

MATTHIAS WALLIMANN

Der Unmittelbarkeits- grundsatz im Zivilprozess

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht*

131

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 131

herausgegeben von
Rolf Stürmer



Matthias Wallimann

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess

Dogmatik und Zukunftsperspektiven eines
Verfahrensgrundsatzes im 21. Jahrhundert – zugleich ein Beitrag
zur allgemeinen Verfahrenslehre

Mohr Siebeck

Matthias Wallimann, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Augsburg; 2013 Erste Juristische Prüfung; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Unternehmensrecht, Europäisches Privat- und Internationales Verfahrensrecht an der Universität Augsburg; 2016 Promotion; seit 2016 Rechtsreferendar am Landgericht Ulm.

Zugleich Dissertation, Universität Augsburg, 2016.

e-ISBN PDF 978-3-16-154675-4

ISBN 978-3-16-154668-6

ISSN 0722-7574 (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.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

*Meinem Großvater
zum Gedenken*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg im Wintersemester 2015/2016 als Dissertation angenommen. Für die Druckfassung wurde sie aktualisiert, sodass sich Rechtsprechung und Literatur auf dem Stand von Dezember 2015 befinden. Im Frühjahr 2016 erschienene Literatur konnte nur noch teilweise berücksichtigt werden.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Raphael Koch, LL.M. (Cambridge), EMBA, für seine stete Förderung und sein Vertrauen in meine Fähigkeiten, für die Freiräume, die er mir zur Bearbeitung dieses Themas gewährt hat, sowie dafür, dass er mir frühzeitig die Möglichkeit zum eigenständigen wissenschaftlichen Arbeiten und Forschen gegeben und mich in Publikationsprojekte eingebunden hat. Herrn Professor Dr. Christian Gomille danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise.

Ferner danke ich meinen Freunden und Kollegen Eva Gofferjé, Maximilian Kummer, Lukas Peltsarszky und Marc Zimmermann für die schöne Zusammenarbeit in den vergangenen Jahren und die gegenseitige Unterstützung während unserer Promotionszeit. Daniela Titz und Marc Zimmermann danke ich dafür, dass sie die Mühen des Korrekturlesens dieser Arbeit auf sich genommen haben.

Die Hanns-Seidel-Stiftung e.V. hat sowohl mein Studium als auch die Entstehung dieser Arbeit durch ein Begabtenstipendium aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert, wofür ich herzlich danke. Der Studienstiftung *ius vivum*, insbesondere dem Stiftungsvorstand Herrn Professor Dr. Haimo Schack, danke ich für die Übernahme eines großzügigen Druckkostenzuschusses. Der Kanzlei ARNECKE SIBETH und der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg danke ich für die Verleihung des ARNECKE SIBETH Dissertationspreises 2016. Mein Dank gilt auch Herrn Dr. Franz-Peter Gillig vom Verlag Mohr Siebeck für die reibungslose Betreuung der Veröffentlichung sowie Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“.

Schließlich danke ich meiner gesamten Familie – insbesondere meinen Eltern Karin Lutzkat-Wallimann und Rudolf Wallimann sowie meinem Stiefvater Hans Helmut Lutzkat –, auf deren Rückhalt ich in jeder Phase meiner schulischen und universitären Ausbildung zählen konnte. Ganz besonders möchte ich meiner Mutter danken, da ohne ihre Unterstützung viele meiner Träume nicht in Erfüllung gegangen wären. Ihr Zuspruch gibt mir Kraft und Mut in jeder Lebenslage. Zu guter Letzt

danke ich meiner Freundin Jennifer Falkner, die mich stets in Liebe durch Rat und Tat und der erforderlichen Mischung aus Geduld und Ungeduld bei der Erstellung dieser Arbeit begleitet hat.

Meinem Großvater Alois Riedel war es leider nicht mehr vergönnt, den Abschluss meines Studiums und meiner Promotion zu erleben. In Dankbarkeit für alles, was er mir mit auf den Weg gegeben hat, ist ihm diese Arbeit gewidmet.

Ulm, im Juni 2016

Matthias Wallimann

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
<i>§ 1: Einführung</i>	1
I. Themenstellung	2
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	4
III. Ziel der Untersuchung	6
IV. Gang der Darstellung	8

Teil 1 Grundlagen

<i>§ 2: Die Dogmatik der Verfahrensgrundsätze</i>	11
I. Terminologische Vorfragen	11
II. Zum Wesen der Verfahrensgrundsätze	16
III. Kriterien zur Einordnung als Verfahrensgrundsatz	41
IV. Die Verfahrensgrundsätze als „Säulen des Verfahrens“	64
V. Zusammenfassung	64
<i>§ 3: Rechtsvergleichende Grundlagen</i>	67
I. Inländische Verfahrensordnungen	68
II. Ausländische Verfahrensordnungen	88
III. Principles of Transnational Civil Procedure	101
IV. Zusammenfassung	104

Teil 2 Der Unmittelbarkeitsgrundsatz in der ZPO

<i>§ 4: Die historische Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes</i>	109
I. Die Epoche des Gemeinen Prozesses	109
II. Kodifikationsbestrebungen im 19. Jahrhundert	116
III. Die Reichs-Civilprozeßordnung von 1877	130
IV. Die Entwicklung von 1877 bis zur Zeit des Nationalsozialismus	138

V. Gesetzgebungsakte seit 1945	145
VI. Zusammenfassung	149
<i>§ 5: Die Dogmatik des Unmittelbarkeitsgrundsatzes</i>	<i>151</i>
I. Überblick über den bisherigen Meinungsstand	151
II. Kritik und Auffälligkeiten	167
III. Methodische Vorgehensweise und Vorüberlegungen	172
IV. Anknüpfungspunkte und relevante Vorschriften in der ZPO	174
V. Inhalt und Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	228
VI. Unmittelbarkeitsgrundsatz und Verfassung	257
VII. Zusammenfassung	261

Teil 3

Gegenwart und Zukunft des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

<i>§ 6: Die Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Gegenwart</i>	<i>265</i>
I. Zivilprozessreformgesetz (2001)	265
II. Erstes Justizmodernisierungsgesetz (2004)	283
III. Zweites Justizmodernisierungsgesetz (2006)	300
IV. Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (2013)	301
V. Der aktuelle Stellenwert des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	303
VI. Zusammenfassung	312
<i>§ 7: Zukunftsperspektiven des Unmittelbarkeitsgrundsatzes</i>	<i>315</i>
I. Die zukünftige Entwicklung der ZPO	315
II. Kritik an der aktuellen Entwicklung	326
III. Die Zukunft des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	338
IV. Zusammenfassung	345

Teil 4

Schluss

<i>§ 8: Ergebnisse</i>	<i>349</i>
I. Zusammenfassung in Thesen	349
II. Kernforderungen	359
<i>§ 9: Ausblick</i>	<i>363</i>
Literaturverzeichnis	367
Sachregister	403

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
§ 1: <i>Einführung</i>	1
I. Themenstellung	2
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	4
III. Ziel der Untersuchung	6
IV. Gang der Darstellung	8

