

**Zukünftiges Recht. Eine allgemeine Prozessrechtslehre. 2002.**

**ISBN: 3-8311-3559-2.**

**20.- Euro**

## Vorwort

Die Gedanken, die ich hier entwickle, habe ich in Aufsatzform bereits vor mehr als zehn Jahren veröffentlicht, allerdings in japanischer Sprache. Ich habe mich nunmehr entschlossen, das Konzept auch einmal in deutscher Sprache zu veröffentlichen.

Die Form der Veröffentlichung ist die eines Buches auf Bestellung (Book on Demand). Diese ist mit relativ wenig Kosten verbunden. Daher ist die Veröffentlichung möglich, obwohl ich offen gestanden nicht mit besonders vielen Lesern für dieses Manuskript rechne.

Falls Sie zu den voraussichtlich wenigen Lesern dieses Buches gehören, möchte ich mich daher um so mehr für Ihr freundliches Interesse bedanken. Ich hoffe, dass einige der Gedanken des Buches dieses Interesse zu rechtfertigen in der Lage sind.

Machida, im Frühjahr 2002

Karl-Friedrich Lenz



# **Zukünftiges Recht**

## **Eine allgemeine Prozessrechtslehre**

**Karl-Friedrich Lenz**

**Impressum: Verantwortlich im Sinne des Presserechts ist der Autor Dr. Karl-Friedrich Lenz, Universität Aoyama Gakuin, Tokio, Shibuya, Japan. Meine Internet-Seite mit Angaben zum Lebenslauf findet sich unter <http://lenz.als.aoyama.ac.jp>.**

**ISBN: 3-8311-3559-2.**

**20.- Euro**

**Herstellung: Books on Demand GmbH**

**[www.bod.de](http://www.bod.de)**

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Die eigene Position.....</b>	<b>3</b>
<i>I. Grundlagen.....</i>	<i>5</i>
1. Recht und Zwang .....	5
2. Staatlicher Zwang und gerichtliche Feststellung .....	9
3. Zukünftiges Recht.....	12
4. Zukünftiges Recht und Zufall .....	22
5. Zukünftiges Recht und Streit.....	27
6. Gedankenexperiment: Allwissende Prozessbeteiligte .....	31
7. Jede Entscheidung eines Gerichts ist unrichtig .....	36
8. Prozessrecht und materielles Recht .....	39
9. Verkündung von Gesetzen und Werbung .....	42
10. Belastungskonforme Auslegung.....	45
<i>II. Das Prozessrisiko im Zivilprozess .....</i>	<i>49</i>
1. Zukünftiges Recht und Prozessrisiko im Zivilprozess.....	49
2. Der einfachste Anspruch .....	53
3. Zukünftiges Recht und Anspruchsbegriff.....	57
4. Zukünftiges Recht und Beweismaß .....	59
5. Das Zeitrisko im Zivilprozess.....	63
6. Prozesskosten im Zivilprozess.....	65
7. Zum Verständnis der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess .....	69
<i>III. Das Prozessrisiko im Strafprozess.....</i>	<i>72</i>
1. Bedeutung und Faktoren des Prozessrisikos im Strafprozess.....	72
2. Tat und Tatverdacht .....	76
3. Verdacht und Unschuldsvermutung.....	80
4. Prozesskosten im Strafprozess.....	84
5. Materielle Rechtskraft im Strafprozess.....	89
<b>B. Diskussion mit einzelnen anderen Autoren.....</b>	<b>93</b>
<i>I. Grundlagen.....</i>	<i>96</i>
Haft 1988.....	96

## VII

Fikentscher 1985.....	100
Kegel 1983.....	106
Rottleuthner 1981.....	107
Adomeit 1980.....	109
Dworkin 1977.....	114
Hart 1961.....	116
Sauer 1951.....	118
Frank 1950.....	119
Ross 1946.....	125
Frank 1930.....	128
Sauer 1929.....	133
Ehrlich 1913.....	136
Gray 1909.....	139
Wurzel 1904.....	141
Holmes 1897.....	142
Rümelin 1896.....	145
Jhering 1872.....	147
<i>II. Das Prozessrisiko im Zivilprozess.....</i>	<i>151</i>
Baur 1991.....	151
Rinsche 1989.....	152
McCormack 1987.....	153
Bucher 1986.....	156
Adams 1981.....	159
Häsemeyer 1979.....	161
Sellert 1976.....	165
Zankl 1972.....	167
Henckel 1970.....	170
Schumann 1969.....	174
De Boor 1941.....	175
Binder 1927.....	179
Goldschmidt 1925.....	182
Pagenstecher 1905.....	188

Windscheid 1856 ..... 191





Dieses Buch besteht aus zwei Teilen. Im ersten Teil (A) lege ich eine eigene Position dar. Der zweite Teil (B) verdeutlicht diese in der Diskussion mit einzelnen, besonders wichtigen Autoren weiter.

## A. Die eigene Position

Prof. *Sonzai*, einen kleinen Aktenkoffer in der Hand, erscheint in meinem Arbeitszimmer. Es ergibt sich folgender Dialog.

"Guten Tag, darf ich mich kurz vorstellen. Mein Name ist *Sonzai*, ich bin Professor in Japan im 22. Jahrhundert. Ich komme mit dieser Zeitmaschine direkt aus dem Jahr 2172."

"Freut mich Sie kennenzulernen. Sagen Sie, hat die Rechtswissenschaft auch bis zum Jahr 2172 immer noch keine den Naturwissenschaften vergleichbaren Fortschritte gemacht?"

"Eine interessante Frage. Die Antwort würde aber zu weit führen. Warten Sie doch einfach bis 2172, dann können Sie es selbst feststellen. Ich würde jetzt aber lieber zum Grund meiner Zeitreise zu Ihnen kommen. In fünf Minuten muss ich in die Zukunft zurück. Mein Verleger wartet auf überfällige Manuskripte von mir."

"Gerne. Was kann ich für Sie tun."

"Nun, ich habe Sie für ein Experiment ausgewählt. Wir haben seit einiger Zeit diesen handlichen kleinen Apparat. Setzen Sie einmal diesen Kopfhörer auf. Der Apparat wird Ihnen dann die neuesten Gedanken aller wichtigen Wissenschaftler einflüstern, die auf Ihrem Gebiet arbeiten. Eine beachtliche Leistung der Kommunikationstechnologie. Ich lasse Sie jetzt mit dem Ding allein. In ein paar Jahren komme ich zurück und stelle fest, welche Auswirkungen ein solcher Apparat auf die Rechtswissenschaft des frühen 21. Jahrhunderts hat. Nur eines noch: Sie müssen sich an Ihr Museumsstück von Schreibcomputer da setzen und ein Manuskript schreiben, sonst werden Sie gar nichts hören."

Prof. *Sonzai* dreht an seinem Aktenkoffer und stellt das Jahr 2172 als Ziel ein. Dann ist er verschwunden. Erstaunlich, wie klein Zeitmaschinen im Jahr 2172 sind. Den Apparat zur Gedankenübertragung lässt er mir hier. Ich setze ihn gleich auf und schreibe ein paar Zeilen:

"Die erste und wichtigste These dieses Buches ist, dass alles Recht in zukünftiges und endgültiges Recht einzuteilen ist. Zukünftiges Recht, so meine zweite Behauptung, ist immer auch vom Zufall

abhängig. Drittens meine ich, dass das zukünftige Recht erheblich vom Streit der Parteien beeinflusst wird."

Der Apparat blinkt und flüstert mir eine geniale Idee eines sehr bedeutenden Wissenschaftlers ein. Ich schreibe:

"Nein, ich werde diese Idee jetzt noch nicht berücksichtigen. Bitte hören Sie mir erst einmal zu. Ich möchte zunächst einmal meinen eigenen Standpunkt entwickeln."

Der Apparat blinkt noch heftiger. Im Kopfhörer wird eine Begründung der genialen Idee von eben durchgeflüstert, die meinen eigenen Standpunkt als durchaus fragwürdig erscheinen lässt. Ich schreibe:

"Lassen Sie mich doch freundlicherweise ausreden. Ich unterbreche Sie doch auch nicht, wenn Sie ein Manuskript entwerfen."

Der ganze Apparat blinkt in allen Regenbogenfarben und fängt an zu pulsieren wie ein Herz. Der Kopfhörer überträgt einige unfreundliche Kommentare zu meinem Standpunkt. Ich schreibe:

"Hören Sie, dies ist mein Buch. In meinem Buch entscheide ich, wann und wo ich Ihre geniale Idee zitieren werde und wieviele Zeilen ich Ihnen in meinem Text einräume. Jetzt aber werde ich nur meinen Standpunkt vortragen. Also seien Sie ruhig und hören Sie zu. Ihre Ideen können Sie in ihren eigenen Büchern so lange vortragen, wie Sie wollen."

Das hätte ich nicht schreiben sollen. Der Apparat verwandelt sich in einen ganz normalen Walkman, ich höre nur noch Musik. Das Experiment von Prof. *Sonzai* ist damit gescheitert. Wir werden nie erfahren, wie direkte Gedankenübertragung auf die Rechtswissenschaft des 21. Jahrhunderts wirken würde.

Das ist aber kein erheblicher Verlust, weil ich sowieso Prof. *Sonzai* ebenso wie das geschilderte Gedankenexperiment einfach frei erfunden habe, um das Prinzip zu veranschaulichen, nach dem der erste Teil dieses Buches geschrieben ist:

Der erste Teil des Buches ist der wichtigste. Er enthält nur meine eigene grundsätzliche Position, um diese dem Leser von Anfang an klar zu machen. Ich zitiere in diesem ersten Teil niemanden, auch keine eigenen früher veröffentlichten Beiträge. Die Diskussion mit anderen Autoren hat ihren Platz im zweiten Teil. Ein Grund dafür ist, dass möglicherweise nicht alle Leser die Zeit bzw. Geduld

aufbringen, alles zu lesen. Mir ist aber naturgemäß die Vermittlung meines eigenen Standpunktes wichtiger als die Vermittlung von Dingen, die bereits woanders in gedruckter Form vorliegen. Das gilt um so mehr, als sich dieses Buch in erster Linie an Experten richtet, von denen ich voraussetze, dass sie selbst einen Überblick über den Stand der Diskussion haben. Also: Im ersten Teil wird niemand zitiert.

## **I. Grundlagen**

### **1. Recht und Zwang**

Es gibt zahlreiche verschiedene Begriffe von Recht. Das ist notwendig so. Es ist leichter, sich etwa über den Begriff des "Kraftfahrzeuges" im Sinne des Straßenverkehrsgesetzes zu verständigen, als Einigkeit über den Begriff des Rechts zu erzielen.

Erstens hat der Gesetzgeber nämlich in § 1 Abs. 2 StVG eine Definition mitgeliefert: "Als Kraftfahrzeuge im Sinne dieses Gesetzes gelten Landfahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden, ohne an Bahngleise gebunden zu sein". Diese Definition gibt zumindest einen verbindlichen Ausgangspunkt an. Sie schließt aus, etwa eine Lokomotive als Kraftfahrzeug im Sinne des StVG zu verstehen. Dagegen wird man nirgendwo eine gesetzliche Definition des Begriffes "Recht" finden.

Zweitens kann man ein Kraftfahrzeug sehen, man kann es anfassen oder davon überfahren werden, man kann Videoaufnahmen davon machen. Es ist anschaulich. Die einfachste Antwort auf die Frage, was man unter einem Kraftfahrzeug versteht, besteht darin, einige Beispiele zu zeigen. Das kann man mit dem Begriff "Recht" nicht. Zwar kann man Beispiele bilden. Bei diesen ist das Recht aber nicht selbst gegenständlich wahrnehmbar.

Drittens ist die Frage sehr allgemein. Während der Begriff "Kraftfahrzeug" nur in einem eng begrenzten Bereich (etwa dem des StVG) eine Rolle spielt, ist der Begriff des Rechts für alle Rechtsgebiete grundlegend.

Aus diesen und anderen Gründen ist es schwierig, einen allgemein anerkannten Begriff des Rechts zu finden. Bisher besteht keine Einigkeit darüber, was man unter "Recht" zu verstehen hat. Das wird auch in Zukunft so bleiben. Weitere Bemühungen um die Klärung dieses Begriffes werden meist nur dazu führen, die Diskussion um einen weiteren Standpunkt zu erweitern und damit das

Gesamtbild vom Zustand der Einigkeit über den Begriff des Rechts eher noch weiter zu entfernen. Gleichwohl werde ich zu Beginn dieses Buches einige Bemerkungen dazu machen, wie ich den Begriff des Rechts verstehe. Denn das ist notwendig, um die zentralen Behauptungen dieses Buches klar verständlich zu machen.

Wenn man zu dem Begriff des Rechts Stellung bezieht, sind verschiedene Fragen zu beantworten.

Erstens stellt sich die Frage, ob man mit "Recht" nur solche Regeln meint, die staatlichen Zwang zur Folge haben können.

Zweitens stellt sich die Frage, ob man irgendwelche inhaltlichen Anforderungen stellen will oder ob man auch ganz ungerechte und unsinnige Regeln als "Recht" zu bezeichnen bereit ist.

Schließlich fragt sich, ob die Bezeichnung einer Regel als "Recht" davon abhängig ist, ob die Regel auch befolgt wird. Dabei soll es hier zunächst einmal nur um die Unterfrage gehen, ob der Begriff des Rechts staatlichen Zwang voraussetzt.

Das ist in der Tat der Fall. Recht unterscheidet sich von anderen Regeln, etwa den Regeln der Moral oder von Spielregeln, durch die Möglichkeit staatlichen Zwanges zur Durchsetzung rechtlicher Regeln. Dabei finden sich zwei Formen staatlichen Zwanges.

Die eine Form ist der unmittelbare Zwang. Diese Form staatlichen Zwanges wird etwa eingesetzt, wenn der Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden soll. Wenn A gegen B einen Anspruch auf Herausgabe eines bestimmten Ringes hat, dann kann A sich einen Vollstreckungstitel gegen B verschaffen, etwa ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Endurteil eines Landgerichtes. Aufgrund dieses Titels kann A einen Gerichtsvollzieher anweisen, dem B den Ring mit Gewalt wegzunehmen. Anschließend übergibt der Gerichtsvollzieher dem A den Ring. Die rechtliche Pflicht des B, den Ring an A herauszugeben, kann also mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden.

Die andere Form von staatlichem Zwang ist die Androhung einer Sanktion für den Fall, dass eine rechtliche Regel nicht befolgt wird. Wenn etwa A gegen B einen Anspruch hat, dass B bestimmte rufschädigende Äußerungen über A in Zukunft unterlässt, dann kann A wie in dem Beispiel eben einen Vollstreckungstitel gegen B erwirken.

Die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel ist aber nicht mit unmittelbarem Zwang möglich. Denn dazu müsste der Gerichtsvollzieher den B rund um die Uhr begleiten und ihm etwa den Mund zuhalten, wenn B zu den verbotenen Äußerungen ansetzt. Das aber ist unmöglich.

Vielmehr wird in diesem Fall das Gericht die Verpflichtung des B zur Unterlassung der rufschädigenden Äußerung aussprechen und gleichzeitig dem B für den Fall der Zuwiderhandlung androhen, ihn zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen. Der Staat begnügt sich also mit der Feststellung der Rechtspflicht und setzt diese nicht mit unmittelbarem Zwang durch, sondern droht mit einer Sanktion.

Das gesamte Strafrecht beruht auf dieser Grundform staatlichen Zwanges. Kein unmittelbarer Zwang zum Schutz von Rechtsgütern, sondern die Drohung mit der härtesten möglichen Sanktion, der Kriminalstrafe, zur Durchsetzung rechtlicher Pflichten. Vermutlich ist diese zweite Form staatlichen Zwanges die häufigere Form.

Wenn man die Möglichkeit staatlichen Zwanges als für den Begriff des Rechts wesentlich ansieht, wird die Rechtsqualität von Regeln des Völkerrechts fraglich. Das Völkerrecht verbietet es etwa, einen benachbarten Staat zu überfallen und dem eigenen Staatsgebiet zu annektieren. Das ist eine Regel. Sie ist aber nach dem hier gewählten Verständnis von Recht nur dann auch eine rechtliche Regel, wenn ihre Einhaltung durch die Möglichkeit staatlichen Zwanges gesichert ist.

In diesem Fall kann der staatliche Zwang von der UNO ausgehen oder von einzelnen Staaten (zu denen auch der überfallene Staat selbst zählt). Und auch hier sind grundsätzlich zwei Formen von Zwang möglich. Einmal der unmittelbare Zwang. Die Besatzungsarmee wird dann mit militärischer Gewalt wieder vertrieben. Zum anderen die Festsetzung von Sanktionen aller Art gegen den Staat, der dieser Regel zuwiderhandelt.

Wenn solcher staatlicher Zwang nicht existiert, ist die oben beschriebene Regel keine rechtliche Regel, sondern nur eine politische oder moralische. Ob andererseits der staatliche Zwang stark genug ist, die Verletzung der Regel zu unterbinden, ist eine andere Frage (die nach der Wirksamkeit des Rechts). Die Qualifizierung als Satz des Völkerrechts ist nicht davon abhängig, ob der staatliche Zwang stärker ist als der Wille und die Möglichkeiten des Rechtsbrechers.

Ähnliche Konsequenzen ergeben sich für das Kirchenrecht. Sätze des Kirchenrechts sind nach dem hier angenommenen Verständnis nur dann auch wirklich Rechtssätze, wenn sie mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden. Das ist in der Bundesrepublik etwa bei der Erhebung der Kirchensteuer der Fall, diese wird vom Staat mit staatlichen Zwangsmitteln eingezogen. Es ist dagegen nicht der Fall etwa für das kirchliche Eherecht, das keinen staatlichen Zwang zur Folge haben kann.

Wenn man staatlichen Zwang als konstitutiv für den Begriff des Rechts ansieht, erscheint ein Bereich wie das Sozialrecht als problematisch. Wenn der Staat etwa Wohngeld an einzelne Bürger bezahlt, dann fällt es scheinbar schwer, damit eine Form von staatlichem Zwang zu verbinden.

Aber auch hier lässt sich das Konzept durchhalten. So besteht etwa auf Wohngeld nach deutschem Sozialrecht ein Rechtsanspruch. Es steht nicht etwa im Belieben des Staates, diese Zahlungen zu leisten. Der Bürger kann diesen Anspruch im Einzelfall vor den Sozialgerichten durchsetzen. Dabei ist theoretisch auch eine Zwangsvollstreckung gegen den Staat möglich.

Diese wird zwar in der Regel nicht erforderlich sein, da staatliche Behörden rechtskräftig festgestellten Leistungspflichten auch ohne Zwangsvollstreckung nachzukommen pflegen. Erst durch die zumindest theoretische Möglichkeit der Zwangsvollstreckung kann man aber wirklich von einem "Rechtsanspruch" auf Leistung von Wohngeld sprechen.

Deutlich wird das, wenn man an Fälle denkt, in denen ein Rechtsanspruch gegen den Staat gerade nicht besteht. So ist es etwa bei der Verleihung von Orden. Niemand kann die Verleihung eines Ordens verlangen und notfalls mit staatlichem Zwang durchsetzen. Daher sind Regeln über die Verleihung von Orden insoweit kein Recht. Das gleiche gilt von Regeln, die sich mit der Begnadigung von verurteilten Straftätern befassen oder von Amnestien.

Ähnlich beantwortet sich damit die Frage nach der Rechtsqualität bestimmter Regeln des internationalen Handelsrechts. Im internationalen Handel verzichten die Parteien häufig darauf, eine nationale Gerichtsbarkeit anzurufen, und bestellen statt dessen ein Schiedsgericht. Diese Schiedsgerichte urteilen teilweise nach Regeln, die vom nationalen Recht unabhängig sind (*lex mercatoria*).

Wenn man fragt, ob solche Regeln "Recht" sind oder nicht, so ist

entscheidend, ob diese Regeln mit staatlichem Zwang auch durchgesetzt werden können oder ob ihre Geltung nur auf anderen Sanktionen beruht (Abbruch der Geschäftsbeziehungen, Ausschluss aus Handelsorganisationen). Wenn nur Sanktionen Privater die Einhaltung solcher Regeln sichern, handelt es sich nicht um rechtliche Regeln nach dem hier vertretenen Rechtsbegriff.

## **2. Staatlicher Zwang und gerichtliche Feststellung**

Nach der in diesem Buch vertretenen Ansicht ist ein wesentliches Merkmal des Rechts die Möglichkeit staatlichen Zwanges. Als Formen staatlichen Zwanges kommen dabei unmittelbarer Zwang und die Drohung mit einer Sanktion in Betracht. Alle Regeln, die keinen staatlichen Zwang als Folge möglich erscheinen lassen, sind keine rechtlichen Regeln.

Auch unmittelbar Zwang und Sanktionen durch Private sind ein denkbare Mittel. Einige Beispiele können das verdeutlichen. Wer etwa seinen Geschäftspartnern die Zahlung schuldig bleibt oder fehlerhafte Ware liefert, muss mit einer entsprechenden Zivilklage rechnen. Zugleich muss er aber auch damit rechnen, dass man die Geschäftsbeziehungen zu ihm einstellt. Das ist ein Beispiel für Sanktionen durch Private.

Ein Beispiel für unmittelbaren Zwang durch Private ist die Bewachung wichtiger Personen durch private Sicherheitsdienste. Man verlässt sich nicht nur auf die staatlichen Strafdrohungen als Maßnahme gegen Anschläge, sondern will solche Anschläge mit privatem direktem Zwang abwehren. Die Möglichkeit staatlichen Zwanges ist nur begrifflich entscheidend für die Einordnung einer Regel als rechtliche Regel. Das bedeutet aber nicht, dass nur staatlicher Zwang entscheidend auch für die Einhaltung der Regel wäre.

Staatlicher Zwang hat in manchen Fällen die vorherige Anordnung durch ein Gericht zur Voraussetzung, in anderen nicht. In manchen Fällen ist zunächst eine gerichtliche Feststellung der Rechtsfolge nötig. Nehmen wir das folgende Beispiel.

A hat gegen B Anspruch auf Herausgabe eines bestimmten Ringes. Diesen Anspruch kann A mit Hilfe staatlichen Zwanges durchsetzen. Er kann einen Gerichtsvollzieher anweisen, dem B den Ring wegzunehmen und den Ring ihm zu übergeben. Dazu braucht er aber einen Vollstreckungstitel. Diesen Vollstreckungstitel bekommt er in der Regel durch die Entscheidung eines Gerichts. Es muss daher in diesem Fall erst ein Gericht die Pflicht des B zur Heraus-



gabe feststellen, dann erst kann der staatliche Zwang einsetzen.

Anders ist es beim Verbot, einen Menschen zu töten. Dieses Verbot wird vom Strafrecht etwa wie folgt bestimmt: Wer einen Menschen tötet, wird bestraft. Darin sind zwei Aussagen enthalten, nämlich: Es ist verboten, einen Menschen zu töten. Wer gegen dieses Verbot verstößt, wird bestraft.

Dieses nur mittelbar ausgesprochene Verbot wird mit staatlichem Zwang durchgesetzt. Es handelt sich dabei um staatlichen Zwang in der Form der Drohung mit einer Sanktion, nicht um unmittelbaren Zwang. Diese Drohung ist nicht davon abhängig, dass zunächst ein Gericht die Pflicht festgestellt hat, eine bestimmte Tötungshandlung zu unterlassen.

Sie gilt vielmehr ohne besondere gerichtliche Feststellung. Eine solche Feststellung ist im Strafprozess auch gar nicht möglich. Zur Verdeutlichung dient das folgende Beispiel.

A ist entschlossen, den B zu töten. A will die dafür angemessene Strafe auf sich nehmen. Es ist nicht möglich, dass A erst zur Strafe verurteilt wird und dann erst den B tötet. Wenn das möglich wäre, könnte auch im Strafrecht im Einzelfall der staatliche Zwang erst nach einer gesonderten gerichtlichen Feststellung einsetzen. Genau das ist aber nicht der Fall. Vielmehr liegt im Strafrecht immer die gerichtliche Feststellung der verletzten Rechtspflicht zeitlich nach der Straftat.

Diese Überlegung erhält dann praktische Bedeutung, wenn A umgekehrt einen Freispruch für möglich hält. Die Grenzen zulässiger Sterbehilfe etwa sind keineswegs immer leicht zu bestimmen. Wenn A eine bestimmte Sterbehilfe plant, hat er keine Möglichkeit, vor der Tathandlung eine gerichtliche Feststellung darüber herbeizuführen, ob er damit gegen strafrechtliche Verbote verstößt und sich damit weitreichenden staatlichen Sanktionen aussetzt.

Auch im Zivilrecht ist der staatliche Zwang keineswegs immer davon abhängig, dass erst ein Gericht eine Rechtspflicht des Schuldners feststellt. Ein Gegenbeispiel bildet etwa die vollstreckbare Urkunde. Wenn die Bank A dem Schuldner B einen Kredit gewährt und sich dafür eine Grundschuld auf dem Grundstück einräumen lässt, dann wird diese Grundschuld häufig in der Form einer vollstreckbaren Urkunde bestellt. Wenn B dann den Kredit nicht zurückzahlen kann, ist die Bank in einer günstigen Lage. Die

Bank kann dann nämlich sofort die Zwangsversteigerung des Grundstückes betreiben, ohne erst lange auf eine gerichtliche Feststellung warten zu müssen.

Für das Verhältnis zwischen gerichtlicher Feststellung und staatlichem Zwang gibt es also zwei Möglichkeiten. Entweder ist die gerichtliche Feststellung Voraussetzung für die Ausübung staatlichen Zwanges und muss diesem zeitlich vorhergehen oder das ist nicht der Fall. Typischerweise ist im Privatrecht erst eine gerichtliche Feststellung nötig, ehe staatlicher Zwang eingesetzt werden kann. Im Strafrecht ist es immer umgekehrt.

Der Grund dafür liegt darin, dass die vom Strafrecht angeordneten Regeln wichtiger sind als zivilrechtliche Pflichten. Bei einer geschäftsschädigenden Äußerung mag es angehen, erst dann mit Sanktionen zu drohen, wenn ein Unterlassungsurteil vorliegt. Bei einem Totschlag ist das nicht vorstellbar. Die Verbote des Strafrechtes schützen so wichtige Rechtsgüter, dass der Staat sofort und lückenlos mit Sanktionen drohen muss.

Im Privatrecht geht es in der Regel darum, Zwang gegen den Schuldner durch eine gerichtliche Feststellung erst zu ermöglichen. Das Privatrecht ist daher zukunftsgerichtet. Es geht darum, eine zukünftige Handlung oder Unterlassung vom Schuldner zu erzwingen.

Anders dagegen das Strafrecht. Im Strafrecht sind die staatlichen Sanktionen schon von vornherein angedroht. Im Strafprozess geht es daher nicht um zukünftige Handlungen oder Unterlassungen des Angeklagten, sondern um die Sanktion für eine in der Vergangenheit liegende Straftat.

Daraus ergeben sich die folgenden praktischen Konsequenzen. In einem Zivilprozess kann der Beklagte jederzeit dem Prozess den Boden entziehen. Er braucht nur die Handlung vorzunehmen, die mit staatlichem Zwang von ihm verlangt wird. In einem auf Zahlung von 5000 Euro gerichteten Prozess braucht der Beklagte nur zu zahlen, dann ist der Prozess erledigt.

Eine entsprechende Möglichkeit gibt es für den Angeklagten im Strafprozess nicht. Wenn er eine Tat einmal begangen hat, kann er sie nicht mehr ungeschehen machen. Im Strafprozess steht eben schon fest, dass die staatliche Sanktionsdrohung versagt hat, der staatliche Zwang wirkungslos geblieben ist, während bei der Durchsetzung von Ansprüchen der Weg zum staatlichen Zwang

erst einmal eröffnet werden muss.

Genauerer Betrachtung bedarf noch die Frage, wie man den Begriff der gerichtlichen Feststellung zu verstehen hat. Entscheidungen der Gerichte können endgültig und unanfechtbar sein. Oder sie können noch mit Rechtsmitteln angreifbar sein. Wenn man im Privatrecht etwa die Feststellung eines Anspruches auf Herausgabe eines Ringes als rechtskräftige Feststellung versteht, so kann die Zwangsvollstreckung auch schon vor der endgültigen Feststellung beginnen.

Urteile erster Instanz sind im Zivilprozess vorläufig vollstreckbar. Es kann daher ein Urteil des Landgerichts in erster Instanz vollstreckt werden, während das Berufungsverfahren in zweiter Instanz noch nicht entschieden, vielleicht sogar noch eine Revision möglich ist. Auch im Privatrecht liegt daher häufig die endgültige gerichtliche Feststellung zeitlich nach der Anwendung staatlichen Zwanges. Anders ist es, wenn die Entscheidung erster Instanz sofort rechtskräftig wird oder wenn der Gläubiger mit der Zwangsvollstreckung wartet, bis eine rechtskräftige Entscheidung seinen Anspruch bestätigt hat.

### **3. Zukünftiges Recht**

Wesentlich für die Einordnung einer Regel als Recht ist die Möglichkeit staatlichen Zwanges zur Durchsetzung der Einhaltung dieser Regel. Der staatliche Zwang steht dabei in Konkurrenz zu Sanktionen Privater. In den meisten Fällen ist sein Einsatz nicht nötig, weil die Regeln auch ohne Einsatz staatlichen Zwanges befolgt werden. Der staatliche Zwang ist weiter in vielen Fällen von einer vorherigen gerichtlichen Feststellung abhängig, in vielen anderen Fällen entscheiden die Gerichte erst nachträglich.

Die Entscheidungen der Gerichte lassen sich offenbar einteilen in zukünftige Entscheidungen und vergangene Entscheidungen. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1962 gehört zu den vergangenen Entscheidungen. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2162 gehört zu den zukünftigen Entscheidungen (vorausgesetzt, es gibt dieses Gericht dann noch).

Entscheidungen der Gerichte beruhen einerseits auf den in dem betreffenden Verfahren festgestellten Tatsachen, andererseits auf dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht. Wenn es zukünftige und vergangene Entscheidungen gibt, so gibt es auch zukünftiges und vergangenes Recht.

Als "zukünftiges Recht" bezeichne ich in diesem Buch alles Recht, das einer in Zukunft ergehenden Entscheidung zugrundeliegt. Als Gegensatz dazu verwende ich hier den Begriff "endgültiges Recht". Damit ist alles Recht gemeint, das einer in der Vergangenheit liegenden Entscheidung eines Gerichtes zugrundegelegt hat.

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2162 wird also auf zukünftigem Recht beruhen. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1962 dagegen beruht auf endgültigem Recht.

Das Wort "endgültig" verwende ich, um deutlich zu machen, dass keine in der Vergangenheit liegende Entscheidung eines Gerichts noch geändert werden kann. Zwar ist es in vielen Fällen möglich, eine Entscheidung mit einem Rechtsmittel anzufechten. Auch rechtskräftige Entscheidungen können in seltenen Fällen noch mit einer Wiederaufnahme zu Fall gebracht werden. Das kann dazu führen, dass ein anderes Gericht die Entscheidung aufhebt oder abändert.

Eine solche Aufhebung oder Änderung einer Entscheidung ändert aber nicht etwa die schon endgültig feststehende, in der Vergangenheit liegende Entscheidung eines Instanzgerichtes. Vielmehr nimmt sie nur der Entscheidung ganz oder teilweise die rechtliche Wirkung. Die Vergangenheit kann niemand ändern, auch kein noch so hoch gestelltes Gericht.

Das Gleiche gilt, soweit ein Gericht eine eigene Entscheidung noch nachträglich berichtigt. Auch eine solche nachträgliche Berichtigung schafft nicht die historische Tatsache der ursprünglichen Entscheidung aus der Welt, sondern nimmt vielmehr auch nur der ursprünglichen Entscheidung ganz oder teilweise ihre Wirkung.

Umgekehrt bedeutet der Begriff des zukünftigen Rechts nicht etwa nur solches Recht, das durch eine mögliche Änderung des Rechts geschaffen wird. Ständig erlässt der Gesetzgeber neue Gesetze und ändert die bereits vorhandenen Gesetze. Ständig ändert sich auch die Auslegung unverändert fortbestehender Vorschriften, weil neue Rechtsprechung oder Literatur erscheint. Umgekehrt gibt es aber auch Gesetze (oder jedenfalls einzelne Vorschriften), die noch weit in die Zukunft hinein unverändert bleiben werden und deren Auslegung sich auch noch lange nicht ändern wird. Auch dieser Teil des Rechts gehört zum zukünftigen Recht im Sinne der obigen Definition.

Zukünftiges Recht bedeutet also nicht nur im Vergleich zum gegenwärtigen Stand geändertes Recht. Hierin liegt ein Unterschied zu dem herkömmlichen Sprachgebrauch, der klar herausgestellt werden muss. Mit "zukünftigem Recht" bezeichnet man häufig auch nur das nach einer Reform geltende zukünftige Recht.

Neben zukünftigem und endgültigem Recht gibt es keine dritte Kategorie, etwa gegenwärtiges Recht. Denn Vergangenheit und Zukunft gehen nahtlos ineinander über. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die vor zwei Minuten ergangen ist, beruht auf endgültigem Recht. Eine Entscheidung, die in zwei Minuten ergehen wird, beruht auf zukünftigem Recht.

Weiter ist es für die Unterscheidung auch nicht relevant, wie weit die Entscheidung bereits bekannt ist. Es kann einige Zeit dauern, bis eine Entscheidung in einer Fachzeitschrift veröffentlicht wird. Und es dauert nochmals einige Zeit, bis diese Zeitschrift den Leser erreicht. Diese Informationsverzögerung ist aber begrifflich unerheblich, obwohl sie dazu führt, dass der jeweils neueste Teil des endgültigen Rechts erst nach einiger Zeit ermittelt werden kann. Der Umfang dieser Verzögerung ist durch die Veröffentlichung von Entscheidungen im Internet, die viele Gerichte begonnen haben, für die Entscheidungen dieser Gerichte wesentlich geschwunden.

Es ist nicht einmal entscheidend, ob die Parteien des Prozesses die Entscheidung schon kennen. Maßgeblich ist nicht der Zeitpunkt der Verkündung, sondern maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem die Entscheidung getroffen wurde. Um den für die Unterscheidung maßgeblichen Zeitpunkt genau herauszuarbeiten ist ein Blick auf das Verfahren bei der Entscheidung eines Gerichtes nötig.

Dabei ist zunächst einmal festzustellen: Eine Entscheidung "des Bundesgerichtshofes" gibt es genau genommen nicht. Diese Formulierung ist vielmehr eine allgemein übliche Vereinfachung. Jede Entscheidung des Bundesgerichtshofes stammt vielmehr von einzelnen Menschen, nämlich von den Bundesrichtern, die zum maßgeblichen Zeitpunkt dem betreffenden Senat angehört haben, der die Entscheidung getroffen hat.

