

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

BAND 78

Wolfram Henckel

Prozeßrecht und
materielles Recht



VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN · 1970

PROZESSRECHT UND
MATERIELLES RECHT

VON

DR. WOLFRAM HENCKEL

ordentlichem Professor an der Universität Göttingen



VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN · 1970

Vorwort

Das Buch ist das Ergebnis einer langjährigen Arbeit, die ich in Zusammenarbeit mit den Kollegen des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht an der Universität Göttingen durchgeführt habe. Ich möchte an dieser Stelle allen Beteiligten meinen Dank aussprechen, insbesondere den Kollegen des Lehrstuhls, die mich bei der Arbeit unterstützt haben. Ein besonderer Dank gilt den Kollegen des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht an der Universität Göttingen, die mich bei der Arbeit unterstützt haben. Ein besonderer Dank gilt den Kollegen des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht an der Universität Göttingen, die mich bei der Arbeit unterstützt haben.

Die in den vorliegenden Arbeiten enthaltenen Ergebnisse sind das Ergebnis einer langjährigen Arbeit, die ich in Zusammenarbeit mit den Kollegen des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht an der Universität Göttingen durchgeführt habe. Ich möchte an dieser Stelle allen Beteiligten meinen Dank aussprechen, insbesondere den Kollegen des Lehrstuhls, die mich bei der Arbeit unterstützt haben. Ein besonderer Dank gilt den Kollegen des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht an der Universität Göttingen, die mich bei der Arbeit unterstützt haben.

Wolfgang Herrlich

Göttingen, im November 1988

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Kapitel:	
Die Abgrenzung des Zivilprozessrechts vom materiellen Recht	5
I. Die Abgrenzungskriterien	5
1. Gesetzliche Zuordnung der Normen	5
2. Der Prozesszweck	5
3. Das Wesen des Prozesses	8
4. Die Voraussetzungen der Normen	9
5. Die Wirkungen der Normen; Lasten und Pflichten	10
6. Urteilsinhalt und Urteilsvoraussetzungen	19
7. Die geregelten Lebensbereiche	19
8. Ergebnis	24
II. Prozeßhandlungen und materiellrechtliche Handlungen	26
1. Der Begriff der Prozeßhandlung	27
2. Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen	33
3. Einzelne Prozeßhandlungen	34
a) Prorogationsvertrag	34
b) Schiedsvertrag	35
c) Prozeßvollmacht	37
d) Anerkenntnis und Verzicht	39
e) Prozeßvergleich	39
f) Ergebnis	40
2. Kapitel:	
Prozeßrechtliche Wertungen	41
I. Der Prozesszweck als Wertmaßstab	41
1. Rechtfertigung der Zweckbetrachtung	41
2. Definitionen des Prozesszwecks	48
3. Der Prozeß als Verfahren zur Rechtsausübung	61
4. Folgerungen für die weitere Untersuchung	64
II. Wirksamkeitsvoraussetzungen von Parteihandlungen	65
1. Persönliche Voraussetzungen wirksamer Parteihandlungen	65
a) Parteifähigkeit	65
b) Prozeßfähigkeit	67
2. Parteihandlungen und Willensmängel	76
a) Prorogationsvertrag	77
b) Schiedsvertrag	77
c) Prozeßvollmacht	78
d) Andere einseitige Prozeßhandlungen	79
e) Prozeßvergleich	86

III. Die Stufen prozessualer Verwirkung	93
1. Rechtskraft und Wiederaufnahme	96
2. Rechtskraft und rechtliches Gehör	105
3. Rechtskraft und Wiedereinsetzung	105
4. Versäumnisurteil	111
5. Ausschluß verspäteten Vorbringens	112
6. Das allgemeine Verwirkungsprinzip	114
IV. Dispositionsmaxime und Verhandlungsmaxime	118
1. Die Bedeutung der Prozeßmaximen	118
2. Dispositionsmaxime	119
a) Einleitung des Prozesses	119
b) Bestimmung des Streitgegenstandes; § 139 ZPO	125
c) Klageänderung	132
d) Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich und Versäumnisurteil	134
3. Verhandlungsmaxime, Aufklärungs- und Wahrheitspflicht	143
3. Kapitel:	
Die objektiven Grenzen der Rechtskraft	149
I. Prozessuale und materielle Voraussetzungen der Rechtskraft	149
II. Identität des Streitgegenstandes, Präjudizialität und zeitliche Grenzen der Rechtskraft	150
1. Die Bindung des Klägers an die klageabweisende Entscheidung	150
2. Die Bindung des Beklagten an die verurteilende Entscheidung	163
III. Die Kriterien für die objektiven Grenzen der Rechtskraft	169
1. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	169
2. Das Kriterium des wirtschaftlichen Wertes	171
IV. Einzelfälle	175
1. Kapitalanspruch und Zinsanspruch	175
a) Abweisung der Zinsklage und Kapitalanspruch	175
b) Abweisung der Klage auf das Kapital und Zinsanspruch	176
2. Wechselseitige Eigentumsfeststellungsklagen	176
3. Wechselseitige Herausgabeklagen	177
a) Verurteilung im ersten Prozeß	177
b) Klageabweisung im ersten Prozeß	177
4. Wechselseitige Unterlassungsklagen	177
a) Verurteilung im ersten Prozeß	177
b) Klageabweisung im ersten Prozeß	178
5. Wechselseitige Klagen auf Auszahlung hinterlegten Geldes	179
6. Verurteilung zur Herausgabe des Schuldscheins und Klage auf Zahlung des im Schuldschein verbrieften Betrages	179
7. Grundbuchberichtigungsanspruch und Eigentum	180
a) Klageabweisendes Urteil	180
b) Stattgegebenes Urteil	180
c) Das Kriterium des wirtschaftlichen Wertes in den Fällen	180
a) und b)	180
aa) Klageabweisung und Feststellungsklage	181
bb) Klageabweisung und Auflassungsanspruch nach § 812 BGB	181
cc) Abweisung der Klage auf Löschung einer Grundschuld und Eigentumsfeststellungsklage	182
8. Eigentumsherausgabeanpruch und Eigentum	183

9. Hypothekenklage und Löschungsbewilligung	185
10. Anspruch auf Rückübertragung einer Grundschuld an den Eigentümer und Grundschuldklage	186
11. Eigentumsherausgabeanpruch und Ansprüche auf Schadensersatz und Nutzungen	187
a) Verurteilung zur Herausgabe und Schadensersatzanspruch	187
b) Abweisung der Herausgabeklage und Schadensersatzanspruch des Klägers	189
c) Herausgabeanpruch und Anspruch auf Nutzungen	189
d) Herausgabeanpruch und Anspruch auf Benutzungsentschädigung	189
e) Abweisung der Räumungsklage und Schadensersatzanspruch des Beklagten	190
12. Unterlassungsklage und Schadensersatzanspruch	191
a) Verurteilung zur Unterlassung	191
b) Abweisung der Unterlassungsklage	192
13. Unterlassungsklagen aus demselben Recht mit verschiedenem Anspruchsinhalt	193
14. Hilfsanspruch und Hauptanspruch	193
15. Auflassungsanspruch und Eigentumsverschaffungsanspruch	196
16. Naturalrestitution und Geldersatz; Wandlung, Minderung, Schadensersatz	198
a) Naturalrestitution und Geldersatz	198
b) Schadensersatz, Rücktritt, Wandlung, Minderung	198
17. Wechselseitige Ansprüche aus gegenseitigem Vertrag	198
a) Abweisung der Klage des Käufers auf Übereignung und Übergabe und Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises	199
b) Verurteilung des Verkäufers zur Übereignung und Übergabe und Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises	205
18. Unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge	211
19. Erfüllungsanspruch und Vertrauensschaden	212
20. Erfüllungseinwand und Rückforderung der Leistung	213
a) Abweisung der Klage wegen Erfüllung und Rückforderung der Leistung	214
b) Verurteilung zur Leistung und Rückforderung der Leistung	215
21. Wandlungseinrede, Rücktritt und Anfechtung, Bereicherungseinrede	215
a) Verurteilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und Wandlungsanspruch	215
b) Verurteilung zur Vertragsleistung und Rückforderung des Geleisteten wegen Rücktritts oder Anfechtung	217
c) Verurteilung zur Leistung und Rückforderung der Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung	217
22. Die Bedeutung des § 322 Abs. 2 ZPO	220
a) Verurteilung des Beklagten, weil die Gegenforderung nicht besteht	220
b) Abweisung der Klage wegen der Aufrechnung	221
23. Die Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile	222

24. Abweisung der Vollstreckungsgegenklage und Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung	224
25. Abweisung der Drittwiderspruchsklage und Klage des Dritten auf Herausgabe des Vollstreckungserlöses	226
26. Rechtskraft von Prozeßurteilen	227
V. Zivilprozeßrecht und materielles Zivilrecht als Kriterien der objektiven Grenzen der Rechtskraft	231
4. Kapitel:	
Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Verfahrenshandlungen	233
I. Einführung	233
1. Fragestellung	233
2. Rechtswidrigkeit als Unwerturteil über menschliches Verhalten	234
II. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Handlungen der Vollstreckungsorgane	236
III. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Gläubigerverhaltens in der Zwangsvollstreckung	248
1. Die Notwendigkeit besonderer Kriterien für die Beurteilung des Gläubigerverhaltens	248
2. Die Bedeutung der Vollstreckungsvoraussetzungen	252
3. Die Kriterien der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit	257
4. Folgerungen für die Auslegung der §§ 717 Abs. 2 und 3, 302 Abs. 4 Satz 3, 600 Abs. 2, 945 ZPO	265
5. Die Bedeutung der neueren Rechtswidrigkeitslehren für die Beurteilung des Gläubigerverhaltens	270
IV. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Prozeßhandlungen im Erkenntnisverfahren	289
V. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Konkursantrages	306
5. Kapitel:	
Das Pfändungspfandrecht	309
I. Die Bedeutung des Theorienstreits	309
II. Die Funktionen des Pfändungspfandrechts nach den Vorstellungen des Gesetzgebers	311
1. Rangbestimmung	311
2. Verwertungsrecht	311
3. Rechtsgrund	312
4. Abwehr- und Schadensersatzansprüche	312
5. Schutz vor vollstreckungsvereitelnden Verfügungen	312
III. Der Einfluß der modernen Entwicklung des Vollstreckungsrechts auf die Funktionen des Pfändungspfandrechts	313
1. Verwertungsrecht	313
2. Schutz vor vollstreckungsvereitelnden Verfügungen	318
3. Forderungspfändung	319
4. Die öffentlichrechtliche Theorie vom Pfändungspfandrecht	320
IV. Die Funktionen des Pfändungspfandrechts nach der privatrechtlichen Theorie	328
1. Recht zur Verwertung	328
2. Rechtsgrund für den Eingriffserwerb	331
3. Rangbestimmung	339

6. Kapitel:	
Die Grundlagen des Vollstreckungsschutzes	349
I. Materiellrechtliche Wertungen mit verfahrensrechtlichen Folgen	349
1. Materiellrechtliche Wertungen im Vollstreckungsschutz	349
2. Privatrechtlicher Charakter der Wertungen	350
3. Verfahrensrechtliche Rechtsfolgen materiellprivatrechtlicher Wertungen	352
II. Inhalt der Wertungen	355
1. Bedeutung der Frage nach dem Inhalt	355
2. Interessenkonflikt. Vollstreckungsschutz als Abgrenzung subjektiver Privatrechte	356
3. Schutz der Menschenwürde. Drittwirkung von Grundrechten	357
4. Vollstreckungsschutz als Grenze der Rechtsausübung	362
5. Gesetzliche Grundlagen der Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung und ihre Bedeutung für den Vollstreckungsschutz	363
6. „Schichten“ der unzulässigen Rechtsausübung	369
a) Venire contra factum proprium	370
b) Mangel eines berechtigten Interesses	372
c) Dolo agit ...	372
d) Unredlicher Rechtserwerb	373
e) Ungehörige Rechtsausübung. Rechtsmißbrauch	373
III. Folgerungen	375
1. Richterlicher Vollstreckungsschutz als Rechtsanwendung	375
2. Entscheidungen des richterlichen Vollstreckungsschutzes als prozessuale Gestaltungen	375
3. Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe	376
4. Anwendungsbereich des § 765 a ZPO	378
5. Verhältnis des § 765 a ZPO zu den Spezialnormen des Vollstreckungsschutzes	378
a) Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen	378
b) Forderungspfändung	382
c) Immobiliarvollstreckung	383
d) Räumungsvollstreckung	390
6. Verhältnis des Vollstreckungsschutzes zu § 242 BGB	391
7. Vollstreckungsschutz, Abtretungs- und Aufrechnungsverbot	398
a) Abtretung	399
b) Aufrechnung	401
8. Bedeutung des Vollstreckungsschutzes für den Vollstreckungsanspruch	405
Zusammenfassung	407
Sachregister	431
Paragraphenregister	437

