

GÖTTINGER UNIVERSITÄTSREDEN

49

# VOM GERECHTIGKEITSWERT VERFAHRENSRECHTLICHER NORMEN

Rektoratsrede

gehalten von

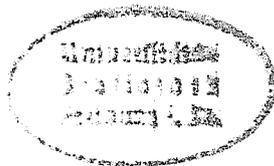
Dr. Wolfram Henckel

ordentlicher Professor  
an der Universität Göttingen



VANDENHOECK & RUPRECHT IN GÖTTINGEN

NE:R 2568, ik



© Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen 1966 — Printed in Germany —  
Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das  
Buch oder Teile daraus auf foto- oder akustomechanischem Wege zu  
vervielfältigen. — Herstellung: Hubert & Co., Göttingen.

8560

3 57 20

Der überlieferte Brauch, der dem neuen Rektor gebietet, sich seiner Universität und ihren Gästen mit einem wissenschaftlichen Vortrag aus seinem Fachgebiet vorzustellen, ist Ausdruck des Selbstverständnisses der Universität, damit zugleich aber auch ein Kriterium ihrer Stellung in der modernen Entwicklung der Wissenschaft. Für den Juristen liegt es nahe, auf die Rechtsgrundlage dieses Tuns zurückzugreifen. Nach § 44 der Universitätssatzung repräsentiert der Rektor die Universität bei feierlichen Gelegenheiten. Versteht man die Rektoratsrede als einen Akt der Repräsentation, so kennzeichnet sie eine Überlieferung, die nichts an Aktualität eingebüßt hat: Die Form, in der die Universität repräsentiert, ist ihre Arbeit, die sie im Akt der Repräsentation darstellt. Problematisch ist lediglich der Anspruch, die hochspezialisierte Wissenschaft als Ganze durch einen einzigen Fachvortrag zu vertreten. Wäre dieser Anspruch nichts anderes als eine wehmütige Erinnerung an die Zeit, in der die Universität von der Idee der Einheit der Wissenschaft lebte, so wäre es wohl angemessener, wenn der neue Rektor eine hochschulpolitische Rede hielte und von den Sorgen um den Ausbau der Universität und um ihre Finanzen spräche. Denn in diesen Sorgen ist sich auch die Universität der Spezialisten einig.

Jedoch ist es nicht formale Tradition, wenn wir am hergebrachten Stil unserer akademischen Feiern festhalten. Die hochspezialisierte Wissenschaft ist auf den Austausch ihrer Ergebnisse angewiesen. Sie ist in dem Maße der wechselseitigen Hilfe und Mitarbeit bedürftig, in dem die Spezialisierung zunimmt. Die Mitteilung wissenschaftlicher Ergebnisse eines speziellen Faches ist deshalb die zeitgemäße Form der Kommunikation, die uns aufgegeben ist. Sie ist der Aus-

druck des Selbstverständnisses einer gegenwartsnahen Universität.

Diese Rechtfertigung des eigenen Tuns scheint mir geboten im Hinblick auf das Thema, das ich gewählt habe. Denn wenn ich über die Verknüpfung von Form und Inhalt im Prozeß sprechen will, so fordert die für das Gespräch der Spezialisten unverzichtbare Redlichkeit, die Frage nach dem Sachgehalt der heute hier gebotenen Form mit einzuschließen.

Die Frage nach der Verknüpfung von Form und Inhalt im Prozeß zielt auf die Gerechtigkeit verfahrensrechtlicher Vorschriften. Denn der Inhalt von Rechtsnormen kann letztlich nur an der Rechtsidee gemessen werden. Sie ist der Maßstab, an dem die einzelne Rechtsnorm ihre eigentliche Rechtfertigung findet. Wollte man über die Gerechtigkeit verfahrensrechtlicher Normen zeitlos Verbindliches aussagen, so müßte also der Inhalt der Rechtsidee definiert werden. Ob aber eine solche Fixierung dem Begriff der Rechtsidee und ihrer zeitlos fordernden Funktion angemessen wäre, ist genauso problematisch wie jeder Versuch, einen für unsere pluralistische Gesellschaft angemessenen und zugleich für die realen Probleme der Gegenwart brauchbaren Gehalt der Rechtsidee zu formulieren. An dieser Klippe braucht jedoch unsere Untersuchung nicht zu scheitern. Für ihren Zweck genügt es festzustellen, daß eine Rechtsordnung ihren Namen nur verdient, wenn sie auf ein Ziel ausgerichtet ist, das wir als Rechtsidee bezeichnen wollen, ohne eine Vorentscheidung über deren Wesen und Inhalt zu treffen. Denn wenn wir nach dem Gerechtigkeitwert verfahrensrechtlicher Normen fragen, so geht es nur darum, ob zwischen dem Teil unserer Rechtsordnung, den wir dem Verfahrensrecht zuordnen, und der Rechtsidee überhaupt eine wertende Relation hergestellt werden kann. Um diese Frage zu beantworten, brauchen wir den Inhalt der Rechtsidee nicht zu bestimmen. Wir kommen vielmehr schon dann zum Ziel, wenn wir unsere Verfahrens-

normen an materiellen Rechtsprinzipien messen, die wir zum Grundbestand unserer Rechtsordnung zählen. Die Bewährung solcher Prinzipien im Wandel der Geschichte, ihre Elastizität gegenüber wechselnden sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen, ihre Wiederkehr in unterschiedlichen Rechtssystemen gewährleisten für unsere Zwecke einen hinreichenden Sicherheitsgrad. Gelingt es, die Verfahrensnormen auf solche Grundsätze praktischer Rechtsmoral<sup>1</sup> zurückzuführen, so ist jedenfalls bewiesen, daß die Normen unseres Verfahrensrechts in gleicher Weise auf die Rechtsidee ausgerichtet sind wie diese materiellen Rechtsprinzipien.

