verbraucherverbände. Anders als solche Verbände verfolgt eine öffentlich-rechtliche Regulierungsbehörde keine Eigeninteressen wie etwa Werbung von Spendengeldern oder öffentlichkeitswirksames Framing.³³⁵ Damit würden Verfahren, an deren Ende eine Feststellung zu Rechtsverstößen stehen soll, nicht nach der Möglichkeit öffentlichkeitswirksamen Auftretens von Verbänden, wie etwa der Deutschen Umwelthilfe in „Diesel-Verfahren“,³³⁶ oder sonstigen sachfremden Kriterien ausgewählt, sondern nach dem pflichtgemäßen Ermessen einer Behörde. Solche Bindungswirkungen mag man grundsätzlich kritisch sehen, jedenfalls aber ließe sich eine Bindungswirkung entsprechend § 33b GWB besser in das System des Zivilprozessrechts

³³² Noch einmal: Keinesfalls wird hiermit die Schaffung einer solchen Behörde gefordert.

³³³ Mit Bezug auf das Lauterkeitsrecht *Köhler*, WRP 2018, 519, 524; ähnlich auch zum Datenschutzrecht *Huber*, in: Digital Single Market, S. 12 f. Zur Vorgängervorschrift des § 33b GWB (§ 33 Abs. 4 GWB i.d.F. v. 26.06.2013) ausführlich *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 85 ff.

³³⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BT-Drucks. 19/2507; sowie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC v. 11.04.2018, COM(2018) 184 final.

³³⁵ Solche Gefahren sieht etwa auch *Bernardi*, „Meilenstein Musterfeststellungsklage?“, Legal Tribune Online v. 17.04.2018, abrufbar unter: https://www.lto.de/persistent/a_id/28103/ (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³³⁶ Kritisch diesbezüglich etwa *Appel*, Rußmord, in: FAZ v. 03.03.2017, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/verbot-fuer-diesel-fahrzeuge-sabotiert-klimaschutzplan-14906439.html> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019): „von Abmahnungen lebender Interessenverein“.

und des Privatrechts integrieren als Musterfeststellungsklagen oder Sammelklagen.³³⁷

V. ADR

1. Begriff von ADR

Als Schlussstein des Pyramidenmodells des Zivilprozesses im modernen Rechtsstaat könnten alternative Methoden der Streitbeilegung dort genutzt werden, wo sie sinnvoll erscheinen. Unter ADR (*Alternative Dispute Resolution* = Alternative Streitbeilegung) werden hier nicht nur in einem engen Sinne Schiedsgerichtsbarkeit oder Mediation verstanden, sondern all das was über den klassischen, eigenfinanzierten Zweiparteienprozess vor einem staatlichen Gericht hinausgeht.³³⁸ Schließlich soll die Position an der Spitze der gedachten Pyramide nicht aussagen, dass alternative Methoden der Streitbeilegung der wichtigste Bestandteil des Gesamtsystems sind. Vielmehr befinden sie sich an dieser Position, weil sie auf dem zuvor Dargelegten erst aufbauen und diese Teile des Systems ergänzen können, um es zu komplettieren.

2. Notwendigkeit von ADR

In der aktuellen rechtspolitischen Debatte wird oftmals die Einführung neuer prozessrechtlicher Möglichkeiten mit der strukturellen Unterlegenheit von, zum Beispiel, Verbrauchern begründet.³³⁹ Was damit gemeint ist: die sog. „rationale Apathie“ von Verbrauchern. Demnach sei es für Verbraucher effizienter, ihre Ansprüche nicht gerichtlich durchzusetzen.³⁴⁰ Dies würden Un-

³³⁷ Vgl. auch *Bruns*, NJW 2018, 2753 ff. A.A. *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, S. A 59 f. und passim; sowie *Stadler*, JZ 2018, 793 ff.

³³⁸ Eine einheitliche Definition von „ADR“ scheint aktuell nicht zu existieren. Siehe nur *Gottwald*, FPR 2004, 163; *Hodges*, ZKM 2013, 195; *Klose*, NJ 2018, 12 ff.; *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP 2014, 8; *Papier*, IWRZ 2016, 14.

³³⁹ *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, S. A 33; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, S. A 89 f.

³⁴⁰ Begriff mit *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, S. 268; daneben auch *Buchner*, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, S. 30; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 10, 26; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 530 ff.; *Koch*, DZWIR 2016, 351, 353 ff.; *Meller-Hannich*, in: FS Höland 2015, S. 659, 666 ff.; *dies.*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, S. A 25 ff.; *Tilp/Schiefer*, NZV 2017, 14, 14 f.; *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 664, 693 f.; *Paulus*, Zivilprozessrecht, Rn. 570. Kritisch *Hess*, JZ 2011, 66, 72. Siehe aber auch etwa zum KapMuG, BT-Drucks 17/10160, S. 26; *Duve/Pfifzner*, BB 2005, 673, 674; *Tamm*, ZHR 174 (2010), 525, 528 ff.

ternehmen ausnutzen und entsprechende Gewinne erzielen.³⁴¹ Hierbei wird aber oft nicht sauber zwischen Bagatellschäden (oder Streuschäden) und Massenschäden unterschieden.³⁴² Bei den Massenschäden, die etwa das KapMuG erfassen will, dürfte regelmäßig keine rationale Apathie auf Klägerseite bestehen. Im Gegenteil dürfte es wirtschaftlich durchaus sinnvoll sein, Klage zu erheben.³⁴³ Dort, wo aber eine rationale Apathie bestehen kann,³⁴⁴ also bei Bagatellschäden, ist der entscheidende Faktor das hohe (Kosten-)Risiko, das mit dem möglichen Verlust des Prozesses einhergeht.³⁴⁵ Rationale Apathie besteht jedoch nicht nur bei Streuschäden, sondern generell bei kleinen Streitwerten. Auch den Verkehrsteilnehmer, der vermeintlich einen kleinen Kratzer an einem PKW verursacht hat, gerichtlich zu belangen, dürften viele Rechtsunterworfenen angesichts der Rechtsverfolgungskosten scheuen.

Damit zeigen sich aber zwei Problemkomplexe: einerseits die Apathie bei kleinen Streitwerten, andererseits das Ausnutzen dieser rationalen Apathie bei kleinen Streitwerten durch die Verursachung von Streuschäden durch ein Unternehmen. Diese Problemkomplexe kombiniert anzugehen, erscheint indes ineffizient. Die Problemkomplexe sollten nicht vermischt werden, wenn nach Lösungen gesucht wird.³⁴⁶ Das Ausnutzen der rationalen Apathie zu sanktio-

³⁴¹ Vgl. *Buchner*, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, S. 35; *Koch*, DZWIR 2016, 351, 356 f.; *Meller-Hannich*, in: FS Höland 2015, S. 659, 668 f.; *Paulus*, Zivilprozessrecht, Rn. 570.

³⁴² Vgl. auch zur Unterscheidung *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 18 ff.; *Meller-Hannich*, in: FS Höland 2015, S. 659, 666 ff.; *dies.*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, S. A 24 ff.; *Schaub*, JZ 2011, 13; *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 664 f., 693.

³⁴³ *Hess*, JZ 2011, 66, 72, der auf einen durchschnittlichen Streitwert der Einzelklagen im „Telekomprozess“ von 5.900 Euro hinweist. Ähnlich auch *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 693: „Einer materiellen Anspruchsbündelung [bei Massenschäden] bedarf es nicht, da die Geschädigten jeweils einen hinreichenden Anreiz zur Rechtsdurchsetzung haben.“

³⁴⁴ Zu untersuchen, ob diese im Einzelnen tatsächlich besteht, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit.

³⁴⁵ Siehe exemplarisch *Meller-Hannich*, in: FS Höland 2015, S. 659, 666 ff. Oftmals werden auch noch weitere Punkte genannt, die die rationale Apathie begründen würden, etwa die „mit einer gerichtlichen Durchsetzung verbundenen Kosten, Verzögerungen, Unsicherheiten, Gefahren und sonstigen Nachteile“, so *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 531. All dies lässt sich jedoch im weiteren Sinne mit „Rechtsverfolgungskosten“, die nicht zwingend monetär sein müssen, überschreiben.

³⁴⁶ Leider findet eine solche Vermischung allzu oft statt. Siehe aus jüngster Zeit nur *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, S. A 25 f.; A 45; A 104 f.; *Petersen*, „100 Euro für eine Anfechtung, Legal Tribune Online v. 23.04.2018, abrufbar unter: https://www.lto.de/persistent/a_id/28223/ (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

nieren, ist originär ein regulatives Gemeininteresse³⁴⁷ und sollte daher Regulierungsbehörden überlassen werden.³⁴⁸ Die Überwindung der rationalen Apathie bei kleinen Streitwerten hingegen ist ein Problem, dessen sich das Zivilprozessrecht (im weiteren Sinne) annehmen sollte.

Indes stößt der staatliche Zivilprozess mit seinem eher zeit- und kostenaufwändigen Verfahren bei der Bewältigung dieser Aufgabe durchaus an seine Grenzen.³⁴⁹ Mit zahlreichen Initiativen, wie der Einführung von § 495a ZPO, der EuGFVO, der ADR-Richtlinie³⁵⁰ oder dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz³⁵¹ hat der Gesetzgeber versucht, hierauf zu reagieren. Dies tat er teilweise mit Maßnahmen, die den staatlichen Zivilprozess bei geringen Streitwerten modifizieren, teilweise mit Maßnahmen, die eine außergerichtliche Streitbeilegung fördern sollen. Letztlich bleibt die Erkenntnis, dass ein Kostenrisiko für den staatlichen Zivilprozess von 907,84 Euro bei einem Streitwert von 100 Euro³⁵² dazu führt, dass Risiko und potentieller Ertrag wirtschaftlich gesehen außer Verhältnis stehen. Dabei sind die potentielle Dauer, die psychologische Belastung und sonstige Faktoren eines Gerichtsverfahrens noch nicht einmal einbezogen. Daher sollte ein moderner Rechtsstaat weitere Möglichkeiten zur Durchsetzung subjektiver Privatrechte bzw. zur Konfliktbeilegung zur Verfügung stellen, die im kommenden Abschnitt zu behandeln sind. Dabei ist aber darauf zu achten, dass diese weiteren Möglichkeiten den staatlichen Zivilprozess nicht ersetzen, sondern ergänzen sollten. Sollte eine Partei sich – auch aus wirtschaftlich gesehen irrationalen Gründen³⁵³ – dazu entscheiden, den Individualrechtsschutz vor staatlichen Gerichten im klassi-

³⁴⁷ So eigentlich auch *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, S. A 25 f.

³⁴⁸ Etwa durch Abschöpfung hierdurch erzielter Gewinne in Kombination mit einem Bußgeld, das sich an einem Vielfachen des erzielten Gewinns orientieren kann. Siehe zur Begründung, warum diese Aufgaben Regulierungsbehörden überlassen werden sollten, soeben Kapitel 6, C. IV.

³⁴⁹ Vgl. auch schon Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Entlastung der Zivilgerichte v. 09.03.1989, BT-Drucks. 11/4155, S. 10 f. zur Einführung des § 495a ZPO.

³⁵⁰ Richtlinie (EU) 2013/11 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie (EG) 2009/22, ABl. L 165, S 63.

³⁵¹ Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen v. 19.02.2016, BGBl. I, S. 254 ff.

³⁵² Berechnung mit dem DAV-Kostenrechner, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/service/prozesskostenrechner> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019) unter der Annahme eines Verfahrens in zwei Instanzen bei beiderseitiger anwaltlicher Vertretung.

³⁵³ Etwa um Genußnahme zu erhalten, weil eine Rechtsverletzung rechtskräftig von staatlicher Seite festgestellt wurde. Dies ist angesichts des Sinns des Zivilprozesses – der Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung – und des Selbsthilfeverbots durchaus ein legitimes Interesse.

schen Zivilprozess zu suchen, so muss dies vor dem Hintergrund des Sinns des Zivilprozesses stets möglich sein.

3. Denkbare ADR-Institute

ADR-Institute sind in zwei Ausprägungsformen denkbar. Einerseits kann ADR eine Ergänzung zum Zivilprozess sein. Derartige Institute können aber andererseits auch dazu dienen, einen staatlichen Zivilprozess erst zu ermöglichen, oder zumindest in den staatlichen Zivilprozess münden.

a) ADR in Kombination mit staatlichem Zivilprozess

Zunächst sollen die Möglichkeiten von ADR dargestellt werden, die in Kombination mit dem staatlichen Zivilprozess gedacht sind.

aa) Außergerichtliche Rechtsdurchsetzung

Viele dieser Möglichkeiten sind in jüngerer Zeit vor allem durch neue Anbieter auf dem Rechtsmarkt entstanden und lassen sich mit „Legal Tech“ – was immer man hierunter versteht³⁵⁴ – überschreiben.³⁵⁵

Bekanntestes Beispiel solcher Anbieter dürfte der Dienstleister „flightright“³⁵⁶ sein, der im Falle von Flugverspätungen für seine Kunden deren Rechte nach der EU-Fluggastrechteverordnung³⁵⁷ geltend macht. Dies geschieht nach Wahl des Anbieters entweder durch eine treuhänderische Abtretung der Forderung oder durch eine Bevollmächtigung zur Geltendmachung, wofür der Anbieter im Erfolgsfall eine Provision erhält.³⁵⁸ Nach diesem Schema operieren inzwischen eine Vielzahl anderer Unternehmen auf ver-

³⁵⁴ Vgl. etwa *Christl*, NJ 2017, 309; *Habbe/Gieseler*, BB 2017, 2188; *Hartung*, BB 2017, 2825; *Fries*, Man versus Machine; *ders.*, NJW 2016, 2860; *ders.*, AnwBl 2018, 86; *Fries*, Law and Autonomous Systems Series: Smart consumer contracts – The end of civil procedure?, Oxford Business Law Blog v. 28.03.2018; abrufbar unter: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/03/smart-consumer-contracts-end-civil-procedure> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019); *Prior*, ZAP 2017, 651.

³⁵⁵ Umfassendere Darstellung bei *Hess*, in: *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, Rn. 17.20 ff.

³⁵⁶ Flightright GmbH, eingetragen im Handelsregister beim Amtsgericht Potsdam unter HRB 25958 P.

³⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.02.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. L 46, S. 1.

³⁵⁸ Ziffern 1.1 und 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Flightright GmbH v. 25.03.2019, abrufbar unter: <https://www.flightright.de/agb> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

schiedenen Gebieten.³⁵⁹ Für den Kunden ist der Beauftragungsprozess oft denkbar einfach und meist nur mit Kosten im Erfolgsfall verbunden. Meist übernehmen diese Dienstleister die außergerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen, die aufgrund von Skaleneffekten und Finanzkraft häufig deutlich einfacher gelingt als durch Privatpersonen.³⁶⁰ Sollte die außergerichtliche Durchsetzung nicht gelingen, schließt sich ein regulärer staatlicher Zivilprozess an, den die Dienstleister entweder im eigenen Namen führen oder aufgrund der Bevollmächtigung einen Anwalt beauftragen.

bb) Materiell-rechtliche Anspruchs Bündelung

Daneben existiert eine weitere Möglichkeit von ADR im oben dargestellten Sinne,³⁶¹ die anders als die bisher vorgestellten Dienstleister nicht hauptsächlich die außergerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen im Blick hat. Stattdessen wird unmittelbar ein staatlicher Zivilprozess vorbereitet und durchgeführt bzw. finanziert. Insbesondere im Rahmen des sog. „VW-Dieselskandals“ haben sich hier Dienstleister etabliert, von denen „myRight“³⁶² der bekannteste sein dürfte. Das Geschäftsmodell dieser Dienstleister ist denkbar einfach. Sie lassen sich die Ansprüche vieler von Streu- oder Massenschäden Betroffener im Rahmen einer fiduziarischen Inkassozeession abtreten und gehen dann gegen den vermeintlichen Schädiger gerichtlich vor.³⁶³ Auf diese Weise findet eine materiell-rechtliche Bündelung der Ansprüche und im Prozess dementsprechend eine objektive Klagehäufung statt. Hoffnung ist hier ebenfalls, dass durch Skaleneffekte bessere Erfolgschancen erzielt werden.³⁶⁴ Ähnliche Mo-

³⁵⁹ Siehe nur „AirHelp“; „Bahn-Buddy“; „compensation2go.com“; „EUflight“; „FairPlane“; „Flug-Erstattung.de“; „geblitzt.de“; „MINEKO“; „rightmart“; „Unfallhelden“; „wenigermiete.de“; „WirkaufendeinenFlug“; sowie „Zug-Erstattung.de“. Bei *Prior*, ZAP 2017, 651, findet sich ein umfassender Überblick über den Markt für „Legal Tech“ zu Beginn des Jahres 2017.

³⁶⁰ Vgl. auch *Hartung*, BB 2017, 2825, 2826; *Fries*, NJW 2016, 2860, 2863; *Huber*, in: *Digital Single Market*, S. 9.

³⁶¹ Alles, was über den klassischen eigenfinanzierten Zweiparteienprozess hinausgeht, siehe Kapitel 6, C. V. 1.

³⁶² financialright GmbH, eingetragen im Handelsregister beim Registergericht Berlin unter HRB 185809.

³⁶³ Siehe etwa Ziffer 1.3 und 2.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der financialright GmbH mit Stand v. 01.07.2018, abrufbar unter: <http://web.archive.org/web/20180831034518/https://www.myright.de/abgasskandal/agb/> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³⁶⁴ Vgl. *Hartung*, BB 2017, 2825, 2826 ff.; *Kranz*, NZG 2017, 1099, 1100; *Netzer*, AnwBl 2018, 280; *Stadler*, VuR 2018, 83; *dies.*, WuW 2018, 189

delle existieren etwa im Kartellrecht, wo CDC³⁶⁵ durch verschiedene Prozesse Bekanntheit erlangt hat.³⁶⁶

cc) Prozessfinanzierung

Die dritte hier darzustellende Möglichkeit von ADR ist die sog. Prozessfinanzierung.³⁶⁷ Hierbei übernimmt ein Dienstleister gegen eine Erfolgsbeteiligung die Finanzierung der Prozesskosten.³⁶⁸ Ein Verstoß gegen § 49b Abs. 2 BRAO, der die erfolgsabhängige Vergütung von Rechtsanwälten verbietet, liegt in diesem Fall nicht vor, da nicht ein Anwalt, sondern der Finanzierer, der den Prozess nicht führt, erfolgsabhängig vergütet wird.³⁶⁹ In diesen Fällen wird das Kostenrisiko vom Anspruchsinhaber auf einen Dienstleister übertragen.

dd) Bewertung

All diese Modelle, die teilweise auch in Kombination auftreten, werden in der Literatur kritisiert.³⁷⁰ Sie sind keinesfalls als „Allheilmittel“ anzusehen, zumal sich durchaus einige unseriöse Anbieter auf dem Markt befinden.³⁷¹ Allerdings lassen sie sich allesamt besser in das System des Zivilprozessrechts einfügen als andere Durchsetzungsinstrumente.³⁷² Zudem überwinden sie im Grundsatz das Problem der rationalen Apathie. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Anspruchsinhaber im Erfolgsfall, entweder durch Erfolgshonore oder durch die entsprechende Gestaltung der materiell-rechtlichen Anspruchsbündelung, weniger erhält, als ihm eigentlich materiell-rechtlich zustünde. Dies mag man durchaus kritisch sehen. Indes entfällt für den Anspruchsinhaber das Kostenrisiko im Unterliegensfall teilweise oder sogar ganz. Wirtschaftlich gesehen verkauft er dieses Risiko an den entsprechenden

³⁶⁵ CDC Consulting SCRL, eingetragen unter 872.872.613 im Company Register Brussels, sowie verbundene Unternehmen.

³⁶⁶ Siehe nur EuGH, Urt. v. 21.05.2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335; BGH GRUR-RR 2009, 319; OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 10947; OLG Düsseldorf JZ 2015, 726; LG Düsseldorf JZ 2014, 635; sowie allgemein zu CDC *Fest*, WM 2015, 705.

