GEORGIOS GOUNALAKIS

Prof. Dr. Jur. Marburg

**Zivilprozess, zivilprozesszwecktheorie
und gesellschaft**

ΕΝΘΥΜΗΜΑ

ΑΛΚΗ ΑΡΓΥΡΙΑΔΗ

ΑΘΗΝΑ

1995

ZIVILPROZESS, ZIVILPROZESSZWECKTHEORIE UND GESELLSCHAFT

EINE JURISTISCHE UND SOZIOLOGISCHE BETRACHTUNG

GEORGIOS GOUNALAKIS

Prof. Dr. Jur Marburg

A. Normative Zivilprozeßzwecktheorien

Der Zivilprozeß, geschaffen nicht um seiner selbst willen, sondern um der Feststellung, Durchsetzung oder Gestaltung vorwiegend privater Rechte zu dienen, ist das in der Zivilprozeßordnung (ZPO) der Bundesrepublik geordnete Verfahren der staatlichen Zivilrechtspflege. Aus seiner dienenden Funktion ergeben sich die verschiedenen Zwecke des zivilgerichtlichen Verfahrens, die von der h.M. in der Rechtswissenschaft wie folgt umschrieben werden:

Eine zentrale Aufgabe des Zivilprozesses, die sich sowohl im Antragsgrundsatz, in der Dispositionsmaxime, im Verhandlungsgrundsatz als auch im Verbot des § 308 ZPO, über den Klageantrag hinauszugehen, offenbart, ist der Schutz subjektiver Rechte¹. Die Garantie des Individualrechtsschutzes ist Ausfluß der Rechtsordnung, die dem einzelnen subjektive Rechte zuteilt und deshalb auch selbst – vor dem Hintergrund des Selbsthilfeverbotes und der verfassungsrechtlich verankerten Pflicht des Staates zur Rechtsschutzgewährung – deren Schutz übernehmen muß². Die Gesellschaft

1. *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Einl. u. §§ 1-37 ZPO, 20. Aufl., Tübingen 1980, Einl. Rz. 7 ff; *Zöller*, Zivilprozeßordnung, 14. Aufl., Köln 1984, Einl. Rz. 39 ff; *Arwed Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin 1985, S 2; *Wolfgang Girunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, § 1 II; *Rosenberg/Schwab*, zivilprozessrecht, 14. Aufl. München 1987, S. 1, 1 *Jauernig*, *Jus* 1971, S. 329, 331; *Gaul*, AcP 168 (1968), S. 46 ff; *Arens*, ZZP 96 (1983), S. 11; *Bruno Rimmelpacher*, zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966, S. 13; *Rolf Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, S. 49; *Klaus-Jürgen Götz*, Zivilrechtliche Ersatzansprüche bei schädigender Rechtsverfolgung, Berlin 1989, S. 90 f.

2. Hiergegen vorgebrachte Bedenken, eine Vielzahl prozessualer Institute setzten der Verwirklichung des materiellen Rechts Schranken, so daß das Urteil von der wirklichen

hat ein evidenten Interesse an einer staatlich vermittelten Konfliktlösung, die berechenbare Entscheidungen schafft und damit eine Garantie für die Einhaltung der Privatrechtsordnung bietet. Damit dient der Zivilprozeß als Institution zugleich auch der Bewahrung der objektiven Rechtsordnung: indem subjektive Rechte geschützt werden, verfestigt sich das materielle Recht³.

Eine weitere Aufgabe besteht darin, die zwischen den Prozeßparteien gestörte Ordnung wiederherzustellen und eine Regelung anzustreben, die dem Rechtsfrieden zwischen den Parteien dient (sog. Friedens- oder Ordnungszweck)⁴. So erklären sich auch Institute wie Rechtskraft (§ 322 III 4 ZPO – ein Prozeß ohne Rechtskraft wäre sinnlos), Prozeßvergleich (§ 794 ZPO), und Güteversuch des Gerichts, wonach auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hingewirkt werden soll (§ 279 ZPO). Der Ordnungszweck zeigt sich auch bei den Beweislasturteilen, mit denen der Zivilprozeß zwischen den Parteien eine rechtliche Ordnung herstellt, ohne daß die – weil nicht zu ermittelnde – Wahrheit über den vergangenen Lebenssachverhalt aufgeklärt worden ist. Der Richterspruch schafft hier wenigstens eine Ordnung, wenn schon nicht eine ganz aus dem materiellen Recht zu rechtfertigende Entscheidung ergehen kann. Der Friedenszweck zeigt sich ferner darin, daß der Konventionalprozeß, d.h. die freie Vereinbarung des Prozeßablaufes zwischen den Parteien, verboten ist, wodurch Streit um den Prozeß selbst und zusätzlich um die Regeln des Rechtsstreites vermieden werden soll. Vor allem aber als Institution trägt der Zivilprozeß zum Rechtsfrieden bei: Bei einer prozessualen und materiell-rechtlichen Berechenbarkeit des Prozesses, d.h. bei Vorhersehbarkeit des Prozeßverlaufs und Kalkulierbarkeit des Prozeßrisikos, unterbleiben Auseinandersetzungen desto eher oder werden außergerichtlich beigelegt, je genauer ein Richterspruch vorherzusagen ist. Eine berechenbare Zivilrechtspflege ist deshalb der beste Garant für die weitgehende Einhaltung der Privatrechtsordnung. Dem Friedens- und Ordnungszweck des Zivilprozesses kommt auch insoweit besondere Bedeutung zu, als die Aufgabe des Richters

materiellen Rechtslage abweicht, sind vereinzelt geblieben, vgl. etwa *Wolfram Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, S. 58. Ihnen ist entgegenzuhalten, daß die Prozeßordnung den antinomischen Interessen der Parteien und dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip der Privatautonomie Rechnung trägt: Präklusionsvorschriften bewirken Verfahrensbeschleunigung. Anerkenntnis-, Verzichts- oder Versäumnisurteile sind Ausfluß der den Parteien im Rahmen der Dispositionsmaxime zugewiesenen aktiven Parteirolle. S. Einzelheiten bei *Götz*, aaO, S. 91 f.

3. Vgl. *Götz*, aaO, S. 92; *Stein/Jonas*, aaO, Einl. Rz. 10; *Rosenberg/Schwab*, aaO, § 1 III 2.

4. Vgl. *Stein/Jonas*, aaO, Einl. Rz. 11-16.

nicht nur darin besteht, rückblickend vergangenes Verhalten rechtlich zu würdigen, sondern auch im Wege eines Interessenausgleiches mit den Mitteln des Zivilprozesses den Rechtsfrieden für die Zukunft herzustellen.

Weitere, institutionelle Aufgaben des Zivilprozesses sind – vor dem Hintergrund des Rechtsverweigerungsverbots des Richters – zum einen die Schaffung von Rechtsgewißheit und Rechtssicherheit⁵: durch Entscheidung materiell-rechtlicher Fragen soll Gewißheit zwischen den Parteien über das zwischen ihnen geltende Recht herbeigeführt werden. Zum anderen wird das geltende Recht verfeinert, ergänzt und weiterentwickelt, bestehende Gesetzeslücken werden im Wege der Rechtsfortbildung geschlossen⁶.

Demgegenüber ist die Wahrheitsfindung kein eigener Prozeßzweck, wengleich die h.M. die Wahrheitsfeststellung als eine der wesentlichen Aufgaben des Richters bejaht⁷. Sie steht im Dienste der anderen Prozeßzwecke, was bewiesen wird durch den Verhandlungsgrundsatz gem. § 128 ZPO, die Zurückweisung des verspäteten tatsächlichen Vorbringens gem. § 296 ZPO, die Beweisverbote und Beweishindernisse gem. § 284 ZPO sowie durch die Revision (§ 545 ZPO) und das Vorlageverfahren, die ihrerseits nur der Klärung von Rechtsfragen dienen. Auch eine Abstrahierung des Prozesses vom materiellen Recht, die dazu führt, daß sich der Prozeß durch sich selbst legitimiert, indem die Funktion des Prozesses auf die faktische Hinnahme der staatlichen Entscheidung⁸ oder auf die Herbeiführung von Rechtskraft⁹ reduziert wird, wird von der h.M. ebenso abgelehnt¹⁰ wie seine Einordnung als rein technisches, ausschließlich von Zweckmäßigkeitsvorstellungen beherrschtes Recht¹¹.

B. Reale Leistungen des Zivilprozesses für die Gesellschaft

Die aufgezeigte rein juristische Betrachtung bleibt jedoch – ohne soziologische Sicht – lückenhaft, weil sie das Phänomen des Prozesses nicht voll erfaßt. Die Rechtsnormen beispielsweise, nach denen sich die Gerichte bei der Verfahrensgestaltung richten sollen, sind in der ganzen Bundesrepublik

5. *Stein/Jonas*, aaO, Rz. 17 ff.

6. *AaO*, Rz. 24 ff.

7. *AaO*, Rz. 21 ff. mwN.

8. *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., Darmstadt u. Neuwied 1975. Dazu unten B.I.3.

9. *James Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage – eine Kritik des prozessualen Denkens, Neudruck der Ausgabe, Berlin 1925, Aalen 1962, S. 150f.

10. Vgl. *Götz*, aaO, S. 91 mwN.

11. Am radikalsten formuliert von *Friedrich Stein*, der den Prozeß als das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung begriff. Dazu *Gaul*, AcP 168 (1968), 28 ff.

dieselben. Die Praxis von Gericht zu Gericht weist aber in tatsächlicher Hinsicht erhebliche Unterschiede auf, was Normanwendung und tatsächliches Verhalten betrifft. Der Grund hierfür liegt vor allem darin, daß die Normen der Prozeßordnung das reale Verhalten der Prozeßbeteiligten nicht vollständig determinieren, sondern oft nur einen Rahmen setzen, den die Verfahrensbeteiligten ausfüllen. Die Art und Weise, wie sie das tun, macht die soziale Wirklichkeit des Prozesses aus¹².

I. Soziale Funktion des Zivilprozesses

Der Vorläufer des sozialen Zivilprozesses war der liberale Zivilprozeß, ein Modell mit einem Mechanismus der Selbstregulierung, in dem die Parteien einen Zweikampf nach Regeln führen, die in der Prozeßordnung festgelegt sind und deren Einhaltung der Richter überwacht¹³. Nachdem der Glaube an den Sieg des Guten, Wahren und Gerechten in diesem Parteienzweikampf im Gefolge ökonomischer und sozialer Veränderungen geschwunden war, ließ sich ein solches Prozeßmodell nur noch unter der Voraussetzung rechtfertigen, daß alle Menschen gleich mächtig, gleich geschickt und auch gleich tatkräftig in der Verfolgung ihrer Interessen sind. Da dies der sozialen Wirklichkeit nicht entspricht, trifft den liberalen Zivilprozeß der Vorwurf, dem Starken größere Chancen einzuräumen als dem Schwachen¹⁴. Das liberale Prozeßrecht trägt damit der Tatsache der menschlichen Ungleichheit ebensowenig Rechnung, wie es auch die soziale Tatsache des Prozesses als Massenerscheinung und nicht als Einzel Tatsache, die allein nach dem Bedürfnis der ihn führenden Parteien geregelt werden darf, unberücksichtigt läßt.