Inhaltsverzeichnis

1

A. Kapitel

Die Grundlagen des Zivilprozessrechts

1. Materielle und prozedurale Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

2. Prozessualer Charakter des Zivilprozessrechts

3. Verfahrensrechtliche Rechtsfolgen des Zivilprozessrechts

II. Inhalt des Zivilprozessrechts

1. Bedeutung der Frage nach dem Inhalt

2. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

3. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

4. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

5. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

6. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

7. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

8. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

9. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

10. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

11. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

12. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

13. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

14. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

15. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

16. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

17. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

18. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

19. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

20. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

21. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

22. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

23. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

24. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

25. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

26. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

27. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

28. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

29. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

30. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

31. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

32. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

33. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

34. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

35. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

36. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

37. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

38. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

39. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

40. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

41. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

42. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

43. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

44. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

45. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

46. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

47. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

48. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

49. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

50. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

51. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

52. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

53. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

54. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

55. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

56. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

57. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

58. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

59. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

60. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

61. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

62. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

63. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

64. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

65. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

66. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

67. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

68. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

69. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

70. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

71. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

72. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

73. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

74. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

75. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

76. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

77. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

78. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

79. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

80. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

81. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

82. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

83. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

84. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

85. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

86. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

87. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

88. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

89. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

90. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

91. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

92. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

93. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

94. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

95. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

96. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

97. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

98. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

99. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

100. Inhaltliche Voraussetzungen des Zivilprozessrechts

Einleitung

Wechselbeziehungen zwischen Zivilprozessrecht und materiellem Zivilrecht aufzuzeigen und für die Auslegung der Normen beider Bereiche fruchtbar zu machen, ist das Ziel dieser Arbeit. Sie kann deshalb nicht von Begriffen des Prozeßrechts und des materiellen Rechts ausgehen, die solche Querverbindungen von vornherein ausschließen. Andererseits setzt die Erörterung des Verhältnisses von Prozeßrecht und materiellem Recht eine Verständigung darüber voraus, was man unter diesen Begriffen versteht. So steht am Anfang der Arbeit der Versuch einer Definition, welche der Klärung der Wechselbeziehungen kein Hindernis bereitet.

Mit den Begriffen „Zivilprozessrecht“ und „materielles Zivilrecht“ ordnen wir Rechtssätze innerhalb eines Systems. Ord nende Systembildung dient dem Zweck, anhand von Prinzipien und Gegenprinzipien Gemeinsames hervorzuheben und Gegensätze deutlich zu machen. Die Kriterien, nach denen die Rechtssätze geordnet werden, sind an diesem Zweck zu messen. So kann ein Oberbegriff, der für mehrere Rechtssätze Gemeinsames aussagt, durch trennende Begriffe untergliedert werden. Die Unterbegriffe heben dann Unterschiede innerhalb des Gemeinsamen heraus. Sie sind systemgerecht, wenn sie rechtlich erhebliche Unterschiede treffen, wenn also die Differenzierungsmerkmale juristisch fehlerfrei gewonnen wurden.

Die systematische Zuordnung von Rechtssätzen zum Prozeßrecht oder zum materiellen Recht geschieht unter der Voraussetzung, daß beide Begriffe durch ein Gemeinsames verbunden sind. Der gemeinsame Oberbegriff ist das Recht, das in die Unterbegriffe „Prozeßrecht“ und „materielles Recht“ aufgegliedert wird. Die Systembildung ist richtig, wenn die Zusätze „materiell“ und „Prozeß“ rechtlich relevante Unterschiede treffen. Sie müssen also einerseits die Differenzen hervorheben, dürfen aber andererseits nicht Unterschiede präjudizieren, die juristischer Wertung nicht standhalten. Das Ordnungskriterium, das unsere Unterscheidung rechtfertigt, entstammt also einer rechtlichen Bewertung. Diese bestimmt und begrenzt die Unterscheidungskraft der Begriffe. Deshalb hat das Begriffssystem keinen schöpferischen Wert. Es kann keine Unterschiede erzeugen, die nicht schon in den Begriff hineingelegt worden sind.

Wird eine Norm dem Prozeßrecht zugewiesen, so rechtfertigt das den Schluß, daß ihre Voraussetzungen prozeduraler Art sein müssen, nur dann, wenn man als Prozeßrechtsnormen alle Rechtssätze bezeichnet, deren Rechtsfolgen an prozedurale Voraussetzungen geknüpft sind. Ob das möglich ist,

hängt davon ab, ob sich die Prozeßnorm gerade in diesem Punkt von der materiellrechtlichen Norm unterscheidet.

Haben aber Rechtsnormen, deren prozessuale Wirkungen von prozessualen Voraussetzungen abhängen, systemerhebliche gemeinsame Merkmale mit anderen, deren prozessuale Wirkungen durch materiellrechtliche Erfordernisse bedingt sind, so ist, wenn man die Differenzierung nach den Wirkungen vornehmen wollte, eine Unterscheidung des Prozeßrechts vom materiellen Recht nach der Art der Voraussetzungen nicht möglich.

Eine Differenzierung nach den Wirkungen ist aber in zweierlei Weise möglich. Man kann nämlich einmal nach der rechtlichen Struktur der Wirkungen unterscheiden, etwa in der Art, daß man als typisch materiellrechtliche Wirkung die Begründung von Rechten und Pflichten ansieht, als typisch prozessuale aber die von Möglichkeiten und Lasten. Andererseits aber kann man nach den Lebensbereichen unterscheiden, auf die sich die Rechtsfolgen auswirken. Ob das eine oder andere richtig ist, hängt von der Prüfung der Struktur der Rechtsfolgen ab und von der Frage, ob die Lebensbereiche ein hinreichendes juristisches Kriterium für die Systembildung darstellen.

Die Unterscheidung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht allein nach der Art der Wirkungen ist aber nur möglich, wenn es prozessuale Wirkungen auf Grund materiellrechtlicher Voraussetzungen geben kann. Wären materiellrechtliche Wirkungen stets an materiellrechtliche Voraussetzungen, prozessuale Rechtsfolgen aber stets nur an prozessuale Bedingungen geknüpft, so würden sich Prozeßrecht und materielles Recht sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Wirkungen unterscheiden.

Die aufzustellenden Begriffe des Prozeßrechts und des materiellen Rechts lassen sich nur nach dem Differenzierungskriterium voneinander trennen, das sich als rechtlich richtig erweist. Die Gegenüberstellung der beiden Begriffe zwingt deshalb nicht, Prozeßrecht und materielles Recht in jeder Hinsicht durch eine scharfe Grenze zu trennen. Neben den unterscheidenden Merkmalen gibt es gemeinsame, die für die differenzierende Begriffsbildung unerheblich sind. So sind Prozeßrecht und materielles Recht jedenfalls insoweit nicht unterschieden, als sie beide Recht sind. Würde man die Antithese überspitzen, so könnte das nur zu leicht dazu führen, den Rechtscharakter des materiellen Rechts oder des Prozeßrechts aufzuheben und damit das beiden Gemeinsame nur für eines zu usurpieren. Sind aber Prozeßrecht und materielles Recht gleicherweise Recht, so müssen beiden gemeinsame Wertungen zu Grunde liegen. Wie weit das der Fall ist, wird den Hauptgegenstand unserer Untersuchungen bilden. Schon die Unterschiede unserer deutschen Verfahrensordnungen deuten darauf hin, daß die Unterscheidung von Prozeßrecht und materiellem Recht nicht die Abhängigkeit prozessualer Wertungen von materiellrechtlichen ausschließt. Wenn es einen Sinn haben soll, daß unser Strafprozeß anders gestaltet ist als der Zivilprozeß und beide sich wieder deutlich vom Verwaltungsprozeß abheben, so müssen diese Unterschiede im materiellen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht begründet sein.

Zu fragen ist aber auch, ob materiellrechtliche Folgen durch prozeßrechtliche Wertungen bedingt sein können. Ältere Untersuchungen über das Ver-

hältnis von Prozeßrecht und materiellem Recht haben eingehend das Problem erörtert, ob die materielle Rechtswidrigkeit prozeßerheblichen Verhaltens durch prozessuale Wertungen bedingt ist. Die neuere Entwicklung der Rechtswidrigkeitslehre gebietet, diese Frage erneut aufzunehmen.

Die Wechselbeziehungen zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht aufzuzeigen und die beiden gemeinsamen Wertungsprinzipien hervorzuheben, dient nicht nur theoretischen Zwecken. Die Untersuchung soll vielmehr sowohl zur zweckorientierten Auslegung des geltenden Rechts als auch zur Lösung rechtspolitischer Fragen beitragen. Dabei bleibt jedoch die für das Internationale Privatrecht und das Internationale Prozeßrecht maßgebende Zuordnung ausgeklammert. Die besondere internationalrechtliche Fragestellung kann möglicherweise ihrem Zweck entsprechend eigene Abgrenzungskriterien fordern. Ob für diese die hier erarbeiteten Grundsätze hilfreich sein können, bleibt dem kompetenteren Urteil der Sachkundigen überlassen.

Erstes Kapitel

Die Abgrenzung des Zivilprozeßrechts vom materiellen Recht

I. Die Abgrenzungskriterien

1. Gesetzliche Zuordnung der Normen

Die Unterscheidung von Prozeßrecht und materiellem Recht erscheint uns heute als selbstverständliches Mittel juristischer Systembildung. Mag man auch in früheren Zeiten Prozeßrecht und materielles Recht als Einheit gesehen haben, so können wir uns doch heute auf diesen Ausgangspunkt nicht mehr zurückziehen. Denn schon unsere Gesetze gehen von der Unterscheidung aus. Die Prozeßordnungen sind — wenigstens äußerlich — von den materiellrechtlichen Kodifikationen getrennt.

Das zwingt uns freilich nicht, Prozeßrecht und materielles Recht danach abzugrenzen, ob die Rechtssätze in den Prozeßgesetzen oder in materiellrechtlichen Gesetzbüchern enthalten sind. Diese historische Zuordnung ist für uns nicht verbindlich. Sie läßt bestenfalls die Kriterien erkennen, nach denen der Gesetzgeber unterscheiden wollte. So mag der Gesetzgeber die Befugnis des Miterben, einen zum Nachlaß gehörenden Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen (§ 2039 BGB), ausschließlich materiellrechtlich gesehen haben. Das hindert uns jedoch nicht, dem Miterben die Prozeßführungsbefugnis zuzusprechen und diese prozeßrechtlich zu deuten. Ein Gesetzesverstoß liegt darin nicht; denn die vom Gesetzgeber angeordnete Rechtsfolge bleibt unverändert. Ihre systematische Zuordnung aber ist vom Gesetzesbefehl nicht mitumfaßt.

2. Der Prozeßzweck

Das Prozeßrecht ist gekennzeichnet durch seinen Gegenstand, den Prozeß. Das führt zu der Frage, was der Prozeß ist. Man hat versucht, den Prozeß von seinem Zweck her zu definieren¹⁾.

Das mag angehen, wenn man mit Goldschmidt²⁾ das Ziel des Prozesses in der Rechtskraft sieht, den Prozeß also als ein „auf die Herbeifüh-

¹⁾ So bestimmt Sauer (Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951, S. 1 ff.) das Wesen des Prozesses aus seiner Aufgabe. Auch für die Definition des Prozeßhandlungsbegriffes, der den Prozeßbegriff voraussetzt, wird mitunter auf den Prozeßzweck zurückgegriffen (Nachweise bei Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, S. 57).

²⁾ Der Prozeß als Rechtslage (1925), S. 151.

zung von Rechtskraft gerichtetes Verfahren³⁾ versteht, oder wenn man mit Sauer⁴⁾ den Prozeßzweck als „richterliche Gestaltung der Rechtsidee im Einzelfall“ beschreibt, wobei das Wesen des Prozesses eben in dieser Gestaltung durch den Richter bestehen soll. Aber diese Zweckbestimmungen sind äußerst problematisch.

Goldschmidts Definition krankt daran, daß er den Prozeßzweck aus dem Prozeß selbst bestimmt. Denn die Rechtskraft, auf die er den Prozeß ausgerichtet sieht, ist bei Goldschmidt⁵⁾ eine prozessuale Wirkung. So läuft seine Lehre letztlich darauf hinaus, daß der Prozeß Selbstzweck ist oder — was dasselbe bedeutet — keinen über sich selbst hinausweisenden Zweck hat⁶⁾. Daß damit eine Wertung prozessualer Normen nahezu ausgeschlossen ist, sei hier nur angedeutet. Davon wird später noch zu reden sein.

