

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 116

**Studien zur Theorie und Soziologie
des gerichtlichen Verfahrens**

Ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und
Grundbegriffe von Prozeß und Prozeßrecht

Von

Dr. Jürgen Schaper



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

JÜRGEN SCHAPER

Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 116

Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens

Ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und
Grundbegriffe von Prozeß und Prozeßrecht

Von

Dr. Jürgen Schaper



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schaper, Jürgen:

Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen
Verfahrens: e. Beitr. zur Diskussion um

Grundlagen u. Grundbegriffe von Prozess u.

Prozessrecht / von Jürgen Schaper. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1985.

(Schriften zur Rechtstheorie; H. 116)

ISBN 3-428-05916-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61 · Druck: Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05916-6

Für Edith

Vorwort

Das gerichtliche Verfahren ist wohl die Institution, durch die das Recht dem Bürger, gleich ob als Rechtssuchendem oder Rechtsunterworfenem, am greifbarsten erfahrbar wird. Je nach Art einer solchen Erfahrung kann ein Prozeß dabei als Manifestation staatlicher Machtausübung oder als plastischer Ausdruck rechtsstaatlicher Garantien erscheinen, und je nach Standpunkt kann das gerichtliche Verfahren entweder als freiheitsverbürgende Institution glorifiziert oder als Ausdruck staatlichen Machtanspruchs, ja staatlicher Willkür perhorresziert werden.

Die typische Argumentation für ersteres zielt dabei eher auf die an den Prozeß zu stellenden Ansprüche, die für letzteres betont besonders die tatsächlichen Defizite bei der praktischen Durchführung. So kann es kaum verwundern, wenn eine Prozeßbetrachtung, die sich vornehmlich mit den normativen Anforderungen an den Prozeß beschäftigt, zu ersterem neigt und die Gegenposition gern sozialwissenschaftlich Betrachtungen vereinnahmt, die vermeintliche oder tatsächliche Widersprüche zwischen Anspruch und tatsächlicher Handhabung aufdecken.

Die Dichotomie von normativer und empirischer Prozeßbetrachtung läßt sich bei Anwendung eines genügend groben Rasters auch in der geschichtlichen Entwicklung der Schwerpunkte des wissenschaftlichen Interesses in der juristischen Prozeßtheorie wiederfinden:

Jahrzehnte lang beschäftigte sich die juristische Prozeßtheorie vornehmlich, ja fast ausschließlich mit den Rechtsbeziehungen innerhalb des Prozesses. Es ging ihr um die Erfassung und Systematisierung der Prozeßrechtsvorschriften durch dogmatische Figuren wie das Prozeßrechtsverhältnis und den Rechtsschutzanspruch, wobei sie den Begriff des Prozeßrechts lange Zeit als unproblematisch vorgegeben voraussetzte. Soweit die Auswirkungen des Prozeßrechts und des Prozesses in den Blick kamen, wurden sie unter dem Stichwort Prozeßzweck als Ableitung der Prozeßrechtsvorschriften diskutiert und parallel dazu die Probleme der Anwendung des Rechts im Prozeß als Methodenproblem. Auffassungen, die auch außerrechtliche Einflüsse auf den Prozeß oder außerrechtliche Wirkungen berücksichtigen wollten, blieben Außenseiterpositionen oder jedenfalls Mindermeinungen.

Diese Tradition bricht Mitte der 60er Jahre ab. Ins Blickfeld treten jetzt die außerrechtlichen Einflüsse auf den Prozeß und seine tatsächlichen Wirkungen. Eine fast heillos gewordene Zersplitterung der Methodendiskussion ließ es fraglich erscheinen, ob die normativen Vorgaben für das Verhalten der Prozeßbeteiligten überhaupt noch motivfähig

sein konnten. Die Frage lautete nicht mehr, welche normativen Anforderungen an die Prozeßbeteiligten zu stellen sind, sondern welche empirischen Faktoren ihr Handeln, insbesondere das der Richter beeinflussen und welche tatsächliche Bedeutung der Prozeß innerhalb der staatlichen Organisation hat.

War die juristische Prozeßtheorie vorher befangen in einer internen Betrachtung der Normen, wurden die rechtlichen Vorgaben jetzt zu einer Art „black box“, die außerhalb der Betrachtung blieb.

Diese Entrechtlichung des Prozesses konnte aber ein rechtlich geregeltes Verfahren allenfalls teilweise erfassen. Schon Ende der 70er Jahre wandte sich das Interesse wieder den rechtlichen Vorgaben der Entscheidungsfindung zu mit dem Versuch, in den sprachlichen und logischen Strukturen der Normen nicht nur eine Lösung des Methodenproblems zu finden, sondern spiegelbildlich auch eine Struktur des Prozesses.

Die vorliegende Untersuchung liegt in gewisser Weise quer zu diesen Entwicklungen. Sie knüpft zwar an die traditionelle juristische Prozeßbetrachtung an, aber mit dem Ziel, aus ihrer Kritik einen tragfähigen Begriff des Prozesses und des Prozeßrechts zu gewinnen, der auf empirischer Basis die normativen Vorgaben einschließt. Es geht ihr um eine Diskussion der Ansprüche, die an den Prozeß und das Prozeßrecht gestellt werden können unter Beachtung der tatsächlichen Beschränkungen, denen die Entscheidungsfindung im Prozeß unterliegt.