Teil 1 Grundlagen

§ 2: <i>Die Dogmatik der Verfahrensgrundsätze</i>	11
I. Terminologische Vorfragen	11
1. Etymologische Begriffsklärung	12
2. Philosophischer Sprachgebrauch	13
a) Prinzip	13
b) Maxime	14
c) Grundsatz	14
3. Allgemeiner Sprachgebrauch	14
4. Zwischenergebnis	15
II. Zum Wesen der Verfahrensgrundsätze	16
1. Der Begriff der Verfahrensgrundsätze	16
2. Dogmatische Einordnung	17
a) Verfahrensgrundsätze als normative Grundsätze	17
b) Dispositivität der Verfahrensgrundsätze	20
c) Ausnahmen und Durchbrechungen von Verfahrensgrundsätzen	21
d) Die Erkennbarkeit von Verfahrensgrundsätzen	22
e) Die Rechtsnormqualität von Verfahrensgrundsätzen	25
3. Verfahrensgrundsätze und der Zweck des Zivilprozesses	26
4. Verfahrensgrundsätze und Verfahrensziele	28
5. Kritik an den Verfahrensgrundsätzen	29
a) Falk Bomsdorf	30
b) Johann Josef Hagen	31
c) Rudolf Wassermann	32

d) Dieter Leipold	32
e) Zusammenfassung	33
6. Sinn und Zweck der Verfahrensgrundsätze	33
a) Rechtsstaatliche Funktion	35
b) Rechtspolitische Funktion	36
c) Heuristische Funktion	38
d) Rechtspraktische Funktion	39
e) Rechtsvergleichende Funktion	40
III. Kriterien zur Einordnung als Verfahrensgrundsatz	41
1. Normierung im Gesetzestext	41
2. Verfahrensgrundsätze als überkommene Grundsätze	41
3. Verfahrensgrundsätze und Grundgesetz	42
4. Die Konzeption der dialektischen Regelungsmodelle	42
5. Prinzipientheorie	43
a) Starke Trennungsthese	44
aa) Josef Esser	44
bb) Ronald Dworkin	45
cc) Robert Alexy	46
dd) Joachim Englisch	47
b) Schwache Trennungsthese	47
c) Kritik an der Prinzipientheorie	49
aa) Kritik an der starken Trennungsthese	49
bb) Kritik an der Prinzipientheorie als solche	51
d) Übertragung der Prinzipientheorie auf das Zivilprozessrecht?	52
aa) Verfahrensgrundsätze als Optimierungsgebote?	52
bb) Unterschiede zwischen Grundrechten und Verfahrensgrundsätzen	53
cc) Verfahrensgrundsätze als Strukturprinzipien?	55
dd) Allgemeine Bedenken	55
6. Die „Wichtigkeit“ als vorzugswürdiges Kriterium	56
a) Faktoren für die Bestimmung der „Wichtigkeit“	58
aa) Qualität und Quantität	58
bb) Regel-Ausnahme-Verhältnis	59
cc) Anwendung in der Praxis	60
dd) Verfassungsrechtliche Verankerung	61
ee) Gesetzgeberische Regelungsentention	61
b) Vorzüge dieses Ansatzes	62
IV. Die Verfahrensgrundsätze als „Säulen des Verfahrens“	64
V. Zusammenfassung	64
§ 3: <i>Rechtsvergleichende Grundlagen</i>	67
I. Inländische Verfahrensordnungen	68
1. Strafprozessordnung	68
a) Grundzüge und Grundsätze der Beweisaufnahme	68
aa) Formelle Unmittelbarkeit	69
bb) Materielle Unmittelbarkeit	70

cc) Ratio und Vorteile des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	73
b) Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen	74
aa) Audiovisuelle Vernehmung (§ 247a StPO)	75
bb) Verständigung im Strafverfahren (§ 257c StPO)	77
c) Der aktuelle Stellenwert des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Strafverfahren	79
d) Reformdiskussionen und Perspektiven des Unmittelbarkeits- grundsatzes im Strafprozess	81
aa) Stärkung des Ermittlungsverfahrens	81
bb) Modifikationen in der Hauptverhandlung	82
cc) Vorbehalte gegen eine Schwächung der Unmittelbarkeit	83
2. Verwaltungsprozessordnung	84
a) Grundzüge und Grundsätze der Beweisaufnahme	84
aa) Formelle Unmittelbarkeit	85
bb) Materielle Unmittelbarkeit	86
cc) Zeitliche Unmittelbarkeit	87
b) Disponibilität des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	87
c) Videokonferenzen im Verwaltungsprozess (§ 102a VwGO)	88
II. Ausländische Verfahrensordnungen	88
1. Österreich	89
a) Gesetzliche Verankerung und Reichweite	90
aa) Persönliche Unmittelbarkeit	90
bb) Sachliche Unmittelbarkeit	91
cc) Zeitliche Unmittelbarkeit	93
dd) Verfassungsrechtliche Verankerung des Unmittelbarkeits- grundsatzes?	93
b) Folgen von Verstößen gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz	94
c) Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen	95
2. England	96
a) Verfahrenstrennung in Vorverfahren und Hauptverhandlung	97
b) Grundzüge und Grundsätze der Beweisaufnahme	98
aa) Ablauf der Beweisaufnahme	98
bb) Sonderformen der Beweisaufnahme	100
cc) Best Evidence Rule	100
III. Principles of Transnational Civil Procedure	101
1. Grundzüge und Ablauf des Verfahrens	102
2. Verwirklichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	103
IV. Zusammenfassung	104

Teil 2

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz in der ZPO

§ 4: Die historische Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	109
I. Die Epoche des Gemeinen Prozesses	109
1. Wesensmerkmale des Gemeinen Prozesses	110

2.	Charakterisierung des Gemeinen Prozesses	111
a)	Bewertungen in der Literatur	111
b)	Stellungnahme	112
3.	Vorzüge des Gemeinen Prozesses	113
4.	Kritik am Gemeinen Prozess	115
II.	Kodifikationsbestrebungen im 19. Jahrhundert	116
1.	Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793	117
a)	Verfahrensablauf	117
b)	Formen von Unmittelbarkeit	118
2.	Zivilprozessordnungen im Königreich Hannover	120
a)	Allgemeine bürgerliche Proceßordnung von 1847	120
aa)	Verfahrensablauf	120
bb)	Formen von Unmittelbarkeit	121
b)	Bürgerliche Proceßordnung von 1850	123
aa)	Verfahrensablauf	123
bb)	Formen von Unmittelbarkeit	125
cc)	Die Bedeutung der Unmittelbarkeit nach damaligem Verständnis	126
3.	Bayerische Proceßordnung von 1869	128
a)	Verfahrensablauf	129
b)	Formen von Unmittelbarkeit	130
III.	Die Reichs-Civilprozeßordnung von 1877	130
1.	Die Entwürfe vor Erlass der Reichs-Civilprozeßordnung	131
a)	Bundesstaaten-Entwurf von 1866	131
b)	Norddeutscher Entwurf von 1870	132
c)	Preußischer Justizministerial-Entwurf von 1871	133
2.	Die Entwicklung von 1871 bis 1877	134
3.	Unmittelbarkeit in der Reichs-Civilprozeßordnung	136
IV.	Die Entwicklung von 1877 bis zur Zeit des Nationalsozialismus	138
1.	Bedeutungsverlust des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	138
2.	Gesetzgebungsakte im Deutschen Kaiserreich und der Weimarer Republik	141
3.	Die „Wiederentdeckung“ der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zur NS-Zeit	142
V.	Gesetzgebungsakte seit 1945	145
1.	Einzelrichternovelle (1974)	145
2.	Vereinfachungsnovelle (1976)	146
3.	Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz (1990)	147
VI.	Zusammenfassung	149
§ 5:	<i>Die Dogmatik des Unmittelbarkeitsgrundsatzes</i>	151
I.	Überblick über den bisherigen Meinungsstand	151
1.	Komponenten der Unmittelbarkeit	151
a)	Formelle Unmittelbarkeit	152
aa)	Inhalt und Reichweite	152
bb)	Die Folgen eines Richterwechsels	154