Schon diese bescheidene Frage, ob die Verfahrensnormen überhaupt an der Rechtsidee gemessen werden können, birgt Probleme, die des Nachdenkens wert sind. In der wissenschaftlichen Literatur unseres Jahrhunderts finden wir enttäuschende Antworten hochangesehener Prozessualisten. Friedrich Stein<sup>2</sup> schreibt: „Der Prozeß ist für mich das ‚technische Recht‘ in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar.“ James Goldschmidt<sup>3</sup> wendet sich mit Nachdruck gegen eine — wie er sagt — metaphysische Prozeßwissenschaft und meint damit eine Betrachtungsweise, die über den Prozeß hinausblickt und nach seinem Zweck im Ganzen der Rechtsordnung, nach seinem Einfluß auf die materiellen Rechtsbeziehungen fragt. Es gibt bedeutende Darstellungen des Prozeßrechts, die lediglich wiedergeben, was als Prozeßrecht gilt, ohne die Frage zu stellen oder gar zu beantworten, warum eine Rechtsfolge angemessen ist<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Franz Wieacker*, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, 1965, S. 7 ff.

<sup>2</sup> *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*, Vorwort zur 1. Auflage, 1921.

<sup>3</sup> *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925, S. 150, 187 f.

<sup>4</sup> So z. B. auf weite Strecken das Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts von *Leo Rosenberg*, 9. Aufl., 1961.

Der Laieninstinkt, im materiellen Recht oft wertvolles Stimulans für die Frage nach der Gerechtigkeit einer Rechtsfolge, ist dem Prozeßrecht gegenüber meist hilflos. Mag die im Prozeß unterliegende Partei mitunter noch einsehen, daß sie ihre materiellen Rechtsaussichten falsch beurteilt hat, daß etwa ein Schaden, den sie erleiden mußte, dem Beklagten nicht zugerechnet werden kann, so versagt ihr Verständnis meist völlig, wenn sie den Prozeß aus formalen Gründen verloren hat. Sie vermag nicht einzusehen, daß sie ihr Recht nur deshalb verlieren mußte, weil sie eine Frist versäumt, einen aussichtsreichen Beweis nicht rechtzeitig angetreten, einen Antrag falsch formuliert hat, oder weil ein für falsch erachtetes Urteil nicht mehr anfechtbar ist. Allein der Hinweis, daß im Prozeß Ordnung herrschen müsse, vermag sie kaum zu beruhigen oder zu trösten.

Selbst dem Richter ist es oft unheimlich, einen Prozeß aus formalen Gründen zu einem Ende zu bringen, von dessen materieller Richtigkeit er nicht überzeugt ist. Wiedereinsetzungsgesuche als Abhilfe gegen versäumte Prozeßfristen werden deshalb in den unteren Instanzen oft großzügiger behandelt als der Gesetzgeber wollte. Verspätetes Parteivorbringen zurückzuweisen, um den Prozeß zu beschleunigen, kostet gerade den guten Richter erhebliche Überwindung. Wer wollte ihm das verdenken, solange das Prozeßrecht nur als technisches Recht verstanden wird, das reiner Zweckmäßigkeit folgt. Im Widerstreit zwischen dem materiell richtigen und deshalb gerechten Urteil und bloßer Zweckmäßigkeit der Verfahrensgestaltung ist die Entscheidung des guten Richters eindeutig. Er wird die vollständige Aufklärung und Erörterung des Sachverhaltes der gesetzlichen Ordnung des Verfahrensablaufs vorziehen.

Die Anwaltschaft schließlich wehrt sich laut gegen starre Prozeßfristen. Ihre Forderung, die Wiedereinsetzung gegen versäumte Fristen nur zu versagen, wenn die Partei oder

ihren Anwalt der Vorwurf groben Verschuldens trifft<sup>5</sup>, sollte nicht nur als Versuch gedeutet werden, das Prozeß- und Berufsrisiko zu sozialisieren, d. h. auf andere abzuwälzen. Diese Vorschläge erklären sich vielmehr folgerichtig aus einer Konzeption, die Prozeßfristen nur als Faktoren einer zweckmäßigen Ordnung versteht. Nur um der Ordnung willen den Anwalt dem Makel auszusetzen, daß er durch Fristversäumung seine Berufspflicht verfehlt und seinen Mandanten um sein Recht gebracht habe, erscheint schwerlich angemessen.

Die Frage nach dem Gerechtigkeitswert von Verfahrensnormen ließe sich durch zahlreiche weitere Beispiele aktualisieren. Doch wird auch so schon deutlich geworden sein, daß es letztlich immer um die Kriterien des gerechten Urteils geht. Entscheidend ist, ob und warum ein Urteil auch dann gerecht ist, wenn es auf einer verfahrensrechtlichen Norm beruht, die eine vollständige Sachprüfung ausschließt, die Ergebnisse der Sachprüfung für unerheblich erklärt oder die Korrektur einer falschen Anwendung des materiellen Rechts hindert. Daß unser Problem diese Zuspitzung erfahren muß, erklärt sich aus dem Zweck der Verfahrensnormen. Sie tragen ihren Zweck nicht in sich. Es geht im Prozeß nicht darum, eine perfekte Beweisaufnahme um ihrer selbst willen zu zelebrieren oder einen Verhandlungstermin in vollendeter Regie zu gestalten. Verhandlung und Beweisaufnahme haben nur einen Wert als Grundlagen des Urteils, das sie vorbereiten sollen. Ob eine Norm eine gerechte Regelung prozessualer Sachverhalte enthält, zeigt sich deshalb immer an der prozeßabschließenden Entscheidung. Damit steht schon ein wichtiges Zwischenergebnis fest: Verfahrensregeln sind nie Selbstzweck, sondern rechtfertigen sich nur als Mittel, um das Verfahrensziel zu erreichen. Formalismus um seiner selbst willen hat

---

<sup>5</sup> *Fritz Ostler*, Anwaltspflichten und Anwaltshaftpflicht im Prozeß, *Neue Juristische Wochenschrift* 1965, 1785 ff., 2081 ff.

keinen Rechtswert. Zweckwidriges Beharren auf formalen Positionen wird mit gutem Grund als Taktik empfunden, hinter der sich nur zu gern unlautere Zwecke verbergen.