Mit dieser Arbeit ist nicht beabsichtigt, die geschlossene Darstellung einer Prozeßtheorie vorzustellen, sondern es wird versucht, vorhandene Theoriebildungen aufzuarbeiten, die Reichweite ihrer Ansätze zu analysieren und in der Kritik die tragfähigen Gedanken festzuhalten. Die Untersuchung ist daher allenfalls als Vorbereitung einer allgemeinen Verfahrenslehre zu verstehen. Das Ergebnis ist gleichwohl der Versuch, einige Parameter der inneren Funktionsweise von Verfahren zur rechtlich geregelten Entscheidungsfindung und der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zu beschreiben.

Das Manuskript wurde 1981 abgeschlossen und im Sommer 1984 von der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Bei der Drucklegung konnten einige neuere Veröffentlichungen noch berücksichtigt werden.

Zu danken habe ich Herrn Professor Dr. Hans-Ludwig Schreiber, der diese Arbeit angeregt hat, und Herrn Professor Dr. Fritz Loos als Zweitgutachter für die von ihnen gegebenen Anregungen und Hinweise sowie dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme in diese Reihe.

Bremen, im Juli 1985

Jürgen Schaper

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
I. Unterschiedliche Theorieansätze und Begriffsbildungen	23
II. Allgemeines zum Gang der Untersuchung	25

1. Abschnitt

Juristische Prozeß- und Prozeßrechtsbetrachtungen

Teil 1

<i>Dogmengeschichtliche Grundlegung</i>	29
I. Zur Situation der Prozeßkunde im 19. Jahrhundert	29
II. Probleme der gemeinrechtlichen Prozeßkunde	30
1. Grenzen der Prozeßkunde	30
2. „Grenzüberschreitungen“	31
3. Systematisierungsversuche	31
III. Entstehungsbedingungen für die Theorie vom Prozeß als Rechtsverhältnis	32
1. Übernahme zivilistischer Begriffsbildungen	32
2. Die „Emanzipation des Prozeßrechts“	33
3. Dogmengeschichtlicher Ausgangspunkt für O. v. Bülow	34

Teil 2

<i>Der Prozeß als Rechtsverhältnis</i>	35
I. Bülows Konzeption	35
II. Streitpunkte unter den Anhängern von Bülows Lehre	37
1. Gesamtrechtsverhältnis	37
2. Entstehung des Prozeßrechtsverhältnisses	37
3. Beteiligte	37
4. Inhalt des Prozeßrechtsverhältnisses	38

III. Der Rechtsschutzanspruch als Inhalt des Prozeßrechtsverhältnisses ..	39
1. Der Begriff des Rechtsschutzanspruchs	39
2. Dogmengeschichtliche Entwicklung	39
a) Der Rechtsschutzanspruch in der zivilistischen Theorie	39
(1) Gemeinrechtliche Lehre	39
(2) Windscheid	39
(3) Muther	40
(4) Degenkolb	40
b) Der Rechtsschutzanspruch in der strafprozessualen Theorie ..	42
(1) Aktionenrechtliches Gedankengut	42
(2) Der „reformierte Strafprozeß“	42
3. Die Entwicklung des Rechtsschutzanspruchs von Wach bis heute	43
a) Rechtsschutzanspruch und Streitgegenstand	43
b) Die „Wiedergeburt“ des Rechtsschutzanspruchs nach 1960	45
4. Der Rechtsschutzanspruch heute	46
(1) Anspruch auf günstige Entscheidung	46
(2) Subjektives öffentliches Recht	46
(3) Anspruchsvoraussetzungen	46
(a) Prozeßvoraussetzungen	46
(b) Rechtsschutzvoraussetzungen	47
(c) Materielle Begründetheit	47
(d) Prozessuale Überlagerung	47
(4) Freisprechungsanspruch	47
(5) Entstehungszeitpunkt	49
5. Kritik am Begriff des Rechtsschutzanspruchs	49
a) Einwände gegen den Rechtsschutzanspruch als subjektives Recht	49
(1) Anspruch der Parteien gegeneinander	49
(2) Begriff des subjektiven Rechts	49
b) Fünf Argumente gegen einen zivilprozessualen Rechtsschutzan- spruch	50
(1) Nicht Streitgegenstand	50
(2) Kein Unterschied zwischen Prozeß- und Rechtsschutzvor- aussetzungen	50
(3) Brücke zwischen materiellem und Prozeßrecht	50
(4) Begründung der Klagvoraussetzungen	51
(5) Reine Theorie	51
c) Der Rechtsschutzanspruch als „Kernstück des Prozeßrechts- verhältnisses“	51
(1) Privatrechtliche Orientierung des Begriffs	51
(2) Ablehnung eines strafprozessualen Rechtsschutzanspruchs ..	53
(a) Strafanspruch	53
(b) Strafklagerecht	53
(c) Rechtsschutzanspruch	54
d) Untauglichkeit des Rechtsschutzanspruchs als prozessualer Grundbegriff	56