Dem liberalen Modell war der Vorwurf zu machen, den Prozeß so zu gestalten als ob die Prozeßparteien ohne soziale Verbundenheit mit den übrigen rechtssuchenden Bürgern ganz für sich allein stünden. Das liberale Zivilprozeßmodell genügt daher heutigen Gerechtigkeitserwartungen nicht mehr. Vielmehr verlangt das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I und Art. 28 I GG) vom modernen Zivilprozeß ein Prozeßmodell, das den Anforderungen des sozialen Rechtsstaates gerecht wird. D.h., dieses Modell muß einmal davon ausgehen, daß der Prozeß nicht bloß für die Parteien, die ihn betreiben, sondern für die Gesellschaft insgesamt, von Bedeutung ist. Zum anderen darf es keine soziale Gleichheit voraussetzen, wo keine vorhanden ist; es muß ge-

12. Vgl. Rudolf Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß*, Neuwied und Darmstadt 1978, S. 130; Goldschmidt, aaO, S. 292 vergleicht den Prozeß sogar mit dem Krieg.

13. Wassermann, aaO, S. 29.

14. Wassermann, aaO, S. 49 und 84f.

rade umgekehrt die Ungleichheit der Menschen berücksichtigen und dafür sorgen, daß keine Partei wegen ihrer sozialen Lage im Prozeß Nachteile erleidet.

Aus dieser Situation heraus hat sich der soziale Zivilprozeß entwickelt, der diesen Anforderungen des sozialen Rechtsstaats besser Rechnung trägt¹⁵. Worin im einzelnen die sozialen Aufgaben des Zivilprozesses bestehen, haben Soziologen aufgezeigt. Ihre Sicht gilt es hier näher zu beleuchten.

1. Herrschaftstheoretischer Ansatz

Neben dem Strafprozeß hat auch der Zivilprozeß einen Herrschaftscharakter. Dieses Herrschaftsverhältnis wird deutlich durch die Machtstellung des Richters, die auf der Überlegenheit seiner Position beruht und durch das Recht und die Pflicht zur Prozeßleitung sowie durch die Tatsache determiniert ist, daß er die Entscheidung trifft, zu deren Vorbereitung der Prozeß abläuft. Die Machtbefugnisse des Richters während des Prozesses offenbaren sich in seiner Sanktionsmacht gegenüber den Prozeßbeteiligten, die vor allem in den sitzungspolizeilichen Befugnissen des Richters, aber auch in den Rechten ihren Ausdruck finden, die ihm gegenüber dem verspäteten Vorbringen der Partei oder nicht erschienenen Prozeßbevollmächtigten zur Verfügung stehen¹⁶.

Dieses Herrschaftsverhältnis zeigt sich aber auch darin, daß im Zivilprozeß als Interaktionsprozeß Menschen beteiligt sind, die eine verschiedene soziale Stellung und unterschiedliche Machtmittel haben. Die wirtschaftlich potente Partei wird sich beispielsweise im Gegensatz zum finanziell Schwachen (auch bei bestehender Rechtsschutzversicherung) einen "guten" bzw. mehrere Rechtsanwälte leisten, private Gutachter heranziehen und eventuelle Rechtsmittel einlegen können. Die formale Chancengleichheit der Parteien wird auch durch die unterschiedliche Handlungskompetenz entwertet. Handlungskompetenz im Zivilprozeß ist die Fähigkeit, die Strategien der Gegenpartei wie das zielgerichtete Verhalten des Gerichts zu antizipieren und das eigene Handeln daran zu orientieren, auch den Gesamt Ablauf des bürokratischen Prozesses des Zivilverfahrens zu übersehen und auf jeder Stufe des Prozesses geeignete Strategien zur Darstellung eigener Positionen und zur Abwehr negativer Konsequenzen zu entwickeln und anzuwenden¹⁷. Diese unterschiedliche Handlungskompetenz der Beteiligten zeigt sich insbesondere bei dem Gebrauch der Kommuni-

15. Wassermann, aaO, S. 49 ff.

16. Wassermann, aaO, S. 138 f.

17. Wassermann, aaO, S. 140.

kations- und Partizipationschancen im Prozeß. *Wassermann* spricht insofern vom Zivilprozeß als Interaktion zwischen unterschiedlich handlungskompetenten Personen¹⁸.

Auch im Zivilprozeß verkörpert sich also die Staatshoheit in prononcierter Form. Die Gerichte üben nicht nur Herrschaft aus, sie demonstrieren sie auch und wollen jedermann die Achtung vor dem Recht beibringen¹⁹, was sich durch das Zeremoniell, nach dem das Verfahren abläuft, durch die Robe, die Richter und Anwälte tragen, und auch durch die obrigkeitlichen Züge, die die Raumgestaltung der meisten Sitzungssäle prägen, zeigt.

2. Rollentheoretischer Ansatz

Auf den Zivilprozeß läßt sich auch der rollentheoretische Ansatz anwenden, der insbesondere von *Lautmann* für den juristischen Entscheidungsprozeß fruchtbar gemacht worden ist²⁰.

Danach haben im Zivilprozeß, und besonders deutlich in seiner im Mittelpunkt stehenden öffentlichen mündlichen Verhandlung, alle Beteiligten spezifische Positionen, die ihr Verhältnis zu den anderen Akteuren beschreiben sowie eine Reihe von Rechten und Pflichten, die ihren Status bestimmen. Der Begriff der Rolle stellt den dynamischen Aspekt des Status dar; er bezeichnet die Erwartungen, die dem Inhaber einer Position entgegengebracht werden. Positionen und Rollen in diesem Sinne sind die Parteien, ihre Prozeßbevollmächtigten, die Richter, die Zeugen, die Sachverständigen etc. An alle Rolleninhaber richten sich die Erwartungen verschiedener Rollensender, nach denen sie sich verhalten sollen. An den Richter beispielsweise richten sich als Rollensender die Gesetze, die dazu ergangenen Entscheidungen der oberen und obersten Gerichte und die Rechtswissenschaft einerseits, die übrigen Prozeßbeteiligten und das Umfeld seiner gesellschaftlichen Bezugsgruppe andererseits.

Für den Richter bilden die Gesetze das formelle Entscheidungsprogramm, die anderen "Sender" hingegen wollen eine informelle Programmierung des Richters bewirken²¹. Dieser nimmt die Rollensender wahr oder

18. *Wassermann*, aaO, S. 140.

19. *Helmut R. Kütz*, Neue gerichtliche Verhandlungsformen, in: *Recht und Politik* 1967/1968, S. 111 ff.

20. *Rüdiger Lautmann*, Rolle und Entscheidung des Richters, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 1, Bielefeld 1979, *R. Lautmann, W. Maihofer, H. Schelsky* (Hrsg.), S. 381 ff.; *ders.*, *Justiz die stille Gewalt*, Frankfurt/M. 1972, S. 26 ff.

21. Vgl. *Lautmann*, Richterliches Verfahren, in: *Handlexikon für Rechtswissenschaft*, *Axel Görlitz* (Hrsg.), München 1972, S. 381 ff.

auch nicht; er weist sie entweder zurück oder akzeptiert ihre Erwartungen und internalisiert sie, verarbeitet auf diese Weise das Empfangene zu seiner persönlichen Rollenauffassung. Im sozialen Handeln, dem sog. Rollenverhalten, zeigt sich, ob die Erwartungen, als "Anforderungen" bezeichnet, entweder erfüllt oder verfehlt werden.

Diese Rollenanforderungen sind in der sozialen Wirklichkeit nicht abstrakt, sondern konkret und werden mit mehr oder weniger Druck auf den Positionsinhaber projiziert. Ein Richter beispielsweise entnimmt das formelle Programm, nach dem er seine Entscheidung richten soll, dem Gesetzgeber. Die informellen Einflüsse aber, die ausgehen von den höheren Gerichten, der Rechtswissenschaft, der Kollegenschaft (Konformitätsdruck), den Massenmedien, der vorherrschenden sozialen Bezugsgruppe der Richter, nämlich der oberen Mittelschicht, sagen dem Richter Näheres, wie er richten soll, bestimmen also sein Rollenverhalten.

Für jede Rolle ist das komplementäre Rollenverhalten der anderen Verfahrensbeteiligten erforderlich, so daß die Übernahme der Rolle die Voraussetzung für eine kontinuierliche Interaktion im Prozeß ist. Rollengemäßes Verhalten ist überhaupt die Voraussetzung für den ordnungsgemäßen, d.h. relativ störungsfreien Ablauf der Verhandlung, denn wenn die vorgesehenen, den Verfahrensbeteiligten vom Prozeßrecht angesonnenen Rollen nicht übernommen werden, kommt eine Kommunikation nicht zustande.

Die Richter und Anwälte sind die häufigsten Interaktionspartner im Zivilprozeß. *Lautmann*²² hat diesbezüglich festgestellt, daß zwischen ihnen ein "gratifizierendes Kontaktsystem" besteht²³, das dazu tendiert, Kooperationsbereitschaft zu belohnen. Beide Rolleninhaber werden durch das Aufeinanderangewiesensein dazu gezwungen, der Aufrechterhaltung dieses Kontaktsystems besonderen Wert beizumessen.

Eine weitere wichtige informelle Regel aus dem Berufsfeld des Richters, die *Lautmann* in seiner Feldstudie "Justiz die stille Gewalt" herauskristallisiert hat, ist die Arbeitersparnis²⁴. Gerade beim Ermessensspielraum, den das Prozeßrecht dem Richter bei der Gestaltung des Verfahrens läßt, ist der Richter bemüht, sich die Arbeit zu erleichtern und unnötige Arbeit einzusparen, während dies beim Ermessensspielraum des Sachprogramms, also in Fragen des Urteilsinhalts, bei weitem nicht so der Fall ist. Der Richter strebt danach, seinen Arbeitsaufwand rationell zu kalkulieren und zeit-

22. *Lautmann*, *Justiz die stille Gewalt*, S. 138 ff.

23. *Lautmann*, *Justiz die stille Gewalt*, S. 138.

24. *Lautmann*, *Justiz die stille Gewalt*, S. 74, 76 f, 91 ff, 119, 125, 134, 136 ff, 171, 196.

sparende Verfahrensweisen zu wählen, wo er die Ermessensfreiheit dazu besitzt. Ursache hierfür ist einerseits die permanente Arbeitsüberlastung, die die Gerichte seit langem zu bewältigen haben, andererseits auch der Druck, den die Rollensender auf die Justiz ausüben, um sie zu schneller Verfahrenserledigung zu aktivieren. Eine rationelle Verfahrensweise ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, aber dann bedenklich, wenn der Beschleunigungsdruck im Hinblick auf das Verhältnis von knapper Zeit und großer Arbeitslast den richterlichen Erörterungsaufwand minimiert. *Wassermann*²⁵ hat hierzu bemerkt, daß sich auf diese Weise die große Arbeitsbelastung der Justiz als eines der größten Hindernisse sozialstaatlicher Prozeßführung erweist.