³⁶⁷ Ausführlich *Hodges/Peysner/Nurse*, Litigation Funding: Status and Issues – Research Report; *Skrzepski*, Die gewerbliche Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung; *Dethloff*, NJW 2000, 2225; *Frechen/Kochheim*, NJW 2004, 1213; im Zusammenhang mit den Abtretungsmodellen auch *Hartung*, BB 2017, 2825; *Stadler*, WuW 2018, 189; *Valdini*, BB 2017, 1609.

³⁶⁸ *Hess*, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, Rn. 17.28.

³⁶⁹ Vgl. auch KG Berlin, MDR 2003, 599; OLG München NJW-RR 2015, 1333.

³⁷⁰ *Netzer*, AnwBl 2018, 280; *Roggenkemper*, NJW 2018, 1661; *Stadler*, WuW 2018, 189, 190 ff.; *Valdini*, BB 2017, 1609, 1610 ff.; eingeschränkt auch von *Christl*, NJ 2017, 309, 313; *Habbe/Gieseler*, BB 2017, 2188, 2190 f.; gegen *Valdini* aber *Hartung*, BB 2017, 2825.

³⁷¹ *Roggenkemper*, NJW 2018, 1661.

³⁷² *Habbe/Gieseler*, BB 2017, 2188.

Dienstleister. Hiergegen ließe sich wiederum einwenden, dass für den, der materiell-rechtlich im Recht ist kein Unterliegensrisiko besteht. Allerdings lässt sich zum einen oftmals nicht im Voraus absehen, wer materiell-rechtlich im Recht ist und zum anderen existiert ein Prozessrecht, das stets korrekte Urteile hervorbringt, nicht einmal theoretisch.³⁷³

Durch die modernen Rechtsdienstleister fallen viele Hindernisse der Rechtsdurchsetzung auf klassischem Wege weg. Es besteht oft kein Kostenrisiko, die Anspruchstellung ist einfach und unkompliziert und sofern ein Forderungskauf stattfindet, erhält der Anspruchsteller nahezu unmittelbar einen großen Anteil seines eigentlichen Anspruchs. Diese Entwicklung, die sicherlich noch am Anfang steht, mag womöglich dazu führen, dass das vermeintliche³⁷⁴ Durchsetzungsdefizit bei Streuschäden umgekehrt wird. Durch die Skaleneffekte der Dienstleister dürften mittelfristig – die Erfahrung im Bereich der Flugverspätung zeigt es³⁷⁵ – Streu- und Massenschäden deutlich besser durchgesetzt werden als sonstige Schäden entsprechender Höhe.

b) ADR als Ergänzung zum staatlichen Zivilprozess

Daneben gibt es auch mehrere ADR-Verfahren, die letztlich nicht auf den staatlichen Zivilprozess setzen, sondern eine Alternative³⁷⁶ zu diesem sind. Neben den schon fast klassischen ADR-Verfahren der Mediation oder Schiedsgerichtsbarkeit, die hier nicht gesondert behandelt werden sollen,³⁷⁷ kommen in jüngerer Zeit auch andere Möglichkeiten auf.

aa) Smart contracts

So können Zivilprozesse womöglich bereits im Vorfeld durch sog. *smart contracts*, selbstvollziehende Verträge, vermieden werden.³⁷⁸ Hierbei werden die synallagmatischen Leistungspflichten in einer Software niedergelegt, die die sog. „Blockchain-Technologie“ nutzt. Die Software überprüft selbststän-

³⁷³ Siehe schon oben Kapitel 6, B. II. 2. c) bb) sowie insb. *Gilles*, in: FS Schiedermaier, S. 183, 189 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 329 ff.

³⁷⁴ Dazu, dass nicht bei Streuschäden, sondern bei kleinen Streitwerten generell ein Durchsetzungsdefizit besteht, soeben Kapitel 6, C. V. 1.

³⁷⁵ *Stadler*, WuW 2018, 189, 189 f.

³⁷⁶ Bzw. besser: eine Ergänzung, siehe soeben Kapitel 6, C. V. 1.

³⁷⁷ Siehe aber etwa aus jüngerer Zeit *Klose*, NJ 2018, 12.

³⁷⁸ Der Begriff *smart-contract* ist noch nicht einheitlich definiert. Siehe zu *smart-contracts* nur *Fries*, Law and Autonomous Systems Series: Smart consumer contracts – The end of civil procedure?, Oxford Business Law Blog, abrufbar unter: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/03/smart-consumer-contracts-end-civil-procedure> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019); *ders.*, AnwBl 2018, 86; *Heckelmann*, NJW 2018, 504; *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618; *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769; *Söbbing*, ITRB 2018, 43.

dig die Einhaltung der entsprechenden Leistungspflichten.³⁷⁹ So ist womöglich ein KFZ bei Nichtzahlung der Leasingraten nicht mehr nutzbar, das Hotelzimmer verweigert bei Nichtzahlung den Zugang oder die Mobilfunkrechnung passt sich bei Netzausfall automatisch an.

Der Vorteil solcher Modelle liegt auf der Hand: Die Parteien regeln ihre Leistungspflichten privatautonom, im Falle einer Pflichtverletzung tritt automatisch eine (Rechts-)Folge entsprechend ihres Willens ein. Die Nachteile und Herausforderungen sind freilich ebenso evident. So werden die Parteien bei Abschluss eines Vertrages kaum an alle möglichen Pflichtverletzungen denken und diese im Vertrag festhalten. Auch dort, wo sich keine „Schwarz-Weiß-Entscheidungen“ fällen lassen, sondern wo ein Ermessen bestehen soll, stoßen solche Verträge an ihre Grenzen.³⁸⁰ Daneben lassen sich durch *smart contracts* natürlich nicht alle Rechtsstreitigkeiten verhindern. Allerdings lässt sich durch *smart contracts* die Prozessführungs-, Darlegungs- und Beweislast in einem möglichen, dem Selbstvollzug nachgelagerten Verfahren nahezu beliebig durch die Programmierung verschieben.³⁸¹ Ob dies eine wünschenswerte Möglichkeit ist oder ob sie beschränkt werden sollte, ist eine Frage, die den Gesetzgeber in nicht allzu ferner Zukunft beschäftigen wird.

Wozu *smart contracts* aber durchaus geeignet sein können, ist die außergerichtliche Regulierung von massenhaft auftretenden, standardisierten Rechtsfragen im Vertragsrecht. Denkbare Bereiche wären etwa Entschädigungen bei Flug- oder Zugverspätungen, Zahlungsausfall beim kreditfinanzierten Produkterwerb, Zahlungsausfall bei Miete oder die Lizenzierung von Software. In solchen Gebieten dürften *smart contracts* einen wesentlichen Teil der Zivilprozesse verhindern. Verpflichtet der Gesetzgeber allerdings die Rechtsunterworfenen gesetzlich zur Nutzung von *smart contracts*, so stellt sich wieder das bereits oben diskutierte Problem der Funktionsdifferenzierung.³⁸² Dass *smart contracts* besser zur Durchsetzung regulativer Gemeininteressen geeignet sein sollen, als das Zivilprozessrecht, erscheint höchst fraglich.³⁸³

bb) Schlichtungsstellen und Ombudsleute für Verbraucherstreitigkeiten

Aufgrund der ADR-Richtlinie und des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes in jüngerer Zeit viel diskutiert wurden Schlichtungsstellen und Ombudsleute für

³⁷⁹ Fries, AnwBl 2018, 86; Heckelmann, NJW 2018, 504, 505; Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618, 618 f.; Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 771 f.; Söbbing, ITRB 2018, 43, 43 f.

³⁸⁰ Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 772.

³⁸¹ Fries, AnwBl 2018, 86, 88 ff.

³⁸² Siehe oben Kapitel 6, C. IV.

³⁸³ Ähnlich Fries, Law and Autonomous Systems Series: Smart consumer contracts – The end of civil procedure?, Oxford Business Law Blog, abrufbar unter: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/03/smart-consumer-contracts-end-civil-procedure> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

Verbraucherstreitigkeiten.³⁸⁴ Diese Verfahren sind – zumindest in Deutschland – meist ausdrücklich als Ergänzung zum staatlichen Zivilprozess gedacht.³⁸⁵ Und durchaus dürften die Verfahren vor Verbraucherschlichtungsstellen nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz³⁸⁶ dazu führen, dass Ansprüche, die wohl nicht im Wege des staatlichen Zivilprozesses geltend gemacht würden, reguliert werden können.³⁸⁷

Viele dieser Stellen sind jedoch nicht „neutral“ im Sinne einer Unabhängigkeit, sondern von den Unternehmen finanziert, die von Streitigkeiten mit Verbrauchern betroffen sind, die vor diesen Stellen beigelegt werden sollen.³⁸⁸ Gegen eine solche Finanzierung oder dagegen, dass mit Schlichtungsstellen auch Unternehmensinteressen verfolgt werden können, ist im Grundsatz nichts einzuwenden. Es kann sogar im Sinne aller Beteiligten sein, wenn Unternehmen Mechanismen für konsensuale Streitbeilegung bereithalten und Verbraucher ohne großen Aufwand dort Kompensationen erhalten, nach denen sie anderenfalls nicht ersuchen würden. Ein großes Problem solcher Stellen ist jedoch, dass sie bei den Nutzern den Eindruck erwecken können, ein offizieller oder zumindest neutraler Ersatz eines staatlichen Zivilprozesses zu sein. Dieser Eindruck kann insbesondere dadurch erweckt werden, dass Verbraucher durch das offizielle Online-Streitbeilegungsportal der EU³⁸⁹, das infolge der ODR-Verordnung³⁹⁰ eingeführt wurde, an die Schlichtungsstellen verwiesen werden. Damit könnten Verbraucher angesichts geringerer Kosten und Dauer von einer geplanten Klage absehen und auf den Weg der Verbraucherstreitbeilegung ausweichen.³⁹¹ Das wäre mit Blick auf den Sinn des Zivilpro-

³⁸⁴ Siehe nur *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung; *Conen/Gramlich*, NJ 2014, 494; *Eidenmüller/Engel*, ZZZ 128 (2015), 149; *Engel*, NJW 2015, 1633; *Frank/Henke/Singbartl*, VuR 2016, 333; *Hodges*, ZKM 2013, 195; *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP 2014, 8; *Riehm*, JZ 2016, 866.

³⁸⁵ Siehe auch *Engel*, NJW 2015, 1633, 1635 mit Fn. 26 und weiteren Nachweisen.

³⁸⁶ Eine Liste der zugelassenen Stellen nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz findet sich auf der Website des Bundesjustizamts https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Verbraucherstreitbeilegung/Verbraucherschlichtungsstellen/Uebersicht_no_de.html (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³⁸⁷ *Conen/Gramlich*, NJ 2014, 494, 497 ff.; *Engel*, NJW 2015, 1633, 1635; *Greger*, ZZZ 128 (2015), 137, 141 ff.; *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP 2014, 8, 30 ff.; *Riehm*, JZ 2016, 866, 869 ff.

³⁸⁸ Details zu den einzelnen Stellen können der Liste auf der Website des Bundesjustizamts entnommen werden, siehe S. 365, Fn. 386.

³⁸⁹ Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

³⁹⁰ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie (EG) 2009/22/, ABl. L 165, S. 1.

³⁹¹ *Engel*, NJW 2015, 1633, 1635.

zesses kein Problem, wenn dort zumindest in ähnlichem Maße Individualrechtsschutz gewährleistet würde.

Es wird jedoch dort problematisch, wo der Eindruck erweckt wird, es handle sich um ein Rechtsverfahren ähnlich dem Zivilprozess.³⁹² Dies ist nämlich nicht der Fall. Teilweise muss nicht einmal materielles Verbraucherrecht zur Anwendung kommen, was angesichts der Zielrichtung konsensualer Verbraucherstreitbeilegung auch nicht verwundert.³⁹³ Wenn aber der Eindruck eines Rechtsverfahrens vermittelt wird, obwohl solche Stellen letztlich vor allem den Interessen der Industrie dienen, können Konflikte mit dem Sinn des Zivilprozesses entstehen, weil beteiligte Verbraucher sich „über den Tisch gezogen“ fühlen können.³⁹⁴ Schlichtungsstellen und Ombudsleute müssen also entweder an materielles Recht gebunden werden oder in ihrer Ausgestaltung deutlich machen, dass mit der Schlichtungsstelle im Vordergrund Unternehmensinteressen verfolgt werden.³⁹⁵ Wird dies beachtet, können Verbraucherschlichtungsstellen einerseits einen Beitrag zum Verbraucherschutz leisten und andererseits als konsensuale Alternative zum staatlichen Zivilprozess dienen.

cc) Online-Courts und Small-Claims-Verfahren

Zuletzt könnten mit Online-Courts und Small-Claims-Verfahren auch Verfahren in Betracht kommen, die zwar hier unter ADR dargestellt werden, aber letztlich staatliche Verfahren sind. Allerdings zeigen sich in diesen Verfahren deutliche Abweichungen zum „klassischen“ Zivilprozess, weshalb sie nicht als Zivilprozess, sondern als ergänzende Möglichkeit zu diesem begriffen werden sollten.

Ein sog. „Online-Court“ wird derzeit in England nach und nach eingeführt, nachdem *Lord Justice Briggs* in seinen *Civil Courts Structure Review Reports* einen solchen *Court* vorgestellt hatte.³⁹⁶ Nach seiner Vision sollen alle Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu £ 25.000 online geführt werden können, ohne dass Rechtsanwälte nötig wären.³⁹⁷ Dieses Onlinegericht ist im Zusammenhang mit den verschiedenen nationalen und europäischen Bemühungen zu sehen, attraktive staatliche Verfahren für kleine Streitwerte zu schaffen.³⁹⁸ Die

³⁹² *Engel*, NJW 2015, 1633, 1635.

³⁹³ Ausführlich *Riehm*, JZ 2016, 866, 870 ff.

³⁹⁴ Ebenfalls kritisch aus diesem Grund *Engel*, NJW 2015, 1633, 1635 ff.

³⁹⁵ *Engel*, NJW 2015, 1633, 1637.

³⁹⁶ *Briggs*, *Civil Courts Structure Review: Interim Report*, S. 75 ff.; *ders.*, *Civil Courts Structure Review: Final Report*, S. 36 ff.

³⁹⁷ Zu den Details siehe vor allem *Briggs*, *Civil Courts Structure Review: Interim Report*, S. 75 ff.

³⁹⁸ So etwa die EuGFVO (Siehe oben Kapitel 4, B. III.), die Einführung eines Small-Claims-Tracks in den CPR (Siehe oben Kapitel 5, C. II. 3. a)) oder auch die Einführung des

verschiedenen Gesetzgeber scheinen ebenfalls das Problem erkannt zu haben, dass es für viele Rechtsunterworfenen infolge hoher Rechtsverfolgungskosten nicht rational ist, einen klassischen Zivilprozess anzustreben. Dies ist im Grundsatz zu begrüßen. Problematisch wird es allerdings dort, wo einerseits formale Institute der Richtigkeitsgewähr von Entscheidungen aufgegeben werden und andererseits die Nutzung eines solchen Verfahrens verpflichtend wird.³⁹⁹

Durchaus positiv zu sehen sind jedoch Verfahren, die bewusst als Alternative zum klassischen Zivilprozess gedacht sind und die die Parteien in privat-autonomer Entscheidung nutzen können. Bei der konkreten Ausgestaltung ist der Gesetzgeber – unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, insb. zum Anspruch auf rechtliches Gehör – weitgehend frei. Allerdings sollte er einen besonderen Schwerpunkt auf Nutzerfreundlichkeit legen, was bei aktuellen Verfahren, etwa nach der EuGFVO,⁴⁰⁰ nicht immer der Fall zu sein scheint. Zudem sollte durch eine klare Trennung und entsprechende Informationen deutlich gemacht werden, dass es sich nicht um einen klassischen Zivilprozess, sondern um eine Alternative hierzu handelt. Dann können Small-Claims-Verfahren, Online-Verfahren, Bagatell-Verfahren oder sonstige Ausgestaltungen eine taugliche Lösung sein, die Vorteile eines staatlichen Zivilprozesses mit der Abschaffung rationaler Apathie verknüpfen. So können sie dazu beitragen, den Sinn des Zivilprozesses zu verwirklichen.

c) Zusammenfassung

Wenn es um moderne Alternativen zum klassischen staatlichen Zivilprozess geht, ist die rechtswissenschaftliche Forschung noch ebenso am Anfang wie die Gesetzgebung. Weiter scheint hier die Praxis verschiedenster Rechtsdienstleistungsanbieter. Deren Einsatz von moderner Informationstechnologie sorgt dafür, dass ein Wandel stattfindet. Waren, und sind womöglich immer noch, Ansprüche bei Massen- und Streuschäden nur schwer durchsetzbar, wird sich dies in den kommenden Jahren durch die Nutzung von Skaleneffekten rapide ändern können. Generell ist davon auszugehen, dass in vielen standardisierbaren Fällen rechtlicher Streitigkeiten rationale Apathie abgebaut wird. Es wird sich wirtschaftlich lohnen, seine Ansprüche geltend zu machen. Prozessrechtliche Instrumente kollektiven Rechtsschutzes bedarf es hierzu

§ 495a ZPO (Siehe oben Kapitel 4, A. II.). Inzwischen wird auf Initiative des Landes Hamburg auch ein solcher „Online-Court“ in Deutschland diskutiert. Siehe hierzu *Nicolai/Wölber* ZRP 2018, 229.

³⁹⁹ Siehe zu diesen Instituten oben Kapitel 6, B. III. 2. c) aa) (3).

⁴⁰⁰ Zum detaillierten Ablauf des Verfahrens siehe nur *Hess/Bittmann*, IPRax 2008, 305, 311 ff.; *Kern*, JZ 2012, 389, 390 f.; *Kramer*, ZEuP 2008, 355, 360 ff.; *Nardone*, Rpfleger 2009, 72, 73 ff.; *Sujecki*, EWS 2008, 323, 324 ff.; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kapitel 10 Rn. 7 ff.

nicht zwingend. In komplexer gelagerten Fällen mit kleinen Streitwerten empfiehlt es sich, konsensualer Streitbeilegung wie Verbraucherschlichtungsstellen eine Chance zu geben oder auf staatliche Alternativen wie Online-Courts oder Small-Claims-Verfahren zurückzugreifen.⁴⁰¹

All diese Verfahren dürfen aber niemals den staatlichen Zivilprozess mit seinen formalen Instituten der Richtigkeitsgewähr ersetzen. Nur dieser, ausgestaltet entsprechend als *conflict-solving-type* mit den oben dargestellten Ausgleichsmaßnahmen, bietet letztlich das Maß an Individualrechtsschutz, das erforderlich ist, um den Sinn des Zivilprozesses zu verwirklichen, wenn gleichzeitig Selbsthilfe staatlich verboten wird. Andere Verfahren sind jeweils als freiwillige Alternative in Verwirklichung der Privatautonomie der Parteien zu begreifen, auf die sich die Parteien einlassen können, aber nicht müssen.

VI. Fazit

Die grundlegenden Ideen des Zivilprozessrechts, die 1879 mit der CPO kodifiziert wurden, sind auch für den Zivilprozess im modernen Rechtsstaat tauglich. Grundlage war damals und sollte heute ein *conflict-solving type* des Zivilprozesses sein. Freilich muss auf die Herausforderungen der modernen Wirtschaftsgesellschaft reagiert werden. Dies geschieht, indem prozessuale Ungleichgewichte dort ausgeglichen werden, wo es nötig ist. Dabei sollte vorrangig an prozessuale Kriterien angeknüpft werden. Wo es um Zugang zum staatlichen Zivilprozess geht, können jedoch typisiert auch außerprozessrechtliche Kriterien in den Blick genommen werden, um Ungleichgewichte auszugleichen. Regulativen Herausforderungen der modernen Wirtschaftsgesellschaft sollte im Sinne einer Funktionsdifferenzierung durch Mittel des öffentlichen Rechts begegnet werden. Das Zivilprozessrecht ist zwar öffentliches Recht, zur Durchsetzung regulativer Gemeininteressen aber wegen komplexer Gemengelagen und aufgrund der Auswirkungen auf das materiellrechtliche Verhältnis der Parteien wenig geeignet. Stattdessen sollten solche Aufgaben staatlichen Behörden übertragen werden.