Aber so wichtig diese Erkenntnis ist, so reicht sie doch bei weitem nicht aus. Denn sie erschließt lediglich eine Relation zwischen der einzelnen Verfahrensnorm und dem Urteil. Damit könnten wir uns begnügen, wenn es im Prozeß allein darauf ankäme, daß überhaupt eine Entscheidung ergeht und nicht darauf, wie sie lautet. Dann allerdings wären Verfahrensnormen schon hinreichend motiviert, wenn sie nur geeignet sind, überhaupt zu einem Urteil zu führen. Jedoch böte die so verstandene Norm keine Garantie dafür, daß die Entscheidung richtig ist.

Eine derart eingeschränkte Beurteilung des Verfahrensrechts ist allerdings von Goldschmidt<sup>6</sup> mit Nachdruck gefordert worden. Goldschmidts rein prozessuale Betrachtungsweise, die nicht über den Prozeß hinaus fragt und das Problem der Richtigkeit des Urteils, die an außerprozessualen Maßstäben gemessen wird, bewußt abschneidet, beruht auf der Hypothese, daß Verfahrensrecht und materielles Recht reinlich voneinander zu trennen seien. Diese Voraussetzung ist aber nur richtig, wenn man allein auf die Rechtswirkungen schaut und diese Sicht noch in bestimmter Weise einschränkt. Gewiß hat ein Urteil andere Wirkungen als ein Vertrag, der materielle Rechtsbeziehungen gestaltet. Das Urteil soll die materielle Rechtslage gerade unberührt lassen, es soll sie nur feststellen. Aber dieser Unterschied gilt nicht einmal für alle Urteile. Das Gestaltungsurteil, das eine offene Handelsgesellschaft auflöst, hat keine andere Wirkung als ein Vertrag der Gesellschafter, in dem sie sich einigen, die Gesellschaft nicht fortzuführen. Von einer eigenständigen prozessualen Wirkung könnte man hier nur sprechen, wenn man von dem Einfluß des Urteils auf das Schicksal der Gesellschaft ganz ab-

<sup>6</sup> Der Prozeß als Rechtslage, 1925.

strahierte und als Urteilswirkung nur die prozessuale Bindung an die rechtskräftige Entscheidung verstünde.

Ganz unhaltbar aber wird das Dogma der Trennbarkeit des Prozeßrechts vom materiellen Recht, wenn man die Voraussetzungen prozessualer Normen betrachtet. Wir finden eine Vielzahl materiellrechtlicher Tatbestandsmerkmale prozessualer Rechtsfolgen. Wer im Prozeß klagen darf, hängt von materiellen Rechtsbeziehungen ab. Der materiellrechtliche Tatbestand der Rechtsnachfolge ist zugleich Anknüpfungspunkt der prozessualen Folge des Parteiwechsels. Die Ausgestaltung des Verfahrens ist abhängig von der Art des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses. Für den Ehescheidungsprozeß gelten andere Verfahrensregeln als für den Vermögensprozeß. Wieder andere beherrschen den Strafprozeß oder den Verwaltungsprozeß.

Fragen wir aber, ob eine Verfahrensnorm geeignet ist, zu einem gerechten Urteil zu führen, so bewerten wir die Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, d. h. zwischen den Voraussetzungen und der Sanktion der Norm. Wir können uns deshalb nicht mit der prozessualen Betrachtungsweise allein auf die Rechtsfolgen beschränken.

Dies wird noch deutlicher, wenn man den Blick über die prozessualen Wirkungen hinaus auf die Folgen des Prozesses für die Lebensverhältnisse der Parteien richtet. Ein Urteil, das der materiellen Rechtslage widerspricht, stellt nicht nur fest, daß ein behauptetes Recht nicht bestehe. Sobald es rechtskräftig ist, nimmt es dem Kläger jede Möglichkeit, das aberkannte Recht durchzusetzen. Für ihn ist es praktisch verloren. Die prozessuale Betrachtungsweise, die sich die Frage verbietet, ob dieses Urteil gerecht ist, muß die faktische Geltung dieses Urteils mit außerrechtlichen Argumenten begründen. Sie erklärt den Widerspruch des Urteils zu den materiellen Gerechtigkeitsprinzipien als Folge der Richtermacht. Das Recht legalisiere die Macht, die — sobald die Macht des Rechts

versagt habe — eine zweite — konkrete — Ordnung schaffe, die neben die Rechtsordnung trete und ihr im Konfliktfall nach dem soziologischen Machtprinzip vorgehe<sup>7</sup>.

Will man dieser verhängnisvollen metarechtlichen Konsequenz entgehen, so bleibt kein anderer Weg, als die isolierte prozessuale Betrachtungsweise aufzugeben. Indem diese die Frage nach dem Gerechtigkeitswert prozessualer Normen als metaphysische Prozeßbetrachtung aus dem Recht verbannt, kann sie die Geltung prozessualer Wirkungen nur noch aus dem Machtprinzip begründen. Sie verweist das Prozeßrecht aus der Rechtsordnung, sie setzt an die Stelle rechtlicher Wertung eine angeblich wertfreie soziologische Betrachtung.

Die Forderung der prozessualen Betrachtungsweise, Prozeßrecht und materielles Recht sorgfältig voneinander zu trennen, hat in der Wissenschaft kaum einen konsequenten Anhänger gefunden. Sie ist zwar in reichlichem Maß befolgt worden, soweit sie auf die Trennung des Zivilprozeßrechts vom materiellen Zivilrecht abzielt. Jedoch sind in den leeren Raum um so freudiger öffentlichrechtliche materielle Wertungen hineingezogen worden, die noch heute unser Prozeßrecht beherrschen. Den Ansatz bietet die Tatsache, daß der Prozeß vor staatlichen Gerichten geführt wird. Kleidet man sie in juristische Strukturformen, so stellt man fest, daß zwischen den Parteien und dem Gericht im Prozeß Rechtsverhältnisse begründet werden, die dem öffentlichen Recht zugeordnet sind. Jedoch ließen sich daraus unmittelbare Folgerungen für unser Problem nur herleiten, wenn das gesamte öffentliche Recht von einheitlichen Wertungsgesichtspunkten beherrscht wäre.