Dabei kann es vorkommen, dass sich nicht alle Richter einig sind, vielmehr ein oder zwei Richter von einer Mehrheit im Senat überstimmt wurden. Selbst bei einer einstimmigen Entscheidung haben dieser Entscheidung keineswegs alle der am Bundesgerichtshof tätigen Bundesrichter zugestimmt, vielmehr nur eine

kleine Minderheit dieser Richter.

Jedenfalls ist die Entscheidung eine Entscheidung von Bundesrichtern, nicht eine Entscheidung eines Gerichts. Die Entscheidung kommt in einem solchen Fall in dem Moment zustande, in dem die Abstimmung im Senat abgeschlossen ist.

Wenn die Entscheidung "eines Gerichts" in Wirklichkeit die eines einzelnen Richters ist (etwa in Zivilsachen bei den Amtsgerichten), so ist häufig der Zeitpunkt nicht so deutlich festzustellen, in dem dieser Richter sich entschieden hat. Soweit es um die Gründe dieser Entscheidung geht, wird es gar keinen einzelnen Zeitpunkt geben, vielmehr wird der Richter einige Zeit dazu brauchen, die Gründe niederzulegen. In diesem Fall ist die Abgrenzung zwischen endgültigem und zukünftigem Recht nicht beliebig genau zu treffen, es bleiben Grenzfälle.

Zukünftiges Recht ist schwerer zu ermitteln als endgültiges Recht. Auch beim endgültigen Recht kann es Schwierigkeiten geben. Nicht alle Entscheidungen der Gerichte sind mit Gründen versehen. Soweit eine Entscheidung begründet ist, gibt es drei Arten von Gründen: mündliche, schriftliche und wirkliche Entscheidungsgründe.

Am leichtesten fällt es noch, die schriftlichen Entscheidungsgründe zu ermitteln. Allerdings sind keineswegs alle Entscheidungen der Gerichte irgendwo veröffentlicht. Vielmehr wird nur ein verschwindend kleiner Bruchteil aller Entscheidungen abgedruckt. Und auch dann werden die Entscheidungsgründe in den meisten Fällen nicht etwa vollständig wiedergegeben, sondern in einer gekürzten Form. Es ist also keineswegs immer möglich, sich die schriftlichen Gründe einer Entscheidung zu beschaffen.

Für die mündlichen Entscheidungsgründe gilt das noch verstärkt. Diese mündlichen Entscheidungsgründe kann nur zur Kenntnis nehmen, wer bei ihrer Darlegung im Gerichtssaal anwesend ist.

Vollends ausgeschlossen ist es schließlich für den Außenstehenden, die wirklichen Entscheidungsgründe zu erfahren, wenn diese von den mündlichen und schriftlichen Gründen abweichen. Damit ist es schon keine einfache Aufgabe, das einer Entscheidung zugrundeliegende endgültige Recht zu ermitteln.

Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung von zukünftigem Recht sind aber noch wesentlich größer. Selbst der Abdruck der Entscheidungsgründe in einer Fachzeitschrift hilft nichts, wenn dieser Ab-

druck erst fünf Jahre später zu erwarten ist. Abgesehen von auch die Zukunft des Rechts umfassender Allwissenheit bleibt für die Ermittlung zukünftigen Rechts nur das Mittel einer Vorhersage. Für eine solche Vorhersage sind drei Methoden denkbar.

Zunächst sei als Maßstab für die beiden anderen Methoden die astrologische Methode angeführt. Sie besteht darin, die Sternkonstellationen zum jeweiligen Zeitpunkt der Geburt der Prozessbeteiligten zu ermitteln und daraus auf die zukünftige Entscheidung des Gerichts zu schließen.

Wenn man kein Anhänger der Astrologie ist, wird man dieser Methode vollkommene Unzuverlässigkeit bescheinigen. Vollkommene Unzuverlässigkeit bedeutet dabei: Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine mit dieser Methode gewonnene Vorhersage zutrifft.

Das beruht dann aber allein auf Zufall. Da es keine wie immer geartete Kausalbeziehung zwischen Sternkonstellationen und zukünftigen Entscheidungen von Gerichten gibt, ist jede auf solchen Voraussetzungen beruhende Voraussage ebenso sicher oder unsicher wie eine von einem Zufallsgenerator stammende Vorhersage.

(Ein Zufallsgenerator ist eine Maschine, die mit Hilfe erheblichen mathematischen Aufwandes, z.B. Zerlegung sehr großer natürlicher Zahlen in ihre Primfaktoren, Reihen von Zahlen auswirft, die dem nicht eingeweihten Beobachter als rein zufällig erscheinen. Zufallsgeneratoren verwendet man unter anderem für die Verschlüsselung von Nachrichten. Es ist eine recht schwierige Aufgabe, reinen Zufall zu erzeugen.)

Ausgangspunkt muss immer die rein zufällig richtige Vorhersage sein. Das sei mit einem Beispiel erläutert. Wenn man den Wirtschaftsteil einer Zeitung aufschlägt, findet man dort häufig Vorhersagen über die Entwicklung eines bestimmten Aktienkurses. Diese Vorhersagen sind mehr oder weniger zuverlässig.

Um das zu verdeutlichen, stellt man sich als Ausgangspunkt eine von einem Zufallsgenerator ausgeworfene Vorhersage vor. Man fragt dann, weshalb der Autor der Vorhersage in dem Zeitungsartikel eine zuverlässigere Vorhersage abgeben kann.

Die Antwort wird in bestimmten Informationen über die Gesellschaft liegen, deren Kurs behandelt wird. Je umfassender und zutreffender diese Informationen sind, um so zuverlässiger wird die Prognose des Kursverlaufs. Um so weiter entfernt sich die

Zuverlässigkeit der Prognose vom Ausgangspunkt, nämlich einer Zuverlässigkeit von null. Im Grenzfall einer Insider-Information kann die Zuverlässigkeit einer Kursprognose sehr hoch werden. Solange aber nicht irgendwelche Gründe die Zuverlässigkeit belegen, bleibt es beim Ausgangspunkt (Zuverlässigkeit gleich null.)

Entsprechend ist es bei der Vorhersage über eine zukünftige Entscheidung eines Gerichts. Ausgangspunkt ist zunächst einmal eine Zuverlässigkeit der Vorhersage von null. Solange das Gegenteil nicht begründet ist, ist jede Vorhersage über zukünftiges Recht ebenso unzuverlässig wie die eines Astrologen oder die eines Zufallsgenerators.

Die Zuverlässigkeit der Vorhersage eines bestimmten Börsenkurses hängt davon ab, wie gut der Autor der Vorhersage über die betreffende Gesellschaft informiert ist. Ebenso ist es bei der Vorhersage von zukünftigem Recht. Man wird eine steigende Zuverlässigkeit der Vorhersage erwarten, wenn der Umfang der zur Verfügung stehenden Information über die Beweislage und die Rechtslage in dem betreffenden Prozess wächst. Deshalb ist vermutlich die Vorhersage eines allwissenden Gelehrten zuverlässiger als die eines Laien, auch wenn sich die Allwissenheit nicht auf die Zukunft erstreckt.

Als Methoden einer informierten Vorhersage über zukünftiges Recht kommen nun die in diesem Buch so genannte statistische Methode und die hier so genannte herkömmliche Methode in Frage. Beide sollen kurz erläutert werden.

Zunächst zur statistischen Methode. Zur Erläuterung mag das folgende Beispiel dienen. A ist Angeklagter in einem Strafprozess. Weiter ist über den Fall nichts bekannt. Gefragt wird, ob in diesem Fall die Gerichte A letztlich verurteilen werden oder ob ein Freispruch zu erwarten ist.

Die Antwort wird schwergefallen, da die Information über den Fall extrem beschränkt ist. Und dennoch ist eine Antwort möglich, deren Zuverlässigkeit die einer rein astrologisch begründeten Auskunft übertrifft. Nämlich dann, wenn man weiss, wie groß insgesamt der Anteil aller Angeklagten in allen Strafprozessen ist, die verurteilt werden. Derartige Zahlen werden in allen Ländern regelmäßig ermittelt und veröffentlicht.

Dabei kann dann etwa folgende Aussage möglich werden: Im Strafprozess ist der Anteil der Verurteilungen außerordentlich hoch,



ein Freispruch ist eine seltene Ausnahme. Ein solches Ergebnis liegt nahe, wenn die Staatsanwaltschaft von vornherein nur in solchen Fällen Anklage erhebt, in denen eine Verurteilung nahezu sicher erscheint.

Nehmen wir an, im Land X liege der Anteil der Verurteilungen bei über 99 Prozent. Aus dieser Statistik kann man in dem Beispielsfall nun die Vorhersage ableiten, dass A mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99 Prozent verurteilt werden wird. Es ist damit eine Vorhersage möglich, ohne auch nur eine einzige Information über den konkreten Fall zu haben. Und diese Vorhersage wird schon zuverlässiger sein als eine rein astrologische Vorhersage.

Ebenso kann man auch in Zivilsachen ermitteln, in wieviel Prozent aller Entscheidungen der Kläger und in wieviel Prozent der Beklagte den Prozess gewinnt. Daraus kann man auch schon eine erste grobe Schätzung für die Erfolgsaussichten einer Klage ableiten. Das gilt auch dann, wenn in der Gesamtstatistik das Ergebnis nahe bei 50 zu 50 liegt. Denn auch die Aussage, die Erfolgsaussichten einer bestimmten Klage mit 50 Prozent anzugeben, ist schon besser als eine rein astrologische Vorhersage.

Weiter kann man auch ermitteln, wie groß der Anteil von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen ist, die im Wege der Revision erfolgreich angefochten werden. Daraus kann man dann erste Aussagen über die Erfolgsaussichten einer Revision in einem bestimmten Verfahren ableiten.

In den bisherigen Beispielen sind nur sehr grobe Schätzungen möglich. Dem Rechtsanwalt, der sich nur auf derartige Methoden verlassen wollte, wäre der Vorwurf grober Fahrlässigkeit und ein Haftungsprozess sicher. Die statistische Methode lässt sich aber wesentlich präzisieren.

Man kann die Menge der in der Statistik untersuchten Entscheidungen stark einschränken. Man kann zum Beispiel nur alle Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu Fragen der Sterbehilfe aus den letzten zwanzig Jahren untersuchen und dann statistisch auswerten, welche Ergebnisse diese Entscheidungen hatten. Daraus kann man dann Vorhersagen über eine mögliche zukünftige Entscheidung des Bundesgerichtshofes in einem Strafprozess ableiten, in dem es um die Grenzen zulässiger Sterbehilfe geht.

Dabei stößt man allerdings auf Grenzen. Erstens wird die Menge

der untersuchten Entscheidungen so gering, dass die daraus ableitbaren statistischen Aussagen sehr unzuverlässig werden. Das Gesetz der großen Zahl gilt eben nicht für nur fünf Entscheidungen. Womöglich gibt es zu bestimmten Rechtsfragen sogar noch keine einzige Entscheidung.

Zweitens betreffen die untersuchten Entscheidungen alle jeweils verschiedene Sachverhalte. Das wird um so deutlicher, je genauer man sich diese Entscheidungen ansieht. Damit stellt sich für eine statistische Methode der Vorhersage das Problem, wieweit die Entscheidungen vergleichbar sind.

Diese Schwierigkeit wird deutlich, wenn man zum Vergleich an statistische Methoden in der Naturwissenschaft denkt. Ein Naturwissenschaftler kann den gleichen Versuch unter absolut gleichen Bedingungen hunderte oder tausende von Malen wiederholen. Für statistische Untersuchungen des Versuchsergebnisses kann er sich eine beliebig große Menge von Ausgangsfällen schaffen, bei denen die Versuchsbedingungen identisch sind. Das ist bei Gerichtsentscheidungen normalerweise nicht möglich.

Normalerweise ist jeder Fall einmalig. Die Vergleichbarkeit mit anderen Entscheidungen wird immer durch Unterschiede in den Sachverhalten beschränkt. Erst recht wird man keine tausend Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur gleichen Frage finden.

Die statistische Methode ist daher nur in Ausnahmefällen für eine brauchbare Vorhersage zukünftigen Rechts geeignet. Sie kann erstens zu einer groben Orientierung als Ausgangspunkt für weitere Überlegungen führen. So etwa bei einer Aussage über die Chancen eines Angeklagten, einen Freispruch erreichen.

Zweitens ist auch eine Vorhersage zu einzelnen Rechtsfragen möglich, wenn ausnahmsweise zu dieser Frage Hunderte von Entscheidungen vorliegen und die Ergebnisse dieser Entscheidungen bekannt und für eine statistische Auswertung hinreichend vergleichbar sind. Das wird in der Praxis regelmäßig nicht der Fall sein, so dass die statistische Methode zur Vorhersage nahezu vollständig in den Bereich der Gedankenexperimente verwiesen bleibt. Immerhin ist aber das, was Juristen gerne als "herrschende Meinung" zitieren, im Grunde durch eine statistische Methode ermittelt.

Die herkömmliche Methode zur Vorhersage von zukünftigem

Recht beruht demgegenüber weder auf Sternkonstellationen noch auf Statistiken. Wenn ein Anwalt gefragt wird, welche Erfolgsaussichten eine bestimmte Zivilklage hat oder welches strafrechtliche Risiko mit einer bestimmten beabsichtigten Handlung verbunden ist, wird er anders vorgehen.

Der Anwalt wird mit Hilfsmitteln (Datenbanken, Bücher, Zeitschriften) nach Entscheidungen der Gerichte und Äußerungen in der Literatur zu den einschlägigen Rechtsfragen suchen. Ebenso wie die statistische Methode beruht die Vorhersage auch hier zum Teil auf bisherigen Entscheidungen der Gerichte. Zum Teil beruht sie aber auch auf Äußerungen in der Literatur. Anders als bei der statistischen Methode wird der Anwalt hier nicht einfach abzählen, welche Ansicht insgesamt häufiger vertreten wird. Er wird auch keinen Prozentsatz berechnen, der sich aus einer solchen Zählung ergibt. Vielmehr wird er die ermittelten Informationen zur Rechtslage zur Grundlage einer fundierten eigenen Vorhersage machen.

Die entscheidende Frage ist nun, weshalb diese durch Informationen über die bisherigen Entscheidungen der Gerichte und über die in der Fachliteratur vertretenen Ansichten fundierte Vorhersage zuverlässiger ist als eine rein auf Zufall gegründete Vorhersage. Umgekehrt ist die Frage, welches die Grenzen für die Zuverlässigkeit einer Vorhersage zukünftigen Rechts mit der herkömmlichen Methode sind.

Soweit die Vorhersage nach der herkömmlichen Methode auf bisherigen Entscheidungen der Gerichte beruht, handelt es sich ebenso wie bei der statistischen Methode um einen Schluss von endgültigem Recht auf zukünftiges Recht. Wenn der Bundesgerichtshof eine bestimmte Rechtsfrage in fünf Entscheidungen in der Vergangenheit in einer bestimmten Weise beurteilt hat, dann schließt man daraus, dass vermutlich auch eine zum Zeitpunkt der Vorhersage noch zukünftige Entscheidung des Bundesgerichtshofes die Frage ebenso beurteilen wird.

Die Frage ist, unter welchen Voraussetzungen dieser Schluss richtig ist und welche Grenzen dem Schluss von endgültigem Recht auf zukünftiges Recht gesetzt sind. Dabei sind zwei Extremfälle denkbar.

Der eine Extremfall liegt in der Annahme, man könne mit absoluter Sicherheit von endgültigem Recht auf zukünftiges Recht schließen. Wenn man das für richtig hält, wird auch eine Vorhersage zukünftiger Entscheidungen mit erheblicher Zuverlässigkeit

sigkeit möglich.

Der umgekehrte extreme Standpunkt liegt darin, die Möglichkeit eines Schlusses von endgültigem Recht auf zukünftiges Recht völlig zu leugnen. Damit wird jede auf diesem Schluss beruhende Vorhersage ebenso unzuverlässig wie eine rein astrologische Vorhersage.

Die Wahrheit dürfte in der Mitte zwischen diesen beiden denkbaren Extremen liegen. Zwar ist eine mit der herkömmlichen Methode gefundene Vorhersage in der Regel zuverlässiger als eine rein auf Zufall beruhende Vorhersage. Dennoch gibt es eine Reihe von Grenzen auch der herkömmlichen Methode. Daher ist eine völlige Sicherheit der Vorhersage nicht zu erreichen, nur ein mehr oder weniger guter Grad von Zuverlässigkeit.

Die Grenzen der herkömmlichen Methode sollen an dieser Stelle zunächst nur kurz angedeutet werden. Folgende Schwierigkeiten können auftreten.

Erstens ist der Fall häufig, dass eine Frage in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist. Es gibt herrschende und weniger herrschende Meinungen, abweichende Meinungen und Mindermeinungen. In einem solchen Fall kann der Schluss von endgültigem Recht auf das zukünftige Recht nur dann zwingend und sicher sein, wenn man angeben kann, welcher der zu der Frage vertretenen Ansichten sich das Gericht anschließen wird, dessen Entscheidung vorhergesagt werden soll.

Genau genommen muss man wissen, welche Ansichten zu der Frage die Richter vertreten werden, die über den Fall einige Zeit später entscheiden werden. Die erste Schwierigkeit ergibt sich also in den Fällen, in denen keine einheitliche Auffassung zu einer Frage besteht, im endgültigen Recht also Widersprüche angelegt sind.

Die zweite Schwierigkeit ergibt sich aus einem Gedankenexperiment. Man stelle sich einmal vor, die Richter seien bei ihrer Entscheidung in einer Weise an das endgültige Recht gebunden, die eine absolut sichere Vorhersage zulässt (Allwissenheit über das endgültige Recht sei dabei zugestanden.) Das würde bedeuten: Die tatsächliche Entscheidung würde nichts Neues mehr bringen. Wer das endgültige Recht zu einem beliebigen Zeitpunkt kennt, könnte alles zukünftige Recht daraus ableiten. Letztlich ergäbe sich die Einheit von endgültigem Recht und zukünftigem Recht.

Die dritte Schwierigkeit beruht nicht auf theoretischen Überlegungen, sondern ist ein Problem für die Praxis. Weder der Anwalt, der eine Vorhersage über zukünftiges Recht treffen soll, noch auch die Richter selbst bei ihrer Entscheidung verfügen über eine vollständige Information über das eine bestimmte Rechtsfrage betreffende endgültige Recht. Alle Entscheidungen und alle Literatur zu einer bestimmten Frage kennt niemand. Gerade bei weniger bedeutenden Prozessen und vor den unteren Instanzen wird das endgültige Recht in der Regel nur lückenhaft ermittelt werden können.

An dieser Stelle geht es vor allem um die Definition, die erste von drei grundlegenden Behauptungen dieses Buches:

Als zukünftiges Recht definiere ich alles Recht, das zukünftigen Entscheidungen der Gerichte zugrunde liegt, als endgültiges Recht alles Recht, das vergangenen Entscheidungen zugrunde gelegen hat.

Während endgültiges Recht zu ermitteln ist, indem man die Gründe einer Entscheidung ansieht, ist für zukünftiges Recht nur eine Vorhersage möglich. Eine solche Vorhersage wird immer nur mehr oder weniger zuverlässig, nie aber ganz sicher möglich sein.

Bei der Unterscheidung zwischen zukünftigem Recht und endgültigem Recht handelt es sich allerdings nicht um eine Definition des Rechts. Die Unterscheidung sollte vielmehr unabhängig davon möglich sein, wie man den Begriff des Rechts versteht. Diese Unterscheidung des Rechts in zukünftiges und endgültiges Recht ist eine der wichtigsten Behauptungen dieses Buches. Die meisten anderen Thesen hier beruhen zumindest auch teilweise auf dieser Definition.

#### **4. Zukünftiges Recht und Zufall**

Recht ist in zukünftiges Recht und endgültiges Recht einzuteilen. Zukünftiges Recht ist alles Recht, das einer in Zukunft ergehenden Entscheidung eines Gerichtes zugrundeliegt. Während endgültiges Recht in der Form von schriftlichen Gründen einer Gerichtsentscheidung einer Dokumentation in Fachzeitschriften oder Datenbanken zugänglich ist, ist für zukünftiges Recht nur eine Vorhersage möglich. Diese Vorhersage wird mehr oder weniger Zufallselemente enthalten.

Das gilt offenbar für eine rein auf Zufall beruhende Vorhersage

eines Astrologen. Es gilt ebenfalls, wenn man sich auf rein statistische Methoden beschränkt. Wenn man den Anteil der Verfahren kennt, in denen ein Angeklagter schuldig gesprochen wird, und daraus auf die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung in einem bestimmten Verfahren Schlüsse zieht, wird das deutlich.

Angenommen, die Verurteilungsquote liege bei 99 Prozent. Dann kann man daraus eine Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung von 99 Prozent für jeden beliebigen noch nicht entschiedenen Strafprozess ableiten. Dabei bleibt offenbar ein Spielraum für den Zufall. Denn nur zufällig bestimmt sich in diesem Fall, ob die wesentlich wahrscheinlichere Verurteilung oder der wesentlich unwahrscheinlichere Freispruch das Ergebnis des Verfahrens sein wird.

Das gleiche gilt aber auch bei einer informierten Vorhersage zukünftigen Rechts nach der herkömmlichen Methode. Diese besteht darin, Literatur und Rechtsprechung zu den in dem Prozess erheblichen Rechtsfragen zu ermitteln und aus der Beurteilung dieser Rechtsfragen im endgültigen Recht Schlüsse auf ihre Beurteilung in einer zukünftigen Entscheidung eines Gerichtes zu ziehen. Auch diese Methode muss dem Zufall einen mehr oder weniger großen Einfluss zugestehen. Dafür seien an dieser Stelle einige Argumente angeführt.

Erstens. In den meisten Verfahren ist die Entscheidung nicht nur eines Gerichtes, sondern verschiedener Gerichte möglich. Soweit ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung eines Gerichtes zugelassen wird, kann ein anderes Gericht diese Entscheidung überprüfen. Es kann dann entweder die ursprüngliche Entscheidung aufrechterhalten oder zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage finden. Im letzteren Fall liegt der eigentliche Sinn eines Rechtsmittelzuges, den man sich sparen könnte, wenn alle Gerichte zu der gleichen Beurteilung finden müssten.

In diesem Fall liegt die unterschiedliche Beurteilung durch verschiedene Gerichte daran, dass die mit dem Fall befassten Richter verschiedener Meinung sind. Entscheidungen eines Gerichtes, etwa des Bundesgerichtshofes, sind immer Entscheidungen von an diesem Gericht tätigen Richtern. Wenn aber die Beurteilungen verschiedener Richter im Rechtsmittelzug nicht übereinstimmen, kommt es für die endgültige Entscheidung nur darauf an, welche dieser Richter in der Hierarchie die höhere Stellung haben.

Diese in zahlreichen Verfahren für eine Vorhersage entscheidend wichtige Frage ist aber in bezug auf das einzelne Verfahren ein reiner Zufallsfaktor. Natürlich ist es kein reiner Zufall, wenn jemand Richter an einem höchsten Gericht wird. Vielmehr wird ein solcher Richter sich im Verhältnis zu anderen Richtern durch besondere Leistungen während einer nicht unerheblichen Anzahl von Dienstjahren auszeichnen. Nur hat diese Frage nichts mit dem einzelnen Verfahren zu tun. Damit liegt hier ein erster nicht auszuschließender Zufallsfaktor.

Wenn zum Beispiel in einem bestimmten Zivilprozess die drei Richter eines Senates am Oberlandesgericht eine bestimmte Beurteilung der Rechtslage annehmen, die Revision aber zu einer Aufhebung dieses Urteils führt, dann haben mindestens drei der fünf Richter im für den Fall zuständigen Senat des Bundesgerichtshofes eine von der Beurteilung der Richter am Oberlandesgericht abweichende Meinung gehabt. Man braucht sich jetzt nur einmal vorzustellen, die drei Richter der zweiten Instanz seien Richter am Bundesgerichtshof, die drei Richter am Bundesgerichtshof umgekehrt Richter am Oberlandesgericht gewesen. Das Ergebnis des Prozesses würde damit genau entgegengesetzt ausfallen.

Wenn es also für die zufallsfreie Vorhersage zukünftigen Rechts darauf ankommt, welche Richter in dieser Sache endgültig entscheiden, so ist eine entsprechende Information über diesen Punkt zum Zeitpunkt der Vorhersage nötig. Wenn also ein Rechtsanwalt zufallsfrei beurteilen soll, wie ein Zivilprozess über mehrere hundert Millionen ausgehen wird, so müsste er unter anderem auch wissen, welche Richter dem für die Entscheidung des Falles zuständigen Senat des Bundesgerichtshofes dann angehören werden, wenn die Sache einige Jahre später dem Bundesgerichtshof zur endgültigen Entscheidung vorgelegt wird.

Der Rechtsanwalt müsste weiter wissen, wie diese Richter die entscheidenden Rechtsfragen dann beurteilen werden. Eine solche Information wird man allerdings in Literatur und Rechtsprechung vergeblich suchen. Der Rechtsanwalt ist daher in diesem Punkt auch nicht sicherer in seiner Vorhersage als ein Astrologe.

Zwar ist im Einzelfall denkbar, dass man bei einer Vorhersage zukünftigen Rechts schon weiss, welche Richter zur endgültigen Entscheidung über die Frage zuständig sind und welche Ansichten diese Richter ihrer Entscheidung zugrunde legen werden. Das ist aber die Ausnahme. Insbesondere ist alle Information über endgültiges Recht hierfür nur ein Anhaltspunkt.

Wenn man weiss, wie einige Richter am Bundesgerichtshof eine bestimmte Rechtsfrage beurteilt haben, so weiss man damit noch lange nicht, wie andere Richter am Bundesgerichtshof diese Frage später beurteilen werden. Das wird mit zunehmendem zeitlichem Abstand zunehmend deutlich.

Wenn man eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus den fünfziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts zitiert, so zitiert man sicher einen Text von Richtern, die nicht mehr am Bundesgerichtshof tätig sind. Selbst wenn man umgekehrt eine erst vor einigen Monaten ergangene Entscheidung zitiert, weiss man damit noch nicht einmal sicher, ob die selben Richter den nächsten Fall ebenso beurteilen oder ob sie nicht auf einen klugen Einwand in einer Urteilsbesprechung hin diese Auffassung wieder ändern. Genau das ist es schliesslich, worauf Urteilsbesprecher (meist vergeblich) hinzuwirken suchen.

Wenn man aber ausnahmsweise tatsächlich einmal die Beurteilung einer Rechtsfrage durch die für die endgültige Entscheidung letztlich zuständigen Richter kennt, so ist das eher bedenklich. Denn alle Prozessordnungen bemühen sich, die Zuständigkeit der Richter für die einzelnen Sachen nach im voraus festliegenden, vom Einzelfall unabhängigen Kriterien zu bestimmen. Das Prinzip des gesetzlichen Richters ist auch ein Prinzip des zufälligen Richters (was besonders bei der Wahl von Schöffen deutlich wird.) Damit wollen die Prozessordnungen gerade vermeiden, dass eine bestimmte Sache einem Richter zugeschoben wird, an dessen unbefangener Beurteilung zu zweifeln Anlass besteht. Richter, deren Meinungen von vornherein bekannt sind, sollen damit ausgeschlossen werden.

Zweitens. Auch wenn eine ungefähre Vorhersage möglich erscheint, wird man doch nie alle Einzelheiten einer zukünftigen Entscheidung eines Gerichtes vorhersehen können. So wird es im Einzelfall möglich sein, in einem bestimmten Strafprozess einen Schuldspruch vorherzusehen. Aber das genaue Strafmaß wird niemand sicher vorher angeben können. Werden es dreissig Tagessätze oder vielmehr vierzig, oder gar fünfzig Tagessätze werden.

Damit ist das Problem der Punktstrafe angeschnitten. Wenn man annimmt, für jede Straftat sei nur eine einzige Strafe als Punkt im Strafraumen angemessen, so stellt sich die weitere Frage, ob man diesen Punkt auch angeben kann, wenn die Entscheidung des zuständigen Richters noch nicht vorliegt. Dabei ist natürlich möglich,



dass man eine eigene Vorstellung von dem angemessenen Punkt entwickelt.

Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob auch eine Vorhersage der letztlich maßgeblichen richterlichen Strafzumessung punktgenau möglich ist. Das ist nur in einem Fall wirklich denkbar. Nämlich dann, wenn das Strafmaß in einer "Vereinbarung" zwischen Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern schon abgesprochen wurde. In allen anderen Fällen wird die Vorhersage nicht mit Sicherheit den Punkt treffen können. Ebenso wird es - nicht nur im Strafprozess - regelmäßig unmöglich sein, die genaue Begründung einer richterlichen Entscheidung vorherzusagen.

Drittens. Gerade eine gut informierte Vorhersage wird bestenfalls eine Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer Vorhersage angeben. So kann ein Wetterbericht behaupten, dass es morgen regnet. Ein anderer Wetterbericht dagegen wird die Wahrscheinlichkeit für Regen am nächsten Tag angeben, etwa: die Wahrscheinlichkeit für Regen morgen vormittag liegt bei achtzig Prozent. Die zweite Aussage ist genauer.

Ebenso mag ein Astrologe sagen: Sie gewinnen Ihren Prozess. Ein wirklich gut informierter Rechtsanwalt dagegen kann bestenfalls sagen: Ihre Chancen stehen achtzig zu zwanzig. Denn je mehr Informationen der Rechtsanwalt über das endgültige Recht sammelt, desto mehr fallen ihm die notwendig zwischen den zahllosen Entscheidungen der Gerichte im endgültigen Recht bestehenden Widersprüche, Unsicherheiten und Entwicklungsmöglichkeiten auf. Eine oberflächliche Betrachtung mag Sicherheit vorspiegeln. Je genauer man aber nachforscht, um so mehr Unsicherheiten ergeben sich.

Ein allwissender Rechtsanwalt könnte keinen Fall mehr mit Sicherheit beurteilen, weil ihm immer irgendeine Entscheidung oder Äußerung in der Literatur einfiel, die jede mögliche Lösung wieder in Frage stellt. Ich möchte diese Erscheinung beschreiben als

*Lenzsches Gesetz:* Je genauer man ein juristisches Problem untersucht, um so unsicherer wird die Antwort.

Bestenfalls kann man also die Wahrscheinlichkeit angeben, mit der die Vorhersage einer bestimmten Beurteilung durch die letztlich zuständigen Richter zutrifft. Etwa achtzig zu zwanzig in dem

Beispiel oben. Dann ist es aber dem Zufall überlassen, ob der wahrscheinlichere Fall oder der danach unwahrscheinlichere Fall eintritt.

Damit ergibt sich als zweite von drei grundlegenden Behauptungen dieses Buches:

Bei der Vorhersage zukünftigen Rechts bleibt immer ein mehr oder weniger großer Spielraum für den Zufall.

## **5. Zukünftiges Recht und Streit**

Zukünftiges Recht ist alles Recht, das einer zukünftigen Entscheidung eines Gerichtes zugrunde liegt. Endgültiges Recht ist dagegen solches Recht, das in einer bereits feststehenden Entscheidung eines Gerichts angewendet wurde. So etwa in einer vor wenigen Monaten ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes. Eine solche Entscheidung wird möglicherweise in Fachzeitschriften veröffentlicht.

Dabei sind verschiedene Bearbeitungen möglich, die sich danach unterscheiden, wie weit die Entscheidung bei der Veröffentlichung gekürzt wird. Weiter kann eine solche Entscheidung dann in Lehrbüchern und Kommentaren dargestellt werden. Allerdings wird man hier nur eine Zusammenfassung in wenigen Sätzen finden, da sonst alle Lehrbücher und Kommentare sofort den Umfang einer Entscheidungssammlung annehmen müssten, bevor auch nur ein einziger eigener Gedanke des Autors Platz findet.

Es gibt also mehr oder weniger zusammengefasste bzw. gekürzte Formen, eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu veröffentlichen. Die ausführlichste Information besteht in einer völlig unveränderten Wiedergabe einer solchen Entscheidung.

Auch diese ausführlichste Information ist aber ihrerseits wieder nur eine Zusammenfassung. Bis nämlich ein Rechtsstreit den Bundesgerichtshof erreicht, haben die Parteien schon einige Jahre prozessiert. Da werden Schriftsätze eingereicht, in wichtigen Verfahren auch Gutachten von berühmten Gelehrten, da werden Tatsachen bestritten oder zugestanden, da werden Zeugen und Sachverständige gehört, da wird in der mündlichen Verhandlung gestritten, da ergehen Urteile der Instanzgerichte. Die Akten werden immer umfangreicher. Diese gesamte Auseinandersetzung wird dann in wenigen Druckseiten einer Fachzeitschrift zusammengefasst. Im Verhältnis zum gesamten Rechtsstreit ist die

Begründung der letztlich endgültigen Entscheidung nur die Spitze des Eisberges.

Das wird weiter deutlich, wenn man sich umgekehrt eine Information auch über die im Verlauf des Prozesses anfallenden Akten vorstellt. So sieht etwa das GWB die Möglichkeit für das Bundeskartellamt vor, in kartellrechtlichen Rechtsstreitigkeiten Kopien aller Schriftsätze, Protokolle und Verfügungen anzufordern (§ 90 Abs. 1 GWB, das Gesetz spricht allerdings von "Abschriften"). In der japanischen amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes wird häufig auch die Revisionschrift mit abgedruckt, die zu der Entscheidung geführt hat.

Wenn man auf diese oder andere Weise Kenntnis von allen Akten eines Verfahrens hat, weiss man darüber wesentlich mehr als in der ausführlichsten Entscheidungsbegründung eines Revisionsgerichtes je dargestellt werden kann. Auch die vollständige Wiedergabe einer solchen Entscheidungsbegründung bedeutet also immer eine erhebliche Kürzung.

Bildhaft gesprochen verhält sich die Entscheidungsbegründung zum Prozess wie die Mitteilung des Ergebnisses eines Fußballspieles zu einer Direktübertragung. Dem weniger interessierten Zeitgenossen mag es genügen, wenn er erfährt, wie das Endspiel der Fußball-WM 1990 ausgegangen ist. (Die deutsche Mannschaft hat gewonnen und wurde Weltmeister.) Andere dagegen werden auch im Bild sehen wollen, wer wann welches Tor schießt und warum ein Elfmeter gegeben wird.

Ebenso kann man sich mit der bloßen Mitteilung und Begründung des Ergebnisses eines Prozesses begnügen, oder man kann sich eine weitaus vollständigere Information beschaffen. Bei aufsehenerregenden Strafprozessen oder anderen auch für die Öffentlichkeit interessanten Verfahren ist das auch für Außenstehende über die Medien in begrenztem Maße möglich. Sonst muss man schon selbst am Prozess beteiligt sein oder eine dem Bundeskartellamt vergleichbare Befugnis haben, um sich weiteren Einblick zu verschaffen.