Herausforderungen, die Streu- und Massenschäden, aber auch sämtliche kleine Streitwerte an den Zivilprozess im Sinne einer rationalen Apathie stellen, kann mit ADR-Instituten begegnet werden. Dort werden sich vor allem durch moderne Informationstechnologien Skaleneffekte nutzbar machen lassen. So kann die Rechtsdurchsetzung auch bei kleinen Streitwerten lohnenswert sein. Der Weg in diese Richtung scheint mit ADR-Richtlinie und ODR-Verordnung, Verbraucherstreitbeilegungsgesetz, den englischen Online-Courts auf staatlicher Seite und dem wachsenden Markt für Legal Tech auf zivilgesellschaftlicher Seite teils schon bereitet. In den kommenden Jahren muss aber weiter darauf geachtet werden, dass die Möglichkeit der Rechts-

⁴⁰¹ Vgl. auch *Woopan*, NJW 2018, 133, 138.

durchsetzung auch für kleine und sogar kleinste Forderungen auch tatsächlich besteht. Stets zur Verfügung stehen muss aber auch der klassische staatliche Zivilprozess. Nur dieser bietet das Maß an Individualrechtsschutz, das erforderlich ist, wenn der Staat Selbsthilfe verbietet. Nicht vergessen werden sollte dabei stets, warum in einem modernen Rechtsstaat ein Zivilprozess existiert. Erst der Zivilprozess macht die freiheitlich-demokratische, rechtsstaatliche Ordnung komplett. Er trägt wesentlich zu deren Aufrechterhaltung bei, indem er den Individualrechtsschutz gewährt, der andernfalls durch das Recht des Stärkeren durchgesetzt würde. Diese zivilisatorische Errungenschaft sollte entschieden verteidigt werden,⁴⁰² ohne dabei in nostalgischen Erinnerungen zu schwelgen.

D. Zusammenfassung in 29 Thesen

1. Der Begriff der Materialisierung ist bisher sowohl in der privatrechtlichen als auch in der zivilprozessualen Forschung durchaus unterschiedlich verwendet worden.⁴⁰³
2. Aufgrund dieser begrifflichen Unklarheit muss ein neuer, eigener Begriff der Materialisierung im Zivilprozessrecht entwickelt werden.⁴⁰⁴
3. Materialisierung des Zivilprozessrechts ist der Prozess der Abkehr von einem rein formalen Verständnis des Zivilprozessrechts hin zu einer Bezugnahme auf außer(prozess)rechtliche Elemente und Wertungen.⁴⁰⁵
4. Dies kann einerseits durch die Veränderung des grundlegenden Zwecks des Zivilprozessrechts hin zu einem *policy-implementing type* des Prozessrechts geschehen, andererseits auch ohne Veränderung des grundlegenden Zwecks in Gestalt einer Entformalisierung.⁴⁰⁶
5. Die CPO 1879 war ein im Wesentlichen formaler Ausgangspunkt der untersuchten Entwicklung.⁴⁰⁷
6. Der Einfluss der Verfassung sowie von europäischen Grund- und Menschenrechten auf das Zivilprozessrecht ist in der ganz überwiegenden Anzahl der untersuchten Fälle nicht als Tendenz zur Materialisierung zu beschreiben.⁴⁰⁸

⁴⁰² Vgl. auch *Prütting*, in: Wieczorek/Schütze, Einleitung Rn. 27.

⁴⁰³ Kapitel 2, B. und C.

⁴⁰⁴ Kapitel 2, E.

⁴⁰⁵ Kapitel 2, E. I. und II.

⁴⁰⁶ Kapitel 2, E. III.

⁴⁰⁷ Kapitel 2, E. V.

⁴⁰⁸ Kapitel 3.

7. Eine Ausnahme hiervon ist die Möglichkeit, Verletzungen von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten durch das Zivilprozessrecht im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend zu machen.⁴⁰⁹
8. In der aktuellen Prozessrechtsgesetzgebung durch den deutschen und vor allem den europäischen Gesetzgeber zeigen sich hingegen durchaus einige Tendenzen zur Materialisierung des Zivilprozessrechts.⁴¹⁰
9. Vor allem im Verbraucherrecht und auf stark regulierten Gebieten des Wirtschaftsrechts zeigt sich, oft getrieben durch europarechtliche Vorgaben, teilweise ein Verständnis des Zivilprozessrechts als *policy-implementing type* des Prozessrechts.⁴¹¹
10. Andererseits zeigen sich, etwa im Bereich der Prozesskostenhilfe oder des Verfahrens nach § 495a ZPO, auch Tendenzen zu einer sonstigen Entformalisierung des Zivilprozessrechts.⁴¹²
11. Von einem generellen Trend zur Materialisierung des Zivilprozessrechts durch den Gesetzgeber kann trotz der vorherigen Feststellungen jedoch nicht gesprochen werden.⁴¹³
12. Auch durch zivilprozessrechtliches Richterrecht wie die Institute der sekundären Darlegungslast und der Rechtskraftdurchbrechung gemäß § 826 BGB findet teilweise eine sonstige Entformalisierung des Zivilprozessrechts statt.⁴¹⁴
13. Der EuGH zeigt in vielen seiner Entscheidungen, etwa zur Rechtskraftdurchbrechung wegen Verstoßes gegen das Beihilfenverbot, zu verbraucherrechtlichen Vorschriften der EuGVVO oder zur Tatsachenermittlung im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie, ein Verständnis des Zivilprozessrechts als *policy-implementing type* des Prozessrechts.⁴¹⁵
14. Zur Untersuchung der Frage, ob eine mögliche kompensatorische Prozessleitung durch Richter eine Materialisierung des Zivilprozessrechts bedeuten kann, ist ein Blick ins englische Rechtssystem hilfreich.⁴¹⁶
15. Die Rolle der englischen Richter hat sich in den vergangenen 20 Jahren vom passiven Entscheider zum aktiven Prozessleiter gewandelt.⁴¹⁷
16. Nach den Maßstäben dieser Arbeit wäre ein solcher Wandel in Deutschland als Tendenz zur Materialisierung zu beschreiben.⁴¹⁸

⁴⁰⁹ Kapitel 3, B. III. 4.

⁴¹⁰ Kapitel 4.

⁴¹¹ Kapitel 4, A. V.; Kapitel 4, A. VII.; Kapitel 4, A. VIII.; Kapitel 4, B. I.; Kapitel 4, B.

II.

⁴¹² Kapitel 4, A. II. und IV.

⁴¹³ Kapitel 4, C.

⁴¹⁴ Kapitel 5, A. I. 1 a); Kapitel 5, A. I. 2.

⁴¹⁵ Kapitel 5, A. II.

⁴¹⁶ Kapitel 5, C.

⁴¹⁷ Kapitel 5, C. III. 2.

⁴¹⁸ Kapitel 5, C. IV.

17. Die Prozessleitungsbefugnisse des deutschen Richters können indes zwar nicht als solche Tendenz erkannt werden, weil eine Bezugnahme auf Außerprozessrechtliches stattfände, allerdings können durch das Phänomen des *confirmation bias* außerprozessuale Ungleichgewichte überkompensiert werden, wenn diese sich in mangelhafter Prozessführung äußern.⁴¹⁹
18. Es ist hilfreich, zwischen dem „Sinn“ und dem „Zweck“ des Zivilprozesses zu unterscheiden.⁴²⁰
19. Der Sinn des Zivilprozesses ist die Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung. Dies folgt daraus, dass das Zivilprozessrecht positiv gesetztes, rechtsstaatliches Recht und dass es Teil des rechtsstaatlichen Dreiklangs aus Gewaltmonopol, Selbsthilfeverbot und Zivilprozess ist.⁴²¹
20. Der Zweck des Zivilprozesses ist der Individualrechtsschutz, da ein solcher Zweck am besten geeignet ist, den Sinn des Zivilprozesses zu verwirklichen.⁴²²
21. Ein Verständnis des Zivilprozessrechts als *policy-implementing type* des Prozessrechts ist kritisch zu sehen, da es Konflikte sowohl mit dem Sinn als auch mit dem Zweck des Zivilprozesses hervorruft.⁴²³
22. Weniger problematisch ist eine sonstige Entformalisierung zu sehen. Hier ist darauf zu achten, dass Sicherungsmechanismen gegen ein Absinken der Wahrscheinlichkeit für eine sachlich richtige Entscheidung vorgesehen werden müssen, wenn formale Institute der Richtigkeitsgewähr wegfallen.⁴²⁴
23. Zudem ist darauf zu achten, dass die Transparenz der Entscheidungsfindung trotz Entformalisierung gewahrt bleibt.⁴²⁵
24. Der Zivilprozess im modernen Rechtsstaat ist mit vielen Herausforderungen zugleich konfrontiert. Zu deren Bewältigung bietet sich ein pyramidenförmiges System des Zivilprozesses an.⁴²⁶
25. Fundament dieser Pyramide ist ein *conflict-solving type* des Prozessrechts, der mit dem Sinn und dem Zweck des Zivilprozesses vereinbar ist.⁴²⁷
26. Aufbauend hierauf werden prozessuale Ungleichgewichte ausgeglichen. Hierzu kommen typisierte und einzelfallabhängige Ausgleichsmaßnahmen in Betracht, die vorrangig an prozessrechtliche Kriterien anknüpfen.⁴²⁸

⁴¹⁹ Kapitel 5, D.

⁴²⁰ Kapitel 6, B. I. und II.

⁴²¹ Kapitel 6, B. I. 5.

⁴²² Kapitel 6, B. II. 2.

⁴²³ Kapitel 6, B. III. 1.

⁴²⁴ Kapitel 6, B. III. 2 c) aa).

⁴²⁵ Kapitel 6, B. III. 2 c) bb).

⁴²⁶ Kapitel 6, C. I.

⁴²⁷ Kapitel 6, C. II.

⁴²⁸ Kapitel 6, C. III.

27. Legitime regulative Interessen des Gemeinwohls sollten im Sinne einer Funktionsdifferenzierung zielgerichtet durch öffentliches Recht durchgesetzt werden.⁴²⁹
28. Bestehende Defizite in der Rechtsdurchsetzung können durch ADR-Instrumente in Kombination mit oder als Ergänzung zum staatlichen Zivilprozess beseitigt werden. Hierbei ist darauf zu achten, dass stets der Weg zum regulären Zivilprozess eröffnet bleibt.⁴³⁰
29. Derart ausgestaltet komplettiert der Zivilprozess die freiheitlich-demokratische, rechtsstaatliche Ordnung. Er trägt wesentlich zu deren Aufrechterhaltung bei, indem er den Individualrechtsschutz gewährt, der ansonsten durch das Recht des Stärkeren durchgesetzt würde.⁴³¹

⁴²⁹ Kapitel 6, C. IV.

⁴³⁰ Kapitel 6, C. V.

⁴³¹ Kapitel 6, C. VI.

Literaturverzeichnis

- Adolphsen, Jens*: Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, Berlin 2015.
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Parteiaussage und Parteivernehmung bei Beweisnot?, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2015, S. 185–186.
- Albert, Hans*: Traktat über kritische Vernunft, 5. verbesserte und erweiterte Auflage, 1991.
- Alexander, Christian*: Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, *Juristische Schulung* 2009, S. 590–594.
- ders.*: Neue Aufgaben des Bundeskartellamtes bei Verstößen gegen Verbraucherschutzbestimmungen, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2017, S. 391–397.
- Althammer, Christoph*: Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.): *Die Zukunft des Zivilprozesses: Freiburger Symposion am 27. April 2013 anlässlich des 70. Geburtstages von Rolf Stürner*, Tübingen 2014, S. 86–107.
- ders.*: Materialisierung der amtswegigen Urkundenedition (§§ 142 ff. ZPO) als Folge der Umsetzung europäischen Sonderprozessrechts (insbesondere der Kartellschadensersatzrichtlinie), in: *Schütze, Rolf A.* (Hrsg.): *Fairness, justice, equity – Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München 2017, S. 15–24.
- ders./Schäuble, Daniel*: Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, S. 1–7.
- Andrews, Neil*: The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency: Reflections on the Recommendations of the Woolf Report, in: Zuckerman, Adrian/Cranston, Ross (Hrsg.): *Reform of Civil Procedure: Essays on „Access to Justice“*, Oxford 1995, S. 169–183.
- ders.*: A new civil procedural code for England: party-control „going, going, gone“, *Civil Justice Quarterly* 2000, S. 19–38.
- Appel, Holger*: Diesel-Einfahrverbot: Rußmord, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 03.03.2017, abrufbar unter: <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/verbot-fuer-diesel-fahrzeuge-sabotiert-klimaschutzplan-14906439.html>> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- Aristoteles*: Aristoteles' Politik: Erstes, zweites und drittes Buch mit erklärenden Zusätzen ins Deutsche übertragen von Jacob Bernays, Berlin 1872.
- ders.*: *Zweite Analytiken – Übersetzt und erläutert von J. H. v. Kirchmann*, Leipzig 1877.
- Arnold, Stefan*: Zur Trennung des öffentlichen vom privaten Recht – Vollstreckung von Ordnungsgeldern im europäischen Justizraum, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2012, S. 315–331.
- Arthur, Les*: Why Problem-Solving Cooperative Strategies Are Necessary to Achieve the Goals of Reforms to the Civil Justice System, *Waikato Law Review* 2015, S. 22–33.
- Assy, Rabeea*: *Injustice in Person: The Right to Self-Representation*, Oxford 2015.
- ders.*: Revisiting the right to self-representation in civil proceedings, *Civil Justice Quarterly* 2011, S. 267–282.

- ders.*: Briggs' online court and the need for a paradigm shift, *Civil Justice Quarterly* 2017, S. 70–85.
- Auer, Marietta*: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- dies.*: Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014.
- Bachmann, Gregor*: Optionsmodelle im Privatrecht, *JuristenZeitung* 2008, S. 11–20.
- Bahnsen, Frauke*: Verbraucherschutz im Zivilprozeß – Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der DDR-Novelle der Zivilprozeßordnung vom 29. Juni 1990, Neuried 1997.
- Bamberger, Heinz Georg, et. al.* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 46. Edition, München 01.05.2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB).
- Barazzetti, Caesar*: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde: Nach der deutschen Reichscivilprozeßordnung, Berlin 1882.
- Basedow, Jürgen*: Der verfahrensrechtliche Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung – Einführender Überblick, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 80, 2016, S. 237–253.
- ders.*: Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung, *JuristenZeitung* 2018, S. 1–12.
- Baudewin, Christian/Wegner, Anna Katharina*: Die Präklusion im Zivilprozess – Bedeutung, Chancen, Risiken, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 1479–1483.
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan* (Fortgef.)/*Hartmann, Peter* (Hrsg.): Zivilprozessordnung: ZPO, 76. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: B/L/A/H).
- Baumgärtel, Gottfried*: Chancengleichheit vor Gericht durch Pflichtrechtsschutzversicherung oder Prozeßhilfe? Zugleich ein Beitrag zur Funktion der Prozeßkosten, *JuristenZeitung* 1975, S. 425–430.
- Baur, Fritz*: Sozialer Ausgleich durch Richterspruch: Ein Beitrag zum Wandel des Richteramts, *JuristenZeitung* 1957, S. 193–197.
- ders.*: Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, *JuristenZeitung* 1972, S. 75–78.
- ders.*: Funktionswandel des Zivilprozesses?, in: *Gernhuber, Joachim* (Hrsg.): Tradition und Fortschritt um Recht – Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen 1977, Tübingen 1977, S. 159–175.
- ders./Stürner, Rolf/Bruns, Alexander*: Zwangsvollstreckungsrecht, 13., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2006.
- Becker, Manfred/Beck, Anja*: Die Quadriga postmoderner Beliebigkeit und ihre Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft: eine empirische Studie zur Entwicklung und Steuerung von Individualisierung, Fragmentierung, Temporalisierung und Ästhetisierung, 1. Auflage, München 2014.
- Becker, Moritz*: Die Pflicht zur Urkundenvorlage nach § 142 Abs. 1 ZPO und das Weigerungsrecht der Parteien, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2008, S. 1309–1315.
- Beckhaus, Gerrit Marian*: Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung: die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht, Tübingen 2010.
- Behnke, Herbert*: Mißstände in der Justiz – Wer rettet den Rechtsstaat?, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1992, S. 209–211.
- Bender, Rolf*: Funktionswandel der Gerichte?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1974, S. 235–238.
- ders.*: Einige Aspekte zu den Erfolgsbarrieren in der Justiz, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 40, 1976, S. 718–726.

- Bergmeister, Felix*: Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: (KapMuG); Bestandsaufnahme und Reformempfehlung aus der Perspektive von Recht und Praxis der US-amerikanischen Securities-class-Action, Tübingen 2009.
- Bernardi, Frank*: Meilenstein Musterfeststellungsklage?, Legal Tribune Online vom 17.04. 2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/persistent/a_id/28103/> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- von *Bethmann-Hollweg, Moritz August*: Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Band 1, Bonn 1864.
- Bettermann, Karl August*: Hundert Jahre Zivilprozeßordnung, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 91, 1978, S. 365–397.
- Boehmer, Gustav*: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band 1, Tübingen 1950.
- Bokelmann, Erika*: „Rechtswegsperre“ durch Prozeßkosten, Zeitschrift für Rechtspolitik 1973, S. 164–171.
- Bomsdorf, Falk*: Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO, Berlin 1971.
- Bötticher, Eduard*: Die Gleichheit vor dem Richter: Rede anlässlich der Feier des Rektorwechsels am 11. November 1953, Hamburg 1954.
- Brand, Peter-Andreas*: Grenzen zivilprozessualer Wahrheit und Gerechtigkeit – Disclosure- und Discovery-Elemente im deutschen Zivilverfahrensrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 3558–3563.
- Brehm, Wolfgang*: Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982.
- ders.*: Arbeitsteilung zwischen Gericht und Anwalt – eine ungenutzte Chance, Anwaltsblatt. Sonderheft 1983, S. 193–197.
- Breidenbach, Stephan, et. al.*: Rechtshandbuch Legal Tech, 1. Auflage, München 2018.
- Breuer, Kai*: Übernationale Rechtsgrundlagen für die Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Unterhaltstiteln, Der Familien-Rechts-Berater 2014, S. 30–36.
- Briggs, Lord Justice Michael*: Chancery Modernisation Review: Final Report, London 2013.
- ders.*: Civil Courts Structure Review: Interim Report, London 2015.
- ders.*: Civil Courts Structure Review: Final Report, London 2016.
- Brüggemann, Dieter*: Judex statutor und judex investigator: Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess, Bielefeld 1968.
- Bruns, Alexander*: Maximendenken im Zivilprozessrecht – Irrweg oder Zukunftschance?, in: *ders./Münch, Joachim/Stadler, Astrid* (Hrsg.): Die Zukunft des Zivilprozesses: Freiburger Symposium am 27. April 2013 anlässlich des 70. Geburtstages von Rolf Stürner, Tübingen 2014, S. 53–67.
- ders.*: Gruppenklagen als Erscheinungsformen eines sozialen Zivilprozesses in der Marktgemeinschaft?, in: *ders./Stürner, Rolf* (Hrsg.): Globalisierung und Sozialstaatsprinzip: ein japanisch-deutsches Symposium, Tübingen 2014, S. 255–277.
- ders.*: Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen?, Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 2753–2757.
- Buchner, Jenny*: Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa – Die grenzüberschreitende Durchsetzung des europäischen Verbraucherrechts bei Bagatellschäden, Göttingen 2015.
- Bullinger, Martin*: Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart 1968.