IV. Andere (mögliche) Inhalte des Prozeßrechtsverhältnisses	57
1. Der Justiz(gewährs)anspruch	57
a) Der Inhalt des Justizgewährsanspruchs	57
b) Probleme des Justizgewährsanspruchs als Inhalt des Prozeß-	
rechtsverhältnisses	58
(1) Vollständigkeit	58
(2) Notwendigkeit	59
(3) Leistungsfähigkeit	59
2. Rechte und Pflichten als Folge der Prozeßhandlungen (Bülows	
Konzeption)	60
a) Begründung	60
b) Kritik	61
V. Kritik an der Lehre vom Prozeß als Rechtsverhältnis	61
1. Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses: Folge der rechtlichen Be-	
trachtung des Prozesses	61
2. Nicht Rechtsfolge der Prozeßvoraussetzungen	61
3. Reiner Sammelbegriff	61
4. Unterscheidung von materiellem Recht und Prozeßrecht	62
5. Abhängigkeit des Begriffs von rechtsdogmatischen Streitfragen ..	62
6. Praktische Bedeutungslosigkeit	62

Teil 3

Der Prozeß als Rechtslage oder die prozessuale Betrachtungsweise 63

I. Grundbegriffe und Grundgedanken der Lehre vom Prozeß als Rechts-	
lage	63
1. Bezugnahme auf die Lehre vom Prozeß als Rechtsverhältnis und	
neue Deutungen	63
a) Dynamik	64
b) Rechtslage	64
2. Urteil als Bezugspunkt und Justizgewähr	66
a) Bedeutung der Justizgewähr	66
b) Justizgewähr als staatsrechtlicher, nicht prozessualer Anspruch	67
c) „Prozeßrechtsverhältnis“	67
3. Rechtliche Imperative und Urteilsmaßstäbe	68
a) Der Begriff des Urteilsmaßstabs	68
b) Im Prozeß nur Urteilsmaßstäbe	68
c) Unterschied von materiellem Recht und Prozeßrecht	69
4. Die prozessualen „Rechte“ und „Pflichten“: Aussichten, Möglich-	
keiten und Lasten	70
5. Doppelfunktionale Normen und Prozeßhandlungen	71

a) Begriff der Doppelfunktionalität	71
b) Beispiel: Erscheinungspflicht	71
c) Entstehungsgeschichte	72
6. Wirkungsbereich und Kurzdefinitionen	73
II. Die prozessuale Betrachtungsweise und die Unterscheidung von Prozeßrecht und materiellem Recht	73
1. Ausgangspunkt	73
2. Pflichten und Lasten im Prozeß	74
a) Goldschmidts Auffassung	74
b) Gründe für das Nebeneinander von Pflichten und Lasten im Prozeß	75
(1) Eigenart der Sanktion bei Lasten	75
(2) Grenzen der Lasten — Gründe für Pflichten	76
3. Doppelfunktionalität und Unterscheidung von Prozeßrecht und materiellem Recht	76
4. Analyse der doppelunktionalen Betrachtung	77
III. Kritik der prozessualen Betrachtungsweise	79
1. Leistungen der Lehre vom Prozeß als Rechtslage	79
2. Kritische Punkte — insbesondere der Dynamikbegriff und das Problem des unrichtigen Urteils	79
a) Dynamik im materiellen Recht	80
b) Statik der Imperative — Dynamik der Urteilsmaßstäbe	81
3. Methodische Bedenken	82
a) Grundannahmen der Lehre vom Prozeß als Rechtslage	82
b) Normative und faktische Aussagen	83
c) Das ungelöste Problem	85

Teil 4

Zwischenergebnis 87

I. Der Prozeß als Rechtsverhältnis	87
II. Der Prozeß als Rechtslage	88

Teil 5

Eine pragmatische Prozeßbetrachtung 90

I. Versuche zur Kombination von Rechtsverhältnis und Rechtslage	90
II. Prozeßrecht und materielles Recht	91
1. Henkels Analyse möglicher Unterscheidungskriterien	91
2. Folgerungen und Ergebnis	93

Inhaltsverzeichnis	13
a) Leistung der Abgrenzung	93
b) Prozeß und Prozeßrecht	94
c) Ergebnis	95
III. Pragmatische Bestimmung des „Prozeß“-Begriffs	95
1. Kriterien zur Eingrenzung	95
a) Möglichkeiten	95
b) Folgen	95
c) Auswahl	95
2. Elemente des „Prozesses“	97
a) Einzelne Elemente	97
(1) Entscheidung	97
(2) Kommunikation	97
(3) Rechtliche Regelung	98
(4) Weitere Bestimmungen	98
(a) Neutralitätspostulat	98
(b) Staatliches Organ	99
(c) Abgrenzung zum Gesetzgebungsverfahren	99
(d) Weitere Abgrenzungsmerkmale	99
b) Zusammenfassung	99
IV. Das Prozeßrecht	100
1. Das Prozeßrechtsverhältnis	100
2. Prozeßrecht als öffentliches Recht	100
a) Rechte und Pflichten der Parteien	100
b) Staatlicher Eingriff — staatliche Leistung	101
3. Prozeßrecht als „besonderes Zivilrecht“?	102
4. Folgerungen und Erklärungswert	102
a) Degenkolbs abstraktes Klagrecht	103
b) Prozeßrecht als „angewandtes Verfassungsrecht“	103