b) Materielle Unmittelbarkeit	157
c) Zeitliche Unmittelbarkeit	161
2. Unmittelbarkeit und Mündlichkeit	162
3. Sinn und Zweck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	162
4. Einlegung von Rechtsmitteln und Dispositionsbefugnisse der Parteien	163
II. Kritik und Auffälligkeiten	167
III. Methodische Vorgehensweise und Vorüberlegungen	172
IV. Anknüpfungspunkte und relevante Vorschriften in der ZPO	174
1. Die Parteien und das Gericht	174
2. Die Parteien und die Beweismittel	176
3. Die Beweismittel und das Gericht	178
a) Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO)	178
aa) (Neu-)Interpretation des Wortlauts	179
bb) Systematische Überlegungen	180
cc) Zwischenergebnis	181
b) Ausnahmen	181
aa) Delegation der Beweisaufnahme beim Augenscheinsbeweis (§ 372 Abs. 2 ZPO)	181
bb) Delegation der Beweisaufnahme beim Zeugenbeweis (§ 375 ZPO)	182
(1) Sinn und Zweck der Vorschrift	183
(2) Besonderheiten der Beweiswürdigung beim Zeugenbeweis	183
(a) Kriterien zur Beurteilung von „Glaubwürdigkeit“ und „Glaubhaftigkeit“	185
(b) Erkenntnisse der neueren Aussagepsychologie	186
(c) Erfordernis eines persönlichen Eindrucks?	189
(d) Zwischenergebnis	192
(3) Delegation der Beweisaufnahme nach § 375 Abs. 1 ZPO	193
(4) Delegation der Beweisaufnahme nach § 375 Abs. 1a ZPO	197
cc) Delegation der Beweisaufnahme beim Sachverständigenbeweis (§ 402 ZPO)	198
dd) Delegation der Beweisaufnahme beim Urkundenbeweis (§ 434 ZPO)	199
ee) Delegation der Beweisaufnahme bei der Parteivernehmung (§ 451 ZPO)	200
ff) Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 479 ZPO)	201
c) Sonstige Fälle	202
aa) Verweisung bei Unzuständigkeit (§ 281 ZPO)	202
bb) Der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen (§ 349 ZPO)	202
cc) Schriftliche Zeugenaussage (§ 377 Abs. 3 ZPO)	203
dd) Verfahren nach billigem Ermessen (§ 495a ZPO)	205
ee) Der vorbereitende Einzelrichter im Berufungsverfahren (§ 527 ZPO)	206
ff) Amtliche Auskünfte (§§ 273 Abs. 2 Nr. 2, 358a S. 2 Nr. 2 ZPO)	206

d)	Konsequenzen für die Auslegung von § 355 Abs. 1 ZPO	208
e)	Zusammenfassung	209
4.	Das Verhältnis der Parteien untereinander	210
5.	Das Verhältnis der Beweismittel untereinander	211
a)	Schriftliche Zeugenaussage (§ 377 Abs. 3 ZPO)	211
b)	Amtliche Auskünfte (§§ 273 Abs. 2 Nr. 2, 358a S. 2 Nr. 2 ZPO)	213
c)	Freie richterliche Beweismündigkeit (§ 286 Abs. 1 ZPO)	213
d)	Delegation der Beweisaufnahme beim Zeugenbeweis (§ 375 Abs. 1 und 1a ZPO)	216
e)	Besondere Verfahrensarten	217
aa)	Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO)	217
bb)	Urkunden- (§ 592 ZPO) und Restitutionsprozess (§ 580 Nr. 7b ZPO)	218
f)	Zusammenfassung	219
6.	Die Güteverhandlung und die mündliche Verhandlung	219
7.	Die Verhandlung und die Beweisaufnahme	220
a)	Mündliche Verhandlung und Beweisaufnahme (§ 279 Abs. 2 und 3 ZPO)	220
b)	Verhandlung nach Beweisaufnahme (§ 285 ZPO)	221
c)	Fortsetzung der mündlichen Verhandlung (§ 370 ZPO)	222
d)	Zusammenfassung	223
8.	Die Beweisaufnahme und die Beweismündigkeit	224
a)	Meinungsstand zu § 279 Abs. 3 ZPO	224
b)	Stellungnahme	225
c)	Zusammenfassung	227
9.	Die Verhandlung und das Urteil	227
V.	Inhalt und Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	228
1.	Komponenten eines Unmittelbarkeitsgrundsatzes	229
a)	Personelle Komponente	229
aa)	Inhaltliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede	229
bb)	Verknüpfung der personellen Verhältnisse	230
(1)	Zur Geltung des Mündlichkeitsgrundsatzes im Rahmen der Beweisaufnahme	230
(2)	Konkretisierung des Anwesenheitserfordernisses	231
(a)	Die Parteiöffentlichkeit als „Seitenstück“ zur (formellen) Unmittelbarkeit	231
(b)	Der „Vorhangsfall“ aus dem älteren Schrifttum	232
(c)	Zwischenergebnis	233
(3)	Sinn und Zweck der Anwesenheit	233
b)	Sachliche Komponente	234
aa)	Materielle Unmittelbarkeit und freie Beweismündigkeit	234
(1)	Die Ansicht Krügers: Materielle Unmittelbarkeit als Erfahrungssatz im Rahmen der Beweismündigkeit	234
(2)	Stellungnahme	235

bb)	Materielle Unmittelbarkeit als Grundsatz für besondere Verfahrensarten?	236
cc)	Materielle Unmittelbarkeit als Grundsatz mit Verfassungsrang?	237
c)	Zeitliche Komponente	238
aa)	Inhaltliche Gemeinsamkeiten	238
bb)	Zeitliche Unmittelbarkeit als Komponente eines Unmittelbarkeitsgrundsatzes?	238
cc)	Zeitliche Unmittelbarkeit als Komponente des Konzentrations- grundsatzes	240
d)	Ergebnis	240
2.	Definition des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	241
3.	Vorzüge der hier vertretenen Ansicht	242
4.	Konsequenzen	243
a)	Die Behandlung des Richterwechsels in der ZPO	243
aa)	Der Richterwechsel während der mündlichen Verhandlung	243
(1)	Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Untersuchung	243
(2)	(Neu-)Interpretation von § 309 ZPO	244
(3)	Ergebnis	245
bb)	Der Richterwechsel nach der Beweisaufnahme	245
(1)	Auseinandersetzung mit dem bisherigen Meinungs- spektrum	245
(2)	Analoge Anwendung von § 285 Abs. 2 ZPO	246
(3)	Teleologische Reduktion von § 398 Abs. 1 ZPO bei Verwertung persönlicher Eindrücke	247
(4)	Ergebnis	248
cc)	Probleme und Lösungsansatz	248
b)	Die Heranziehung mittelbarer Beweismittel	249
aa)	Beweisaufnahme und Beweisantragsrecht	249
bb)	Richterliche Hinweispflicht (§ 139 Abs. 1 ZPO) bei mittelbarer Beweisaufnahme?	250
c)	Die Disponibilität des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	252
d)	Der Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Berufungsinstanz	253
aa)	Die Geltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in zweiter Instanz	254
(1)	Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss (§ 522 Abs. 2 ZPO)	254
(2)	Der Prüfungsumfang des Berufungsgerichts (§ 529 ZPO)	255
(3)	Ergebnis	255
bb)	Die Überprüfbarkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in zweiter Instanz	256
VI.	Unmittelbarkeitsgrundsatz und Verfassung	257
1.	Der strafprozessuale Unmittelbarkeitsgrundsatz	258
2.	Der zivilprozessuale Unmittelbarkeitsgrundsatz	258
3.	Ergebnis	261
VII.	Zusammenfassung	261

