

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 Tandecki* 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.	Parteienhörung, § 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>		
		274
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 abschätzigste 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 erforder-

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.

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