



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Die Materialisierung des Zivilprozessrechts – Der Zivilprozess im modernen Rechtsstaat“**

Dissertation vorgelegt von Roman Kehrberger

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

## Zusammenfassung der Dissertation

### I.

„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.“ Mit diesen Worten leitete *Friedrich Lent* im Jahr 1947 die erste Auflage seines Lehrbuchs zum Zivilprozessrecht 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“.

Mit diesen beiden konträren Aussagen ist bereits der Konflikt umrissen, dem sich die Arbeit widmet. 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, stellt sich in jüngerer Zeit die Frage nach der sog. „Materialisierung“ des Zivilprozessrechts.

### II.

Zunächst ist hierbei erforderlich, sich zu vergegenwärtigen, was überhaupt unter dem Begriff der Materialisierung des Zivilprozessrechts zu verstehen ist. Dieser ist in der bisherigen Debatte nicht einheitlich verwendet worden. Teils wird damit der Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht beschrieben, andere Autoren bezeichnen damit den Einfluss privatrechtlicher Sonderwertungen auf das Zivilprozessrecht. Beides mögen Aspekte der Materialisierung sein, können diese jedoch nicht erschöpfend behandeln. Vielmehr ist Materialisierung im Zivilprozess mehr als dies.

Materialisierung des Zivilprozessrechts ist insgesamt 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

der grundlegenden Intention des Zivilprozessrechts dahingehend geschehen, dass ordnungspolitische Leitlinien durch den Zivilprozess durchgesetzt werden sollen. Andererseits kann auch ohne Veränderung des grundlegenden Zwecks eine Entformalisierung stattfinden, etwa weil moralische oder soziale Aspekte in den Blick genommen werden.

Solche Entwicklungen 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.

### III.

In Konsequenz untersucht die Arbeit sodann, ob derartige Entwicklungen bereits im deutschen Zivilprozessrecht stattfinden. Dabei werden Einflüsse der Verfassung, sowie europäischer Grund- und Menschenrechte (1.), der Einfluss des Gesetzgebers (2.) und der Einfluss der Richterschaft (3.) beleuchtet.

1. Dass das Zivilprozessrecht als öffentliches Recht unmittelbar unter dem Einfluss der Verfassung steht, wird kaum jemand bestreiten. Vielmehr ist gefragt, ob sich das Zivilprozessrecht durch den Einfluss der Verfassung *verändert* (hat). 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“ erkennt, sieht *Roth* lediglich die „Selbstverständlichkeit“ des „Gebot[s] der verfassungskonformen Auslegung“.

Das Grundgesetz und damit vor allem die Rechtsprechung des BVerfG machen zahlreiche Vorgaben für das Zivilprozessrecht. Zunächst misst das BVerfG die Anwendung von Verfahrensrecht – ebenso wie die Anwendung von materiellem Recht – an Art. 3 Abs. 1 GG und nimmt eine Willkürkontrolle vor. Eine Entscheidung verstößt nach dem BVerfG dann gegen den Gleichheitssatz, wenn eine der Schluß aufdrängt, dass die Anwendung des einfachen Rechts auf sachfremden Erwägungen beruht. 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. Schließlich nimmt das BVerfG allgemein durch die im Grundgesetz

vorgesehene Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde Einfluss auf das Zivilprozessrecht. Hierdurch fließen verschiedene grundrechtliche geschützte Rechtspositionen in das Zivilprozessrecht ein, die diesem vorher nicht immanent waren. Dies stellt eine Tendenz zur Materialisierung dar, die anderen Einflüsse des Grundgesetzes auf das Zivilprozessrecht hingegen nicht.

Auch der Einfluss der europäischen Grund- und Menschenrechte auf das deutsche Zivilprozessrecht ist eher gering. In vielen denkbaren Konstellationen, die durch supra- und supranationale 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.

2. Anders mag dies hinsichtlich des Einflusses des Gesetzgebers auf das Zivilprozessrecht sein. 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. Dazu kommen zusätzliche nationale und internationale Rechtsakte, die ergänzend an die Seite der ZPO treten. Genannt seien nur etwa das ZVG, das UKlaG, das FamFG, das MediationsG, die EuGVVO, oder die EUErbVO. Es kann und wird folglich nicht jede Reform des Zivilprozessrechts daraufhin untersucht, ob sich in ihr eine Tendenz zur Materialisierung zeigt. Stattdessen werden in der Arbeit 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. Diese Untersuchung nimmt aufgrund der zahlreichen Einzelaspekte einen nicht unerheblichen Teil des Mittelteils der Arbeit ein. Im Einzelnen werden acht Bereiche des nationalen Zivilprozessrechts und vier Aspekte des europäischen Zivilprozessrechts untersucht.

Betrachtet man nun die verschiedenen gesetzgeberischen Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers in einem Gesamtzusammenhang, fällt durchaus eine gewisse ideologische Prägung auf. Die Fähigkeit der Parteien, einen Rechtsstreit in einem gleichberechtigten Zivilprozess zu einer gerechten Lösung zu bringen, wie es die CPO von 1877 noch vorsah, wird vom Gesetzgeber schon seit längerem immer mehr bezweifelt und inzwischen auch teilweise bestritten. 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. 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, 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 einer ordnungspolitischen Inanspruchnahme 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.

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. 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. Insgesamt zeigt der europäische Gesetzgeber, dass er die grundlegende Intention des Zivilprozessrechts weniger in der Durchsetzung und Feststellung subjektiver Rechte, sondern eher in der Umsetzung ordnungspolitischer Leitlinien begreift.

3. 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 der Arbeit wird mögliche Materialisierung durch

die Schaffung von zivilprozessrechtlichem Richterrecht und durch kompensatorische Prozessleitung unterschieden.