Teil 3
Gegenwart und Zukunft des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

§ 6: Die Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Gegenwart . . .	265
I. Zivilprozessreformgesetz (2001)	265
1. Ziele und Motive des Gesetzgebers	265
2. Relevante Änderungen	266
a) Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung (§ 128a ZPO)	266
aa) Anwendungsbereich und Voraussetzungen für die Durchführung	267
(1) Videokonferenz (§ 128a Abs. 1 ZPO)	267
(2) Audiovisuelle Vernehmung (§ 128a Abs. 2 ZPO)	269
bb) Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz	269
cc) Auswirkungen auf die Beweiswürdigung	271
dd) Systemkonformität von § 128a ZPO	273
(1) Wechselwirkungen zwischen § 128a ZPO und § 355 Abs. 1 S. 1 ZPO	273
(2) Auslegung und neues Verständnis von § 355 Abs. 1 S. 1 ZPO	274
(3) Ergebnis	276
b) Originärer und obligatorischer Einzelrichter (§§ 348, 348a ZPO)	277
aa) Anwendungsbereich und Voraussetzungen	278
bb) Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz	279
c) Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter (§ 375 ZPO)	279
d) Neuregelung des Rechtsmittelrechts (§§ 511 ff. ZPO)	280
aa) Grundzüge des neuen Berufungsrechts	280
bb) Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz	281
3. Bewertung	283
II. Erstes Justizmodernisierungsgesetz (2004)	283
1. Ziele und Motive des Gesetzgebers	283
2. Relevante Änderungen	284
a) Zulassung des Freibeweises (§ 284 S. 2–4 ZPO)	284
aa) Anwendungsbereich und Voraussetzungen	285
bb) Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz	286
cc) Kritik	287
(1) Generelle Bedenken gegenüber dem Freibeweis	287
(2) Kritik an der Neuregelung	290
dd) Systemkonformität von § 284 S. 2–4 ZPO	291
(1) Das Verhältnis von § 284 S. 2 ZPO zu § 295 ZPO als Auslegungsproblem	292
(a) Grammatikalische Auslegung	292
(b) Systematische Auslegung	293
(c) Historische Auslegung	293
(d) Teleologische Auslegung	294
(e) Zwischenergebnis	294

(2) Die Rangfolge der Auslegungsmethoden	294
(3) Ergebnis	296
b) Verwertung von gerichtlichen Sachverständigengutachten	
(§ 411a ZPO)	297
aa) Anwendungsbereich und Voraussetzungen	297
bb) Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz	298
3. Bewertung	299
III. Zweites Justizmodernisierungsgesetz (2006)	300
IV. Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (2013)	301
V. Der aktuelle Stellenwert des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	303
1. Tendenzen in der Gesetzgebung	303
2. Tendenzen in Literatur und Rechtsprechung	304
3. Tendenzen in anderen Verfahrensordnungen	305
4. Konsequenzen	306
a) Der Stellenwert des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Gegenwart	306
b) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz als Verfahrensgrundsatz der ZPO?	308
aa) Prüfung anhand des Kriteriums der „Wichtigkeit“	308
(1) Erfüllte Faktoren	308
(2) Nicht erfüllte Faktoren	309
(3) Die Anwendung in der Praxis als (noch) „offener“ Faktor	310
bb) Ergebnis	311
c) Neudefinition des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	311
VI. Zusammenfassung	312
<i>§ 7: Zukunftsperspektiven des Unmittelbarkeitsgrundsatzes</i>	<i>315</i>
I. Die zukünftige Entwicklung der ZPO	315
1. Gegenwärtige Herausforderungen für das nationale Zivilprozessrecht	316
a) Finanzielle Rahmenbedingungen	316
b) Justiz und Wettbewerb	317
2. Handlungsoptionen des Gesetzgebers	319
a) Generelle Überlegungen	320
b) Aktuelle und geplante Reformvorhaben	321
3. Veränderungen im Zivilprozessrecht	322
a) Justiz als Dienstleistung?	322
b) Effizienz als (neuer) eigenständiger Prozesszweck?	324
4. Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz	325
5. Ergebnis	326
II. Kritik an der aktuellen Entwicklung	326
1. Sinn und Nutzen einer Ökonomisierung des Zivilprozesses	326
a) Generelle Erfahrungen mit den jüngsten ZPO-Reformen	326
b) Konkrete Beispiele mit Bezug zum Unmittelbarkeitsgrundsatz	328
c) Auswirkungen auf andere Grundsätze des Verfahrensrechts	329
2. Grenzen einer Ökonomisierung des Zivilprozesses	330
a) Rechtsstaatliche Vorgaben	330
b) Das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht	333

c) Formalismus im Verfahrensrecht	335
3. Ergebnis	337
III. Die Zukunft des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	338
1. Bürgernahe Ziviljustiz als Konzept für die Zukunft	338
a) Begriffsklärung	338
b) Grundpfeiler einer bürgernahen Ziviljustiz	339
aa) Verfahrensbeschleunigung	340
bb) Unmittelbarkeitsgrundsatz	341
cc) Prozessökonomie	342
dd) Mündlichkeitsgrundsatz	343
2. Der Gerechtigkeitwert des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	343
3. Rückgriff auf Lösungswege in anderen Prozessordnungen?	344
4. Ergebnis	345
IV. Zusammenfassung	345

Teil 4 Schluss

§ 8: <i>Ergebnisse</i>	349
I. Zusammenfassung in Thesen	349
1. Die Dogmatik der Verfahrensgrundsätze (§ 2)	349
2. Rechtsvergleichende Grundlagen (§ 3)	350
3. Die historische Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 4)	351
4. Die Dogmatik des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 5)	352
5. Die Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Gegenwart (§ 6)	355
6. Zukunftsperspektiven des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 7)	357
II. Kernforderungen	359
1. Stärkere Orientierung an den Verfahrensgrundsätzen bei Gesetzesreformen	359
2. Konsolidierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	360
3. Konsolidierung der ZPO	361
§ 9: <i>Ausblick</i>	363
Literaturverzeichnis	367
Sachregister	403