Normalerweise wird also der Streit der Parteien eines Prozesses in einem Urteil des Bundesgerichtshofes nur bruchstückhaft dargestellt. Daher wird seine Bedeutung für die Rechtsfindung leicht übersehen. Ein Urteil des Bundesgerichtshofes entsteht nicht, indem die Richter auf die von den Instanzgerichten festgestellten Tatsache plötzlich und unvermittelt das Recht anwenden. Vielmehr

berücksichtigen die Richter auch den Vortrag der Parteien in ihren Schriftsätzen, die der Leser der Fachzeitschrift gerade nicht kennt. Damit komme ich zur dritten und letzten von drei grundlegenden Behauptungen in diesem Buch:

Der Streit der Parteien hat Einfluss auf das zukünftige Recht.

Das zukünftige Recht ist nicht nur vom endgültigen Recht und vom Zufall abhängig, vielmehr sehr stark auch vom Streit der Parteien. Folgende Überlegungen sollen diese These belegen und erläutern.

Erstens. Im geltenden Scheidungsrecht gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder ist die Scheidung streitig oder nicht. Bei einer einverständlichen Scheidung sind die Ehegatten sich über die Scheidung als solche und über die wichtigsten Folgen der Scheidung einig. So gibt es keinen Streit über das Sorgerecht für gemeinsame Kinder, über Unterhaltungspflichten und über die Rechtsverhältnisse an der Ehemwohnung und am Hausrat.

Bei einer streitigen Ehescheidung dagegen ist eine Einigung der Ehegatten über diese Punkte nicht zu erzielen. Das Beispiel zeigt deutlich, dass Parteien eines Prozesses sich in wesentlichen oder auch in allen Punkten einig sein können. Bei einer Scheidung kommt es dann nur deswegen zum Prozess, weil eine Privatscheidung nach deutschem Recht nicht möglich ist, vielmehr eine Ehe nur durch gerichtliches Urteil geschieden werden kann. Bei einer einverständlichen Scheidung ist schwer vorstellbar, dass es zur Entscheidung eines Rechtsmittelgerichtes über eine der Fragen kommt, in denen die Ehegatten sich einig sind. Das Familiengericht wird in den meisten Fällen den übereinstimmenden Vorschlägen der Ehegatten folgen. Anlass für ein Rechtsmittel hat dann keine der Parteien.

Zweitens. Im Strafprozess ist eine ähnliche Erscheinung festzustellen. Der Angeklagte kann entweder mit der Staatsanwaltschaft im Grunde einig sein oder aber den Prozess streitig führen. Ebenso wie bei einer Scheidung ist ein gerichtliches Urteil unbedingt nötig, um eine Strafe zu verhängen. Das gilt auch dann, wenn der Täter seine Straftat zugibt und keinerlei Einwände gegen die Vorstellungen der Staatsanwaltschaft in bezug auf das Strafmaß hat.

Auch hier gibt es entsprechend der einverständlichen Scheidung im Zivilprozess einen einverständlichen Strafprozess. Bei weniger schwerwiegenden Delikten ist mit Einverständnis des Angeklagten

eine schnelle und diskrete Form der Erledigung möglich, das Strafbefehlsverfahren. Nur bei schweren Straftaten hat die Strafprozessordnung bisher keinen eigenen der einverständlichen Scheidung entsprechenden Verfahrenstyp entwickelt. In der Praxis sind aber auch in Fällen schwerer Kriminalität Absprachen der Verfahrensbeteiligten überaus häufig.

Drittens. Ein Autor eines Aufsatzes oder eines Buches kann sein Thema frei wählen. Das kann ein Revisionsgericht nicht. Der Bundesgerichtshof kann zu einer Rechtsfrage nur dann Stellung nehmen, wenn er dazu in Form eines halbwegs passenden Revisionsverfahrens Gelegenheit erhält.

Wenn Richter am Bundesgerichtshof mit der Rechtsprechung früherer Vorgänger nicht einverstanden sind oder sich von durchschlagenden Einwänden in der Literatur ausnahmsweise einmal überzeugen lassen, so können sie dennoch keineswegs ohne weiteres die Rechtsprechung "des Bundesgerichtshofes" ändern. Dazu ist vielmehr eine entschlossene Partei nötig, die gegen eine der bisherigen Rechtsprechung folgende Entscheidung eines Instanzgerichtes Revision einlegt und damit den Richtern die Gelegenheit zur Änderung der Rechtsprechung erst verschafft.

Je weiter in einem Land die Autorität eines obersten Gerichts solche Angriffe gegen die bisherige Rechtsprechung als aussichtslos erscheinen lässt, desto weniger derartige Gelegenheiten werden die Revisionsrichter haben. Die Gefolgschaft gegenüber dem obersten Gericht kann damit paradoxerweise gerade die Möglichkeiten der Richter an diesem Gericht einschränken.

Viertens. Im Streit um das zukünftige Recht sind die Parteien unterschiedlich schlagkräftig. Die Skala sei hier nur angedeutet.

Am hilflosesten ist als Partei eines Prozesses wohl ein Ausländer ohne jede deutsche Sprachkenntnisse und ohne die finanziellen Mittel für einen Rechtsanwalt. Er wird nicht einmal die Sprache verstehen, in der das deutsche Recht geschrieben ist. Er weiss also möglicherweise nichts über die für den Prozess wichtigen Rechtsfragen.

Den nächsten Punkt auf der Skala bildet der durchschnittliche Laie, der ohne anwaltliche Unterstützung in einen Prozess verwickelt wird. Wiederum schlagkräftiger ist eine Partei, wenn ihr ein durchschnittlicher Rechtsanwalt zur Seite steht.

Noch stärker ist die von einem Team von hochqualifizierten und

spezialisierten Anwälten vertretene Partei, die womöglich auch noch dazu in der Lage ist, Gutachten bei berühmten Gelehrten in Auftrag zu geben. Diese unterschiedliche Stärke der Parteien kann nicht ohne Auswirkungen auf das zukünftige Recht bleiben.

Fünftens. Der Streit um das zukünftige Recht wird mit unterschiedlicher Intensität geführt, je nachdem, was bei einem Prozess auf dem Spiel geht. Wenn es in einem Zivilprozess um mehrere hundert Millionen geht, so kann man auf beiden Seiten eine eindrucksvolle Streitmacht von Prozessvertretern und Gutachtern erwarten. Weiter kann man erwarten, dass keine der Parteien den Prozess in einem frühen Stadium aufgibt. Vielmehr ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass ein solches Verfahren mindestens bis zum Bundesgerichtshof kommt.

Dagegen wird man in einem Prozess um hundert Euro kaum einen Rechtsanwalt finden, der (zu den gesetzlichen Gebühren) dafür auch nur eine halbe Stunde Zeit aufzuwenden freiwillig bereit ist. Und jedenfalls ist die erste Instanz auch die letzte Instanz. Ebenso ist im Strafrecht bei einem leichteren Vergehen eine einverständliche, diskrete und schnelle Erledigung mit einem Strafbefehl möglich. Anders bei einem Kapitalverbrechen oder einem Terroristenprozess. Dort wird der Streit der Parteien wesentlich härter und hartnäckiger geführt werden als in einer Bagatellsache.

Damit sind die drei grundlegenden Behauptungen dieses Buches zunächst einmal dargelegt und begründet. Die weiteren Teile dieses Kapitels werden dazu dienen, diese Behauptungen durch verschiedene Überlegungen noch zu verdeutlichen.

## **6. Gedankenexperiment: Allwissende Prozessbeteiligte**

*Shinai Sonzai* gilt als der berühmteste japanische Rechtswissenschaftler des 22. Jahrhunderts. Im Alter von 11 Jahren wurde er zum Professor erster Stufe berufen. Nur acht Jahre später war er Professor der neunten Stufe. Im Alter von fünfundzwanzig Jahren vereinigte er die Titel "Heiliger des Rechts", "Dogmatik-Kaiser", "Quelle der fundamentalen Rechtserkenntnis" und "Oberster Kenner des Wirtschaftsrechts" in seiner Hand und besaß damit als erster Gelehrter diese vier größten Titel gleichzeitig. In diesem Jahr stellte er gleichzeitig neue Rekorde für die größte Anzahl veröffentlichter Bücher und für die größte Anzahl zustimmender Zitate durch andere Gelehrte auf. Die Gründe für diese über-

wältigende Kraft von *Sonzai* sind einfach. Eine herausragende Begabung, zäher Fleiss und ein unübertroffenes Selbstvertrauen. Die Kombination dieser Faktoren ergibt eine wissenschaftliche Leistung von großer Überzeugungskraft.

*Shinai Sonzai* existiert nicht (jedenfalls noch nicht.) Man stelle sich aber einmal einen Rechtswissenschaftler vor, der alles weiss. Ich nenne ihn hier *Meier*. *Meier* soll lückenlos über das Recht informiert sein. Er ist Spezialist für alle Rechtsgebiete, für das Recht aller Länder und aller Zeiten. Vor allem der letzte Punkt ist wichtig.

*Meier* kennt nicht etwa nur die Vergangenheit des Rechts, etwa das Recht des Geysirkaufs im Island des 8. Jahrhunderts, sondern auch die Zukunft des Rechts. *Meier* weiss, wie das oberste Gericht eines Staates hundertfünfzig Jahre später in einer bestimmten Sache eine bestimmte Rechtsfrage entscheiden wird, auch wenn dieser Staat heute noch gar nicht existiert. *Meier* kennt bereits alle in Zukunft erscheinenden Jahrgänge sämtlicher Fachzeitschriften sowie alle in Zukunft erscheinenden Entscheidungssammlungen und Monographien. *Meier* kennt im übrigen alle wissenschaftlich gesicherten Aussagen der Psychologie, der Wirtschaftswissenschaften, der Geschichte, der Philosophie, der Mathematik, der Astrologie und aller anderen Wissenschaften, soweit sie für das Recht von Bedeutung sind. *Meier* kennt auch hier Aussagen dieser Wissenschaften, die noch gar nicht gefunden sind, ja sogar Aussagen von Wissenschaften, die erst einige Jahrhunderte später begründet werden. *Meier* weiss alles.

Man stelle sich weiter vor, *Meier* sei an Prozessen beteiligt. Man denke etwa an eine Zivilsache mit einem Streitwert von einigen hundert Millionen, bei der für die Parteien Kosten keine Rolle spielen. Der Kläger ersucht *Meier* in einem Gutachten die Rechtslage darzustellen. Wie würde so ein Gutachten wohl aussehen.

Den Auftraggeber interessiert vor allem, wie der Prozess ausgehen wird. Er möchte wissen, wie das oberste Gericht seines Landes den Fall einige Jahre später schließlich endgültig entscheiden wird. Genau das kann *Meier* ihm aber nicht sagen.

Der Grund dafür liegt nicht etwa darin, dass *Meier* selbst es nicht wüsste. Natürlich weiss er es (er hat nicht nur lückenlose Rechtskenntnisse, sondern weiss auch jetzt schon, welche Tatsachen die Gerichte als Ergebnis der Beweiserhebung feststellen werden.) *Meier* braucht nur in einer Fachzeitschrift nachzuschlagen, die

einige Jahre später erscheinen wird, und schon könnte er seinem Auftraggeber sogar eine Kopie des in dieser Sache später ergehenden Urteils des höchsten Gerichts überlassen. Der Grund für die nötige Zurückhaltung *Meiers* ist vielmehr ein anderer. Der Leser kann sich den Grund leicht denken, wozu er sich einen Augenblick Zeit nehmen sollte, ehe er den nächsten Absatz ansieht.

Die Lösung ist sehr einfach. Ein möglicher Fall ist nämlich: *Meier* wird dem Kläger sagen, dass er den Prozess letztlich verlieren wird. *Meier* wird also eine Entscheidung des obersten Gerichts angeben, die dem Gegner seines Auftraggebers recht gibt. Darin liegt aber ein Widerspruch. Der Kläger wird nämlich auf diese Auskunft hin seine Klage vernünftigerweise sofort zurückziehen (Klagerücknahme oder Verzicht), um weitere Kosten zu vermeiden. Damit kann es aber nicht mehr zu der vorhergesagten Entscheidung kommen.

Ähnlich ist es im umgekehrten Fall. Wenn *Meier* seinem Auftraggeber sagt, dass das höchste Gericht letztlich ihm recht geben wird, braucht der Kläger nur diese Information an seinen Gegner weiterzuleiten, zusammen mit einer Kopie des einige Jahre später ergehenden Urteils. Dann sollte er ein Anerkenntnisurteil nebst Verzicht auf Rechtsmittel bekommen, da für den Beklagten auch weiterer Widerstand zwecklos wird. Auch dann kommt es nicht zu der von *Meier* angegebenen Entscheidung.

*Meier* kann also seinem Auftraggeber keine Auskunft über die ihm bekannte zukünftige Entscheidung des obersten Gerichtes geben, weil eine solche Auskunft das Prozessverhalten des Auftraggebers in einer Weise beeinflussen würde, die nahezu immer Einfluss auf diese zukünftige Entscheidung hätte.

Noch deutlicher wird der Widerspruch, wenn man sich vorstellt, beide Parteien könnten *Meier* fragen. Dann kennen beide Parteien die zukünftige Entscheidung des höchsten Gerichts. Notwendigerweise also auch der Verlierer. In nahezu allen Fällen wird er daraus die Konsequenzen ziehen und sofort aufgeben. Damit kann es aber nicht mehr zu einer Entscheidung eines obersten Gerichts kommen. Denn dies setzt voraus, dass die Parteien ihren Streit durch die Instanzen hindurch fortsetzen. Wenn dagegen eine Partei frühzeitig aufgibt, wird der Prozess bereits in einer unteren Instanz endgültig erledigt.

Die erste Folgerung aus dem Gedankenexperiment ist also: Die Entscheidung eines obersten Gerichts ist nur dann möglich, wenn



mindestens eine der Parteien in einem frühen Stadium des Prozesses keine vollständige Information über das Ergebnis dieser Entscheidung hat. Anders gesagt: Mindestens eine der Parteien muss sich über das voraussichtliche Ergebnis des Verfahrens irren.

Vollständige Information ist ein Begriff aus der sogenannten Spieltheorie. Ein Spiel mit unvollständiger Information ist etwa Poker. Man kennt die Karten des Gegners nicht. Ein Spiel mit vollständiger Information dagegen ist etwa Schach. Man kann vom Spielfeld ebenso viel sehen wie der Gegner. Bei vollständiger Information ist es theoretisch möglich, den Spielverlauf bis zum Schluss genau vorauszusagen. Der Reiz von Spielen mit vollständiger Information liegt in der Tatsache, dass für diese genaue Voraussage zu viele Varianten zu berücksichtigen sind, so dass die genaue Vorhersage nur in Ausnahmefällen möglich ist. Im Prozess wird unvollständige Information die Regel sein.

Vor einem obersten Gericht wird verhandelt. Den Parteien wird Gelegenheit gegeben, ihren jeweiligen Standpunkt deutlich zu machen. Dann beraten die Richter des jeweils zuständigen Senates über die Entscheidung, über die dann abgestimmt wird. Schließlich verfasst einer der Richter einen Text, der als Urteil verkündet wird.

Wenn nun alle *Richter* diesen Text bereits im Voraus kennen, sind Beratung und Abstimmung im Senat im Grunde überflüssig. Das Ergebnis steht ja bereits fest. Jeder Teilnehmer der Beratung und Abstimmung hat bereits eine Kopie des Textes im Kopf, der später als Urteil verkündet wird. Man wird also auf Beratung und Abstimmung verzichten.

Das aber kann nicht ohne Einfluss auf die zu verkündende Entscheidung bleiben. Denn diese Entscheidung beruht eben auch auf der Beratung im Senat. Auch hier ergibt sich ein ähnlicher Widerspruch, wie er oben bei der Vorstellung einer allwissenden Prozesspartei festgestellt wurde. Die genaue Kenntnis der zukünftig ergehenden Entscheidung bliebe nicht ohne Einfluss auf das Verhalten im Prozess. Daraus ergeben sich dann aber Rückwirkungen auf die genau bekannte zukünftige Entscheidung.

Als zweite Folgerung aus dem Gedankenexperiment lässt sich also festhalten: Vollständige Information über das Ergebnis der Entscheidung eines obersten Gerichts ist auch für die an einem Prozess beteiligten Richter eine logisch widersprüchliche Vorstellung.

Ein Vergleich mag den Widerspruch noch weiter verdeutlichen. Nehmen wir an, ein Zeitreisender kommt von einer Reise in die Zukunft zurück. Er bringt eine Tageszeitung mit, die zwei Wochen später erscheinen wird. In der Zeitung finden sich die Lottozahlen und die Börsenkurse. Unter den Börsenkursen sind auch Aktien notiert, deren Kurse in den letzten Tagen vor dem Erscheinen der Zeitung besonders stark gestiegen sind.

Wenn diese Information jetzt allgemein bekannt wird, stellen sich die Anleger darauf ein. Sie kaufen die betreffenden Papiere. Das führt notwendigerweise zu Einflüssen auf die betreffenden Börsenkurse, die Berichterstattung in der zukünftigen Tageszeitung wird damit unrichtig.

Noch deutlicher ist der Widerspruch bei den Lottozahlen. Wenn die Lottozahlen der nächsten Woche bereits heute allgemein bekannt wären, würde jeder diese Zahlen ankreuzen. Das Ergebnis wäre die größte je verzeichnete Anzahl von Gewinnern, die alle jeweils einen minimalen Betrag ausgezahlt bekämen. Oder, was wahrscheinlicher ist, eine Aussetzung der betreffenden Lottoausspielung. Damit würde aber jedenfalls der ursprüngliche Bericht in der zukünftigen Tageszeitung unrichtig. Eine genaue Information über die Zukunft ist hier eine logisch widersprüchliche Vorstellung.

Prozessbeteiligte, deren Allwissenheit sich auf die Zukunft erstreckt, das ist eine mit schwierigen Fragen verbundene Vorstellung. Einfacher ist der Fall einer auf die Vergangenheit beschränkten Allwissenheit. Angenommen, *Meier* wüsste nichts über die Zukunft, sei aber sonst ebenso umfassend informiert wie in der obigen Variante des Gedankenexperiments. Auch hier kann man fragen, wie ein Gutachten *Meiers* für den oben erwähnten Millionenprozess aussehen würde.

Der Auftraggeber will möglicherweise auch hier vor allem wissen, welche Aussichten er in dem Prozess hat. Als ein anderes mögliches Motiv kommt in Betracht, dass der Auftraggeber nur das wissenschaftliche Ansehen *Meiers* nutzen will, um seinen Argumenten vor dem höchsten Gericht stärkere Durchschlagskraft zu verleihen. *Meier* wird dann nicht dafür bezahlt, die Entscheidung vorherzusehen, sondern dafür, die Entscheidung im Sinne seines Auftraggebers zu beeinflussen.

Wenn es aber um die Aussichten des Auftraggebers geht, dann

wird *Meiers* Antwort nun eine Voraussage sein. Er kann nicht mehr sicher angeben, welches Ergebnis zu erwarten ist. Diese Vorhersage wird aber vermutlich zuverlässiger sein als es die Prognose eines Laien oder auch die eines durchschnittlichen Spitzengelehrten wäre. Es ist eine interessante Frage, warum die Voraussage *Meiers* verlässlicher ist.

## 7. Jede Entscheidung eines Gerichts ist unrichtig

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist das folgende berühmte Beispiel. A unterrichtet B in der Kunst, Prozesse zu führen. Dafür ist ein Honorar vereinbart. Der Anspruch des A soll aber entfallen, wenn B seinen ersten Prozess verliert. Wie ist zu entscheiden, wenn dieser erste Prozess die Klage des A gegen B auf Zahlung des Honorars ist?

Das Urteil muss notwendigerweise unrichtig sein. Wie das Wort "unrichtig" zu verstehen ist, sei hier zunächst noch dahingestellt. Ein Schlüssel zum Verständnis des Paradoxons liegt allerdings in der Frage, was man unter einer "richtigen Entscheidung" eines Gerichtes verstehen will.

In dem Paradoxon muss das Urteil notwendig unrichtig ausfallen, weil mit einer zusprechenden Entscheidung B seinen ersten Prozess verliert, damit aber der im Urteil anerkannte Anspruch gerade entfällt. Wenn aber umgekehrt das Gericht die Klage abweist, gewinnt B seinen ersten Prozess, womit der im Urteil aberkannte Anspruch auf Honorar nunmehr zweifelsfrei besteht.

Der Widerspruch wird noch deutlicher, wenn man den Fall etwas abwandelt. Im Ausgangsfall ist immerhin der Ausweg denkbar, dass A zunächst noch weiter abwartet, bis B einen anderen ersten Prozess geführt hat. Das Gericht könnte ihn darauf verweisen und die Klage als zur Zeit unbegründet abweisen. Die Rechtskraft dieser Entscheidung würde A nicht daran hindern, später seinen Anspruch erneut geltend zu machen. Wenn aber B tatsächlich auf Dauer keine Prozesse führt, kann die Ausbildung durch A wohl nicht übermäßig viel wert gewesen sein. Dieser Ausweg ist daher im Ausgangsfall auch durchaus interessengerecht.

Die logische Falle für das Gericht ist damit noch nicht stark genug. Lückenlos wird die Falle erst mit folgender Abwandlung. A vereinbart mit B: "Ein Anspruch des A gegen B auf Honorar entsteht mit der rechtskräftigen Aberkennung dieses Anspruches durch ein Gericht. Umgekehrt entfällt der Anspruch des A gegen B

auf Honorar mit der rechtskräftigen Anerkennung dieses Anspruches durch ein Gericht."

Damit bleibt als Ausweg nur noch, den Vertrag als nichtig anzusehen. Dann wird die Klage des A abgewiesen. Als Grund dafür liegt mangelnde Ernstlichkeit der Willenserklärungen nahe, deren Hauptzweck offenbar darin besteht, vielbeschäftigte Richter mit boshaften Scherzfragen von der Erledigung wichtigerer Sachen abzuhalten. Soweit das Prozessrecht dies zulässt (etwa bei einer Verfassungsbeschwerde) wird man auch daran denken, die höchste mögliche Missbrauchsgebühr aufzuerlegen.

Weiter könnte man den Vertrag zwischen A und B auch schlicht als in sich widersprüchlich bezeichnen und daher als nichtig ansehen. Offenbar unbeachtlich wäre etwa eine Klausel der Art "ein Anspruch des A gegen B auf Zahlung von Honorar besteht und besteht gleichzeitig nicht." Davon ist aber auch die andere Formulierung nicht weit entfernt.

A wird also verlieren. Er hat auch kein besseres Schicksal verdient. Wenn er das nächste Mal Unterricht in der Führung von Prozessen gibt, sollte er eine klare Regelung seines Honorars verlangen. Die Tatsache, dass er das im Ausgangsfall nicht getan hat, lässt seine Kunst der Prozessführung nicht eben als überragend erscheinen.

Die logische Falle in den oben beschriebenen Beispielen entsteht dadurch, dass die Entscheidung des Prozesses zur Bedingung für den streitigen Anspruch gemacht wird. Dieser Sonderfall führt zu einer jedenfalls unrichtigen Entscheidung, wenn man nicht den Vertrag als nichtig ansieht.

Dabei hängt auch diese Aussage allerdings davon ab, was man unter einer "richtigen" Entscheidung versteht. Man kann sich etwa auf den sehr einfachen Standpunkt stellen, eine unanfechtbare Entscheidung eines Gerichts sei schon wegen ihrer Rechtskraft immer richtig. Von diesem Standpunkt aus müssen alle Bemühungen logischer Fallensteller scheitern, die Gerichte in Widersprüche zu verwickeln.

Wenn etwa im Ausgangsfall das Gericht der Klage des A rechtskräftig stattgibt, dann ist dieses Ergebnis schon allein wegen der Rechtskraft richtig. Ob B nach dem Vertrag noch irgendwelche Einwendungen hatte, wird unerheblich. Diese Sicht der Dinge ist zugegebenermaßen ziemlich simpel. Aber sie ist möglich und sie führt dazu, dass logische Fallen wirkungslos werden. Diese Sicht

der Dinge wird insbesondere ein anderes Gericht annehmen, wenn nunmehr B von A das angeblich nicht geschuldete Honorar zurückverlangen sollte.

Eine andere Möglichkeit ist es dagegen, eine Entscheidung dann als richtig anzusehen, wenn in dem Fall mit dieser Entscheidung zu rechnen war. Dieses Verständnis sei für die folgenden Überlegungen zugrundegelegt.

Verschiedene Unterschiede zu der oben beschriebenen simplen Sicht der Dinge fallen dabei auf. Als erstes lässt dieses Verständnis eine Bezeichnung einer Entscheidung als unrichtig auch dann zu, wenn diese Entscheidung mit Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar ist, während das andere Verständnis unrichtige Entscheidungen nur unter den anfechtbaren Entscheidungen der unteren Instanzen finden kann.

Zweitens (und dieser Unterschied ist der wichtigere) gibt es nach diesem Verständnis nicht nur richtige und unrichtige Entscheidungen, sondern es gibt mehr oder weniger richtige Entscheidungen. Der Grenzfall einer richtigsten Entscheidung ist ebenso denkbar wie der einer unrichtigsten Entscheidung. Denn eine Entscheidung ist nie mit völliger Sicherheit vorherzusehen. Jede Prognose ist mit Unsicherheiten belastet. Diese Unsicherheiten können schwerer oder leichter wiegen.

So wird bei in Rechtsprechung und Literatur umstrittener Rechtslage und undurchsichtiger Beweislage eine Prognose schwerer fallen. Andererseits wird in den vielen alltäglichen Routinefällen eine ziemlich sicher zutreffende Vorhersage gerichtlicher Entscheidungen möglich sein. Aber auch in solchen klar liegenden Fällen wird die Vorhersage von Einzelheiten schwierig (etwa das genaue Strafmaß bei einer strafgerichtlichen Verurteilung oder der genaue Wortlaut der Begründung der Entscheidung.)

Sobald man den Begriff der Richtigkeit dahin versteht, dass die Vorhersagbarkeit der Entscheidung maßgeblich wird, bleibt immer ein Unsicherheitsfaktor. Dieser wird von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen. Immer ist aber die Entscheidung nach dem oben genannten Maßstab teils richtig und teils unrichtig. Jede Entscheidung wird damit unrichtig, die Entscheidungen unterscheiden sich nur im Grad ihrer Unrichtigkeit.

Nach dieser Sicht der Dinge wird nicht nur im Ausgangsfall jede Entscheidung unrichtig, sondern in jedem Fall. Der Grund liegt

nicht in einer sophistischen Herausforderung der Logik in einem konstruierten Sonderfall. Der Grund liegt vielmehr im Prinzip. Es kann keine völlig richtigen Entscheidungen geben, nur mehr oder weniger richtige.

Das gilt sogar, wenn man in einem Gedankenexperiment Allwissenheit der Richter in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht annimmt. Denn auch solche vollkommenen Richter könnten keine Entscheidung treffen, die für jedermann genau vorhersehbar wäre.

Jede Entscheidung eines Gerichts ist unrichtig. Das gilt allerdings nur beim oben für das Wort "unrichtig" angenommenen Verständnis. Ein anderer Ausgangspunkt in der Frage, wann eine Entscheidung eines Gerichts als "richtig" anzusehen ist, wird zu einer anderen Wertung führen.

### **8. Prozessrecht und materielles Recht**

Die in diesem Buch definierte Unterscheidung zwischen zukünftigem und endgültigem Recht ist nach meiner Auffassung die grundlegendste Unterscheidung im Recht. Sie steht auf höherer Ebene als die Unterscheidung zwischen Prozessrecht und materiellem Recht. Im Gegensatz zu dieser ist sie auch verhältnismäßig eindeutig.

Die Frage der Abgrenzung zwischen Prozessrecht und materiellem Recht ist weniger einfach. Diese Abgrenzung soll zunächst einmal beschränkt auf den Bereich des Privatrechts versucht werden.

Dabei empfiehlt es sich, zunächst einmal von unproblematischen Fällen auszugehen und die schwierigen Grenzfälle erst später zu betrachten. Als unproblematischen Fall einer Regelung des materiellen Rechts wähle ich den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer nach § 985 BGB. Niemand wird wohl widersprechen, wenn ich diese Regelung als eine des materiellen Rechts bezeichne.

Als unproblematischen Fall einer Regelung des Prozessrechts wähle ich § 883 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift hat bei der Vollstreckung eines Anspruches auf Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Sache wegzunehmen und sie dem Gläubiger zu übergeben. Das ist eindeutig ein Fall von Prozessrecht.

Das Verhältnis beider Bereiche des Rechts sehe ich wie folgt. Das

Prozessrecht ist ein Teil der Rechtsfolge von Sätzen des materiellen Rechts. Jeder Satz des materiellen Rechts umfasst eine Vielzahl von Sätzen des Prozessrechts, ohne die er nicht unter den hier vorausgesetzten Begriff von Recht fallen würde.

Recht setzt die Möglichkeit von Zwang voraus. Diese Möglichkeit ergibt sich erst aus Regeln des Prozessrechts, etwa für den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB aus § 883 ZPO. Diese mehr oder weniger zahlreichen und mehr oder weniger sicheren Möglichkeiten zur zwangsweisen Durchsetzung allein sind es, die einen Anspruch von einem rechtlich unverbindlichen Versprechen oder von einer religiösen, moralischen oder sittlichen Verpflichtung unterscheiden.

§ 883 Abs. 1 ZPO ist ein *Teil der Rechtsfolge* von § 985 BGB. Daher gehen materielles Recht und Prozessrecht notwendig ineinander über. Eine Anwendung von Prozessrecht ist nur denkbar zur Durchsetzung und Verwirklichung des materiellen Rechts. Umgekehrt bedarf das materielle Recht notwendig zu seiner Durchsetzung des Prozessrechts. Das Prozessrecht ist die Rechtsfolgenseite des materiellen Rechts.

Damit ist die notwendige enge Verbindung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht begründet, die vermutlich niemand bestreiten wird, aber noch nichts für eine Abgrenzung beider Begriffe gewonnen.

Vor einer solchen Abgrenzung müsste allerdings die Frage stehen, welchen Zweck man damit eigentlich verfolgt. Möglich sind verschiedene Zwecke. Der erste und einleuchtendste Zweck ist eine Einteilung des Stoffes, eine Verteilung auf verschiedene Vorlesungen oder Lehrbücher. In einem Grundkurs zum Bürgerlichen Recht wird man weniger Prozessrecht behandeln als in einem Lehrbuch zum Zivilprozessrecht. Dieser Zweck erfordert aber keine unbedingt sichere Abgrenzung. Es reicht eine ungefähre Orientierung, wie sie seit jeher vorhanden ist.

Grenzfälle wird man eben in der Vorlesung zum Bürgerlichen Recht ebenso finden wie im Lehrbuch zum Zivilprozessrecht. Darin ist kein Schaden zu sehen. Im Gegenteil. Im Einzelfall mag die Grenzüberschreitung sogar nötig sein, um ein besseres Verständnis zu ermöglichen. So besteht offenbar ein enger Zusammenhang zwischen dem Recht der Kreditsicherheiten und dem Konkursrecht. Grenzüberschreitungen können da nur nutzen. Der didaktische Zweck der Stoffeinteilung erfordert also keine eindeutige und

genaue Abgrenzung.

Ein anderer denkbarer Zweck wäre es, die richtige Auslegungsmethode für eine bestimmte Vorschrift zu finden. Wenn man feststellen könnte, dass die Vorschriften des materiellen Rechts anders auszulegen sind als Vorschriften des Prozessrechts, so wäre zu diesem Zweck eine genaue Abgrenzung erforderlich. Eine solche unterschiedliche Auslegungsmethode für materielles Recht und Prozessrecht ist aber nirgendwo vorgeschrieben. Während etwa im Strafrecht ein Verbot der Analogie zuungunsten des Angeklagten anerkannt ist und damit für ein Teilgebiet des Rechts besondere Methoden der Auslegung nötig werden, ist eine entsprechende Notwendigkeit besonderer, vom materiellen Recht abweichender Auslegungsmethoden für das Prozessrecht weniger klar ersichtlich. Auch dieser Zweck einer genauen Abgrenzung liegt daher zumindest nicht auf der Hand.

Weiter sind Folgen denkbar bei der Verteilung der Beweislast oder bei der Gestaltung des Rechtsmittelzuges. Für die Beweislastverteilung ist es nicht entscheidend, ob es sich bei einer Regelung um materielles Recht oder Prozessrecht handelt. Für die Gestaltung des Rechtsmittelzuges ist an § 538 II Nr. 1 ZPO (in der neuen Fassung ab 1.1.2002) zu denken. Nach dieser Vorschrift kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils eine Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverweisen, wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet.

Im Strafprozess ist für die Revisionsbegründung zwischen "Rechtsnormen über das Verfahren" und "anderen Rechtsnormen" zu unterscheiden (§ 344 Abs. 1 StPO.) Schließlich ist im internationalen Privatrecht die Qualifikation als Rechtssatz des materiellen Rechts oder des Prozessrechts möglicherweise vorentscheidend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts. An diesen Stellen zeigt sich erstmals eine gewisse Notwendigkeit für die Unterscheidung.

Die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht ist daher keine Frage mit einschneidenden praktischen Folgen. Es geht mehr um Definitionen als um in der Sache liegende Notwendigkeiten, mehr um begriffliche Klarheit als um Sachfragen. Darin liegt durchaus eine Parallele zu der Frage, was man eigentlich unter "Recht" verstehen will. Ich beschränke mich also auch hier auf einen Versuch, die Verwendung der Begriffe "mate-



rielles Recht" und "Prozessrecht" in diesem Buch klarzustellen.

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass materielles Recht und Prozessrecht eng miteinander verwoben sind, insbesondere materielles Recht ohne die durch das Prozessrecht gegebene Möglichkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung die Qualität als Recht verliert. Dennoch soll eine ungefähre Abgrenzung versucht werden.

Danach regelt das materielle Recht Pflichten, das Prozessrecht die Möglichkeiten ihrer zwangsweisen Durchsetzung. Die Vorschriften über die Verjährung fallen nach dieser Betrachtung in den Bereich des Prozessrechts, da sie die zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen ausschließen. Ebenso ist es mit den Regeln über die Beweislast. Wenn A dem B ein Darlehen gegeben hat, diese Tatsache aber nicht beweisen kann, so nimmt ihm eine Beweislastregel die Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung seines Anspruches. Das Prozessrecht ist die Rechtsfolgenseite des materiellen Rechts. Damit ist nur eine grobe Faustregel gewonnen, die aber deswegen ausreichend ist, weil mit der Einordnung eines Rechtsatzes als Regel des materiellen Rechts oder als Regel des Prozessrechts wenig Folgen verbunden sind.

## 9. Verkündung von Gesetzen und Werbung

Die Unterscheidung zwischen zukünftigem Recht und endgültigem Recht ist auf den Prozess bezogen. Besonders legt sie auch Wert auf die Frage, ob es überhaupt zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt. Das ist nicht der Fall, wenn niemand eine Klage erhebt. In diesem Zusammenhang sind noch einige Überlegungen zur Wirksamkeit rechtlicher Regeln angebracht.