Gegen diese Einheitstendenz hat sich die Prozeßrechtswissenschaft lange gewehrt. Ihren methodischen Prinzipien entsprach es, ihre Position mit einem zentralen wissenschaftlichen Begriff zu erfassen und zu festigen. Das wesentliche

---

<sup>7</sup> James Goldschmidt, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925, S. 213.

Element der öffentlichrechtlichen Beziehungen im Zivilprozeß sah man nämlich in einem subjektiven Recht der Parteien auf ein richtiges Urteil. Dieses Recht, das man als Rechtsschutzanspruch<sup>8</sup> bezeichnete, fasziniert uns heute weniger wegen des systematischen Scharfsinns, der es geprägt hat, als vielmehr durch seinen rechtlichen und ethischen Gehalt. Im Rechtsschutzanspruch erkennen wir ein Symbol für das Freiheitspathos und Selbstbewußtsein des Bürgers im liberalen Rechtsstaat. Er verwies den Staat in eine dienende Rolle. Der Bürger nahm den Dienst des Staates in Anspruch, um seinen privaten Interessen zum Siege zu verhelfen. Der Rechtsschutzanspruch war aber nicht nur durch die materielle Richtigkeit der im Prozeß aufgestellten Rechtsbehauptung bedingt, sondern auch durch das Verhalten der Parteien im Prozeß. Das bedeutete, daß die Parteien in erheblichem Maße selbst die Verantwortung für den Ausgang des Prozesses trugen und in entsprechendem Umfang den Prozeßablauf frei gestalten konnten. Kurz gesagt: Der Anspruch des Bürgers gegen den Staat auf ein gerechtes Urteil in seinem konkreten Rechtsstreit war bedingt durch den verantwortlichen Gebrauch der Freiheit, die das Prozeßrecht dem rechtsuchenden Bürger gewährte.

Der Rechtsschutzanspruch bot deshalb die Garantie für die Eigenständigkeit des Zivilprozeßrechts gegenüber dem sonstigen öffentlichen Recht. Der Bürger war hier nicht Untertan, sondern selbstbewußt forderndes freies Rechtssubjekt. Zwar war auch dem Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats die Figur des subjektiven öffentlichen Rechts nicht fremd. Sie ist vielmehr gerade im Staats- und Verwaltungsrecht entwickelt und von dort in den Zivilprozeß über-

---

<sup>8</sup> *Adolf Wach*, Der Feststellungsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888; *ders.*, Der Rechtsschutzanspruch, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 32, S. 1 ff.

nommen worden. Aber im Vordergrund des Verwaltungsrechts stand das subjektive Recht als Abwehrrecht gegen Übergriffe des Staates in Freiheit und Eigentum. Der Rechtsschutzanspruch dagegen gewährte dem einzelnen Bürger ein Recht auf positive Leistung, auf einen Dienst, den der Staat durch seine Rechtspflegeorgane zu erbringen hatte. Zugleich aber sicherte der Rechtsschutzanspruch die Verknüpfung des Zivilprozeßrechts mit dem materiellen Zivilrecht. Denn die in der Klagebehauptung und Klageerwiderung von den Parteien geltend gemachte materielle Rechtslage war in den Rechtsschutzanspruch aufgenommen. Indem dieser die Richtigkeit der Rechtsbehauptung voraussetzte, integrierte er das materielle Zivilrecht in die öffentlichrechtliche prozessuale Rechtsbeziehung.

In dem Rechtsschutzanspruch wurde also die abstrakte Strukturform des subjektiven öffentlichen Rechts mit einem spezifischen Funktionsgehalt ausgefüllt. Damit wurde die Eigenständigkeit der Rechtspflegeaufgabe gegenüber dem Verwaltungshandeln des Staates gewahrt und die kritiklose Übernahme allgemeiner öffentlichrechtlicher Wertungskriterien in das Prozeßrecht verhindert.

Für die weitere Entwicklung des Prozeßrechts ist die heftige Kritik kennzeichnend, der die Lehre vom Rechtsschutzanspruch ausgesetzt wurde. Daß der Rechtsschutzanspruch heute nur noch eine historische Reminiszenz darstellt, bedeutet nicht nur eine formale Umkonstruktion des Prozeßrechts. Das zeigen die Argumente, die gegen den Rechtsschutzanspruch angeführt werden<sup>9</sup>: Einer Partei von vornherein einen Anspruch auf ein ihr günstiges Urteil zu geben, widerspreche der Stellung des Gerichts den Parteien gegenüber. Der Staat er-

---

<sup>9</sup> Als Beispiel für viele seien hier nur die Ausführungen *Leo Rosenbergs*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961, § 90, S. 433 ff. angeführt, die sich so schon in der ersten Auflage dieses Lehrbuchs von 1927, § 89 IV, finden.

fülle im Prozeß eine allgemeine Rechtsschutzaufgabe, nicht aber eine spezielle Rechtsschutzpflicht gegenüber dem einzelnen Bürger. Das Prozeßrecht gebiete dem Richter, in bestimmten prozessualen Situationen eine an sich begründete Klage abzuweisen, so etwa wenn der Kläger säumig ist oder Angriffsmittel nicht rechtzeitig vorbringt. Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch müsse also einräumen, daß der Staat in der Prozeßordnung die Verletzung des Rechtsschutzanspruchs befehle. Da dasselbe Recht unmöglich dem Richter gleichzeitig die Erfüllung und die Verletzung des Rechtsschutzanspruchs befehlen könne, sei die Lehre vom Rechtsschutzanspruch aufzugeben.

In diesen Argumenten spiegeln sich eine veränderte Auffassung der Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Staat und ein neues Verständnis der Rechtsschutzaufgabe des Staates. Im Vordergrund des Zivilprozesses steht danach nicht mehr der Schutz der Interessen des einzelnen Bürgers, sondern die Ordnungsfunktion des Staates, der im Interesse der Allgemeinheit den Rechtsfrieden garantiert. Es ist kein Zufall, daß die Angriffe gegen den Rechtsschutzanspruch in dieselbe Zeit fallen, in der Gesetzesnovellen und Reformentwürfe die Herrschaft der Parteien im Verfahren zurückdrängen, ihre Verantwortung für die Ausübung ihrer Rechte schmälern und die Leitungsgewalt des Richters stärken<sup>10</sup>.