2. Abschnitt

Der Zweck des gerichtlichen Verfahrens

Teil 1

<i>Einführendes zum Stellenwert der Prozeßzweckanalyse</i>	104
--	-----

Teil 2

<i>Darstellung der Prozeßzweckdiskussion</i>	107
I. Begriffsbildungen	107

II. Prozeßzweckbestimmungen	107
1. Verwirklichung des objektiven, materiellen Rechts	108
2. Durchsetzung subjektiver Rechte	110
3. Schutz von Rechtsinstitutionen	110
4. Wahrheit und Gerechtigkeit	111
5. Rechtsfrieden	112
a) Ersatz für Selbsthilfe und Fehde	112
b) Streitbeendigung durch Entscheidung	113
c) Kombinationen mit anderen Zweckbestimmungen	113
6. Rechtssicherheit — Rechtsgewißheit	114
a) Gleichbedeutend mit Rechtsfrieden	114
b) Schutz vor staatlicher Willkür	114
7. Rechtskraft als Prozeßzweck (Goldschmidt)	115
8. Rechtsausübung (Henckel)	116
9. Kreationstheorien	116
a) Begriff	116
b) Einzelne Ausprägungen	117
(1) Bülow / Binder	117
(2) Sauer	117
(3) Pawlowski	118
10. Schlichtung sozialer Konflikte	118
11. Rechtsfortbildung	119
12. Prozeßökonomie	119

Teil 3

<i>Zur Analyse und Kritik der Prozeßzweckbestimmungen</i>	120
I. Die Kombination von Prozeßzweckbestimmungen und ihre Grenzen	120
1. Ansätze für Kombinationsbemühungen	120
2. Widersprüche bei der praktischen Anwendung	120
3. Kritikpunkte	122
II. Die Besonderheiten der Kreationstheorien und der Auffassung Goldschmidts	122
1. Bülow, Binder und die materielle Rechtskrafttheorie	123
a) Darstellung	123
b) Der Wahrheitsbegriff	123
c) Der Rechtsbegriff	124
d) Ähnlichkeiten und Unterschiede zu Sauer und Pawlowski	125
2. Sauers Prozeßtheorie	125

a) Darstellung	125
b) Weitere Kritik	126
c) Das Problem der Rechtsfindung im Prozeß	127
3. Pawlowskis Theorie der prozessualen Rechtsfindung	127
a) Der Rechtsbegriff, Recht und Rechtsgang	127
b) Anthropologische Annahmen	128
c) Kritik	129
d) Festzuhaltendes	130
4. Goldschmidts Theorie der Rechtskraft als Prozeßzweck	130
a) Goldschmidts Lehre und die Kreationstheorien	130
b) Tautologie und Fehlschluß	131
c) Die verkürzte Empirie	132
III. Wahrheit und Gerechtigkeit und die übrigen Prozeßzweckbestimmungen	132
1. Unterschiedliche Fragestellungen	132
a) Zweck und Funktion	133
b) Zweck des Prozeßrechts	135
c) Zweckmäßigkeit des Rechts und Zweckmäßigkeitsrecht	135
(1) Zweckmäßigkeit und Ökonomie des Prozesses	135
(2) Zweckmäßigkeit des materiellen Rechts	136
2. Analyse des Prozeßzwecks	137
a) Prozeß und die Ablösung von Fehde und Selbsthilfe	137
(1) Das staatliche Gewaltmonopol	137
(2) Zusammenhang zwischen Prozeß und Gewaltmonopol	138
b) Prozeß als Entlastung des staatlichen Gewaltmonopols	139
c) Überlegungen zur Präzisierung eines Begriffs der „Gerechtigkeit“ für die praktische Handhabung	141
(1) „Gerechtigkeit“ als Maßstab für den Inhalt einer Entscheidung und warum auf den Begriff nicht verzichtet werden kann	141
(2) Schwierigkeiten einer inhaltlichen Bestimmung und praktische Annäherung	142
(a) Unbestimmtheit des Gerechtigkeitsbegriffs	142
(b) Recht und Gesetz als praktische Annäherung	143
3. Probleme von „Recht und Gesetz“ als Maßstab für den Inhalt einer Entscheidung	144
a) Dynamik des Gesetzes und Grenzen der Gesetzesbindung	144
b) Gesetzesbindung als selbstverpflichtetes politisches Handeln	145
(1) Verantwortliches politisches Handeln	145
(2) Modell einer Gesetzesbindung als Arbeitsteilung	146
(3) Juristisch-technische Möglichkeiten einer offenen Gesetzesbindung	147
c) Gesetzesbindung und soziale Kontrolle	147
d) Alternativen zum Gesetzesbindungspostulat	148
(1) Individuelle Gerechtigkeitsvorstellungen	148