Wesentlich für die Einordnung einer Regel als rechtliche Regel ist die Möglichkeit staatlichen Zwanges in der Form unmittelbaren Zwanges oder in der Form der Drohung mit einer Sanktion. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob dieser Zwang auch wirksam genug ist. Es gibt zahlreiche Rechtssätze, die ständig verletzt werden, weil der staatliche Zwang nicht wirksam genug ist. Dazu zunächst ein fiktives Beispiel.

Angenommen, der Gesetzgeber beschließt mit verfassungsändernder Mehrheit als neuen Artikel 1 des Grundgesetzes folgende Regel. Es wird verboten, mehr als hundert Meter am Tag zu laufen. Denn durch übermäßigen Fußgängerverkehr wird die Erdoberfläche überlastet, was langfristig gesehen zwangsläufig zu verheerenden Erdbeben führen muss. Wer dieses Verbot übertritt, muss ein Buß-

geld von zehn Euro zahlen.

Eine solche Regel kann staatlichen Zwang zu ihrer Durchsetzung zur Folge haben. Damit wird sie zur rechtlichen Regel. Dafür ist es unerheblich, dass sie inhaltlich offenbar unsinnig ist. Weiter ist unerheblich, wieweit diese Regel befolgt wird. Sehr wahrscheinlich wird sich kaum jemand an diese Regel halten. Denn die angedrohte Sanktion ist sehr schwach. Die Feststellung eines Verstoßes ist schwierig. Niemand hat ein Interesse an der Einhaltung der Regel. Aus diesen Gründen wird sich in dem fiktiven Beispiel eine große Mehrheit der Bevölkerung nicht an die Regel halten, nur eine kleine Minderheit wird sie befolgen.

Ein allwissender Beobachter könnte die Anzahl der Fälle ermitteln, in denen jeweils eine Regel befolgt oder verletzt wird. Daraus lässt sich dann ein Quotient berechnen, der eine statistische Aussage über die Wirksamkeit der Regel enthält. Dieser Quotient wird in dem fiktiven Beispiel eine sehr niedrige Wirksamkeit ausdrücken. Die Einordnung der Regel als rechtliche Regel ist aber nicht vom Wert dieses Quotienten abhängig. Rechtsqualität und Wirksamkeit einer Regel sind verschiedene Fragen.

Ein Beispiel aus dem geltenden Recht ist die Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen. Zinseinkünfte sind einkommensteuerpflichtig. Wer Zinseinkünfte nicht versteuert, begeht eine Straftat (Steuerhinterziehung). Auch hier lässt sich wieder berechnen, wie viele Steuerpflichtige sich an die Pflicht zur Angabe von Zinseinkünften halten und wie viele die darauf entfallende Einkommensteuer hinterziehen. Man kann hier wie bei jeder anderen rechtlichen Regel einen Wirksamkeitsquotienten feststellen. Dieser Quotient wird dann niedrig sein, wenn die Hinterziehung von Einkommensteuer auf Zinseinkünfte schwer feststellbar ist.

Neben der Wahrscheinlichkeit einer strafrechtlichen Sanktion spielt für die Wirksamkeit aber noch ein anderer Faktor eine Rolle. Das ist die Bekanntheit der Regel. Offenbar kann sich niemand an eine Regel halten, die ihm nicht bekannt ist. Die Drohung mit einer Sanktion (Kriminalstrafe) bei der Hinterziehung von Steuern auf Zinseinkünfte muss jedenfalls wirkungslos bleiben, wenn der Bedrohte gar nichts von dieser Drohung weiss. Und ihre Wirksamkeit wird mit der Bekanntheit steigen. Ebenso wie die Wirksamkeit einer Regel ist auch die Bekanntheit einer Regel graduell verschieden.

Das Grundgesetz sieht für Gesetze die Verkündung im Bundesgesetzblatt vor. Mit dieser Verkündung gelten Gesetze als allgemein bekannt. Das aber ist eine reine Fiktion. Denn die Auflage und die Anzahl der Leser des Bundesgesetzblattes sind sehr beschränkt. Allein die Verkündung im Bundesgesetzblatt bewirkt daher nur einen geringen Grad von Bekanntheit einer Regel. Weitere Bemühungen zur Verbesserung dieses Bekanntheitsgrades sind möglich und nötig.

Ein Beispiel ist etwa das strafrechtliche Verbot der Geldfälschung. Dieses Verbot war bis Anfang der neunziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts in Deutschland auf allen Geldscheinen abgedruckt. Es gehörte damit zu den am besten bekanntgemachten Regeln überhaupt.

Zum Vergleich sei einmal auf die Lage bei der Werbung für ein neues Produkt hingewiesen. Eine weltweit operierende Firma hat ein neues Produkt X entwickelt. Die Verbraucher sollen dieses Produkt X kaufen. Die Firma stellt also die Regel auf: Kaufe X. Sie kann an ihrem Marktanteil leicht ablesen, wie viele Verbraucher diese Regel befolgen und wie viele das nicht tun. Und die Firma hat ein starkes Interesse daran, den Wirkungsgrad dieser Regel (und damit ihren Umsatz) möglichst weit zu steigern.

Zwar kann sie keine staatlichen Sanktionen androhen. Daher handelt es sich bei dieser Regel nicht um eine rechtliche Regel. Sie wird aber durch eine Werbekampagne dafür sorgen, dass X bekannt wird und dass die Verbraucher X kaufen. Dabei wird sie sich nicht damit begnügen, ihr neues Produkt einmal in einer Zeitschrift mit verschwindend kleinem Leserkreis zu beschreiben. Vielmehr wird sie erhebliche Summen dafür aufwenden, ihr Produkt in allen Medien anzupreisen.

Ebenso kann auch der Gesetzgeber handeln. Der Staat kann über die Verkündung im Bundesgesetzblatt hinaus die Medien dafür einsetzen, den Bekanntheitsgrad der wichtigsten Regeln zu steigern. Der Staat kann gleichzeitig auch bloße Empfehlungen in einer Werbekampagne verbreiten. So etwa bei der Bekämpfung von AIDS. Hierzu kann es wesentlich beitragen, beim Geschlechtsverkehr mit unsicheren Partnern Kondome zu verwenden oder auf einen Geschlechtsverkehr mit unbekanntem und ständig wechselnden Partnern von vornherein zu verzichten. Entsprechende Verhaltensratschläge kann der Staat über eine Werbekampagne verbreiten. Das kann eine wirkungsvolle Alternative zur Verkündung einer entsprechenden Rechtspflicht im Bundesgesetzblatt sein.

Dabei schließen sich der bloße Appell des Staates an seine Bürger und die mit staatlichem Zwang bewehrte Rechtspflicht keineswegs aus. Vielmehr wäre auch bei dem oben genannten Beispiel der Hinterziehung von Einkommensteuer auf Zinseinkünfte eine die Drohung mit dem Zwangsmittel der Kriminalstrafe unterstützende Werbekampagne ebenso denkbar wie bei jeder anderen rechtlichen Regel. In diesem Fall schlägt sich eine auch nur geringfügig bessere Wirksamkeit der rechtlichen Regel auch sofort in höheren Steuereinnahmen nieder. Wenn daher eine Werbekampagne die Wirksamkeit der rechtlichen Regel in diesem Fall erhöhen kann, fallen die Kosten dieser Kampagne nicht ins Gewicht. Dabei ist noch gar nicht berücksichtigt, dass der Staat zahlreiche Möglichkeiten hat, die Medien kostenlos in Anspruch zu nehmen. Per Saldo ergeben sich erhebliche Mehreinnahmen.

Eine solche doppelte Absicherung einer rechtlichen Regelung durch staatlichen Appell und durch die Drohung mit staatlichem Zwang wird um so wichtiger, je wichtiger die betreffende Regel für das Gemeinwohl ist und je stärkere Hindernisse sich der Anwendung der staatlichen Zwangsmittel entgegenstellen. Für die Einhaltung der sachenrechtlichen Regeln über die Verfolgung von Bienenschwärmen wird sich der Staat weniger engagieren als etwa für die Einhaltung umweltrechtlicher Verbote oder eben auch der steuerrechtlichen Pflicht zur Versteuerung von Zinseinkünften.

Während alle diese gesetzlichen Regeln in gleicher Weise im Bundesgesetzblatt verkündet wurden, wird nur für einige besonders wichtige rechtliche Regeln eine unterstützende Werbekampagne möglich sein. Weiter werden sich die für die staatlichen Appelle eingesetzten Mittel danach unterscheiden, welchen Stellenwert die betreffende Regel für das Gemeinwohl hat. Man kann dann anhand des Haushaltsaufwandes für derartige Aufgaben ermitteln, welche rechtlichen Regeln der Staat als am wichtigsten ansieht. Das werden dann nämlich diejenigen sein, für deren Einhaltung mit dem größten finanziellen Einsatz geworben wurde.

## **10. Belastungskonforme Auslegung**

Bei der Vorhersage von Entscheidungen spielt eine Rolle, welche Methoden die Richter voraussichtlich anwenden werden. Neben den üblichen Methoden wird in der Praxis auch die Methode der belastungskonformen Auslegung bei einer Vorhersage zu berücksichtigen sein.

Bei der Auslegung von Gesetzen unterscheidet man üblicherweise die folgenden fünf Methoden. Nämlich die Auslegung nach dem Wortlaut, die Auslegung nach dem systematischen Standpunkt der Norm, die Auslegung nach dem Zweck der Norm, die Auslegung nach der Entstehungsgeschichte und die verfassungskonforme Auslegung. Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander ist nicht sicher geklärt, vor allem nicht die Frage, welcher Methode der Vorzug zu geben ist, wenn verschiedene dieser Auslegungsmethoden zu verschiedenen Ergebnissen führen.

Alle diese Methoden haben aber als gemeinsames Ziel, den wirklichen Sinn des Gesetzes möglichst richtig zu ermitteln. Das erscheint selbstverständlich, soll hier aber doch einmal festgestellt werden. Ein Vergleich mit anderen Bereichen einer "Methodenlehre" zeigt, weshalb.

Die Methodenlehre des Juristen beschäftigt sich mit der Arbeitsweise des Richters. Nehmen wir zum Vergleich nun eine Methodenlehre für Computerhersteller. Diese wird zwei Ziele haben. Erstens das Ziel, möglichst gute Computer zu entwickeln und herzustellen. Zweitens das Ziel, dabei möglichst schnell und billig zu sein. Die beste Neuentwicklung hilft nichts, wenn die Konkurrenz inzwischen schon das gleiche Produkt entwickelt und auf den Markt gebracht hat. Und die beste Qualität findet keinen Käufer, wenn die Konkurrenz das gleiche Produkt zum halben Preis anbieten kann. Ziele einer Methodenlehre für Computerhersteller werden also sein: Qualität einerseits, Schnelligkeit und Kostensenkung andererseits.

Im Gegensatz dazu ist das Ziel der herkömmlichen Methodenlehre für Juristen allein die Qualität der Auslegung. Wie man möglichst schnell und kostensparend vorgeht, diese Frage kommt in der herkömmlichen Methodenlehre für Juristen nicht vor. Diese Frage sei hier aufgeworfen, als ein erster Ansatz zur Antwort eine neue Methode der belastungskonformen Auslegung vorgeschlagen.

Belastungskonform bedeutet, die Auslegung an der Geschäftsbelastung des Auslegenden zu orientieren. Man macht sich bewusst, dass einzelne Ergebnisse der Auslegung einen unterschiedlichen Einfluss auf diese Geschäftsbelastung haben können, ebenso wie sie einen unterschiedlichen Einfluss auf die Verwirklichung von Grundrechten von Verfahrensbeteiligten haben können. Und man wählt im Zweifel die Auslegung, die diese Geschäftsbelastung reduziert.

Einige Beispiele mögen das verdeutlichen. Im Zweifel ist die Auslegung belastungskonform, die eine umfangreiche Beweisaufnahme erübrigt.

Es ist belastungskonforme Auslegung, der von einem anderen Gericht in einer veröffentlichten Entscheidung begründeten Ansicht zu folgen. Denn in diesem Fall reicht ein einfaches Zitat, während im umgekehrten Fall eine ausführliche Auseinandersetzung mit der für unrichtig gehaltenen Auffassung erforderlich wird.

Es ist belastungskonforme Auslegung, im Strafprozess auf eine Hauptverhandlung zu verzichten und statt dessen in einer "Absprache" mit dem Angeklagten das Ergebnis des Verfahrens auszuhandeln.

Es ist belastungskonforme Auslegung, wenn ein Richter bahnbrechende neue Erkenntnisse auf Seite 534 einer neu erschienenen Monographie nicht zur Kenntnis nimmt und sich vielmehr auf einen kurzen Blick in einen angeblich kurzen Kommentar beschränkt.

Es ist belastungskonforme Auslegung, wenn ein Revisionsgericht oder das Bundesverfassungsgericht nicht etwa über alle Verfahren mit gleichmäßigem Aufwand entscheidet, sondern vielmehr die nur begrenzt verfügbare Arbeitszeit der Richter auf solche Verfahren konzentriert, die besonders wichtig erscheinen.

Es ist weiter belastungskonforme Auslegung, wenn über eine Bagatellsache mit wenig Aufwand in erster Instanz schnell, falsch und endgültig entschieden wird.

Belastungskonforme Auslegung findet sich überall. Denn die übliche juristische Methodenlehre interessiert sich zwar nicht für die Effektivität der Arbeitsmethode. Dem in der Praxis tätigen Juristen bleibt aber gar nichts anderes übrig, als effektiv zu arbeiten, auch wenn ihn die Methodenlehre dabei im Stich lässt. Das gilt zumal in Zeiten ständiger Geschäftsbelastung der Gerichtsbarkeit, die nicht durch entsprechende Stellenvermehrung ausgeglichen wird.

Belastungskonforme Auslegung ist daher im Gegensatz zur verfassungskonformen Auslegung nicht etwa eine Tugend, die man Richtern nahelegen muss. Vielmehr ergibt sich belastungskonforme Auslegung von selbst, und es geht vor allem darum, sich diesen Vorgang bewusst zu machen und die Grenzen belastungskonformer

Auslegung nicht zu überschreiten.

Ebenso wie im Beispiel des Computerherstellers stehen nämlich auch bei der Arbeit des Juristen Qualität und Schnelligkeit in einem notwendigen Spannungsverhältnis. Die beste Qualität hilft nichts, wenn sie nicht schnell und effektiv genug erreicht wurde.

Umgekehrt hilft aber auch die schnellste Erledigung nichts, wenn sie zu einem unbrauchbaren Ergebnis führt. Zur Bewältigung der Geschäftsbelastung ist belastungskonforme Auslegung daher nur dort hinnehmbar, wo die damit erzielten Ergebnisse noch Mindestanforderungen an die Arbeit eines Juristen zu genügen vermögen. Während es also in Grenzfällen ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Auslegung sein mag, welches Ergebnis zu einer effektiveren und schnelleren Erledigung führen wird, ist eine belastungskonforme Auslegung keineswegs grenzenlos zulässig.

Die Grenzen sind etwa bei einer Hauptverhandlung in Strafsachen ersetzenden "Absprachen" im Strafprozess überschritten. Gerade darin, die Grenzen einer belastungskonformen Auslegung zu ermitteln, liegt die Bedeutung der offenen und bewussten Verwendung dieser Auslegungsmethode.

Solche Grenzen werden im übrigen um so enger sein, je wichtiger das Verfahren ist, um das es geht. Während man im Strafrecht in Bagatellsachen im Interesse einer schnellen Erledigung auch einen verhältnismäßig hohen Anteil zweifelhafter Strafbefehle hinnehmen mag, ist im Bereich schwerer Kriminalität sehr viel weniger belastungskonforme Auslegung zulässig.

## **II. Das Prozessrisiko im Zivilprozess**

### **1. Zukünftiges Recht und Prozessrisiko im Zivilprozess**

Einen Zivilprozess kann man von verschiedenen Blickwinkeln her sehen. Denkbare Möglichkeiten sind der Blickwinkel einer Partei, der eines Richters, der eines Rechtsanwaltes, der eines Zeugen, der eines Sachverständigen, der eines Wissenschaftlers oder der Standpunkt der Öffentlichkeit. Je nachdem, welchen Standpunkt man zu einem bestimmten Prozess hat, wird man den Prozess und damit auch die mit dem Prozess verbundenen Rechtsfragen anders sehen.

Die herkömmliche Betrachtungsweise stellt sich auf den Standpunkt eines Richters. Die typische Fragestellung wird eine bestimmte abgeschlossene Situation vorgeben und fragen, wie der Richter darüber zu entscheiden hat. In diesem Buch dagegen betone ich eher den Standpunkt der Partei bzw. ihres Rechtsanwaltes oder anderen Rechtsberaters (etwa Verfasser von wissenschaftlichen Gutachten).

Vom Standpunkt der Partei her ist die typische Fragestellung in die Zukunft gerichtet. Die Frage ist nicht, wie in einer bestimmten Lage des Prozesses ein Gericht zu entscheiden hat. Vielmehr ist die Frage der Partei regelmäßig, wie sich der Prozess voraussichtlich entwickeln wird und welche Entscheidung des Gerichts zu erwarten ist. Die Partei eines Zivilprozesses wird sich lange vor dem Zeitpunkt der eigentlichen Entscheidung Gedanken über ihr Prozessrisiko machen. Diese Frage ist in die Zukunft gerichtet. Die Vorhersage zukünftigen Rechts ist ein wesentlicher Faktor für die Abschätzung des Prozessrisikos, wenn auch keineswegs der einzige Faktor.

Diese Fragestellung steht, wie gesagt, üblicherweise nicht im Mittelpunkt. Ein Grund dafür liegt darin, dass die Gerichte sich normalerweise nicht mit dem Prozessrisiko beschäftigen und daher wenig Entscheidungen zu dieser Frage veröffentlicht werden. Normalerweise ist die Beurteilung des Prozessrisikos allein Sache der Parteien.

Gleichwohl verdient die Frage einige Aufmerksamkeit. Denn die Hauptrolle im Zivilprozess spielen die Parteien. Von allen eingangs mit einem Zivilprozess irgendwie in Berührung kommenden Perso-



nen ist die Rolle der Parteien die wichtigste. Denn die Parteien bestimmen, ob es überhaupt zu einem Prozess kommt. Die Parteien können den Prozess jederzeit mit einem Vergleich beenden. Die Parteien haben die meisten Informationen zu dem Sachverhalt, über den gestritten wird, weshalb das geltende Zivilprozessrecht ihnen auch überwiegend die Verantwortung für die Tatsachenfeststellung zuweist (Verhandlungsgrundsatz). Nicht zuletzt sind viel mehr Juristen Rechtsanwälte als Richter, so dass auch die professionell mit einem Prozess beschäftigten Beteiligten den Prozess häufiger aus der Sicht der Partei erleben als aus der Sicht des Richters.

Die Parteien spielen die Hauptrolle im Zivilprozess. Die aus der Sicht der Parteien entscheidend wichtige Frage des Prozessrisikos ist daher auch eine der wichtigsten Fragen des Zivilprozesses insgesamt.

Das lässt sich anhand von solchen Beispielen verdeutlichen, in denen ausnahmsweise doch ein Gericht über die Erfolgsaussichten einer Partei zu befinden hat. Die erste Fallgruppe ist dabei, dass eine Partei die Prozesskosten nicht selbst tragen will oder kann, sondern auf Kosten eines Dritten prozessieren möchte.

Im wesentlichen sind das die Fälle der Prozesskostenhilfe und der Rechtsschutzversicherung, obwohl auch Unterhaltsansprüche eine solche Prozessführung auf Kosten Dritter ermöglichen können. Wenn eine Partei für die Prozesskosten selbst aufkommt, kann sie beliebig aussichtslose Prozesse führen. Anderenfalls kann es aber zu Meinungsverschiedenheiten über die Erfolgsaussichten eines Prozesses zwischen der Partei selbst und dem mit dem Kostenrisiko belasteten Dritten kommen, über die dann ein Gericht zu befinden hat.

So setzt § 114 ZPO für die Gewährung von Prozesskostenhilfe unter anderem voraus, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung "hinreichende Aussicht auf Erfolg" bietet. Die gleiche Voraussetzung gilt nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen der Rechtsschutzversicherungen für den Deckungsschutz (§ 18 Abs. 1 Buchstabe b) ARB). Hier kann es zu unterschiedlichen Auffassungen darüber kommen, ob die Erfolgsaussicht hinreichend ist, was dann ein Gericht zu entscheiden hat.

Eine andere Fallgruppe liegt in Haftungsansprüchen gegen Rechtsanwälte. Eine der Parteien verliert immer. In wirtschaftlich gesehen wichtigeren Sachen verliert also wegen des dann in

Deutschland eingreifenden Anwaltszwanges damit zwangsläufig einer der beiden beteiligten Rechtsanwälte.

Das bedeutet nahezu immer ein Versagen bei der ursprünglichen Beurteilung der Erfolgsaussichten durch diesen Anwalt. Wenn die Partei, durch einen auch in bezug auf das zukünftige Recht allwissenden Rechtsanwalt beraten, ihre Prozessniederlage von vornherein vorhergesehen hätte, hätte sie nahezu immer früher nachgegeben und sich die durch den Prozess entstandenen zusätzlichen Kosten gespart.

Die Tatsache, dass der Rechtsanwalt die Prozessniederlage nicht rechtzeitig vorhergesehen hat, ist eine (allerdings notwendige) Abweichung vom Ideal des allwissenden Rechtsanwalts. Nur der Umfang dieser Abweichung ist von Fall zu Fall verschieden. Wenn das Versagen des Rechtsanwalts besonders deutlich ist, kann sich eine Haftung des Anwalts für die der Partei durch den aussichtslosen Prozess entstandenen Kosten ergeben. Wenn ein solcher Anspruch geltend gemacht wird, muss wieder ein Gericht darüber entscheiden, wie die Einschätzung der Erfolgsaussichten durch den Anwalt in dem ursprünglichen Fall zu bewerten ist.

Diese Fallgruppen machen eine Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Partei in einem Zivilprozess durch ein Gericht erforderlich. Sie führen damit zu einer Verdoppelung des Verfahrens. Zu dem eigentlichen Prozess kommt ein zweites Verfahren. Dieser Aufwand für die Beurteilung der Erfolgsaussichten ist daher nur in Ausnahmefällen vertretbar. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten ist aber für die Parteien in jedem Zivilprozess und in jeder Lage des Verfahrens eine außerordentlich wichtige Frage.

Dabei ist es erforderlich, zukünftiges Recht vorherzusehen. Die Frage der Erfolgsaussicht einer bestimmten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung ist nichts weiter als die Frage, wie ein Gericht letztlich über die betreffende Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung befinden wird. Wenn in einem Prozess über einige hundert Millionen abzusehen ist, dass der Streit jedenfalls bis zum Bundesgerichtshof fortgesetzt wird, ist es für die Beurteilung der Erfolgsaussichten nicht die entscheidende Frage, wie bestimmte Richter am Bundesgerichtshof die einschlägigen Rechtsfragen in der Vergangenheit beurteilt haben.

Die entscheidende Frage ist vielmehr, wie die Mehrheit unter den fünf Richtern entscheiden wird, die einige Jahre später dem Senat

des Bundesgerichtshofes angehören werden, der für die endgültige Entscheidung über die Sache zuständig sein wird. Womöglich gibt es diesen Senat jetzt noch gar nicht. Womöglich ändert sich jedenfalls seine Besetzung bis zur Entscheidung über den jetzt beginnenden Prozess.

Jedenfalls wird er seiner Entscheidung den Stand von Rechtsprechung und Literatur zugrunde legen, der sich einige Jahre später ergibt und von dem gegenwärtigen Stand erheblich abweichen kann. Die Frage nach der Vorhersage zukünftigen Rechts, die für die Beurteilung der Erfolgsaussichten entscheidend ist, ist grundsätzlich anders als die Frage nach der Ermittlung endgültigen Rechts.

Zwar wird das Ergebnis anderer Prozesse um ähnliche Rechtsfragen nicht ohne Einfluss auf die zu vorhersagende Entscheidung bleiben. Dieser Einfluss ist aber notwendig begrenzt. Der Schluss von endgültigem Recht auf zukünftiges Recht ist zwangsläufig mit Unsicherheiten belastet.

Vor allem aber können und werden die Parteien einiges tun, um auf die eben noch nicht feststehende zukünftige Entscheidung Einfluss zu nehmen. Wenn es um einige hundert Millionen geht, kann man etwa damit rechnen, dass vor der betreffenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes einige neue Literatur erscheint, die sich mit den einschlägigen Rechtsfragen beschäftigt. Jeder neue Aufsatz ändert das Gesamtbild zum zukünftigen Zeitpunkt der Entscheidung.

Selbst wenn es nicht möglich oder wegen einer geringeren Bedeutung der Sache nicht angemessen ist, entsprechende Veröffentlichungen zu lancieren, können und werden die Parteien in ihren Schriftsätzen zur Rechtslage Stellung nehmen, für den ihnen jeweils günstigen Standpunkt streiten, gegebenenfalls auch Gutachten bei Gericht vorlegen.

Während selbst der klügste Einwand in einer Urteilsbesprechung eine bereits feststehende Entscheidung des Bundesgerichtshofes nicht mehr ändern kann, ist bei einer zukünftigen Entscheidung ein solcher Einfluss eben noch möglich. Aus diesem Grunde sind Fragen des endgültigen Rechts regelmäßig weniger interessant. Die Beschäftigung mit bereits feststehenden Entscheidungen der Gerichts ist zum überwiegenden Teil Dokumentation, archivarische bzw. bibliothekarische Arbeit. Sie muss notwendigerweise ohne jeden Einfluss auf die bereits feststehende Entscheidung bleiben.

Das Ergebnis der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung wird also bestenfalls eine Wahrscheinlichkeit angeben, mit der nach dem gegenwärtigen Stand der Sache mit einem Erfolg gerechnet werden kann. Und es wird gleichzeitig nach Möglichkeiten gesucht werden, diese Wahrscheinlichkeit zu erhöhen.

Das Prozessrisiko im Zivilprozess ist allerdings nicht nur eine Frage der Erfolgsaussichten, vielmehr sind auch andere Faktoren zu berücksichtigen. Unter anderem spielen folgende Faktoren eine Rolle.

Wichtig sind zunächst einmal die mit dem Prozess verbundenen Kosten und Begleitschäden. Wichtig ist weiter, wie lange der Prozess dauern wird. Ich spreche in diesem Buch in Analogie zum Begriff des Kostenrisikos von einem "Zeitrisiko". Weiter ist das Risiko zu beachten, zwar den Prozess erfolgreich abzuschließen, mangels Vermögens des Gegners aber nicht vollstrecken zu können (Ausfallrisiko).

Alle diese Faktoren spielen neben der Erfolgsaussicht eine Rolle bei der Beurteilung des Prozessrisikos. Die Beurteilung der Erfolgsaussicht und damit die Prognose zukünftigen Rechts dürfte aber in der Mehrzahl der Fälle der entscheidende Faktor bei der Beurteilung des Prozessrisikos sein.

## **2. Der einfachste Anspruch**

"A hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von einer Million Euro aus einem Kaufvertrag." Eine solche Aussage ist scheinbar sehr einfach. Tatsächlich ist sie es aber nicht. Es stellt sich nämlich die Frage, was man sich eigentlich unter einem "Anspruch" vorzustellen hat. Dieser scheinbar simple Satz enthält eine Fülle von weiteren Aussagen. Diese weiteren Aussagen ergeben sich aus dem Verfahrensrecht.

So bedeutet ein Anspruch auf Zahlung von einer Million Euro: A kann gegen B eine Leistungsklage auf Zahlung erheben. A wird aufgrund dieser Leistungsklage ein erstinstanzliches Urteil erhalten, mit dem B zur Zahlung verurteilt wird. A kann mit diesem Titel dann die Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des B betreiben. Wenn die Zwangsvollstreckung mangels offensichtlicher Vermögenswerte des B nicht zum Erfolg führt, kann A den B dazu zwingen, eine eidesstattliche Versicherung über den Umfang seines Vermögens abzugeben. Oder A kann ein Konkurs-

verfahren gegen B beantragen.

Alles das steckt mit in dem einen unscheinbaren Wort "Anspruch". Der Anspruch des A gegen B bedeutet die Möglichkeit für A, mit den vom Verfahrensrecht vorgesehenen Mitteln diesen Anspruch auch durchzusetzen. Alle diese Mittel sind daher mitzubedenken, wenn man von einem "Anspruch" redet. Die Möglichkeit staatlichen Zwanges ist es auch gerade, die einen rechtlich anerkannten Anspruch von nur anders begründeten "Ansprüchen" unterscheidet.

Zur Verdeutlichung sei ein Fall angeführt, in dem kein rechtlich anerkannter Anspruch besteht. B hat den professionellen Killer A beauftragt, den C zu ermorden. Als "Honorar" hat er A eine Million Euro versprochen. A führt den Auftrag aus. In diesem Fall hat A keinen "Anspruch" in dem oben geschilderten Sinne auf Zahlung einer Million Euro gegen B.

Gleichwohl wird B es sich zweimal überlegen, ob er die Zahlung des versprochenen Betrages unterlassen will. Das könnte sich als nicht lohnend erweisen. B müsste nämlich für diesen Fall damit rechnen, dass A nunmehr ihn selbst umbringt. B hätte eine Sanktion zu fürchten, die stärker ist als jede denkbare staatliche Zwangsvollstreckung.

In diesem Fall ist die angedrohte Sanktion sehr einfach. B muss zahlen oder sterben. Darin liegt ein Unterschied zu dem oben geschilderten Fall eines Zahlungsanspruches. Ein Zahlungsanspruch sieht zahlreiche verschiedene Möglichkeiten staatlichen Zwanges nach sich. Ein Blick auf die Gliederung des achten Buches der ZPO gibt einen ersten Eindruck von der Vielfalt der in Betracht kommenden Maßnahmen. Der zweite Abschnitt dieses Buches, der die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen regelt, ist nur deshalb nicht der umfangreichste des achten Buches, weil die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen überwiegend im ZVG geregelt ist, vom Konkursverfahren ganz abgesehen.

Der zweite Abschnitt weist aber jedenfalls als einziger eine detaillierte weitere Unterteilung auf. Die Möglichkeiten staatlichen Zwanges sind bei einem Anspruch auf Zahlung deshalb so vielfältig, weil in diesem Fall das gesamte Vermögen des Schuldners Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist. Und es gibt viele Formen, in denen Vermögen verkörpert sein kann.

Im Vergleich dazu sehr einfach ist dagegen ein Anspruch auf

Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache. Wenn der oben geschilderte Kaufvertrag zwischen A und B ein bestimmtes Gemälde zum Gegenstand hatte, so kann B von A die Übergabe dieses Gemäldes verlangen. Auch dieser Anspruch ist mit staatlichem Zwang durchsetzbar. B kann sich einen Titel zur Zwangsvollstreckung beschaffen. Aufgrund dieses Titels kann er dann einen Gerichtsvollzieher anweisen, dem A das Gemälde wegzunehmen und ihm (B) zu übergeben.

Die Zwangsvollstreckung ist deshalb viel einfacher als die eines Zahlungsanspruches, weil ihr Gegenstand von vornherein bestimmt ist. Gegenstand des Anspruches ist ein bestimmtes Gemälde, nicht wie im umgekehrten Falle das gesamte Vermögen des A. Der Anspruch des Käufers ist also einfacher als der des Verkäufers.

Nach diesem Kriterium der Einfachheit kann man nun alle denkbaren Ansprüche miteinander vergleichen. Man wird dann auf einen Anspruch stoßen, der am einfachsten ist. Vermutlich ist der Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache nicht weit entfernt von diesem Fall des einfachsten Anspruches.

Solche Fälle einfachster Ansprüche wähle ich als Ausgangspunkt, um meinen Anspruchsbegriff zu entwickeln. Die wesentlichen Grundlagen dieses Begriffes sind auch in den einfachsten Fällen schon deutlich zu machen. Und der Anspruchsbegriff ist schwierig genug, so dass es sich jedenfalls empfiehlt, zunächst einmal von einem möglichst einfachen Beispiel auszugehen.

Das wichtigste und entscheidende Merkmal eines Anspruches ist die Möglichkeit staatlichen Zwanges zu seiner Durchsetzung. Beim Anspruch auf Herausgabe einer Sache ist das die Möglichkeit, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, dem Schuldner die Sache wegzunehmen. Ohne eine derartige Möglichkeit gibt es keinen Anspruch.

Daher sind im internationalen Handelsverkehr von Schiedsgerichten festgestellte "Ansprüche" nur dann als Ansprüche anzusehen, wenn eine staatliche Zwangsvollstreckung zumindest möglich ist. Und deshalb kann es einen rein materiell-rechtlichen Anspruchsbegriff nicht geben. Jeder Anspruch setzt ein Minimum an verfahrensrechtlichen Elementen voraus. Auch der einfachste Anspruch könnte ohne eine verfahrensrechtliche Verwirklichung nicht existieren. Wenn es keinen staatlichen Zwang zur Durchsetzung eines Anspruches auf Herausgabe einer bestimmten

Sache gäbe, wäre ein solcher Anspruch undenkbar. Ein Anspruch bedeutet also immer die Möglichkeit konkreter staatlicher Zwangsmaßnahmen.

Über die Rechtmäßigkeit staatlichen Zwanges kann es dabei zu einer Entscheidung eines Gerichts kommen. In den meisten Fällen ist die Entscheidung zumindest einer unteren Instanz auch Voraussetzung für den staatlichen Zwang. Wenn ein Gericht über den Anspruch zu entscheiden hat, sind zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder steht eine Entscheidung noch bevor, oder sie ist bereits gefallen. Im ersteren Falle ist die Frage, ob ein Anspruch besteht, eine Frage des zukünftigen Rechts. Im zweiten Fall ist es dagegen eine Frage des endgültigen Rechts.

Zunächst zu dem Fall, dass die Entscheidung noch aussteht. In diesem Fall ist ein Anspruch eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Gericht staatlichen Zwang zur Durchsetzung des Anspruches für rechtmäßig erklären wird. In dem oben beschriebenen einfachsten Fall ist ein Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe eines bestimmten Gemäldes die Wahrscheinlichkeit dafür, dass die zukünftige Entscheidung eines Gerichts die Wegnahme des Bildes durch den Gerichtsvollzieher für rechtmäßig erklären wird.

Aus der notwendig mit allen Prognosen zukünftigen Rechts verbundenen Unsicherheit ergeben sich schon in diesem einfachsten Fall einige Folgerungen. Erstens. Von einem Anspruch kann man nicht sagen, dass er besteht oder nicht besteht. Vielmehr kann man nur eine Wahrscheinlichkeit angeben, mit der dieser Anspruch anerkannt werden wird. Es kann also begründetere und weniger begründete Ansprüche geben, nicht aber begründete und unbegründete.