Mit dem Abschied vom Rechtsschutzanspruch verschwindet die liberale Komponente der hergebrachten prozeßrechtlichen Konzeption. Übrig bleibt die Ordnungsaufgabe des Staates. Der liberale Rechtsstaat ist zum bloßen Rechts- und Ordnungsstaat geworden. Die Zuordnung des Prozeßrechts zum öffentlichen Recht gewinnt damit eine andere Bedeutung. Die Rechtspflegeaufgabe des Staates wird gleichgeordnet neben seine Verwaltungsfunktionen gestellt. Da beide in gleicher Weise rechtlich gebundene Ordnung zu schaffen haben, ver-

<sup>10</sup> Novellen zur ZPO von 1924 und 1933, Entwurf 1931.

wischen sich die Grenzen. Öffentlichrechtliche Prinzipien, die im Verwaltungsrecht entwickelt wurden, werden in das Prozeßrecht übertragen. Versteht man die Rechtsschutzaufgabe des Staates als Ordnungsfunktion, die gleichgeordnet neben der ordnenden und sichernden Verwaltung steht, so erklären sich prozessuale Rechtsfolgen aus der Autorität des Staates und der Gehorsamspflicht des Bürgers. Die einzige Schranke der Autorität ist der Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Ist aber der Eingriff durch die Prozeßordnung legitimiert, so erscheint jeder auf Gesetz beruhende Nachteil, den eine Partei im Prozeß erleidet, als autoritative Reaktion auf gestörte Ordnung. Das rechtskräftige Urteil bindet die Parteien, weil es als Staatsakt auf gesetzlicher Grundlage Gehorsam verlangt.

Das Versäumnisurteil, das die Klage des säumigen Klägers ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage abweist, oder den säumigen Beklagten auf Grund der unbewiesenen Behauptung des Klägers verurteilt, erklärt sich als Sanktion des Ungehorsams gegenüber staatlicher Autorität. Die prozessualen Sanktionen erscheinen in dieser Sicht als Widerspruch zum materiellen Zivilrecht. Sie finden ihre Rechtfertigung nicht mehr aus den Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander, sondern allein aus der öffentlichrechtlichen Sphäre, aus der Ordnungs- und Sicherheitsfunktion des Staates.

Diese Auffassung ist nicht schlechthin falsch, sie ist aber unvollständig. Ordnung zu stiften und zu erhalten ist gewiß eine Aufgabe des Prozesses, und Gehorsam gegenüber staatlicher Autorität ist eine den Staat bedingende Rechtspflicht, sofern man Autorität nicht mit willkürlicher, entfesselter Gewalt verwechselt. Jedoch sind Ordnung, Autorität und Sicherheit allein keine Rechtswerte. Ordnung muß rechtlich gebunden sein, Rechtssicherheit bedarf der Orientierung an der Rechtsidee und Autorität setzt gebundene Verantwortung voraus.

Autorität bedeutet dem Wortsinn nach „Ansehen“. Wir verstehen sie heute als Geltungsanspruch, der auf Ansehen beruht. Rechtlich bindende Autorität setzt deshalb voraus, daß ihr Träger sich nach dem Maßstab des Rechtes Ansehen erwirbt und erhält und damit seiner Verantwortung vor dem Recht gerecht wird. Der Inhalt der Verantwortung aber ist bestimmt durch die Aufgaben, an denen sie sich bewähren muß. Soll das Recht nicht in lebensfremder und damit letztlich ungerechter Abstraktion erstarren, so muß es entsprechend den Aufgaben und Verantwortungsbereichen differenziert werden. Der Auftrag des Staates läßt sich nicht auf einen Nenner bringen, nicht einmal mit der rechtlich inhaltlosen Formel, die vom Staat Sicherheit und Ordnung fordert. Auch der liberale Rechtsstaat hat seinen Auftrag nicht so verstanden. Sicherheit und Ordnung waren nicht sein Ziel, sondern nur das Mittel, um Freiheit und Eigentum zu schützen und der Privatinitiative wie dem Aufschwung der industriellen Gesellschaft Raum zu geben. Der sogenannte formale Rechtsstaat<sup>11</sup> aber, der seinem Streben nach Sicherheit und Ordnung kein Ziel setzt, der dieses Streben nicht auf einen Rechtswert ausrichtet, ist in Wahrheit kein Rechtsstaat, weil ihm die Gerechtigkeitskriterien fehlen, an denen er sein Ordnungsstreben messen kann.

Hat sich die staatliche Autorität zu bewähren an den Aufgaben, die ihr gestellt sind, so mißtrauen wir mit Recht einem System, das staatliches Handeln an einheitlichen Rechtsmaßstäben messen will. Wie das moderne Verwaltungsrecht ein neues System sucht, das nach den Funktionsbereichen der Verwaltung gegliedert ist<sup>12</sup>, muß sich die Prozeßrechtswissen-

---

<sup>11</sup> Vgl. hierzu *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 776 ff.

<sup>12</sup> *Peter Badura* in seiner Göttinger Antrittsvorlesung, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat, Heft 328, 1966, S. 22 ff.

schaft vor einer kritiklosen Übernahme sogenannter allgemeiner öffentlichrechtlicher Prinzipien hüten, zumal diese bei näherem Zusehen nicht einmal für das Staats- und Verwaltungsrecht Allgemeingültigkeit beanspruchen können. Denn sie sind nur Abstraktionen aus den Bereichen, auf die der Staat der Jahrhundertwende seine rechtliche Verantwortung konzentriert hatte.