Lautmann hat ferner festgestellt, daß der Richter, der seine Rolle übernimmt, zum einen Abstand von seinen subjektiven Erwägungen hält, zum anderen sich von der Rolle selbst distanzieren, die ihm als Gegenüber zum Ego erscheint. Diese doppelte Distanziertheit ist für das richterliche Verhalten prägend. Denn empfindet der Richter seine eigene Tätigkeit als eine fremde, von ihm unabhängige, ihm nicht gehörige Tätigkeit, so fehlt ihm das persönliche Engagement, d.h. "er ist davon abgehalten, seine Arbeit mit seiner vollen Person politisch zu verantworten und als wichtigen Beitrag zur Gesellschaftsgestaltung zu begreifen"²⁶.

3. Systemtheoretischer Ansatz

a) Einen systemtheoretischen Ansatz hat *Niklas Luhmann* entwickelt, der versucht, die Rechtsidee des Verfahrens mit sozialwissenschaftlichen und speziell mit systemtheoretischen Mitteln nachzukonstruieren²⁷, d.h. die sich in einem Prozeß abspielenden, wechselseitig aufeinander bezogenen Handlungen und Erwartungen der Beteiligten zu analysieren.

Die generelle Organisierbarkeit von Legitimation entnimmt *Luhmann* aus dem positivistischen Standpunkt, daß alles Recht durch Entscheidung in Geltung gesetzt worden ist und demgemäß durch Entscheidung wieder außer Kraft gesetzt werden kann²⁸. Das Geschäft der Legitimierung besteht demnach in der verbindlichen Übertragung von Entscheidungen, also in dem Vorgang, durch den fremde Entscheidungen als eigene Verhaltensprämissen übernommen werden. *Luhmann* behandelt hierbei die zentrale Frage, wie es

25. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 133.

26. *Lautmann*, Justiz die stille Gewalt, S. 140.

27. *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Auflage, Darmstadt und Neuwied 1975, S. 1.

28. *Luhmann*, aaO, S. 141.

möglich ist, wenn nur wenige entscheiden, die faktische Überzeugung von der Richtigkeit oder der verbindlichen Kraft dieses Entscheidens zu verbreiten und für alle abnehmbar zu machen²⁹.

Er beantwortet sie jedoch nicht, indem er auf die traditionelle Verfahrenskonzeption zurückgreift, die Verfahren als Verfahrensrecht begreift und in der die Entscheidungskriterien mit absolut definierten Verfahrenszielen, wie etwa Wahrheit, Gerechtigkeit oder Richtigkeit umschrieben wurden. In diesem Zusammenhang wirft *Luhmann* den juristischen Verfahrenslehren vor, daß diese Begriffe unhaltbar geworden sind um als tragende Verfahrensfunktion zu dienen, zumal unrichtige Urteile ebenfalls legitime Gültigkeit besitzen. Ein System sei gar nicht in der Lage, durch Verfahren stets die Findung von Wahrheit und die Richtigkeit der Entscheidung zu gewährleisten, weil dem die Entscheidungsnotwendigkeit und der daraus resultierende Entscheidungsdruck entgegenstehen. Denn "ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren. Funktionale Spezifikation in der einen Richtung schließt die in der anderen aus"³⁰. Wahrheit wird daher durch *Luhmann* relativiert und als Funktion eines sozialen Mechanismus unter anderen verstanden, die die Übertragung reduzierter Komplexität besorgt³¹.

Ebensowenig beantwortet er die Frage, indem er auf die Legitimation aus dem materiellen Recht zurückgreift, das als Urteilsmaßstab nach den juristischen Vorstellungen von Rechtsschutz und Rechtsverwirklichung die Autorität des Gesetzes auf das deduktiv gewonnene Verfahrensergebnis überträgt. Denn "diese Auffassung hat ... ihre Schwierigkeiten mit dem Problem der unrichtigen aber rechtskräftig werdenden Entscheidung ... Es ergibt keine zureichende Instruktion für den Entscheidenden, wenn der Prozeß dafür eingerichtet wird, um der Wahrheit oder des Friedenswillen richtige oder unrichtige Entscheidungen zu erzeugen"³². Bei der Legitimation von Entscheidungen kann es daher nicht auf den Inhalt von befolgten Prinzipien des Rechts ankommen, sondern auf die systemerhaltende Funktion der Befolgung selbst.

Luhmann entwickelt vielmehr eine Theorie, wonach sich die besonderen Gründe, die für die Übernahme von Entscheidungen als Verhaltensprämissen vorliegen müssen, aus der Auffassung des Verfahrens als so-

29. *Luhmann*, aaO, S. 27.

30. *Luhmann*, aaO, S. 21.

31. *Luhmann*, aaO, S. 23.

32. *Luhmann*, aaO, S. 17.

ziales System ergeben, in welchem die gegensätzlichen Verfahrenskonzepte von Handlung, Situation und Beziehung eine Einheit eingehen³³.

In diesen "fallweise veranstalteten Sondersystemen" oder "Sozialsystemen auf Zeit"³⁴, wird die Legitimation der Entscheidung dadurch gewonnen, daß die Betroffenen einem Lernprozeß unterzogen werden, der ihre Verhaltenserwartungen umstrukturiert und zwar nicht durch freiwillige Anerkennung oder persönlich zu verantwortende Überzeugung, sondern als Folge des autonomen Verfahrensmechanismus, der gegeben ist, wenn und soweit im Verfahren selbst die Gesichtspunkte erarbeitet werden, die das weitere Verhalten im Verfahren und vor allem das Ergebnis bestimmen³⁵. Denn dieser autonome Verfahrensmechanismus verstrickt die Parteien in ein Rollenspiel. Rollenübernahme ist ganz allgemein Voraussetzung kontinuierlicher Interaktion. Alle Beteiligten müssen einander laufend wechselseitig Rollen zumuten, einander ihre Rollen bestätigen und einander Verhaltensstützen geben, die es ermöglichen, daß jeder in seine Rolle kommt und auch bei zugemuteten Belastungen in seiner Rolle bleibt³⁶. Das Rollenspiel setzt den Beteiligten also unter Darstellungszwang: er muß sich als vernünftig, verträglich etc. darstellen, muß die Streitpunkte spezifizieren und manövriert sich so in eine Situation, in der er schließlich die Entscheidung hinnehmen muß oder jedenfalls keine soziale Front gegen sie organisieren kann³⁷. Heimliche Theorie des Verfahrens ist, daß man durch Verstrickung in ein Rollenspiel die Persönlichkeit einfangen, umbilden und zur Hinnahme von Entscheidungen motivieren kann³⁸. Zumindest aber absorbiert das Rollenspiel den Protest der Parteien durch ihre Beteiligung am Verfahren. "Funktion des Verfahrens ist mithin die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten"³⁹. Legitimation wird verstanden als ein Vorgang der Umstrukturierung von Rechtserwartungen, also des Lernens im sozialen System, der weitgehend dagegen indifferent gemacht werden kann, ob derjenige, der seine

33. Luhmann, aaO, S. 41.

34. Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 1, R. Lautmann, W. Maihofer, H. Schelsky (Hrsg.), Bielefeld 1970, S. 189.

35. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 69.

36. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 86.

37. Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, aaO, S. 188 f.

38. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 87.

39. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 116.

Erwartungen ändern muß, zustimmt oder nicht⁴⁰. Luhmann legitimiert die gerichtliche Entscheidung also dadurch, daß die Verfahrensbeteiligten diese fraglos akzeptieren. Er ersetzt somit die rationale Argumentation und den inhaltlichen Konsens durch ein formales Verfahren.

b) Luhmann hat sich mit diesem systemtheoretischen Ansatz in der Literatur scharfe Kritik zugezogen. Hauptkritikpunkt ist, darüber besteht Einigkeit unter den Kritikern, mit der Luhmannschen Definition des Gerichtsverfahrens als rein faktische Lern- und Handlungssysteme ohne normativen Sinnbezug und ohne Rücksicht auf einen außerprozessualen Bezugsrahmen (von den Rechtswissenschaftlern als Gerechtigkeit bezeichnet), werde das Legitimationsproblem richterlicher Entscheidung in Wahrheit ausgeblendet⁴¹).

So wird die Forderung Luhmanns auf Verzicht von Rationalitätskriterien des Entscheidungsfindungsprozesses und nach einer unkritischen Lernfähigkeit zur Anpassung an inhaltlich unbestimmte Zustände der gesellschaftlichen Ordnung, als mit der dem Grundgesetz zugrundeliegenden Vorstellung unvereinbar erklärt, daß jeder Mensch als vernünftig ansprechbares und handelndes Wesen ernst genommen werden muß (Art. 1 und 2 GG)⁴². Von anderer Seite wird ihm der Versuch der Realsetzung seines "idealisierten System - Modells" und die Ignoranz der Rechtsfindungspraxis vorgeworfen und ihm darüber hinaus das Etikett einer der reinen Rechtslehre verwandten "interessensblinden Institutionsdarstellung" aufgesetzt⁴³. Er verkenne die für das Verfahren typische "systematische Interaktion"⁴⁴. Bedenken werden angemeldet, ob Luhmann die Prozeßsituation psychologisch richtig verstehe⁴⁵.

Die heutigen Bestrebungen nach einem offenen, kontrollierbaren Informations- Meinungsbildungs- und Rechtsfindungsprozeß zwischen allen Verfahrensbeteiligten und den Tendenzen, gerichtlichen Zwang als Geltungsgrund, richterliche Erkenntnis möglichst durch eine freiwillige Anerkennung des Spruchs kraft intersubjektiver Überzeugung von seiner Vernünftigkeit und Rechtmäßigkeit zurückzudrängen, widersprechen eben-

40. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 119.

41. Vgl. Nachweise bei Peter Gilles, in: FS für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183 ff, 185.

42. Eberhard Dorndorf, in: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München 1972, S. 301, 304; Hagen, JuS 1972, S. 485, 487 f.

43. Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt 1972, S. 205 ff, 212.

44. Rottleuthner, Kritische Justiz 1971, S. 60, 81.

45. Rasehorn, NJW 1972, S. 85.

falls *Luhmanns* Sicht der Dinge⁴⁶.

c) So oder ähnlich lautet die Palette der Kritikpunkte, die hier wegen ihrer Vielfalt jedoch nur angedeutet werden können. Versucht man nun diese Kritik zu analysieren, so ergibt sich folgendes Bild: Gemeinsamer Anstoßpunkt ist die Abkehr *Luhmanns* vom Postulat nach inhaltlicher Richtigkeit und Plausibilität der Entscheidung. Gerade dieses Postulat aber, so scheint es, kann von Rechtswissenschaftlern nicht vom Zivilprozeß hinweggedacht werden. Dafür gibt es auch einen plausiblen Grund: Eine Rechtswissenschaft, die von diesem Postulat abgeht, diskreditiert sich selbst⁴⁷. Somit erklären sich auch die Motive, die der Kritik an *Luhmann* zugrundeliegen und einzig und allein auf die Aufrechterhaltung der aufgezeigten normativen Zivilprozeßzwecktheorien abzielen.