Sauer sucht zwar in deutlicher Opposition zu Goldschmidt den Prozeßzweck jenseits des Prozesses, begeht aber den Fehler, das Wesen des Prozesses mit seinem Zweck gleichzusetzen: Weil der Prozeß die Rechtsidee im Einzelfall gestalten soll, ist der Prozeß für ihn „Gestaltung der Rechtsidee“. Diese Definition ist jedenfalls ungeeignet zur Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht. Sauer sagt selbst, daß die Gestaltung der Rechtsidee im Einzelfall, das „Ausrichten“ des Einzelfalls auf das „Gemeinschaftswohl“ nicht allein Sache des Richters sei, sondern sich auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr vollziehen könne⁷⁾. Die „Gestaltung der Rechtsidee“ ist also nicht das typisch Prozessuale. So bleibt zur Abgrenzung von materiellrechtlichen Gestaltungen nach Sauer⁸⁾ Lehre nur, daß im Prozeß der Richter die Gestaltung vollzieht. Damit ist das Wesen des Prozesses jedoch nicht hinreichend beschrieben. Im Prozeß geschieht mehr, als daß nur der Richter „mit jeder auf Sach- und Rechtsgestaltung abzielenden Tätigkeit“ die Rechtsidee gestaltet. Im Prozeß handeln auch die Parteien, und durch die Ordnung des Prozesses wird auch ihr Handeln auf das Prozeßziel gelenkt.

Alle übrigen Definitionen des Prozeßzwecks⁸⁾ sind noch weniger geeignet, das Wesen des Prozesses zu beschreiben. Die Frage nach dem Zweck des Prozesses zielt darauf, was mit dem Prozeß erreicht werden soll. Die Antwort gibt ein Kriterium dafür, wie man am besten zu diesem Ziele kommt. Deshalb besteht zwar ein Zusammenhang zwischen dem Prozeßzweck und dem Inhalt prozessualer Normen und Wertungen, auch mag der Prozeß-

³⁾ Goldschmidt, *Denr Prozeß als Rechtslage*, S. 151.

⁴⁾ *Allgemeine Prozeßrechtslehre*, S. 3.

⁵⁾ *Der Prozeß als Rechtslage*, S. 267, in deutlicher Abkehr von seiner früheren Auffassung, welche die Rechtskraftwirkung dem materiellen Justizrecht zugewiesen hatte.

⁶⁾ Sax ZZZP 67, 26 f.; Habscheid, *Festschrift für Nipperdey I*, S. 896, *GaUl AcP* 168, 27 ff. (56).

⁷⁾ Sauer, *Allgemeine Prozeßrechtslehre*, S. 18 f., *Zum Streit um die materielle Rechtskraft* in: *Festgabe für Richard Schmidt* (1934), S. 317, 325.

⁸⁾ S. unten S. 48 ff.

zweck Anhaltspunkte dafür geben, wie der Prozeß gestaltet werden muß⁹⁾, er sagt aber nicht, was der Prozeß ist, und auch nicht, worin er sich von materiellrechtlich relevanten Vorgängen unterscheidet. Der Prozeßzweck kann deshalb auch nichts zur Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht beitragen¹⁰⁾. Konkreter gesagt: ob man den Zivilprozeß als Mittel zum Schutz subjektiver Rechte versteht oder ob er der Bewährung des objektiven Rechts dienen soll, ist belanglos für die Frage, ob ein bestimmter Vorgang, etwa ein Prorogationsvertrag, prozeßrechtlicher oder materiellrechtlicher Regelung unterliegt. Aus dem Prozeßzweck kann man nur Gründe herleiten, die für eine Anerkennung des Prorogationsvertrages sprechen, oder auch kritische Gesichtspunkte für die rechtspolitische Bewertung dieses Vertrages gewinnen. Sähe man den Prozeßzweck allein in der Bewährung des objektiven Rechts und stellte man deshalb die öffentlichen Interessen an einer dem objektiven Recht verpflichteten Rechtspflege in den Vordergrund, so könnte man zweifeln, ob es den Parteien gestattet sein soll, auf den Arbeitsanfall bei den einzelnen Gerichten Einfluß zu nehmen. Diese Überlegungen sind aber unabhängig davon, ob man die Gerichtsstandvereinbarung als Prozeßhandlung oder als materielles Rechtsgeschäft ansieht, geben also für die Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht nichts her.

Für die Zuordnung bestimmter Vorgänge zum Prozeßrecht oder zum materiellen Recht hilft also die Besinnung auf den Prozeßzweck nicht weiter. Wer dies verkennt, kann auf gefährliche Abwege geraten. Eine Prozeßtheorie, die den Prozeßzweck in der Förderung des Gemeinwohls oder der Interessen der Allgemeinheit oder des Staates sieht und der Versuchung erliegt, das materielle Recht nach diesem Zweck vom Prozeßrecht abzugrenzen, würde den Bereich des Prozessualen weit ausdehnen. Sie wäre geneigt, Bereiche des materiellen Rechts nur deshalb dem Prozeßrecht zuzuschlagen, damit sie vom Prinzip des Gemeinwohls durchdrungen werden könnten. Sie würde damit materiellrechtliche Wertungen aushöhlen.

Jede Definition des Prozeßzwecks, die über den Prozeß selbst hinausweist, stellt den Prozeß in Beziehung zum materiellen Recht. Schreibt man dem Zivilprozeß die Aufgabe zu, dem Gemeinwohl zu dienen, so orientiert man den Inhalt des Prozeßrechts an materiellen öffentlichen Belangen. Sieht man dagegen den Zweck des Zivilprozesses im Schutz subjektiver Privatrechte, so wird der Inhalt des Zivilprozeßrechts durch materielle zivilrechtliche Wertungen bestimmt. Der Prozeßzweck schlägt also die Brücke zum materiellen Recht. Deshalb ist es nicht möglich, aus dem Prozeßzweck die Merkmale abzuleiten, die das Prozeßrecht vom materiellen Recht unterscheiden. Der Prozeßzweck enthält stets schon eine rechtliche Wertung. Anders wäre es gar nicht denkbar, aus ihm Folgerungen für die rechtliche Gestaltung des

⁹⁾ Über die Gefahren einer solchen vom Zweck her bestimmten Ausgestaltung und Auslegung prozessualer Normen soll hier noch nichts gesagt werden. Zunächst genügt die Feststellung, daß die Zweckbetrachtung heute weitgehend üblich ist. Zur Kritik: Fritz von Hippel, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß* (1939), S. 170 ff. und ZZZP 65, 432. Dazu unten S. 47.

¹⁰⁾ Vgl. Neuner, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925), S. 12.

Prozesses im einzelnen zu ziehen. Wenn der Prozeßzweck etwas darüber aussagt, wie der Prozeß sein soll, so kann er nicht zugleich beschreiben, was der Prozeß ist.

3. Das Wesen des Prozesses

Eine Definition des Prozesses, die den Gegenstand des Prozeßrechts umschreiben und damit geeignet sein soll, dieses vom materiellen Recht abzugrenzen, darf deshalb nicht über den Prozeß hinausgreifen. Sie muß kennzeichnen, was im Prozeß geschieht. Der Prozeß ist „Rechtsgang“ und damit zunächst ein Verfahren eines Gerichts und vor einem Gericht, das typischerweise mit einer Entscheidung dieses Gerichts abschließt. Daß der Prozeß auch anders sein Ende finden kann, etwa durch Klagerücknahme oder Vergleich, verbietet es nicht, die Entscheidung als wesentliches Element des Prozesses in die Definition aufzunehmen. Denn auch die später zurückgenommene Klage zielt zunächst einmal auf das gerichtliche Urteil. Solange die Klage rechtshängig ist, muß das Verfahren der Entscheidung zugeführt werden. Der gerichtliche Vergleich beendet das Verfahren nur deshalb, weil er eine Entscheidung überflüssig macht. Zwar soll das Gericht auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinwirken; aber deshalb ist der Vergleich noch nicht das typische Verfahrensziel. Eine Einigung der Parteien kann auch außerhalb eines Prozesses erreicht werden. Die Vollstreckungsmöglichkeit erhält der Gläubiger auch durch eine exekutorische Urkunde. Das Besondere des gerichtlichen Vergleichs liegt darin, daß er angesichts der sonst unvermeidbaren Entscheidung geschlossen wird. Weil der Prozeß auf die Entscheidung angelegt ist, ist er der geeignete Ort, um die Parteien zu einer freiwilligen Friedensregelung zu veranlassen, mit der sie die Beendigung des Streites durch staatliche Autorität abwenden.

Die Definition des Prozesses als gerichtliches Verfahren, das auf eine Entscheidung des Gerichts ausgerichtet ist, paßt jedoch nur für das Erkenntnisverfahren. Sie reicht deshalb zwar aus, um den Teil des Zivilprozeßrechts zu umschreiben, der sich auf dieses Verfahren bezieht. Zivilprozeßrecht ist aber auch das Vollstreckungsrecht, und Zivilverfahrensrecht in einem weiteren Sinne ist auch das Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Konkursverfahrensrecht. Alle genannten Bereiche betreffen Verfahren vor Rechtspflegeorganen, die auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet sind. So läßt sich zusammenfassend sagen, daß zum Zivilverfahrensrecht im weiteren Sinne alle Rechtsnormen gehören, die ein Verfahren von und vor Zivilrechtspflegeorganen regeln, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist.

Ob die Rechtspflegeorgane stets staatliche Organe sein müssen, führt uns bereits in Grenzbereiche des Begriffes. Ob die Regeln der Zivilprozeßordnung über das Schiedsgerichtsverfahren zum Prozeßrecht oder zum materiellen Recht gehören, ist lebhaft umstritten. Ebenso kann man streiten, ob die Normen über das Verfahren des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung prozeßrechtliche oder materiellrechtliche Normen sind. Diese Fragen brauchen jedoch noch nicht entschieden zu werden. Denn auch

bei der Zuweisung dieser Normen an das materielle Recht darf nicht verkannt werden, daß sie Verfahrensregeln enthalten und deshalb mit dem Prozeßrecht manches gemeinsam haben. Ob sie letztlich dem Prozeßrecht zuzuordnen sind, ist vor allem für international-privatrechtliche Fragen von Bedeutung. Dafür aber sind besondere Abgrenzungskriterien zu beachten, die hier auf sich beruhen sollen. Für das Verhältnis von Prozeßrecht und materiellem Recht im allgemeinen, insbesondere für die Klärung ihrer wechselseitigen Abhängigkeit, ist jedenfalls ein Seitenblick auf Verfahren vor nichtstaatlichen Organen nicht schädlich.

Die gewonnene Definition, die zum Zivilprozeßrecht alle Normen zählt, die ein Verfahren von und vor Zivilrechtspflegeorganen regeln, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist, bedarf noch näherer Erläuterung. So ist vor allem zu klären, von welcher Art die Beziehung dieser Normen zum Verfahren sein muß, damit sie ihre Einordnung als Prozeßrechtsnormen rechtfertigen kann.

4. Die Voraussetzungen der Normen

Diese Beziehung wird nicht durch den Tatbestand der Norm vermittelt. Es gibt Normen, deren Tatbestände Vorgänge des Verfahrens umschreiben, die aber eindeutig zum materiellen Recht gehören. So ist § 209 BGB eine Vorschrift des materiellen Rechts, obwohl alle Tatbestände der Verjährungsunterbrechung verfahrensrechtliche Vorgänge enthalten. § 823 Abs. 1 BGB bleibt auch dann eine materiellrechtliche Norm, wenn die unerlaubte Handlung eine Prozeßhandlung ist. Die Zuordnung dieser Normen zum materiellen Recht beruht offenbar auf ihren materiellen Rechtsfolgen.

Umgekehrt gibt es prozessuale Rechtsnormen, deren Tatbestände außerprozessuale Vorgänge umschreiben. Wer die Rechtskrafterstreckungsnormen als prozessuale Vorschriften ansieht, begründet dies mit der prozessualen Wirkung, die er der Rechtskraft zuschreibt. Daß die Tatbestände der §§ 325 bis 327 ZPO materiellrechtliche Vorgänge enthalten¹¹⁾, ist für die Einordnung der Rechtskraftwirkung und der Rechtskrafterstreckungsnormen belanglos. Entsprechendes gilt für die §§ 66 und 72 ZPO. Das rechtliche Interesse, das § 66 ZPO als Voraussetzung der Nebenintervention fordert, ist in der Mehrzahl der Fälle materiellrechtlich begründet. § 72 ZPO nennt materiellrechtliche Rechtsbeziehungen als Voraussetzungen der Streitverkündung. Wenn gleichwohl die §§ 76 und 72 ZPO einhellig als prozeßrechtliche Vorschriften bezeichnet werden, so leitet man dies aus ihren Rechtsfolgen ab.

Allerdings enthalten die genannten Vorschriften neben den materiellrechtlichen auch prozessuale Tatbestandsmerkmale. So werden die materiellrechtlichen Regreßbeziehungen, die § 72 ZPO anführt, prozessual erst erheblich, wenn dem Dritten der Streit verkündet ist. Das materielle Interesse des Nebenintervenienten wird im Prozeß erst interessant, wenn der Intervenient dem Rechtsstreit beitrifft. Die materiellen Tatbestände der §§ 325 bis 327

¹¹⁾ Vgl. Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß (1961), S. 160 ff.