§ 1: Einführung

Ein Sprichwort besagt: „Wer nicht mit der Zeit geht, muss mit der Zeit gehen.“ Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der vorliegenden Arbeit um eine zivilprozessuale Untersuchung handelt, könnte man diese Frage vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Rechts eigentlich für die gesamte ZPO aufwerfen. Die „Zeitgemäßheit“ einer ganzen Prozessordnung lässt sich im Rahmen einer einzelnen Monographie allerdings nur schwer beantworten. Will man ein solches Unterfangen dennoch angehen, so sollte dieses bei einer Untersuchung der Verfahrensgrundsätze der jeweiligen Prozessordnung ansetzen. Dementsprechend wird im Folgenden von der Prämisse ausgegangen, dass sich die Frage nach der „Zeitgemäßheit“ eines Gesetzes am besten beantworten lässt, wenn man einen Blick auf seine Grundstrukturen und deren „Zeitgemäßheit“ wirft. Dies wird zumeist im Zusammenhang mit bevorstehenden Gesetzesreformen relevant. Gerade das Zivilprozessrecht steht aktuell vor der Herausforderung, mit den spezifischen Entwicklungen des 21. Jahrhunderts mithalten zu müssen.¹ Der Gesetzgeber muss entscheiden, wie er sowohl auf prozessrechtsimmanente als auch auf gesellschaftliche Veränderungen reagieren will.²

Damit ist die Brücke zur Gesetzgebung geschlagen. In ihrem nunmehr weit über hundertjährigen Bestehen war die ZPO immer wieder Gegenstand von Reformen.³ Dies wirft naturgemäß die Frage nach deren Auswirkungen auf die Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses auf. In diesem Kontext gilt der Verhandlungsgrundsatz als das wohl prominenteste Beispiel. So wurde in den 1970er Jahren intensiv darüber diskutiert, ob dieser nach wie vor als prägender Verfahrensgrundsatz der ZPO existiere oder ob er nicht zwischenzeitlich von einer „Kooperationsmaxime“ abgelöst wurde.⁴ Auch in den vergangenen Jahren hat die Diskussion um den Verhandlungsgrundsatz nicht abgenommen. Vielmehr wird diese jüngst – bedingt durch eine Vielzahl von Reformen der ZPO seit der Jahrtausendwende⁵ – wieder

¹ Siehe hierzu später unter § 7 I. 1.

² Ähnlich *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, S. A 26.

³ *Gerhardt*, JR 1998, 133; ähnlich *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 15 („Geschichte von Reformversuchen und Reformen“).

⁴ Hierfür *Wassermann*, Sozialer Zivilprozeß, S. 97 ff., 109; zur damaligen Diskussion über die möglichen Veränderungen hinsichtlich des Verhandlungsgrundsatzes siehe *Prütting*, NJW 1980, 361 ff. m. w. N.

⁵ Siehe hierzu den Überblick bei *Musielak/Voit/Musielak*, Einleitung Rn. 77. In der Literatur wird daher teilweise von einer „Reformpermanenz im Justiz- und Verfahrensrecht“ gesprochen;

von Neuem geführt.⁶ Ausschlaggebend hierfür war insbesondere das Zivilprozessreformgesetz aus dem Jahre 2001,⁷ welches unter anderem zu einer Zurückdrängung der Parteifreiheit bei gleichzeitiger Stärkung der Richtermacht führte.⁸ Aufgrund der dadurch bewirkten Änderungen der ZPO wird teilweise für eine Bezeichnung als „geleiteter Verhandlungsgrundsatz“ plädiert.⁹

Diejenigen Fragen, welche für den Verhandlungsgrundsatz diskutiert werden, lassen sich freilich auf andere Verfahrensgrundsätze übertragen bzw. verallgemeinern. Konkret geht es darum, inwieweit sich moderne Gesetzgebungsakte auf die Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses auswirken: Sind diese mit den bisherigen Strukturen vereinbar? Welche Veränderungen ergeben sich in Bezug auf die Verfahrensgrundsätze? Müssen etablierte Grundsätze unter Umständen gar aufgegeben oder zumindest modifiziert werden um „mit der Zeit gehen zu können“?¹⁰

I. Themenstellung

Diese Fragen sollen am Beispiel des Unmittelbarkeitsgrundsatzes untersucht werden, dessen Gehalt geläufig wie folgt definiert wird:

„Die Verhandlung der Parteien und die Beweisaufnahme sollen unmittelbar vor dem (voll besetzten) erkennenden Gericht erfolgen, also ohne das Dazwischentreten richterlicher Mittelepersonen. Nur wer das gesamte Verfahren miterlebt, selbst die Vorträge der Parteien gehört und der Beweisaufnahme beigewohnt hat, ist am besten in der Lage, den Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden.“¹¹

Wirft man einen Blick auf die neuere Gesetzgebung, so scheint auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht unangetastet geblieben zu sein. Die ZPO-Reformen der vergangenen Jahre erwecken den Eindruck, dass dieser immer mehr zugunsten anderer Grundsätze des Verfahrensrechts – insbesondere Verfahrensbeschleunigung und Prozessökonomie – zurückgedrängt wurde.¹² Diese Tendenz, welche freilich noch

Fischer, KritV 2006, 43; ähnlich *Calliess*, NJW-Beilage 2014, 27 („Zivilprozess als gesetzgeberische Dauerbaustelle“).

⁶ Zur grundsätzlichen Berechtigung einer Geltung des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilprozess siehe *Koch*, Mitwirkungsverantwortung, S. 98 ff.

⁷ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, BGBl. I, S. 1887. Siehe hierzu später unter § 6 I.

⁸ *Koch*, Mitwirkungsverantwortung, S. 98. Zum Verhältnis von Parteifreiheit und Richtermacht siehe ferner *Baur*, in: FS Kralik, S. 75 ff.; *Stürner*, ZZZ 123 (2010), 147 ff.; *Leipold*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 235 (242 ff.); aus rechtsvergleichender Perspektive *Hess*, in: Richterbild und Rechtsreform, S. 1 (10 ff.).

⁹ Hierfür *Koch*, Mitwirkungsverantwortung, S. 349.

¹⁰ Ähnlich hinsichtlich der Auswirkungen des Einsatzes von modernen Kommunikationstechnologien im Zivilprozess *Fischer*, Justiz-Kommunikation, S. 68 f.; siehe auch *Gaier/Freudenberg*, ZRP 2013, 27 (29); *Gilles*, ZZZInt 7 (2002), 3 (28).

¹¹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 80 Rn. 1.

