

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

<b>Einleitung</b> .....	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

<i>Der Prozeß als Rechtslage oder die prozessuale Betrachtungsweise</i> .....	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 doppelfunktionalen 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 Gerechtigkeit .....	152
a) Materielles Recht und Prozeß .....	152
b) Der Gerechtigkeitwert 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 Prozeßzweck .....	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

<i>Einleitung</i> .....	179
-------------------------	-----

Teil 2

<i>Systemtheorien</i> .....	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

- 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

<b>Schlußbemerkungen</b> .....	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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup>

So kennzeichnet er einmal das zivilprozessuale bzw. verwaltungsgerichtliche Erkenntnisverfahren und die strafrechtliche Hauptverhandlung<sup>2</sup>, 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.<sup>3</sup>

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

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

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

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

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

<sup>4</sup> Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Rdn. 45, S. 59.

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

<sup>6</sup> 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 verwendet<sup>7</sup>, 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.<sup>8</sup> Eine Unterscheidung wird aber auch in dem Sinne getroffen, daß „in einem Verfahren mehrere Prozesse erledigt werden, so z. B. Klage und Widerklage“.<sup>9</sup>

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

Diese Liste ließe sich für weitere Begriffe fortsetzen. So klagt z. B. Niese über die Diskussion zum Rechtsschutzanspruch:<sup>11</sup> „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.“<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> 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 stützen<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Hagen, Elemente, S. 15; Henckel, Prozeßrecht, S. 22.

<sup>8</sup> von Kries, Strafprozeßrecht, S. 2, 4.

<sup>9</sup> Rosenberg / Schwab, § 1 II 1, S. 1.

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> Zum Rechtsschutzanspruch siehe unten 1. Abschnitt Teil 2 III.

<sup>12</sup> Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 26.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Hagen, Elemente, S. 14 f.

<sup>14</sup> 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 Luhmann<sup>15</sup>, während andererseits Jürgen Rüdig<sup>16</sup> 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*<sup>17</sup> kaum hinaus gekommen ist. Wie selbstverständlich wird die Terminologie dieser Theoriebildung verwandt, wenn mit dem „Prozeßrechtsverhältnis“ argumentiert wird<sup>18</sup>, und auch der „Staatliche Strafanspruch“, der hier einen seiner Ursprünge hat, ist wenigstens noch dazu gut, „verwirkt“ zu werden.<sup>19</sup> 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.

<sup>15</sup> Luhmann, Legitimation durch Verfahren.

<sup>16</sup> Rüdig, Theorie des Gerichtlichen Erkenntnisverfahrens.

<sup>17</sup> Siehe unten 1. Abschnitt Teil 2.

<sup>18</sup> z. B. BGH NJW 1982, S. 1598.

<sup>19</sup> 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).