Die geforderte funktionelle Betrachtung zwingt freilich zu einer Differenzierung auch innerhalb des Prozeßrechts. Eine allgemeine Prozeßrechtslehre, die für alle Prozeßarten Gültigkeit beansprucht, ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß man auf die Frage nach dem Gerechtigkeitswert schlechthin verzichtet, wie es die sogenannte prozessuale Betrachtungsweise tat, oder die Gerechtigkeitskriterien mit den Begriffen Sicherheit und Ordnung so abstrakt faßt, daß sie ihren Gerechtigkeitsgehalt verlieren. Zivilprozeß und Strafprozeß haben nur soviel gemeinsam, daß sie vor staatlichen Gerichten geführt werden. In beiden werden öffentlichrechtliche Beziehungen begründet. Fragt man aber nach deren Gehalt, so findet man nur Unterschiede. Das zeigt nicht nur ein Blick auf die verschiedenen Prozeßordnungen. Mindestens ebenso deutlich sind die Unterschiede in der sozialen Funktion und damit in der Verantwortung, die dem Staat in beiden Bereichen auferlegt ist. Es ist etwas grundlegend anderes, ob der Staatsanwalt einen Mörder anklagt oder ob der Vermieter von dem Mieter den rückständigen Mietzins verlangt.

Die Frage nach dem Gerechtigkeitswert prozessualer Normen ist also ein Problem der Spezialisten geworden. Ich muß mich deshalb auf mein Fach beschränken und will nur vom Zivilprozeß sprechen, dem Prozeß also, in dem die Bürger ihre privaten Rechtsstreitigkeiten miteinander austragen.

Der Zivilprozeß zeichnet sich dadurch aus, daß die Folgen des Verfahrens unmittelbar die am Prozeß beteiligten Parteien in ihren privatrechtlichen Beziehungen treffen. Am deut-

lichsten erkennt man das bei einem Urteil, das der außerprozessualen, materiellen Rechtslage widerspricht. Wird die Klage rechtskräftig abgewiesen, so findet der Kläger keine staatliche Instanz, vor der er sein aberkanntes Recht noch durchsetzen könnte. Er steht nicht besser als hätte er das Recht verloren.

Der rechtsprechende Staat stiftet also mit dem Urteil eine Ordnung, die für die Privatrechtsbeziehungen der Parteien verbindlich ist. Er räumt damit einen Interessenwiderstreit zwischen den Parteien aus. Die Interessen, die im Zivilprozeß aufeinanderstoßen, laufen in der Regel nicht mit denen des Staates konform. Sein Interesse geht nicht dahin, der einen oder anderen Partei etwas zuzuteilen, um deren materielle Interessen zu befriedigen. Anliegen des Staates ist es vielmehr, zwischen den Parteiinteressen einen gerechten Ausgleich zu finden. Das Engagement des Staates ist deshalb im Zivilprozeß geringer als im Strafprozeß. Der Staat zwingt die Parteien nicht zum Zivilprozeß, sondern reagiert erst, wenn sie seine Hilfe in Anspruch nehmen. Da die Parteien um ihre eigenen Interessen streiten, kann der Staat erwarten, daß sie bei der Wahrnehmung ihrer Rechte eigene Initiative entfalten.

Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung zog daraus die Konsequenz, daß die Aufgabe des Staates im Zivilprozeß im wesentlichen nur in der Würdigung der von der Partei beschafften Beweise und der Rechtsanwendung auf den von den Parteien bewiesenen Sachverhalt besteht. Der Staat hatte nur eine helfende, dienende Funktion. Er erbrachte eine Leistung, zu der er den Parteien verpflichtet war, wie es in der Figur des Rechtsschutzanspruchs treffend ausgedrückt wurde.

Diese Konzeption setzt voraus, daß die Parteien von ihrer Gestaltungsfreiheit im Prozeß gleichmäßig Gebrauch machen können. Diese Voraussetzung erscheint uns heute aber fragwürdig. Sie beruht auf der Idee, daß Freiheit schon gewahrt wäre, wenn der Staat allen Menschen gleiche Chancen ein-

räumt. Sie verkennt, daß gleiche Chancen nur dann zu gleicher Freiheit führen, wenn sie gleichmäßig genutzt werden. Konkreter gesagt: Die Vorstellung, daß der entscheidungserhebliche Sachverhalt am besten aufgeklärt werden könnte, wenn man den Parteien die Freiheit läßt, ihre widersprechenden Sachdarstellungen frei vorzutragen und zu beweisen, setzt voraus, daß die Parteien das komplizierte System prozessualer Chancen überschauen, daß sie nicht durch soziale Bindungen an der Wahrnehmung ihrer Chancen gehindert werden und die eine Partei ihre Chancen nicht zum Nachteil der anderen mißbraucht. Die Aufgabe des Richters ist deshalb im modernen Prozeß umfassender. Er hat darauf hinzuwirken, daß die Parteien ihre prozessualen Chancen wahrnehmen, sachdienliche Anträge stellen, die Tatsachen erschöpfend vorbringen, Beweise antreten und nicht zum Nachteil des Gegners bewußt lügen. Der Interessenausgleich geschieht also nicht mehr nur durch Anwendung des materiellen Rechts auf den unterbreiteten Sachverhalt, sondern auch im Ausgleich der prozessualen Chancen.

Für diesen erweiterten Aufgabenbereich trägt der Staat die Verantwortung. Für das unrichtige Urteil hat er insoweit, aber auch nur insoweit, einzustehen, als der Richter die Beweise falsch würdigt, das Recht falsch anwendet oder den ihm aufgegebenen Ausgleich der Verfahrenschancen verfehlt. Er wird seiner Verantwortung gerecht, indem er eine der Aufgabe konforme Prozeßordnung schafft, einen mehrstufigen Instanzenzug einrichtet, um die unter Menschen unvermeidbaren Fehler zu paralysieren, indem er die Richter an das Gesetz und das Recht bindet und damit von allen anderen diesseitigen Bindungen freistellt, schließlich, indem er die Richter sorgfältig ausbildet und unter den Anwärtern nach strengen Prüfungsmaßstäben auswählt.

Auch mit diesen Garantien ist aber nicht auszuschließen, daß alle Instanzen in einem Prozeß ihre Aufgabe verfehlen.