¹² *Völmann-Stickelbrock*, ZZZ 118 (2005), 359 (370); siehe auch *Kern*, ZZZ 125 (2012), 53 (70 f.).

näher untersucht werden muss,¹³ ist eigentlich wenig überraschend. Wenn man mit *Gottwald* davon ausgeht, dass das Prozessrecht „Spiegelbild der jeweiligen Gesellschaft“¹⁴ ist, so wäre es letztendlich nur konsequent, dass auch die ZPO in zunehmendem Maße von Schnelligkeit sowie ökonomischen Aspekten überlagert wird. Schließlich kann der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts durchaus ein gewisser Hang zur Beschleunigung, (Lebens-)Optimierung und Ökonomisierung attestiert werden.¹⁵

Ob diese Entwicklung tatsächlich auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz zutrifft oder nicht, kann nur nach einer genauen Untersuchung der jüngsten Gesetzesreformen beantwortet werden. Neben dem bereits angesprochenen Zivilprozessreformgesetz (2001) hat die ZPO insbesondere durch die beiden Justizmodernisierungsgesetze von 2004¹⁶ und 2006¹⁷ wichtige Änderungen erfahren. Alle genannten Gesetzesnovellen enthalten Einzelregelungen, welche einen (vermeintlichen) Bezug zum Unmittelbarkeitsgrundsatz aufweisen. Hierzu zählen insbesondere die Einführung der Videotechnik im Zivilprozess mit der Möglichkeit zur audiovisuellen Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Parteien (§ 128a ZPO), die Zulassung des Freibeweises im Einverständnis mit den Parteien (§ 284 S. 2 ZPO) sowie die Verwertbarkeit von Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren (§ 411a ZPO). All diese Neuerungen lassen den Unmittelbarkeitsgrundsatz möglicherweise in ein neues Licht rücken.¹⁸ Dementsprechend muss gefragt werden, ob sich die jüngsten Gesetzesreformen mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz vereinbaren lassen oder ob diese weitere Ausnahmen und Friktionen geschaffen haben, sodass dieser das Prädikat „Verfahrensgrundsatz“ überhaupt nicht mehr verdient. Dies führt unweigerlich zu der Frage nach der generellen Berechtigung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und dessen Zukunftsperspektiven: Ist dieser nach wie vor ein wichtiger Bestandteil des Zivilprozesses? Oder muss er sich dem „Wandel der Zeiten“¹⁹ beugen? Dabei handelt es sich um kein rein zivilprozessuales Problem. Vielmehr wird dieselbe Problematik auch in anderen Verfahrensordnungen – insbesondere der StPO – virulent.²⁰ Während die strafprozessuale Diskussion bereits fortgeschritten

¹³ Siehe hierzu später unter § 6 V. 1.

¹⁴ *Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245 (259).

¹⁵ Siehe zu diesem Gedanken bereits *Guttman*, Unmittelbarkeit, S. 83: „Als höchste Prozeß-idee schwebt einer demokratisch-industriellen Zeit instinktiv nur die der Schnelligkeit, Billigkeit und Massenhaftigkeit vor. Ungehemmt wie die gewerbliche Produktion müssen die Prozesse zunehmen, so will es das Fatum der wirtschaftlichen Entwicklung; dann aber heißt es die Masse schnell bewältigen.“

¹⁶ Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) vom 24. August 2004, BGBl. I, S. 2198. Siehe hierzu später unter § 6 II.

¹⁷ Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22. Dezember 2006, BGBl. I, S. 3416. Siehe hierzu später unter § 6 III.

¹⁸ Zum Bewertungswandel des Unmittelbarkeitsgrundsatzes siehe *Kern*, ZZP 125 (2012), 53 (70 f.).

¹⁹ *Gerhardt*, JR 1998, 133.

²⁰ *Radtke*, GA 159 (2012), 187: „Die Tragfähigkeit des Unmittelbarkeitsprinzips in konzeptioneller Hinsicht und seine Kompatibilität mit den heutigen Realitäten des Strafverfahrens werden allerdings zunehmend bezweifelt.“

ist,²¹ finden sich diesbezüglich im zivilprozessualen Schrifttum nur stellenweise Auseinandersetzungen. Ein einheitliches Meinungsbild ergibt sich nicht. Während manche Autoren dem Unmittelbarkeitsgrundsatz positiv gegenüberstehen,²² finden sich ebenso Stimmen, welche dessen grundsätzliche Eignung als Verfahrensgrundsatz der ZPO im 21. Jahrhundert in Frage stellen, wenn dieser beispielsweise als „Idee aus einer vergangenen Zeit“²³ bezeichnet wird. Die aktuelle Entwicklung in der Gesetzgebung und deren Kompatibilität mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz muss daher einer kritischen Bewertung unterzogen werden.

Ungeachtet der gesetzgeberischen Tätigkeiten in den letzten Jahren und unabhängig von seinem derzeitigen Stellenwert zeigt sich ein sehr differenziertes Meinungsbild²⁴ hinsichtlich Inhalt und Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.²⁵ Folglich ist eine alleinige Auseinandersetzung mit der aktuellen Gesetzgebung für die Bearbeitung dieses Themas nicht ausreichend. Die Untersuchung muss ebenso die Dogmatik des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in den Blick nehmen und damit auf der sachlichen Ebene ansetzen.

II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Arbeit beschränkt sich auf das nationale Zivilprozessrecht und damit auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz in der ZPO.²⁶ Ausgeklammert werden die Untersuchung der mittlerweile im FamFG²⁷ geregelten freiwilligen Gerichtsbarkeit²⁸ sowie die Frage nach der Verwirklichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Bereich der alternativen Streitbeilegung.²⁹

Ferner befasst sich die Untersuchung mit rein nationalen Sachverhalten, weshalb grenzüberschreitende und europäische Aspekte des Unmittelbarkeitsgrundsatzes außer Betracht bleiben. Hierzu zählt zum einen die Problematik einer Beweisauf-

²¹ Zum Stellenwert des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Strafprozess siehe später unter § 3 I. 1. c).

²² Kern, ZJP 125 (2012), 53 (71 ff.); siehe auch Völmann-Stickelbrock, ZJP 118 (2005), 359 (383 f).

²³ Geiger, ZRP 1998, 365 (367).

²⁴ Ausführlich hierzu später unter § 5 I.

²⁵ Kern, ZJP 125 (2012), 53 (68) spricht aus diesem Grund von einer „grundlegenden wissenschaftlichen Kontroverse“; ähnlich Krüger, Unmittelbarkeit, S. 132 f., wonach „die Meinungen über Inhalt und Umfang eines zivilprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatzes auseinander“ gehen.

²⁶ Zur Unterscheidung von „Zivilprozess“ und „Zivilprozessrecht“ siehe Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 1 ff.

²⁷ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008, BGBl. I, S. 2586.

²⁸ Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz im FamFG siehe Krüger, Unmittelbarkeit, S. 248 ff. Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz unter der Geltung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) siehe Koukouselis, Unmittelbarkeit, S. 127 ff.; Pohlmann, ZJP 106 (1993), 181 (186 ff.).

²⁹ Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Mediation siehe Barga, Gerichtsinterne Mediation, S. 315 f.