Auch im Rahmen von zivilprozessualen Richterrecht zeigen sich teilweise Materialisierungstendenzen. Besonders deutlich wird dies in der Rechtsprechung des EuGH, so etwa bei dessen Auslegung der verbraucherschützenden Gerichtsstände der EuGVVO, seinen Anmerkungen zur Tatsachenermittlungspflicht im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie oder zur Rechtskraftdurchbrechung wegen Verstoßes gegen das Beihilfeverbot. Hier wird jeweils das Zivilprozessrecht zur Erreichung ordnungspolitischer Ziele eingesetzt. Deutlich geringer sind die Materialisierungstendenzen bei richterrechtlich geschaffenen Instituten des BGH. Hier ist allerdings etwa die sekundäre Darlegungslast als Tendenz zur sonstigen Entformalisierung zu nennen. 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.

Zuletzt wird die mögliche Materialisierung im Rahmen einer kompensatorischen Prozessleitung untersucht. Hiermit ist der Ausgleich von Ungleichgewichtslagen durch richterliche Aktivität im Prozess gemeint. Dies kann durch verschiedene prozessleitende Möglichkeiten, etwa nach den §§ 139, 142, 144 ZPO geschehen. 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. 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 wird in der Arbeit auch die richterliche Rolle in England beleuchtet. Diese 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. Nach eingehender Untersuchung lässt sich diese Aktivierung als Materialisierungstendenz begreifen. Daraus folgt für gesteigerte richterliche Aktivität in Deutschland, dass dann eine Tendenz zur Materialisierung durch richterliche Aktivität vorliegt, wenn Gerichte – wie teilweise in England – gezielt soziale Ungleichgewichte ausgleichen sollen. Dies ist jedoch nach den §§ 139, 142, 144 ZPO nicht gestattet. Es könnte jedoch auch dann

eine Tendenz zur Materialisierung bestehen, wenn soziale Schwäche mit mangelhafter Prozessführung, an die die richterlichen Prozessleitungsbefugnisse anknüpfen, korreliert. Hierfür sprechen, auch ohne, dass eine empirische Untersuchung durchgeführt wird, einige gewichtige Indizien. Insofern kann durch die Befugnisse der kompensatorischen Prozessleitung zwar eine gewisse Tendenz zur Materialisierung erkannt werden, indes ist diese nicht besonders stark.

#### IV.

Zusammenfassend lässt sich durchaus erkennen, dass sich das Zivilprozessrecht seit Einführung der CPO von 1879 hin zu einem materialeren Gerechtigkeitsverständnis entwickelt hat. Diese Entwicklung ist jedoch bei weitem nicht so stark und deutlich, wie man auf den ersten Blick und bei Lektüre der einschlägigen Literatur erwarten könnte. Die Frage, die sich dann aber stellt, ist: Wie ist der Trend zur Materialisierung des Zivilprozessrechts zu bewerten? Um sich der Antwort hierauf zu nähern, untersucht die Arbeit zunächst, 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.

Hierfür unterscheidet die Arbeit zwischen dem Sinn und dem Zweck des Zivilprozesses. Der Sinn des Zivilprozesses, der als Antwort auf die Frage „Warum existiert der Zivilprozess“ verstanden werden sollte, ist die Aufrechterhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung. Dies folgt daraus, dass der Staat seinen Bürgern einerseits subjektive Privatrechte verleiht, ihnen andererseits aber die – notfalls gewaltsame – selbstständige Durchsetzung verweigert.. Nur weil der Zivilprozess existiert, nehmen die Bürger das Recht nicht selbst in die Hand. Der Zweck des Zivilprozesses, verstanden als Antwort auf die Frage: „Wozu dient der Zivilprozess?“ ist der Individualrechtsschutz, da ein solcher Zweck am besten dazu geeignet ist, den Sinn des Zivilprozesses zu verwirklichen.

Legt man dieses Verständnis des Zivilprozessrechts zugrunde, so ergibt sich zunächst, dass Tendenzen, die zu einer ordnungspolitischen Inanspruchnahme des Zivilprozesses führen, strikt abzulehnen sind. Bereits der Anschein einer ordnungspolitischen Steuerung muss vermieden werden. Wird der Eindruck erweckt, eine gerichtliche Entscheidung beruhe nicht mehr ausschließlich auf Recht und Gesetz, sondern auch auf anderen Kriterien wie sozialem Ausgleich oder Sanktion, geht das für dessen Funktionieren so wichtige Vertrauen in den Rechtsstaat verloren.

Kaum problematisch sind Tendenzen zur Materialisierung hingegen dort, wo zwar Außerprozessrechtliches in den Blick genommen, aber dadurch der Zugang zur Rechtsprechung ermöglicht oder bestehende Ungleichgewichte im Prozess ausgeglichen werden. Beispiele hierfür sind etwa ein kostengünstiges Bagatellverfahren oder richterliche Hinweise. Im Rahmen von Entformalisierungen ist allerdings stets darauf zu achten, dass die Transparenz und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen, die normalerweise durch formale Institute gewährleistet werden, gewahrt bleiben. Dies kann etwa durch Begründungspflichten des Gerichts für prozessleitende Maßnahmen oder besonderes Augenmerk auf Befangenheitsvorschriften geschehen.

## V.

Abschließend stellt die Arbeit kurz da, wie ein Zivilprozess im modernen Rechtsstaat aussehen könnte. Dem dort vorgestellten Modell liegt im Wesentlichen eine Pyramidenstruktur zugrunde. Als Fundament der Pyramide fungiert ein Prozessrecht, das als grundlegende Intention auf den Streitentscheid zwischen Privaten und die subjektive Rechtsdurchsetzung abzielt. 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. 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