Zweitens. Mit jeder Aussage über die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Zwangsmaßnahme zur Durchsetzung eines Anspruches ist ein Risiko verbunden, solange über den Anspruch noch nicht endgültig entschieden ist.

Nun zu dem anderen Fall, dass bereits eine Entscheidung eines Gerichts gefallen ist. In diesem Fall sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder hat das Gericht den Anspruch anerkannt oder nicht. Lässt man zunächst einmal die Möglichkeit einer Änderung dieser Entscheidung durch eine spätere Entscheidung eines anderen Gerichts außer Betracht, so kann man jetzt in der Tat davon sprechen, dass ein Anspruch besteht oder nicht besteht.

Jedoch ist eine solche spätere Entscheidung eines anderen Gerichtes immer denkbar. Auch die Rechtskraft kann im Einzelfall durchbrochen werden. Daher bleibt auch in dieser Situation ein Element der Vorhersage zukünftigen Rechts. Der in diesem Buch entwickelte Anspruchsbegriff ist damit zunächst einmal an einem einfachen Beispiel angedeutet. Er wird sogleich noch näher ausgeführt.

### **3. Zukünftiges Recht und Anspruchsbegriff**

Nach der in diesem Buch vertretenen Ansicht ist das entscheidende Merkmal des Rechts die Möglichkeit von staatlichem Zwang zur Durchsetzung einer Regel. Dabei gibt es die beiden Alternativen des unmittelbaren Zwanges und der Drohung mit einer Sanktion. Im Strafrecht wird regelmäßig Zwang in der Form einer Drohung mit einer Sanktion ausgeübt. Im Privatrecht dagegen ist unmittelbarer staatlicher Zwang zur Durchsetzung rechtlicher Pflichten häufig.

Der einfachste Anspruch, der Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache, wird durchgesetzt, indem der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Sache wegnimmt und sie dem Gläubiger übergibt. Das ist gegen den Schuldner gerichteter unmittelbarer Zwang.

Zahlungsansprüche werden durchgesetzt, indem das Vermögen des Schuldners verwertet wird, auch hier keine Drohung mit einer Sanktion, sondern unmittelbarer staatlicher Zwang. Nur ausnahmsweise findet sich im Privatrecht die Drohung mit einer Sanktion, um einen Anspruch durchzusetzen, so bei einem Anspruch auf Unterlassung.

Der Grund dafür, dass sich im Privatrecht staatlicher Zwang in der Form unmittelbaren Zwanges so häufig findet, liegt darin, dass es im Privatrecht häufig nur vordergründig um Handlungen des Schuldners geht. Der häufigste Anspruch im Privatrecht ist der Anspruch auf Zahlung. Bei einem solchen Anspruch verurteilt ein Gericht den Schuldner dazu, zum Beispiel hunderttausend Euro an den Gläubiger zu bezahlen.

Die Zahlung ist eine Handlung des Schuldners. Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung wird aber nun nicht etwa diese Handlung des Schuldners erzwungen. Unmittelbarer Zwang dazu würde etwa wie folgt aussehen. Der Gerichtsvollzieher nimmt dem Schuldner Bargeld weg, gibt es ihm



dann wieder in die Hand und führt ihm dann gewaltsam den Arm so, dass der Schuldner das Geld dem ebenfalls anwesenden Gläubiger "bezahlt". Natürlich kennt das Zwangsvollstreckungsrecht keine derartige Form der Vollstreckung, da eben nicht eine Zahlungshandlung des Schuldners erzwungen werden soll.

Auch nach der Anordnung einer Sanktion für den Fall der Verletzung einer gerichtlich festgestellten Zahlungspflicht wird man normalerweise vergeblich suchen. Eine Ausnahme bildet der in § 170b StGB geregelte Sonderfall der Verletzung von Unterhaltspflichten. Hier wird ausnahmsweise eine strafrechtliche Sanktion an die fehlende Zahlungshandlung geknüpft.

Die Geldforderung wird also in der Weise durchgesetzt, dass der Schuldner die Verwertung seines gesamten Vermögens dulden muss. Wenn etwa der Gerichtsvollzieher dem Schuldner Geld wegnimmt und es dem Gläubiger abliefert, so liegt darin unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung der Geldforderung. Es fällt aber schwer, hier eine Zahlungshandlung des Schuldners auszumachen.

Jeder Zahlungsanspruch ist im Grunde auf "Duldung der Zwangsvollstreckung" in das gesamte Vermögen gerichtet. Gerade weil es im Privatrecht mehr um das Vermögen des Schuldners als um eine Zahlungshandlung des Schuldners geht, kann der staatliche Zwang hier in der Form unmittelbaren Zwanges eingreifen. Sachen kann man dem Schuldner leicht mit unmittelbarem Zwang wegnehmen. Dagegen ist es schwierig, Handlungspflichten mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen.

Der zentrale Begriff für das Strafrecht ist die Tat, der zentrale Begriff für das Privatrecht ist der Anspruch. Anspruchsgrundlagen gehören zu den wichtigsten Vorschriften des Privatrechts. Ausgangspunkt und Ergebnis der meisten Überlegungen zu einem privatrechtlichen Fall ist die Frage, ob ein Anspruch besteht.

Diese Frage kann als Frage zukünftigen Rechts oder als Frage endgültigen Rechts gestellt werden. Ein Beispiel für den ersteren Fall ist die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage, etwa durch einen Rechtsanwalt. Der Anwalt wird sich vor allem fragen, ob der mit der Klage geltend gemachte Anspruch anerkannt werden wird.

Ein Beispiel für den zweiten Fall ist die Besprechung einer neuen Entscheidung des Bundesgerichtshofes in der Literatur. Der Verfasser einer solchen Besprechung wird neben rein erläuternden

Hinweisen häufig auch seine Meinung dazu äußern, ob der Bundesgerichtshof den geltend gemachten Anspruch zu Recht anerkannt bzw. nicht anerkannt hat.

Betrachtet man den Anspruchsbegriff als Frage des zukünftigen Rechts, so gilt zunächst einmal ebenso wie für alle anderen Fragen zukünftigen Rechts: Es ist nur eine ungefähre Vorhersage möglich, wie ein Gericht einen Anspruch beurteilen wird, die jedenfalls dem Zufall Spielraum beläßt und bestenfalls eine bestimmte Wahrscheinlichkeit angeben kann.

Wenn ein Rechtsanwalt zu einer Klage auf Zahlung von einer Million Euro eine Aussicht auf Erfolg von 80 Prozent angeben kann, so läßt das offenbar einen Spielraum für den Zufall, ist aber schon eine wesentlich bessere Information, als sie ohne diese Prüfung der Erfolgsaussicht möglich war.

Erstes Merkmal eines Anspruchsbegriffes aus der Sicht der Partei und aus der Sicht vor dem Prozess ist also die Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Gericht den Anspruch anerkennen wird. Anspruch und "Aussicht auf Erfolg der Rechtsverfolgung" im Sinne von § 114 ZPO decken sich. Zweitens geht es bei alledem um die Möglichkeit zur Ausübung unmittelbaren staatlichen Zwanges, um die Möglichkeit, rechtmäßig auf das gesamte Vermögen des Schuldners zuzugreifen. Diese beiden Elemente eines Anspruchsbegriffes sollen in den folgenden Definitionsversuchen deutlich werden.

Nimmt man zunächst den Fall des einfachsten Anspruches (Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache), so ergibt sich als Definition: Anspruch ist die Wahrscheinlichkeit, mit der eine gerichtliche Entscheidung die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher und ihre Aushändigung an den Gläubiger für rechtmäßig erklären wird. Für den Anspruch auf Zahlung ergibt sich als Definition: Anspruch ist die Wahrscheinlichkeit, mit der eine gerichtliche Entscheidung den Zugriff auf das gesamte Vermögen des Schuldners zur Durchsetzung der Zahlungspflicht für rechtmäßig erklären wird. Allgemein und schlagwortartig zusammengefasst ist ein Anspruch die Wahrscheinlichkeit rechtmäßigen staatlichen Zwanges.

#### **4. Zukünftiges Recht und Beweismaß**

In einem Prozess werden Tatsachen festgestellt. Auf diese Tatsachen wird dann das Recht angewendet. In den meisten Fällen werden schon bei der Tatsachenfeststellung die entscheidenden

Weichen gestellt. Die Tatsachenfeststellung ist regelmäßig für das Ergebnis eines Prozesses wichtiger als die Rechtsanwendung. Vor allem im Strafprozess geht es meist vor allem darum, ob der Verdacht gegen den Angeklagten in der Hauptverhandlung bestätigt wird oder nicht. Aber auch im Zivilprozess sind Fragen der Tatsachenfeststellung häufig vorentscheidend.

Richter sind nicht allwissend. Ziel der Beweiserhebung kann es nur sein, die Richter dem Zustand der Allwissenheit näher zu bringen, ohne diesen Zustand jemals vollständig erreichen zu können.

Das wäre sogar dann der Fall, wenn die Verfahrensordnung die Unvereinbarkeit von Richter- und Zeugenstellung nicht vorsehen würde (vgl. § 41 Nr. 5 ZPO) und ein Richter ausnahmsweise auch eigene Kenntnisse über den zu entscheidenden Sachverhalt hätte. Denn auch ein Zeuge ist nicht etwa allwissend, sondern kennt den Sachverhalt nur aus seiner Perspektive.

Das Ziel völliger Gewissheit über den in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, der in einem Prozess entscheidend ist, ist also niemals zu erreichen. Alle Beweiserhebung ist Näherung, nur der Grad der Abweichung vom Ideal absoluter Gewissheit ist unterschiedlich.

Damit stellt sich die Frage nach dem sogenannten Beweismaß. Die Frage nämlich, wie weit die Abweichung vom Ideal absoluter Gewissheit ist, die man noch hinzunehmen bereit ist, wenn man eine Tatsache als bewiesen ansehen will.

Wenn man keinerlei Abweichung vom Ideal zuließe, könnten die Gerichte überhaupt keine Tatsachen mehr feststellen. Denn keine noch so sichere Beweislage kann absolute Gewissheit verschaffen. Vielmehr muss sich der Richter immer mit einem geringeren Grad von Gewissheit begnügen.

Diese Frage des Beweismaßes kann sich auch als Frage des zukünftigen Rechts stellen. Es ist dann die Frage, welche Abweichung vom Ideal absoluter Gewissheit bestimmte Richter noch hinzunehmen bereit sind, wenn sie in einem bestimmten Verfahren die Beweise würdigen werden.

So wird ein Staatsanwalt sich regelmäßig fragen, ob seine Beweise für eine Anklage ausreichen. Diese Frage läuft auf eine Vorhersage der Beweismwürdigung durch ein Gericht hinaus. Ebenso wird der Rechtsanwalt einer Partei im Zivilprozess sich bei der Beurteilung

des Prozessrisikos Gedanken darüber machen, welche Beweismittel ihm zur Verfügung stehen und wie weit diese Beweismittel geeignet sein werden, die von ihm behaupteten Tatsachen zu beweisen oder umgekehrt einen Beweis des Gegners zu erschüttern. Dazu ist jeweils auch eine Prognose darüber nötig, welche Beweismittel ein Gericht als ausreichend werten wird, um eine Tatsache festzustellen.

Die Situation bei der Beweiswürdigung ist allerdings wesentlich schwieriger als die des Richters bei der Beweiswürdigung selbst. Der Richter entscheidet über die Beweiswürdigung dann, wenn alle Beweise erhoben sind. Der Richter weiss dabei, was welcher Zeuge gesagt hat und wie glaubwürdig er dabei gewirkt hat. Das weiss man dagegen bei der Vorhersage einer Beweiswürdigung womöglich noch nicht.

Die Tatsachenfeststellung ist ein Prozess, der sich über einen längeren Zeitraum hinzieht. Während es keine Garantie dafür gibt, dass im Laufe des Prozesses immer deutlicher wird, welche Tatsachen festzustellen sind, wird doch jedenfalls immer deutlicher, wie die Beweislage in dem betreffenden Verfahren ist.

In manchen Verfahren wird mit zunehmender Dauer der Beweiserhebung immer unklarer, was eigentlich passiert ist, weil zahlreiche Zeugen sich gegenseitig widersprechen. Jeder erzählt dem Gericht eine andere Geschichte. Und alle sind wenig glaubwürdig. In anderen Verfahren mag mit jeder Beweiserhebung die Überzeugung des Gerichts von einer bestimmten Tatsache sicherer werden.

Jedenfalls ist zu einem Zeitpunkt nach dem Schluss der Beweiserhebung wesentlich einfacher zu beurteilen, wie sich die Beweislage darstellt, als vor Beginn des Prozesses.

Das Beweismaß kann man zahlenmäßig oder sprachlich darstellen. Man kann z.B. behaupten, eine Tatsache, die mit einer Wahrscheinlichkeit von 99 Prozent festgestellt sei, sei als bewiesen anzusehen. Oder man kann umgekehrt sagen, eine Tatsache sei dann als bewiesen anzusehen, wenn nach dem Ergebnis der Beweiserhebung kein vernünftiger Zweifel mehr möglich sei (oder eine ähnliche sprachliche Formulierung).

Die erste Alternative wird in der Praxis sofort auf Schwierigkeiten stoßen. Regelmäßig ist es nämlich für den Richter nach dem Abschluss der Beweiserhebung nicht möglich, einen genauen

Zahlenwert für die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Tatsache anzugeben. Liegt die Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein bestimmter Zeuge die Wahrheit gesagt hat, bei 98 Prozent, nur bei 75 Prozent, oder liegt sie bei 99,9 Prozent? Auch der beste psychologische Sachverständige wird die Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht in solchen Zahlenwerten eindeutig angeben können.

Diese Fälle bilden die deutliche Mehrheit. In ihnen ist schon aus diesem Grunde ein in Zahlenwerten definiertes Beweismaß unpraktikabel. Sinnvoll ist daher allein eine sprachliche Formulierung. Diese wird allerdings immer dem Richter einen erheblichen Spielraum lassen, wie er in Grenzfällen verfahren will.

Während es für den Richter nach Abschluss der Beweiserhebung immerhin in Ausnahmefällen möglich sein mag, einen Zahlenwert für die Wahrscheinlichkeit einer Tatsache anzugeben, ist das zum Zeitpunkt der Beurteilung des Prozessrisikos vor dem Beginn eines Prozesses nochmals schwieriger.

In Verfahren, in denen über erhebliche Tatsachen gestritten wird, ist schon aus diesem Grund die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Partei zu einem frühen Zeitpunkt außerordentlich unsicher. Wenn ein Anwalt etwa die Wahrscheinlichkeit einer Feststellung der seiner Partei günstigen Tatsachen zuverlässig mit 70 Prozent angeben kann, dann ist das schon eine bessere Information, als sie in den meisten Fällen möglich ist.

Und doch lässt auch diese Information noch einen Spielraum für das umgekehrte Ergebnis, ob die wahrscheinlichere oder unwahrscheinlichere Tatsachenfeststellung letztlich eintritt, bleibt aus der Sicht vor dem Prozess dem Zufall überlassen. Regelmäßig wird aber auch bei der Beurteilung des Prozessrisikos keine derartige Darstellung der Wahrscheinlichkeit einer voraussichtlichen Tatsachenfeststellung in einem Zahlenwert, vielmehr nur eine sprachliche Formulierung möglich sein.

Bei der Diskussion des Beweismaßes ist also auch an die Situation der Einschätzung des Prozessrisikos zu denken, die Frage des Beweismaßes als Frage des zukünftigen Rechts zu stellen. Dabei sei abschließend noch ein weiterer Gesichtspunkt hervorgehoben. Wie gerade gesagt wurde, ist das Maß der Informationen über die Beweislage vor dem Prozess geringer als nach der Durchführung der Beweiserhebung, was die Vorhersage der Beweiswürdigung erschwert. Es gibt aber einen ähnlichen Unterschied auch zwischen verschiedenen Verfahren, der sich aus der unterschiedlichen Be-

deutung verschiedener Verfahren ergibt.

Man vergleiche etwa ein Strafbefehlsverfahren wegen eines geringfügigen Vergehens mit einem Mordprozess vor einem Schwurgericht. Oder man vergleiche ein Versäumnisurteil eines Amtsgerichtes über eine Klage auf Zahlung von 20 Euro mit einem Prozess durch drei Instanzen um 20 Millionen Euro. Man wird feststellen, dass das Maß der Beweiserhebung in einzelnen Verfahren sehr unterschiedlich ist.

Während in manchen Verfahren eine Beweiserhebung vor Gericht überhaupt nicht stattfindet, wird in anderen Verfahren lebhaft und nachhaltig um die Tatsachenfeststellung gestritten. Je größer die Bedeutung eines Verfahrens ist und je hartnäckiger die Parteien streiten, um so höher ist der für die Beweiserhebung betriebene Aufwand des Gerichts.

Je niedriger umgekehrt der Aufwand für die Beweiserhebung ist, desto weiter weichen naturgemäß die Richter vom Idealzustand der Allwissenheit ab und desto geringer muss man das Beweismaß ansetzen, um überhaupt noch Tatsachen feststellen zu können. Im Grenzfall eines Versäumnisurteils übernimmt das Gericht einfach den Vortrag des Klägers und begnügt sich daher mit einem denkbar geringen Beweismaß. Dabei ist mir natürlich klar, dass die Geständnisfiktion in § 331 ZPO eine Beweiswürdigung überflüssig macht. Gleichwohl liegt im Versäumnisverfahren ein Beispiel für eine gerichtliche Entscheidung auf denkbar ungesicherter tatsächlicher Grundlage, das Maß der Beweiserhebung liegt hier bei null.

Umgekehrt wird in einem Prozess durch drei Instanzen um 15 Millionen Euro mit sehr sorgfältiger Beweiserhebung in zahlreichen Verhandlungsterminen ein außerordentlich hohes Maß an Beweiserhebung verwirklicht. Daher kann man in diesem Fall auch ein entsprechend hohes Maß an Überzeugung verlangen, das für die Feststellung einer Tatsache notwendig ist. Je näher die Richter durch entsprechenden Aufwand bei der Tatsachenfeststellung dem Ideal der Allwissenheit kommen, desto strengere Anforderungen an das Beweismaß sind möglich. Wenn umgekehrt das Maß der Beweiserhebung sehr gering ist, sind hohe Anforderungen an das Beweismaß nicht praktikabel.

## **5. Das Zeitrisiko im Zivilprozess**

Die Frage nach dem zukünftigen Recht ist die Frage, wie ein

Gericht voraussichtlich in einem bestimmten Zivilprozess entscheiden wird. Sie ist ein wichtiger Faktor für die Abschätzung des Prozessrisikos im Zivilprozess. Ein anderer wichtiger Faktor ist die Frage, *wann* die Gerichte über einen Prozess endgültig entscheiden werden.

Entsprechend dem Begriff des Kostenrisikos spreche ich in diesem Buch vom "Zeitrisiko". Einige Beispiele mögen diesen Begriff verdeutlichen.

Erstens kann man sich eine Welt vorstellen, in der jeder Zivilprozess mindestens fünfhundert Jahre dauert, weil anstatt der erforderlichen Anzahl von Richtern nur ein Bruchteil dieser Anzahl tätig ist. Das Zeitrisiko wäre in diesem Fall außerordentlich hoch. Die meisten Ansprüche wären in diesem Fall so gut wie nicht mehr durchsetzbar (anderes gilt nur, wenn der Gläubiger von vornherein einen Titel zur Zwangsvollstreckung hat, etwa eine vollstreckbare Urkunde).

Gerade in der Möglichkeit zur Durchsetzung mit staatlichem Zwang liegt aber das entscheidende Merkmal eines Anspruches, wie des Rechts überhaupt. Wenn also die Durchsetzung auf viele Generationen hinaus nicht möglich erscheint, sinken damit alle Ansprüche auf das Niveau unverbindlicher Versprechungen herab, die freiwillig oder gar nicht erfüllt werden.

Das ist natürlich ein Extremfall, der bei aller Sparsamkeit der öffentlichen Hand im Justizhaushalt nie erreicht werden wird. Anhand dieses Extremfalles wird aber das grundsätzliche Problem deutlich. Jeder Zivilprozess kostet Zeit. Wenn ein Prozess um einen hohen Streitwert durch drei oder noch mehr Instanzen ausgetragen wird, dann dauert es eher Jahre als Monate, bis das endgültige Ergebnis vorliegt.

Auch wenn die für den Prozess nötige Zeit nicht bei fünfhundert, sondern nur bei zwei Jahren liegt, kann das zu lange dauern. Jeder Anspruch wird in mehr oder weniger großem Umfang entwertet, wenn er erst zwei Jahre später durchgesetzt werden kann. Darin liegt ein Risiko, das als Teil des Prozessrisikos gesehen und berücksichtigt werden muss.

Zweitens kann man sich umgekehrt vorstellen, jeder Zivilprozess werde sofort entschieden. Entscheidungen eines Schiedsrichters im Sport werden in aller Regel sofort getroffen. Auch wenn eine solche Entscheidung starken Einfluss auf den Ausgang eines Endspiels

einer Fußball-WM hat, damit also von nahezu historischer Bedeutung, jedenfalls aber höherer Bedeutung als die meisten richterlichen Entscheidungen in Zivilprozessen ist, wird sie sofort getroffen.

Der Schiedsrichter sieht sich noch nicht einmal Video-Aufzeichnungen an, wenn er seine Entscheidungen trifft. Hierin liegt ein besonders niedriges Maß der Beweiserhebung, die Entscheidung wird endgültig sofort getroffen und dabei nur die eine Perspektive des Schiedsrichters zugrunde gelegt, was natürlich ein für zufällige Entscheidungen und klare Fehlentscheidungen besonders anfälliges Verfahren ist.

Angesichts der überragenden Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Interessen fragt man sich, weshalb man beim Fußball nicht einmal die finanziellen Mittel für eine Schiedsrichterkommission aufbringt, die in allen Zweifelsfällen durch sofortige Auswertung der Video-Aufzeichnungen aller Kameras eine besser fundierte Entscheidung trifft. In Amerika gibt es das im Profi-Football seit langem.

Die gegenwärtigen Regeln des Fußballprozessrechts können nur als anachronistisch bezeichnet werden, ein liebenswürdiges Überbleibsel aus einer Zeit, als es noch um wesentlich weniger ging. Ebenso könnte man sich nun in einem Gedankenexperiment vorstellen, alle Gerichte würden im Zivilprozess sofort und endgültig entscheiden. In diesem Fall sinkt das Zeitrisko auf einen sehr niedrigen Wert (man braucht immer noch etwas Zeit, um die Gerichte überhaupt erst anzurufen).

Je länger die Prozesse dauern, um so wichtiger wird die Vorhersage zukünftigen Rechts. Wenn über eine heute in erster Instanz eingereichte Klage morgen der Bundesgerichtshof in dritter Instanz entscheiden würde, wäre der Bedarf für die Vorhersage dieser Entscheidung geringer. Denn während bei einer Prozessdauer von fünf Jahren bis zur Entscheidung der dritten Instanz die Parteien zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens ihre Aussicht in dem Prozess abschätzen müssen, sinkt diese Notwendigkeit mit der Verfahrensdauer. Je schneller endgültiges Recht an die Stelle von zukünftigem Recht tritt, um so geringer wird der Stellenwert des zukünftigen Rechts.

## **6. Prozesskosten im Zivilprozess**

Ein wesentlicher Faktor für das Prozessrisiko im Zivilprozess ist



das Kostenrisiko. Bei einem Prozess mit einem sehr hohen Streitwert kann allein das Kostenrisiko so hoch sein, dass sich eine Klage verbietet. Umgekehrt kann bei sehr niedrigen Streitwerten der durch den Prozess zu erlangende Vorteil außer Verhältnis zu dem für den Prozess nötigen Aufwand stehen.

Daher ist es bei der Beurteilung des Prozessrisikos wichtig, sich über die Behandlung der Kosten eines Prozesses Klarheit zu verschaffen. Dabei spielt die Vorhersage des zukünftigen Rechts für die Behandlung der Prozesskosten im Zivilprozess eine erhebliche Rolle.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist die Vorhersage zukünftigen Rechts immer mit mehr oder weniger weit gehenden Unsicherheitsfaktoren belastet. Der Zufall ist nie völlig auszuschließen. Und in zahlreichen Fällen ist sein Einfluss auf das Ergebnis des Verfahrens so stark, dass eine zuverlässige Vorhersage des Ergebnisses unmöglich ist.

Der Zusammenhang dieser Betrachtungsweise mit der Behandlung der Kosten im Zivilprozess ergibt sich in den folgenden Überlegungen. Sieht man zunächst einmal von der in Deutschland tatsächlich geltenden Regelung der Kosten ab und untersucht die theoretischen Möglichkeiten für die Behandlung der Prozesskosten, so sind folgende Regelungen denkbar.

Dabei soll die Frage der Kostenhaftung nur als Frage der Kostenverteilung zwischen den Parteien untersucht werden. Denkbar ist auch, dass ein Teil der tatsächlich angefallenen Kosten von einem Dritten getragen wird, etwa von der Allgemeinheit. Die Staatskasse trägt nämlich jedenfalls einen Teil der tatsächlich anfallenden Gerichtskosten (Kosten für Gerichtsgebäude, Richtergehälter usw.), wenn bei einem Verfahren mit niedrigem Streitwert die gesetzlichen Gerichtsgebühren nicht ausreichen, um die tatsächlich anteilig durch dieses Verfahren entstehenden Kosten zu decken.

Ebenso tragen die beteiligten Anwälte einen Teil der tatsächlichen Kosten des Verfahrens, wenn sie nur die gesetzlichen Gebühren erhalten, diese aber bei einem niedrigen Streitwert nicht ausreichen, um die Arbeitszeit der Rechtsanwälte angemessen zu entgelten.

Erstens. Die Prozesskosten hat die unterlegene Partei zu tragen. Zweitens. Die Prozesskosten hat die unterlegene Partei dann und soweit zu tragen, als sie das Ergebnis des Prozesses hätte vorher-

sehen können. Drittens. Unabhängig vom Ergebnis des Verfahrens trägt jede der Parteien ihre außergerichtlichen Kosten (z.B. Anwaltsgebühren) selbst, nur die Gerichtskosten hat die unterlegene Partei zu tragen.

Die zweite oben dargestellte Möglichkeit führt offenbar gerade zu der Frage, wieweit zukünftiges Recht vorhersehbar ist. In diesem Fall nimmt man ein Verschulden der Partei an, die einen aussichtslosen Prozess geführt hat. Man wirft der Partei vor, ihre Aussichten in dem Prozess nicht sorgfältig genug geprüft zu haben.

Im geltenden deutschen Recht finden sich alle drei der oben genannten Prinzipien. Für einen bestimmten Bereich der mit einem Prozess verbundenen Kosten gilt das erste Prinzip, wonach die im Prozess unterlegene Partei die Kosten unabhängig vom Verschulden zu tragen hat. Für einen anderen Bereich kommt es dagegen darauf an, ob der unterlegenen Partei ein Schuldvorwurf gemacht werden kann, weiter auch darauf, ob der Gläubiger oder ob der Schuldner des streitigen Anspruches unterlegen ist. In einem dritten Bereich tragen die Parteien ihre Kosten selbst, ohne die Möglichkeit, vom Gegner Ersatz zu verlangen.

Es kommt also zunächst einmal darauf an, welche Arten von Kosten man untersucht. Mit einem Zivilprozess können viele Formen von Kosten und Begleitschäden verbunden sein. Zunächst einmal fallen in jedem Prozess Gerichtskosten an. Wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind, dann entstehen Kosten für die Tätigkeit der Rechtsanwälte. Diese Kosten können sich im Rahmen der von der Gebührenordnung vorgesehenen Sätze halten oder diese Sätze überschreiten. Weiter kostet der Prozess die Parteien Zeit und Nerven. Schließlich sind hohe Begleitschäden möglich, wenn etwa in einem Prozess wegen Produkthaftung die Medien ausführlich berichten und damit das Ansehen und der Umsatz der beklagten Herstellerfirma wesentlich geschädigt werden.

Alle diese und viele andere Formen von Kosten sind nach geltendem Recht in eine der drei möglichen Kategorien einzuordnen (verschuldensunabhängige Erstattung durch die unterlegene Partei, verschuldensabhängige Erstattung durch die unterlegene Partei, keine Erstattung).

Eine vom Verschulden der unterlegenen Partei unabhängige Kostenpflicht sieht § 91 ZPO vor. Diese Kostenpflicht erfasst aber nur einen Teilbereich der Kosten. So fallen hierunter alle Gerichts-

kosten, die Anwaltskosten aber nur im Rahmen der gesetzlichen Gebühren.

Für den verbleibenden Bereich sind andere Ansprüche zu prüfen, etwa aus Verzug oder aus unerlaubter Handlung. Diese setzen regelmäßig ein Verschulden voraus. Überwiegend handelt es sich um Schadensersatzansprüche, deren Umfang durch die allgemeinen Vorschriften des BGB über den Schadensersatz begrenzt wird, etwa die Schadensminderungspflicht des Gläubigers nach § 254 Abs. 2 BGB oder das Prinzip, immateriellen Schaden nicht zu ersetzen (§ 253 BGB). Der Ärger und die Aufregung einer Partei über die Prozessführung des Gegners können also erst dann zu einem Ersatzanspruch führen, wenn sie sich in einem materiellen Schaden (etwa einem Herzanfall) ausgewirkt haben, und die Erstattung aussergewöhnlich hoher Aufwendungen für den Prozess wird durch die Schadensminderungspflicht jedenfalls begrenzt. Damit bleibt ein dritter Bereich von nicht erstattungsfähigen Kosten.

Das wichtigste der drei dargestellten Prinzipien bei der Behandlung der Prozesskosten ist wohl der in § 91 ZPO ausgesprochene Grundsatz der Kostenhaftung der unterlegenen Partei. Zwar erfasst diese Kostenhaftung nicht alle mit einem Zivilprozess verbundenen Kosten, aber doch den größten Anteil davon.

Fragt man nach dem Grund für die Berechtigung dieses Grundsatzes, so sind folgende Argumente möglich. Erstens hat der Grundsatz den Vorzug der Einfachheit. Die Kosten sind im Verhältnis zu der Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch selbst regelmäßig nur von untergeordneter Bedeutung, ein Nebensatzpunkt. Das spricht für eine Regelung, die umständliche Überlegungen zum Verschulden bei der Prozessführung überflüssig macht. Ich rechne hier auf lebhaftige Zustimmung aller, die Kostenentscheidungen in der Praxis fällen und derzeit regelmäßig nur stichwortartig begründen müssen.

Zweitens ist gegen den Grundsatz des § 91 der Einwand denkbar, die unterlegene Partei habe in vielen Fällen den Prozessverlust nicht vorhersehen können. Daher sei es unbillig, sie in einem solchen Fall dennoch mit den Prozesskosten zu belasten. Man denke etwa an den Fall, dass der Bundesgerichtshof eine langjährige ständige Rechtsprechung aufgibt und damit den überraschenden Prozessverlust einer Partei bewirkt.

In der Tat wäre der Grundsatz des § 91 ZPO leicht angreifbar,

wenn man seinen Grund darin sehen wollte, dass die unterlegene Partei regelmäßig in der Lage sei, den Prozessverlust vorherzusehen, wenn man die Gefährdungshaftung in § 91 ZPO also als eine Art unwiderlegliche Vermutung des Verschuldens bei der Vorhersage zukünftigen Rechts verstehen wollte, die in den meisten Fällen auch durchaus zutreffen würde. Dann trifft dieser Einwand ebenso und verstärkt das oben als zweites dargestellte Prinzip einer verschuldensabhängigen Haftung der unterlegenen Partei für die Prozesskosten. Er beruht auf der Prämisse, die Haftung nach § 91 ZPO sei deswegen angemessen, weil eben in den meisten Fällen die unterlegene Partei die Niederlage habe vorhersehen können, was auf einen Verschuldensvorwurf hinausläuft.

Diese Prämisse ist allerdings mit der hier vertretenen Ansicht zur Unvorhersehbarkeit zukünftigen Rechts schwer zu vereinbaren. Vielmehr beruht die Entscheidung über den Nebenpunkt Kosten im gleichen Maße wie die über den Anspruch selbst auf zufälligen Umständen. Soweit man die Entscheidung über den Anspruch selbst als (auch) zufällig ansehen muss, ist es nur konsequent, auch die Entscheidung über den Nebenpunkt Kosten in gleicher Weise als zufallsbestimmt anzusehen und einen Verschuldensvorwurf gegen die unterlegene Partei gerade nicht zu erheben.

Oder, mit anderen Worten: Gerade weil das Ergebnis eines Prozesses in so vielen Fällen nicht zuverlässig vorhergesagt werden kann, gerade wegen der notwendigen Unsicherheiten bei der Vorhersage zukünftigen Rechts, gerade deshalb ist eine Gefährdungshaftung wie sie dem Modell des § 91 ZPO zugrundeliegt die für die Verteilung der Kosten angemessene Regelung.

## **7. Zum Verständnis der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess**

Die materielle Rechtskraft im Zivilprozess kann als Frage des zukünftigen Rechts oder als Frage des endgültigen Rechts auftauchen. Nach der Definition dieser Begriffe in diesem Buch hängt das davon ab, ob sich eine in der Vergangenheit liegende Entscheidung eines Gerichts auf die materielle Rechtskraft einer anderen Entscheidung berufen hat oder ob es darum geht, die Beurteilung der materiellen Rechtskraft durch eine in der Zukunft liegende Entscheidung eines anderen Gerichts vorherzusagen. Das sei hier zunächst einmal als eine zwingende Konsequenz aus der Definition des zukünftigen Rechts einfach festgestellt.

Die materielle Rechtskraft spielt erst in dem Moment eine Rolle, in dem sie ihr eigentliches Ziel verfehlt hat. Dieses eigentliche Ziel liegt darin, den Streit zwischen den Parteien endgültig abzuschließen und es zu einer neuen Entscheidung nicht mehr kommen zu lassen. Es wird offenbar verfehlt, wenn doch eine der Parteien nochmals eine Entscheidung eines Gerichtes herbeiführt.

Nehmen wir als Beispiel eine Klage auf Zahlung von einer Million Euro, die rechtskräftig abgewiesen wurde. Nichts kann den Kläger daran hindern, die gleiche Klage nochmals zu erheben. Und erst wenn ein solcher Kläger trotz Vorliegens einer rechtskräftigen Entscheidung immer noch hartnäckig weiter prozessiert, kann es zu einer Beurteilung der Frage "materielle Rechtskraft" durch eine zukünftige Entscheidung eines Gerichts kommen. Die Frage der Bindung eines späteren Gerichts an die Rechtskraft der früheren Entscheidung stellt sich erst in dem Moment, in dem eine der Parteien diese frühere Entscheidung nicht hinnimmt, damit also erst, wenn der eigentliche Zweck der materiellen Rechtskraft verfehlt ist.