- ders.*: Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart, in: Löwisch, Manfred/Schmidt-Leithoff, Christian/Schmiedel, Burkhard (Hrsg.): Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70 Geburtstag, München 1991, S. 69–91.
- von Bülow, Oskar*: Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
- ders./Fechler, L./Braun, Johann* (Hrsg.): Gemeines deutsches Zivilprozessrecht: Vorlesungsnachschrift von L. Fechler aus dem Wintersemester 1868/69, Tübingen 2003.
- Büttner, Hermann*: Zugangsschranken zur Rechtsmittelinstanz, BRAK-Mitteilungen 1999, S. 50–55.
- Cahn, Andreas*: Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht, Archiv für die civilistische Praxis, Band 198, 1998, S. 35–71.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert).
- Calliess, Graf-Peter*: Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.
- ders.*: Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts, Archiv für die civilistische Praxis, Band 203, 2003, S. 575–602.
- ders.*: Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? Gutachten A, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags Band I: Gutachten, München 2014.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Band 184, 1984, S. 201–246.
- ders.*: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, Archiv für die civilistische Praxis, Band 200, 2000, S. 273–364.
- Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant*: Access to justice. Vol. 1 & 2: A world survey, Milan 1978.
- dies./Trocker, Nicolò*: ACCESS TO JUSTICE: Comparative General Report, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 40, 1976, S. 669–717.
- Cavallini, Cesare*: Why is the Iura Novit Curia Principle not Applied Yet in English Law?, *Global Jurist* 2017, S. 20170010.
- Chiusi, Tiziana*: Die umfassende Dimension des römischen Privatrechts, in: *Neuner, Jörg* (Hrsg.): Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, S. 3–26.
- Christl, Gerhard*: Massenklagen via Internet – ein Ersatz für Muster- und Sammelklagen?, *Neue Justiz* 2017, S. 309–313.
- Conen, Claudia/Gramlich, Ludwig*: Das geplante Gesetz zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten – Die Umsetzung der ADR-Richtlinie 2013/11/EU: Meilenstein oder Bevormundung für deutsche Verbraucher?, *Neue Justiz* 2014, S. 494–502.
- Cook, Michael*: A simple solution to the ludicrous lottery of litigation costs, *The Times* vom 26.02.2002.
- Crick, Bernard R.*: Socialism, New York 1987.
- Cwmgiedd, Lord Thomas*: Reshaping Justice, London 2014.
- Dahlmanns, Gerhard J.*: Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozessrechts im 19. Jahrhundert, Aalen 1971.
- Damaška, Mirjan R.*: The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process, New Haven 1986.
- Damrau, Jürgen*: Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877, Paderborn 1975.

- Dauner-Lieb, Barbara*: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983.
- dies./Langen, Werner* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, 3. Auflage, Band 2/2 (§§ 611–853), Baden-Baden 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dauner-Lieb/Langen).
- Derleder, Peter*: Vertragspflichten als Sozialpflichten, Kritische Justiz 1986, S. 263–280.
- Dethloff, Nina*: Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 2225–2230.
- Deubner, Karl*: Willkürliche Präklusion von Parteivorbringen, Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 1945–1946.
- Di Fabio, Udo*: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, Neue Juristische Wochenschrift 1990, S. 947–954.
- Diakonis, Antonios*: Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess: zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 142 ff. und 448 ZPO, Tübingen 2014.
- Diederichsen, Uwe*: Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 81, 1968, S. 45–69.
- Djankov, Simeon, et. al.*: Courts, The Quarterly Journal of Economics 2003, S. 453–517.
- Dölling, Birger*: Die Voraussetzungen der Beweiserhebung im Zivilprozess, Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 3121–3127.
- ders.*: Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht – Spielball der Interessen?, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 124–130.
- Dorndorfer, Josef, et. al.*: Beck’scher Online-Kommentar Kostenrecht, 22. Edition, München 15.05.2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GKG).
- Domat, Jean*: Les lois civiles dans leur ordre naturel, Tome I, Seconde Edition, Paris 1697.
- Dreher, Meinrad*: Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JuristenZeitung 1997, S. 167–178.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.): Urheberrechtsgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze UrhG).
- Dreymüller, Dagmar*: Die Reform des englischen Zivilprozessrechts – Eine Abkehr von fundamentalen Grundsätzen des englischen Zivilprozessrechts unter Annäherung an den deutschen Zivilprozess?, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich des Rechts der Entwicklungsländer und der ethnologischen Rechtsforschung 2002, S. 471–481.
- Dudenredaktion*: Die Grammatik – Unentbehrlich für richtiges Deutsch, 9. Auflage, Berlin 2016.
- Dutta, Anatol*: Nationales Mahnverfahren und die Effektivität des europäischen Verbraucherschutzes, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 126, 2013, S. 153–173.
- Duve, Christian/Pfizner, Tanja V.*: Braucht der Kapitalmarkt ein neues Gesetz für Massenverfahren?, Betriebs-Berater 2005, S. 673–679.
- Dwyer, Déirdre*: What is the Meaning of CPR R 1.1(1)?, in: *dies.* (Hrsg.): The Civil Procedure Rules Ten Years On, Oxford 2009, S. 65–73.
- Ebers, Martin*: From Océano to Asturcom; Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata, European Review of Private Law 2010, S. 823–846.
- Effer-Uhe, Daniel Oliver*: Die Parteivernehmung: Überlegungen zu einer verstärkten Nutzbarmachung von § 448 ZPO, Baden-Baden 2015.
- EG-Kommission*: Grünbuch über ein Europäisches Mahnverfahren und über Massnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert vom 20.12.2002, 2002.

- dies.*: Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vom 19.12.2005, 2005.
- dies.*: Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 02.04.2008, 2008.
- Eidenmüller, Horst/Engel, Martin*: Schlichtungszwang in Verbraucherstreitigkeiten, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 128, 2015, S. 149–163.
- Engel, Martin*: Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1633–1637.
- Engländer, Armin*: Diskurs als Rechtsquelle?: zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 37. Edition, München 15.05.2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG).
- Esser, Josef*: Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates: Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, Wien 1949.
- ders.*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970.
- Fasching, Hans W.*: Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung, in: Gerhardt, Walter, et al. (Hrsg.): Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, S. 161–174.
- Fawcett, Edmund*: Liberalism: The Life of an Idea, Princeton 2015.
- Fest, Timo*: Cartel Damage Claims – Zur Forderungseinziehung durch Inkassogesellschaften, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2015, S. 705–712.
- Fetscher, Iring*: Für eine bessere Gesellschaft: Studien zu Sozialismus und Sozialdemokratie, Wien 2007.
- Fikentscher, Wolfgang*: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung – Band III – Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976.
- Finger, Peter*: Verordnung EG Nr. 4/2009 des Rates (EuUnterhaltsVO), Familie und Recht 2011, S. 254–262.
- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992.
- Fölsch, Peter*: Der Regierungsentwurf zur Einführung der Musterfeststellungsklage, Deutsche Richterzeitung 2018, S. 214–217.
- Frank, Tobias/Henke, Sebastian/Singbartl, Jan*: Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – Auswirkungen auf den kollektiven Rechtsschutz?, Verbraucher und Recht 2016, S. 333–340.
- Frechen, Fabian/Kochheim, Martin L.*: Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 1213–1217.
- Frenz, Walter*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11.11.2015 (C-505/14) – Zwischen Effektivität des Beihilfenverbots und Rechtssicherheit, Deutsches Verwaltungsblatt 2016, S. 45–47.
- Friedman, Milton/Friedman, Rose D.*: Free to choose: a personal statement, 1st edition, New York 1980.
- Fries, Martin*: Verbraucherrechtsdurchsetzung, Tübingen 2016.
- ders.*: Man versus Machine: Using Legal Tech to Optimize the Rule of Law, Rochester, New York 2016.
- ders.*: PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 2860–2865.
- ders.*: Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte? Zusammenspiel von Smart Contracts mit dem Beweismittelrecht der ZPO, Anwaltsblatt 2018, S. 86–90.

- ders.*: Law and Autonomous Systems Series: Smart consumer contracts – The end of civil procedure?, Oxford Business Law Blog vom 29.03.2018, abrufbar unter: <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/03/smart-consumer-contracts-end-civil-procedure>> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- Gärditz, Klaus F.*: Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, München 2016.
- Gärtner, Julia*: Kurzer Prozess – Gedanken zu einer effizienten Arbeitsweise im richterlichen Zivildezernat, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 2596–2601.
- Gaier, Reinhard*: Der moderne liberale Zivilprozess, Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 2871–2876.
- Gaul, Hans Friedhelm*: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung: unter Berücksichtigung neuerer Tendenzen im deutschen Zivilprozeßrecht, Athen-Komotini 1986.
- ders.*: Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, Archiv für die civilistische Praxis, Band 168, 1968, S. 27–62.
- Gaupp, Ludwig*: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band I, Freiburg 1879.
- Gehb, Jürgen*: Zumutungen aus Karlsruhe: Die Instrumentalisierung des Justizgewährungsanspruchs zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Deutsche Richterzeitung 2005, S. 121–126.
- Geiger, Caroline*: Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess – Die Gruppenklage zur Durchsetzung von Massenschäden und ihre Auswirkungen, Tübingen 2015.
- Geipel, Andreas*: Brennpunkte der zivilrechtlichen Berufung, Zeitschrift für die Anwaltspraxis 2016, S. 1233–1248.
- Genn, Dame Hazel*: Do-it-yourself law: access to justice and the challenge of self-representation, Civil Justice Quarterly 2013, S. 411–444.
- Gerhardt, Walter*: Beweisvereitelung im Zivilprozeßrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Band 169, 1969, S. 289–316.
- Gern, Alfons*: Die Ermessensreduzierung auf Null, Deutsches Verwaltungsblatt 1987, S. 1194–1199.
- von Gierke, Otto*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889.
- Gilles, Peter*: Rechtsmittel im Zivilprozess: Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Frankfurt am Main 1972.
- ders.*: Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozeß, in: Lüke, Gerhard/Jauernig, Othmar (Hrsg.): Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183–202.
- ders.*: Zum Bedeutungszuwachs und Funktionswandel des Prozeßrechts, Juristische Schulung 1981, S. 402–409.
- ders.*: Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 98, 1985, S. 1–31.
- Göbel, Karl*: Prozeßzweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozess, Königstein 1980.
- Goff of Chieveley, Lord Robert*: The Role of the Judge in England, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 58, 1994, S. 443–448.

- Gogolin, Marco*: Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch – Anforderungen und Bedürfnisse einer modernen Rechtshilfe unter Einordnung sozialer und gesellschaftlicher Entwicklungen und Einbeziehung aktueller europäischer und internationaler Rechtsentwicklungen, Berlin 2015.
- Goldschmidt, James*: Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens, Berlin 1925.
- Gomille, Christian*: Informationsproblem und Wahrheitspflicht: ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess, Tübingen 2016.
- ders.*: Der nicht aufklärbare Sachverhalt, *JuristenZeitung* 2018, S. 711–719.
- Gottwald, Peter*: Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, in: Bruns, Alexander, et. al. (Hrsg.): Festschrift für Rolf Schmidt zum 70. Geburtstag, 1. Teilband: Deutsches Recht, Tübingen 2013, S. 301–313.
- Gottwald, Walther*: Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland, *Familie Partnerschaft Recht* 2004, S. 163–168.
- Grabitz, Eberhardt/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 63. Ergänzungslieferung, München Dezember 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Graef, Ralph Oliver*: Die Notwendigkeit des Anwaltszwangs in § 78 I ZPO: Eine rechtsvergleichende Standortbestimmung am Beispiel Englands, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1995, S. 450–453.
- Grässler, Florian*: War die DDR totalitär? eine vergleichende Untersuchung des Herrschaftssystems der DDR anhand der Totalitarismuskonzepte von Friedrich, Linz, Bracher und Kielmansegg, 1. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Greger, Reinhard*: Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik – neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 113, 2000, S. 399–412.
- ders.*: Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, S. 2457–2463.
- ders.*: Veränderungen und Entwicklungen des Beweisrechts im deutschen Zivilprozess, *BRAK-Mitteilungen* 2005, S. 150–155.
- ders.*: Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2014, S. 312–316.
- ders.*: Infrastruktur der künftigen Verbraucherstreitbeilegung: Zugang und Organisation, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 128, 2015, S. 137–148.
- Grimm, Dieter*: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1987.
- Grimwood, Gabrielle Garton*: Litigants in person: the rise of the self-represented litigant in civil and family cases, Briefing Paper Number 07113, 14 January 2016, London 2016.
- Gröschner, Rolf*: Der Streit als Vater aller Fälle, *Juristenzeitung* 2018, S. 737–745.
- Groß, Ingo Michael* (Hrsg.): Beratungshilfe Prozesskostenhilfe Verfahrenskostenhilfe – BerH/PKH/VKH – Kommentar, 13. Auflage, Heidelberg 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Groß, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe).
- Gruber, Urs Peter*: Die neue EG-Unterhaltsverordnung, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010, S. 128–139.
- ders.*: Die Vollstreckbarkeit ausländischer Unterhaltstitel – altes und neues Recht, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2013, S. 325–330.
- ders./Kießling, Erik*: Die Vorlagepflichten der §§ 142ff ZPO nach der Reform 2002, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 116, 2003, S. 305–333.

- Gsell, Beate*: Die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen mit Verbraucherbeteiligung und Drittstaatenbezug unter der neuen EuGVVO, in: Hilbig-Lugani, Katharina (Hrsg.): Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2014, S. 403–412.
- dies.*: Entwicklungen im Europäischen Verbraucherzuständigkeitsrecht, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 127, 2014, S. 431–460.
- dies., et. al.* (Gesamthrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGB).
- Guski, Roman*: Konfliktermöglichung durch überindividuellen Rechtsschutz: Funktion und Dogmatik der Verbandsklage, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 131, 2018, S. 353–372.
- Gusy, Christoph*: Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 105, 1980, S. 279–310.
- Habbe, Julia Sophia/Gieseler, Konrad*: Einführung von Musterleistungsklagen in Verbraucherangelegenheiten – Effizienzsteigerung oder Systembruch?, Betriebs-Berater 2016, S. 3018–3021.
- dies.*: Einführung einer Musterfeststellungsklage – Kompatibilität mit zivilprozessualen Grundlagen, Betriebs-Berater 2017, S. 2188–2191.
- dies.*: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung von Musterklagen aus deutscher Perspektive, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 227–230.
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung, 5. Auflage, Frankfurt am Main 1997.
- Habscheid, Walther J.*: Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, Juristische Rundschau 1958, S. 361–367.
- dies.*: Richtermacht oder Parteifreiheit – Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 81, 1968, S. 175–196.
- Hadden, Jason*: Do litigants in person have an unfair advantage?, Lexis Nexis Family Law-Blog vom 03.02.2017, abrufbar unter: <http://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/do-litigants-in-person-have-an-unfair-advantage> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- Hadding, Walther*: Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozessrechts, JuristenZeitung 1970, S. 305–312.
- Hager, Günter*: Strukturen des Privatrechts in Europa: eine rechtsvergleichende Studie, Tübingen 2012.
- Hahn, Carl*: Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungs-gesetz zu derselben vom 30.1.1877, Berlin 1880.
- Halfmeier, Axel*: Popularklagen im Privatrecht – Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage, Tübingen 2006.
- dies.*: Vorglühen zur Musterfeststellungsklage, Verbraucher und Recht 2015, S. 441–443.
- Hart, Dieter*: Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, Die Aktiengesellschaft 1984, S. 66–80.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus.*: The concept of law, Third edition, Oxford 2012.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Kommentar, 4. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig).
- Hartmann, Peter*: Zivilprozeß 2001/2002 – Hunderte wichtiger Änderungen, Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 2577–2598.
- Hartung, Markus*: Noch mal: Klagen ohne Risiko – Prozessfinanzierung und Inkassodienstleistung aus einer Hand als unzulässige Rechtsdienstleistung?, Betriebs-Berater 2017, S. 2825–2829.

- Hau, Wolfgang*: Die Zuständigkeitsgründe der Europäischen Unterhaltsverordnung, Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht 2010, S. 516–519.
- ders.*: Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 14.06.2012 (C-618/10, JZ 2012, 961) – Zur Frage der Klauselkontrolle bei Mahnanträgen, JuristenZeitung 2012, S. 964–966.
- ders.*: Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 81, 2017, S. 570–607.
- Hauck, Ronny*: Geheimnisschutz im Zivilprozess – was bringt die neue EU-Richtlinie für das deutsche Recht?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, S. 2218–2223.
- Haus, Florian C./Serafimova, Mariya*: Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße – die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, *Betriebs-Berater* 2014, S. 2883–2890.
- Heckelmann, Martin*: Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 504–510.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: Wissenschaft der Logik I, in: *Moldenhauer, Eva/Michel, Karl Markus*: Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke in zwanzig Bänden. Theorie-Werkausgabe, Band 5, Frankfurt am Main 1969.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000.
- Heinze, Christian*: Europäisches Primärrecht und Zivilprozess, *Europarecht* 2008, S. 654–690.
- ders.*: Surf global, sue local! Der europäische Klägergerichtsstand bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2011, S. 947–950.
- ders.*: Zivilprozessrecht unter europäischem Einfluss, *JuristenZeitung* 2011, S. 709–716.
- Heiß, Thomas Alexander*: Anmerkung zu BGH, Anerkenntnisurteil vom 6.5.2014 – X ZR 11/14, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 128, 2015, S. 109–118.
- Hellmann, Friedrich*: *Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz* Band 1, Erlangen 1878.
- ders.*: *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes für den akademischen und praktischen Gebrauch*, München 1886.
- Hellmann, Hans-Joachim/Steinbrück, Ben*: Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2017, S. 164–175.
- Hellriegel, Mathias*: Vertrauensschutz im Zuwendungsrecht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2009, S. 571–575.
- Hellwig, Konrad*: *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft: eine prozessuale Abhandlung mit Beiträgen zum bürgerlichen Recht, insbesondere zur Lehre von der Rechtsnachfolge und der Verfügungsmacht des Nichtberechtigten*, Leipzig 1901.
- ders.*: *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes*, Leipzig 1903.
- ders.*: *System des deutschen Zivilprozessrechtes*, Leipzig 1912.
- Henckel, Wolfram*: *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970.
- ders.*: *Vom Gerechtigkeitwert verfahrensrechtlicher Normen: Rektoratsrede gehalten von Dr. Wolfram Henckel, ordentlicher Professor an der Universität Göttingen*, Göttingen 1966.
- Henke, Horst-Eberhard*: Die aufklärende Prozessleitung des Zivilrichters, *JuristenZeitung* 2005, S. 1028–1034.
- Henning-Bodewig, Frauke*: Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2004, S. 713–720.

- Herb, Anja*: Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, Tübingen 2007.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995.
- Herrmann, Christoph*: Individualrechtsschutz gegen Rechtsakte der EU „mit Verordnungscharakter“ nach dem Vertrag von Lissabon, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 1352–1357.
- Herrmann, Peter W./Schlingloff, Jochen* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2 (UWG §§ 8–20), 2. Auflage, München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKoLauterkeitsrecht).
- Hess, Burkhard*: Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2004, S. 2329–2334.
- ders.*: Die Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts, JuristenZeitung 2005, S. 540–552.
- ders.*: Verbrauchermediation, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 118, 2005, S. 427–458.
- ders.*: Effektiver Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten aus deutscher und vergleichender Sicht, in: Gottwald, Peter (Hrsg.): Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten, Bielefeld 2006, S. 121–169.
- ders.*: „Private law enforcement“ und Kollektivklagen: Regelungsbedarf für das deutsche Zivilprozessrecht?, JuristenZeitung 2011, S. 66–74.
- ders./Bittmann, David*: Die Verordnungen zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens und eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen – ein substantieller Integrationsschritt im Europäischen Zivilprozessrecht, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2008, S. 305–314.
- ders./Michailidou, Chrisoula*: Das Gesetz über Musterverfahren zu Schadensersatzklagen von Kapitalanlegern, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 1381–1387.
- ders./Reuschle, Fabian/Rimmelpacher, Bruno* (Hrsg.): Kölner Kommentar zum KapMuG, 2. Auflage, Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: KK-KapMuG).
- von Hippel, Eike*: Der Schutz des Schwächeren, Tübingen 1986.
- von Hippel, Fritz*: Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess: Beiträge zum natürlichen Aufbau des Prozessrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1939.
- ders.*: Zur modernen konstruktiven Epoche der „deutschen Prozessrechtswissenschaft“, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 65, 1952, S. 424–464.
- Hirsch, Günter*: Richterrecht: Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt, Die Zeit Nr. 41/2003 vom 08.10.2003, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/reden/bildung_und_kultur/hirsch_bls> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- ders.*: Im Namen des Volkes: Gesetz – Recht – Gerechtigkeit, Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, S. 205–209.
- Hirtz, Bernd*: Gegen das Mantra von der Bindung des Berufungsgerichts, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 1642–1643.
- Hodges, Christopher*: England and Wales: Summary of the Jackson Costs Review, in: Vogenauer, Stefan/Tulibacka, Magdalena/Hodges, Christopher (Hrsg.): The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective, Oxford 2010, S. 303–312.
- ders.*: Consumer ADR in Europe, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2013, S. 195–197.
- ders.*: Reform of Civil Procedure, Costs and Funding (bislang unveröffentlichtes Manuskript), Oxford 2017.
- ders./Peysner, John/Nurse, Angus*: Litigation Funding: Status and Issues – Research Report, Centre for Socio-Legal Studies, Oxford 2012.