Die Systemtheorie *Luhmanns* hat insoweit eine überragende Bedeutung erlangt, als sie das juristische Verfahrensverständnis zu erschüttern droht. Will die Rechtswissenschaft dem Absolutheitsanspruch, der diesem Verständnis zugrundeliegt, gerecht werden, so ist es an der Zeit, dieses Verständnis zu überprüfen. Dabei wird es unvermeidlich sein, festzustellen, daß sich sein Absolutheitsanspruch an einem in der prozessualen Wirklichkeit gar nicht existenten Rechtsideal orientiert. Wenn aber letztlich in der prozessualen Praxis nicht die inhaltliche Aussage die Plausibilität der Entscheidung sichert, sondern vielmehr der exakt durchdachte äußere Verfahrensablauf, und wenn die rationale Argumentation dadurch unweigerlich in den Hintergrund geraten ist - von einer Kommunikation zwischen Gericht und Parteien kann kaum die Rede sein - so rückt eine Rechtswissenschaft, deren Dogmatik kontrafaktisch auf einem Rechtsideal beharrt, das gar nicht realisierbar ist, in den Verdacht wissenschaftlicher Verschleierung um ihrer selbst willen und setzt sich dem begründeten Vorwurf aus, die kritische Reflexion ihrer Dogmatik bewußt zu meiden.

Konsequent hingegen wäre es, die Zweifel, die über die Schlüssigkeit und Glaubwürdigkeit dieser Dogmatik entstanden sind, zu beseitigen. Voraussetzung dafür ist, das Bestehen der Zweifel zunächst einmal einzugestehen. Denn eines ist klar: diese Zweifel können nicht dadurch ausgemerzt werden, daß *Luhmann* kontrafaktisch mit einem juristischen Rechtsideal konfrontiert wird, das die Prozeßwirklichkeit ausblendet. Was nützt es, sich auf den Persönlichkeitsschutz im Grundgesetz zu berufen, wenn die verbindliche Abnahme richterlicher Entscheidungen heutzutage ohnehin schon zur Sache vorwurfsloser Routine geworden ist. Was nützt es, primär die freiwillige

46. Gilles, aaO, S. 186.

47. Simitis, AcP 172 (1972), S. 131, 142.

lige Anerkennung der Entscheidung, die auf einer intersubjektiven Überzeugung von deren Vernünftigkeit und Rechtmäßigkeit beruht, zu fordern, wenn dies ohnehin illusorisch zu sein scheint, zumal ein politisches System seine Stabilität letztlich auf autoritative Entscheidungen stützen muß, die gewollt oder ungewollt zu akzeptieren sind. Die intersubjektive Überzeugung kann nur insoweit möglich sein, als sie der autoritativen Entscheidung nicht widerspricht. Denn ein breiter Widerspruch gefährdet die Stabilität und eine Gefährdung kann sich kein System leisten. Zudem scheidet die Möglichkeit einer intersubjektiven Überzeugung am Selbstverständnis der Richter, die sich letztlich als fest eingebettet in die Gerichtsbürokratie erweisen, wenn sie bei der Entscheidungsfindung nicht allein ihrem Gewissen folgen, sondern z.T. auch den Erwartungen ihrer Vorgesetzten und Kollegen. Ferner ist zweifelhaft, wie es möglich sein soll, den Unterlegenen in einem Rechtsstreit, der mit einem streitigen Urteil geendet hat, intersubjektiv von der Vernünftigkeit und Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung zu überzeugen, wenn er die gefundene prozessuale Wahrheit schlechthin bestreitet. Eine intersubjektive Überzeugung scheint daher letztlich kaum realisierbar zu sein. Die realen Leistungen des Zivilprozesses für die Gesellschaft beschränken sich heutzutage auf die Möglichkeit, eine richterliche Entscheidung überzeugungslos hinnehmen zu können, die - auf einer prozessualen Wahrheitsfindung beruhend - Ähnlichkeiten mit der sophistischen Prozeßauffassung im antiken Griechenland vermuten läßt.

Luhmanns Forderung, die faktische Hinnahme des richterlichen Mchtspruchs zum Ziel des Prozesses zu erheben, scheint daher aus soziologischer Sicht nur konsequent. Eine Rechtswissenschaft freilich, die an die Verwirklichung ihres Rechtsideals glaubt, kann sich daher kaum mit dem status quo zufriedengeben, geschweige denn ihn zu ihrem Dogma erheben. Sie wird vielmehr alles unternehmen, um diesen abzubauen. Es bleibt zu hoffen, daß es ihr gelingen wird, die Argumentationsketten im zivilprozessualen Urteil transparent und dadurch für den Betroffenen nachvollziehbar zu machen, um endlich eine von Irrationalismen freie, auf Überzeugung bedachte gerichtliche Kommunikation zu gewährleisten. Bis dahin aber bleibt *Luhmanns* Systemtheorie unwiderlegt.

4. Kommunikationstheoretischer Ansatz

Rottleuthner hat in Auseinandersetzung mit *Luhmann* das Modell eines auf herrschaftsfreier, symmetrischer Kommunikation beruhenden Verfahrens entwickelt⁴⁸ und greift dabei auf *Habermas* Lehre vom rationalen Diskurs⁴⁹

48. Hubert Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt/M. 1973, S.

zurück, wobei er den Prozeß als Kommunikation nach dem Diskursmodell begreift.

a) Der rationale Diskurs

In dieser, seiner Theorie der kommunikativen Kompetenz, unterscheidet Habermas⁵⁰ die Rede, die bloß kommunikatives Alltagshandeln ist, von der Rede als Diskurs. Bei der ersten wird die Geltung von Sinnzusammenhängen naiv vorausgesetzt und Frage und Antwort stehen unter der Voraussetzung nicht problematisierter Geltungsansprüche. Der Diskurs hingegen dient nach seiner Definition⁵¹ der Begründung problematisierter Geltungsansprüche von Meinungen und Normen. In jedem Diskurs aber besteht die Notwendigkeit eine ideale Sprechsituation zu unterstellen, um ein zureichendes Kriterium für die Unterscheidung des wahren vom falschen Konsensus zu gewinnen. Die Unterscheidung des wahren vom falschen Konsensus ist also nach Habermas das Ziel der diskursiven Verständigung. Um aber diesen Diskurs starten zu können, muß vorher ein gemeinsamer tragfähiger Konsensus erzielt worden sein; denn gemäß der Konsensustheorie der Wahrheit, kann über die Wahrheit von Aussagen *nicht* ohne Bezugnahme auf die Kompetenz möglicher Beurteiler, und über diese Kompetenz wiederum nicht ohne Bewertung der Wahrhaftigkeit ihrer Äußerungen und der Richtigkeit ihrer Handlungen entschieden werden⁵². Weil jedoch dieser primäre Konsensus nicht erzielt werden kann, muß er kontrafaktisch unterstellt werden, d.h., als wäre er in einer idealen Sprechsituation zustande gekommen.

Eine ideale Sprechsituation wäre dann gegeben, wenn die Kommunikation weder durch äußere kontingente Einwirkungen noch durch Zwänge behindert wird, die sich aus der Struktur der Kommunikation selbst ergeben. Die ideale Sprechsituation schließt systematische Verzerrung der Kommunikation aus. Nur dann herrscht ausschließlich der eigentümlich zwanglose Zwang des besseren Argumentes, der die methodische Überprüfung von Behauptungen sachverständig zum Zuge kommen läßt und die Entscheidung praktischer Fragen rational motivieren kann. Die Kommunikationsstruktur

157 ff.

49. Jürgen Habermas, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: Jürgen Habermas, Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt/M. 1971, S. 101 ff, 114 ff.

50. Habermas, aaO, S. 115 ff.

51. Habermas, aaO, S. 117.

52. Habermas, aaO, S. 134.

produziert aber nur dann keine Zwänge, wenn für alle möglichen Beteiligten eine symmetrische Verteilung der Chancen, Sprechakte zu wählen und auszuüben, gegeben ist. Dann besteht nämlich nicht nur prinzipielle Austauschbarkeit der Dialogrollen, sondern eine effektive Gleichheit der Chancen bei der Wahrnehmung von Dialogrollen, d.h. auch bei der Wahl und der Performanz der Sprechakte⁵³. Damit aber die Gesprächsteilnehmer nicht bloß wähnen, einen Diskurs zu führen, während sie tatsächlich in einer Kommunikation unter Handlungsdruck befangen sind, verlangt die ideale Sprechsituation Bestimmungen, die sich nur mittelbar auf Diskurse, unmittelbar jedoch auf die Organisation von Handlungszusammenhängen beziehen. In der idealen Sprechsituation sind nur Sprecher zugelassen, die als Handelnde gleiche Chancen haben; eine Privilegierung ist folglich ausgeschlossen. Die Symmetrie von Berechtigungen und Verpflichtungen kann wiederum nur durch die Gleichverteilung der Chancen gewährleistet werden, einerseits zu befehlen und sich zu widersetzen, zu erlauben und zu verbieten, Versprechen zu geben und abzunehmen, Rechenschaft abzulegen und zu verlangen (sog. Regulativa) und andererseits den pragmatischen Sinn der Rede überhaupt auszusprechen, Äußerungen zu verstehen, zu kommunizieren (sog. Kommunikativa). Diese Gleichverteilung der Chancen sichert dann die Möglichkeit, in Diskurse einzutreten⁵⁴.

Da die Gleichverteilung jedoch nur hypothetisch sein kann, muß eine ideale Sprechsituation daher kontrafaktisch unterstellt werden. Durch die Unterstellung ist sichergestellt, daß jeder Konsensus, der unter ihren Bedingungen erzielt werden kann, per se als wahrer Konsensus gelten darf. Der Vorgriff auf die ideale Sprechsituation ist Gewähr dafür, daß mit einem im Diskurs faktisch erzielten Konsensus, der Anspruch des wahren Konsensus verbunden werden darf⁵⁵.

b) Der herrschaftsfreie Diskurs

Rottleuthner hat nun diese "Theorie kommunikativer Kompetenz" auf das Gerichtsverfahren übertragen. Er begreift die Realität des Verfahrens und insbesondere die gerichtliche Verhandlung als "systematisch verzerrte Interaktion" gegenüber der idealen Sprechsituation, deren Asymmetrien, d.h. ungleiche Verteilungen von Kommunikationschancen, am kritischen Gegenmodell einer nicht gewaltsam verstellten Kommunikation, also am ratio-

53. Habermas, aaO, S. 137.

54. Habermas, aaO, S. 138 f.

55. Habermas, aaO, S. 136.

nenalen Diskurs gemessen werden⁵⁶. Der vorgängigen Asymmetrie der Verfahrenssituation, die durch ungleiche Einflußchancen gekennzeichnet wird, folgen Asymmetrien im Verfahren, wobei besonders das Gefälle in der Sprachkompetenz, die unterschiedliche Qualität in der anwaltlichen Vertretung und die Interpretationsherrschaft des Richters als objektiv diskriminierende Elemente aufgefaßt werden⁵⁷. Die "Intersubjektivität von Rechtsnormen" – gemeint ist wohl: die intersubjektive Geltung von Rechtsnormen – sieht *Rottleuthner* "in einem asymmetrischen, überhaupt einem pathologischen Prozeß konstituiert"⁵⁸.