Im Grunde geht es bei der materiellen Rechtskraft darum, das Entstehen neuen zukünftigen Rechts in einem bestimmten Prozess von vornherein zu verhindern. Das Mittel zu diesem Zweck ist eine weitgehende Festlegung des zukünftigen Rechts im Wege einer Bindung an die materielle Rechtskraft einer früheren Entscheidung. Diese Bindung führt dazu, dass die Vorhersage zukünftigen Rechts für die im Prozess unterlegene Partei ebenso (verhältnismäßig) sicher wie ungünstig ausfallen muss. Das wiederum soll die im Prozess unterlegene Partei davon abschrecken, noch weitere gerichtliche Entscheidungen herbeizuführen.

Die Bindungswirkung der Rechtskraft wird als Frage zukünftigen Rechts erst relevant, wenn diese Abschreckung versagt hat, da es ansonsten nicht zu einer neuen Entscheidung kommen kann. Das ist zugleich ein Beleg und eine Anwendungsfall für die dritte grundlegende These dieses Buches. Das zukünftige Recht ist vom Streit der Parteien abhängig.

Theoretisch ist es denkbar, in einer Statistik zu ermitteln, wie groß der Anteil der Prozesse ist, in denen eine der Parteien auch eine rechtskräftige Entscheidung noch nicht als endgültig hinnimmt und es daher zu einer erneuten Entscheidung eines Gerichts kommt. Vermutlich wird dieser Prozentsatz sehr klein sein. Die überwältigende Mehrheit aller Verfahren wird mit einer rechtskräftigen Entscheidung auch wirklich endgültig erledigt, nur

in einer verschwindend geringen Anzahl von Verfahren wird eine der Parteien eine rechtskräftige Entscheidung nochmals angreifen.

Nehmen wir einmal willkürlich an, eine von einem allwissenden Beobachter erstellte Statistik ergebe einen Wert von 99,9 Prozent für die Anzahl der Verfahren, in denen die rechtskräftige Entscheidung nicht mehr in Frage gestellt wird und es daher nicht mehr zur Beurteilung der materiellen Rechtskraft durch eine neue gerichtliche Entscheidung kommen kann. Dieser Wert ist vermutlich eher noch zu tief geschätzt. Jedenfalls lässt sich aber sagen, dass die materielle Rechtskraft einer Entscheidung nur in seltenen Ausnahmefällen von einem anderen Gericht geprüft werden muss.

Der Grund dafür liegt darin, dass die abschreckende Wirkung der materiellen Rechtskraft in den meisten Fällen stark genug ist. Gerade weil sich die im Prozess unterlegene Partei nur noch minimale Aussichten auf einen Erfolg bei einer neuerlichen Entscheidung ausrechnen kann, kommt es gar nicht mehr zu dieser neuen Entscheidung. Die materielle Rechtskraft hat erheblichen Einfluss auf die Prognose zukünftigen Rechts in der betreffenden Sache. Die Vorhersage weiterer Entscheidungen wird sehr viel sicherer sein als vor dem Prozess, wenn auch eine Durchbrechung der Rechtskraft nie ganz ausgeschlossen ist.

Der Einfluss ist um so stärker, je unrichtiger die rechtskräftige Entscheidung ist. Wenn man als "unrichtig" eine Entscheidung bezeichnet, die aus der Sicht vor dem Prozess überraschend und für niemanden vorhersehbar war, wird das deutlich.

Nehmen wir an, in einem bestimmten Zivilprozess macht der Kläger einen Anspruch auf Zahlung von einer Million Euro geltend. Sein Rechtsanwalt musste ihm vor dem Prozess sagen, dass es nach der Rechts- und Beweislage einem Wunder gleichkomme, wenn er den Prozess gewinnen sollte. Die Aussichten des Klägers sollen also zu Beginn des Verfahrens bei einer Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg von unter einem Prozent gelegen haben. Damit war die Prognose des zukünftigen Rechts in dieser Sache für den Kläger ausgesprochen ungünstig.

Und dennoch soll der Kläger zu jedermanns Verblüffung eine rechtskräftige Entscheidung des Bundesgerichtshofes erwirken, in der sein Anspruch anerkannt wird. Damit steigen seine Aussichten, dass auch jede zukünftige Entscheidung eines Gerichts in dieser Sache ihm recht gibt, erheblich. Seine Gewinnchance von unter ei-

nem Prozent wird zu einer nahezu völligen Sicherheit, dass alle weiteren Entscheidungen in dieser Sache (wenn es noch zu solchen weiteren Entscheidungen kommen sollte) zu seinen Gunsten ausfallen.

Das ist ein besonders starker Einfluss der materiellen Rechtskraft auf die Vorhersage zukünftigen Rechts. Dieser Einfluss ist natürlich umgekehrt wesentlich geringer, wenn der Erfolg des Klägers von vornherein als nahezu sicher erschien. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft ist um so wichtiger, je unrichtiger die Entscheidung ist, um deren Rechtskraft es geht.

Die materielle Rechtskraft einer Entscheidung wirkt sich also mehr oder weniger stark auf die Prognose zukünftigen Rechts in dem durch die rechtskräftige Entscheidung abgeschlossenen Verfahren aus. Nehmen wir als Beispiel an, eine Klage auf Zahlung von einer Million Euro sei entscheidend davon abhängig gewesen, welche Auslegung einer bestimmten Generalklausel des BGB der Bundesgerichtshof in dieser Sache für richtig halten wird. Es ergeht eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die von zwei möglichen Alternativen die Auslegung A für richtig erklärt.

Die Wahrscheinlichkeit, dass nunmehr in Zukunft noch irgendein Gericht in dieser Sache die Auslegung B für richtig halten wird, sinkt auf einen Wert nahe null. Da es sich bei der Frage der Auslegung einer Generalklausel des BGB um materielles Recht handelt, hat in diesem Fall die materielle Rechtskraft der Entscheidung des Bundesgerichtshofes Einfluss auf materielles zukünftiges Recht. Und zwar nicht nur irgendeinen Einfluss, sondern einen stärker kaum denkbaren Einfluss.

### **III. Das Prozessrisiko im Strafprozess**

#### **1. Bedeutung und Faktoren des Prozessrisikos im Strafprozess**

Ebenso wie bei der Beschäftigung mit dem Zivilprozess ist auch beim Strafprozess grundsätzlich die Perspektive des Richters oder die Perspektive der Parteien denkbar. Und ebenso wie im Zivilprozessrecht steht auch bei der Betrachtung des Strafprozesses regelmäßig die Perspektive des Richters im Vordergrund.

Auch hier soll aber ebenso wie im vorhergehenden Abschnitt bei der Betrachtung des Prozessrisikos im Zivilprozess umgekehrt die Perspektive der Parteien besonders betont werden. Allerdings legt die Untersuchung hier den Schwerpunkt auf die Sicht einer Partei,

nämlich die Sicht des Angeklagten und seines Verteidigers.

Aus der Sicht des Angeklagten spielt die Frage des Prozessrisikos anders als aus der Sicht eines Beklagten im Zivilprozess keine Rolle für die Frage, ob er es zu einem Prozess kommen lassen soll. Denn anders als der Beklagte im Zivilprozess hat er regelmäßig keine Möglichkeit zur Disposition über das Verfahren.

Während der Beklagte eines Zivilprozesses bei einer ungünstigen Beurteilung des Prozessrisikos die verlangte Leistung erbringen, den Anspruch anerkennen oder jedenfalls in einem Vergleich überwiegend anerkennen kann, stehen dem Angeklagten im Strafprozess derartige Möglichkeiten nicht zur Verfügung.

Der Erbringung der im Zivilprozess verlangten Leistung würde es entsprechen, wenn der Angeklagte sich an das strafrechtliche Verbot hält und die Straftat unterlässt. Dazu ist es im Strafprozess zu spät, da dieser notwendig immer zeitlich nach der angeklagten Straftat liegt. Auch ein "Anerkenntnis des staatlichen Strafanspruches" sieht die Strafprozessordnung nicht vor, ebensowenig wie einen Vergleich über das Ergebnis des Strafprozesses. Den Parteien ist nach der StPO grundsätzlich die Disposition über den Prozess entzogen.

Damit hat die Frage des Prozessrisikos scheinbar für den Strafprozess nur eine untergeordnete Bedeutung. Es sind aber dennoch einige wichtige Fälle zu nennen, in denen die Untersuchung des Prozessrisikos zu einer Schlüsselfrage auch im Strafprozess wird.

Zum einen kennt zwar die StPO keinen Vergleich. Die Praxis hält sich aber daran nicht. Der Grund dafür liegt darin, dass auch im Strafprozess die Erledigung im gegenseitigen Einvernehmen wesentlich schneller und einfacher ist als die Erledigung durch einen bis zum Urteil normal durchgeführten Strafprozess.

Ein Verteidiger wird sich also auch im Strafprozess Gedanken darüber zu machen haben, wie das Prozessrisiko seines Mandanten einzuschätzen ist, da nur auf der Grundlage einer entsprechenden Beurteilung des Prozessrisikos sinnvoll entschieden werden kann, ob in die Prozessstrategie die Möglichkeit von Vergleichsverhandlungen einbezogen werden soll oder nicht.

Zweitens gibt es bei näherem Hinsehen doch einige Möglichkeiten, wie ein Angeklagter ebenso wie ein Beklagter eines Zivilprozesses den Streit um das zukünftige Recht aufgeben und damit das Ver-



fahren beenden kann. Ich nenne nur die Entscheidung, gegen ein erstinstanzliches Urteil kein Rechtsmittel einzulegen, die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens gegen Auflagen nach § 153a StPO und die Entscheidung, einen Strafbefehl durch Ablauflassen der Einspruchsfrist rechtskräftig werden zu lassen.

In allen diesen Fällen hat der Angeklagte die Möglichkeit, zwischen weiterem Streit um das zukünftige Recht und verfahrensbeendender Resignation zu wählen. Alle diese Entscheidungen erfordern eine Prognose darüber, wie der Strafprozess bei einer streitigen Weiterführung wohl ausgehen wird und damit eine Beurteilung des Prozessrisikos des Angeklagten in der betreffenden Situation durch seinen Verteidiger.

Drittens ist es zwar richtig, dass es im Strafprozess selbst zu spät für ein Verhalten des Angeklagten ist, das der Leistung des eingeklagten Betrages durch den Beklagten eines Zivilprozesses entsprechen würde (Unterlassen der angeklagten Straftat). Damit verlagert sich die Frage nach dem strafrechtlichen Prozessrisiko insoweit aber nur auf einen früheren Zeitpunkt, nämlich auf einen Zeitpunkt vor der Tat.

Das sei anhand eines Beispiels erläutert. A wird von B gebeten, für B Sterbehilfe zu leisten. Er möchte dieser Bitte gerne nachkommen. Andererseits will er es vermeiden, sich wegen eines Tötungsdeliktes strafbar zu machen. Die Beurteilung des Prozessrisikos des A im Strafprozess durch einen Rechtsanwalt muss nun schon zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem A die betreffende Sterbehilfe noch nicht geleistet hat.

Der Rechtsanwalt muss eine fundierte Vorhersage darüber abgeben, ob die Strafgerichte die betreffende Handlung als Tötungsdelikt ansehen werden oder nicht. Das ist eine Frage nach zukünftigem Recht und eine Frage nach dem Prozessrisiko im Strafprozess, obwohl sie zu einem Zeitpunkt lange vor dem Beginn eines möglichen Prozesses beantwortet werden muss.

Wenn erst einmal Anklage erhoben ist, ist für den Angeklagten im Strafprozess das Prozessrisiko regelmäßig ungünstig zu beurteilen. Das zeigt die statistische Methode, die insoweit ausnahmsweise brauchbar ist, um eine grobe Aussage über das Prozessrisiko zu treffen. Denn nahezu alle Strafprozesse führen zu einer Verurteilung, ein Freispruch ist eine seltene Ausnahme.

Der Grund dafür liegt darin, dass nur dann Anklage erhoben

werden darf, wenn "die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten" (§ 170 StPO). Das bedeutet nichts anderes, als dass die Staatsanwaltschaft nur dann anklagen darf, wenn sie eine Verurteilung aufgrund der Anklage erwartet, also nur aufgrund einer günstigen Einschätzung des Prozessrisikos aus ihrer Sicht. Das ist im Zivilprozess anders. Es gibt keine § 170 StPO entsprechende Vorschrift, durch die dafür gesorgt würde, dass nur erfolgversprechende Klagen vor den Zivilgerichten erhoben werden.

Das bedeutet, dass die Tätigkeit eines Strafverteidigers insofern unerfreulich ist, als er damit rechnen muss, ständig auf der Verliererseite der Prozesse zu stehen, in denen er auftritt. Es bedeutet weiter, dass die entscheidende Frage in nahezu allen Strafprozessen nicht ist, ob der Angeklagte verurteilt wird oder nicht. Die Statistik zeigt, dass nahezu immer verurteilt wird.

Die entscheidende Frage ist vielmehr regelmäßig nur, wie hoch die Strafe ausfallen wird. Der Streit um das zukünftige Recht bedeutet für den Verteidiger mit anderen Worten regelmäßig nur einen Streit um das Strafmaß. Und die Einschätzung des Prozessrisikos bezieht sich dementsprechend regelmäßig vor allem auf die Höhe der zu erwartenden Strafe.

Gerade in diesem Punkt muss aber die Genauigkeit möglicher Vorhersagen besonders stark angezweifelt werden. Selbst wenn es eine sogenannte Punktstrafe gibt, die als einzig angemessene Strafe für eine bestimmte Straftat zu verhängen ist, ist es doch nahezu unmöglich, diesen Punkt in einer Vorhersage genau anzugeben.

Welches sind nun die Faktoren des Prozessrisikos im Strafprozess? Zunächst einmal ist wie im Zivilprozess die Frage nach der Erfolgsaussicht wichtig. Aus der Sicht des Angeklagten bedeutet das die Frage danach, welche Aussicht auf einen Freispruch noch verbleibt (ich sagte schon, dass diese Aussicht meist nur gering sein wird). Für die Beurteilung kommt es einerseits darauf an, ob rechtlich eine Straftat vorliegt, andererseits auf die Beweislage. Faktoren der Erfolgsaussicht sind also die materiellrechtliche Straftat einerseits, die Beweislage andererseits.

Aber auch im Strafprozess ist für die Beurteilung des Prozessrisikos nicht allein die Erfolgsaussicht maßgeblich, vielmehr sind auch andere Faktoren zu berücksichtigen. Auch im Strafprozess

sind das die mit dem Prozess verbundenen Kosten und Begleitschäden und das Zeitrisko. Es sei schon an dieser Stelle bemerkt, dass die mit einem Strafprozess verbundenen Begleitschäden für den Angeklagten regelmäßig die mit einem Zivilprozess verbundenen Begleitschäden übersteigen. Schließlich soll auch für den Strafprozess untersucht werden, welchen Einfluss die materielle Rechtskraft einer Verurteilung auf die Beurteilung des Prozessrisikos im Strafprozess hat.

## 2. Tat und Tatverdacht

Der zentrale Begriff des Zivilprozesses ist der Anspruch. Der zentrale Begriff des Strafprozesses ist scheinbar der Begriff der Tat. Das gilt aber nicht, wenn man wie hier die Sicht des Angeklagten und seines Anwalts in den Mittelpunkt stellt und den Prozess zu einem Zeitpunkt betrachtet, zu dem noch kein Urteil vorliegt, es also noch um zukünftiges Recht geht.

Dann kann man von einer Tat nicht sprechen. Das verbietet die Unschuldsvermutung. Auch wenn die Schuld des Angeklagten offensichtlich und nicht zu bezweifeln ist, ist er bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig zu behandeln. Bis zur rechtskräftigen Verurteilung des Angeklagten geht es daher im Strafprozess nicht um eine Tat, sondern um einen Tatverdacht.

Dem Begriff des Anspruches als dem zentralen Begriff des Zivilprozesses entspricht also im Strafprozess der Begriff des Tatverdachtes. Das Verständnis dieses Begriffes ist für die Beurteilung des Prozessrisikos im Strafprozess von zentraler Bedeutung. Daher werde ich versuchen, einige Folgerungen aus der hier vertretenen grundsätzlichen Position für den Begriff des Tatverdachtes zu ziehen.

Dabei ist im Vergleich zum Anspruchsbegriff im Zivilprozess die Besonderheit festzustellen, dass im Strafprozess das Verständnis zusätzlich durch die Unschuldsvermutung erschwert wird, die im Zivilprozess keine Parallele hat. Zum Verhältnis zwischen Tatverdacht und Unschuldsvermutung werde ich daher nochmals gesondert Stellung nehmen.

Auch der Begriff des Tatverdachtes ist ebenso wie der des Anspruches im Zivilprozess nicht ganz einfach. Daher werde ich auch hier zunächst von einigen möglichst einfachen Beispielen ausgehen.

Das erste Beispiel ist die häufigste Straftat, der Diebstahl. Der

Angeklagte A wird beschuldigt, aus dem Auto des B ein Autoradio gestohlen zu haben. Gleichzeitig macht B gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des angeblich gestohlenen Autoradios geltend. A wird zu einer Geldstrafe (die häufigste Strafe) und zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt.

In dem Beispiel ergeben sich damit zwei Zahlungspflichten des A. Einerseits die Pflicht zur Zahlung der Geldstrafe an den Staat, andererseits die Pflicht zur Zahlung von Schadensersatz an B. Der Staat tritt damit als zusätzlicher Gläubiger des A in Konkurrenz zu dem Geschädigten, dessen Ausfallrisiko sich damit erhöht, was bedeutet, dass grundsätzlich die Strafe einer Wiedergutmachung eher im Wege steht, als diese zu fördern.

Es liegt damit nahe, den Tatverdacht im Strafprozess ganz parallel zum Anspruch im Zivilprozess zu verstehen und etwa von einem "Strafanspruch" des Staates zu sprechen. Man könnte dann den Tatverdacht als die Wahrscheinlichkeit definieren, mit der eine gerichtliche Entscheidung den Zugriff auf das gesamte Vermögen des A zur Durchsetzung eines staatlichen Strafanspruches für rechtmäßig erklären wird.

Dieses Verständnis berücksichtigt aber den bereits mehrfach herausgestellten wesentlichen Unterschied zwischen Privatrecht und Strafrecht nicht ausreichend. Es geht im Strafprozess nur am Rande darum, durch die Durchsetzung eines "Strafanspruches" dem Staat Einnahmen durch Geldstrafen zu verschaffen. Das sieht man schon daran, dass weder das StGB noch die StPO die Frage beantworten, ob das Aufkommen aus Geldstrafen dem Bund zusteht oder dem Bundesland, in dem die betreffende Geldstrafe verhängt wurde.

Im Strafrecht wird staatlicher Zwang zur Durchsetzung von Anordnungen der Strafgesetze immer in der Form der Drohung mit einer Sanktion ausgeübt. Im Privatrecht dagegen findet sich häufig auch unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung der gesetzlichen Anordnungen. So wird bei der Vollstreckung des Anspruches auf Schadensersatz gegen A die gesetzliche Anordnung in § 823 BGB mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt.

Dagegen bedeutet die Vollstreckung einer gegen A verhängten Geldstrafe keineswegs unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung des in § 242 StGB enthaltenen Verbotes. Die beiden Zahlungspflichten unterscheiden sich daher grundlegend, obwohl eine Geldstrafe

ebenso in das gesamte Vermögen des Verurteilten vollstreckt wird wie ein Anspruch auf Schadensersatz.

Dieser grundlegende Unterschied verbietet also eine allzu weitgehende Parallele. Dennoch ist bei der Beurteilung des Prozessrisikos im Strafprozess ebenso wie im Zivilprozess an die Situation zu denken, dass eine gerichtliche Entscheidung noch nicht vorliegt, nur eine Prognose über zukünftiges Recht möglich ist.

Der Begriff des Tatverdächtigen wird also jedenfalls ebenso wie der Begriff des Anspruches ein Element der Wahrscheinlichkeit enthalten. Man wird also von einem mehr oder weniger dringenden Tatverdacht zu sprechen haben, nicht von einem zu bejahenden oder abzulehnenden Tatverdacht. Damit wird jedenfalls die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Angeklagten gemeint sein.

Wenn A nun tatsächlich zu einer Geldstrafe verurteilt wird, dann wird damit die staatliche Drohung in § 242 StGB verwirklicht. Damit wird nicht die Pflicht des A durchgesetzt, das in § 242 StGB enthaltene Verbot des Diebstahls zu beachten. Das wäre ja auch unmöglich, da A ja gegen dieses Verbot eben bereits verstoßen hat.

Vielmehr geht es nur um die Verwirklichung einer Drohung. Der Tatverdacht bedeutet damit die Wahrscheinlichkeit, dass eine gerichtliche Entscheidung die Verwirklichung einer staatlichen Sanktionsdrohung für rechtmäßig erklären wird.

Das zweite Beispiel ist das der Sterbehilfe. Der A wird von einer ihm nahestehenden Person um Sterbehilfe gebeten. A möchte dieser Bitte entsprechen. Er will aber auch vermeiden, sich wegen Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB strafbar zu machen. Daher fragt er einen Rechtsanwalt um Rat.

Dieser Rechtsanwalt ist ein hervorragender Spezialist für Strafrecht und kennt alle Entscheidungen der Gerichte zum Fragenbereich der Sterbehilfe, zu einem großen Anteil aus eigener Anschauung als Verteidiger in den jeweiligen Prozessen, die zu diesen Entscheidungen geführt haben. In dieser Weise mit den denkbar besten strafrechtlichen Kenntnissen versehen entschließt sich A nun zu der beabsichtigten Sterbehilfe.

In diesem Fall geht A ein strafrechtliches Risiko ein. Der Grund dafür liegt darin, dass es zahlreiche Entscheidungen zu der maßgeblichen strafrechtlichen Problematik gibt (von der Fülle der Literatur ganz zu schweigen) und daher die Rechtslage nicht eindeutig ist. Es ist die Aufgabe des den A beratenden Rechtsanwalts,

dieses Risiko erstens richtig einzuschätzen und zweitens durch geeignete Maßnahmen möglichst gering zu halten. Der Rechtsanwalt wird also auf eine Art der Ausführung der Sterbehilfe hinwirken, bei der möglichst wenig Zweifel an der Täterschaft des Selbstmörders bestehen. Und umgekehrt möglichst wenig Spielraum bleibt, eine über die bloße (nach deutschem Recht straflose) Beihilfe hinausgehende Beteiligung des A anzunehmen.

Das danach immer noch verbleibende Risiko muss der Rechtsanwalt möglichst genau abschätzen. Dieses Risiko wird genau in dem Moment zu einem gegen A bestehenden Tatverdacht, in dem A die beabsichtigte Sterbehilfe durchgeführt hat. Die Abschätzung dieses Risikos bereits zu einem Zeitpunkt vor der Tat ist deshalb so wichtig, weil im Strafprozess anders als im Zivilprozess keine Möglichkeit bleibt, den staatlichen Befehl im Laufe des Prozesses doch noch zu befolgen.

Daher ist eine falsche Einschätzung des Strafbarkeitsrisikos vor dem Entschluss zu einer bestimmten Tat im Strafprozess nicht mehr korrigierbar. Im Zivilprozess kann der Beklagte auch dann immer noch zahlen, wenn er in der zweiten Instanz verloren hat. Seine Einschätzung des Prozessrisikos muss nicht schon zu Beginn des Prozesses richtig sein. Im Strafprozess bleibt dagegen keine entsprechende Möglichkeit, eine falsche Einschätzung des Prozessrisikos vor dem Entschluss zu der Sterbehilfe ist nicht mehr zurückzunehmen. A kann nicht erst die Revisionsentscheidung abwarten und sich dann entschließen, die Tat doch nicht zu begehen.

Für die Beurteilung des Prozessrisikos im Strafprozess ergeben sich also zwei grundsätzlich verschiedene Situationen. Die eine Situation ist die des Verteidigers, wenn eine bestimmte Tat bereits begangen wurde. In dieser Situation geht es darum, wie dringend der Tatverdacht gegen den Mandanten ist, wie hoch also die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass er verurteilt wird. Meist wird diese Wahrscheinlichkeit einen verhältnismäßig hohen Wert annehmen, da Strafprozesse normalerweise vom Angeklagten verloren werden, eine Verurteilung statistisch gesehen bei weitem häufiger ist als ein Freispruch.

Je nach der Einschätzung dieser Wahrscheinlichkeit muss der Verteidiger seine Prozessstrategie ausrichten. Bei einem dringenden Tatverdacht ist die Verteidigung vor allem darauf zu orientieren, ein niedriges Strafmaß zu erwirken und die vom Angeklagten zu tragenden Kosten und sonstigen Belastungen (z.B. Unter-

suchungshaft) niedrig zu halten, wobei das letztere Anliegen durchaus mit eigenen Umsatzinteressen des Verteidigers in Konflikt liegen kann.

Wenn dagegen ausnahmsweise ein Freispruch möglich erscheint, wird die Verteidigung anders auszusehen haben.

Die zweite Situation ist die des Rechtsberaters vor einer bestimmten Tat. In dieser Situation kommt es auch darauf an, die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung für den Fall der Ausführung der Tat abzuschätzen. Dagegen kann der Rechtsanwalt in dieser Situation auch noch verhindern, dass es überhaupt zu der beabsichtigten Tat kommt. Eine Einschätzung des strafrechtlichen Risikos als untragbar wird den Mandanten von vornherein von der Tat abhalten können.

In beiden Fällen geht es aber darum, die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Angeklagten durch eine gerichtliche Entscheidung anzugeben. In beiden Fällen ist also ein strafrechtliches Prozessrisiko durch die Vorhersage zukünftigen Rechts abzuschätzen. Dabei sind grundsätzlich Zweifel nie völlig auszuschließen, da eine Vorhersage zukünftigen Rechts nie völlig sicher möglich ist, vielmehr notwendigerweise ein Spielraum für den Zufall bleibt.

Das ist besonders im Strafrecht beunruhigend. So wird A eine Auskunft des Experten als unbefriedigend empfinden, die dahin geht, es hänge auch vom Zufall ab, ob A später verurteilt wird oder nicht. Es ist aber eine zwingende Folge aus der oben entwickelten grundsätzlichen Position.

Anhand der beiden Beispiele lässt sich also festhalten: Im Strafprozess geht es nicht um eine Tat des Angeklagten, sondern um den Tatverdacht gegen den Angeklagten. Dieser besteht in der Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Angeklagten. Eine Einschätzung des Tatverdacht ist naturgemäß eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Beurteilung des Prozessrisikos in einem Strafprozess. Eine entsprechende Einschätzung ist aber gegebenenfalls auch schon zu einem Zeitpunkt vor der Tat möglich. Zu diesem Zeitpunkt geht es um die Einschätzung eines strafrechtlichen Risikos. Dieses geht mit der Ausführung der Tat nahtlos in einen entsprechenden Tatverdacht über.

### **3. Verdacht und Unschuldsvermutung**

Der Verdacht einer Straftat kann mehr oder weniger dringend sein. Die Strafprozessordnung unterscheidet verschiedene Stufen

des Verdacht, die jeweils notwendig sind, um bestimmte Eingriffe in die Rechtsstellung eines Beschuldigten zu ermöglichen. So ist einer der schwersten möglichen Eingriffe in die Rechtsstellung eines Beschuldigten die Verhängung von Untersuchungshaft. Dieser Eingriff setzt daher zu seiner Zulässigkeit einen besonders dringenden Verdacht voraus.

Dagegen ist für die bloße Einleitung von Ermittlungen bereits ein weniger starker Verdacht ausreichend, da hierdurch die Rechtsstellung des Beschuldigten noch nicht so erheblich beeinträchtigt wird. Dabei werden die verschiedenen Stufen des Verdacht sprachlich umschrieben ("dringend", "hinreichend", "einfach").

Eine mögliche Alternative wäre eine zahlenmäßige Beschreibung, etwa eine Zuordnung zu einem Zahlenwert zwischen eins und hundert. Der entscheidende Punkt liegt aber darin, dass ein Verdacht immer graduell zu beschreiben ist. Es ist ein stärkster Verdacht denkbar.

So etwa dann, wenn vor laufenden Fernsehkameras eine Entführung begangen wird und die Täter sogar noch direkt ausgestrahlte Interviews geben. In diesem Fall gibt es einige Millionen Zeugen für die Straftat. Eine Verurteilung der Täter kann mit nahezu vollständiger Sicherheit erwartet werden. Ein solcher Fall ist aber eher die Ausnahme.

Man denke umgekehrt an eine Vergewaltigungsprozess, in dem die Aussage des Angeklagten gegen die einer Zeugin steht und alles nur davon abhängt, welche dieser Aussagen glaubwürdiger ist, weil keine anderen Beweismittel zur Verfügung stehen. In dem letzteren Fall wird der Verdacht gegen den Beschuldigten jedenfalls weniger dringend sein als in dem ersten Beispiel. Auf einer Skala von eins bis hundert wird in diesem Fall ein geringerer Zahlenwert auszuweisen sein als im Fall eines Verbrechens vor laufenden Fernsehkameras.

Auch in einem solchen Fall eines denkbar schwerwiegenden Verdacht gilt aber im Strafprozess die Unschuldsvermutung. Der Beschuldigte ist bis zur Rechtskraft einer Verurteilung als unschuldig zu behandeln. Darin liegt ein Problem. Auch wenn die Schuld nach menschlichem Ermessen nicht zu bezweifeln ist, soll der Beschuldigte jedenfalls noch für den Zeitraum bis zur Rechtskraft einer Verurteilung unschuldig sein. Der darin jedenfalls auf den ersten Blick liegende Widerspruch bedarf der Auflösung.



Eine Möglichkeit dazu ist die folgende Überlegung. Der Täter wird schuldig nicht schon durch die Tat, sondern erst durch das rechtskräftige Urteil. Dann lässt sich der Verdacht als die Vorhersage eines solchen Urteils verstehen. Der Widerspruch löst sich auf. Denn mit der Vorhersage, dass der Beschuldigte nahezu sicher schuldig gesprochen wird, ist die Aussage zu vereinbaren, dass er jetzt noch unschuldig ist.

Diese Überlegung ist aber nicht einleuchtend. Der entscheidende Zeitpunkt für die Schuld des Täters ist der Zeitpunkt der Tat. Wer einen Mord begeht, wird zum Zeitpunkt dieser Tat zum Mörder, nicht erst mit einer späteren rechtskräftigen Verurteilung. Andernfalls würde sich fragen, weshalb der Beschuldigte denn verurteilt werden darf, da ja seine Schuld ein rechtskräftiges Urteil voraussetzen würde, das zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichtes gerade nicht vorliegt. Mit der Überlegung, das rechtskräftige Urteil als konstitutiv für die Schuld des Täters anzusehen, ist der Widerspruch also nicht zu vermeiden.

Möglicherweise hilft aber das folgende Gedankenexperiment weiter. Man stelle sich einen allwissenden Beobachter vor, dessen Allwissenheit sich allerdings auf tatsächliche Abläufe in der Vergangenheit beschränkt. Wenn dieser Beobachter zum Beispiel einen Mordprozess beobachtet, dann kann er in seinem Kopf jederzeit einen Film vom tatsächlichen Hergang der Tat abspulen, so wie man ihn als Fernsehzuschauer bei Krimis zum Schluss als Auflösung gezeigt bekommt. Daher weiss er sicher, ob der Angeklagte schuldig ist oder nicht.

Für diesen allwissenden Beobachter ist ein bloßer Verdacht undenkbar. Denn der Verdacht ist begrifflich mit Unsicherheit verbunden, die für den allwissenden Beobachter gerade nicht erreichbar ist. Umgekehrt ist für die an einem Strafprozess beteiligten Richter und Staatsanwälte keine Allwissenheit zu erreichen. Wenn ein Richter ausnahmsweise als Verletzter oder Zeuge die Tat selbst miterlebt hat, ist er sogar kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen (§ 22 Nr. 5 StPO).

Richter und Staatsanwälte können daher nur versuchen, dem Zustand der Allwissenheit möglichst nahe zu kommen. Diesem Ziel dient die Beweiserhebung im Strafprozess, ohne es je vollständig erreichen zu können. Man stelle sich nun in einem Gedankenexperiment vor, alle an einem Strafprozess beteiligten Richter und Staatsanwälte verfügten über eine auf tatsächliche Abläufe in der Vergangenheit beschränkte Allwissenheit. Welche Auswirkungen

hätte das wohl auf das Spannungsverhältnis zwischen Verdacht und Unschuldsvermutung.

In diesem Fall würde der Stellenwert der Unschuldsvermutung wesentlich sinken. Denn zu einer Anklage könnte es nur kommen, wenn jemand wirklich schuldig ist, da die Staatsanwälte eben von vornherein genau wissen, wie sich die Dinge abgespielt haben. Es würden in diesem Fall nur schuldige Angeklagte vor Gericht stehen.

Die Funktion der Unschuldsvermutung wäre darauf beschränkt, vor einem rechtskräftigen Urteil keine Strafvollstreckung zuzulassen. Noch wahrscheinlicher aber ist es, dass man in diesem Fall von der Unschuldsvermutung ebenso Abschied nehmen würde wie von dem ebenfalls nicht mehr nötigen Begriff des Tatverdachtes.

Das Gedankenexperiment zeigt also: Unschuldsvermutung und Tatverdacht sind zwei Seiten der gleichen Medaille. Beide setzen ein Mindestmaß an Unsicherheit über den wirklichen Ablauf voraus. Kehrseite des dringendsten Verdachtes ist immer eine wenn auch geringe Möglichkeit der Unschuld. Wenn man den Verdacht auf einer Skala von eins bis hundert mit siebenundneunzig beziffert, liegt die Möglichkeit der Unschuld umgekehrt bei drei.

Nur für den allwissenden Beobachter stehen Schuld oder Unschuld fest. Für ihn ist es ein Widerspruch, einen Angeklagten gleichzeitig als unschuldig und als dringend verdächtig anzusehen. Für den nicht allwissenden Beobachter dagegen ist es denkbar, beide Möglichkeiten gleichzeitig ins Auge zu fassen. Widersprüchlich ist die Aussage: Der Angeklagte ist gleichzeitig schuldig und unschuldig. Nicht widersprüchlich dagegen ist die Aussage: Mit einer Wahrscheinlichkeit von siebenundneunzig Prozent ist der Angeklagte schuldig, mit einer Wahrscheinlichkeit von drei Prozent dagegen unschuldig.

Das gilt auch für den Beispielfall des Verbrechens vor laufender Fernsehkamera. Denn auch in diesem Fall bleibt für den nicht allwissenden Beobachter immerhin ein theoretischer Zweifel. Wenn man von diesem Zweifel an der Schuld absieht, bleibt als Auflösung für den Widerspruch zwischen Unschuldsvermutung und offensichtlicher Schuld nur noch ein anderer Weg.