nahme im Ausland, welche mittlerweile durch das Nebeneinander von nationalen Vorschriften (§ 363 ZPO) und der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO)³⁰ gekennzeichnet ist. Letztere ist dabei aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht vorrangig, sofern es um die Aufnahme eines Beweises in einem EU-Mitgliedsstaat geht.³¹ Im Anwendungsbereich der EuBewVO bestehen zweierlei Möglichkeiten der Beweisaufnahme: Entweder das inländische Gericht ersucht das zuständige ausländische Gericht im Wege aktiver Rechtshilfe um die Durchführung der Beweisaufnahme (Art. 1 Abs. 1 lit. a, 10 ff. EuBewVO) oder es ersucht passive Rechtshilfe, sodass es die Beweisaufnahme im Ausland unmittelbar selbst vornehmen kann (Art. 1 Abs. 1 lit. b, 17 EuBewVO).³² In beiden Fällen ließe sich untersuchen, ob und inwiefern der Unmittelbarkeitsgrundsatz verwirklicht wird.³³ Mehr oder weniger dieselbe Frage stellt sich im nationalen Recht. Hier ist umstritten, ob und wie sich der Unmittelbarkeitsgrundsatz auf die Anwendung internationaler Rechtshilfe (§ 363 Abs. 1 ZPO) auswirkt.³⁴ Teilweise wird unter Hinweis auf die Souveränität des ausländischen Staates vertreten, dass dieser im Falle einer Beweisaufnahme im Ausland zurücktreten müsse.³⁵ Nach der Gegenansicht sei zur Wahrung der Unmittelbarkeit vorrangig auf die Möglichkeit der Beweisbeschaffung ins Inland zurückzugreifen.³⁶ Als mittlerweile wohl herrschend kann eine vermittelnde Ansicht bezeichnet werden, welche unter Hinweis auf die zwischenzeitliche Geltung der EuBewVO die Wahl zwischen der Rechtshilfe einerseits und der Beweisbeschaffung andererseits in das Ermessen des Prozessgerichts stellt.³⁷ Gestützt wird dies durch die Rechtsprechung des EuGH, wonach es dem Gericht eines Mitgliedsstaates unabhängig vom europäischen Prozessrecht nicht verwehrt sei, einen Zeugen nach dem nationalen Recht vorzuladen und zu vernehmen.³⁸ Darüber hinaus wäre auf europäischer Ebene noch an die Ver-

³⁰ Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (EuBewVO), ABl. EU 2001 Nr. L 174/1.

³¹ Ahrens, Beweis im Zivilprozess, Kap. 58 Rn. 17; Vorwerk, in: FS Krämer, S. 551 (555).

³² Siehe hierzu Rauscher/von Hein, Art. 1 EuBewVO Rn. 11.

³³ Zu dieser Frage aus österreichischer Sicht siehe Rechberger/McGuire, ZZPInt 10 (2005), 81 (92 ff.). Ausführlich zum Verhältnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zur EuBewVO siehe Vorwerk, in: FS Krämer, S. 551 ff.

³⁴ Zum Streitstand siehe Rauscher/von Hein, Art. 1 EuBewVO Rn. 33 ff. m. w. N.; ausführlich auch Daoudi, Extraterritoriale Beweisbeschaffung, S. 57 ff. m. w. N.

³⁵ Musielak/Voit/Stadler, § 363 ZPO Rn. 1; siehe auch PG/Lindner, § 363 ZPO Rn. 2; ähnlich Leipold, ZZP 105 (1992), 507 (509 f.).

³⁶ Daoudi, Extraterritoriale Beweisbeschaffung, S. 66 ff., 75 f.; Musielak, in: FS Geimer, S. 761 (764 f.); MünchKommZPO/Heinrich, § 363 ZPO Rn. 1; ebenso Rechberger/McGuire, ZZPInt 10 (2005), 81 (90) zum österreichischen Recht.

³⁷ Rauscher/von Hein, Art. 1 EuBewVO Rn. 39; Stein/Jonas/Berger, § 363 ZPO Rn. 5; Niehr, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 147 f.; Müller, Grenzüberschreitende Beweisaufnahme, S. 159.

³⁸ EuGH NJW 2012, 3771 f. – C-170/11 („Lippens“); ähnlich EuGH EuZW 2013, 313 (314 f.) – C-332/11 („ProRail“); siehe hierzu Sujeci, EWS 2013, 80 ff.

ordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (EuBagatellVO)³⁹ zu denken. Auch hier könnte der Frage nach den Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz nachgegangen werden.⁴⁰ Die Beantwortung dieser lediglich grob skizzierten Fragen würde indes den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Der Thematik des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im grenzüberschreitenden und europäischen Kontext sollte sich eine eigene Untersuchung annehmen.

III. Ziel der Untersuchung

Diese Arbeit versteht sich als Grundlagenarbeit.⁴¹ Aus diesem Grund widmet sie sich nicht nur dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im Besonderen, sondern auch den Verfahrensgrundsätzen im Allgemeinen. Zwar ist im jüngeren Schrifttum eine zunehmende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Verfahrensgrundsätzen zu konstatieren.⁴² Jedoch kommen die einschlägigen Untersuchungen teilweise zu unterschiedlichen Ergebnissen, beispielsweise hinsichtlich der Bedeutung der Verfahrensgrundsätze für die dogmatische Durchdringung des Zivilprozessrechts.⁴³ Ferner lässt sich feststellen, dass die – angesichts der vielen Gesetzesänderungen in der jüngsten Vergangenheit praktisch bedeutsame – Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um einen prozessualen Grundsatz als „Verfahrensgrundsatz“ bezeichnen zu können, in der Literatur erstaunlicherweise nur selten aufgeworfen wird.⁴⁴ In den letzten Jahren wurde zur Lösung dieser Problematik verstärkt auf die aus dem Bereich der Grundrechte stammende Prinzipientheorie *Robert Alexys* zurückgegriffen,⁴⁵ welcher Prinzipien als Optimierungsgebote be-

³⁹ Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (EuBagatellVO), ABl. EU 2007 Nr. L 199/1.

⁴⁰ Darauf hinweisend *Kern*, ZZZ 125 (2012), 53 (71).

⁴¹ Interessanterweise wurde auf der Tagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer in Freiburg (2014) die vermehrt fehlende Auseinandersetzung mit grundlegenden Themen aus dem Bereich des Zivilprozessrechts angemahnt; siehe *Stürner*, ZZZ 127 (2014), 271 (274).

⁴² Siehe etwa *Krüger*, Unmittelbarkeit, S. 26 ff.; *Bruns*, in: Zukunft des Zivilprozesses, S. 53 ff.; *Leipold*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 235 ff.; *Hofmann*, ZZZ 126 (2013), 83 (99 ff.).

⁴³ Positiv in diesem Sinne *Bruns*, in: Zukunft des Zivilprozesses, S. 53 (66 f.); a. A. *Leipold*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 235 (249 f.). Zur Prinzipien Diskussion siehe ferner *Stürner*, ZZZ 127 (2014), 271 (286 ff.).

⁴⁴ Zuletzt *Hofmann*, ZZZ 126 (2013), 83 (99 ff.); ferner *Hübner*, Allgemeine Verfahrensgrundsätze, S. 60 ff.; *Holzlohner*, Grundsätze, S. 29 ff.; *Ottomann*, in: Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen, S. 73 (82 f.) wirft diese Frage kurz auf, ohne sie jedoch eingehend zu beantworten; siehe auch *Buhlmann*, Täter-Opfer-Ausgleich, S. 123, 154, wonach ein Verfahrensgrundsatz voraussetze, dass er zur Erreichung des Prozessziels geeignet ist und eine Eigenständigkeit im Verfahrensrecht aufweist; schließlich *Rieß*, in: FS Rebmann, S. 381 (384), welcher die Zuordnung eines Grundsatzes zu den Verfahrensgrundsätzen von „pragmatischen Gesichtspunkten“ abhängig machen will; ähnlich *Oberheim*, Zivilprozessrecht, Rn. 26 („reine Wertungsfrage“).