ZPO gewinnen erst prozessuale Bedeutung, wenn sie während eines Prozesses oder nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erfüllt werden. Daß diese Normen neben den materiellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen auch prozessuale enthalten, ist jedoch für ihre Zuordnung zum Prozeßrecht nicht entscheidend. Auch Vorschriften, die einen ausschließlich materiellrechtlichen Tatbestand haben, gehören zum Prozeßrecht, sofern nur ihre Wirkung für den Prozeß positiv oder negativ relevant ist. Freilich finden wir solche Vorschriften nur selten, weil der Gesetzgeber in prozeßrechtlichen Normen in der Regel nur Tatbestände anführt, die prozeßrechtlich erheblich sind, die also irgend eine Beziehung zu einem Prozeß haben. Diese Beziehung ist dann im Tatbestand der Norm umschrieben. Welche Vorgänge prozeßrechtlich unerheblich sind, sagt das Gesetz dagegen nur selten ausdrücklich. Wenn es in § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO heißt, die Veräußerung habe auf den Prozeß keinen Einfluß, so erscheint uns diese Formulierung ungewohnt, weil das Gesetz in anderen Fällen darüber schweigt, welche materiellrechtlichen Vorgänge prozessual unerheblich sind. Was prozessual ohne Bedeutung ist, pflegen wir im Umkehrschluß aus denjenigen Vorschriften abzuleiten, die positiv von der prozessualen Relevanz bestimmter Vorgänge handeln.

Niemand wird aber bestreiten, daß § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO eine prozeßrechtliche Vorschrift ist. Ähnliche Normen ließen sich in beliebiger Zahl bilden. So ist es ein prozeßrechtlicher Rechtssatz, daß ein außergerichtlicher Vergleich für den Prozeß belanglos bleibt, solange er nicht Prozeßstoff geworden und die Parteien die Hauptsache für erledigt erklärt oder um die Protokollierung des Vergleichs gebeten haben. Daß der Abschluß eines Kaufvertrages, eine unerlaubte Handlung oder die Kündigung eines Vertrages für sich betrachtet prozessual unerheblich sind, beruht auf prozessualen Rechtssätzen. Diese Rechtssätze sind in der Prozeßordnung nur deshalb nicht niedergelegt, weil sie sich von selbst verstehen.

5. Die Wirkungen der Normen; Lasten und Pflichten

Ist sonach der Tatbestand einer Rechtsnorm nicht geeignet, ihre Zuordnung zum materiellen Recht oder zum Prozeßrecht zu bestimmen, so liegt es nahe, auf die Rechtsfolgen abzuheben. Eine Norm wäre also dem Prozeßrecht zuzuordnen, wenn ihre Rechtsfolge eine Beziehung zu einem Verfahren vermittelt, in dem Aufgaben der Rechtspflege wahrgenommen werden und das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist. Bei dieser Abgrenzung würde das Prozeßrecht die Frage beantworten, ob und inwieweit ein Vorgang unmittelbare Rechtsfolgen für das Verfahren auslöst und geeignet ist, damit den Fortgang des Verfahrens zu fördern und es dem Verfahrensziel näher zu bringen. Diese Abgrenzung geht davon aus, daß unser Prozeßrecht etwas aussagt über die Relevanz von Vorgängen für das Verfahren und den erheblichen Vorgängen Beachtung und Wirkungen für den Prozeß verschafft.

Um festzustellen, ob diese Abgrenzung brauchbar ist, müssen wir uns gegenwärtigen, welchen Begriff des materiellen Rechts sie voraussetzt. Die

negative Aussage, materielles Recht sei alles Recht, das nicht Prozeßrecht ist, genügt dafür natürlich nicht. Für eine positive Definition bieten sich zwei Möglichkeiten an. Man kann entweder auf die rechtliche Struktur der materiellrechtlichen Wirkungen abheben oder aber auf den Lebensbereich, in dem sich die Wirkungen entfalten.

Der erste Weg wird beschritten, wenn man das materielle Zivilrecht dadurch kennzeichnet, daß es Verpflichtungen und Berechtigungen begründet. Die Berechtigungen ergeben sich aus freiwilligen Dispositionen der Privatrechtssubjekte (Rechtsgeschäften) oder aus rechts- oder pflichtwidrigem Verhalten (unerlaubten Handlungen, Vertragsverletzungen). Die Verpflichtungen gründen sich entweder auf absolute subjektive Rechte anderer, die jedermann zu respektieren hat, oder auf rechtsgeschäftliches oder rechts- bzw. pflichtwidriges Verhalten. Kurz gesagt: Das materielle Zivilrecht „regelt das menschliche Zusammenleben durch Gebote (einschließlich der Verbote) und Gewähungen“¹²⁾. Diese Definition ist zwar insoweit unvollständig, als sie den Unrechtssatz mit einschließt. Sie gibt kein Kriterium, welches das Unrecht in Rechtssatzform vom Recht unterscheiden ließe. Aber für unsere Zwecke kann diese Unvollständigkeit hingenommen werden. Denn wir suchen ja nur die Unterscheidungsmerkmale zum Prozeßrecht. Der Rechtscharakter unterscheidet aber das materielle Recht vom Prozeßrecht gerade nicht. Die Aufgabe, das Recht vom Unrecht zu sondern, ist für das Prozeßrecht in gleicher Weise gestellt wie für das materielle Recht und kann deshalb beide nicht trennen.

Die angeführte Definition des Zivilrechts wird freilich im Lehrbuch von Enneccerus-Nipperdey nicht auf das materielle Recht beschränkt. Sie gibt sich als Definition des Zivilrechts schlechthin. Jedoch wird sie lediglich an materiellrechtlichen Beispielen entwickelt und ausgelegt, und sie kennzeichnet jedenfalls typische Strukturen des materiellen Rechts. Gebote sind Normen, die eine Person zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Dieses Verhalten kann ein Tun oder Unterlassen sein. Das Gebot, etwas zu unterlassen, ist das Verbot, etwas zu tun. Die Gewähungen geben einer Person eine Rechtsmacht. Sie sind mehr als nur Reflexe von Geboten, weil sie dem Begünstigten die Befugnis verleihen, den Schutz seiner Interessen selbst zu verfolgen und bestimmte Sachbereiche nach eigenem Willen zu gestalten. Subjektive Rechte und Pflichten sind also die typischen Strukturformen des objektiven Zivilrechts im Sinne der angeführten Definition. Sieht man das objektive Recht nicht nur in seinem Gebotscharakter, sondern auch als Bewertungsmaßstab, so gewinnt man die materiellrechtlichen Bewertungskategorien: Das materielle Zivilrecht beurteilt menschliches Verhalten im Hinblick auf die subjektiven Rechte anderer und die im Interesse anderer Privatrechtssubjekte aufgerichteten Grenzen menschlicher Freiheit. Das Ergebnis dieser Bewertung findet Ausdruck in den Kategorien „rechtmäßig—rechtswidrig“, „erlaubt—verboten“, „pflichtgemäß—pflichtwidrig“.

¹²⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil¹⁵, 1. Halbband, § 30 I S. 196.

Die Abgrenzungskraft einer Definition, die das materielle Recht als Inbegriff von Gewährungen und Geboten umschreibt, bewährt sich jedoch nur, wenn das Prozeßrecht keine subjektiven Rechte, Gebote und Pflichten kennt. Diese Auffassung ist der Prozeßrechtswissenschaft nicht fremd. Goldschmidts¹³⁾ Kampf gegen die Deutung des Prozesses als Rechtsverhältnis ist ein beredtes Zeugnis der Bemühungen, alle subjektiven Rechte und Pflichten als dem Prozeßrecht wesensfremd aus diesem zu verweisen¹⁴⁾. Der Auffassung des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses entsprach es, den Parteien subjektive Rechte zuzusprechen und ihnen prozessuale Pflichten aufzuerlegen. Das subjektive Recht auf ein günstiges Urteil war als Rechtsschutzanspruch der Zentralbegriff des Prozeßrechtssystems. Da es auch von materiellrechtlichen Bedingungen abhängig war, stellte es aber auch die Verknüpfung des Prozeßrechts mit dem materiellen Recht her¹⁵⁾. Mit dem Versuch, Prozeßrecht und materielles Recht nach der Struktur der Rechtsfolgen voneinander zu trennen, mußte deshalb der Rechtsschutzanspruch als prozeßrechtlicher Begriff fallen. Goldschmidt¹⁶⁾ verweist ihn konsequent aus dem Zivilprozeßrecht in den Bereich des „materiellen Ziviljustizrechts“. Darunter versteht Goldschmidt¹⁷⁾ „das bürgerliche Recht selbst, umgedacht als Inbegriff von Rechtsregeln für das Verhältnis der Individuen zum rechtsschutzpflichtigen Staat; das subjektive Recht des materiellen Ziviljustizrechts, der Rechtsschutzanspruch, ist in der Hauptsache trotz aller seiner Unabhängigkeit von ihm das subjektive Privatrecht in seiner Richtung gegen den rechtsschutzpflichtigen Staat“; oder: „materielles Ziviljustizrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche an eine bestimmte Privatrechtslage als Tatbestand die staatliche Verpflichtung zu einem entsprechenden, in die Privatrechtslage eingreifenden Rechtsschutzakt knüpfen“¹⁸⁾. Das materielle Justizrecht wird danach zwar als „bürgerliches Recht“ bezeichnet, ist aber in Wahrheit materielles öffentliches Recht¹⁹⁾, das in seinem Inhalt vom bürgerlichen Recht mitbestimmt wird. Denn es begründet Rechte und Pflichten im Verhältnis des rechtsschutzsuchenden Bürgers zum rechtsschutzpflichtigen Staat.

Wenn auch die Kategorie des materiellen Justizrechts wenig Anerkennung gefunden hat, so besteht doch heute weitgehend Einigkeit, daß ein

¹³⁾ Der Prozeß als Rechtslage, S. 1 ff.; gegen Prozeßpflichten auch Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950), S. 63 f. und Sax ZJP 67, 53.

¹⁴⁾ Dagegen vor allem Fritz von Hippel, Wahrheitspflicht, S. 319 ff., ZJP 65, 424 ff.; Lent ZJP 67, 344 ff.; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 30 VII 2 S. 144 ff.; Dölle, Pflicht zur redlichen Prozeßführung? in: Festschrift für Riese (1964), S. 289 ff.; Rosenberg, Lehrbuch⁹, § 2 II 3 b S. 9 f.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁰ Einl. E II S. 21; Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei (1967), S. 32 ff.

¹⁵⁾ Vgl. Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand, S. 25 ff., Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (1966), S. 13 f.

¹⁶⁾ Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Festschrift für Heinrich Brunner (1914), S. 109 ff., Zivilprozeßrecht² § 1 I b a S. 1 f., § 12 S. 53 ff.

¹⁷⁾ Zwei Beiträge, S. 120.

¹⁸⁾ Goldschmidt, Zwei Beiträge, S. 126 f.

¹⁹⁾ Goldschmidt (Zwei Beiträge, S. 133) nennt es „modernes Staatsrecht“.

Rechtsschutzanspruch oder Justizgewährungsanspruch nur dem materiellen öffentlichen Recht zugehören könne²⁰⁾. Goldschmidts Lehre hat sich also wenigstens insoweit durchgesetzt, als die Pflicht des Staates, durch seine Gerichte Rechtsschutz zu gewähren, und der entsprechende Anspruch des Bürgers auf Rechtsschutz nicht prozessual, sondern materiellrechtlich verstanden werden. Anders aber steht es mit den Pflichten, die den Parteien im Prozeß auferlegt sind. Sie werden heute vielfach als prozessuale Pflichten bezeichnet²¹⁾. Das mag nicht zuletzt daher rühren, daß unsere Prozeßordnung ausdrücklich Parteipflichten begründet und deshalb eine Prozeßrechtstheorie unvollkommen erscheint, die der Wahrheitspflicht des § 138 ZPO oder der meist aus § 242 BGB hergeleiteten Pflicht zu anständiger Prozeßführung²²⁾ innerhalb des Prozeßrechts keinen Raum geben wollte. Dennoch scheint die Einordnung dieser Pflichten in das Prozeßrecht nicht recht zu gelingen. Rosenberg²³⁾ stellt sie als Ausnahmen dar, ohne jedoch zu erklären, warum der Gesetzgeber zu diesen Ausnahmen greifen mußte. A. Blomeyer²⁴⁾ geht von dem historischen Befund aus, daß ältere Prozeßordnungen in weitem Umfang Parteipflichten kannten. Unser Prozeßrecht aber, das sich das Interesse der Parteien am günstigen Ausgang des Prozesses zunutze mache, könne sich weitgehend mit Handlungslasten begnügen. Wo dagegen die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten fordere, das andere Verhalten mißbillige und Sanktionen an die zu vertretende Verletzung knüpfe, bestünden Handlungspflichten²⁵⁾. Auch hier wird nicht gesagt, warum das Prozeßrecht, dem diese Pflichten zugeordnet werden, in bestimmten Fällen ein bestimmtes Verhalten fordert, in anderen aber nicht. Daß ein pflichtwidriges Verhalten mißbilligt und mit Sanktionen belegt wird, trifft nicht nur für die von Blomeyer genannten Prozeßpflichten zu. Der Gesetzgeber mißbilligt gewiß auch die Säumnis, jedenfalls wenn sie auf Nachlässigkeit beruht, und knüpft an sie die Sanktion des Versäumnisurteils. Er bringt nur seine Mißbilligung nicht direkt zum Ausdruck, weil er durch die Eigenart der Sanktion alle etwaigen Nachteile, die der Gegner oder das Gericht durch die Versäumung des Termins erleiden könnten, eli-

²⁰⁾ A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 1 III S. 4 ff.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁰ Einl. E I S. 16 ff. mit weiteren Nachweisen.