Man muss dann sagen, dass die Unschuldsvermutung nicht die

Behauptung der Schuld des Angeklagten verbietet. Sie verbietet nur vor der Rechtskraft eines Urteils, den Angeklagten bereits zu bestrafen. Diese Sicht der Dinge hat zumindest ein Argument für sich: In einer Anklageschrift behauptet die Staatsanwaltschaft die Schuld des Angeklagten, obwohl er noch nicht rechtskräftig verurteilt ist und daher eigentlich streng genommen nach der Unschuldsvermutung als unschuldig zu gelten hätte. Dieses Verständnis der Unschuldsvermutung kann den genannten scheinbaren Widerspruch auflösen, auch wenn man von dem in vielen Fällen nur noch theoretischen Restzweifel an der Schuld des Angeklagten absieht.

#### **4. Prozesskosten im Strafprozess**

Ein Strafprozess verursacht ebenso wie ein Zivilprozess Kosten und Begleitschäden. Diese können den Angeklagten erheblich stärker belasten als die mit einem Zivilprozess verbundenen Kosten und Begleitschäden. So ist der nach der Abschaffung der Folter nunmehr stärkste Eingriff in die Rechtsstellung des Angeklagten durch den Strafprozess die Untersuchungshaft. Diese belastet den Angeklagten stärker als jeder mit einem Zivilprozess verbundene Schaden.

Weiter ist auch der mit einem Strafprozess verbundene Schaden für das Ansehen des Angeklagten wesentlich schwerwiegender als entsprechende mit einem Zivilprozess verbundene Begleitschäden. Umgekehrt spielen die Kosten für die Gegenpartei des Angeklagten, den Staat, keine erhebliche Rolle. Im Vergleich zum Umfang des gesamten staatlichen Haushaltes sind nicht nur die durch ein einzelnes Strafverfahren, sondern sogar die durch alle Strafverfahren insgesamt verursachten Kosten nur von verschwindend geringer Bedeutung. Im Gegensatz zum Zivilprozess ist also in Bezug auf das Kostenrisiko als Faktor des Prozessrisikos von vornherein eine Waffengleichheit zwischen den Parteien ausgeschlossen.

Diese Umstände rechtfertigen es, das Kostenrisiko als Bestandteil des Prozessrisikos allein vom Standpunkt des Angeklagten her zu betrachten. Es geht mit anderen Worten nicht wie im Zivilprozess um eine Verteilung der Kosten zwischen den Parteien, sondern der Blickwinkel ist darauf auszurichten, welche Rolle die Kosten für die Einschätzung des Prozessrisikos aus der Sicht des Angeklagten spielen.

Dabei ist auch hier wieder zu beachten, dass der Angeklagte regelmäßig den Strafprozess verliert, verurteilt wird, ein Frei-

spruch statistisch gesehen die Ausnahme ist. Meistens geht es nur um die Höhe der Strafe. Diese ist in der erheblich überwiegenden Anzahl der Fälle eine Geldstrafe. Diese Geldstrafe wird ergänzt durch die vom Angeklagten zu tragenden Kosten und Begleitschäden.

Dazu zählen die Kosten für einen Verteidiger, der Zeitaufwand des Angeklagten selbst, der durch eine Untersuchungshaft verursachte materielle und immaterielle Schaden, schließlich Gerichtskosten und Kosten für Zeugen und Sachverständige. Der Angeklagte etwa, der wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe verurteilt wird, muss obendrein auch noch die Zeugenentschädigung für die Zeugen bezahlen, die ihn in der Hauptverhandlung belasten.

Daraus ergibt sich, dass der Angeklagte ein Interesse daran haben muss, diese Kosten möglichst niedrig zu halten. Dieses Interesse kann mit dem Interesse kollidieren, eine möglichst geringe Strafe zu erhalten. So ist es offenbar für den Angeklagten kein Vorteil, wenn eine Geldstrafe um tausend Euro geringer ausfällt, dafür aber vom Angeklagten zu tragende zusätzliche Kosten in Höhe von zweitausend Euro entstehen.

Daher kann allein das Kostenrisiko in vielen Situationen schon erfordern, von einem Streit um die Höhe der Strafe abzusehen und vielmehr statt einer möglichst niedrigen Strafe möglichst niedrige Kosten anzustreben. Als Beispiel sei die Situation genannt, in der ein Angeklagter überlegt, ob er mit dem Ziel einer Herabsetzung einer Geldstrafe Einspruch gegen einen Strafbefehl einlegen soll. Denn durch die dann nötige Einberaumung einer Hauptverhandlung entstehen zusätzliche Kosten, die dem Angeklagten zur Last fallen. Nur wenn die angestrebte Herabsetzung des Betrages der Geldstrafe wesentlich über diesen Kosten liegt, ist ein derartiger Einspruch sinnvoll.

Das Kostenrisiko kann daher die Wahrnehmung gesetzlich vorgesehener Möglichkeiten zur Verteidigung wesentlich beschränken und den praktischen Wert derartiger Möglichkeiten für den Angeklagten als zweifelhaft erscheinen lassen. Man kann darin eine unbillige und rechtsstaatlich bedenkliche Beschneidung der Verteidigung sehen. Jedenfalls aber werden die Möglichkeiten der Verteidigung durch diesen grundsätzlichen Interessenkonflikt erheblich eingeschränkt.

Den Grund für diesen Interessenkonflikt kann man zunächst

einmal in § 465 Abs. 1 StPO suchen. Diese Vorschrift bestimmt, dass der Angeklagte die Kosten des Verfahrens insoweit zu tragen hat, als diese durch das Verfahren wegen einer Tat entstanden sind, wegen derer er verurteilt wird. Kosten des Verfahrens in diesem Sinne sind nach § 464a StPO die Gebühren und Auslagen der Staatskasse, die durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage entstandenen Kosten sowie die Kosten der Vollstreckung der Rechtsfolge der Tat.

Dieser Grundsatz des § 465 Abs. 1 StPO entspricht § 91 ZPO insoweit, als auch hier eine Kostenpflicht der unterlegenen Partei ohne Rücksicht darauf angeordnet wird, ob den Angeklagten im Hinblick auf sein Verhalten im Prozess ein Verschuldensvorwurf trifft. Die Kostenpflicht ist insbesondere nicht davon abhängig, inwieweit das Ergebnis des Strafprozesses vorhersehbar war. Ebenso wie im Zivilprozess handelt es sich also bei der Haftung für die Kosten nach § 465 Abs. 1 StPO um eine Gefährdungshaftung, nicht um eine Verschuldenshaftung.

Fragt man nach dem Grund der Anordnung einer derartigen Gefährdungshaftung, so ist zunächst einmal denkbar, die Straftat als solche zum Grund dafür zu erklären, dass der Täter auch im von § 465 Abs. 1 StPO bestimmten Umfang Kosten zu tragen hat.

Diese Argumentation müsste allerdings das Verhältnis zu den eigentlichen Sanktionen der Straftat klären. So wäre etwa zu fragen, warum die vom Angeklagten zu tragenden Kosten nicht auf eine Geldstrafe angerechnet werden. Es wäre weiter zu fragen, warum die Sanktion der Kostenpflicht nicht in einer der Schuld des Angeklagten entsprechenden, sondern vielmehr in einer hiervon völlig unabhängigen Höhe entsteht. Eine Deutung der Kostenpflicht als zusätzliche Sanktion für die Straftat gerät also schnell in unbehebbar Schwierigkeiten.

Dennoch bleibt gar nichts anderes übrig, als die vom Prozessverhalten unabhängige Kostenhaftung nach § 465 Abs. 1 StPO als durch die Straftat selbst begründet anzusehen. Denn andere Gesichtspunkte für eine Begründung sind nicht ersichtlich. Offenbar kann für die Begründung einer Zahlungspflicht gegenüber dem Staat nicht die logische und selbstverständliche Tatsache ausreichen, dass der Staat dadurch Einnahmen erzielt und solche Einnahmen für den Staat erwünscht sind.

Wie lässt sich also die Kostenpflicht des Verurteilten mit der Straftat des Verurteilten begründen? Eine Antwort auf diese Frage

soll im folgenden versucht werden. Dabei geht es mir im wesentlichen darum, den hier vertretenen grundsätzlichen Standpunkt zur Betrachtung des Rechts und des Prozesses durch die Anwendung auf ein konkretes Problem zu verdeutlichen. Umgekehrt geht es mir hier nur am Rande um die Frage, ob § 465 Abs. 1 StPO abgeschafft gehört.

Letzteres will ich hier nur kurz begründen. Diese Vorschrift beeinträchtigt eine schuldangemessene Sanktion und verstößt damit gegen das Schuldprinzip. Sie verstößt weiter gegen das Erfordernis der Waffengleichheit der Parteien und damit gegen das Erfordernis eines fairen Verfahrens. Vor allem aber beeinträchtigt die Kostenpflicht des Verurteilten grundsätzlich und umfassend die Verteidigung durch die ständige Notwendigkeit einer Abwägung zwischen dem Interesse an Kostensenkung und dem Interesse an umfassender und schlagkräftiger Verteidigung. Besonders bedenklich ist, dass durch diesen zusätzlichen Kostenanspruch gegen den Verurteilten die Chance des Geschädigten noch weiter sinkt, einen Schadensersatzanspruch gegen den Verurteilten auch durchzusetzen.

Zurück zu der theoretischen Betrachtung. Ausgangspunkt der hier entwickelten Auffassung ist eine Definition des Rechts, für die es entscheidend auf die Möglichkeit staatlichen Zwangs ankommt. Dieser staatliche Zwang kann in der Form direkten Zwanges oder in der Form der Androhung von Sanktionen ausgeübt werden. Im Strafrecht geht es immer um den letzteren Fall einer Androhung von Sanktionen. Wer gegen das Strafgesetz verstößt, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bestraft.

Diese Sanktion muss notwendig durch ein Gericht angeordnet werden. Zum Zeitpunkt einer Tat ist die gerichtliche Entscheidung, die diese Tat als Straftat bezeichnet und eine Sanktion anordnet, eine zukünftige Entscheidung. Für den Handelnden und für seine Rechtsberater stellt sich bereits zu diesem Zeitpunkt die Frage, ob ein Gericht in Zukunft eine derartige Sanktion anordnen wird. Die Einschätzung des Prozessrisikos zu diesem Zeitpunkt ist eine gefährliche Handlung, an die ebenso wie im Zivilprozess die Gefährdungshaftung für die Kosten anknüpft.

Die Gefährdungshaftung in § 465 Abs. 1 StPO betrifft aber nur einen Teil der durch den Strafprozess verursachten Kosten und Begleitschäden, nämlich die in § 464a StPO genannten Kosten. Wesentliche andere Teile fallen dem Angeklagten von vornherein

zur Last. Die Kosten der Verteidigung (Anwaltsgebühren), die durch eine Untersuchungshaft erlittenen materiellen und immateriellen Schäden, der durch eine umfangreiche Hauptverhandlung und eine Berichterstattung in den Medien bewirkte Schaden für das Ansehen des Angeklagten und die damit verbundenen Schäden etwa bei der Ausübung eines selbständigen Berufes, all das und vieles mehr sind Kosten und Schäden, die beim Angeklagten anfallen und ihn auch dann belasten, wenn die zusätzliche Belastung mit dem in § 465 Abs. 1 StPO erfassten Teilbereich der Kosten ihn nicht treffen würde. Der grundsätzliche Interessenkonflikt zwischen Kostenvermeidung und effektiver Verteidigung wird also durch die verfehltete Regelung des § 465 Abs. 1 StPO verstärkt, aber nicht allein dadurch verursacht.

Etwas anderes ist allenfalls für den statistischen Ausnahmefall eines Freispruches anzunehmen. Hier wird dem Angeklagten vom Staat immerhin ein Teil seiner Kosten und Schäden erstattet. Allerdings begrenzen die §§ 467, 464a Abs. 2 StPO die Erstattung von Anwaltskosten auf den Betrag der gesetzlichen Gebühren, zu denen naturgemäß nur zweit- und drittklassige Anwälte tätig werden.

Nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen werden im wesentlichen nur durch freiheitsentziehende Maßnahmen entstandene Schäden ersetzt, wobei der immaterielle Schaden mit einem verhältnismäßig niedrigen Betrag bewertet wird. Jedenfalls wird auch im Fall eines Freispruches nur ein Teil der dem Angeklagten entstandenen Kosten und Begleitschäden ersetzt. Auch in dem seltenen Fall, dass in der Perspektive der Prognose ein Freispruch für möglich gehalten und die Prozessstrategie entsprechend ausgerichtet wird, bleibt doch der grundsätzliche Interessenkonflikt zwischen Kostensenkung und bestmöglicher Verteidigung bestehen.

So wird jeder Euro, der für das gesetzliche Honorar übersteigende Anwaltsgebühren an einen hervorragenden Strafverteidiger gezahlt wird, die Aussichten auf einen Freispruch geringfügig erhöhen, den Angeklagten aber endgültig mit entsprechenden Kosten belasten. Und so ist der Fall vorstellbar, dass allein die mit einer langwierigen öffentlichen Hauptverhandlung verbundenen Folgen für das Ansehen des Angeklagten so verheerend sind, dass von vornherein das Streben nach einem Freispruch zurückgestellt und die Verkürzung der Hauptverhandlung zum wichtigsten Ziel der Verteidigung werden muss.

## 5. Materielle Rechtskraft im Strafprozess

Zur materiellen Rechtskraft im Strafprozess seien an dieser Stelle nur die folgenden, für die hier entwickelte Auffassung besonders wichtigen Fragen angesprochen. Erstens das Verhältnis der materiellen Rechtskraft im Strafprozess zur Unschuldsvermutung. Zweitens die bereits oben bei der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess angesprochenen Aspekte (Frage der materiellen Rechtskraft als Frage des zukünftigen Rechts, unterschiedlicher Wert der Rechtskraft). Drittens die Frage nach dem Einfluss der materiellen Rechtskraft eines Urteils in einem Strafprozess auf Strafprozesse gegen andere Angeklagte.

Die Unschuldsvermutung besagt, dass bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung jeder Angeklagte als unschuldig zu behandeln ist. Diese Unschuldsvermutung ist für den Strafprozess charakteristisch, es gibt keine entsprechende Unbegründetheitsvermutung im Zivilprozess. Das zeigt sich im Vollstreckungsrecht etwa daran, dass eine Strafvollstreckung anders als im Zivilprozess erst aufgrund eines rechtskräftigen Urteils möglich ist (§ 449 StPO). Allerdings wird diese Unschuldsvermutung in der großen Mehrzahl der Fälle widerlegt, da nahezu alle Strafprozesse mit einer Verurteilung enden.

Dieser charakteristische Unterschied zum Zivilprozess hat Folgen für die Diskussion über das Verständnis der materiellen Rechtskraft. Im Strafprozess besagt die Unschuldsvermutung mindestens, dass niemand bestraft werden kann, ehe ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Es wird also z.B. nicht bestraft, wer eine Schwangerschaft abbricht (§ 218 StGB), sondern nur wer eine Schwangerschaft abbricht und deswegen rechtskräftig verurteilt wird. Alle Straftatbestände sind genau genommen in dieser Weise zu ergänzen.

Der staatliche Zwang setzt zwar im Strafrecht wegen der Wichtigkeit der geschützten Rechtsgüter früher ein als im Privatrecht. Die Drohung mit Strafe ist nicht von einer vorherigen gerichtlichen Entscheidung abhängig, sie setzt also schon früher ein als im Privatrecht, wo meist der Weg zu staatlichem Zwang erst durch eine vorherige gerichtliche Entscheidung eröffnet wird. Die tatsächliche Vollstreckung der Strafe dagegen setzt umgekehrt erst später ein als im Privatrecht, da nicht nur irgendeine gerichtliche Entscheidung, sondern auch die Rechtskraft dieser Entscheidung vorausgesetzt wird.



Das bedeutet, dass das Urteil im Strafprozess entscheidende Auswirkungen auf die materielle Rechtslage hat. Das sei zunächst an einem besonders einfachen Beispiel erläutert. Der Täter X begeht vor laufender Fernsehkamera und einigen tausend Zeugen einen Mord an einem Politiker. X wird sofort festgenommen. Der Verdacht gegen X ist denkbar dringend. X wird dann auch in erster Instanz von einem Schwurgericht zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Die Revision des X wird vom Bundesgerichtshof abgewiesen, womit das Urteil erster Instanz rechtskräftig wird.

Auch in diesem Extremfall eines dringenden Verdachtes ist X bis zur Rechtskraft seiner Verurteilung als unschuldig zu behandeln. Die Drohung in § 211 StGB (lebenslange Freiheitsstrafe) darf erst von diesem Zeitpunkt an verwirklicht werden. Erst von diesem Zeitpunkt an "wird der Mörder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft". Damit hat im Strafrecht die Rechtskraft der Verurteilung einen erheblichen Einfluss auf das materielle Recht gerade auch in den Fällen, in denen diese Verurteilung nahezu sicher richtig ist.

Zum zweiten Punkt, der mit dem ersten angesprochenen Fragenkreis eng zusammenhängt. Die materielle Rechtskraft eines Urteils kann wie jede andere Rechtsfrage auch entweder als Frage des zukünftigen Rechts oder als Frage des endgültigen Rechts auftauchen. Ein Beispiel für den ersten Fall ist die Situation eines Verteidigers, der die Aussichten eines Wiederaufnahmeverfahrens nach einer rechtskräftigen Verurteilung beurteilen soll und sich dabei fragen muss, welche Aussichten noch bestehen, die Rechtskraft der Verurteilung zu durchbrechen.

Aus der Sicht der Prognose wird man auch für den Strafprozess feststellen können, dass die materielle Rechtskraft nicht ohne Einfluss auf das Ergebnis der Prognose bleiben wird. Hier wird allerdings die bereits für den Zivilprozess bemerkte Erscheinung eines unterschiedlichen Wertes der Rechtskraft für die beteiligten Parteien besonders deutlich.

Denn der Strafprozess endet normalerweise mit einer Verurteilung. Daher muss die ursprüngliche Vorhersage der rechtskräftigen Entscheidung eines Strafprozesses aus der Sicht des Angeklagten meistens ungünstig ausfallen. Aussichten auf einen Freispruch bestehen normalerweise kaum. Wenn nun aber trotzdem ein Angeklagter in einem bestimmten Strafprozess freigesprochen wird, ist sein Interesse an einer Verhinderung einer Wiederholung des Verfahrens durch die materielle Rechtskraft besonders hoch zu veranschlagen.

Umgekehrt ist es bei einer Verurteilung, die das ohnehin erwartete Ergebnis nur bestätigt. Das Interesse der Staatsanwaltschaft daran, eine Wiederholung des Verfahrens zu verhindern, ist regelmäßig als eher geringer einzuschätzen, da auch eine Wiederholung normalerweise zu einer erneuten Verurteilung führen wird. Gerade im Strafprozess lässt sich der Gedanke eines unterschiedlichen Wertes der materiellen Rechtskraft für die beiden Parteien besonders gut deutlich machen, da eben im Strafprozess normalerweise der Angeklagte verliert.

Schließlich noch einige Bemerkungen zu der Frage, wie sich die materielle Rechtskraft eines Urteils in einem Strafprozess auf Strafprozesse gegen andere Angeklagte auswirkt. Diese Frage stellt sich etwa, wenn zunächst im Prozess gegen A der Angeklagte rechtskräftig von einer Anklage wegen Diebstahls freigesprochen wird und nunmehr ein anderes Gericht über eine Anklage gegen B verhandelt, dem vorgeworfen wird, Strafvereitelung zugunsten des A begangen zu haben.

Der Tatbestand der Strafvereitelung (§ 258 StGB) setzt eine rechtswidrige Tat eines anderen voraus. Im Beispielsfall stellt sich dann die Frage, ob in dem Verfahren gegen B schon durch den Freispruch des A feststeht, dass eine solche rechtswidrige Tat nicht vorliegt, oder ob das Gericht in dem zweiten Strafprozess umgekehrt zu dem Ergebnis kommen kann, A habe sich doch wegen Diebstahls strafbar gemacht.

Das ist nicht zuzulassen. Durch den Freispruch im Strafprozess gegen A ist rechtskräftig festgestellt, dass A keine Straftat begangen hat. Die Rechtskraft dieses Urteils bindet die an dem Strafprozess beteiligten Parteien, nämlich den Angeklagten und den Staat. Dieser ist ebenso auch Partei des Strafprozesses gegen B.

Es ist weiter eine charakteristische Besonderheit des Strafprozesses, dass als Kläger (vom in der Praxis wenig bedeutenden Fall der Privatklage abgesehen) immer der Staat auftritt. Das rechtfertigt es, die Wirkungen der Rechtskraft eines Freispruches in einem Strafprozess auf alle Strafprozesse zu erstrecken. Der Staat hat in dem ersten Strafprozess gegen A genug Gelegenheit gehabt, auf eine Verurteilung des A hinzuwirken. Wenn er diese Gelegenheit nicht nutzen konnte und auch keine Wiederaufnahme möglich ist, so steht endgültig fest, dass A den ihm vorgeworfenen Diebstahl nicht begangen hat.

Wer die entgegengesetzte Ansicht vertritt, müsste angeben, wie zu verfahren ist, wenn A nunmehr wegen Verurteilung des B den diese Verurteilung aussprechenden Richter wegen Verleumdung anzeigt, da dieser in dem Urteil zu Unrecht eine Straftat des A behauptet habe. Nach § 190 StGB ist unabhängig von der Richtigkeit des Freispruches zwingend davon auszugehen, dass A keinen Diebstahl begangen hat. Es bleibt also allenfalls eine Rechtfertigung über § 193 StGB als (zweifelhafter) Ausweg. Das ist nur eines von vielen Problemen, die sich aus der Zulassung sich widersprechender Urteile in der selben Sache zwangsläufig ergeben müssen.

Anders ist es dagegen im umgekehrten Fall, dass A im ersten Strafprozess verurteilt wurde. Denn B war nicht Partei dieses ersten Strafprozesses und hatte daher keine Gelegenheit, in diesem Strafprozess für seinen Standpunkt (Unschuld des A) zu streiten. Im umgekehrten Fall bindet daher die Rechtskraft der Verurteilung des A das Gericht im Strafprozess gegen B nicht, dieses muss vielmehr selbst nochmals neu über die Frage entscheiden, ob A den Diebstahl begangen hat oder nicht.

## B. Diskussion mit einzelnen anderen Autoren

Professor *Jhering*,<sup>1</sup> eine Zigarre in der Hand, erscheint in meinem Arbeitszimmer. Es ergibt sich folgender Dialog.

"Wo bin ich? Sind Sie nicht *Gajus*? Und was ist das für eine merkwürdige Maschine da auf Ihrem Schreibtisch?"

"Sehr verehrter Herr Professor und Lehrmeister, Sie haben die falsche Zigarre erwischt.<sup>2</sup> Statt in die Vergangenheit hat es Sie in die Zukunft verschlagen. Wir sind schon im 21. Jahrhundert. Die Maschine da ist ein Apparat, der dazu dient, Texte zu schreiben. Sie ist sehr nützlich und effektiv, ein Beispiel für den überwältigenden technischen Fortschritt in den letzten hundert Jahren. Leider ist ein entsprechender Fortschritt der Rechtswissenschaft weniger deutlich feststellbar. Aber warten Sie bitte, ich darf mir erlauben, Ihnen einen Aschenbecher anzubieten."

"Danke. Ich wusste nicht, dass sich auch Zukunfts-Zigarren in meinem Vorrat befinden. Das kommt davon, wenn man seine Zigarren im Ausland kauft. Da muss man immer mit unliebsamen Überraschungen rechnen."<sup>3</sup>

"Nun, ich kann mich über diese mangelhafte Leistung Ihres Lieferanten nicht beklagen. Gibt sie mir doch Gelegenheit zu einem Gespräch mit dem bedeutendsten Rechtsgelehrten aller Zeiten, wenn Sie mir die Freiheit verzeihen wollen, dies so offen auszusprechen."

"Da haben Sie recht. Allerdings frage ich mich, wer Sie sind, dass Sie mir Zensuren erteilen wollen."

"Bitte entschuldigen Sie meine unvorsichtige Äußerung.<sup>4</sup> Sehr verehrter Herr Professor, erlauben Sie mir bitte eine Frage zu Ihrem bahnbrechenden Vortrag "Der Kampf ums Recht". Ihre dort geäußerte Ansicht scheint mir nicht die richtige zu sein."<sup>5</sup>

"Wahrscheinlich sollten Sie den Vortrag erst einmal richtig lesen.

<sup>1</sup> Zu Jhering vgl. umfassend Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Band III, 1976, 101-279.

<sup>2</sup> Zur Wirkung der Jhering'schen Zigarren vgl. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 12. Aufl. 1921, 125 f.; 139 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Jhering, *Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, 14. Aufl. 1932, 42 ff.

<sup>4</sup> Die Aussage "Jhering ist der bedeutendste Gelehrte" ist mit einem notwendigen Widerspruch verbunden. Wer sich nämlich in dieser Weise das Recht anmaßt, Jhering zu beurteilen, setzt sich selbst über Jhering. Damit aber setzt er sich in Widerspruch zu der obigen Aussage.

<sup>5</sup> Der letzte Satz ist wörtlich abgeschrieben bei Jhering (Anm. 2), 141.

Alle objective Klarheit meiner Aussagen hilft natürlich nichts, wenn es in Ihrem Kopf dunkel ist. Vermutlich wollen Sie mir Verkehrtheiten aufbürden, für die lediglich Ihr eigenes liederliches Lesen und Denken verantwortlich ist."<sup>6</sup>

"Nicht anders kann ich mir mein bedauerliches Versagen erklären, die Richtigkeit Ihrer Auffassung zu begreifen. Aber nun zu meiner Frage. Ich verstehe Ihren Vortrag als Aufruf, für das subjektive Recht zu kämpfen. Zu diesem Kampf kann der Berechtigte gegenüber sich selbst oder gegenüber dem Gemeinwesen verpflichtet sein.<sup>7</sup> Diesem Kampf aus Bequemlichkeit aus dem Weg zu gehen, ist die Politik der Feigheit.<sup>8</sup> Ich brauche wohl keine weiteren Einzelheiten erwähnen, da Sie den Vortrag natürlich vollständig kennen. Meine Frage ist nun: Wie verhält sich eine mögliche Pflicht zum Kampf ums Recht zur Dispositionsmaxime des Zivilprozessrechts."

"Nun, in der langen Geschichte der Rechtswissenschaft sind viele Ansichten geäußert und viele Fragen gestellt worden. In der Antike hat man Fragen gestellt. Im Mittelalter hat man Fragen gestellt. Und auch in meiner Zeit stellen meine Kritiker Fragen. Ihre Frage ist mit Abstand die dümmste, die je aufgeworfen wurde. Natürlich werde ich sie nicht beantworten. Es wundert mich im übrigen nicht, dass Sie derart unsinnige Ansichten verbreiten. Was bleibt Ihnen übrig, schließlich leben Sie in der Zukunft.<sup>9</sup> Vermutlich steht Ihnen kein *ius scribendi* zu.<sup>10</sup> Ich ziehe es vor, die Unterhaltung abubrechen."<sup>11</sup>

Professor *Jhering* drückt seine Zigarre aus und ist verschwunden. Nur der Rest seiner Zigarre bleibt in meinem Aschenbecher. Was passiert wohl, wenn ich sie wieder anzünde.

Der obige Dialog ist nicht nur als Scherz gedacht. Vielmehr steht ein ernster Zweck dahinter. Der Dialog soll als Beispiel dienen. Als Beispiel dafür, welche Punkte zu beachten sind, wenn man einen berühmten Autor zitiert. Mit einem Zitat sind nämlich bestimmte typische Probleme zwangsläufig verbunden, die es bewusst zu

---

<sup>6</sup> Nahezu wörtlich abgeschrieben bei Jhering, *Der Zweck im Recht*, Erster Band, 2. Aufl. 1884, 75 (Fußnote).

<sup>7</sup> Vgl. Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Ausgabe in der Reihe "Deutsches Rechtsdenken", 5. Aufl. 1977, 17 ff.

<sup>8</sup> Jhering (Anm. 7), 20.

<sup>9</sup> Vgl. Jhering (Anm. 2), 110 f.

<sup>10</sup> Vgl. Jhering (Anm. 2), 116 f.

<sup>11</sup> Vgl. Jhering (Anm. 2), 145.

machen gilt, um sie soweit als möglich zu vermeiden.

Das erste Problem ist der Umfang möglicher Zitate. In dem Dialog oben konnte ich es mir leisten, die Ansicht *Jherings* in nur drei Sätzen zusammenzufassen. Denn ich konnte davon ausgehen, dass der Gesprächspartner der beste denkbare Experte für den zusammengefassten Text ist. Das ist nicht immer so. Häufig kann man nicht voraussetzen, dass der Leser des Zitates auch den zitierten Text kennt. Wenn man das kann, ist umgekehrt selbst die Zusammenfassung in nur drei Sätzen im Grunde entbehrlich. In diesem Buch setze ich aber nicht voraus, dass der Leser alle zitierten Texte vollständig im Kopf hat. Vielmehr strebe ich an, dass der Text aus sich heraus verständlich ist.

Allerdings sind verkürzende Zusammenfassungen der zitierten Texte unvermeidlich, da sonst der Umfang des Buches schnell gegen unendlich ansteigen würde. Mit einer verkürzenden Zusammenfassung in drei Sätzen ist allerdings notwendig eine Entstellung des Textes verbunden. Der Grad der Entstellung steigt dabei proportional mit dem Grad der Zusammenfassung (Verhältnis zwischen dem Umfang des ursprünglichen Textes und dem Umfang der Zusammenfassung). Diese Entstellung ist aber unvermeidbar, wenn man nicht wörtlich zitiert, was nur ausnahmsweise möglich ist.

Das zweite Problem wurde von *Jhering* in dem Dialog angesprochen. Die Gefahr nämlich, den Autor des zitierten Textes falsch zu verstehen, weil man "liederlich liest und denkt". Solche Missverständnisse führen zu weiteren Entstellungen des zitierten Textes. Man kann sicher davon ausgehen, dass eine Zusammenfassung des Autors selbst anders aussehen würde als die des Zitierenden. Auch solche Missverständnisse sind teilweise unvermeidbar, wenn man keine Gelegenheit hat, den Autor direkt zu fragen.

Das dritte Problem liegt in der Einseitigkeit von Zitaten. Bei einem Gespräch erhält man Reaktionen seines Gesprächspartners, gegebenenfalls heftige Reaktionen. Beim Zitat eines Textes dagegen handelt es sich um eine einseitige Angelegenheit. Der Zitierte kann sich nicht wehren. Das verführt dazu, bei einem Zitat fremder Ansichten in einer Weise zu verfahren, die in einem direkten Gespräch als unhöflich gelten müsste. Dieser Versuchung gilt es zu widerstehen.

Weiter kann es bei einem Zitat eben keine direkte Antwort des Zitierten geben. Es würde mich lebhaft interessieren, welche Antwort *Jhering* wohl auf die oben im Gespräch angeschnittene Frage gegeben hätte. Leider habe ich keine Möglichkeit, das zu erfahren. Daher blieb nichts anderes übrig, als das fiktive Gespräch an dieser Stelle abreißen zu lassen.

Die Diskussion in der Form von Zitaten fremder Texte und der eigenen Stellungnahmen hierzu leidet also gegenüber einem direkten Gespräch an den oben beschriebenen drei notwendigen Schwächen. Diese Probleme potenzieren sich, wenn man gleichzeitig zahlreiche fremde Texte zitiert und diese jeweils nur in wenigen Worten zusammenfasst.

Wegen dieser Schwierigkeiten verfolge ich in diesem Abschnitt beim Zitat fremder Texte einen eingeschränkten Zweck. Es geht mir nicht darum, fremde Ansichten zu erläutern oder zu widerlegen. Im Falle *Jherings* etwa wäre eine Erläuterung seiner Lehren ohnehin überflüssig, der Versuch einer Widerlegung wenig aussichtsreich. Vielmehr verwende ich Zitate fremder Texte allein zu dem Zweck, meine hier aufgestellten eigenen Behauptungen weiter zu verdeutlichen und zu überprüfen.

## I. Grundlagen

### Haft 1988

*Haft* stellt eine von ihm so genannte Normalfallmethode unter anderem in seinem Buch über die richtige Methode zum effektiven Lernen juristischen Stoffes dar.<sup>12</sup> Im Unterschied zu anderen rechtstheoretischen Konzeptionen geht es in dem Buch von *Haft* in erster Linie darum, dem Studenten bei der Arbeit zu helfen. Wie ich schon sagte: Die Methodenlehre kann grundsätzlich zwei Ziele verfolgen. Sie kann einerseits eine möglichst effektive Arbeitsweise unterstützen. Sie kann andererseits auch vor allem eine richtige Rechtsanwendung zum Ziel haben. Das letztere Ziel wird von den meisten Autoren verfolgt, die von *Haft* in den Mittelpunkt gestellte Frage nach der effektiven Arbeitsweise ist in der Methodenlehre eher eine Ausnahmeerscheinung.

Die Normalfallmethode besteht darin, sich für jede Frage zunächst einmal schlagkräftige einfache Beispiele zu überlegen. Sie wird in diesem Buch etwa bei der Entwicklung des Anspruchs-

---

<sup>12</sup> Haft, Einführung in das juristische Lernen, 4. Aufl. 1988, achttes Kapitel.

begriffes befolgt, wo ich zunächst den einfachsten Fall eines Anspruches als Ausgangsfall verwende. *Haft* erläutert die Normalfallmethode am Beispiel der Frage, was man unter einer Beleidigung im Sinne von § 185 StGB zu verstehen hat. Normalfälle der Beleidigung liegen vor, wenn T den O einen debilen Kretin nennt, wenn T den O anspuckt, wenn T den O ein dickes dummes Schwein nennt. Aus solchen und ähnlichen Fallerfahrungen lässt sich dann der Typus des Normalfalles bilden. Die in den Kommentaren zahlreich beschriebenen Problemfälle (z.B. unverlangtes Zusenden sexueller Aufklärungsliteratur) sind dann jeweils mit diesem Typus des Normalfalles zu vergleichen.

Die entscheidende Frage ist nun für *Haft*, ob der jeweilige Problemfall noch in den Kreis der normalen Fälle eingereicht werden kann, oder ob das nicht der Fall ist. Die in Lehrbüchern und Kommentaren zu findenden Definitionen für einzelne Tatbestandsmerkmale sind nach *Haft* regelmäßig aus derartigen Normalfällen entwickelt.

Die Methode bewährt sich dabei besonders in Situationen, in denen man einen Kommentar nicht zur Hand und eine Definition zu einem bestimmten Begriff nicht im Kopf hat: in dieser Situation ist dann anhand der Normalfallmethode eine eigene Definition und damit eine eigene Struktur zu entwickeln.

Soweit die verkürzende und daher notwendig ungenaue Darstellung. Nun zur Diskussion. Ich werde zunächst verschiedene Behauptungen in diesem Buch anhand der Auseinandersetzung mit der Normalfallmethode weiter verdeutlichen. Dann werde ich darauf eingehen, welchen Nutzen ein Student aus der hier entwickelten Theorie ziehen kann.