⁴⁵ Hierfür *Hofmann*, ZZZ 126 (2013), 83 (103 f.) hinsichtlich der Prozessökonomie; ebenso

greift.⁴⁶ Problematisch bei einer Anwendung der Prinzipientheorie, welche eine Unterscheidung von Regeln und Prinzipien im Wesentlichen anhand der Normstruktur vornehmen will, ist jedoch, dass diese nur schwer eine inhaltliche Aussage über die Verfahrensgrundsätze treffen kann.⁴⁷ Es soll daher kritisch hinterfragt werden, ob dieser Ansatz für das Zivilprozessrecht fruchtbar gemacht werden kann oder ob nicht nach alternativen Möglichkeiten gesucht werden muss. Insofern besteht der Bedarf nach einer eingehenden dogmatischen Untersuchung der Verfahrensgrundsätze.⁴⁸ Die Arbeit hat sich daher zum Ziel gesetzt, neue Erkenntnisse über die Grundlagen des Zivilprozesses zu gewinnen und dadurch einen Beitrag zur allgemeinen Verfahrenslehre zu leisten.

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet freilich der Unmittelbarkeitsgrundsatz. Dieser hat in den letzten Jahren vermehrt Aufmerksamkeit in der Literatur erfahren,⁴⁹ wenngleich dies nicht zu einer Bereinigung der bisherigen Streitstände geführt hat. Nach wie vor fehlt es an einer monographischen Untersuchung,⁵⁰ welche zum einen den dogmatischen Gehalt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes umfassend herausarbeitet und zum anderen auf dieser Basis die jüngsten Gesetzesreformen auf ihre Systemkonformität und ihre Auswirkungen auf das geltende Zivilprozessrecht untersucht. Diese Lücke soll durch die vorliegende Untersuchung geschlossen werden. Die Arbeit hat den Anspruch, eine grundlegend dogmatische Fragestellung (Inhalt und Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes) mit aktuellen rechtspolitischen und gesetzgeberischen Entwicklungen (Stellenwert und Zukunftsperspektiven des Unmittelbarkeitsgrundsatzes) zu verknüpfen. An der

Kwaschik, Parteivernehmung, S. 116 ff. für die prozessuale Waffengleichheit; ferner *Koch*, Prozessökonomie, S. 35 („Teilausschnitt der Rechtsprinzipien“); für eine Anwendung der Prinzipientheorie wohl auch *Haverkämper*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 20; ferner *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen, S. 103 ff.

⁴⁶ Ausführlich zur Prinzipientheorie unter § 2 III. 5.

⁴⁷ Siehe hierzu für den Bereich der Grundrechte *Klement*, JZ 2008, 756 (757).

⁴⁸ Siehe zu dieser Notwendigkeit *Rieß*, in: FS Rebmann, S. 381 (Fn. 2): „Das neuere Schrifttum erörtert zwar vielfach die einzelnen Prozeßmaximen (Prozeßgrundsätze) verhältnismäßig ausführlich, läßt aber in der Darstellung ihrer allgemeinen Bedeutung eine deutliche Zurückhaltung erkennen.“; ähnlich zuvor bereits *Haverkämper*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 13; a. A. *Leipold*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, S. 235 (250): „Sich mit den herkömmlichen Maximen des deutschen Zivilprozesses aus rechtsdogmatischer Sicht näher zu befassen, ist im Zeitalter des richterzentrierten Verfahrens weitgehend sinnlos geworden.“.

⁴⁹ Aus dem Schrifttum seit dem Jahre 2000 siehe insbesondere *Kern*, ZZP 125 (2012), 53 ff.; ferner *Bachmann*, ZZP 118 (2005), 133 ff.; *Völmann-Stickelbrock*, ZZP 118 (2005), 359 ff.; monographisch *Krüger*, Unmittelbarkeit, S. 132 ff., 198 ff.; *Glunz*, Psychologische Effekte, S. 294 ff.; schließlich *Stürner*, in: FS Blaurock, S. 435 ff. mit rechtsvergleichenden Ausführungen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz im europäischen Zivilprozessrecht.

⁵⁰ Die letzten monographischen Untersuchungen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz reichen in die 1990er und 1970er Jahre zurück; siehe – ausnahmsweise als Vollzitat genannt – in chronologischer Reihenfolge *Reichel*, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozeßordnung (1971); *Rohwer*, Materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme – ein Prinzip der StPO wie der ZPO? (1972); *Koukouselis*, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, insbesondere bei der Zeugenvernehmung (1990); *Pantle*, Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozeß (1991).

Schnittstelle zwischen Dogmatik einerseits und Rechtspolitik bzw. Gesetzgebung andererseits will diese Arbeit einen Beitrag zur Frage nach der Ausgestaltung des Zivilprozessrechts im 21. Jahrhundert leisten.

IV. Gang der Darstellung

Werden aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung zum Anlass dieser Untersuchung genommen, so bieten sich zwei Vorgehensweisen an: Zum einen können aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung anhand des Unmittelbarkeitsgrundsatzes untersucht werden. Zum anderen könnte man – als exakt gegenteilige Methode – den Unmittelbarkeitsgrundsatz anhand aktueller Entwicklungen in der Gesetzgebung untersuchen. Je nachdem, wofür man sich entscheidet, muss die methodische Vorgehensweise unterschiedlich ausfallen. Gegebenenfalls kann auch eine Kombination beider Varianten denkbar sein. Um hier Klarheit zu schaffen, sollen im ersten Teil der Arbeit die Grundlagen für die weitere Untersuchung gelegt werden. Daher wird zunächst in einem rechtstheoretischen Kapitel ein abstrakter Blick auf die Dogmatik und das Wesen der Verfahrensgrundsätze geworfen (§ 2), ehe anschließend der Blick auf die Verwirklichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in anderen inländischen und ausländischen Verfahrensordnungen gelenkt wird (§ 3).

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im geltenden Zivilprozessrecht. Hier wird zunächst die historische Entwicklung der Unmittelbarkeit ausgehend vom Gemeinen Prozess über die Reichs-Civilprozeßordnung (CPO) von 1877 bis hin zu den wichtigsten Gesetzgebungsakten nach 1945 nachgezeichnet (§ 4). Im Anschluss daran folgt eine eingehende Untersuchung der ZPO, um die Dogmatik des Unmittelbarkeitsgrundsatzes – insbesondere Anknüpfungspunkte, Inhalt und Reichweite sowie verfassungsrechtliche Verankerung – zu Tage zu fördern (§ 5).

Die Zukunftsperspektiven des Unmittelbarkeitsgrundsatzes werden im dritten Teil der Arbeit herausgearbeitet. An dieser Stelle geht es somit erstmals um die Frage nach dessen „Zeitgemäßheit“. Dafür muss in einem ersten Schritt der gegenwärtige Stellenwert der Unmittelbarkeit anhand der jüngsten Gesetzesreformen geklärt werden (§ 6). Ausgehend von der zukünftigen Entwicklung der ZPO im Allgemeinen sowie einer kritischen Auseinandersetzung mit aktuellen Tendenzen in der Gesetzgebung kann dann in einem zweiten Schritt ganz konkret der Frage nach der Zukunft des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Zivilprozessrecht nachgegangen werden (§ 7).

Die Arbeit endet mit einem Schlussteil, in welchem die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung thesenartig zusammengefasst werden (§ 8). Schließlich wird ein kurzer Blick auf die zukünftige Entwicklung von anderen Verfahrensgrundsätzen geworfen (§ 9).

Teil 1

Grundlagen