²¹⁾ A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 11, 2 a S. 62, § 30 VII S. 142 ff.; Rosenberg, Lehrbuch⁹, § 2 II 3 b S. 10; Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁰ Einl. E II 1 S. 21.

²²⁾ Dölle, Pflicht zur redlichen Prozeßführung? in: Festschrift für Riese (1964), S. 289 ff.; Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei (1967), S. 32 ff.

²³⁾ Lehrbuch⁹, § 2 II 3 b S. 9: „Den Parteien liegen grundsätzlich keine Handlungspflichten ob... Aber es gibt auch Pflichten zum Handeln, wenn das Handeln nicht im Belieben der Parteien steht, sondern wenn das Gesetz abstrakt und das Gericht im konkreten Falle von den Parteien ein bestimmtes Verhalten verlangt“. Warum aber die Parteien ausnahmsweise nicht nach Belieben handeln können und Pflichten unterliegen, bleibt offen.

²⁴⁾ Zivilprozeßrecht, § 30 VII S. 142 ff.

²⁵⁾ A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 145 im Anschluß an Lent, Lasten und Pflichten im Zivilprozeß, ZJP 67, 344 (351).

miniert²⁶⁾. Deshalb braucht er auch nicht zu differenzieren zwischen den Fällen, in denen die säumige Partei das Versäumnisurteil will und deshalb nicht erscheint, und den anderen, in denen sie aus Nachlässigkeit nicht kommt und dafür einen Vorwurf verdiente. Der Vorwurf kann unausgesprochen bleiben, wenn durch die Sanktion alle Nachteile auf die säumige Partei gehäuft werden. Durch die Eigenart der Sanktion wird das Fehlverhalten ausschließlich zum Handeln wider eigene Interessen und bedarf deshalb der ausdrücklichen Mißbilligung nicht mehr, sofern die Partei über ihre Interessen disponieren kann.

Die hergebrachte Abgrenzung zwischen prozessualen Lasten und Pflichten ist durch die Eigenart der Sanktionen begründet. Dabei ist nicht entscheidend, ob das gewünschte Verhalten erzwingbar ist²⁷⁾. Das vom Gericht angeordnete persönliche Erscheinen der Parteien (§ 141 ZPO) kann ebenso wenig erzwungen werden wie die wahre und vollständige Darstellung des Sachverhalts (§ 138 Abs. 1 ZPO). Dennoch ist die Partei in beiden Fällen mit echten Pflichten belegt. Ausschlaggebend für diese Charakterisierung ist vielmehr, daß der Zweck der Normen nicht allein damit erreicht wird, daß der Gesetzgeber die Folgen des Fehlverhaltens unmittelbar gegen den Ungehorsamen kehrt, ihm ein nachteiliges Prozeßergebnis aufbürdet und damit den Verstoß allein als Handeln wider eigenes Interesse wirken läßt. Zwar würde es für den Prozeßablauf selbst durchaus genügen, wenn das Gesetz nur eine Wahrheitslast vorsähe. Denn wenn das Gericht erkennt, daß eine Partei gelogen hat, verwertet es ihre Aussage ohnehin nicht.

Die Lüge geht also zu Lasten der lügenden Partei. Für diese Folge bedürfte es nicht einmal des § 138 Abs. 1 ZPO, weil das Gericht den erlogenen Vortrag schon deshalb nicht verwertet, weil es von der Unwahrheit überzeugt ist²⁸⁾. Erkennt es aber den Wahrheitsverstoß nicht, wie es meist der Fall sein wird, wenn der Gegner die erlogene Behauptung nicht bestreitet und deshalb kein Beweis erhoben werden kann, so bleibt die Prozeßlüge

²⁶⁾ Unter Einbeziehung der Rechtsfolgen ist es deshalb richtig, wenn *Lent* (ZZP 67, 351) sagt, ein mit einer Last sanktioniertes Verhalten bedürfe keiner Mißbilligung, es sei in das Belieben der Partei gestellt. Denn es steht ihr in der Tat frei, ob sie die Last auf sich nehmen will oder nicht. Aber der Mißbilligung bedarf es nur deshalb nicht, weil die Last besteht. So steht nicht das Verhalten abstrakt im Belieben der Partei, sondern ob sie mit ihrem Verhalten die Last auf sich ziehen will. Fragt man, warum der Gesetzgeber zur Sanktion der Last greift, so läßt sich also in vielen Fällen sagen, daß er die Folgen eines Fehlverhaltens gegen die Partei kehrt, weil er das Verhalten mißbilligt.

²⁷⁾ *Lent* ZZP 67, 348 ff.

²⁸⁾ *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VII 1 c S. 144. Auch wenn man annehmen wollte, ein Verstoß des Klägers gegen die Wahrheitspflicht schließe die Verwertung der unwahren Behauptung bei Säumnis des Beklagten aus (so *RGZ* 72, 113 [115]; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle* ¹⁸ § 331 Anm. II 2; anders *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 54 III 3 S. 264 und *Rosenberg*, Lehrbuch⁹, § 106 V 1 a S. 515), bedarf es dafür keiner Pflicht zur Wahrheit. Es genüge, eine prozessuale Wahrheitslast anzunehmen. Denn die Sanktion wäre dieselbe wie bei der unschlüssigen Klage. Niemand aber nimmt an, daß eine Pflicht bestehe, eine Klage als schlüssige zu erheben.

im Prozeß selbst ohne jede Sanktion. Für diese Fälle bedarf es einer Rechtsfolge, die über den Prozeß, in dem die Partei die Wahrheitspflicht verletzt hat, hinausgreift. Eine prozessuale Last allein reicht nicht mehr aus, weil die Nachteile des Prozesses die unwahrhaftige Partei nicht mehr treffen können, sobald das Gericht entschieden hat, ohne den Wahrheitsverstoß aufzudecken. Der Gesetzgeber mußte also zu dem Mittel einer prozessualen Pflicht greifen, gerade um die unerkannte und damit meist erfolgreiche Prozeßlüge zu ahnden. Die Verletzung der Wahrheitspflicht führt zur Bestrafung wegen Prozeßbetrugs, zur Schadensersatzpflicht und zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 Nr. 4 ZPO. Für diese über den entschiedenen Prozeß hinausgreifenden Folgen bedurfte es der Statuierung einer Pflicht.

Der eigentliche Grund für die prozessuale Pflicht besteht also nicht darin, daß der Gegner eines besonderen Schutzes bedarf. Denn der Gegner wird auch durch die prozessualen Lasten äußerst wirksam geschützt, weil sie jeden Nachteil eines Fehlverhaltens von vornherein von ihm fernhalten können. Die Pflicht deutet auch nicht auf ein besonderes öffentliches Interesse an einem bestimmten Verhalten. Ein solches Interesse kann gerade dadurch wirksam geschützt werden, daß man der Partei, die wider das öffentliche Interesse handelt, Lasten auferlegt²⁹⁾. Der Pflicht bedarf es vielmehr allein deshalb, weil es prozessuales Fehlverhalten gibt, das mit prozessualen Lasten nicht oder nicht hinreichend sanktioniert werden kann. Daß dies selten der Fall ist, hängt mit der Eigenart des Prozeßrechts zusammen, das, weil es alle Schritte eines Verfahrens regelt, nahezu jeden im Prozeß erkannten falschen Schritt mit prozessualen Nachteilen belegen kann.

Ist das persönliche Erscheinen der Partei angeordnet und bleibt sie im Termin aus, ohne einen Vertreter zu entsenden, der zur Aufklärung des Sachverhalts in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen ermächtigt ist, so wird sie bestraft (§§ 141 Abs. 3, 380 ZPO). Diese Strafe, mit der eine Unterlassung geahndet wird, sanktioniert eine Pflichtverletzung. Der Strafsanktion bedarf es hier, ähnlich wie bei der Verletzung der Wahrheitspflicht, weil eine prozessuale Last nicht ausreichen würde, um den Zweck der Norm zu erfüllen. Ein Versäumnisurteil kommt in den Fällen des § 141 ZPO nicht in Betracht. Denn die Vorschrift soll bewirken, daß die Partei neben ihrem Prozeßbevollmächtigten im Termin erscheint. Bleibt auch dieser aus, so wird die Klage durch Versäumnisurteil abgewiesen, und das persönliche Erscheinen der Partei wird überflüssig, weil der Prozeß — jedenfalls zunächst einmal — beendet ist. Ist der Prozeßbevollmächtigte erschienen, aber nicht hinreichend informiert und ermächtigt, so genügt es dem Zweck des § 141 ZPO nicht, das Nichterscheinen der persönlich geladenen Partei zu ihrem Nachteil zu würdigen. Das ist zwar im Rahmen des § 286 ZPO möglich, aber nach Ansicht des Gesetzgebers keine ausreichende Sanktion; sonst hätte er nicht die Strafe vorgesehen. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber mit § 141 ZPO mehr beabsichtigte, als nur der Partei Gelegenheit

²⁹⁾ *Lent* ZZP 67, 346.

zu geben, sich selbst zu äußern. Er sanktioniert in § 141 ZPO den Verstoß gegen Interessen, die mit denen der geladenen Partei in Widerstreit treten können. Das mit § 141 ZPO geschützte Interesse besteht in der Aufklärung des Sachverhalts. Insofern enthält § 141 ZPO einen Ausgleich gegen Überspitzungen der Verhandlungsmaxime. Er steht deshalb in unmittelbarem Zusammenhang mit § 139 ZPO³⁰⁾. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens dient dem Zweck, der Partei Fragen zu stellen und sie zu Erklärungen aufzufordern, die sie möglicherweise vollständiger abgeben kann als ihr Prozeßbevollmächtigter und die sie von sich aus nicht abgegeben hat. Die Vorschrift will also gerade verhindern, daß ein unklarer oder unvollständiger Vortrag zu Lasten der Partei geht. Die Partei wird bestraft, weil sie ihrem wohlverstandenen eigenen Interesse zuwider nicht erscheint. Daß ihr subjektives Interesse in andere Richtung gehen kann, bleibt unberücksichtigt. Das ist zwar eine problematische Art der Bevormundung, aber sie ist geltendes Recht. Das persönliche Erscheinen kann auch angeordnet werden, um Vergleichsverhandlungen anzuregen. Das Interesse an einer friedlichen Regelung, das durch die Pflicht des Richters zum Sühneveruch unterstrichen wird, kann zwar mit dem wahren Interesse der Partei konform gehen, kann ihm aber auch widersprechen. Das Gericht, das die Partei persönlich lädt, will sie anregen, in einem Vergleich ihre Chance zu suchen. Schließlich kann die Anordnung des persönlichen Erscheinens auch der Prozeßbeschleunigung dienen und damit in erster Linie Interessen des Gegners, aber auch öffentliche Interessen wahren. Ist der Prozeßbevollmächtigte nicht hinreichend informiert und muß befürchtet werden, daß er auch im nächsten Termin die Antwort auf Fragen schuldig bleibt, so wird die Ladung der Partei oft zur schnelleren Aufklärung beitragen. Als sachgerechter Versuch der Beschleunigung ist sie dem Ausschluß von Vorbringen des Prozeßbevollmächtigten (§ 279 ZPO) vorzuziehen, wenn sie Erfolg verspricht. Bleibt die geladene Partei aus, so wird sie bestraft, weil sie die angestrebte Beschleunigung vereitelt. Tritt eine Verzögerung des Prozesses nicht ein, weil das Gericht jetzt dem Prozeßbevollmächtigten keine Gelegenheit mehr zu nachträglichen Erklärungen gibt, so läuft das Ausbleiben der Partei ihrem eigenen Interesse zuwider. Sie wird bestraft, weil sie das Gericht gehindert hat, auch in ihrem Interesse den Sachverhalt aufzuklären, und sie wird durch die Strafdrohung zum Handeln im eigenen Interesse angehalten.

An diesem Beispiel wird deutlich, daß die Prozeßpflichten in verstärktem Umfang eingesetzt werden müssen, wenn die Partei über ihre Interessen nicht disponieren kann oder soll. In Verfahren, in denen die Verhandlungsmaxime eingeschränkt oder durch die Amtsuntersuchung verdrängt ist, bleibt für prozessuale Lasten wenig Raum³¹⁾. Da es im Ehescheidungsprozeß kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten gibt und verspätetes Vorbringen nur in geringem Umfang ausgeschlossen werden kann — § 626 ZPO ist auf ehefreundliche Tatsachen nicht anwendbar — wird von der Anordnung des persönlichen Erscheinens hier in stärkerem Umfang Gebrauch gemacht als im

³⁰⁾ Dazu unten S. 144 ff.