(2) Schlichtung sozialer Konflikte als Prozeßzweck	150
e) Zwischenergebnis	151
4. Zum Verhältnis von materiellem Recht, Prozeßrecht und Gerech-	
tigkeit	152
a) Materielles Recht und Prozeß	152
b) Der Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen und der	
Zusammenhang von Prozeßrecht und materiellem Recht	152
(1) z. B. Die Prozeßmaximen	152
(2) z. B. Prozessuale Lasten	153
(3) Prozeßrecht als staatliches Eingriffsrecht	154
c) Zwischenergebnis	155
(1) Beziehungen des materiellen und Prozeßrechts	155
(2) Der Prozeß kann nicht besser sein als das materielle Recht,	
das Grundlage für die Entscheidung ist	155
5. Zum Verhältnis von Wahrheit und Gerechtigkeit	156
a) Unabhängigkeit von Unwahrheit im Prozeß und Gerechtigkeit	
der Entscheidung	156
b) „Unwahre“ Tatsachen und „wahre“ Norm	156
c) Schlußfolgerungen	157
6. Zum Problem der Tatsachenfeststellung und Wahrheitsfindung im	
Prozeß	158
a) Abhängigkeiten zwischen Tatsachen und Normen	158
(1) Das Problem (Hermeneutischer Zirkel)	158
(2) Eine Lösung (Antrag und Streitgegenstandsbestimmung) ..	158
(3) Formvorschriften	159
(4) Erörterung von Tatsachen und Normen	159
b) Die Feststellung von Tatsachen und ihre Grenzen	159
IV. Zu den Einwänden der Gegenpositionen	160
1. Formelle-materielle Wahrheit	160
a) Begriff der formellen Wahrheit	160
b) Verhandlungsmaxime	161
c) Dispositionsmaxime	161
2. Das unrichtige Urteil	162
a) Rechtsfrieden, Rechtssicherheit oder Rechtsgewißheit als Pro-	
zeßzweck	162
(1) Das Problem	162
(2) Zur Analyse und Kritik	162
(3) Der Zweck des Urteils	163
(4) Festzuhaltendes	164
b) Der ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb	164
(1) Keine Abhängigkeit des Prozeßzwecks vom Problem der	
Vollstreckung eines unrichtigen Urteils	164
(2) Vermutung der Richtigkeit und Lösungsvorschlag	165
3. Die Grenzen der Rechte und ihrer Ausübung	165
a) Henckels Ansicht und ihre Widersprüche	165

b) Ein verdecktes Problem 166
c) Festzuhaltendes 166
4. Die Dichotomie von „subjektiven Rechten“ und „objektiver Rechtsordnung“ 167
a) Auflösung der Dichotomie 167
b) Hintergründe eines Scheingefechts 167

Teil 4

Zwischenergebnis und Überleitung 169

I. Zwischenergebnis 169
1. Zum Prozeß 169
2. Zum Prozeßzweck und der Ausgestaltung des Prozesses 170
3. Prozeßzweck, Recht und Gesetz 171
II. Überleitung 172
1. Zur — sozialwissenschaftlich begründeten — Kritik am Prozeß .. 172
a) Kritikpunkte 172
 (1) Recht und Rechtsanwendung 172
 (2) Zugangsbarrieren 173
 (3) Unterschiedliche Handlungskompetenzen 173
 (4) Strukturelle Asymmetrie 173
b) Zur Einordnung dieser Kritik 173
2. Prozeß als Diskurs 174
a) Habermas' Auffassung 174
b) Struktur des Prozesses und Diskurs 174
 (1) Theorie der juristischen Argumentation 175
 (2) Handlungsformen im Prozeß 176
 (3) Konsensustheorie der Wahrheit und Prozeß 177
c) „Quasi Diskurs“ 178
3. Ein grundlegend anderer soziologischer Ansatz 178

3. Abschnitt

Exkurs — Grundlagen und Grundbegriffe der Systemtheorien

Teil 1

Einleitung 179

Teil 2

Systemtheorien 181

I. Allgemeine Systemtheorie (General-Systems-Theory) 181

II. Kybernetische Systemtheorie	181
1. Grundlagen	182
2. Komplexe Systeme	182
III. Struktur-funktionale Systemtheorie (Talcott Parsons)	183
1. Allgemeines Handlungssystem	183
a) Der Bezugsrahmen	183
b) Struktur	184
(1) Strukturbegriff	184
(2) „pattern variables“	184
c) Funktion	185
(1) Prozesse	185
(2) Vier Systemprobleme (AGIL-Schema)	185
2. Die vier Subsysteme	186
a) Verhaltensorganismus	186
b) Persönlichkeitssystem	186
c) Sozialsystem	187
(1) Vorbemerkung	187
(2) Struktur — Rollentheorie	187
(3) Funktion	188
d) Kulturelles System	188
3. Zum Anwendungsbereich	188
IV. Funktional-strukturelle Systemtheorie (Niklas Luhmann)	189
1. Parson's Systemtheorie als Ausgangspunkt	189
2. Luhmanns Konzeption	189
a) Der funktionelle Bezugspunkt	190
b) Systemgrenzen und Sinnbegriff	190
c) Komplexität des Systems	191
d) Struktur und Prozeß	192
(1) Struktur	192
(2) Prozesse	193
3. Zum Anwendungsbereich	193

Teil 3

<i>Systemtheorie und Recht</i>	194
I. Rechtssystem	194
1. Der Systembegriff der Rechtswissenschaft	194
2. Leistungsfähigkeit und Grenzen des „Systems der Rechtssätze“ ..	195
II. Grundbegriffe und Grundzüge in Luhmanns Rechtssoziologie	196

Inhaltsverzeichnis

19

1. Der Begriff des Rechts	196
2. Positives Recht	197
a) Das politische (Sub-)System und seine Funktion	197
b) Der Machtbegriff	197
c) Positivierung des Rechts	198
3. Programmierendes und programmiertes Entscheiden	199
a) Programmierung	199
b) Zweck- und Konditionalprogramm	200
c) Programmiertes Entscheiden	200