- Hoffmann, Roland*: Verfahrensgerechtigkeit: Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Paderborn 1992.
- Hoffman-Riem, Wolfgang*: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261–336.
- Hommerich, Christoph/Prütting, Hanns* (Hrsg.): Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis – Evaluation ZPO-Reform, Köln 2006.
- Honneth, Axel*: Die Idee des Sozialismus: Versuch einer Aktualisierung, Berlin 2015.
- Horn, Norbert*: Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 40–46.
- Horwitz, Morton J.*: The History of the Public/Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review 1982, S. 1423.
- Huber, Stefan*: Private Enforcement und Alternativen im Digitalen Binnenmarkt, in: Weller, Matthias/Wendtland, Matthias (Hrsg.): Digital Single Market – Bausteine eines Rechts in der Digitalen Welt, (noch nicht veröffentlicht).
- Hunke, Marc/Dübbers, Robert*: Anregung zur konkreten Normenkontrolle des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, Neue Justiz 2002, S. 184–186.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Band 2 (GWB), München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker GWB).
- Institut für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) der Leibniz Universität Hannover*: IPA Working Paper 1/2014 zum 70. Deutschen Juristentag in Hannover – Zivilprozess in Zahlen, Hannover 2014.
- Ipsen, Jörn*: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage, Heidelberg 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: HStR VII).
- Jackson, Lord Rupert*: Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report Volume I of May 2009, Norwich 2010.
- ders.*: Review of Civil Litigation Costs: Final Report of December 2009, Norwich 2010.
- ders.* (Hrsg.): White Book, Edition 2017, London 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: White Book 2017).
- Jacob, Sir Jack I. H.*: The fabric of English civil justice, London 1987.
- Jacoby, Florian*: Der Musterprozeßvertrag: die gewillkürte Bindung an gerichtliche Entscheidungen, Tübingen 2000.
- Janal, Ruth M.*: Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, Tübingen 2015.
- Janssen, Helmut*: Schadensersatz wegen Verletzung des Kartellrechts – Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie, Compliance-Berater 2015, S. 35–40.
- Jauernig, Othmar*: Nochmals: Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und der Zwangsvollstreckung, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 66, 1953, S. 398–417.
- ders.*: Materielles Recht und Prozeßrecht, Juristische Schulung 1971, S. 329–334.
- ders.*: Der Bundesgerichtshof und das Zivilprozeßrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre –, in: ders./Roxin, Claus (Hrsg.): 40 Jahre Bundesgerichtshof. Festveranstaltung am 1. Oktober 1990 mit Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes, Heidelberg 1991, S. 28–65.
- ders.*: „Übergestülptes Recht?“ Zur Rechts- und Bewußtseinslage nach dem Einigungsvertrag, Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 2705–2711.

- ders./Hess, Burkhard*: Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011.
- Jellinek, Georg*: Das Recht des modernen Staats – Erster Band. Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Berlin 1905.
- ders.*: Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. durchgesehene Auflage, Berlin 1908.
- Jenard, Paul*: Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Signed at Brussels, 27 September 1968), ABl. C-59/1, Brüssel 1979.
- von Jhering, Rudolf*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil, Zweite Abtheilung, Leipzig 1858.
- ders.*: Der Kampf um's Recht, Wien 1872.
- ders.*: Zweck im Recht – Erster Band, 2. umgearbeitete Auflage, Leipzig 1884.
- Joerges, Christian*: Verbraucherschutz als Rechtsproblem: Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts, Heidelberg 1981.
- Jolowicz, John Anthony*: On the nature and purposes of civil procedural law, Civil Justice Quarterly 1990, S. 262–279.
- ders.*: The Woolf Report and the adversary system, Civil Justice Quarterly 1996, S. 198–210.
- ders.*: Adversarial and inquisitorial models of civil procedure, International & Comparative Law Quarterly 2003, S. 281–295.
- ders.*: Civil litigation: what's it for?, Cambridge Law Journal 2008, S. 508–520.
- Jung, Marcus*: Musterklage – das stumpfe Schwert für Verbraucher, Anwaltsblatt. Sonderheft 2017, S. 185.
- Jung, Thomas*: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Erlangen 1990.
- Junker, Abbo*: Internationales Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2015.
- Kahl, Wolfgang*: Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, Juristische Ausbildung 2002, S. 721–729.
- Kähler, Lorenz*: Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012.
- Kalbfus, Björn*: Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, S. 1009–1017.
- Kant, Immanuel*: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Kant's gesammelte Schriften – Akademieausgabe Band IV, Berlin 1911, S. 385–464.
- Kapoor, Arun*: Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, 1. Auflage, Baden-Baden 2009.
- Kaulartz, Markus/Heckmann, Jörn*: Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, Computer und Recht 2016, S. 618–624.
- Kehrberger, Roman*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.07.2017, Az. I ZR 68/16 – Zur sekundären Darlegungslast für die Mitbenutzung eines Internetanschlusses durch Dritte, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2017, S. 675–676.
- ders.*: BGH: „Datenautomatik“ in Mobilfunktarifen rechtmäßig – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 05.10.2017 – III ZR 56/17, Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmayer-Möhring 2017, 400195.
- ders./Roggenkemper, Daniel*: Anmerkung zum Urteil des LG Hildesheim vom 17.01.2017, Az. 3 O 139/16 – Zur deliktischen Haftung des Herstellers im Dieselskandal, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2017, S. 175–176.
- Keiser, Thorsten*: Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2013, S. 83–101.

- Kelsen, Hans*: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 1. Auflage, Tübingen 1922.
- ders.*: Reine Rechtslehre, Nachdruck der zweiten, vollständig neu bearbeiteten und erweiterten Auflage von 1960, Wien 2009.
- Kenntner, Markus*: Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 785–789.
- Kern, Christoph A.*: Justice between Simplification and Formalism, Tübingen 2007.
- ders.*: Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement, Zeitschrift für Zivilprozess International, Band 12, 2007, S. 351–378.
- ders.*: The Role of the Supreme Court, Revista de Processo, Band 228, ano 39, 2014, S. 15–36.
- ders.*: Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen und die gemeineuropäischen Verfahrensgrundsätze, JuristenZeitung 2012, S. 389–398.
- ders.*: Der spanische Zivilprozess vor dem EuGH – zwischen Parteiherrschaft und Gemeinwohlinteressen, in: Stumpf, Cordula/Kainer, Friedemann/Baldus, Christian (Hrsg.): Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration – Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015, Baden-Baden 2015, S. 400–409.
- Kersten, Jens*: Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, Tübingen 2000.
- Keßler, Jürgen*: Private Enforcement – Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, S. 1061–1070.
- ders.*: Die europäische Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht – Cui bono?, Verbraucher und Recht 2015, S. 83–92.
- Kieninger, Eva-Maria*: Die Abschaffung des Vollstreckbarerklärungsverfahrens in der EuGVVO und die Zukunft des Verbraucherschutzes, Verbraucher und Recht 2011, S. 243–249.
- Kilian, Matthias*: Musterfeststellungsklage – Meinungsbild der Anwaltschaft, Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 72–75.
- Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim* (Hrsg.): Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf).
- Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Band 1 (§§ 1–79 InO, InsVV), München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKoInsO).
- Kirchner, Christian*: Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in: Hoffman-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 63–84.
- Kisch, Wilhelm*: Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, Judicium Band I, 1928/1929, S. 1–30.
- Kissel, Otto Rudolf*: 125 Jahre Reichsjustizgesetze, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 2872–2876.
- Klein, Franz*: Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse: Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901, Dresden 1901.
- ders./Engel, Friedrich*: Der Zivilprozess Österreichs, Mannheim 1927.
- Kleinknecht, Andreas*: Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht, Berlin 2007.

- Klocke, Daniel Matthias*: Rechtsschutz in kollektiven Strukturen – Die Verbandsklage im Verbraucher- und Arbeitsrecht, Tübingen 2016.
- Klose, Bernhard*: Entwicklungen bei der außergerichtlichen Streitbeilegung, *Neue Justiz* 2018, S. 12–17.
- Klumpe, Gerhard/Thiede, Thomas*: Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, *Betriebs-Berater* 2016, S. 3011–3018.
- dies.*: Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle – Gedankensplitter aus der Praxis, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2016, S. 471–473.
- Klunzinger, Eugen*: Die Novellierung des Rechts der Gerichtsstandsvereinbarung, *Juristische Rundschau* 1974, S. 271–274.
- Knaak, Roland*: Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil* 2004, S. 745–750.
- Koch, Hans-Joachim*: Die Verbandsklage im Umweltrecht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, S. 369–379.
- Koch, Harald*: Verbraucherprozessrecht – Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes, Heidelberg 1990.
- Koch, Raphael*: Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess: Ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richteramt, zur Wechselwirkung von Materiellem Recht und Prozessrecht sowie zur Risikoverteilung, Tübingen 2013.
- dies.*: Grund und Grenzen kollektiver Rechtsdurchsetzung, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 2016, S. 351–360.
- Kocher, Eva*: Funktionen der Rechtsprechung – Konfliktlösung im deutschen und europäischen Verbraucherprozessrecht, Tübingen 2007.
- Kodek, Georg E.*: Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Urteil vom 23.12.2015 (C-297/14) – Zum Verbrauchergerichtsstand nach EuGVVO bei Ausstrahlung eines Verbrauchervertrags auf wirtschaftlich verbundene Verträge, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2016, S. 223–224.
- Köhler, Helmut*: Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts – eine Aufgabe für das Bundeskartellamt?, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2018, S. 519–524.
- dies./Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jens* (Hrsg.): *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 36. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen).
- Kohler, Josef*: Der Prozess als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses, Mannheim 1888.
- Konrad, Sabine*: Der Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, S. 710–713.
- Kötz, Hein*: Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, *Juristische Schulung* 2013, S. 289–296.
- Kraayvanger, Jan/Hilgard, Mark C.*: Urkundenvorlegung im Zivilprozess, *Neue Justiz* 2003, S. 572–575.
- Kramer, Xandra E.*: The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, S. 355–373.
- Kranz, Dagmar*: Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2017, S. 1099–1103.
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H.* (Hrsg.): *Handbuch Managerhaftung Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereiche*, 3. Auflage, Köln 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Krieger/Schneider, *Handbuch Managerhaftung*).

- Kriele, Martin*: Richterrecht und Rechtspolitik, Zeitschrift für Rechtspolitik 2008, S. 51–53.
- Kroppenberg, Inge*: Zum Rechtsschutzbereich der Rüge gemäß § 321a ZPO, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 116, 2003, S. 421–446.
- Krüger, Wolfgang*: Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen materiellem und formellem Recht, Neue Juristische Wochenschrift 1990, S. 1208–1213.
- Kuhn, Sascha/Löhr, Marcel*: Die Urkundenvorlage nach § 142 ZPO im Spannungsfeld zwischen Sachverhaltsaufklärung und Beibringungsgrundsatz, Juristische Rundschau 2011, S. 369–375.
- Kühne, Armin/Woitz, Steffen*: Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: „Follow-on“-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher, Der Betrieb (Beilage) 2015, S. 1028–1032.
- Kumm, Nina*: Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verbrauchergerichtsstandes im deutschen Zivilprozessrecht, Frankfurt am Main 2007.
- dies.*: Zur Anwendbarkeit des EGV 44/2001 Art 16 auf reine Inlandssachverhalte, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2008, S. 619–620.
- Kunze, Axel*: § 495a ZPO – mehr Rechtsschutz ohne Zivilprozeßrecht?, Neue Juristische Wochenschrift 1995, S. 2750–2753.
- Kury, Otmar*: Die Zukunft des Zivilprozesses, Zeitschrift für Rechtspolitik 2018, S. 1.
- Kutschaty, Thomas/Freudenberg, Tobias/Gerhardt, Rudolf*: „Wir brauchen eine verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage“, Zeitschrift für Rechtspolitik 2017, S. 27–29.
- Kwaschik, Annett*: Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess: zugleich ein Beitrag zur Konkretisierung von Rechtsprinzipien, Tübingen 2004.
- Lames, Peter*: Rechtsfortbildung als Prozesszweck, Tübingen 1993.
- Lang, Sonja*: Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäss § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Frankfurt am Main 2007.
- Langenbucher, Katja*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht: eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, München 1996.
- Langheid, Theo/Wandt, Manfred* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 2 (§§ 100–216 VVG), 2. Auflage, München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Langheid/Wandt, MüKoVVG).
- Laukemann, Björn*: Die Relativierung der res judicata im Europäischen Beihilferecht, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht 2016, S. 172–178.
- Laumen, Hans-W.*: Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweiserleichterndes Phänomen, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 3739–3746.
- dies.*: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beweisvereitelung, Monatsschrift für Deutsches Recht 2009, S. 177–180.
- Leipold, Dieter*: Zivilprozeßrecht und Ideologie – am Beispiel der Verhandlungsmaxime, JuristenZeitung 1982, S. 441–448.
- dies.*: Limiting Costs for Better Access to Justice: The German Approach, in: Zuckerman, Adrian/Cranston, Ross (Hrsg.): Reform of Civil Procedure: Essays on „Access to Justice“, Oxford 1995, S. 265–278.
- Lent, Friedrich*: Zivilprozessrecht – ein Studienbuch, 1. Auflage, München 1947.
- Lenz, Sebastian*: Die verfassungsrechtliche Perspektive der Präklusionsvorschriften, Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 2551–2557.
- Leufgen, Andrea*: Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, 1. Auflage, Baden-Baden 2007.

- Levin, Karl Heinrich*: Die Entlastungsverordnung vom 9 September 1915 und die Neugestaltung des Bürgerlichen Rechtsstreits, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 60, 1916, S. 1–55.
- Liu, Ming-Sheng*: Die richterliche Hinweispflicht: Dogmatik und Rechtskultur, Frankfurt am Main 2009.
- Lobinger, Thomas*: Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, Archiv für die civilistische Praxis, Band 216, 2016, S. 28–106.
- Looschelders, Dirk/Heinig, Jens*: Der Gerichtsstand am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Versicherungsnehmers nach § 215 VVG, Juristische Rundschau 2008,
- Lorenz, Stephan*: Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München 1997.
- Löwe, Walter*: Einschränkung von Gerichtsstandsvereinbarungen, Zeitschrift für Rechtspolitik 1970, S. 97–100.
- ders.*: Einschränkung von Gerichtsstandsvereinbarungen, Zeitschrift für Rechtspolitik 1972, S. 127–128.
- ders.*: Endlich mehr Verbraucherschutz bei „Haustürgeschäften“, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1985, S. 1363.
- Luhmann, Niklas*: Legitimation durch Verfahren, 10. Auflage, Frankfurt am Main 2017.
- Lüke, Gerhard*: Die Prozeßführungsbefugnis, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 78, 1963, S. 1–31.
- ders./Wax, Peter* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur ZPO, Aktualisierungsband zur ZPO-Reform, 2. Auflage, München 2002 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKoZPO 2. Aufl. (2002)).
- Lüke, Wolfgang*: Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München 2011.
- Lüpke, Tobias/Müller, Robert*: Pre-Trial Discovery of Documents und § 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung 2002, S. 588–589.
- Lüttringhaus, Jan D.*: Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt: Die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO, Tübingen 2018.
- MacCormick, D. Neil*: Der Rechtsstaat und die rule of law, JuristenZeitung 1984, S. 65–70.
- Mackie, John Leslie*: Causes and Conditions, American Philosophical Quarterly 1965, S. 245–264.
- Mächtle, Cathrin*: Individualrechtsschutz in der Europäischen Union, Juristische Schulung 2015, S. 28–32.
- Mafra Leal, Marcio Flavio*: Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen: eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung in Brasilien und Deutschland, Frankfurt am Main 2010.
- Makatsch, Tilman/Mir, Arif Sascha*: Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 7–13.
- Mallmann, Roman A./Lübbig, Thomas*: Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2016, S. 518–522.
- Mankowski, Peter*: Änderungen im Internationalen Verbraucherprozessrecht durch die Neufassung der EuGVVO, Recht der internationalen Wirtschaft. Beilage 2014, S. 625–631.

- ders.*: Die internationale Zuständigkeit nach Art. 3 EuUnterhVO und der Regress öffentlicher Einrichtungen, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, S. 249–254.
- ders.*: Anmerkung zur Entscheidung des EuGH, Urteil vom 23.12.2015 – C-297/14 – Gerichtsstand bei mit einem Verbrauchervertrag in enger Verbindung stehenden Verträgen bestimmt sich nach dem Wohnsitzstaat, *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, S. 699–700.
- Matthei, Simone*: Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGMR auf die ZPO, Frankfurt am Main 2000.
- Maultzsch, Felix*: Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2010.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman, et. al.* (Hrsg.): *Maunz/Dürig Grundgesetz*, 82. Ergänzungslieferung, München Januar 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig GG*).
- Maunz, Theodor (Begr.)/Schmidt-Bleibtreu, Bruno, et. al.* (Hrsg.): *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 53. Ergänzungslieferung, München Februar 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG*).
- McGuire, Mary-Rose*: Die materielle Prozessleitung zwischen richterlicher Hilfe und staatlicher Bevormundung: § 139 dZPO und §§ 182 f. öZPO im Vergleich, in: *Peer, Gundula Maria* (Hrsg.): *Die soziale Dimension des Zivilrechts – Zivilrecht zwischen Liberalismus und sozialer Verantwortung*: Salzburger Tagung, 10. – 13. September 2003, Stuttgart 2004, S. 99–128.
- dies.*: Beweismittelvorlage und Auskunftsanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil 2005, S. 15–22.
- dies.*: Die richtlinienkonforme Auslegung des § 142 ZPO: Anmerkung zu BGH 1.8.2006 – X ZR 114/03 – Restschadstoffverwertung, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2007, S. 34–38.
- dies.*: Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind?, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2015, S. 424–436.
- zu Megede, Friedrich Carl*: Gerichtsstandsvereinbarungen nur zwischen Kaufleuten, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1969, S. 200–201.
- Meilicke, Wienand*: Verstöße eines Richters gegen das Recht auf rechtliches Gehör: Erfordernis einer fachgerichtlichen Abhilfemöglichkeit, *Der Betrieb* (Beilage) 2003, S. 1573.
- Meller-Hannich, Caroline*: Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung, Tübingen 2005.
- dies.*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Eine Zwischenbilanz, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2011, S. 180–191.
- dies.*: Der Verbraucherprozess, in: *Kohte, Wolfhard/Absenger, Nadine* (Hrsg.): *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs – Festschrift für Armin Höland*, Baden-Baden 2015, S. 659–684.
- dies.*: Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess? Gutachten A, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentags Band I: Gutachten, München 2018.
- dies./Höland, Armin*: Kollektiver Rechtsschutz im Verbraucherrecht, *Deutsche Richterzeitung* 2011, S. 164–167.