³¹⁾ Lent ZJP 67, 347.

normalen Verfahren. Sie ist gegenüber dem Beklagten praktisch das einzige Mittel der Prozeßbeschleunigung. Der Gesetzgeber war allerdings hinsichtlich der Pflichten im Verfahren nach dem Untersuchungsgrundsatz erstaunlich zurückhaltend. Da prozessuale Lasten als Beschleunigungsmittel hier ausscheiden, sollte er in stärkerem Umfang Pflichten begründen und mit Strafen oder wenigstens Kostenfolgen sanktionieren. § 47 GKG ist eine noch recht schwache Waffe. Auch an Schadensersatzpflichten wäre de lege ferenda zu denken.

Die Bevorzugung der prozessualen Lasten gegenüber der prozessualen Pflicht beruht also nicht auf der Intensität, mit der der Gesetzgeber ein bestimmtes Ziel erreichen will, sondern allein auf der Überlegung, mit welchem Mittel das angestrebte Ziel am besten zu erreichen ist. Da das Prozeßrecht den Verfahrensablauf regelt, kann es in starkem Maße die Folgen eines prozessualen Fehlverhaltens auf die fehlsam handelnde Partei lenken. Nur wo das nicht möglich ist, weil der Gesetzgeber das Fehlverhalten nicht mit einem nachteiligen Prozeßverlauf ahnden kann und will, weil die Partei über ihre Interessen nicht disponieren kann oder die prozessuale Last zur Wahrung der Interessen des Gegners oder öffentlicher Interessen am Prozeßverlauf nicht ausreicht, statuiert das Gesetz eine Pflicht, die in der Regel mit Strafsanktionen oder auch mit Schadensersatzpflichten belegt ist.

Die auf den Prozeßverlauf bezogene Pflicht ist also kein Fremdkörper im Prozeßrecht, sondern ein notwendiges Gestaltungsmittel, das neben der prozessualen Last seine Berechtigung hat, wenn der Normzweck mit der Anordnung einer prozessualen Last nicht erreicht werden kann³²⁾. Ein Prozeßrechtsbegriff, der die prozessuale Pflicht nicht in sich aufnehmen kann, ist deshalb unvollständig.

Die Verletzung prozessualer Pflichten ist aber, wie wir gesehen haben, vorwiegend mit materiellrechtlichen Sanktionen wie Schadensersatzpflichten oder Strafen belegt. Deshalb ist die Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht nach der Art der Sanktion oder der Art der Rechtsfolge nicht möglich.

Das wird auch durch die Überlegung bestätigt, daß es Anforderungen des Rechts gibt, deren Nichterfüllung sanktionslos bleibt. Derartige Normen wären nicht einzuordnen, wenn man auf die Art der Sanktion abheben wollte. Das gilt vor allem für diejenigen Bestimmungen, die sich an das Gericht wenden. Befolgt das Gericht sie nicht und ist das Urteil mit Rechtsmitteln nicht anfechtbar, so bleibt der Verstoß ohne rechtliche Folge. Dennoch ist das Gericht verpflichtet, sich an das Prozeßrecht zu halten. Die rechtliche Aussage über ein prozeßrechtswidriges Verfahren erschöpft sich auch nicht in der Feststellung, das Gericht habe fehlerhaft gehandelt oder eine unzulässige Handlung vorgenommen. Denn diese Aussage ist durch das prozessuale Geschehen überholt. Der Fehler ist prozessual bedeutungslos geworden, weil das Urteil unangreifbar ist; die unzulässige Handlung stellt

³²⁾ Lent ZJP 67, 353: „Wenn sie nur im Rahmen des Zivilprozesses praktisch werden, so sind es eben prozessuale Pflichten“.

die Wirksamkeit des Urteils nicht in Frage. Was aber bleibt, ist eine Pflichtverletzung des Gerichts, die auch dann ihren rechtlichen Sinn behält, wenn sie keine Rechtsfolge mehr auslöst.

So werfen unsere Überlegungen auch ein neues Licht auf den Justizgewährungsanspruch. Die Tatsache, daß er den Staat verpflichtet, durch seine Gerichte Rechtsschutz zu gewähren, gestattet es nicht, ihn aus dem Prozeßrecht auszuschneiden; denn Pflichten sind dem Prozeßrecht nicht fremd. Deshalb kann auch ein Anspruch gegen den Staat auf Justizgewährung Bestandteil des Prozeßrechts sein. Die Lehre Goldschmidts, die den Rechtsschutzanspruch wegen seines materiellrechtlichen Charakters aus dem Prozeß verwies, beruht auf der falschen Voraussetzung, daß es im Prozeß keine Pflichten gäbe. Sie verkürzt auch das Prozeßrecht um ein wesentliches Element. Wenn der Richter durch das Prozeßrecht verpflichtet ist, die ordnungsgemäß erhobene Klage zustellen zu lassen, Termin zu bestimmen, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren und nach Maßgabe des Rechts zu entscheiden, so kann ein all dies zusammenfassender Anspruch, der das Wesen des Prozesses und die Stellung des Rechtsuchenden im Prozeß erschließen soll, nicht aus dem Prozeßrecht verwiesen werden.

Daß die Eigenart der Sanktion und die Struktur der Rechtswirkung nicht geeignet sind, das Prozeßrecht vom materiellen Recht abzugrenzen, zeigt schließlich auch noch ein Blick auf das materielle Recht. Die oben angeführte Definition, die das materielle Recht als Inbegriff von Geboten und Gewährungen für das menschliche Zusammenleben beschreibt, übergeht nämlich die Tatsache, daß es auch im materiellen Recht Lasten gibt. Sie sind auch hier Rechtsfolgen, die an ein fehlsames Verhalten unmittelbare Nachteile für die falsch handelnde Person knüpfen. Wir nennen sie im materiellen Recht Obliegenheiten, ohne daß der Abweichung im Ausdruck ein Unterschied in der Sache zu Grunde läge. Daß uns die Obliegenheiten im materiellen Recht seltener begegnen als die Lasten im Prozeßrecht, liegt nicht daran, daß sich mit der Obliegenheit in das materielle Recht ein Fremdkörper eingeschlichen hätte, der dort als Ausnahme fortlebt, sondern allein daran, daß der Gesetzgeber im materiellen Recht weniger Gelegenheiten hat, ein Fehlverhalten in eine Schädigung eigener Interessen umzulenken. Denn er reglementiert im materiellen Recht nicht wie im Prozeßrecht ganze Lebensabläufe, sondern interessiert sich nur für die Erfolge, die in die Rechtssphäre anderer Rechtsträger eingreifen. Die Existenz der materiellen Last schließt also aus, das Prozeßrecht und das materielle Recht nach der Eigenart ihrer unmittelbaren Rechtsfolgen abzugrenzen, es sei denn, man sähe den Unterschied in den prozessualen Auswirkungen der prozessualen Last und den materiellrechtlichen Auswirkungen der materiellrechtlichen Last. Dann aber lautete die Abgrenzung, daß zum Prozeßrecht alle Normen gehören, die prozessuale Rechtsfolgen haben, zum materiellen Recht aber alle Normen mit materiellrechtlichen Sanktionen. Mit einer solchen Abgrenzung wäre aber nichts gewonnen, weil ihre Kriterien die Abgrenzungsfrage nicht beantworten, sondern nur stellen.

6. Urteilsinhalt und Urteilsvoraussetzungen

Ist also die Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht weder durch die Eigenart des Tatbestands noch durch die Struktur der unmittelbaren Rechtsfolgen zu gewinnen, so bleibt nur eine Unterscheidung nach den Sach- und Lebensbereichen, auf welche die Norm einwirkt. In diese Richtung führt der Abgrenzungsversuch Neuners³³⁾, der, vom Urteil als dem inneren Prozeßziel ausgehend, die Normen danach unterscheidet, ob sie den Inhalt des Urteils regeln oder seine Voraussetzungen³⁴⁾. Das Prozeßrecht ordnet danach den Lebensbereich Prozeß, indem es sagt, wie das Urteil zustande kommt, das materielle Recht dagegen regelt den außerprozessualen Sachbereich, auf den das Urteil einwirkt. Jedoch leidet diese Unterscheidung daran, daß sie vom Urteil als einem prozessualen Tatbestand ausgeht und deshalb das materielle Recht nur unter dem Gesichtspunkt des Urteils sieht. Damit verkürzt Neuner die Bedeutung des materiellen Rechts. Denn dieses ist nicht nur Kriterium des Urteilsinhalts, es regelt vielmehr Rechtsverhältnisse auch außerhalb des Prozesses. Es wirkt nicht nur durch den Prozeß und das Urteil³⁵⁾. Außerdem kann auch das Prozeßrecht den Urteilsinhalt bestimmen. Das gilt nicht nur für das Prozeßurteil³⁶⁾, sondern auch für das Anerkenntnisurteil, wenn man das Anerkenntnis als Prozeßhandlung auffaßt, was auch Neuner³⁷⁾ tut; es gilt ferner für die Regeln über die Feststellung des Sachverhalts, also das Beweisrecht einschließlich der Beweiswürdigung, und für die Normen über das Versäumnisurteil und die Zurückweisung verspäteten Vorbringens.

Die Abgrenzung der Lebensbereiche, in welche die Rechtsfolgen des Prozeßrechts und des materiellen Rechts einwirken, darf deshalb nicht vom Urteil, seinem Inhalt und seinen Voraussetzungen ausgehen.

7. Die geregelten Lebensbereiche

Da das Recht menschliches Verhalten regelt, indem es Rechte gewährt, Pflichten und Lasten auferlegt, ist zu fragen, ob die Erfüllung der Pflichten, die Abwendung der Lasten und die Verwirklichung der Rechte auf das Prozeßgeschehen Einfluß hat oder auf den Lebensbereich, in dem sich die Privatrechtssubjekte unmittelbar begegnen ohne Vermittlung eines zur Entscheidung oder zu einem anderen Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans. Entscheidend ist dann nicht mehr, ob der Zweck der Rechtsnorm mit materiellrechtlichen oder prozessualen Sanktionen erreicht wird, sondern nur, ob eine eventuelle Sanktion auf das Verhalten im Prozeß Einfluß nehmen will. Nicht was die Sanktion unmittelbar bewirkt, Strafe oder Schadens-

³³⁾ Privatrecht und Prozeßrecht (1925).

³⁴⁾ Neuner, a. a. O., S. 6 f.

³⁵⁾ Für seine These, daß die materiellen Rechte nicht unabhängig von ihrer Verwirklichung — gemeint ist nach dem Zusammenhang die prozessuale Verwirklichung — gedacht werden könnten, gibt Neuner keine Begründung, a. a. O., S. 12.

³⁶⁾ Dazu Neuner, a. a. O., S. 7.

³⁷⁾ A. a. O., S. 134 ff.

ersatz, bestimmt die Zuordnung, sondern der Erfolg, der bei Erfüllung der Pflicht oder bei Wahrung des Rechtes eintritt.

Diese Sicht wurde durch die Überbewertung der prozessualen Last in der Prozeßrechtstheorie weitgehend verstellt. Denn die Eigenart der Last besteht gerade darin, daß der Nachteil, der hier als Sanktion eingesetzt wird, in demselben Lebensbereich eintritt, auf den sich das Fehlverhalten bezieht. Die Last muß, um erfolgreich angesetzt zu werden, dem Fehlverhalten adäquat sein. Deshalb wirken sich die Lasten, die an ein prozessuales Verhalten anknüpfen, unmittelbar auf die Prozeßlage aus. Lasten, die an ein Verhalten im vermögensrechtlichen Bereich anknüpfen, bringen Vermögensnachteile. Diese Verknüpfung des Normzwecks mit der Rechtsfolge führte zu der Annahme, daß die Art der Sanktion für die Zuordnung der Norm ausschlaggebend sein müßte. In Wahrheit ist sie das aber nur bei der Last, weil hier die Sanktion in demselben Lebensbereich eintritt, auf den der Normzweck abzielt. Deshalb ist es für die Einordnung der Lasten in gleicher Weise wie für die der Rechte und Pflichten nicht nur möglich, sondern auch geboten, darauf abzuheben, welcher Art das Verhalten ist, auf das der Gesetzgeber mit der Sanktion reagiert. Ist die Last echte Sanktion, so knüpft sie an ein Fehlverhalten. Das ist ein Verhalten, das der Gesetzgeber nicht will. Weist er den Richter an, verspätetes Vorbringen auszuschließen, die Klage der säumigen Partei abzuweisen oder die den schlüssigen Klagevortrag nicht bestreitende Partei zu verurteilen, so bringt er damit zum Ausdruck, daß eine Partei, die streiten will, nicht säumig sein soll, alle Tatsachen vorzubringen hat, die zur Schlüssigkeit der Klage notwendig sind, und alle Behauptungen des Gegners bestreiten muß, wenn ihr an einer Beweisaufnahme gelegen ist. Mit der prozessualen Last hält er sie also zu dem gebotenen Verhalten an. Für die prozessuale Einordnung ist maßgebend, ob das Verhalten, auf das der Gesetzgeber abzielt, für das Verfahren relevant ist.