Falsche Urteile sind nicht restlos zu vermeiden. Wollte man aber nur das richtige Urteil für verbindlich erklären, so würde der Staat seiner Aufgabe nicht gerecht. Denn die Parteien gehen nicht vor Gericht, um dort ihren Streit, den sie außergerichtlich nicht beilegen konnten, endlos fortzusetzen. Sie wollen ein Streitbeendendes Urteil in angemessener Zeit. Dies nicht, damit öffentliche Sicherheit und Ordnung herrsche und die Parteien sich nicht gegenseitig an den Hals gehen, sondern weil sie klare Verhältnisse suchen, die ihnen als Grundlage weiterer Dispositionen dienen können und damit letztlich Voraussetzung freier verantwortlicher Entscheidung sind. Nicht Ordnung um der Ordnung willen, sondern Ordnung als Voraussetzung verantwortlicher Freiheit rechtfertigt das Urteil, das trotz aller Garantien und Bemühungen um eine richtige Entscheidung den gerechten Interessenausgleich verfehlt hat.

Dies wird bestätigt durch praktische Erfahrung. An den Motiven, die den Parteien Anlaß geben, ihr Recht vor privaten Schiedsgerichten zu suchen, und damit die staatliche Gerichtsbarkeit auszuschließen, läßt sich ablesen, in welchem Maße die Justiz Vertrauen findet. Nicht selten entspringt die Schiedsabrede einem Mißtrauen gegenüber der Rechtsanwendung oder Verfahrensleitung des Berufsrichters. Beruht dieses nicht nur auf Vorurteilen, sollte es als Kritik an der Auswahl, Bildung, dem Sachverstand oder der Lebensnähe des Richters ernst genommen werden. Häufiger aber ist der Schritt zum Schiedsgericht durch den Wunsch nach einem kurzen Prozeß bedingt. Die meisten Schiedsgerichtsverfahren werden in einer Instanz erledigt. Den Parteien ist also das schnelle Ende oft wichtiger als die Garantie, die der Instanzenzug bietet.

Nachteilige Rechtsfolgen haben im Zivilprozeß ihre Ursache aber nicht nur in Fehlern, die das Gericht begeht. Soweit den Parteien selbst die Verantwortung für den Ausgang des Ver-

fahrens auferlegt ist, müssen sie die Prozeßnachteile ihrem eigenen Verhalten zurechnen.

Den Parteien obliegt es, den Sachverhalt vorzutragen und Beweismittel zu benennen. Tatsächliche Ereignisse, die von den Parteien nicht vorgetragen werden, bleiben im Urteil unberücksichtigt. Vorgetragene Tatsachen bedürfen keines Beweises, wenn sie vom Gegner nicht bestritten werden. Sie werden als wahr unterstellt. Ist ein Beweis nur durch Zeugen zu führen und benennt die beweisbelastete Partei keinen Zeugen, so gilt die beweisbedürftige Tatsache als unbeweisbar. Erscheint der Kläger im Termin nicht, so wird seine Klage abgewiesen. Bleibt der Beklagte aus, so wird der Tatsachenvortrag des Klägers als wahr unterstellt und der Beklagte verurteilt, wenn die Klagebehauptungen die begehrte Rechtsfolge rechtfertigen. Die prozessuale Betrachtungsweise erklärt dies als Folgen einer Behauptungs-, Beweis- und Erscheinenslast. Diese Begriffe beschreiben zwar die Phänomene richtig, sie erklären aber nichts. In der öffentlichrechtlichen Deutung des Prozesses aber erscheinen diese Folgen als Sanktionen für Ungehorsam, als Strafen oder Ordnungsmaßnahmen. Auch diese Deutung ist der Sache nicht angemessen. Denn aus dem Straf- und Ordnungsgedanken läßt sich nicht rechtfertigen, daß der Nachteil, den die nachlässige Partei erleidet, der anderen zum Vorteil gereicht.

Wenn den Parteien ein Teil der Verantwortung für den Ausgang des Prozesses auferlegt wird, so geschieht das, um ihnen die Freiheit zu lassen, ob und wie sie ihr Recht im Prozeß durchsetzen wollen. Diese prozessuale Gestaltungsfreiheit ist die konsequente Folge der Rechtsmacht, die ihnen das materielle subjektive Privatrecht gewährt. Wie sie die Güter, die ihnen durch materielle subjektive Rechte zugeordnet sind, in den Grenzen des Gesetzes nach Belieben nutzen und benutzen oder auch unbenutzt liegen lassen können, wie sie über ihre Rechte verfügen und sie damit aufgeben können,

so dürfen sie auch im Prozeß über die Art und Intensität der Rechtsausübung selbst entscheiden. Niemand kann dem Kläger verwehren, seine Rechtsverfolgung aufzugeben und ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Niemand kann den Beklagten zwingen, seine Rechte gegen die Behauptung des Klägers zu verteidigen. Läßt er sich Streitlos verurteilen, so ist das seine Sache. Hier von Strafe oder Ordnungsmaßnahmen zu sprechen, ist verfehlt. Der Nachteil, der der Partei zugefügt wird, ist gerecht, weil sie es so will und weil ihr Wille von der Rechtsordnung respektiert wird. Den Nichtgebrauch eines Freiheitsrechts mit Strafe zu belegen, würde die Freiheit selbst aufheben.

Die nachteiligen Folgen des Prozeßrechts treffen aber nicht nur den, der sie selbst will oder bewußt in Kauf nimmt, sondern auch den Nachlässigen. Diese Folge rechtfertigt sich aus einem Rechtsprinzip, das uns in allen Rechtsordnungen als Korrelat von Freiheitsrechten begegnet. Wer seine Freiheitsrechte nicht gebraucht, verwirkt sie. Denn die von Rechts wegen gewährte Freiheit ist nicht Willkür, sondern verantwortliche Freiheit. Die Verantwortung folgt aus den Grenzen, die der Freiheit durch die Freiheit der anderen gesetzt werden. Auch der andere darf freie Entscheidungen treffen. Auch seine Dispositionen sind zu achten. Entscheiden kann er aber nur, wenn er dem Verhalten seines Gegners vertrauen darf. Hat er entschieden, so hat er die Situation verändert und damit dem Gegner die Chance der freien Entscheidung genommen. Diese Überlegungen sind die Grundlagen der Rechtsverwirkung, die im materiellen Zivilrecht seit jeher als Schranke der Rechtsausübung anerkannt ist. Es wäre erstaunlich, wenn der Verwirkungsgedanke im Prozeß keine Geltung hätte. Im gerichtlichen Verfahren, dem wichtigsten Ort der Rechtsausübung, findet der Verwirkungsgedanke seine besondere Aktualisierung. Wer von seinen prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten keinen Gebrauch macht, verliert die