4. Abschnitt

Niklas Luhmanns Legitimation durch Verfahren

Teil 1

Der Verfahrensbeginn

I. Gegenstand	202
II. Der systemtheoretische Ansatz	202
1. Der Systembegriff	203
2. Strukturen des Verfahrenssystems	203
a) Ausdifferenzierung und Autonomie	203
b) Prozeßrecht	204
c) Verfahrensgeschichte	204
3. Folgerungen für den Verfahrensbeginn	205
a) Verfahren als faktische Kommunikation	205
b) Unabhängigkeit vom Entscheidungsprozeß	205

Teil 2

Der Begriff der Legitimation durch Verfahren

207

I. Kritik der „klassischen Verfahrenslehren“	207
II. Der Legitimationsbegriff	208
1. Funktion von Wahrheit und Macht	208
2. Legitimität	209
a) Begriff	209
b) Anerkennung	209

c) Begriff des Lernens	210
3. Legitimation durch institutionalisiertes Lernen	210
a) Lernen allgemein	210
b) Enttäuschungsfreies Lernen	211
c) Lernen durch Enttäuschung	211
d) Konfliktlösungsmechanismus: Legitimation durch Verfahren ..	212
III. Systemmerkmale und Leistung des Verfahrenssystems	213
1. Ausdifferenzierung und Autonomie	213
2. Rollenverhalten und Konfliktdämpfung	213
3. Vereinzelung und Kritikimmunsierung	215
IV. Festzuhaltendes: Der Legitimationsmechanismus als Funktion von Verfahren	215

Teil 3

Legitimation durch Verfahren und die juristische Prozeßzweckdiskussion 217

I. Verbindlichkeit der Entscheidung	217
1. Parallelen Goldschmidt — Luhmann	217
2. Unterschiede	217
II. „Legitimation“ und Rechtskraft	218

Teil 4

Zur Kritik an Niklas Luhmanns Legitimation durch Verfahren 220

I. Einleitung	220
II. Zu Luhmanns Begriff der Legitimität und Legitimation	220
1. Begriffsgeschichte der „Legitimität“	221
a) Legitimität als Rechtsbegriff	221
b) Legitimation in der Soziologie (Weber, Parsons)	221
c) Gegenpositionen	222
(1) Wahrheitsabhängigkeit der Legitimation (Habermas)	222
(2) Faktisierung der Legitimation (Luhmann)	222
2. Die juristische Kritik an Luhmanns Legitimationsbegriff	223
a) Ansatzpunkte der juristischen Kritik	223
(1) Ausgangspunkte	223
(2) Argumente: „Fellachisierung“ und Grundkonsens	223

(3) Luhmanns Replik	224
b) Unterschiedliche Begriffsbildungen	225
c) Mißverständnisse	225
(1) Legitimation des Verfahrens	225
(2) Lernbegriff	226
(3) Verfahren und Entscheidungsprozeß	226
d) Resümee	226
3. Luhmanns Legitimationsbegriff: Macht durch Verfahren	227
a) Legitimation, Wahrheit und Macht	227
b) Wahrheit und Macht und die Funktion von Verfahren	228
c) Zum Verhältnis von Legitimität und Macht	229
4. Legitimation außerhalb von Verfahren	231
a) Realer Konsens — Institutionalisierung von Verhaltenserwartungen	231
b) Grundkonsens als deus ex machina	233
III. Bemerkungen zu Luhmanns Einsichten in den Gang des gerichtlichen Verfahrens	233
1. Luhmanns Interpretation der Verfahrensprinzipien	233
2. Einschätzungen zum Realitätsgehalt der Interpretation	234
a) Ungewißheit als Motivation für Teilnahme?	235
b) Isolierung streitbarer Interessen?	235
3. Kritik der Juristen	237
IV. Zu Luhmanns Verfahrensbegriff	239
1. Luhmanns Anspruch	239
2. „Wirkliches Geschehen“	239
a) Überdifferenziertheit des Verfahrensbegriffs	240
b) Überabstraktheit des Legitimationsbegriffs	240
3. Die zweite Perspektive	241
a) Das Schauspiel der Gerechtigkeitssuche	241
b) Zur empirischen Überprüfung der beiden Perspektiven	241
4. Das Problem von Verfahren und Entscheidung	242
a) Ein Scheinargument	242
b) Entscheidung und Vollstreckung	243
c) Luhmanns „Formalismus“	244
d) Folgerung	245
V. Ergebnis	246
1. Zur Kritik	246
2. Zur Gegenposition	247

Schlußbemerkungen	249
I. Anstelle einer Zusammenfassung	249
II. Die Funktion gerichtlicher Verfahren	249
1. Der „soziale Konflikt“	249
2. Konfliktlösungsbedingungen	250
3. Die Strategie des Verfahrens	250
a) Isolierter Konflikt	250
b) Lösungsmechanismen	250
c) Folgenorientierung durch Recht	250
d) Das Idealbild verfahrensmäßiger Konfliktlösung	251
4. Die Verfahrenskommunikation	251
a) Informationsquellen	251
b) Sachverhaltserarbeitung	251
c) Abschluß	252
5. Die Funktion der Institutionalisierung	252
a) Schutz des staatlichen Gewaltmonopols	252
b) Recht und Handlungsorientierung	253
c) Grenzen der Funktionsfähigkeit	253
6. Vor- und Nachteile	253
a) Vorteile	253
b) Nachteile	254
7. Prozeß und Recht	255
Literaturverzeichnis	256