Die Last trifft freilich die Partei auch dann, wenn sie sie in Kauf nehmen will. Dann ist sie keine echte Sanktion für ein Fehlverhalten. Denn der Gesetzgeber will nicht, daß die Partei, die nicht streiten will, im Termin erscheint. Sie mag säumig bleiben und das Versäumnisurteil bewußt auf sich nehmen. Auch hier aber ist die Last die Folge eines bestimmten, vom Gesetzgeber geregelten Prozeßverhaltens. Die Norm lautet hier: „Du mußt nicht streiten, wenn Du nicht willst“; oder: „Du mußt die Dir bekannten Tatsachen nicht rechtzeitig vortragen, wenn Du auf ihre Verwertung im Prozeß keinen Wert legst“; oder: „Du mußt unrichtige Behauptungen des Gegners nicht bestreiten, wenn Du ein Urteil willst, das auf diesen Behauptungen aufbaut“. Jede prozessuale Last kann also an einen doppelten Norminhalt anknüpfen: Sie kann echte Sanktion sein für ein Verhalten, das der Gesetzgeber nicht will, und sie kann eine gewollte Folge für ein Verhalten sein, das der Gesetzgeber der Partei freistellt. Für beide Fälle ist es möglich, die mit einer Last versehene Norm nach dem Verhalten einzuordnen, an das die Last anknüpft. Ist das Verhalten um des Fortgangs des Prozesses willen unerwünscht, ist die Norm in gleicher Weise prozeßrechtlich, wie wenn das freigestellte Verhalten sich auf das Verfahren bezieht.

Eine Norm gehört also dem Prozeßrecht an, wenn sie ein Verhalten in einem Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regelt, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist. Eine Norm gehört dem materiellen Recht an, wenn sie ein Verhalten in Lebensbereichen regelt, in denen sich Rechtssubjekte unmittelbar begegnen ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans³⁸⁾.

Diese Abgrenzung bewährt sich gerade auch in zweifelhaften Fällen. Eine doppelte Zuordnung, wie sie Goldschmidt mit dem materiellen Justizrecht überbrücken mußte, wird überflüssig. Goldschmidts materielles Justizrecht ist in Wahrheit teils Prozeßrecht, teils materielles Recht, aber niemals beides zugleich und auch kein Zwischengebiet, das beide Bereiche miteinander verknüpft.

Unsere Abgrenzung führt auch dann nicht zu Schwierigkeiten, wenn ein Verhalten mit mehrfachen Sanktionen belegt ist: Der Gerichtsvollzieher, der eine unzulässige Vollstreckungshandlung vornimmt, verstößt gegen das Prozeßrecht. Als prozessuale Sanktion ist die Feststellung der Unzulässigkeit und die Anordnung der Einstellung der Vollstreckungsmaßnahme im Erinnerungsverfahren vorgesehen (§§ 766, 775 Nr. 1, 776 ZPO). Als materiellrechtliche Sanktionen kommen ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat (§ 839 BGB, Art. 34 GG) und ein Rückgriffsanspruch gegen den Gerichtsvollzieher in Betracht, daneben auch eine beamtenrechtliche Folge. Die geläufige Bezeichnung der Vollstreckungsmaßnahme als doppel funktionelle Prozeßhandlung³⁹⁾ trifft den Kern der Sache nicht genau. Die Handlung ist Prozeßhandlung wie jede andere auch. Sie wird beurteilt durch eine prozessuale Norm, weil ein Verhalten eines Rechtspflegeorgans in einem Rechtsschutzverfahren vorliegt. Die prozessuale Norm sagt: Der Gerichtsvollzieher darf keine unzulässigen Prozeßhandlungen vornehmen. Die Handlung bleibt auch Prozeßhandlung, wenn sie als Tatbestand des Amtshaftungsanspruchs gesehen wird. § 839 BGB sagt, der Beamte soll einem anderen keinen Schaden durch Amtspflichtverletzungen zufügen. Amtspflichtverletzung kann auch eine Prozeßhandlung sein. Die Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers ist grundsätzlich eine Amtspflichtverletzung, wenn sie prozessual

³⁸⁾ So schon Eb. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht* (1939), S. 53: „Beide Normengruppen erstrecken sich auf verschiedene soziale Wirklichkeitsräume. Das Prozeßrecht regelt den Gang eines auf Gewinnung eines Urteils hinstrebenden gerichtlichen Verfahrens... Das materielle Recht dagegen bezieht sich mit seinen Wertungen nicht auf das Interesse dieses prozessualen Raumes, sagt vielmehr, was außerhalb desselben im Raum der sozialen Lebenswirklichkeit rechtens sein soll.“ Ähnlich auch Friedrich Weber, *Zur Methodik des Prozeßrechts*, Studium Generale 1960, 183 ff. (185).

³⁹⁾ Niese (*Doppel funktionelle Prozeßhandlungen*, S. 120) meint allerdings, die prozessuale Seite der Vollstreckung dürfe nicht im Sinne einer „prozessualen Funktion“ verstanden werden. Die gesamte Vollstreckung diene allein der materiellen Funktion des Urteils. Das mag im Blick auf das Urteil richtig sein. Daß aber für eine prozessuale Funktion nur im Erkenntnisverfahren Raum sei, ist angesichts der Verfahrensregeln der Vollstreckung nicht richtig.

unzulässig ist⁴⁰). Die prozeßrechtlichen Normen dienen hier also dazu, den Tatbestand der materiellrechtlichen Normen aufzufüllen. Damit wird weder die materiellrechtliche Norm zur prozessualen, weil der Tatbestand der Norm für ihre Einordnung unerheblich ist, noch die Prozeßhandlung zur materiellrechtlichen Handlung⁴¹). Was eine Amtspflichtverletzung ist, bestimmt sich nach Prozeßrecht, wenn die zu beurteilende Amtshandlung in einem vom Prozeßrecht geregelten Verfahren vorgenommen worden ist. Daß nach § 839 BGB Schadensersatz zu leisten ist, macht die Handlung ebenfalls nicht zur materiellrechtlichen. Denn die Pflicht, Schadensersatz zu leisten, ist nicht identisch mit der Pflicht, unzulässige Vollstreckungshandlungen zu unterlassen, sondern nur deren materiellrechtliche Sanktion. Maßgebend für die Einordnung ist aber die Pflicht der Vollstreckungsorgane, unzulässige Vollstreckungshandlungen zu unterlassen. Die Verletzung dieser Pflicht greift zwar in materielle Rechte des Schuldners ein. Sie trifft ihn in seinem Eigentum oder in seiner äußeren Freiheit. Dennoch bleibt sowohl die pflichtgemäße als auch die pflichtwidrige Handlung im prozessualen Lebensbereich⁴²), und das Prozeßrecht enthält das Verbot, unzulässige Vollstreckungshandlungen vorzunehmen in gleicher Weise wie das Gebot, nur in zulässiger Weise zu vollstrecken. Die Tatsache, daß mit der Vollstreckung in materielle Rechte des Schuldners eingegriffen wird, macht also weder das Gebot noch das Verbot zum materiellrechtlichen.

Wollte man dagegen annehmen, daß neben die prozessuale Pflicht eine materiellrechtliche trete, so würde man sich das Verständnis des Prozeßrechts erschweren. Denn es entstände der Eindruck, als bedürfe es erst der materiellrechtlichen Norm, um Eigentum und Freiheit des Schuldners vor unzulässiger Vollstreckung zu schützen. In Wahrheit ist das Prozeßrecht schon darauf ausgerichtet, daß dieser Schutz gewährleistet wird. Das materielle Recht ergänzt diesen Schutz nur, indem es der prozessualen Sanktion eine materiellrechtliche hinzufügt.

Der hier entwickelte Prozeßrechtsbegriff als der Inbegriff von Normen, die das Verhalten in einem auf ein Rechtsschutzziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln, bleibt noch relativ leer und formal, auch wenn er die Möglichkeit gibt, die Normen mit einzubeziehen, die auf den Prozeß gerichtete Pflichten begründen. Die geringe Ergiebigkeit unseres Begriffes sollte aber nicht zu einer weiteren Korrektur veranlassen.

⁴⁰) Dazu im einzelnen unten S. 236 ff. Nicht immer ist jedoch der einfache Schluß möglich, daß prozessuale Unzulässigkeit materielle Pflichtwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit nach sich zieht. So ist nicht jede unzulässige Vollstreckungshandlung eine Amtspflichtverletzung, und die unzulässige Klage ist nicht etwa ohne weiteres ein rechtswidriger Eingriff in geschützte Rechte des Gegners. Aber auch das ergibt sich aus prozessualen Rechtssätzen.

⁴¹) Kritisch zum Begriff der doppel funktionellen Prozeßhandlung auch Sax ZZZP 67, 51 f.

⁴²) Anders Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 53 ff., der annimmt, daß die Handlung im materiellen und prozessualen Raum gleichzeitig wirksam werde. S. auch Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO I², Rz. 35, 36, 65, 66. Ebenso Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 130.

Denn der Zweck unserer Begriffsbildung läßt eine weitere Auffüllung des Begriffsinhalts nicht zu. Wenn man, wie es hier geschieht, das Prozeßrecht in seinem Gegensatz zum materiellen Recht definieren will, so kann der Unterschied nur im prozessualen Sachbereich gegenüber den vom materiellen Recht erfaßten Lebensbereichen liegen. Ein Unterschied im Rechtsgehalt kann in eine solche Kontrastdefinition nicht hineingelegt werden. Denn das Prozeßrecht ist in gleicher Weise Recht wie das materielle Recht. In ihrem Rechtscharakter unterscheiden sich beide nicht. Deshalb darf unsere Abgrenzung auch nur in einem beschränkten Sinne normativ verstanden werden. Zwar beruht sie, wie jede sachgerechte juristische Systembildung, auf einer juristischen Wertung. Diese ergibt jedoch nur, daß die Prozeßrechtsnormen dem Lebensbereich des Prozesses angemessen sein müssen. Mehr vermag unser Prozeßrechtsbegriff über den Inhalt der prozeßrechtlichen Wertungen nicht auszusagen. Jeder Versuch, den gesamten Inhalt prozeßrechtlicher Rechtsätze allein aus dem empirischen Wesen des Prozesses und seiner Eigenart gegenüber dem materiellen Recht abzuleiten, ist deshalb in gleicher Weise zum Scheitern verurteilt wie das Bemühen, die Wertungen des materiellen Rechts allein aus seinem Gegensatz zum Prozeßrecht zu begründen. So schließt unsere Abgrenzung nicht aus, daß materiellrechtliche Wertungen den Inhalt des Prozeßrechts mitbestimmen⁴³) und materielle Rechtsätze durch das Prozeßrecht bedingt sind oder auch übergreifende Wertungen für das Prozeßrecht wie das materielle Recht in gleicher Weise als verbindlich angesehen werden können.

Goldschmidts prozessuale Betrachtungsweise leidet deshalb nicht nur an dem Mangel, daß sie die prozessualen Pflichten aus dem Prozeßrecht verweist und dem materiellen Recht zuordnet oder nur als moralische Pflichten⁴⁴) erfaßt. Sie ist vielmehr auch insofern unvollkommen, als sie den Anspruch erhebt, das Prozeßrecht im ganzen begreifen zu können. Weil Goldschmidt von der Frage nach dem empirischen Wesen des Prozesses ausgeht und den Prozeß pragmatisch als Rechtslage beschreibt, kann er den Inhalt prozeßrechtlicher Wertungen nicht erschließen⁴⁵). Führt man die prozessuale Betrachtungsweise konsequent durch, so vermittelt sie lediglich ein formales Begriffsschema. Ihre Differenzierung prozessualer Relevanz bedient sich nur formaler Kategorien. Sie unterscheidet beachtliche und unbeachtliche, zulässige und unzulässige Handlungen, gliedert die Handlungen in Richterhandlungen und Parteihandlungen und diese in Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen. Das alles ist zwar für die Systematik des Prozeßrechts nicht ohne Wert. Der besondere Lebensbereich, auf den die Prozeßrechtsnormen bezogen sind, rechtfertigt eine eigene Begriffsbildung der pro-

⁴³) Baur (Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht in: *summa ius, summa iniuria*, Ringvorlesung, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9, S. 97 ff. [106]) spricht von einem funktionellen Zusammenhang zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht.

⁴⁴) So für die Wahrheitspflicht: Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 125 ff.

⁴⁵) Vgl. die Kritik Heglers, Gerichtssaal 93 (1926), S. 440 f., 449 und Fritz von Hippels, Wahrheitspflicht, S. 319 ff., ZZZP 65, 424 ff.

zessualen Relevanz. Sie sagt etwas darüber aus, wie das Prozeßrecht auf den ihm eigenen Lebensbereich einwirkt. Jedoch können diese Begriffe über den rechtlichen Gehalt der Prozeßrechtsnormen so gut wie nichts aussagen⁴⁶⁾. Warum eine Handlung beachtlich oder unbeachtlich, zulässig oder unzulässig, dem Richter vorbehalten oder den Parteien anheimgestellt ist, kann die prozessuale Betrachtungsweise nicht erklären. Die hierfür notwendigen Wertungen sind vielmehr durch das Verhältnis des Prozeßrechts zum materiellen Recht mitbestimmt.