Chance der freien Prozeßgestaltung. Seine Rechtsausübung wird unzulässig. Daß diese Folgen im Prozeß innerhalb recht kurzer und fest bestimmter Fristen eintreten, erklärt sich daraus, daß man im Prozeß von den Parteien erwarten kann, daß sie ihre Rechte ausüben, weil der Prozeß der Ort ist, an dem in kurzer Zeit die entscheidenden Dispositionen über die Rechtsausübung getroffen werden müssen. Solche Entscheidungen sind nur möglich, wenn das Handeln und Unterlassen des anderen Teils verbindlich ist. Die prozessualen Sanktionen dürfen deshalb nicht als Maßnahmen reiner Zweckmäßigkeit verstanden werden, die zum falschen Urteil führen und die Gerechtigkeit um der Ordnung willen verdrängen. Sie führen zwar zu einem Urteil, das mit dem materiellen Recht in Widerspruch steht, aber sie sind gerechte Folgen, weil sie von einem Rechtsprinzip getragen werden, das für das Prozeßrecht wie für das materielle Recht in gleicher Weise verbindlich ist.

Das aktuelle Problem, ob man die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung gegen eine versäumte Frist im Zivilprozeß erleichtern kann, gewinnt durch diese Überlegungen einen bisher nicht berücksichtigten Aspekt. Jede Nachsicht gegen eine versäumte Frist greift in eine von Rechts wegen erworbene Position des Gegners ein. Die Bestrebungen der Anwaltschaft, die Wiedereinsetzung nur bei grobem Verschulden zu versagen, treten deshalb nicht in Konflikt zu formalen Ordnungsprinzipien, sondern zu schutzwürdigen Interessen des Gegners. Die Sanktion der Fristversäumung ist nicht Ordnungsstrafe, deren subjektive Voraussetzungen manipulierbar sind, sondern Interessenausgleich. Es geht um die Frage, ob man die Nachlässigkeit einer Partei der anderen zurechnen soll. Die Antwort sollte sich an den Grundsätzen orientieren, die im materiellen Recht zur Ausfüllung des Verwirklichungsprinzips entwickelt wurden. Danach setzt die Verwirklichungsfolge kein Verschulden voraus. Sie tritt nur dann nicht ein,

wenn der Betroffene alles ihm Zumutbare getan hat, um den Anspruch geltend zu machen<sup>13</sup>. Diese Grundsätze stimmen mit der geltenden Regelung der Wiedereinsetzungsgründe überein.

Ich komme zum Schluß: Die Frage nach dem Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen konnte hier nur für Teilbereiche des Zivilprozesses erörtert werden. Sie hat in diesem engen Rahmen ihre positive Antwort gefunden. Prozessuale Rechtsfolgen lassen sich erklären aus Rechtsprinzipien, die wir zum Grundbestand unserer Rechtsordnung zählen. Die Normen des Prozeßrechts sind deshalb in gleicher Weise auf die Rechtsidee ausgerichtet wie die materiellen Rechtsprinzipien, auf die sie zurückgeführt werden können.

Lassen Sie mich aber noch einmal zum Ausgangspunkt zurückkehren. Die Frage nach dem Verhältnis von Form und Inhalt ist nicht nur ein Problem des Zivilprozesses. Sie ist auch der Universität gestellt. Deshalb will ich versuchen, auf der schmalen Basis dieses Fachvortrages einige Folgerungen aufzubauen, die für das Formproblem der Universität von Bedeutung sind. Ich muß mich auf wenige Leitsätze beschränken:

1. Organisations- und Verfahrensformen sind nicht Selbstzweck. Sie sind Mittel zu einem substantiell bestimmten Zweck, der die Form festlegt.
2. Formen, die einem überlebten substantiellen Gehalt entsprechen und Formen, die gelebt werden, ohne daß ihr substantieller Gehalt verstanden wird, sind wertlos und mindern die Leistung.
3. Formenmodelle, die einer bestimmten Aufgabe gewidmet sind, lassen sich nicht auf andere Funktionen übertragen. Die kritiklose Rezeption sachfremder Formen tötet den Geist.

---

<sup>13</sup> *Soergel-Siebert*, BGB, 9. Aufl., 1959, § 242 Anm. 186.

4. Eine Reform der Organisation und des Verfahrens ist nur sinnvoll, wenn die Sachaufgabe und das substantielle Wesen des Reformobjektes die Erneuerung der Form fordern. Aufgabe und substantielles Wesen lassen sich nicht durch neue Formen verändern.
5. Schließlich konkret gesprochen: Hochschulreform ist nicht durch Änderung der Organisation und des Verfahrens zu erreichen. Was die Universität selbst zu ihrer Reform getan hat und tut, ist nicht an äußeren Formen abzulesen, sondern an dem Geist, mit dem sie ihre Formen füllt und neue Formen prägt. Hochschulreform geschieht in der Besinnung auf die Aufgabe und das Wesen der Universität, die sich in ihrer täglichen Arbeit vollzieht. Denn die Arbeit der Universität an ihrer Aufgabe setzt das Verständnis ihres Wesens voraus und prägt es zugleich. Solange die Universität arbeiten kann, wird sie sich als lebendiges Wesen stets selbst erneuern, ihren Formen neuen Sinn geben und wesensgemäße neue Formen selbst finden. In ihrer Arbeit, nicht in ihren Formen, stellt sie sich selbst dar. Ihre Formen dienen ihrer Arbeit. Die Darstellung ihrer Arbeit ist ihre Form der Repräsentation.

B 9286, 9 - 49