- dies./Höland, Armin/Krausbeck, Elisabeth: „ADR“ und „ODR“: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2014, S. 8–38.
- Menashe, Doron/Gruner, Eyal: Litigants in person and the risk of error – a new perspective on Rabea Assy’s „Injustice in Person: The Right to Self-Representation“, *Civil Justice Quarterly* 2016, S. 237–257.
- Menke, Christoph: *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.
- Mercier, Hugo: Confirmation bias – myside bias, in: Pohl, Rüdiger F (Hrsg.): *Cognitive Illusions: Intriguing Phenomena in Judgement, Thinking and Memory*, New York 2016, S. 99–114.
- Meyer, Jürgen (Hrsg.): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Auflage, Baden-Baden 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Meyer, GRCh).
- Meyer, Peter: Wandel des Prozessverständnisses vom liberalen zum sozialen Zivilprozess?, *Juristische Rundschau* 2004, S. 1–6.
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/ von Raumer, Stefan (Hrsg.): *EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK).
- Meyske, Rolf: Zur Anhörung der Parteien im Zivilprozeß, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1987, S. 358–362.
- Micklitz, Hans-W.: Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Gutachten A, *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags Band I: Gutachten*, München 2012.
- von Mises, Ludwig: *Liberalismus*, 4. Auflage, Sankt Augustin 2006.
- Möller, Christian: Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens, *Juristische Arbeitsblätter* 2010, S. 47–52.
- Montenbruck, Axel: *Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen*, 3. Auflage, Berlin 2016.
- Moorhead, Richard: The Passive Arbitrator: Litigants in Person and the Challenge to Neutrality, *Social & Legal Studies* 2007, S. 405.
- Morsbach, Petra: *Justizpalast*, München 2017.
- Müller, Klaus/Steineke, Sebastian: Pro und Contra: „Brauchen Deutschlands Verbraucher Sammelklagen?“, *Recht und Politik* 2016, S. 98–99.
- Müller, Michael: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14.11.2013 (C-478/12; EuZW 2014, 33) – Zu der Anwendbarkeit des Art. 16 Abs. 1 Alt. 2, 15 Abs. 1 c der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 für einen Reiseveranstalter, für den der Auslandsbezug fehlt, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2014, S. 34–35.
- Münch, Joachim: Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in: Oestmann, Peter (Hrsg.): *Zwischen Formstrenge und Billigkeit – Forschungen zum Vormodernen Zivilprozeß*, Köln 2009, S. 55–103.
- ders.: Grundfragen des Zivilprozesses – Sinngehalt der Lehre vom Prozeßzweck, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.): *Die Zukunft des Zivilprozesses: Freiburger Symposium am 27. April 2013 anlässlich des 70. Geburtstages von Rolf Stürner*, Tübingen 2014, S. 5–51.
- Münchbach, Werner: Hypertrophie von Einzelfallgerechtigkeit versus Rechtssicherheit – „Infektiöser Perfektionismus“ in der Rechtsprechung – , in: *Bruns, Alexander, et. al.* (Hrsg.): *Festschrift für Rolf Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1. Teilband: *Deutsches Recht*, Tübingen 2013, S. 389–403.
- Musiak, Hans-Joachim: *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin 1975.

- ders./Voit, Wolfgang* (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 15. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO).
- dies.*: Grundkurs ZPO: eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung) mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren, 13., neu bearbeitete Auflage, München 2016.
- Nardone, Sebastian*: Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, *Der Deutsche Rechtspfleger* 2009, S. 72–76.
- Nassall, Wendt*: Die Grenzen des Ermessens des Berufungsgerichts bei der Anordnung der Wiederholung einer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 98, 1985, S. 313–324.
- Netzer, Felix*: Legal Tech und kollektive Rechtsverfolgung Die geplante Musterfeststellungsklage – (k)ein Fall für den digitalen Zivilprozess?, *Anwaltsblatt. Sonderheft* 2018, S. 280–284.
- Neuberger, Lord David*: Framing a new procedural culture, *Civil Justice Quarterly* 2015, S. 237–243.
- Neuhaus, Kai-Jochen*: Richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht der alten und neuen ZPO – Überblick und Praxishilfen, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2002, S. 438–444.
- Neuner, Jörg*: Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007.
- Nickerson, Raymond S.*: Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, *Review of General Psychology* 1998, S. 175–220.
- Nicolai, Jakob/Wölber, Jill*: Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2018, S. 229–233.
- Niese, Werner*: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre, Göttingen 1950.
- Nober, Robert/Ghassemi-Tabar, Nima*: Die Hinweispflicht im Zivilprozess – Eine nicht zu unterschätzende praktische Herausforderung aus Richter- und Anwaltssicht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, S. 3265–3270.
- Nörr, Knut Wolfgang*: Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses in ausgewählten Kapiteln, Tübingen 2015.
- Oechler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag: die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997.
- Oh, Chöng-hu*: Der Prozeßstoff der zweiten Instanz im Zivilprozeß in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877, Berlin 2004.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza UWG).
- Olzen, Dirk*: Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 98, 1985, S. 403–426.
- Ost, Konrad*: Das Bundeskartellamt als neuer Akteur der Verbraucherrechtsdurchsetzung, *Verbraucher und Recht* 2018, S. 121–123.
- Osterloh-Konrad, Christine*: Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch: zivilrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche und ihre Funktion im Zivilprozess, München 2007.
- Pagenstecher, Max*: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1904.
- Palmer, Ellie, et. al.* Access to Justice: Beyond the Policies and Politics of Austerity, Oxford 2016.

- Pamplin, Chris*: The „over-eager“ judge, *New Law Journal* 7758, S. 19.
- Papier, Hans-Jürgen*: Papier: Schiedsverfahren, Mediation, Adjudikation und andere ADR-Verfahren, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 2016, S. 14–18.
- Patti, Francesco Paolo*: The Effectiveness of Consumer Protection in Sales Contracts – Some Observations from Recent European Case Law, *Journal of European Consumer and Market Law* 2015, S. 179–184.
- Paulus, Christoph G.*: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Berlin 2017.
- ders./Matzke, Robin*: Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung, *Computer und Recht* 2017, S. 769–778.
- Paulus, David*: Keine unechten Sammelklagen in Verbrauchersachen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 987–991.
- Pawlowski, Hans-Martin*: Aufgabe des Zivilprozesses, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 80, 1967, S. 345–391.
- Peláez Solórzano, Julio*: Die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in Deutschland und Frankreich: Mit Ausblicken auf Italien, Spanien und Guatemala, Köln, Univ. Diss. 2010.
- Peters, Egbert*: Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, Tübingen 1983.
- Peters, (Vorname nicht ermittelbar)*: Das richterliche Fragerecht, *Juristische Wochenschrift* 1938, S. 1432.
- Petersen, Tilman*: 100 Euro für eine Anfechtung, *Legal Tribune Online* vom 23.04.2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/persistent/a_id/28223/> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- Petzold, Hans Arno*: Immer noch: Vertrauensschutz vs. Rechtsdurchsetzung – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Scott und Kimberley Clark, *Europarecht* 2011, S. 437–446.
- Peukert, Alexander/Kur, Annette*: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil 2006, S. 292–303.
- Peysner, John*: Focus groups and analogue vignettes: modelling and piloting in civil procedural reform, *Civil Justice Quarterly* 1999, S. 113–131.
- Pfeiffer, Gerd*: Der BGH – nur ein Gericht für das Grundsätzliche?, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, S. 2617–2622.
- Pfeiffer, Thomas*: Materialisierung und Internationalisierung im Recht der Internationalen Zuständigkeit, in: *Canaris, Claus-Wilhelm, et. al.* (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band III: Zivilprozeß, Insolvenz, öffentliches Recht, München 2000, S. 617–643.
- ders.*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 09.11.2010 (C-137/08; RIW 2010, 876) – Zu den Kompetenzen des EuGH bei der Auslegung der Klauselrichtlinie und der Pflicht der nationalen Gerichte zur Amtsermittlung, *Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring* 2010, 311868.
- ders.*: Organwissen und Grenzen der sekundären Darlegungslast, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, S. 2077–2084.
- Picker, Eduard*: Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, *JuristenZeitung* 2003, S. 540–545.
- Piekenbrock, Andreas*: Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, S. 1360–1365.

- ders.*: Willkürliche Nichtzulassung der Revision, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 2610–2611.
- ders.*: Mahnverfahren, Rechtskraft und Unionsverbraucherrecht, *JuristenZeitung* 2018, S. 855–861.
- Pierce, Russel G.*: Redressing Inequality in the Market for Justice: Why Access to Lawyers Will Never Solve the Problem and Why Rethinking the Role of Judges Will Help *Colloquium: Deborah L. Rhode's Access to Justice*, *Fordham Law Review* 2004, S. 969–982.
- Pleyer, Klemens*: Zivilprozeß und Wirtschaftsordnung *Wirtschaftsrechtliche Betrachtungen zur Funktion des Zivilprozesses in der zentral geplanten Wirtschaft des SBZ*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 77, 1964, S. 372–402.
- Podszun, Rupprecht*: *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte – Evolution und Legitimation der Rechtsprechung in deregulierten Branchen*, Tübingen 2014.
- ders.*: Procedural autonomy and effective consumer protection in sale of goods liability: Easing the burden for consumers (even if they aren't consumers) *Comment on Case C-497/13, Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, *Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 4 June 2015*, ECLI:EU:C:2015:357, *Journal of European Consumer and Market Law* 2015, S. 149–153.
- ders./Kreifels, Stephan*: Kommt der Ausforschungsanspruch? – Anmerkungen zum geplanten § 33 g GWB, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2017, S. 67–72.
- Poelzig, Dörte*: *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, Tübingen 2012.
- Pohl, Miriam*: Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2013, S. 109–114.
- Pohle, Rudolf*: Gedanken über das Wesen der Rechtskraft, in: *Fumo, Carlo (Hrsg.): Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, vol. secondo: Diritto processuale (autori stanieri)*, Padova 1958, S. 377–402.
- Polden, Patrick*: *Stranger Than Fiction – The Jennens Inheritance in Fact and Fiction Part I: The Jennens Fortune in the Courts*, *Common Law World Review* 2003, S. 211–247.
- Pollock, Frederick/Maitland, Frederic William*: *The history of English law before the time of Edward I*, by Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, Volume II, 2nd Edition, Cambridge 1898.
- Pothier, Robert-Joseph*: *Oeuvres de Pothier: annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle. Tome Dixième/par M. Bugnet*, Paris 1848.
- Prior, Patrick*: *Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung*, *Zeitschrift für die Anwaltspraxis* 2017, S. 651–656.
- Prütting, Hanns*: *Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?*, *Anwaltsblatt. Sonderheft* 2013, S. 401–405.
- ders.*: Wahrheit und Gerechtigkeit durch den Zivilprozess?, *Ritsumeikan Law Review (International Edition)* 2015, S. 71–82.
- ders.*: Gerechtigkeit durch Verfahren, *juris – Die Monatszeitschrift* 2016, S. 354–358.
- ders./Gehrlein, Markus (Hrsg.)*: *Zivilprozessordnung – Kommentar*, 9. Auflage, Köln 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Prütting/Gehrlein, ZPO*).
- Radbruch, Gustav*: *Rechtsphilosophie*, 8. Auflage, Stuttgart 1973.
- Radespiel, Liane*: *Die naturschutzrechtliche Verbandsklage – Theoretische Grundlagen und empirische Analyse*, Baden-Baden 2007.
- Rahmede, Jörg*: Vom Armenrecht zur Prozeßkostenhilfe, *Juristische Rundschau* 1979, S. 492–495.
- Rau, Carina*: *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vor dem Hintergrund von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz*, Hamburg 2008.

- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, Band 1 (§§ 1–354 ZPO), München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKoZPO (4. Aufl. 2013)).
- dies.* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage, Band 1 (§§ 1–354 ZPO), München 2016; Band 2 (§§ 355–945b ZPO), München 2016; Band 3 (§§ 946–1117 ZPO, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht), München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKoZPO).
- Rawls, John*: A theory of justice, Revised edition, Cambridge, Mass. 1999.
- Rechberger, Walter* (Hrsg.): Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Wien 2006 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Rechberger, ZPO (3. Aufl. 2006)).
- Redeker, Konrad*: Ist der Rechtsstaat wirklich in Gefahr?, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 1870–1872.
- Redeker, Sandra Sophia/Pres, Sascha/Gittinger, Corin*: Einheitlicher Geheimnisschutz in Europa (Teil 2), Wettbewerb in Recht und Praxis 2015, S. 811–817.
- Reichsjustizministerium*: Entwurf einer Zivilprozessordnung: veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931.
- Reimer, Philipp*: Verfahrenstheorie: ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen, Tübingen 2015.
- Reischl, Klaus*: Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 116, 2003, S. 81–117.
- Reiter, Harald*: Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 2554–2559.
- Rensen, Hartmut*: Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld 2002.
- ders.*: Richterliche Hinweispflicht – Neutralitätspflicht und anwaltliche Vertretung als Grenzen, Monatsschrift für Deutsches Recht 2002, S. 1175–1178.
- ders.*: § 139 ZPO n.F. – Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten?, Anwaltsblatt. Sonderheft 2002, S. 633–640.
- Reppen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001.
- Reuschle, Fabian*: Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2004, S. 966–976.
- Reuter, Dieter*: Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, Archiv für die civilistische Praxis, Band 189, 1989, S. 199–222.
- Riehm, Thomas*: Die Rolle des materiellen Verbraucherrechts in der neuen Verbraucherstreitbeilegung, JuristenZeitung 2016, S. 866–873.
- Rimmelspacher, Bruno*: Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966.
- ders.*: Zum Revisionsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, JuristenZeitung 2003, S. 797–799.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried/Gabriel, Gottfried* (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 9 (Se–Sp), Basel 1995; Band 12 (W–Z), Basel 2005 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie).
- Roggenkemper, Daniel*: Rechtshandbuch Legal Tech, Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 1661–1662.
- Röhl, Klaus*: Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice): Einführung in den Themenbereich und Überblick, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1993, S. 1–34.
- ders./Röhl, Hans Christian*: Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln 2008.
- Rojahn, Antonia/Jerger, Christoph*: Richterliche Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Zeitalter sozialer Netzwerke, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 1147–1150.

- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018.
- Rösler, Hannes*: Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven der Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union, Tübingen 2012.
- Roth, Hans-Peter*: Neue EU-Richtlinie erleichtert künftig Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen das Kartellrecht, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2015, S. 73–75.
- Roth, Herbert*: Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JuristenZeitung 2006, S. 9–18.
- ders.*: Das Spannungsverhältnis im deutschen Zivilprozessrecht, in: Gottwald, Peter (Hrsg.): Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, Köln 2009, S. 149–177.
- ders.*: Wer ist im europäischen Prozessrecht ein Verbraucher?, in: Kronke, Herbert (Hrsg.): Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011, Bielefeld 2011, S. 715–726.
- ders.*: Empfiehlt sich ein Sonderprozessrecht für Verbraucher?, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.): Die Zukunft des Zivilprozesses: Freiburger Symposium am 27. April 2013 anlässlich des 70. Geburtstages von Rolf Stürner, Tübingen 2014, S. 69–86.
- ders.*: Modernisierung des Zivilprozesses, JuristenZeitung 2014, S. 801–809.
- ders.*: Etabliert EU Verbraucherschutz zweiter Klasse?, Deutsche Richterzeitung 2015, S. 24–27.
- ders.*: Veränderungen des Zivilprozessrechts durch „Materialisierung“, in: Münch, Joachim (Hrsg.): Prozessrecht und materielles Recht: Liber Amicorum für Wolfram Henckel aus Anlass seines 90. Geburtstages, Tübingen 2015, S. 283–300.
- ders.*: Die Zukunft der Ziviljustiz, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 129, 2016, S. 3–24.
- ders.*: Private Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess, JuristenZeitung 2016, S. 1134–1140.
- ders.*: Gewissheitsverluste in der Lehre vom Prozesszweck?, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2017, S. 129–153.
- ders.*: Prozessmaximen, Prozessgrundrechte und die Konstitutionalisierung des Zivilprozessrechts, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 131, 2018, S. 3–24.
- ders.*: Entwicklung und Reformen der ZPO, Juristische Rundschau 2018, S. 159–167.
- Rottleuthner, Hubert*: Entlastung durch Entformalisierung? Rechtstatsächliche Untersuchungen zur Praxis von § 495a ZPO und § 313 StPO, München 1997.
- ders.*: Umbau des Rechtsstaats?, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 2473–2477.
- Rückert, Joachim*: Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, JuristenZeitung 2003, S. 749–760.
- Rumberg, Carsten/Eicke, Tim*: Der „Wolf Report“ – Reform des englischen Zivilprozesses, Recht der internationalen Wirtschaft 1998, S. 19–22.
- Rüthers, Bernd*: Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? – Hypothesen zu einer Diskussion, Zeitschrift für Rechtspolitik 2008, S. 48–51.
- ders.*: Richterrecht im Diskurs, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 79, 2015, S. 142–161.
- ders./Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 6., überarbeitete Auflage, München 2011.
- Saare, Kalev/Sein, Karin*: Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht – Journal of European Consumer and Market Law 2013, S. 15–28.

- Säcker, Franz Jürgen, et. al.* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, Band 1 (§§ 1–240, ProStG, AGG), München 2015; Band 2 (Schuldrecht – Allgemeiner Teil), München 2016; Band 6 (Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz), München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *MüKoBGB*).
- Saenger, Ingo* (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 7. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Saenger, ZPO).
- ders.*: Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 121, 2008, S. 139–163.
- Sala, Rosa Miquel*: Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich?, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht – Journal of European Consumer and Market Law 2014, S. 178–183.
- Sauer, Wilhelm*: Allgemeine Prozessrechtslehre: zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis, Berlin 1951.
- Saueressig, Christian*: Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz, Köln; München 2008.
- von Savigny, Friedrich Carl*: System des heutigen Römischen Rechts – Band 8, Berlin 1849.
- Schaefer, Thomas*: Was ist denn neu an der neuen Hinweispflicht?, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 849–853.
- Schaub, Renate*: Streuschäden im deutschen und europäischen Recht, JuristenZeitung 2011, S. 13–23.
- Scherer, Josef*: Gerichtsstände zum Schutze des Verbrauchers in Sondergesetzen – Das neue Verbraucherkreditgesetz unter dem Aspekt der generellen Erforderlichkeit ausschließlicher Verbrauchergerichtsstände, München 1991.
- Scherpe, Jens M.*: Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen – Ein deutsch-dänischer Rechtsvergleich, Tübingen 2002.
- Scherpe, Julia Caroline*: Das Recht auf Beweis und Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 129, 2016, S. 153–186.
- Schilken, Eberhard*: Zivilprozessrecht, 7., neu bearbeitete Auflage, München 2014.
- Schilling, Alexander*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und die class action im Rechtsvergleich: Untersuchung zur Übernahme von Elementen der securities class action für das deutsche KapMuG, Hamburg 2010.
- Schlacke, Sabine*: Überindividueller Rechtsschutz: Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrecht, insbesondere am Beispiel des Umweltrechts, Tübingen 2008.
- Schlosser, Peter*: Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JuristenZeitung 1990, S. 599–608.
- Schmidt, Eike*: Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie: mit einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sog. Prozeßökonomie, Frankfurt am Main 1973.
- ders.*: Von der Privat- zur Sozialautonomie: Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem Josef Esser zum 70. Geburtstag am 12. 3. 1980, JuristenZeitung 1980, S. 153–161.
- ders.*: Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 1192–1197.
- ders.*: Die AGB-Verbandsklagebefugnis und das zivilistische Anspruchsdenken, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 629–634.

- ders.*: Verbraucherschützende Verbandsklagen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, S. 25–30.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auf- fangordnungen – Einleitende Problemskizze, in: *Hoffman-Riem, Wolfgang/Schmidt- Aßmann, Eberhard* (Hrsg.): *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auf- fangordnungen*, Baden-Baden 1996, S. 7–40.
- Schmoeckel, Mathias*: 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, S. 1697–1705.
- Schneider, Burkhard/Heppner, Heiko*: KapMuG Reloaded – das neue Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetz, *Betriebs-Berater* 2012, S. 2703–2713.
- Schneider, Dimitri*: Die ZPO und die englischen Civil Procedure Rules – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 2018, S. 195–199.
- Schneider, Egon*: Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), *Monatsschrift für Deut- sches Recht* 1968, S. 721–727.
- ders.*: Ausnahmeberufung analog § 514 Abs. 2 ZPO?, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2004, S. 549–550.
- Schönfeld, Klaus E.*: Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfah- rensorten – Die Modifikation des Prozessrechts durch das Sozialstaatspostulat, *Frankfurt am Main* 1981.
- Schönke, Adolf*: Das Rechtsschutzbedürfnis: Studien zu einem zivilprozessualen Grund- begriff, *Detmold* 1950.
- ders.*: Das Rechtsschutzbedürfnis: Ein zivilprozessualer Grundbegriff, *Archiv für die civi- listische Praxis*, Band 149, 1949, S. 216–234.
- Schöpfli, Martin*: Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, *Frankfurt am Main ; New York* 1992.
- Schreiber, Christoph*: Das Recht auf Besichtigung von Sachen, *Juristische Rundschau* 2008, S. 1–5.
- Schreiber, Klaus*: Die Urkunde im Zivilprozeß, *Berlin* 1982.
- Schubert, Klaus/Klein, Martina*: Sozialismus, in: *Das Politiklexikon*, Lizenzausgabe Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 6. Auflage, Bonn 2016, abrufbar unter: [http:// web.archive.org/web/20160720064658/http://www.bpb.de:80/nachschlagen/lexika/politi- klexikon/18235/sozialismus](http://web.archive.org/web/20160720064658/http://www.bpb.de:80/nachschlagen/lexika/politi- klexikon/18235/sozialismus) (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- Schubert, Werner*: Das Streben nach Prozeßbeschleunigung und Verfahrensgliederung im Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge- schichte. Germanistische Abteilung* 1968, S. 127–187.
- ders.*: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, *Biographien, Materia- lien*, *Berlin* 1978.
- Schumann, Ekkehard*: Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, *Köln* 1983.
- ders.*: Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes, in: *Canaris, Claus- Wilhelm/Diederichsen, Uwe* (Hrsg.): *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, *München* 1983, S. 571–604.
- ders.*: Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: *Canaris, Claus-Wilhelm, et. al.* (Hrsg.): *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissen- schaft*, Band III: *Zivilprozeß, Insolvenz, öffentliches Recht*, *München* 2000, S. 3–41.
- Schütze, Rolf A.*: Internationales Zivilprozessrecht und Politik, in: *Stathopoulos, Michael, et. al.* (Hrsg.): *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, *München* 2006, S. 577–588.