Wollte man mit der prozessualen Betrachtungsweise, die auf eine radikale Trennung von Prozeßrecht und materiellem Recht gegründet ist, das Prozeßrecht im Ganzen erfassen, so wäre dieses nichts anderes als eine Häufung von Möglichkeiten und blind zugefügten Nachteilen. Der Prozeß käme einem Freistilringen gleich, in dem alles erlaubt wäre, nur manches nicht zum Erfolg führte. Der Prozeß wäre dem Kriege vergleichbar, jedenfalls wenn man Goldschmidts⁴⁷⁾ pessimistischer Ansicht folgt, daß im Kriege „in letzter Linie unsere unantastbaren Rechte nichts als Aussichten, Möglichkeiten und Lasten sind“. Wenn der Krieg „als ein Inbegriff von Möglichkeiten und Lasten im Kampfe um das, was als Recht gelten soll“⁴⁸⁾ verstanden wird, dann ist er in der Tat nur ein isoliert betrachtetes „Verfahren“, das eine zweite Ordnung schafft, „die neben die Rechtsordnung tritt und ihr im Konfliktfall nach dem soziologischen Machtprinzip vorgeht“⁴⁹⁾. Aber schon wenn man nach den Kampfregeln fragt oder gar nach dem Recht zum Kriege, zeigt sich die Unzulänglichkeit dieser isolierten, noch dazu pessimistisch soziologischen Betrachtungsweise. Vollends versagt sie, wenn Goldschmidt seine Erfahrungen des Krieges auf den Prozeß überträgt. Für Goldschmidt existieren zwar Kampfregeln für den Prozeß, denn er leugnet nicht die Existenz des Prozeßrechts. Fragen wir jedoch, warum dieses Recht so und nicht anders ist, ob und wie es besser gestaltet werden könnte, so läßt uns Goldschmidts prozessuale Betrachtungsweise immer dann im Stich, wenn sie konsequent durchgeführt wird. Sie verweist uns auf die Moral, obwohl das Prozeßrecht „moralin-frei“ sein soll, oder auf sonderbare Zwischengebiete wie das materielle Justizrecht oder ein materielles Justizpolizeirecht⁵⁰⁾, ohne darzulegen, wie die prozessuale Betrachtungsweise solche materiellrechtlichen Strukturen für das Prozeßrecht nutzbar machen kann.

8. Ergebnis

Das Prozeßrecht ist der Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Ver-

⁴⁶⁾ Sax ZZP 67, 24 Note 11.

⁴⁷⁾ Der Prozeß als Rechtslage, Vorwort, S. V.

⁴⁸⁾ Goldschmidt, a.a.O., S. V; treffend dagegen Cohn, Festschrift für Fritz v. Hippel (1967), S. 41 ff. (50).

⁴⁹⁾ A. a. O., S. 361, 369.

⁵⁰⁾ Goldschmidt, a.a.O., S. 130 f.

halten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans begegnen.

Mit dieser Abgrenzung erhalten wir zwei unterschiedliche Objekte der Betrachtung. Eine dem jeweiligen Objekt angemessene prozessuale oder materielle Betrachtungsweise ist aber nur insoweit angemessen, als die Regelung jedes Lebensbereiches diesem adäquat sein muß. Die Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht kann deshalb über die rechtlichen Wertungen des Prozeßrechts oder des materiellen Rechts nur wenig aussagen. Für die Ermittlung des Zwecks der Normen gibt die Trennung nicht mehr her, als daß die Normen der Regelung des Lebensbereiches dienen, auf den sie sich beziehen. Wie aber dieser Lebensbereich geregelt werden muß, läßt sich weder aus einer isolierten prozessualen noch aus einer eigenständigen materiellrechtlichen Betrachtungsweise ableiten. Die prozessuale Betrachtungsweise versagt deshalb sowohl bei der Auslegung der Prozeßnormen als auch bei rechtspolitischen Erwägungen über die künftige Gestalt unseres Prozeßrechts.

Die Unterscheidung von Prozeßrecht und materiellem Recht trennt nicht die Wertungen, die beiden Rechtsbereichen zugrunde liegen. Sie läßt also die Möglichkeit offen, daß der Inhalt der Prozeßrechtsätze durch materiellrechtliche Wertungen mitbestimmt und umgekehrt der Inhalt materieller Rechtsätze durch prozeßrechtliche Wertungen bedingt sind oder auch übergreifende Wertungen für beide Bereiche Geltung beanspruchen können.

Prozeßrecht und materielles Recht sind keine „Rechtsmaterien“ oder „Rechtsgebiete“. Eine solche Auffassung würde die falsche Vorstellung wecken, als schlossen beide einander vollständig aus, als verdrängten sie sich wie zwei Körper, die nicht gleichzeitig denselben Raum einnehmen können, oder als wären sie abgegrenzt wie zwei Flächen, die sich nicht überlagern dürfen, ohne einander aufzuheben. „Materie“ sind allenfalls die Lebensbereiche, die vom Prozeßrecht und vom materiellen Recht geregelt werden sollen. Deshalb schließt zwar eine Handlung einer Person eine gleichzeitige andere Handlung aus, und ein Vorgang, der in den Lebensbereich des Prozesses fällt, kann nicht gleichzeitig dem außerprozessualen Bereich zugeordnet werden. Das bedeutet aber nicht, daß an einen prozessual relevanten Vorgang keine materiellrechtlichen Rechtsfolgen geknüpft werden oder außerprozessuale Geschehnisse nicht in den Tatbestand einer prozessualen Norm eingehen könnten.

So stellt sich beispielsweise die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Prozeßhandlung rechtswidrig ist und zum Schadensersatz verpflichtet. Die Schadensersatzpflicht ist eine materiellrechtliche Pflicht, weil sie ein Verhalten gebietet, das sich im außerprozessualen Bereich vollzieht. Aber ihre Voraussetzungen sind, wie zu zeigen sein wird, durch das Prozeßrecht und seine Wertungen bedingt. Ob mit der Prozeßhandlung eine Pflicht verletzt wird, hängt also davon ab, welche Anforderungen das Recht für das Verhalten im Lebensbereich „Prozeß“ stellt. Diese Anforderungen gehören dem Prozeßrecht an.

Prozeßrecht und materielles Recht begegnen sich im Verfahren, weil dieses der Entscheidung materiellrechtlicher Streitigkeiten dient. Schon deshalb müssen sie inhaltlich aufeinander bezogen sein. Ihre engste Verknüpfung finden sie im Urteil, das den Übergang des Prozesses in den Lebensbereich des materiellen Rechts vermittelt. Deshalb bildet die Rechtskraft einen markanten Punkt, auf den das Zusammenspiel des Prozeßrechts und des materiellen Rechts ausgerichtet ist. Den Grenzen der Rechtskraft wird deshalb unsere besondere Aufmerksamkeit gelten.

Die Besinnung auf die Grenzen der Aussagekraft, die den Begriffen „Prozeßrecht“ und „materielles Recht“ zukommt, wenn man sie antithetisch definiert, legt den Weg frei für das Anliegen dieser Arbeit. Sie soll die Wechselbeziehungen und Verknüpfungen des Prozeßrechts mit dem materiellen Recht darlegen. Sie beschränkt sich dabei auf das Verhältnis des Zivilprozeßrechts zum materiellen Zivilrecht. Diese Einschränkung soll eine Verbindung zwischen dem Zivilprozeß und dem materiellen öffentlichen Recht nicht verleugnen. Aber es scheint, daß diese Wechselbeziehungen in letzter Zeit schon genügend Beachtung gefunden haben. In der Tendenz, das Zivilprozeßrecht vom materiellen Recht zu trennen, hat man nämlich die Lücke, die eine konsequente prozessuale Betrachtungsweise in die Prozeßrechtslehre gerissen hat, weitgehend mit materiell öffentlichrechtlichen Wertungen zu schließen gesucht, wohl in der Meinung, damit das Trennungsdogma aufrechterhalten zu können. In Wahrheit ist damit aber die isolierte prozessuale Betrachtungsweise schon aufgegeben worden⁵¹⁾. In dem Maße, in dem man das verkannt hat, wurde durch übermäßigen Rückgriff auf öffentlichrechtliche Wertungen der Zusammenhang des Zivilprozeßrechts mit dem materiellen Zivilrecht verdunkelt. Um diese einseitige Orientierung zum öffentlichen Recht hin, die schon durch das Trennungsdogma nicht gerechtfertigt war, zu überwinden, soll hier der Blick ausschließlich auf die Wechselbeziehungen zwischen dem Zivilprozeßrecht und dem materiellen Zivilrecht gerichtet werden.

II. Prozeßhandlungen und materiellrechtliche Handlungen

Bevor die Frage nach dem Übergreifen materieller Rechtsprinzipien auf das Prozeßrecht und prozeßrechtlicher auf das materielle Recht beantwortet wird, sollen noch die Konsequenzen dargestellt werden, die sich aus unserer Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht für den Begriff der Prozeßhandlung ergeben. Denn die rechtliche Beurteilung der Prozeßhandlungen, die für das Ineinandergreifen von Prozeßrecht und materiellem Recht wichtiges Material liefert, setzt zunächst eine Definition der Prozeßhandlung und ihre Abgrenzung von materiellrechtlichen Handlungen voraus.

⁵¹⁾ Vgl. Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (1966), S. 12 ff.

1. Der Begriff der Prozeßhandlung

Der Begriff der Prozeßhandlung ist ein Begriff des Prozeßrechts. Er enthält selbst noch keine Regelung, sondern umschreibt ein Objekt, auf das sich prozessuale Regeln beziehen. Da aber das Prozeßrecht der Ordnung und Bewertung menschlichen Verhaltens dient, das dem Lebensbereich „Prozeß“ zugehört, sind Prozeßhandlungen alle diejenigen Verhaltensweisen, die auf ein Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen gerichtet sind. Diese allgemeine Umschreibung bedarf aber noch einer Ergänzung. Denn der juristische Begriff soll bei dem rechtlichen Wertungsvorgang eine bestimmte Aufgabe erfüllen. Der Begriff hat eine Funktion, die für den Begriffsinhalt maßgebend ist.

Deshalb ist zu fragen, worauf die prozeßrechtliche Wertung der Prozeßhandlungen abhebt. Der Prozeßhandlungsbegriff muß dann diejenigen Verhaltensweisen erfassen, die dieser spezifischen Wertung unterliegen. Die prozeßrechtliche Wertung könnte darauf ausgerichtet sein, welches Verhalten im Prozeß geboten, verboten oder erlaubt ist. Für die richterlichen Prozeßhandlungen scheint damit schon wesentliches ausgesagt. Denn dem Richter wird in der Prozeßordnung gesagt, was er in einer bestimmten Prozeßsituation tun darf und was er tun und unterlassen muß.

Aber nicht alles, was dem Richter im Prozeß erlaubt oder verboten ist, ist deshalb Prozeßhandlung. Der Richter darf nicht in der Verhandlung schlafen. Er darf im Gesetz oder in einem Kommentar nachschlagen, soweit dadurch nicht seine Aufmerksamkeit von der Verhandlung abgelenkt wird. Weder das Schlafen noch das Lesen sind aber Prozeßhandlungen, obwohl sie durch das Prozeßrecht verboten bzw. geboten sind. Die erlaubende, gebietende und verbietende Funktion des Prozeßrechts ist also offenbar für den Prozeßhandlungsbegriff nicht ausschlaggebend. In dieser Funktion erschöpft sich aber das Prozeßrecht auch nicht. Es will nicht nur die Grenzen richterlicher Verhandlungsfreiheit abstecken, sondern auch das Verfahren auf sein Ziel hin gestalten. Deshalb bietet es auch den Maßstab dafür, ob ein Handeln oder Unterlassen des Richters geeignet ist, das Verfahren seinem Ziel zuzuführen oder seinen Zweck zu vereiteln. Es sagt etwas darüber aus, ob eine bestimmte Gestaltung des Verfahrens zulässig oder unzulässig ist. Deshalb sind nur die verfahrensgestaltenden Handlungen des Richters Prozeßhandlungen. Das sind die Entscheidungen und die verfahrensleitenden Handlungen des Richters, die insofern das Verfahren gestalten, als sie es im Guten oder Schlechten voranbringen, seinem Ziel nähern oder davon wegführen.

Zulässig oder unzulässig kann freilich auch das Unterlassen einer verfahrensgestaltenden Richterhandlung sein. Erläßt der Richter trotz Entscheidungsreife kein Urteil, so ist dieses Verfahren unzulässig. Jedoch besteht kein Bedürfnis, das Unterlassen verfahrensgestaltender Handlungen in den Prozeßhandlungsbegriff einzubeziehen. Denn das unzulässige Unterlassen steht nicht isoliert. Der Richter, der bei Entscheidungsreife kein Urteil erläßt, tut stattdessen etwas anderes: er vertagt die Verhandlung oder erläßt