Rottleuthner stellt abschließend fest, daß die strukturellen Bedingungen, die im Prozeß zu einem Konsens z.B. über die Wahrheit des Sachverhalts führen können, überhaupt nicht vorhanden sind. Dennoch will er seine Ausführungen nicht "als Plädoyer für ein Rechtsgespräch" mißverstanden wissen⁵⁹, sondern "gegen *Luhmanns* Verengung der Perspektive auf Verfahrensmechanismen, die zur Abnahme von Entscheidungen führen, ... den Blick auf die inhaltliche Legitimität dieser Mechanismen lenken"⁶⁰. Solche inhaltliche Legitimität läßt sich in der "als Gegenbild ... idealisierten gelungenen Kommunikation" erreichen, nicht aber "solange die objektive Funktion der Justiz... darin besteht, Normen ungebrochen durchzusetzen". Diese idealisierte Situation begreift *Rottleuthner* in Anlehnung an *Habermas* als "eine Situation, in der die pragmatischen Bedingungen vernünftigen Redens erfüllt wären"⁶¹.

c) Kritik

Rottleuthners Forderung, die Voraussetzungen einer Sprechsituation zu schaffen, in der die Kommunikation weder durch äußere Einwirkungen noch durch die Struktur der Kommunikation behindert wird, muß sich den Vorwurf gefallen lassen, realitätsfremd zu sein. Denn diese Forderung läßt sich nicht in unserer jetzigen Gesellschaftsform verwirklichen, sondern kann erst mit der Herstellung der idealen Gesellschaft erfüllt werden. Selbst *Habermas* gesteht ein, daß die kontraktischen Bedingungen der idealen Sprech-

56. *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 158.

57. *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 160 f.

58. *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 159. "Pathologie" meint hier ein gestörtes Verhältnis von Norm, Rollenerwartung einerseits und Motiven, Bedürfnissen andererseits bei allen in einer Kommunikation Befangenen.

59. *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 166.

60. *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 166.

61. *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 158.

situation mit den Bedingungen der idealen Lebensform zusammenfallen⁶². Wegen diesem mangelnden Realitätsgehalt der idealen Sprechsituation aber, läßt sich das Diskursmodell verfahrensrechtlich nicht umsetzen. Denn ein Diskurs kann nicht geführt werden, ohne die Unterstellung, daß die Bedingungen für das Eintreten in einen Diskurs erfüllt sind. Diese Bedingungen sind jedoch gerade nicht nachprüfbar und daher manipulierbar, eine Tatsache, die auch das Ergebnis dieses Diskurses unbrauchbar macht. Ein Zivilprozeß, der die ideale Sprechsituation zum Ausgangspunkt seines Verfahrens macht, erhebt eine unnachprüfbare Fiktion zur Voraussetzung für seine argumentativ erzielte Wahrheitsfindung und führt sich selbst, da unglaubwürdig geworden, ad absurdum.

Weitere Bedenken gegen die Übertragung des Diskursmodells auf das Gerichtsverfahren ergeben sich auch daraus, daß sich das Verfahren letztlich nicht auf kommunikative Übereinstimmung verlassen kann. Eine gütliche Einigung ist zwar im Zivilprozeß erwünscht, kann aber nicht einzige Streitbeilegungsmöglichkeit sein, zumal wenn sich die Prozeßparteien nicht einigen wollen oder können. Letztendliches Ziel des Verfahrens ist daher nicht der Konsens, sondern die Entscheidung. Ein Zivilprozeß, an dessen Ende das Urteil steht, versagt aber die Anwendbarkeit des Diskursmodells.

Wenn *Rottleuthner* zudem unter dem Thema Soziologie richterlichen Handelns darauf hinweist, der Sprache wohne keine "vereinigende Macht" inne, erst wo Einigkeit bestehe, werde ihr Macht zugetraut⁶³, stellt er auch selbst für Gerichtsverfahren als Konfliktlösungsmechanismen seine Idee einer idealisierten, gelungenen Kommunikation, spezifiziert nach den pragmatischen Bedingungen vernünftigen Redens, außer Anwendung.

5) Soziologische Theorien statt Alltagstheorien

a) *Opp*⁶⁴ wendet sich gegen die Verwendung von Alltagstheorien im Prozeß und fordert, der Richter dürfe nur sozialwissenschaftlich abgesicherte Erfahrungssätze verwenden. Die Absicherung findet er im Erklärungsmodell, wie es von *Hempel-Oppenheim* entwickelt worden ist.

Alltagstheorien sind Theorien über kausale und statistische Zusammenhänge, die keiner Überprüfung durch wissenschaftliche Untersuchungen unterzogen worden sind⁶⁵; ihre Verwendung wurde in straf-, zivil- und ver-

62. *Habermas*, aaO, S. 139.

63. *Rottleuthner*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt/M. 1973, S. 195 f.

64. *Opp*, Kritische Justiz 1970, S. 383 ff.

65. *Opp*, Karl-Dieter, Soziologie im Recht, Reinbeck bei Hamburg 1973, S. 24, 55 f.

fassungsrechtlichen Argumentationszusammenhängen nachgewiesen. So hat *Opp* am Beispiel der gerichtlichen Rekonstruktion eines Diebstahles gezeigt, daß bei der "Entscheidung, ob der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist" eine Vielzahl von Alltagstheorien Verwendung findet, die in der Verhandlung "nicht explizit formuliert, ... vielmehr nur angedeutet" werden⁶⁶.

Die kennzeichnende Gefahr, die die unreflektierten Alltagstheorien ausmachen, ist, daß diese ebenso wie wissenschaftliche Theorien nach dem *Hempel-Oppenheimschen* "Wenn-dann-Schema"⁶⁷ zur Faktenfindung beitragen, in dem sie den folgenden Schluß erlauben: wenn X gegeben ist (X wurde beobachtet), dann ist auch Y gegeben (Y wird mittels der Theorie erschlossen)». Zunächst will der Richter wissen, ob ein bestimmter Tatbestand (das Explanandum) vorlag, vorliegt oder vorliegen wird (ob die Angeklagte die Absicht hatte, sich die Geldbörse anzueignen). Sodann sucht er eine empirische Theorie zu deren Dann-Komponente diese Tatbestände gehören. Die Wenn-Komponente dieser Theorie gibt dem Richter dann die Information, unter welchen Bedingungen das Explanandum allgemein vorliegt. Drittens ermittelt der Richter dann im konkreten Fall, ob die Bedingungen vorliegen (ob etwa die Angeklagte vorbestraft ist oder nicht), oder er produziert die Bedingungen selbst (er stellt z.B. Suggestivfragen). Liegen diese vor, schließt der Richter aus der Theorie und den Randbedingungen auf das Explanandum⁶⁸. Auf den Zivilprozeß angewendet messen beispielsweise beim Ehescheidungsprozeß die Gerichte das für eine Scheidung erforderliche Mindestmaß an Ehezerüttung zunächst einmal daran, ob die Ehepartner noch Geschlechtsverkehr haben, obgleich diese Tatsache auch "zerrütteten" Ehen zugrundeliegt. Aus einem Verhandlungsprotokoll⁶⁹ diesbezüglich kann entnommen werden: "gemäß der Tatsache, daß am ... noch ehelicher Verkehr war (X-Faktor der Wenn-Komponente) ist die Ehe nicht zerrüttet (Y-Faktor der Dann-Komponente, hier ermittelt durch eine Alltagstheorie)".

Soweit es sich um technische oder medizinische Sachverhalte handelt, werden häufig Sachverständige hinzugezogen. Zur Klärung wirtschaftlicher, sozialer und psychologischer Fragen geschieht dies selten, stattdessen wird das Entscheidungsproblem simplifiziert. Dazu dienen gewisse stereotype Operationalisierungen. Hierbei genügt es, eine simple Schlüsselinformation

66. *Opp*, Kritische Justiz 1970, S. 383, 390.

67. *Lautmann*, Justiz die stille Gewalt, S. 22f.

68. *Opp*, Kritische Justiz 1970, S. 383, 389.

69. *Lautmann*, Justiz die stille Gewalt, S. 57.

zu erlangen, um auf einen ganzen Faktenkomplex schließen zu können⁷⁰, wie an obigem Beispiel deutlich wurde.

Festzuhalten ist, daß die Verwendung von Alltagstheorien durch Richter als "willkommener Helfer in der Not schwieriger Faktensuche"⁷¹ um den Preis der Rationalität gerichtlicher Entscheidungsfindung erfolgt. Ihre Verwendung muß deshalb, soll gerichtliche Entscheidungsfindung rational nachvollziehbar sein, möglichst begrenzt und hohem Begründungsdruck unterworfen werden. Die rechtssoziologische Gegenstrategie von *Opp* fordert daher die Ersetzung empirisch nicht überprüfbarer, aufgrund "irgend eines Evidenzgefühls" herangezogener juristischer Alltagstheorien durch "soziologische Theorien, die mittels der Techniken der empirischen Sozialforschung geprüft und sich häufiger bewährt als nicht bewährt haben"⁷².

b) So plausibel und berechtigt die Forderung von *Opp* ist, so sehr stellen sich ihre Realisierungschancen doch in Frage. Er verkennt hierbei die gerichtliche Wirklichkeit und überschätzt die Möglichkeiten gerichtlicher Verfahren. Allein die Ersetzung von Alltagstheorien durch sozialwissenschaftlich gesicherte Theorien stößt im besonderen Maße auf strukturelle, organisatorische, personelle und verfahrensrechtliche Grenzen, die eine generelle Übernahme der sozialwissenschaftlichen Theorien durch die Gerichte verhindern. Aus diesem Grunde wäre es zweckmäßiger und realitätsnäher, die Verwendung von Alltagstheorien zu reduzieren. Eine Einschränkung ihrer Verwendungshäufigkeit läßt sich, ohne daß es gesteigerten materiellen Aufwandes bedürfte, durch Erhöhung der Transparenz und – damit verbunden – durch erhöhten Begründungsdruck erreichen: Wird die Verwendung von Alltagstheorien im Prozeß gerichtlicher Wahrheitskonstruktion offenkundig, so werden die Alltagstheorien expliziert und damit kritisierbar.

II. Effizienz

Eine essentielle Forderung, die an den Zivilprozeß gestellt wird, ist, die Interessen der Prozeßbeteiligten effizient durchzusetzen. Ist dies nicht gewährleistet, so verliert er seinen Wert für die Gesellschaft.