- ders.*: Der Verbraucher im europäischen Justizraum oder: die Zweiklassenjustiz im europäischen Zivilprozessrecht, in: Schulte-Nölte, Hans/Genzow, F. Christian/Grunewald, Barbara (Hrsg.): Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz. Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 621–628.
- Sedlmeier, Kathleen*: Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, Tübingen 2012.
- Seichter, Dirk*: Die Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, S. 391–400.
- Semmelmayer, Johann*: Der Berufungsgegenstand, Berlin 1996.
- Siebert, Ralf*: Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses, Köln 1973.
- Skrzepski, John-Robert*: Die gewerbliche Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, Hamburg 2008.
- Söbbing, Thomas*: Smart Contracts und Blockchain-Technologie, IT-Rechtsberater 2018, S. 43–46.
- Sobich, Philip*: Die Civil Procedure Rules 1999 – Zivilprozeßrecht in England, JuristenZeitung 1999, S. 775–780.
- ders.*: Neuere Entwicklungen im englischen Zivilprozessrecht – Die ersten Jahre nach „Woolf“, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich des Rechts der Entwicklungsländer und der ethnologischen Rechtsforschung 2004, S. 69–87.
- Solum, Lawrence B.*: Procedural Justice – Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 04-02, San Diego 2004.
- Sorabji, John*: English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis, Cambridge 2015.
- ders.*: Prospects for proportionality: Jackson implementation, Civil Justice Quarterly 2013, S. 213–230.
- ders.*: Austerity’s Effect on English Civil Justice, Erasmus Law Review 2015, S. 159–173.
- Spindler, Gerald/Weber, Marc Philipp*: Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2007, S. 257–267.
- Sprung, Rainer*: Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 92, 1979, S. 4–28.
- Stackmann, Nikolaus*: Richterliche Anordnungen versus Parteiherrschaft im Zivilprozess?, Neue Juristische Wochenschrift 2007, S. 3521–3526.
- Städling, Jörg*: Anwendung des § 495a ZPO in der Praxis, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 691–696.
- Stadler, Astrid*: The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation, Hastings International and Comparative Law Review 2003, S. 55–76.
- dies.*: Das neue Gesetz über Musterfeststellungsverfahren im deutschen Kapitalanleger-schutz, in: *Bittner, Ludwig, et. al.* (Hrsg.): Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Wien 2005, S. 663–678.
- dies.*: Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, Verbraucher und Recht 2018, S. 83–89.
- dies.*: Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Masseschäden, Wirtschaft und Wettbewerb 2018, S. 189–194.
- dies.*: Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?, JuristenZeitung 2018, S. 793–802.
- Stahlmann, Günther*: Zur Theorie des Zivilprozessrechts: von der Legitimation durch Erkenntnis zur Legitimation durch Verfahren, Königstein 1979.
- Statistisches Bundesamt*: Rechtspflegestatistik für das Jahr 2016 – Zivilgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.1, Wiesbaden 2017.

- Staudinger, Ansgar*: Gerichtsstände hiesiger Kunden gegenüber Veranstaltern im Inland bei Pauschalreisen mit Auslandsbezug nach der Brüssel Ia-VO – pars pro toto für eine überschätzte ZPO, juris – Die Monatszeitschrift 2015, S. 46–55.
- von *Staudinger, Julius* (Begr.)/*Roth, Herbert, et. al.* (Red.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung und Neubearbeitungen, Einleitung zum BGB; §§ 1–14, VerschG (Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1), Berlin 2013; §§ 134–138, ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), Berlin 2017; §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2014; Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 (Treu und Glauben), Berlin 2015; §§ 305–310, UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Berlin 2013; §§ 826–829, §§ 1–19 ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), Berlin 2018 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Staudinger BGB).
- ders.* (Begr.)/*Beckmann, Roland Michael/Busche, Jan/Coester, Michael*: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts).
- Stein, Friedrich*: Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprozessordnung: auf Grund eines in der Juristischen Gesellschaft in Wien gehaltenen Vortrages, Wien 1897.
- ders.*: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, Tübingen 1921.
- ders./Jonas, Martin* (Begr.): Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 20. Auflage, Band 1 (Einleitung, §§ 1–252 ZPO), Tübingen 1984 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl.)).
- ders./Jonas, Martin* (Begr.)/*Bork, Reinhardt, et. al.* (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 21. Auflage, Band 2 (§§ 91–252 ZPO), Tübingen 1994; Band 5/Teilband 1 (§§ 511–591 ZPO), Tübingen 1994 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO (21. Aufl.)).
- ders./Jonas, Martin* (Begr.)/*Berger, Christian, et. al.* (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 22. Auflage, Band 1 (Einleitung, §§ 1–40 ZPO), Tübingen 2003; Band 2 (§§ 41–127a ZPO), Tübingen 2004; Band 3 (§§ 128–252 ZPO), Tübingen 2005; Band 4 (§§ 253–327 ZPO), Tübingen 2008; Band 6 (§§ 511–703d ZPO), Tübingen 2011; Band 9 (§§ 916–1068 ZPO, EGZPO, Tübingen 2002 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO (22. Aufl.)).
- ders./Jonas, Martin* (Begr.)/*Bork, Reinhardt/Roth, Herbert* (Hrsg.): Stein/Jonas – Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 23. Auflage, Band 1 (Einleitung, §§ 1–77 ZPO), Tübingen 2014; Band 2 (§§ 78–147 ZPO), Tübingen 2016; Band 4 (§§ 271–327), Tübingen 2018; Band 6 (§§ 511–703d ZPO), Tübingen 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).
- Stelkens, Paul, et. al.* (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG).
- Stichelbrock, Barbara*: Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, Köln 2002.
- Sticken, Gunnar*: Die „neue“ materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, Köln 2004.
- Streinz, Rudolf*: Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Urteil vom 11.11.2015 (C-505/14) – Zur Frage der Rechtskraftdurchbrechung bei einem mutmaßlichen Verstoß eines Vertrages gegen EU-Beihilferecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2016, S. 603–605.
- Stürner, Michael*: ...What so exhausts finances, patience, courage, hope..., Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich des Rechts der Entwicklungsländer und der ethnologischen Rechtsforschung 2000, S. 310–337.

- ders.*: The Search for Principles – Paradigmenwechsel im englischen Zivilprozessrecht?, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich des Rechts der Entwicklungsländer und der ethnologischen Rechtsforschung 2004, S. 349–373.
- ders.*: Amtsprüfung im Mahnverfahren und Unzulässigkeit der Vertragsanpassung bei missbräuchlicher Verzugszinsklausel, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2013, S. 666–680.
- Stürner, Rolf*: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1. Auflage, Tübingen 1976.
- ders.*: Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen 1982.
- ders.*: Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, München 2007.
- ders.*: Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, Neue Juristische Wochenschrift 1979, S. 2334–2338.
- ders.*: Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: Grunsky, Wolfgang, et. al. (Hrsg.): Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 647–666.
- ders.*: Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 99, 1986, S. 291–332.
- ders.*: Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, JuristenZeitung 1986, S. 1089–1095.
- ders.*: Prozesszweck und Verfassung, in: Prütting, Hanns (Hrsg.): Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990, S. 545–552.
- ders.*: Parteiherrschaft versus Richtermacht, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 123, 2010, S. 147–161.
- ders.*: Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JuristenZeitung 2012, S. 10–24.
- ders.*: Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 127, 2014, S. 271–332.
- ders.*: Verfahrensrecht und materielle Gerechtigkeit, in: Münch, Joachim (Hrsg.): Prozessrecht und materielles Recht: Liber Amicorum für Wolfram Henckel aus Anlass seines 90. Geburtstages, Tübingen 2015, S. 359–375.
- ders./Kern, Christoph A.*: Comparative Civil Procedure – Fundamentals and Recent Trends, in: Gürzumar, Osman B., et. al. (Hrsg.): Halûk Konuralp anısına armağan/Gedächtnisschrift für Halûk Konuralp, Ankara 2009, S. 997–1029.
- Sujecki, Bartosz*: Vereinheitlichung des Erkenntnisverfahrens in Europa: Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht 2008, S. 323–328.
- Summers, Robert S.*: On Analyzing and Characterizing the General Style of a Legal System as Formal or as Substantive, Rechtslehre – Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts 1992, S. 27–34.
- Takada, Masahiro*: Die Theorie des sozialen Zivilprozesses und deren Bedeutung für den japanischen Zivilprozess, in: Bruns, Alexander/Stürner, Rolf (Hrsg.): Globalisierung und Sozialstaatsprinzip : ein japanisch-deutsches Symposium, Tübingen 2014, S. 213–234.
- Tamm, Marina*: Verbraucherschutzrecht – Herausbildung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, Tübingen 2011.
- dies.*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Hintergrund, Ausgestaltung und Reformüberlegungen, Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht, Band 174, 2010, S. 525–555.
- Tavolari, Pia*: Das Recht auf Gehör und die Anhörungsrüge, Hamburg 2008.

- Teubner, Günther*: Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 68, 1982, S. 13–59.
- ders.*: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler, Friedrich (Hrsg.): Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 289–344.
- Thiere, Karl*: Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, Bielefeld 1980.
- Thomale, Chris*: Materielle Rechtskraft – Eine kurze Ideen- und Kodifikationsgeschichte, JuristenZeitung 2018, S. 430–434.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans* (Begr.)/*Reichold, Klaus/Hüßtege, Rainer/Seiler, Christian* (Hrsg.): Zivilprozessordnung – Kommentar, 39. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Thomas/Putzo, ZPO).
- Thum, Nicolai*: Der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verfahren nach billigem Ermessen, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 3198–3200.
- Tilmann, Winfried*: Beweissicherung nach Art. 7 der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2005, S. 737–740.
- Tilp, Andreas W./Schiefer, Marc*: VW Dieselgate – die Notwendigkeit zur Einführung einer zivilrechtlichen Sammelklage, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2017, S. 14–19.
- Tonner, Klaus*: Verbraucherrecht und Selbstregulierungskonzepte, Kritische Justiz 1985, S. 107–125.
- Trepte, Peter*: Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses, Frankfurt am Main 1994.
- Trittsch, Julia*: Verstöße gegen die materielle Prozessleitung und Rechtsschutz hiergegen: ein Beitrag zu den dogmatischen und praktischen Aspekten richterlicher Hinweise nach § 139 ZPO, Bonn 2008.
- Trute, Hans-Heinrich*: Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: *Hoffman-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 171–223.
- Turner, Robert*: „Actively“: The Word that changed the Civil Courts, in: Dwyer, Déirdre (Hrsg.): The Civil Procedure Rules Ten Years On, Oxford 2009, S. 77–88.
- Unberath, Hannes*: Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis, Zeitschrift für Zivilprozess, Band 120, 2007, S. 323–346.
- Urbanczyk, Reinhard*: Zur Verbandsklage im Zivilprozeß, Köln 1981.
- Valdini, Daniel*: Klagen ohne Risiko – Prozessfinanzierung und Inkassodienstleistung aus einer Hand als zulässige Rechtsdienstleistung?, Betriebs-Berater 2017, S. 1609–1613.
- Ventsch, Verena*: Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung: § 139 ZPO, Hamburg 2005.
- Vollkommer, Gregor/Vollkommer, Max*: Empfiehlt sich ein (ggf. subsidiärer) allgemeiner oder besonderer Verbrauchergerichtsstand in der ZPO?, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.): Einheit und Vielfalt des Rechts Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 1367–1391.
- dies.*: Auswirkungen der Bürgschaftsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf den Zivilprozeß, in: Heldrich, Andreas, et. al. (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 1243–1259.
- Vollkommer, Max*: Zur Nichtzulassungsbeschwerde, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2004, S. 407–408.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian* (Hrsg.): Beck’scher Online-Kommentar ZPO, 28. Edition, München 01.03.2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO).

- dies.* (Hrsg.): Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) Kommentar, 1. Auflage, München 2007 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Vorwerk/Wolf KapMuG).
- Vofßkuhle, Andreas*: Bruch mit einem Dogma – Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, S. 2193–2200.
- Wach, Adolf*: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885.
- ders.*: Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 2. veränderte Auflage, Bonn 1896.
- Wacke, Andreas*: Verbot der Gerichtsstandsvereinbarung?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1970, S. 244–247.
- ders./Seelig, Horst*: Anmerkung zu OLG Bremen, Beschluß vom 14. 8. 1979 – 1 W 28/79 (c), *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, S. 1170–1171.
- Wagner, Gerhard*: Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, *JuristenZeitung* 2007, S. 706–719.
- ders.*: Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, S. 6–31.
- ders.*: Materialisierung unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie, in: Blaurock, Uwe/Hager, Günter (Hrsg.): *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2010, S. 13–84.
- Wagner, Rolf*: Anmerkung zu einem Urteil des EuGH vom 23.12.2015 (C-297/14) – Zur Frage des Verbrauchergerichtsstandes bei engen Verbindungen zu früher geschlossenen Verbraucherverträgen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2016, S. 269–270.
- ders./Beckmann, Martina*: Beibehaltung oder Abschaffung des Vollstreckbarerklärungsverfahrens in der EuGVVO?, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2011, S. 44–53.
- Wandtke, Axel-Artur/Bullinger, Winfried*: *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Auflage, München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger).
- Wason, P. C.*: On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task, *Quarterly Journal of Experimental Psychology* 1960, S. 129–140.
- ders.*: Reasoning about a rule, *Quarterly Journal of Experimental Psychology* 1968, S. 273–281.
- Wassermann, Rudolf*: *Der soziale Zivilprozeß – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied und Darmstadt 1978.
- Waßmuth, Guido/Asmus, Thomas*: Der Diskussionsentwurf des BMJV zur Einführung einer Musterfeststellungsklage, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018, S. 657–667.
- Wassner, Fernando*: Bundessozialplan, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1985, S. 843.
- Weber, Franziska*: Die Offenlegung von Beweismitteln nach Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie im deutschen und spanischen Recht, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 131, 2018, S. 457–479.
- Weber, Max*: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der Verstehenden Soziologie*, 5. Auflage, Tübingen 1972.
- Weiß, Harald*: Anmerkung zu einem Urteil des EuGH vom 11.11.2015 (C-505/14) – Zur Frage der Rechtskraftdurchbrechung bei einem (mutmaßlichen) Verstoß eines Vertrages gegen das EU-Beihilfenrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2016, S. 60–61.
- Weitbrecht, Andreas*: Eine neue Ära im Kartellschadensersatzrecht – Die 9. GWB-Novelle, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, S. 1574–1578.
- Weller, Matthias*: Der Kommissionsentwurf zur Reform der Brüssel I-VO, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2012, S. 34–44.

- Wendenburg, Albrecht*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14.06.2012 (C-618/10, EuZW 2012, 754) – Zur Prüfung missbräuchlicher Klauseln im Mahnverfahren und geltungserhaltender Reduktion, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, S. 758–760.
- Wernicke, Stephan*: Recht ist kein Investitionsobjekt – zu den Risiken der Musterfeststellungsklage, Betriebs-Berater 2017, S. Die erste Seite, Nr. 11.
- Wesche, Steffen*: Zivilverfahren sinnvoll führen, Deutsche Richterzeitung 2016, S. 102–105.
- Westerwelle, Petra*: Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozeßordnung unter besonderer Berücksichtigung der §§ 128 und 495a ZPO, Bochum 1998.
- Wieacker, Franz*: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, 1953.
- ders.*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Auflage, Göttingen 2016.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.* (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 4. Auflage, Band 1/1 (Einleitung, §§ 1–23a ZPO), Köln 2015; Band 3 (§§ 128–252 ZPO), Köln 2013; Band 7 (§§ 511–591 ZPO), Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Wieczorek/Schütze*).
- Wiethölter, Rudolf*: Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts), in: Gessner, Volkmar/Winter, Gerd (Hrsg.): Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 8, Opladen 1982, S. 38–59.
- Williams, Kim*: Litigants in person: a literature review – Ministry of Justice, London 2011.
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Siebente durchgesehene und vermehrte Auflage, Frankfurt am Main 1891.
- Woitkewitsch, Christopher*: Verbrauchergerichtsstand bei Widerruf auf Grund Fernabsatzgeschäfts, Computer und Recht 2006, S. 284–288.
- Wolf, Manfred*: Die Klagebefugnis der Verbände: Ausnahme oder allgemeines Prinzip?, Tübingen 1971.
- ders.*: Besprechung der Erlanger Dissertation von Reinel, Peter, Die Verbandsklage nach dem AGBG, Erlanger Juristische Abhandlungen, Band 23, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, 148 Seiten, 82,- DM., Zeitschrift für Zivilprozess, Band 94, 1981, S. 107–110.
- Woolf, Lord Harry*: Access to justice: interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London 1995.
- ders.*: Access to justice: final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London 1996.
- Woopan, Herbert*: Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege, Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 133–138.
- Working Group on Litigants in Person*: Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants), London 2011.
- ders.*: The Judicial Working Group on Litigants in Person: Report, London 2013.
- Wundenberg, Malte*: Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Kapitalmarktrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2015, S. 124–160.
- Zekoll, Joachim/Bolt, Jan*: Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 3129–3134.

- Zimmer, Daniel/Höft, Jan:* „Private Enforcement“ im öffentlichen Interesse? Ansätze zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung bei Streu- und Massenschäden im Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2009, S. 662–720.
- Zippelius, Reinhold:* Das Wesen des Rechts: eine Einführung in die Rechtstheorie, 6. Auflage, Stuttgart 2012.
- ders.:* Legitimation durch Verfahren?, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.): Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 293–304.
- Zöller, Richard* (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 32. Auflage, Köln 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Zöller, Zivilprozessordnung).
- Zöllner, Wolfgang:* Die politische Rolle des Privatrechts, *Juristische Schulung* 1988, S. 329–336.
- Zuck, Rüdiger:* Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der zivilprozessualen Prozesskostenhilfe, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, S. 37–38.
- Zuckerman, Adrian:* Zuckerman on civil procedure: principles of practice, Third edition, London 2013.
- ders.:* Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments, *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, S. 353–387.
- ders.:* A Reform of Civil Procedure – Rationing Procedure Rather Than Access to Justice, *Journal of Law and Society* 1995, S. 155–188.
- ders.:* Lord Woolf’s Access to Justice: Plus ca Change, *Modern Law Review* 1996, S. 773–796.
- ders.:* The Woolf Report on Access to Justice – An Overview, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, Band 2, 1997, S. 31–42.
- ders.:* Dismissal for delay – the emergence of a new philosophy of procedure, *Civil Justice Quarterly* 1998, S. 223–229.
- ders.:* Civil litigation: a public service for the enforcement of civil rights, *Civil Justice Quarterly* 2007, S. 1–9.
- ders.:* The Jackson Final Report on Costs: plastering the cracks to shore up a dysfunctional system, *Civil Justice Quarterly* 2010, S. 263–283.
- ders.:* No justice without lawyers – the myth of an inquisitorial solution, *Civil Justice Quarterly* 2014, S. 355–374.
- ders.:* The continuing management deficit in the administration of justice, *Civil Justice Quarterly* 2015, S. 1–10.
- ders.:* The Law’s Disgrace, U.K. Constitutional Law Blog vom 27.02.2017, abrufbar unter: <<https://wp.me/p1cVqo-1nE>> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).
- Zweigert, Konrad:* Vom Rechtsheiligen zum Sozialingenieur, *Die Zeit* Nr. 08/1969 vom 21.02.1969, abrufbar unter: <<http://www.zeit.de/1969/08/vom-rechtsheiligen-zum-sozialingenieur>> (zuletzt abgerufen am 01.06.2019).