Einleitung

I. Unterschiedliche Theorieansätze und Begriffsbildungen

Das gerichtliche Verfahren stößt in der öffentlichen Diskussion auf ein erhebliches Interesse, das jedoch von einem seltsamen Zwiespalt gekennzeichnet ist: Einerseits wird das Verfahren als die entscheidende Erscheinungsform des Rechtslebens betrachtet und Veröffentlichungen über „Prozesse“ sind zum Teil häufiger zu finden als Berichte über neue Gesetzgebungsvorhaben; andererseits erscheinen die Verfahrensregelungen und ihre Formalien ebenso häufig undurchschaubar und unverständlich.

Auf den ersten Blick wird diese vermeintliche Undurchschaubarkeit durch die wissenschaftliche Behandlung von Verfahrensproblemen kaum aufgeklärt. Die wissenschaftliche Diskussion zeigt ein derartig breites Meinungsspektrum zur Erklärung von Erscheinungsformen und zur systematischen Einordnung von Verfahrensregelungen, daß sie eher geeignet erscheint, Unklarheiten zu vergrößern als abzubauen.

Symptomatisch für die verwirrende Vielfalt der Erklärungsversuche ist, daß es noch nicht einmal einheitliche Definitionen für die Grundbegriffe gibt. Schon der Begriff *Prozeß*, durch den der Gegenstand einer Betrachtung des gerichtlichen Verfahrens an sich festgelegt sein müßte, ist schillernd in den Bedeutungen, in denen er benutzt wird.¹

So kennzeichnet er einmal das zivilprozessuale bzw. verwaltungsgerichtliche Erkenntnisverfahren und die strafrechtliche Hauptverhandlung², während andererseits zwischen dem „Prozeß im engeren Sinn“ (gemeint ist wie vorstehend die Gerichtsverhandlung) und „Prozeß im weiteren Sinn“ (unter Einschluß der Vollstreckung) unterschieden wird.³

Im strafrechtlichen Bereich wird zum Teil das gesamte Verfahren bis zum Urteil unter Einschluß des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens zum „Prozeß“ gerechnet.⁴

Der Begriff wird aber auch zur Kennzeichnung „der Rechtseinrichtung als solcher“⁵ verwendet, womit meist die Rechtsprechung im Sinne des Artikels 92 GG gemeint ist.⁶

¹ Verschiedene Bedeutungen sind bei Stein / Jonas / Pohle (19. Aufl.), Einl. A, S. 3 aufgeführt.

² So z. B. Grunsky, Grundlagen, § 1 II, S. 2; Henckel, Prozeßrecht, S. 8.

³ So für den Zivilprozeß Stein / Jonas / Pohle (19. Aufl.), Einl. B, S. 3.

⁴ Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Rdn. 45, S. 59.

⁵ So Stein / Jonas / Pohle (19. Aufl.), Einl. A, S. 3.

⁶ Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 39.

Des weiteren wird die Bezeichnung „Prozeß“ für das Durchlaufen einer Sache durch den Instanzenzug bis zur endgültigen (rechtskräftigen) Entscheidung benutzt. Aber auch der Instanzenzug selbst heißt „Prozeß“.

Die Begriffe „Prozeß“ und „Verfahren“ werden häufig synonym verwendet⁷, während andere sie nach den verschiedensten Kriterien unterscheiden: Dabei taucht Verfahren z. B. als Oberbegriff im Sinne der Unterscheidung gerichtlicher und nicht gerichtlicher Verfahren auf.⁸ Eine Unterscheidung wird aber auch in dem Sinne getroffen, daß „in einem Verfahren mehrere Prozesse erledigt werden, so z. B. Klage und Widerklage“.⁹

Schließlich wird der Begriff „Prozeß“ auch noch für „Prozeßrecht“ verwendet, was bedeutet, daß für diese Ansicht Prozeß und Prozeßrecht identisch sind.¹⁰

Diese Liste ließe sich für weitere Begriffe fortsetzen. So klagt z. B. Niese über die Diskussion zum Rechtsschutzanspruch:¹¹ „Dazu kommt eine verwirrende Fülle von Bezeichnungen; jeder schafft sich eine eigene Nomenklatur, und man glaubt sich in die gemeinrechtliche Dogmatik des 19. Jahrhunderts versetzt, wo es als höchstes Verdienst galt, eine neue Unterscheidung und neue Namen dafür gefunden zu haben.“¹²

Es gehört zu den Problemen jeder Geisteswissenschaft, daß sie einen Teil ihrer Bemühungen auf die Erstellung einer brauchbaren Terminologie verwenden muß, da nur eindeutige Begriffe verbindliche und überprüfbare Aussagen erlauben.¹³ Man sollte daher meinen, daß die Darstellung, insbesondere aber die Analyse und Kritik einzelner Verfahrens- und Prozeßtheorien voraussetzt, daß ihr ein verbindlicher Begriffsapparat vorangestellt wird. Dennoch wäre es verfehlt, der Vielzahl von Definitionen und Begriffsbestimmungen unvermittelt eine neue eigene hinzuzufügen. Die unterschiedliche Verwendung der Begriffe erklärt sich nämlich weitgehend aus den unterschiedlichen theoretischen Ansätzen, die einen einheitlichen theoretischen Ausgangspunkt für die Darstellung und Analyse des „Prozesses“ und seiner Probleme praktisch nicht mehr erkennen lassen. Hier konkurrieren die verschiedensten, im engeren Sinne juristischen Konzeptionen mit anderen, die sich zum Teil auf soziologische Ansätze zur Verfahrenstheorie stützen¹⁴

⁷ Hagen, Elemente, S. 15; Henckel, Prozeßrecht, S. 22.