Jede potentielle Prozeßpartei hat in der Regel ein lebhaftes Interesse daran, daß der von ihr erstrebte Rechtszustand baldmöglichst herbeigeführt oder die gegnerischen Ansprüche baldmöglichst zurückgewiesen werden. Soweit durch ein vorläufiges Urteil die gewünschte Veränderung herbei-

70. *Lautmann*, Justiz die stille Gewalt, S. 57.

71. *Lautmann*, Justiz die stille Gewalt, S. 23.

72. *Opp*, Soziologie im Recht, S. 59; *ders.*, Kritische Justiz 1970, S. 383, 397.

geführt worden ist, wandelt sich dieses Beschleunigungsinteresse dann um in ein Interesse an der Erhaltung und Gewißheit des erlangten Besitzstandes. Die Effizienz wäre also am besten durch einen sofortigen Machtanspruch erreicht.

Da die Zivilprozeßpraxis aber zeigt, daß ein Zivilprozeß um eine gewisse Prozeßdauer nicht umhinkommt, besteht doch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis, diese möglichst gering zu halten. Hierfür sprechen eine Reihe von Gründen, auf die teilweise *Kisch* schon hingewiesen hat: Obwohl der Zivilprozeß für das gesellschaftliche Leben "nützlich und geradezu unentbehrlich" ist, so birgt er doch auch "soziale Nachteile, Gefahren und Schädlichkeiten" in sich⁷³. Denn während der Prozeßdauer sind die wirtschaftlichen Werte, die den Gegenstand des Prozesses ausmachen, im Hinblick auf den ungewissen Ausgang des Prozesses gebunden. Überhaupt verbindet sich mit jedem Prozeß eine Situation wirtschaftlicher Unsicherheit, die umso größer ist, je weniger berechenbar das materielle Recht ist⁷⁴. Zu dieser Unberechenbarkeit trägt auch die Tatsache bei, daß das Richterrecht infolge zum Teil ungenügender Veröffentlichungspraxis⁷⁵ keine Öffentlichkeitswirkung erlangt. Alle diese Nachteile verschärfen sich mit der Dauer des Rechtsstreits.

Die Frage nach der Effizienz ist aber auch gleichzeitig eine Kostenfrage und damit "die Existenzfrage des Prozesses"⁷⁶, d.h. sie ist der Steuerungsmechanismus für den Rechtsschutz. Soll das System des auf Privatinitiative hin gewährten Rechtsschutzes funktionieren, muß die Partei bei ihrer Disposition über Prozeßeinleitung und Prozeßfortgang (Klage, Beweisantritt, Rechtsmittel etc.) erwarten können, daß ein Prozeßsieg für sie wertvoll genug ist, die mit dem Verfahren verbundenen Kosten, also den Preis des Rechtsschutzes, aufzuwiegen, der nicht nur aus den Prozeßkosten im eigentlichen Sinne besteht, sondern auch die damit verbundene Arbeit (wie materieller Aufwand, psychische Belastung, nicht ersetzbare finanzielle Aufwendungen) erfaßt. Wiegt der Prozeßsieg die erwarteten Kosten nicht auf, so wird sich ein im Sinne ökonomischer Rationalität handelnder Mensch (*homo oeconomicus*) auf den Zivilprozeß gar nicht erst einlassen, sich unter Verzicht auf Rechtsmittel mit der Niederlage abfinden oder die in den

73. *Wilhelm Kisch*, Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, *Judicium*, Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege I, 1928/29, S. 1, 8.

74. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, S. 91.

75. Siehe dazu unten B.IV.

76. *Franz Klein*, Zeit und Geistesströmungen im Prozesse, Vortrag gehalten in der GeStiftung zu Dresden am 9. Nov. 1901, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1958, S. 20.

Prozeß zu investierende Arbeitsleistung durch vermindertes Engagement und damit in der Regel durch Minderung der Erfolgsaussichten reduzieren⁷⁷.

Ein Zivilrechtsstreit ist also gleichsam auch ein Schichtenproblem. Sozial schwache Schichten können sich eine durch lange Dauer bedingte kostspielige Prozeßführung – trotz Rechtsschutzversicherung – nicht leisten. Nicht zufällig stehen daher auf der Klägersseite im Zivilprozeß weit mehr Unternehmen als natürliche Personen, mehr "Verkäufer" als Verbraucher⁷⁸. Für die Unternehmen sind die mit dem Prozeß verbundenen Risiken eben weit geringer als für den Endabnehmer⁷⁹. Empirische Untersuchungen haben zu dem Ergebnis geführt, daß die Unterschicht bei Zivilgerichten stark unterrepräsentiert ist, ja den Weg zum Gericht meidet, soweit es irgend geht und eher Nachteile in Kauf nimmt. Eine Ausnahme bildet insoweit der Ehescheidungsprozeß⁸⁰.

III. Breitenwirkung

Der normale Zivilprozeß ist dagegen wie *Blankenburg*⁸¹ formuliert hat, ein "Dienstleistungsbetrieb für die mittlere Geschäftswelt", wobei meist die Privatpersonen die Beklagten sind. Die Aufgaben der ordentlichen Gerichte in der Bundesrepublik beschränken sich also i.d.R. auf die Konfliktregelung in ökonomischen Beziehungen und bei Desintegration von Familien. Privatpersonen können kaum in Konflikte regulierend eingreifen, die für den Produktionsprozeß entscheidend sind, wie z.B. bei Auseinandersetzungen um Löhne, bessere Arbeitsbedingungen und Fragen des beruflichen Status. Sie stellen die Herrschaftsbeziehungen im Produktionsprozeß ebensowenig in Frage, wie die zwischen Produzenten und Konsumenten. Vor Arbeitsgerichten beispielsweise sind die Fälle sehr selten, in denen Arbeitnehmer kollektiv für bessere Arbeitsbedingungen oder Beteiligungsrechte streiten. Die Einrichtung eines Betriebstrates ist z.B. für Betriebe mit mehr als 5 Beschäftigten gesetzlich verankert, aber dennoch hatten etwa in Baden-Württemberg noch vor einigen Jahren nur 46% aller Betriebe eine solche

77. *Dorndorf*, aaO, S. 304 f.

78. *Theo Rasehorn*, Recht und Klassen, Darmstadt und Neuwied 1975, S. 42 ff, 157 ff.

79. *Rasehorn*, ebenda.

80. *Rasehorn*, aaO, S. 76.

81. *Erhard Blankenburg*, Der Anteil gerichtlicher Verfahren bei der Austragung sozialer Konflikte, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 4, *Manfred Rehbinder*, Lawrence M. *Friedmann* (Hrsg.), Opladen 1976, S. 84 ff; *Erhard Blankenburg/Viola Blankenburg/Hellmut Morasch*, Der lange Weg in die Berufung, in: *Tatsachenforschung in der Justiz*, *Rolf Bender* (Hrsg.), Tübingen 1976, S. 81.

Einrichtung⁸². Weder die Gewerkschaften noch einzelne Arbeitnehmer versuchen i.d.R. auf dem Weg über die Gerichte ihre Beteiligungsrechte zu erstreiten. Den Gerichten sind also enge Grenzen gesetzt: Sie können nur über solche Fälle entscheiden, die ihnen zur Entscheidung vorgelegt werden. Da es aber die Prozeßparteien sind, die den Gerichten das Entscheidungsmaterial vorlegen, können diese auf dessen Auswahl keinen Einfluß nehmen und daher eine allgemeine Rechtsprechung nicht gewährleisten⁸³.

Ein Konflikt also, der zu einem Kampf zwischen organisierten Interessen führt, scheint deshalb über die Kapazität justizieller Institutionen hinauszugehen, weil die Parteien die Macht der Gerichte nicht hoch genug einschätzen, soziale Verhältnisse ändern zu können. Eine Ausnahme bilden insoweit die Verwaltungsgerichte. Wie sich z.B. an den Diskussionen um Umweltschutz, Frauendiskriminierung, Asylrecht oder Polizeirecht bei Demonstrationen zeigt, ist gerade das öffentliche Recht gesellschaftlichen Interessenkonflikten und damit Veränderungen in verstärktem Maße ausgesetzt.

Im Zivilprozeß fällt jedoch auf, daß es in der Bundesrepublik kaum Bewegungen gibt, die mit Hilfe der Gesetze soziale Veränderungen durchsetzen wollen⁸⁴. Gewerkschaften beispielsweise haben bislang die Gerichte kaum in Anspruch genommen, um den Partizipationsrechten der Arbeitnehmer im Betriebsverfassungsgesetz Geltung zu verschaffen. Auch gibt es in der Bundesrepublik kaum Bemühungen, die Interessen von ausländischen Arbeitnehmern und deren Familien auf dem Gerichtswege durchzusetzen. Eher Ausnahmecharakter hat der vor Jahren gemachte Versuch, den Verbraucherinteressen Geltung zu verschaffen, indem eine Klagebefugnis von Verbraucherverbänden gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen und bei unlauterem Wettbewerb eingeführt wurde, in Annäherung an das schwedische Modell eines Verbraucher-Ombudsman⁸⁵.

Anders ist die Situation in den USA. Dort gibt es beispielsweise sog. Public Interest Law Firms, die staatlich unterstützt werden und die rechtliche Vertretung anderweit schwer organisierbarer Interessen übernehmen⁸⁶. Joel

82. Blankenburg, Der Anteil gerichtlicher Verfahren bei der Austragung sozialer Konflikte, aaO, S. 92.

83. Robert Fischer, Das Entscheidungsmaterial in seiner Bedeutung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: Fischer/Adams/Sperl/Cornish (Hrsg.), Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Frankfurt, 1976, S. 11 ff.; Blankenburg, Der Anteil gerichtlicher Verfahren bei der Austragung sozialer Konflikte, aaO, S. 93 f.

84. Blankenburg, ebenda, S. 95.

85. Volkmar Gessner, Zugang zum Recht, in: Rechtssoziologisches Examinatorium, Frank Rotter, Günter Dux, Rüdiger Lautmann (Hrsg.), Heidelberg u. Karlsruhe 1980, S. 103.

86. Gessner, aaO, S. 103.

F. Handler⁸⁷ beschreibt, wie in der Vergangenheit sozialpolitisch engagierte Reformgruppen immer mehr den Prozeßweg einschlugen, um ihre Forderungen durchzusetzen.