Sachregister

- ADR 341, 357 ff.
- Anspruchsbündelung 342, 361 f.
- Begriff 357
- Ergänzung zum Zivilprozess 363 ff.
- Prozessfinanzierung 362
- Online-Courts 366 f., 368
- Schlichtungsstellen 364 f.
- Adversary System 30, 234 ff., 240, 241, 248 f., 252 f., 258
- Air Canada v Secretary of State for Trade 236 ff.
- Anerkennung und Vollstreckung 154, 158 ff., 163 f.
- Anscheinsbeweis, *siehe* Beweis
- Anwaltszwang 256, 281, 329, 345 f., 347
- Amtsermittlung
 - *siehe auch* Prozessleitung
 - im Verbraucherrecht 205 ff.
- Armenrecht, *siehe* Prozesskostenhilfe
- Augenschein 225, 229 f., 283 ff.
- Ausgleich von Ungleichgewichten 341 ff.
 - einzelfallabhängiger 274, 280, 347 ff.
 - typisierter 283, 344 ff.
- Auskunftsanspruch, allgemeiner prozessrechtlicher 138 f., 228
- Ausrichten unternehmerischer Tätigkeit 199 ff.
- Bagatellverfahren
 - deutsches 86 ff., 153, 292, 367
 - europäisches 164 ff., 367
- Beibringungsgrundsatz 50, 144, 167, 178, 207, 228 ff.
 - *siehe auch* Amtsermittlung
- Berufung, *siehe* Rechtsmittelrecht
- Bestätigungsfehler, *siehe* confirmation bias
- Beweis
 - amtswegige Beweiserhebung 36, 46 f., 167, 182, 225 ff., 269, 284, 285 ff., 350
 - Anscheinsbeweis 175, 186 ff.
 - Beweislast 175 f., 181 ff., 237, 288, 364
 - Beweislastumkehr 181 ff.
 - Beweisvereitelung 182, 184 ff.
 - Offenlegung 137, 138 ff., 143, 146, 148 ff., 170 f., 228
 - Recht auf 350
 - Bundesverfassungsgericht 20 f., 57 ff., 299, 304, 315, 333
 - *siehe auch* Verfassungsbeschwerde
 - Prozesskostenhilfe 66 ff.
 - rechtliches Gehör 63 ff.
 - Willkürkontrolle 58 ff.
- case management 242 ff., 247, 249 ff., 262 ff., 273
- Civil Procedure Rules 217, 234, 240 ff., 247, 249 ff., 261 ff.
- Civilprozeßordnung von 1879 29, 40, 41 ff., 57, 64 f., 67, 69 f., 77, 81 ff., 91 ff., 100, 109, 152 f., 185, 188 f., 220 ff., 229 ff., 236, 300, 329, 335
- confirmation bias 269 ff., 280 ff., 289 f., 331, 350
- Conflict-solving type des Prozessrechts 29 ff., 41 ff., 50, 90, 93, 99, 103, 111 f., 127, 130, 134, 144, 152, 172, 185, 240, 292, 297, 318 f., 325 ff., 338, 341, 342 ff., 347, 350, 368
- Criteria of Validity 34, 48, 63, 71, 327
- Damaška, Marjan 29 ff., 240, 342
- Darlegungslast
 - Grundlagen 175 f.
 - sekundäre 176 ff., 185, 292, 328, 333

- Desinteresse am Verfahrensinhalt 239 f., 263, 267, 273, 336
- Discovery 137, 144, 228, 236 f., 250, 347
- Dispositionsmaxime 91, 127 ff., 135, 290, 301
- Durchsetzung subjektiver Rechte, *siehe* Prozesszweck
- EGMR 73 ff., 189 f., 287
- einstweiliger Rechtsschutz 137, 140, 145 f., 150 f., 322
- EMRK 73 ff.
- Art. 6 Abs. 1 74 f., 166, 287
- Enforcement-Richtlinie 136 ff., 170 f., 321
- enforcing compliance 243 f.
- englisches Zivilprozessrecht 232 ff.
- *siehe* Adversary System
 - *siehe* Civil Procedure Rules
 - *siehe* Jackson Reforms
 - *siehe* Rolle des Richters
- Entformalisierung 32 ff., 40 f., 64, 67 f., 71, 76 ff., 88 ff., 95 ff., 103 f., 122 f., 169, 179 ff., 185 f., 192 ff., 264 f., 271 ff., 275 ff., 327 ff.
- Ermessen 34, 48, 49 f., 70, 82 ff., 86 ff., 90, 93, 167, 214, 218, 227, 267 f., 273 f., 279 f., 284 ff., 334, 337, 349 f.
- EuGH 195 ff.
- *siehe auch* Amtsermittlung
 - *siehe auch* EuGVVO
 - *siehe auch* Gerichtsstand
 - *siehe auch* Rechtskraft
 - Banco Español 209 f.
 - Cofidis 206 f.
 - Duarte Hueros 210 f.
 - Emrek 201 f.
 - Faber 211 f., 213 ff.
 - Finanzmadrid 72 f., 209 f.
 - Hobohm 202 f.
 - Mostaza Claro 206 f.
 - Mühlleitner/Yusufi 201
 - Océano Grupo 206 f.
 - Pammer/Hotel Alpenhof 200
 - Pannon GSM 206 f.
 - Pénezgyi Lizing 207 f., 212, 213 ff.
- EuGVVO 154 ff.
- Anerkennung und Vollstreckung 154, 158 ff.
 - Auslegung durch den EuGH 199 ff.
 - Gerichtsstände 154 ff., 157 f., 199 ff., 323
 - Schwächerenschutz in der 154 ff., 199 ff., 323
- europäische Grund- und Menschenrechte 72 ff.
- Europäischer Gerichtshof, *siehe* EuGH
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, *siehe* EGMR
- Fact-finding Processes 36, 50, 181, 248, 327
- Formales Recht
- Grundlagen 8 f.
 - Kriterien Max Webers 8 ff., 32 f., 44 ff.
 - Kriterien nach Summers 33 ff., 47 ff.
- Funktionsdifferenzierung 341, 351 ff., 364, 368
- *siehe auch* Private Enforcement
- Geistiges Eigentum, *siehe* Private Enforcement
- Gerechtigkeit
- formale 8, 26 f., 39 f.
 - materiale 9, 18, 39 f., 193 f.
 - prozedurale 26 f.
 - Verfahrensgerechtigkeit 310 ff.
- Gericht, *siehe* Richter
- Gerichtsstand
- bei Verbrauchersachen (Artt. 17 ff. EuGVVO) 154 ff., 199 ff.
 - des Versicherungsnehmers (§ 215 VVG) 109
 - für Haustürgeschäfte (§ 29c ZPO) 105 ff.
 - für individuelle Arbeitsverträge (Artt. 20 ff. EuGVVO) 157 f.
 - für Versicherungssachen (Artt. 10 ff. EuGVVO) 157 f.
 - in Unterhaltssachen (Art. 3 f. EuUntVO) 161 ff.
- Geschäftsgeheimnisrichtlinie 170 f.
- Gesetzgeber
- deutscher 81 ff.
 - europäischer 153 ff.

- GrCh 72 f.
 Grundgesetz, *siehe* Verfassungsrecht
 Grundrechte, *siehe* Verfassungsrecht
- Hinweise, *siehe* Richter
 Höhlengleichnis 31
- Individualrechtsschutz, *siehe* Prozess-
 zweck
 Informationsoffenlegung, *siehe* Beweis
 inquisitorial 36, 50, 235, 250
 iura novit curia 207, 209, 212 f., 235
- Jackson Reforms 242 ff., 254 f., 262 f.
 Jones v National Coal Board 249
 Judicial Power to Modify Law Being
 Applied 35, 49 f., 181, 327
- Kartellrecht, *siehe* Private Enforcement
 KapMuG, *siehe* Musterklage
 Klauselrichtlinie 206 ff.
 kollektiver Rechtsschutz 112 ff., 124 ff.,
 135 f., 320, 321 ff., 367 f.
 kompensatorische Prozessleitung, *siehe*
 Prozessleitung
 Konstitutionalisierung 21, 55 ff., 72
- Legal Aid 246 f., 257 f.
 Legal Precepts 34 f., 48 f., 89, 327
 Liberalismus 13 ff., 37 ff., 51 f., 92, 220,
 239, 351 ff.
 Litigants in person 246 f., 255 ff.
 – *siehe auch* Anwaltszwang
 – *siehe auch* confirmation bias
 – Herausforderungen durch 256
 – Reaktion der Richterschaft 256 ff.
- Materialisierung
 – Begriff 6 ff.
 – Bewertung 318 ff.
 – durch Einfluss der Verfassung 55 ff.
 – durch Einfluss von Grund- und Men-
 schenrechten 72 ff.
 – durch den deutschen Gesetzgeber
 72 ff.
 – durch den europäischen Gesetzgeber
 153 ff.
 – durch Prozessleitung 216 ff., 274 ff.
 – durch Richterrecht 173 ff.
- im Privatrecht 7 ff.
 – mittelbare 280 ff., 289 f.
 – Unterschied zwischen Privatrecht
 und Zivilprozessrecht 27 f.
 – Ursprung 37 ff.
 – zwei Ebenen 29 ff., 40 f., 318 ff.,
 328 f.
 Max Weber, *siehe* Weber, Max
 Methods of Interpretation and Applica-
 tion 35, 49, 89, 327
 mündliche Verhandlung 81 ff., 86, 89 f.,
 111, 125, 135, 165 f., 168, 257 f.,
 334
 Mündlichkeitsprinzip
 – Abkehr vom strengen 81 ff.
 – im europäischen Bagatellverfahren
 166
 Musterklage 124 ff.
 – Bindungswirkung 126, 128, 136
 – KapMuG 125 ff.
 – Materialisierung durch 127 ff., 135 f.
 – verbraucherrechtliche 135 f.
- öffentliches Recht 55, 317, 341, 351 ff.,
 368
 österreichisches Zivilprozessrecht 92,
 221, 275 f.
 Offenlegung
 – *siehe auch* Beweis
 – *siehe auch* Prozessleitung
 on an equal footing 241, 251, 265 f., 273
 overriding objective 241 f., 243, 247,
 250 f., 264 f.
- Partei
 – Anhörung der 224 f.
 – Bevorzugung einer 64, 78, 133 f.,
 151 f., 156 f., 160 f., 162 f., 164,
 271 ff., 280 ff., 289 f., 322 ff., 338 f.
 – nicht anwaltlich vertretene 217,
 246 f., 256 ff., 267 ff., 276 f., 346,
 349 f.
 – Parteiautonomie 51 f., 85, 87 f., 93 f.,
 111 f., 287
 – Parteierschaft 77, 127 f., 234 ff.
 – Spannungsverhältnis mit dem Gericht
 45 ff.
 – unterschiedliche Stärke im Prozess
 271 ff., 280 ff., 289 f., 328 f., 344 ff.

- Stellung im Prozess 44 ff., 77 f., 92, 236
- Policy-implementing type des Prozessrechts 29 f., 31 f., 53, 63, 67, 70 f., 76, 88 f., 92, 99, 103, 107 f., 122, 127 ff., 143 f., 150 ff., 156 ff., 160, 163, 164, 168 f., 178, 185, 187, 198, 205, 215, 263 f., 270 f., 274 f., 284, 318 ff., 338, 354
- Politik des Gesetzes 22 f., 80
- Private Enforcement 136 ff.
 - *siehe auch* Funktionsdifferenzierung
 - im Recht des Geistigen Eigentums 136 ff.
 - im Kartellrecht 146 ff.
 - Materialisierung durch 143 ff., 150 ff.
 - Kritik 319 ff., 351 ff.
- Präklusion 64 f., 75 ff., 86, 91, 94, 244
- Privatrecht, *siehe* Recht, materielles
- Prorogationsverbot 107, 109 ff., 155
- Prozeduralisierung 26 f.
- Prozessleitung 216 ff.
 - *siehe auch* Richter
 - Befugnisse 216 ff., 218 ff., 224 f., 225 ff.
 - durch amtswegige Beweiserhebung 225 ff., 283 ff.
 - in England 248 ff.
 - kompensatorische 216 ff.
 - Materialisierung durch 274 ff.
- Prozesskostenhilfe 66 ff., 74 f., 100 ff., 246, 281 f., 327 f., 329, 332, 338, 344
 - *siehe auch* Bundesverfassungsgericht
 - *siehe auch* Legal Aid
- Prozesszweck 299 ff.
 - *siehe auch* Sinn
 - Bewährung objektiven Rechts 302 f., 313 ff., 319 ff., 338, 345
 - Durchsetzung subjektiver Rechte 30 ff., 303 f., 313 ff.
 - Individualrechtsschutz 304, 306, 313 ff., 319, 321 f., 325 f., 329 f., 335 f., 342 ff., 348
 - Legitimation durch Verfahren 304 f., 310 ff.
 - Offenheit der Prozesszwecke 123, 325 f., 348
 - optimaler 309 ff.
 - sozialer 300 f., 309 f.
 - untergeordnete 305 ff.
 - Verhältnis zum Sinn des Zivilprozesses 307 ff.
- Recht
 - formales 8 f., 25, 32 ff., 41 ff., 104, 237 ff.
 - formelles 7
 - materielles, *siehe* Materialisierung, Begriff
 - materielles 7
 - rechtsstaatliches 295 f., 299
 - technisches 1 f., 37
- rechtliches Gehör 20, 56, 63 ff., 163, 167, 219, 278
 - *siehe auch* Bundesverfassungsgericht
- Rechtsformalismus 7 ff., 15, 19 f., 52 f., 267
 - *siehe auch* Recht, formales
- Rechtskraft 126, 189 ff., 195 ff., 305 ff.
 - Durchbrechung der 189 ff., 195 ff.
 - Rechtsnatur der 190 ff.
- Rechtsmittelrecht 90 ff.
 - Berufung 91 ff.
 - Umstrukturierungen 90 ff.
 - Materialisierung durch 92 ff., 95 ff.
 - Revision 61 f., 91 f., 119 f., 188, 291 f.
 - Zulassung von Rechtsmitteln 60, 94 ff.
- Rechtsstaat 295 f.
 - freiheitlicher 309 f., 315 f.
 - moderner 293, 340 ff.
- rechtsstaatliche Ordnung, *siehe* rule of law
- Revision, *siehe* Rechtsmittelrecht
- Richter
 - *siehe auch* confirmation bias
 - *siehe auch* Ausgleich von Ungleichgewichten
 - Richterrecht 35, 145, 174 ff., 327, 329, 333
 - richterliche Hinweise 59 f., 210 f., 214 f., 218 ff., 265, 274 ff., 349 f., *siehe auch* Prozessleitung
 - Rolle der Richter in England 248 ff.
- Richtigkeitsgewähr 333 f., 367 f.

- rule of law 43, 239, 264, 295 ff., 309,
316 f., 324 f., 336 f., *siehe auch* Sinn
- sachfremde Erwägungen 58 ff., 350, 358
- Sammelklage, *siehe* kollektiver Rechtsschutz
- Schwächerenschutz 39 ff., 51 f., 103,
108, 111 f., 156 f., 160 ff., 180 f.,
201, 204, 280 ff., 310, 323
- sekundäre Darlegungslast, *siehe* Darlegungslast
- Selbstreflexion des Rechts, positive 15 f.
- Sinn
- Begriff 294
 - des Zivilprozesses 294 ff., 298
 - Verhältnis zum Prozesszweck 307 ff.
- Smart contracts 342, 363 f.
- sozialer Prozesszweck, *siehe* Prozesszweck
- sozialer Zivilprozess, *siehe* Prozesszweck, sozialer
- Sozialhilfe 101 f.
- Sozialismus 14, 37 ff., 51
- Streitwert 45, 61, 71, 86 ff., 95 ff., 121,
123, 165, 169, 242, 323 ff., 330,
357 ff., 366 f.
- subjektives Recht 30 ff., 43, 46, 71, 103,
123 f., 133 ff., 178, 264, 297, 300 ff.,
313 ff., 326, 332, 343, 348, 354
- substantive justice 238 ff., 242, 262 ff.
- Summers, Robert 33 ff., 47 ff., 71, 78,
88 f., 96 f., 104, 123, 169, 181, 194,
240, 270, 327
- technisches Recht, *siehe* Recht
- Transparenz 335 ff., 355
- Treu und Glauben 177 ff., 185 f.
- UKlaG, *siehe* Verbandsklage
- Ungleichbehandlungen 326 ff., 338 f.
- Ungleichgewichte
- *siehe auch* Ausgleich von Ungleichgewichten
 - prozessuale 217, 233, 267, 272, 278 ff., 289 f., 323, 344 ff.
 - soziale 33, 39, 107 f., 216 f., 274, 277, 278 ff., 289 f.
- Urkundenvorlegung, *siehe* Amtsermittlung
- UWG, *siehe* Verbandsklage
- venire contra factum proprium 185 f.
- Verbandsklage 112 ff.
- Ausgestaltung der 113 f.
 - Doppelnatur der 118 ff.
 - Materialisierung durch 116 ff., 122 f.
 - materiell-rechtlicher Anspruch 119 f.
 - prozessrechtliche Besonderheiten 121
 - UKlaG 114 f.
 - UWG 115 f., 150
- Verbraucherschutz
- *siehe auch* Gerichtsstand
 - *siehe auch* Prozessleitung
 - durch den EuGH 199 ff., 205 ff.
 - Materialisierung durch 106 ff., 110 f., 135 f., 156 f., 160, 168 f., 204 f., 212 ff., 319, 327, 356 f., 364 ff.
- Verfahrensgerechtigkeit
- *siehe auch* Gerechtigkeit
 - reine 310
 - unvollkommene 312
 - vollkommene 312
- Verfassungsbeschwerde 57, 59, 68 ff., 328, 333
- Verfassungsrecht 9, 20 f., 55 ff., 101,
219, 278, 287, 299, 333, 367
- Verhandlungsgrundsatz, *siehe* Beibringungsgrundsatz
- Verrechtlichung 16 ff.
- Vertragsfreiheit 11 f., 204 f.
- Vertragsgerechtigkeit 12 f.
- Verzögerungsrüge 75 ff.
- Waffengleichheit der Parteien 44 f., 108,
160, 217, 265, 271, 278 f., 287, 347
- Wahrheit
- als Prozesszweck 305 f., 308, 317, 330
 - formelle (innerprozessuale) 36, 46 f., 94, 229
 - im englischen Zivilprozess 237, 239 f.
 - materielle 19, 36, 181, 229
- Weber, Max 7 ff., 32 f., 44 ff., 87, 97,
104, 122, 169, 187, 327

- Weltanschaulich-politische Grundhaltung 13 f., 17, 27, 37 f., 40, 51 ff., 94
- Willkürkontrolle, *siehe* Bundesverfassungsgericht
- Woolf-Reforms, *siehe* Civil Procedure Rules
- Yuill v Yuill 249
- Zahlungsverzugsrichtlinie 170
- Zivilprozess
- Aufgabe des, *siehe* Prozesszweck und Sinn
 - deutscher, Begriff 3 f.
 - englischer, *siehe* englisches Zivilprozessrecht
 - im modernen Rechtsstaat 340 ff.
 - Komplexität der Beziehungen im 353 f.
 - klassischer, *siehe* CPO 1879
 - österreichischer, *siehe* österreichisches Zivilprozessrecht
 - Pyramidenmodell 341 f.
- ZPO-Reformgesetz 153, 222, 225 f., 229 f.,
Zugang zu Rechtsmitteln, *siehe* Rechtsmittel
- Zweck des Zivilprozesses, *siehe* Prozesszweck