⁸ von Kries, Strafprozeßrecht, S. 2, 4.

⁹ Rosenberg / Schwab, § 1 II 1, S. 1.

¹⁰ So z. B. Friedrich Stein in seinem berühmten Wort: „Der Prozeß ist für mich das technische *Recht* in seiner allerschärfsten Ausprägung . . .; (Grundriß, Vorwort zur 1. Aufl. S. XIV — Hervorhebung nur hier).

¹¹ Zum Rechtsschutzanspruch siehe unten 1. Abschnitt Teil 2 III.

¹² Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 26.

¹³ Vgl. dazu Hagen, Elemente, S. 14 f.

¹⁴ z. B. Callies, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat; Rottleuthner, KJ 1970, S. 282 ff.; KJ 1971, S. 60 ff.; siehe auch den Definitionsansatz des „labeling approach“, in Deutschland vor allem vertreten von Fritz Sack (z. B. Neue Perspektiven in der Kriminologie, in: Sack / König, Kriminalsoziologie, S. 431 ff.; Krim. Journ. 1972, S. 3 ff.), der sich vornehmlich

oder explizit eine rein soziologische Analyse liefern wollen, wie zum Beispiel Niklas Luhmann¹⁵, während andererseits Jürgen Rüdig¹⁶ versucht hat, von einem rechtstheoretisch, rechtslogischen Ansatz her den Prozeß durch die „logische Form des Beweises“ zu beschreiben.

Hieran zeigt sich bereits, daß zur „Prozeßtheorie“ sehr unterschiedliche Fragestellungen gezählt werden. Der Versuch, die unterschiedlichen theoretischen Ansätze für eine Analyse aufzuarbeiten, stößt damit auf das Problem, sich mit ausgesprochen heterogenen Gegenständen beschäftigen zu müssen. Dieses Problem dürfte der Grund dafür sein, daß die wissenschaftliche Diskussion sich inzwischen soweit in Spezialgebiete aufgesplittert hat, daß in der Vielfalt der Meinungen eine gemeinsame Grundlage kaum mehr erkennbar ist; ganz zu schweigen davon, daß die wissenschaftliche Diskussion die Praxis längst nicht mehr erreicht und umgekehrt die Praxis zumindest noch das Vokabular einer Theorieentwicklung verwendet, die von der Wissenschaft inzwischen ad acta gelegt wurde.

So scheint es, daß die juristische Praxis über den Stand der *Theorie vom Prozeß als Rechtsverhältnis*¹⁷ kaum hinaus gekommen ist. Wie selbstverständlich wird die Terminologie dieser Theoriebildung verwandt, wenn mit dem „Prozeßrechtsverhältnis“ argumentiert wird¹⁸, und auch der „Staatliche Strafanspruch“, der hier einen seiner Ursprünge hat, ist wenigstens noch dazu gut, „verwirkt“ zu werden.¹⁹ Zwar nährt die Art der Argumentation den Verdacht, daß z. T. nur noch eine Terminologie ohne genaue Kenntnis des theoretischen Hintergrundes benutzt wird, aber die Beispiele zeigen doch, daß diese Theorie für die Praxis nicht erledigt ist.

II. Allgemeines zum Gang der Untersuchung

1. Wer überhaupt den Versuch machen will, mit einer Aufarbeitung von Prozeßtheorie auch die Ansatzpunkte der Praxis zu erreichen, wird daher mit einer Art rechtshistorischer Untersuchung dieses Theorieansatzes beginnen und in Kauf nehmen müssen, daß ein mehr an der

auf Harold Garfinkel (Conditions of Successful Degradation Ceremonies, in: American Journal of Sociology 1956, S. 420 ff.) beruft; aber auch Feest/Blankenburg, Definitionsmacht, insbesondere S. 114 ff.; Quensel, Wie wird man kriminell?, in: H. Giesecke (Hrsg.), Sozialpädagogik, S. 45 ff.; dazu und zu weiteren Ansätzen Schreiber, ZStW 88 (1976), S. 117 ff.

¹⁵ Luhmann, Legitimation durch Verfahren.

¹⁶ Rüdig, Theorie des Gerichtlichen Erkenntnisverfahrens.

¹⁷ Siehe unten 1. Abschnitt Teil 2.

¹⁸ z. B. BGH NJW 1982, S. 1598.

¹⁹ z. B. BGH NJW 1980, S. 1760; BGH NSTz 1981, S. 70; BGH StrVert. 1981, S. 276; zum Strafanspruch unten 1. Abschnitt Teil 2 III 5 c) (2).