Diese Entwicklung verdankt ihren Ursprung den Aktivitäten des US Supreme Court. Unter der Leitung des früheren Bundesgerichtspräsidenten Earl Warren wurden die Tore der Bundesjustiz erstmals auch den Forderungen von Minderheiten und unterdrückten Gruppen geöffnet. Von ihm stammt der bekannte Satz: "... under the conditions of modern government, litigation may be the sole practicable avenue open to a minority to petition for redress of grievances"⁸⁸. Das Bundesgericht betrachtete sich selbst als das geeignete Forum für Gruppen, die von anderen Regierungsstellen nicht gehört wurden, änderte daher seine Rechtsprechung und ermöglichte einen breiten Zugang zu den Gerichten, z.B. in dem es o.g. Gruppen eine Klagebefugnis zugestand. Kurzum, das Gericht zeigte Verständnis auch für jene, die keine Lobby im politischen System hinter sich haben. Hinzu kam, daß diese Gruppen durch junge, liberale und aktive Rechtsanwälte unterstützt wurden, die sich – staatlich finanziell gefördert – von ihrer herkömmlichen Rechtstätigkeit abwandten, um sich voll der sozialpolitischen Reformarbeit zu widmen. Ihren Anfang nahm diese Bewegung 1954 mit dem Kampf für die Aufhebung der Rassentrennung in der Schule (School desegregation), weitete sich aber bald auf unzählige andere Bereiche aus, in denen ebenfalls Prozesse angestrebt wurden. Dabei haben die Gesellschaftsreformer aber verschiedene Probleme, im Wege des Prozesses Rechtsänderungen durchzusetzen. Handler beschreibt drei Arten von Prozeßstrategien:

Die erste ist die Verteidigungsstrategie. Sie wird angewandt, falls die Gruppe, ihre Führer oder ihre Mitglieder verfolgt werden⁸⁹. Beispielsweise während der "Black-Panther-Bewegung" 1967, als junge militante Farbige unter der Devise "Off the Pig" in der Öffentlichkeit Waffen zeigten, sich der Polizei widersetzen und ein Selbstverteidigungsprogramm ausriefen, und es somit zu Massenverhaftungen kam, wurde im Wege einer defensiven Strafprozeßstrategie der Freispruch ihrer Führer erreicht⁹⁰.

Die zweite ist die Hilfsstrategie, falls der Prozeß zu Gunsten anderer Strategien geführt wird. Der Montgomery-bus-boycott z.B. führte schließlich

87. Joel F. Handler, Social Reform Groups and the Legal System: Enforcement Problems, in: Jahrbuch für Rechtstheorie, Band 4, Lawrence M. Friedmann und Manfred Rehbinder (Hrsg.), Opladen 1976, S. 218 ff.

88. Zit. n. Handler, aaO, S. 219.

89. Handler, aaO, S. 222.

90. Handler, aaO, S. 223.

zu einem Gerichtsurteil, das die Verordnung über die Rassentrennung im Bus für verfassungswidrig erklärte. Der Prozeß wurde von den Führern der Bewegung aber hauptsächlich angestrengt, um die militanten Mitglieder ihrer Gruppe von schädlichen Aktionen abzuhalten. Umweltschutzgruppen führen Prozesse z.B. um Zeit zu gewinnen, d.h. den fraglichen Bau zu stoppen, um politisch für sich mobil machen zu können⁹¹.

Die dritte ist die Durchsetzungsstrategie, falls die primären Ziele der Gruppe erreicht werden sollen. Hier treten auch die meisten Probleme auf. *Handler* analysiert vier Typen von Durchsetzungsproblemen:

Erstens: Die Durchsetzung bedingt eine große Zahl von amtlichen Ermessensentscheidungen auf unterer Ebene. Die Aufhebung der Rassentrennung wurde zwar in langwierigen Prozessen gerichtlich durchgesetzt, doch von einem Erfolg konnte erst dann gesprochen werden, wenn sie auch in der Praxis durchgeführt wurde. Beamte auf unterer Ebene, z.B. Polizisten, Sozialhelfer, Bewährungshelfer etc. haben aber die Möglichkeit eine Gerichtsentscheidung zu umgehen, wenn sie von der Unrichtigkeit der Entscheidung überzeugt sind, zumal auch die Betroffenen die Entscheidung i.d.R. nicht kennen oder Angst haben, sich zu widersetzen⁹².

Zweitens: Die Durchsetzung bedingt eine große Zahl privater Ermessensentscheidungen: Obwohl es Gesetze gibt, die eine Diskriminierung verbieten und optimale Arbeitsbedingungen vorschreiben, sieht die Realität doch anders aus. Die Diskriminierung am Arbeitsplatz durch private Arbeitgeber ist weit verbreitet. Opfer sind meist die macht- und besitzlosen Klassen⁹³ und Frauen. Ein anderes Beispiel: Obwohl die Abtreibung in den ersten drei Monaten durch eine bundesgerichtliche Entscheidung erlaubt wurde, weigern sich Krankenhäuser und Ärzte Abtreibungen vorzunehmen, lehnen daher die meisten Anträge ab oder verlangen horrende Honorare⁹⁴.

Drittens: Die Durchsetzung bedingt fortwährende Anstöße bei entscheidend wichtigen Überwachungsbehörden: Gerichtsentscheidungen schreiben den Kraftwerksbehörden bei der Vergabe von Genehmigungen für den Bau von Kraftwerken vor, auch Umweltschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen. Da aber gerichtlich nicht geregelt ist, wie im Einzelfall zu entscheiden ist, erteilen die Überwachungsbehörden auch Genehmigungen, wenn Umweltschutzaspekte zwar gehört, aber nicht berücksichtigt werden⁹⁵.

91. *Handler*, aaO, S. 225.

92. *Handler*, aaO, S. 226 ff.

93. *Handler*, aaO, S. 228 f.

94. *Handler*, aaO, S. 229 f.

95. *Handler*, aaO, S. 230 f.

Viertens: Die Durchsetzung wird von einer mächtigen und widerspenstigen Regierungsstelle behindert: Beispielsweise wurde in Kalifornien ein Gesetz verabschiedet, wonach Bedürftige vom Staat Sozialhilfe empfangen können. Die jährliche Anpassung der Sozialhilfeleistungen an die gestiegenen Lebenshaltungskosten sollte laut Gesetz dem Staat überlassen bleiben. Obwohl das California State Department genau wußte, daß es anpassen mußte, unternahm es, um Kosten zu sparen, nichts. Erst nachdem eine Organisation zur Durchsetzung von Sozialrechten gegen das California State Department mehrere Prozesse anstregte und gewann, führte California 23 Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes die Anpassung endlich durch⁹⁶.

In den USA versuchen aber trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten sozialpolitisch engagierte Reformgruppen, ihren Forderungen im Wege des Prozesses Geltung zu verschaffen, was ihnen in den meisten Fällen auch gelingt.

Die soziale Bedeutung der Gerichte läßt sich aber nicht nur von dem bestimmen, was im einzelnen Prozeß verhandelt wird, sondern liegt weitgehend schon vorher in der Selektion von Konflikten, die nicht vor Gericht kommen. Soweit man nun am Status der Parteien, insbesondere des Klägers, erkennen kann, scheinen die Zivilgerichte keine kompensatorische Wirkung auf die soziale Machtverteilung auszuüben. Die geringsten Zugangssperren, mit einer Klage vor Gericht zu ziehen, haben professionelle Prozeßparteien (Geschäftsleute, Firmen, juristische Personen). Die Zivilgerichte bestärken damit bestehende Machtverhältnisse⁹⁷. *Galanter*⁹⁸ sieht im geltenden Prozeßsystem ineinegreifende und sich verstärkende Vorteile für die "Besitzenden": Dabei haben auf der Ebene der Prozeßparteien diejenigen Vorteile, die wiederholt vor Gericht ziehen⁹⁹. Auf der Ebene der Rechtsanwälte haben die beruflich Angesehenen und Wohlhabenden Vorteile gegenüber dem "newcomer" in Bezug auf Spezial-Kenntnisse, Kontinuität und Tüchtigkeit¹⁰⁰. Auf der Ebene der Rechtseinrichtungen haben die organisierten und erfahrenen Prozeßparteien Vorteile durch die Passivität der Rechtsinstitutionen. Sie verstehen es am besten, die Passivität zu durchbrechen, indem sie als Kläger den Zivilprozeß in Gang bringen und sich günstige

96. *Handler*, aaO, S. 232 f.

97. *Blankenburg*, Der Anteil gerichtlicher Verfahren bei der Austragung sozialer Konflikte, aaO, S. 95 f.

98. *Marc Galanter*, The Distribution of Advantages in the Litigation Process, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 4, *Manfred Rehbinder*, *Lawrence M. Friedmann* (Hrsg.) (Opladen 1976), S. 245 ff.

99. Sog. "repeat player", vgl. *Galanter*, aaO, S. 246 ff.

100. *Galanter*, aaO, S. 251 ff.

Rechtspositionen verschaffen¹⁰¹. Auf der Ebene der Normen werden ältere und kulturell dominierende Interessen begünstigt¹⁰².

IV. Entscheidungsveröffentlichungen

Zumal das Richterrecht immer mehr ergänzend neben das Gesetzesrecht tritt – die letzten Zweifel an der Legitimation dieses Richterrechts hat das BVerfG beseitigt¹⁰³, – kommt der Frage nach der Veröffentlichungsbedürftigkeit richterlicher Grundsatzentscheidungen besondere Bedeutung zu. Wird eine solche richterliche Normsetzung entgegen Montesquiescher Gewaltenteilungsvorstellungen allgemein anerkannt, so untersteht sie aber, ähnlich wie das Gesetzesrecht, dem Gebot der Publizität, d.h. sie muß ebenso wie dieses allgemein zugänglich sein. Man kann nicht die Existenz des Richterrechts einerseits anerkennen und es andererseits dennoch im Dunklen lassen¹⁰⁴.

Dieses Publizitätsgebot ergibt sich aus dem für alle demokratischen Staatsorgane geltenden Öffentlichkeitsprinzip, dessen verfassungsrechtlicher Gehalt¹⁰⁵ dem Richterrecht ebenso wie der parlamentarischen Gesetzgebung gebietet, sich der Kritik der Öffentlichkeit zu stellen. Zum anderen ergibt es sich aus dem Grundrecht auf Information des Rechtssuchenden¹⁰⁶. Der Bürger hat nur dann eine Chance, sein Verhalten nach dem für ihn maßgebenden Recht einzurichten und seine Prozeßaussichten zu beurteilen, wenn er sich über dieses Recht, wozu auch das Richterrecht gehört, unterrichten oder unterrichten lassen kann. Ohne diese Informationsmöglichkeit wäre der Zugang des Bürgers zum Recht und damit sowohl das Rechtsstaats- als auch das Sozialstaatsprinzip beeinträchtigt. Eine Veröffentlichungspflicht ergibt sich ferner auch aus der Rechtsfortbildung selbst. Eine richtungsweisende Entscheidung hat nur dann Richtigkeitsgewähr oder Vergewisserungswert, wenn ihre Kenntnis nicht auf den Kreis der erkennenden Richter und Prozeßbeteiligten beschränkt bleibt, sondern den anderen Gerichten und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird¹⁰⁷.

Ein Blick auf die Veröffentlichungspraxis der Gerichte zeigt folgendes Bild: Der einzige Fall, in dem die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidun-

101. *Galanter*, aaO, S. 254 f.

102. *Galanter*, aaO, S. 255 f.

103. Vgl. BVerfGE, 34, S. 269.

104. *Kramer*, ZRP 1976, S. 84, 85; *Wassermann*, RdA 1974, S. 179 ff; *Mayer-Maly*, DRiZ 1971, S. 329.

105. Vgl. BVerfGE 8, S. 104, 113.

106. *Spiros Simitis*, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, 1970, S. 48 ff, 56.

107. *Kramer*, ZRP 1976, S. 84, 89.

gen gesetzlich vorgeschrieben ist, betrifft gewisse Entscheidungen des BVerfG. Diese sind gem. § 31 II BVerfGG durch den Bundesminister der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Die Veröffentlichungspraxis des BVerfG zeigt aber, daß alle Urteile und Beschlüsse der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts in vollem Wortlaut in die Entscheidungssammlung (BVerfGE) aufgenommen werden und zwar durch Privatinitiative der Senatsmitglieder¹⁰⁸.

Die oberen Bundesgerichte hingegen veröffentlichen nur ca. 50% sämtlicher Entscheidungen und zwar in der Regel auszugsweise. Maßgebendes Kriterium für die Aufnahme von Entscheidungen in die amtliche Sammlung ist "ihre Bedeutung". Über die Aufnahme entscheidet der jeweils erkennende Senat¹⁰⁹. Eine Mitteilung von Urteilen an andere Gerichte vor ihrer Veröffentlichung erfolgt beim BGH nicht¹¹⁰, beim BAG jedoch in regelmäßigen Abständen¹¹¹.

Die Veröffentlichungsquote bei den Oberlandesgerichten beträgt nach einer älteren Untersuchung, die heute nicht grundlegend überholt sein dürfte, 5% bis 10%. Die Publikationen beruhen überwiegend auf der Privatinitiative einzelner Richter. Entscheidungssammlungen existieren, mit Ausnahme der Sammlung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, für die einzelnen Oberlandesgerichte, soweit ersichtlich, nicht. Statt dessen gibt es eine gemeinsame Sammlung aller Oberlandesgerichte (OLGZ). Die Veröffentlichung der Entscheidungen erfolgt aber überwiegend in Fachzeitschriften und zwar auch nur, wenn sie "von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung", "ihrem Gegenstand nach von allgemeinem Interesse", "für die Einheit der Rechtsprechung im OLG-Bezirk von Bedeutung" sind, "die Entscheidung der Fortbildung des Rechts dient", "sie bisher noch nicht oder anders entschiedene Rechtsfragen behandelt", "aktuell, d.h. in der öffentlichen Diskussion besonders umstritten ist"¹¹².

Hinterfragt man die mangelnde Veröffentlichungspraxis bei den Oberlandesgerichten, so kristallisieren sich eine Reihe von Motiven heraus: Viele Richter führen Zeitmangel als Entschuldigungsgrund an¹¹³. Die Tatsache aber, daß die Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung zu der Aufgabe

108. *Georg Leistner*, Über die Veröffentlichungspraxis oberster und höherer Gerichte in West-Europa, Tübingen 1975, S. 11.

109. *Leistner*, aaO, S. 12.

110. *Leistner*, aaO, S. 13.

111. *Leistner*, aaO, S. 14.

112. *Leistner*, aaO, S. 20 ff.

113. *Kramer*, ZRP 1976, S. 84, 86.

jedenfalls der Obergerichte gehört (§§ 120 III, 121 II, 132, 136 ff GVG, Art. 95 III GG) rechtfertigt eine Vernachlässigung der Veröffentlichungspflicht nicht. Mitunter wird der Grundsatzcharakter einer Entscheidung nicht anerkannt¹¹⁴, eine unbefriedigende Tatsache, zumal der Richter längst Funktionen der Rechtsetzung übernommen hat, z.B. bei der Ausfüllung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen, die ihn ermächtigen, über den Einzelfall hinausgehende Regelungen zu schaffen, die dann auch für die Beurteilung anderer Tatbestände gelten¹¹⁵. Auch spielt das Bedürfnis der Richter eine gewisse Rolle, sich für die Entscheidung künftiger, ähnlich gelagerter Fälle nicht oder noch nicht festzulegen. Zuweilen schrecken sie vor den Konsequenzen ihrer Entscheidung zurück und wollen deshalb vermeiden, daß sich die darin aufgestellte Regel "herumspricht"¹¹⁶. Schließlich meiden Richter die öffentliche Bekanntgabe einer Entscheidung von Gewicht, zum einen, weil dies das Kritikrisiko (justizintern wie öffentlich) erhöht, zum anderen, weil Entscheidungen dieser Art einen größeren Begründungsaufwand erfordern¹¹⁷.

Diese Motive weisen auf ein Selbstverständnis der Richter als bloße Normanwender hin, die ihre Rechtsfortbildungsaufgabe als sekundär betrachten. Nur so erklärt sich die ungenügende Veröffentlichungspraxis der Gerichte. Die Tatsache aber, daß ein Richterrecht besteht, und daß die Öffentlichkeit ein Recht auf Information hat, bürdet den Richtern die Pflicht auf, ihre Entscheidungen auch allgemein zugänglich zu machen. Denn wer sonst, wenn nicht der Richter, kann dieses vielfältig entstandene Normgeflecht, ohne dessen Kenntnis die Beurteilung der Rechtslage niemandem möglich ist, der Öffentlichkeit offenbaren. Es ist nun mal von großer Bedeutung, wenn der um Rat angegangene Rechtsanwalt seine Klienten auf einschlägige Grundsatzentscheidungen hinweisen kann. Wollte man ihre Veröffentlichung aber dem Zufall überlassen, so würde man ganze Bevölkerungsschichten von den Vorteilen der Rechtsvereinheitlichung und Rechtssicherheit – eine Errungenschaft des Rechtsstaats – ausnehmen. Durch eine verbesserte Publikationspraxis wäre auch der weitverbreiteten Taktik begegnet, das Gericht mit einer zielstrebigem Auswahl unveröffentlichter Entscheidungen zu konfrontieren¹¹⁸, womit zugleich eine Informationsgleichheit zwischen den Parteien bewirkt werden könnte. Auch hätten Grund-

114. Kramer, ZRP 1976, S. 84, 86.

115. Vgl. Simitis, aaO, S. 101 f.

116. Vgl. Simitis, aaO, S. 102 f.; Kramer, ZRP 1976, S. 84, 86.

117. Kramer, ZRP 1976, S. 84, 87.

118. Simitis, aaO, S. 69.

satzentscheidungen, die sich mit den Rechten schwächerer Gruppen und Schichten befassen, die gleichen Chancen zum Richterrecht zu erstarken, wie Entscheidungen, die Belange gutorganisierter Gruppen (z.B. Verbände) berühren.

Aus all den Gründen sollten Richter die bestehende Veröffentlichungspraxis zu erweitern suchen, indem sie von vornherein prüfen, ob ihre Entscheidung nicht für eine Vielzahl gleichartiger Fälle bedeutsam sein kann, oder ob der Entscheidung nicht in sonstiger Weise Bedeutung für die Fortbildung des Rechts zukommt. Eine Veröffentlichung liegt zumindest immer dann nahe, wenn eine Entscheidung mit einer früheren Rechtsprechung bricht oder sonst neue Regeln entwickelt¹¹⁹. Um einen optimalen, allgemeinen Zugang zum Richterrecht zu gewährleisten, ist in diesem Zusammenhang die Nutzung der Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung schon frühzeitig zu Recht gefordert worden¹²⁰. Mit der Einführung von entsprechenden Datenbanken (z.B. JURIS) ist mittlerweile ein Anfang gemacht. Es bleibt zu hoffen, daß diese im Interesse der Rechtsvereinheitlichung weiter ausgebaut werden.

C. Folgerungen

An die Rechtswissenschaft werden, anders als z.B. an die Philosophie, die Anforderungen einer praxis-relevanten Wissenschaft gestellt, d.h. ihre theoretischen Ausarbeitungen müssen in die prozessuale Wirklichkeit umgesetzt werden können, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden. Eine Rechtswissenschaft, die sich nicht umsetzen ließe, hätte ihr Ziel verfehlt und wäre für die Gesellschaft als Teilsystem unbrauchbar.

Hilfestellung leisten die Sozialwissenschaften, die u.a. im Rahmen empirischer Untersuchungserhebungen eine Art Überwachungsfunktion einnehmen können. Überwachung im Sinne einer Überprüfung der Umsetzungswirklichkeiten normativer Theorien. Diese Schlüsselfunktion eröffnet der Rechtswissenschaft die immerwährende Möglichkeit einer kritischen Reflexion ihrer selbst, indem z.B. die realen Leistungen des Zivilprozesses für die Gesellschaft, wie soziale Funktion, Effizienz, Breitenwirkung und Veröffentlichungspraxis gerichtlicher Entscheidungen hinterfragt werden. Gerade eine Rechtswissenschaft mit Absolutheitsanspruch kommt um eine kritische Reflexion nicht umhin, will sie ihre Glaubwürdigkeit nicht verlieren.

Aber gerade dies scheint nicht immer gewährleistet zu sein. So wird

119. Kramer, ZRP 1976, S. 84, 88.

120. Simitis, aaO, S. 42 ff, 112 f.

weiterhin an einer Dogmatik festgehalten, die z.T. die prozessuale Wirklichkeit ausblendet: Das juristische Postulat nach inhaltlicher Richtigkeit und Plausibilität der Entscheidung kommt in der heutigen Rechtsfindungspraxis oft gar nicht zur Anwendung, weil es für die Entscheidungsabnahme durch die Prozeßbeteiligten nicht von Bedeutung ist. Aus einem Zivilprozeß, der nicht in der Lage ist, den Konflikt zwischen den Prozeßbeteiligten zu lösen, geht unweigerlich der Prozeßgewinner – im Gegensatz zum Prozeßverlierer – immer zufrieden und in seinem Recht bestätigt hervor. Ist aber unter diesen Bedingungen eine intersubjektive Überzeugung der Prozeßbeteiligten von der Richtigkeit und der Vernünftigkeit des Richterspruchs nicht möglich, so hat die Rechtskraft des Urteils die kritik- und überzeugungslose Hinnahme des Prozeßergebnisses zur Folge.

Adaptives Verhalten erweist sich zudem als systemerhaltender Mechanismus. Dadurch wird die Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtsordnung für jetzt und für die Zukunft gewährleistet und somit zugleich die Existenzfähigkeit des bestehenden politischen Systems garantiert. Der Zivilprozeß offenbart sich durch seine autoritative Streitentscheidung als Garant für dessen Stabilität. Gerade ein System aber, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Konflikte garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren. Eine Dogmatik, die dies verkennt, spricht sich jegliche Realitätsbezogenheit ab und manövriert sich somit zum bloßen Rechtsideal. Wird Recht als ständige, niemals abgeschlossene Reaktion auf die gesellschaftliche Wirklichkeit verstanden, so gibt eine Rechtswissenschaft, deren Dogmatik sich dieser Wirklichkeit nicht stellt, gleichsam ihre Glaubwürdigkeit preis.