Gibt es zukünftige und vergangene Normalfälle? Die Bildung eines Normalfalles ist ein weniger eng begrenzter Vorgang als die Bildung einer Fallnorm im Sinne *Fikentschers* (dazu sogleich). Normalfälle können nicht nur Entscheidungen der Gerichte zugrundeliegen (so etwa, wenn in den obigen Beispielen des Normalfalles einer Beleidigung T jeweils strafrechtlich verurteilt wird). Vielmehr können Normalfälle auch nur wirklich erlebt werden, ohne dass ein Gericht über sie entscheidet. Sie können weiter auch nur ausgedacht sein, wie zahlreiche fiktive Beispiele in der Ausbildungsliteratur.

Die Unterscheidung in zukünftige und vergangene Fallerfahrung



ist bei allen drei Arten der Bildung von Normalfällen möglich. Sie ist allerdings wenig ergiebig. Interessant ist vielmehr die Unterscheidung im umgekehrten Bereich, im Bereich der Problemfälle. Es gibt zukünftige und vergangene Problemfälle. Die zukünftigen Problemfälle bedürfen jeweils noch einer Entscheidung.

Diese Entscheidung soll nach *Haft* danach vorgenommen werden, ob der betreffende Problemfall noch in den Bereich der Normalfälle eingeordnet werden kann oder nicht. Bei dieser typologischen Sicht der Dinge wird die Prognose zukünftigen Rechts besonders unsicher. Denn für die Prognose kommt es entscheidend darauf an, wie die Richter den Problemfall einordnen werden, die für die Entscheidung dieses Falles einige Zeit später zuständig sein werden. Damit bleibt ein entsprechend weiter Spielraum für den Zufall bei der Vorhersage zukünftigen Rechts, wenn man sich einmal vorstellt, alle Richter würden generell nach der Normalfallmethode verfahren. Das ist allerdings gegenwärtig wohl noch nicht der Fall.

Das zukünftige Recht wird unter anderem vom Streit der Parteien bestimmt. Ein wesentlicher Faktor bei der Bildung zukünftigen Rechts ist die relative Fähigkeit oder Unfähigkeit der Anwälte, die etwa in einem Zivilprozess um einige hundert Millionen Euro die Parteien vertreten. Für diese Anwälte kommt es entscheidend nicht etwa darauf an, einen "richtigen" Schriftsatz zu verfassen. Vielmehr ist es für den Anwalt entscheidend wichtig, schlagkräftige, wirksame, überzeugende Schriftsätze bei Gericht einzureichen. Gerade aus der Sicht des Anwalts ist nun die Normalfallmethode ein mächtiges Werkzeug, um Überzeugungskraft zu entfalten.

Der Grund dafür liegt darin, dass der Leser bei der Normalfallmethode gezwungen wird, dem Verfasser des Schriftsatzes mindestens bis zur Hälfte des Weges zuzustimmen. In dem obigen Beispiel etwa wird niemand leugnen können, dass in der Bezeichnung als dickes, dummes Schwein eine Beleidigung liegt. Folgt der Leser des Schriftsatzes dem Anwalt aber zunächst einmal bis zu diesem Punkt, dann kann er durch angemessene rhetorische Mittel auch leichter dazu bewegt werden, dem Anwalt in der entscheidenden Wertungsfrage zu folgen, dass die Zuordnung des vorliegenden Problemfalles in den Bereich oder außerhalb des Bereiches der Normalfälle im Sinne der von dem Anwalt vertretenen Partei vorzunehmen ist. Die Überzeugungskraft hat dabei ihren Grund in der Betonung von Gemeinsamkeiten im Ausgangspunkt.

Nun noch zu der Frage, welchen Nutzen ein Student aus der hier

entwickelten Theorie ziehen kann. Das vorliegende Buch ist zwar nicht für Studenten geschrieben, so dass sein Nutzen für Studenten vermutlich eher geringer ausfallen wird als der des Buches von *Haft*. Es seien aber dennoch einige Konsequenzen aus der hier entwickelten Konzeption für die Arbeitsmethode des Studenten angedeutet, für die Frage also, wie ein Student möglichst effektiv juristischen Stoff lernt.

Erstens. Die Perspektive des zukünftigen Rechts ist eine Übung im selbständigen und aktiven Lernen. Wenn ein Student sich mit endgültigem Recht beschäftigt, etwa mit einer vor dreißig Jahren ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dann ist das Ergebnis im ungünstigsten Fall eine lückenhafte und von Missverständnissen durchzogene Dokumentation dieser Entscheidung (vage Erinnerung in Form von Sätzen der Art "das BVerfG sagt, dass", die nach einiger Zeit im Gedächtnis des Studenten immer blasser werden). Im günstigsten Fall setzt der Student der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine eigene, selbständig entwickelte Stellungnahme entgegen, was die Ausnahme sein wird, da es bequemer ist, sich einfach nur an das Ergebnis der Entscheidung zu halten.

Anders ist es bei der Perspektive des zukünftigen Rechts. So mag etwa aus einer Zeitungsmeldung zu entnehmen sein, dass ein bestimmter Prozess demnächst beginnen wird. Eine höchstrichterliche Entscheidung wird einige Jahre später erwartet. Wenn ein Student sich nun mit diesem Fall beschäftigt, muss er notwendig eine eigene Lösung entwickeln, da ja die zukünftige Entscheidung gerade noch nicht bekannt ist. Er muss also aktiv werden und selbständig denken. Darin liegt aber der Schlüssel für den Erfolg des Studiums, wie auch *Haft* besonders betont.

Zweitens. Studenten sind, um es in Anlehnung an einen plastischen Ausdruck in der japanischen Sprache zu sagen, "Juristen-Eier". Nach einigen Jahren und verschiedenen Prüfungen schlüpfen sie aus und werden Assessor. Danach werden die meisten von ihnen Anwälte, die meisten Studenten sind also zukünftige Anwälte. Rechtsanwälte werden aber nur in zweiter Linie dafür bezahlt, endgültiges Recht zu kennen. In erster Linie ist es die Aufgabe eines Anwalts, für eine Gestaltung des zukünftigen Rechts im Sinne seiner Partei zu kämpfen. Das sollte sich auch ein Student bereits möglichst frühzeitig klar machen und von Anfang an besonders seine Fähigkeit schulen, auf das Ergebnis von noch nicht entschiedenen Fällen durch überzeugende und schlagkräftige

Argumentation Einfluss zu nehmen.

Drittens. Der Student mache sich frühzeitig klar, dass der Umfang des endgültigen Rechts eine vollständige Dokumentation im eigenen Gedächtnis ausschließt. Moderne Datenbanken können hunderttausende von Entscheidungen im Wortlaut speichern. Kein Mensch kann das. Daher ist im Studium eine Beschränkung auf einen Anteil von unter einem Prozent des endgültigen Rechts unvermeidlich. Die Unterscheidung zwischen zukünftigem Recht und endgültigem Recht und die damit verbundenen Überlegungen zur Dokumentation des endgültigen Rechts können den Studenten vor unrealistischen Zielen und damit notwendig verbundenen Enttäuschungen und Selbstzweifeln bewahren.

### **Fikentscher 1985**

Eine der wichtigeren neueren rechtstheoretischen Konzeptionen in Deutschland ist die von *Fikentscher* entwickelte Theorie der Fallnorm. Eine kurze Auseinandersetzung mit dieser Theorie soll im folgenden versucht werden. Das Ziel dabei besteht nur in der Verdeutlichung meiner eigenen rechtstheoretischen Behauptungen. Allerdings werde ich am Schluss auch einige Einwände gegen die Fallnormtheorie von *Fikentscher* erheben.

Was versteht *Fikentscher* unter einer Fallnorm? Dazu zunächst ein der Genauigkeit halber wörtliches Zitat.<sup>13</sup> "Der Vorschlag lautet, zunächst einmal von Gesetz, Kodex und richterlicher Entscheidung abzusehen. Auszugehen ist vielmehr davon, dass es zu lösende, zu beurteilende Fälle gibt. Was entscheidet den Fall? Antwort: Eine Regel des Rechts, die diesen Fall in seiner Besonderheit einer rechtlichen Lösung zuführt. Diese Regel, die den konkreten, lösungsbedürftigen Fall entscheidet, soll hier 'Fallnorm' genannt werden. Die Fallnorm ist diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet."

Auch für die hier entwickelte Position ist der konkrete Einzelfall der Ausgangspunkt. Die Unterscheidung in zukünftiges Recht und endgültiges Recht geht vom Einzelfall aus. Maßgeblich für die Unterscheidung ist allein, ob die Entscheidung des Einzelfalles bereits vorliegt oder erst noch bevorsteht. Wenn man die Regel des objektiven Rechts, die einen konkreten Fall entscheidet, als "Fallnorm" bezeichnen will, so gibt es nach der hier entwickelten

---

<sup>13</sup> Fikentscher, ZfRV 1980, 167.

## Auffassung zwei Arten von Fallnormen.

Nämlich solche, die bereits endgültig feststehen (Beispiel: eine Fallnorm, die einer Entscheidung eines konkreten Falles durch den Bundesgerichtshof vor dreissig Jahren zugrundeliegt) und solche, deren Bildung noch bevorsteht (Beispiel: eine Fallnorm, die einer Entscheidung eines konkreten Falles durch den Bundesgerichtshof dreissig Jahre in der Zukunft zugrundeliegt). Es zeigt sich hier, dass die Unterscheidung von zukünftigem Recht und endgültigem Recht keine Definition des Rechts und daher mit den meisten rechtstheoretischen Konzeptionen vereinbar ist, jedenfalls aber mit der Konzeption einer Fallnorm.

Das entscheidende und wichtigste Problem der Rechtsmethodik ist für *Fikentscher* die Frage der Präjudizienbindung.<sup>14</sup> Die wichtigste Konsequenz seiner Theorie für die Behandlung dieser Frage liegt im Unterschied zu anderen Auffassungen darin, dass es nach der Fallnormtheorie einem Richter jedenfalls verwehrt ist, ohne eine ausführliche Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung diese Rechtsprechung zu ändern.<sup>15</sup> Einen Verstoß gegen diese methodische Anforderung an die Arbeitsweise des Richters bezeichnet *Fikentscher* als "Schwenkentscheidung". Derartige Schwenkentscheidungen zu vermeiden ist eines der Anliegen seiner Theorie.<sup>16</sup> Dieser Zweck soll durch die im Verhältnis zu anderen Auffassungen sehr weitgehende Anerkennung<sup>17</sup> einer bindenden Wirkung von Präjudizien erreicht werden.

*Fikentscher* stellt also die Regel für Richter auf: "Jede Entscheidung ist mit einer sorgfältigen Auseinandersetzung mit bisherigen Präjudizien zu begründen, vor allem, wenn das Ergebnis der Entscheidung von diesen Präjudizien abweicht." In der hier verwendeten Sicht: Die Abweichung des zukünftigen Rechts vom endgültigen Recht bedarf eines besonderen Begründungsaufwandes.

Diese Regel liegt (für den Bereich des Privatrechts) auf einer Ebene mit § 313 Abs. 3 ZPO, wo der Gesetzgeber Anforderungen an die Begründung einer Entscheidung stellt. Allerdings verlangt der Gesetzgeber anders als *Fikentscher* keine ausführliche Ausein-

---

<sup>14</sup> Fikentscher (Anm. 13), 161; ders. ZfRV 1985, 166.

<sup>15</sup> Fikentscher ZfRV 1985, 176.

<sup>16</sup> Ein anderes Anliegen ist es, die im Rahmen der europäischen Integration erforderliche Annäherung zwischen kontinentalem Rechtsverständnis und anglo-amerikanischem Richterrecht zu fördern, vgl. Fikentscher (Anm. 13), 161 f; ders. (Anm. 15), 189.

<sup>17</sup> Fikentscher (Anm. 15), 193.

andersetzung mit Präjudizien ("Lese Genuss"),<sup>18</sup> vielmehr reicht "eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht beruht". Auch im Grundgesetz wird man vergeblich nach einer Vorschrift suchen, die den Richter zur Auseinandersetzung mit Präjudizien in der Entscheidungsbegründung verpflichtet.

Die von *Fikentscher* aufgestellte Regel ist also nirgends vom Gesetzgeber angeordnet. Dieses Schicksal teilt sie mit den meisten anderen Aussagen und Regeln der Methodenlehre, für die sich anders als für Aussagen etwa zum materiellen Privatrecht nur ausnahmsweise eine gesetzliche Grundlage angeben lässt (so etwa Art. 103 GG und § 1 StGB als Grundlage des strafrechtlichen Analogieverbotes).

Das schließt es aber nicht aus, dass ein Gericht die von *Fikentscher* aufgestellte Regel beachtet und eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung in einer dieser Regel entsprechenden Form begründet. Für die Lösung eines Rechtsfalles gelten mehr Normen, als das Gesetz bereitstellt. So kann die von *Fikentscher* aufgestellte Regel möglicherweise auch dann Geltung beanspruchen, wenn der Gesetzgeber keine der Regel entsprechende Anordnung getroffen hat.

Anders wäre es allerdings, wenn umgekehrt das Grundgesetz bestimmen würde: "Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Kein Richter darf zur Begründung einer Entscheidung auf die Entscheidung eines anderen Richters Bezug nehmen. Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen ist verboten. Verstöße gegen diese Verbote sind verfassungswidrig und unter Strafe zu stellen." Dann würde bereits das Gesetz, und zwar das Gesetz mit dem höchsten Rang in der Normenhierarchie, das Gegenteil der oben genannten Regel bestimmen. Das ist aber nach geltendem Recht nicht der Fall. Es ist damit möglich und denkbar, dass die Fallnormentheorie Teil einer Fallnorm wird.

Als Extremfall stelle man sich eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor, die verkündet, jeder Richter sei an alle bisherigen Fallnormen gebunden und dürfe keine Schwenkentscheidungen erlassen, sei vielmehr verpflichtet, sich in der Entscheidungsbegründung ausführlich mit der bisherigen Rechtsprechung auseinanderzusetzen, besonders, wenn er von dieser

---

<sup>18</sup> Vgl. *Fikentscher* (Anm. 15), 173, Fußnote 42.

bisherigen Rechtsprechung abweicht.

Umgekehrt ist aber auch denkbar, dass ein Gericht die Fallnormtheorie ausdrücklich verwirft, sich etwa ausdrücklich auf den Standpunkt stellt, die Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung sei überflüssig und schädlich, da sie die Unabhängigkeit des Richters beeinträchtigt und in Zeiten steigender Geschäftsbelastung mit dem Prinzip der belastungskonformen Auslegung nicht vereinbar sei. Dann ist nach der Theorie *Fikentschers* die Ablehnung der Fallnormtheorie Teil der Fallnorm dieser Entscheidung.

Die naheliegende Paradoxfrage, ob dann ein anderes Gericht an die Ablehnung der Bindung durch diese Entscheidung gebunden ist, lässt sich vom Standpunkt *Fikentschers* aus leicht auflösen, da nach diesem Standpunkt kein Gericht an eine unrichtige Entscheidung eines anderen Gerichts gebunden und die Ablehnung der Bindung nach diesem Standpunkt unrichtig ist. Zu einer echten Paradoxfrage wird sie in dem Moment, in dem man wirklich eine umfassende und ausnahmslose Bindung an Richterrecht vertritt, was *Fikentscher* gerade nicht tut.

Nehmen wir nun den Fall an, das Amtsgericht X beschließt in einer Entscheidung, die Fallnormtheorie sei anzuerkennen. Die Fallnorm dieser Entscheidung wird also unter anderem die Fallnormtheorie enthalten. Wie bei jeder anderen Fallnorm lässt sich die Frage stellen, ob z.B. das Bundesverfassungsgericht an diese Fallnorm gebunden ist, wenn es einige Jahre später einen ähnlichen Fall entscheidet. Was bedeutet nun eigentlich die Bindung an eine Fallnorm aus der Sicht der hier entwickelten Auffassung?

Ähnlich wie bei der Frage nach dem Wesen der materiellen Rechtskraft, die offenbar die stärkste Bindungswirkung für einen konkret entschiedenen Fall entfaltet, stellt sich die Frage nach der Bindung an eine Fallnorm erst in dem Moment, in dem bei der Entscheidung eines Falles der Richter die Auffassung der bisherigen Rechtsprechung nicht teilt. Wenn in dem obigen Beispiel das Bundesverfassungsgericht zu der Auffassung kommt, die Ansicht des Amtsgerichts X und damit die Fallnormtheorie für richtig zu halten, stellt sich die Frage einer Bindung nicht mehr. Diese Frage stellt sich vielmehr nur im umgekehrten Fall, wenn das Bundesverfassungsgericht eigentlich von der Entscheidung des Amtsgerichts abweichen möchte, sich daran aber möglicherweise

durch eine Bindung an die Entscheidung gehindert sieht.

Je weiter eine solche Bindung von den Gerichten tatsächlich anerkannt wird, um so weniger Spielraum bleibt für den Zufall und den Streit der Parteien, um zukünftige Fallnormen zu beeinflussen. Zwar ist eine vollständige Ableitbarkeit des zukünftigen Rechts aus dem endgültigen Recht, damit also der zukünftigen Fallnormen aus der Summe der endgültigen Fallnormen nicht möglich. Ein gewisser Spielraum für den Zufall bleibt immer.

Dieser wird aber unterschiedlich weit ausfallen. Eine weitgehende Anerkennung der Fallnormtheorie wird dazu führen, diesen Spielraum zu verengen, da sie immerhin die Möglichkeit begünstigt, vom endgültigen Recht auf das zukünftige Recht zu schließen. Allerdings bleibt auch nach der Fallnormtheorie immer die Möglichkeit offen, dass ein späterer Richter eine Fallnorm für unrichtig erklärt und damit die Bindung durchbricht, wozu allerdings dann eine umfangreichere Begründung erforderlich wird. Wann aber ein späterer Richter sich in dieser Weise auf seine richterliche Unabhängigkeit von früheren Entscheidungen anderer Richter besinnt, ist aus der Sicht der Prognose zukünftigen Rechts eine Frage, die rein zufallsbestimmt ist.

Das Beispiel zeigt: Meine Behauptung, bei der Prognose zukünftigen Rechts bleibe immer ein Spielraum für den Zufall, bedeutet nicht unbedingt eine Ablehnung der Bindung an bisherige Rechtsprechung (endgültiges Recht, Summe der bisherigen Fallnormen). Vielmehr ist die Entscheidung über die Bindung selbst in der Sicht der Prognose eine Frage des zukünftigen Rechts. Aus der Sicht der Prognose ist die Frage nicht nur, welche Ansicht die für den Fall zuständigen Richter zu einer Rechtsfrage zum entscheidenden Zeitpunkt haben werden, es stellt sich vielmehr weiter die Frage, ob diese Richter sich an eine entgegenstehende Fallnorm im endgültigen Recht gebunden fühlen werden. Ebenso wie bei der Frage der Durchbrechung oder Respektierung ist eine solche Prognose auch dann nicht mit Sicherheit möglich, wenn man Durchbrechungen der Bindung nur in engen Grenzen für zulässig hält.

Nach der dritten in diesem Buch aufgestellten Behauptung ist das zukünftige Recht abhängig vom Streit der Parteien (neben dem endgültigen Recht und dem Zufall). Diese These lässt sich in einer Auseinandersetzung mit der Fallnormtheorie wie folgt verdeutlichen. Nach der oben wörtlich zitierten Definition der Fallnorm bei *Fikentscher* habe ich den Eindruck, dass danach jedem Fall nur

eine Fallnorm zuzuordnen ist ("diejenige Regel des objektiven Rechts"). Wenn man sich aber das zukünftige Recht als vom Streit der Parteien beeinflusst vorstellt, ergeben sich insoweit Bedenken.

Einige Beispiele mögen diese Bedenken belegen. Nehmen wir einen beliebigen Zivilprozess durch drei Instanzen. Die vom Landgericht, vom Oberlandesgericht, vom Bundesgerichtshof jeweils gebildete Fallnorm wird unterschiedlich ausfallen, obwohl es sich um den selben Fall handelt. Die vom Kläger behauptete Fallnorm wird anders aussehen als die vom Beklagten behauptete Fallnorm. Das Gutachten des berühmten Gelehrten A, das die Position der Klägerseite untermauern soll, wird eine andere Fallnorm entwickeln als das Gutachten des geringfügig weniger berühmten Gelehrten B, das umgekehrt den Beklagten unterstützen soll. Die von einem Studenten im ersten Fachsemester zu dem Fall entwickelte Fallnorm wird sich wiederum von allen anderen oben genannten Fallnormen unterscheiden.

Das Beispiel zeigt: Es gibt nicht die Fallnorm als "diejenige" Regel. Vielmehr gibt es zu jedem Fall eine beliebige Vielzahl von Fallnormen. Jeder Bearbeiter des Falles wird nämlich eine andere Fallnorm entwickeln. Der Streit der Parteien im Prozess geht darum, wie die den Prozess entscheidende zukünftige Fallnorm letztlich gebildet werden wird. Diese ist nicht etwa schon vorgegeben, sondern noch dem Einfluss der Parteien zugänglich.

Zum Schluss seien noch einige Einwände gegen die Theorie *Fikentschers* erhoben. Diese sind aber für den Zweck der vorliegenden Zeilen (Verdeutlichung meiner eigenen Position) nicht so wichtig und sollen daher nur am Rande erwähnt und auch nur kurz angedeutet werden.

Der wichtigste Einwand ist der Vorwurf eines Widerspruches. Einerseits behauptet *Fikentscher*, Fallnormen seien bindend. Andererseits räumt er aber doch die Möglichkeit ein, abweichend von einer Fallnorm zu entscheiden. Das ist das Gegenteil einer Bindung.

Die Auffassung, das Gesetz sei keine Rechtsquelle, sondern nur eine "Bestätigungshilfe", erfordert eine Auseinandersetzung mit Art. 103 des Grundgesetzes (*nulla poena sine lege*), die ich bei *Fikentscher* nicht gefunden habe.

Die wichtigste Konsequenz der Theorie, die Anforderungen an die Begründung von Schwenkentscheidungen, steht im Widerspruch



zu § 313 Abs. 3 ZPO und lässt sich jedenfalls in allen den Fällen nicht verwirklichen, in denen eine gerichtliche Entscheidung ohne Begründung ergeht.

Es wird schließlich auch in der Theorie von *Fikentscher* nicht deutlich, ob die Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts weiter gehen soll als die Bindungswirkung von Entscheidungen anderer Gerichte. Bei der Begrenzung des Allmachtsanspruches des Bundesverfassungsgerichts liegt aber das derzeit wichtigste Problem im Bereich der Frage nach der Bindungswirkung von Entscheidungen.

### **Kegel 1983**

*Kegel* nimmt 1983 in einem Festschriftenbeitrag zum Verhältnis zwischen Sicherheit und Wahrscheinlichkeit im Recht Stellung<sup>19</sup> und behandelt damit ein ähnliches Thema wie nahezu hundert Jahre vorher *Rümelin* (vgl. dazu weiter unten). Dabei stellt *Kegel* die Behauptung auf: "Recht ist, wonach man sich wahrscheinlich richtet oder, falls man es nicht tut, wahrscheinlich gerichtet wird. Gesetze, Entscheidungen, Lehrmeinungen sind keine Naturgesetze, geben keine Sicherheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit, was rechtens ist."<sup>20</sup>

Diese Behauptung bestätigt meine zweite grundlegende These, wonach bei der Vorhersage zukünftigen Rechts immer auch ein Spielraum für den Zufall bleibt, der mehr oder weniger groß ist. Allerdings kann nach meiner Ansicht die Wahrscheinlichkeit für eine bestimmte Vorhersage so hoch sein, dass sie nahezu an Sicherheit grenzt. Gerade in den für den Juristen interessanten Fällen, in denen verschiedene Ansichten zu einer Frage möglich sind, ist allerdings mit einer geringeren Sicherheit für die Vorhersage einer bestimmten Entscheidung zu rechnen.

*Kegel* diskutiert weiter eine Reihe von Fällen, in denen die Wahrscheinlichkeit im Recht eine Rolle spielt, so auch die Frage der Tatsachenfeststellung.<sup>21</sup> Hier bezeichnet es *Kegel* als Illusion, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht genügen und vielmehr eine

---

<sup>19</sup> Kegel, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit im Recht. In: Erik Jayme, Gerhard Kegel, Marcus Lutter (Hg.): *Ius inter nationes*. Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlaß seines 75. Geburtstages. Heidelberg: C.F. Müller, S. 128-143.

<sup>20</sup> Kegel (Anm. 19), 144.

<sup>21</sup> Kegel (Anm. 19), 140-144.

"volle richterliche Überzeugung" erforderlich sein soll.<sup>22</sup>

Ich bin geneigt, der unfreundlichen Einschätzung von *Kegel* ("Illusion") jedenfalls für den Fall der Vorhersage zukünftigen Rechts zuzustimmen. Denn in der Situation vor dem Beginn des Prozesses ist es ausserordentlich schwierig zu beurteilen, was die für die endgültige Entscheidung zuständigen Richter als nach ihrer "vollen richterlichen Überzeugung" als festgestellt ansehen werden. Allenfalls kann man überwiegende Wahrscheinlichkeiten für die Vorhersage der einen oder anderen Tatsachenfeststellung angeben.

### **Rottleuthner 1981**

In einem 1981 erschienenen Buch<sup>23</sup> kritisiert *Rottleuthner* unter anderem die Vorstellung des Rechts als Vorhersage dessen, was die Gerichte tun werden.<sup>24</sup> In der Formulierung dieser Theorie von *Rottleuthner*: Der Satz "Wenn A x tut, dann soll der Richter y aussprechen" lässt sich übersetzen in: "Wenn A x tut, dann wird der Richter y aussprechen".<sup>25</sup> *Rottleuthner* formuliert dann drei Einwände gegen diese Theorie.<sup>26</sup>

Erstens verwenden die Richter selbst das Recht nicht als Prognose ihres eigenen Verhaltens. Zweitens ist nach *Rottleuthner* Recht nicht das, was jemand dafür hält. Recht sei nicht nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Gerichtsentscheidungen zu ermitteln, maßgeblich vielmehr ein juristischer, klassifikatorischer Geltungsbegriff. Drittens ergeben sich Probleme mit der genannten Theorie für die Betrachtung von Regeln etwa des Gerichtsverfassungsrechts, die einem Richter erst eine Befugnis zur Entscheidung zuweisen.

Diese Einwände treffen den hier entwickelten Standpunkt nicht. Zum ersten Einwand: Auch ein Richter kann die Einteilung des Rechts in zukünftiges Recht und endgültiges Rechts akzeptieren, obwohl die Vorhersage von zukünftigem Recht für ihn vielleicht weniger wichtig ist als für die Hauptpersonen des Prozesses, die Parteien. Immerhin kann man sich Überlegungen zum zukünftigen Recht aber auch bei Richtern an einem Revisionsgericht vorstellen: Wenn nämlich eine Entscheidung veröffentlicht werden soll und

---

<sup>22</sup> Kegel (Anm. 19), 142.

<sup>23</sup> Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 1981.

<sup>24</sup> Rottleuthner (Anm. 23), 124-129.

<sup>25</sup> Rottleuthner (Anm. 23), 125.

<sup>26</sup> Rottleuthner (Anm. 23), 126.

von grundsätzlicher Bedeutung für die weitere Entwicklung der Rechtsprechung sein wird, kann es in der Beratung der Entscheidung eine Rolle spielen, in welche Richtung diese weitere Entwicklung gehen soll und wie weit man sich schon festlegen will. Jedenfalls ist aber auch für einen Richter kein logischer Widerspruch mit der Vorstellung zukünftigen Rechts verbunden, da ich keineswegs behaupte, alles Recht sei zukünftiges Recht. Im übrigen darf auch hier nicht vergessen werden, dass die meisten Juristen eben gerade nicht Richter, sondern Rechtsanwälte sind.

Zum zweiten Einwand, Recht sei nicht das, was jemand dafür hält. In einer Situation, in der nur eine Vorhersage zukünftigen Rechts möglich ist, wird nichts übrig bleiben, als mit Wahrscheinlichkeitsangaben zu arbeiten. Dies ist meine zweite grundlegende Behauptung. Wer nicht auch auf die Zukunft bezogen allwissend ist, kann zukünftiges Recht nicht mit Sicherheit vorhersagen. Ein Rechtsbegriff ohne Wahrscheinlichkeitselement ist jedenfalls für die Perspektive der Prognose nicht angemessen.

Zum dritten Einwand: Dieser ist besonders leicht zu widerlegen. Teil des von einer zukünftigen Entscheidung eines Gerichts anzuwendenden Rechts, das es vorherzusagen gilt, sind die Regeln, welche die Zuständigkeit begründen. Auch dieser Teil des Rechts gehört zum zukünftigen Recht.

Neben den genannten Einwänden ist der wichtigste Einwand für *Rottleuthner* allerdings der "rechtssoziologische Aspekt". Nach *Rottleuthner* ist der Hauptmangel der kritisierten Theorie, dass nicht erklärt wird, wie die Vorhersage von Gerichtsentscheidungen im einzelnen vorgenommen werden soll.<sup>27</sup>

Dieser Einwand trifft nun allerdings auch den hier entwickelten Standpunkt. Ich sehe mich in der Tat außerstande, eine einfache Formel zu entwickeln, in die man nur einige Unbekannte einzutragen bräuchte, um das zukünftige Recht in jedem Fall zuverlässig ermitteln zu können. Vielmehr muss ich mich darauf beschränken, darauf hinzuweisen, welche Unbekannten für eine derartige Formel in Betracht kommen, vor allem, wenn es nicht nur darum geht, das zukünftige Recht in einem Fall vorherzusagen, sondern wenn man darüber hinaus auch das Prozessrisiko einer Partei zu beurteilen hat, wofür die Frage nach dem zukünftigen Recht nur eine unter mehreren Voraussetzungen darstellt. Ich muss mich auf

---

<sup>27</sup> Rottleuthner (Anm. 23), 127-129.

Überlegungen beschränken, die Hinweise für eine Abschätzung des Prozessrisikos geben können.

Jedoch bedeutet die Tatsache, dass eine Prognose zukünftiger Entscheidungen keinesfalls immer einfach zu leisten ist, keineswegs, dass diese Prognoseentscheidung nicht wichtig wäre. Rechtsanwälte und ihre Parteien stehen jeden Tag in zahlreichen Fällen vor dieser Aufgabe. Zwar gibt es kein Patentrezept zu deren Lösung, das ist aber kein Einwand gegen die Sicht der Prognose.

Im Gegenteil. Es ist gerade meine zweite These gewesen, dass die Prognose des zukünftigen Rechts nicht sicher möglich ist. Daher ist der oben genannte Einwand von *Rottleuthner* eher geeignet, diese zweite These zu unterstützen als die hier vertretene Sicht zu widerlegen.

### **Adomeit 1980**

Die von *Adomeit* entwickelte<sup>28</sup> Zertititätstheorie steht einigen der zentralen Behauptungen dieses Buches nahe. Eine Auseinandersetzung mit dieser Theorie ist daher in besonderem Maße geeignet, diese Behauptungen zu verdeutlichen und zu überprüfen.

*Adomeit* definiert einen sogenannten Zertititätswert. Dabei handelt es sich um einen Zahlenwert, der Werte zwischen plus 1 und minus 1 annehmen kann. Der höchste mögliche Zertititätswert liegt dabei bei plus 1. Wie der Name schon andeutet, soll dieser Zertititätswert die Sicherheit von Aussagen zahlenmäßig darstellen. Dabei soll es nur um "dogmatische Aussagen" gehen.

Damit meint *Adomeit* Aussagen über bestimmte Rechtsfragen, etwa die Aussage: "Ein Kind ist ein Schaden im Sinne von § 249 BGB". Jeder dogmatischen Aussage lässt sich theoretisch ein Zertititätswert zuordnen. Dieser wird durch ein gedachtes Abstimmungsergebnis unter 100 zufällig ausgesuchten Juristen bestimmt, die gefragt werden, ob sie der Aussage zustimmen oder nicht. Der höchste Zertititätswert von plus 1 ergibt sich für den Fall, dass alle Befragten der Aussage zustimmen. Umgekehrt bedeutet der niedrigste mögliche Wert von minus 1, dass alle Befragten die Aussage ablehnen.

Diese Definition ist nicht davon abhängig, dass eine derartige Be-

---

<sup>28</sup> Adomeit, JZ 1980, 343 ff. Ebenfalls abgedruckt in Adomeit, Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitologie, 1986, 113 ff.

fragung auch tatsächlich nach wissenschaftlichen Methoden durchgeführt wird und so zu einem repräsentativen Ergebnis führt. So werden tatsächlich Abstimmungen über die Zustimmung zu bestimmten dogmatischen Aussagen bei den alle zwei Jahre stattfindenden Juristentagen durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Abstimmungen kann man dann in den verschiedenen Fachzeitschriften nachlesen. Eine andere Frage ist, ob die an solchen Abstimmungen beteiligten Juristen wirklich für die Gesamtheit aller Juristen repräsentativ sind oder nicht.

Die tatsächliche Ermittlung solcher Zertitätswerte ist aber keine wesentliche Voraussetzung für die Zertitätstheorie. Bei der Theorie von *Adomeit* geht es vielmehr zunächst einmal nur um ein Gedankenexperiment. Sie gibt einen im Vergleich zu sonst üblichen Maßstäben wesentlich feineren und genaueren Maßstab für die Sicherheit von dogmatischen Aussagen. Wenn man etwa nur "herrschende Meinung", "vertretbar", "allgemeine Ansicht" usw. als Kategorien für die Sicherheit von dogmatischen Aussagen kennt, so hat man damit jedenfalls weniger als 100 Möglichkeiten zur Abstufung.

Die erste zentrale Behauptung dieses Buches ist es, dass alles Recht in zukünftiges und endgültiges Recht einzuteilen ist. Auch *Adomeit* deutet entsprechende Gedanken an. Nach *Adomeit*<sup>29</sup> steht sein Modell dem mathematischen Modell der Wahrscheinlichkeit nahe. Ein Zertitätswert lasse sich durchaus als Prognose verstehen, wie die Gerichte entscheiden werden. Aus dem gegenwärtigen Stand eines Zertitätswertes folge noch nicht der künftige.

In der Tat ergibt eine Anwendung meiner ersten These, dass es zukünftige und endgültige Zertitätswerte geben muss. Und ich kann *Adomeit* nur lebhaft zustimmen, wenn er feststellt, dass aus den endgültigen Zertitätswerten noch keineswegs zwingend auf zukünftige Zertitätswerte geschlossen werden kann.

Soweit Zertitätswerte für die Prognose richterlicher Entscheidungen herangezogen werden sollen, handelt es sich nach meiner Einteilung um eine statistische Methode. Die Tatsache, dass derartige Zertitätswerte nur ausnahmsweise auch wirklich ermittelt werden (nämlich bei den Abstimmungen auf Juristentagen) belegt meine Auffassung, dass eine statistische Methode zur Prognose zukünftigen Rechts nur in Ausnahmefällen

---

<sup>29</sup> *Adomeit* (Anm. 28), unter V 2. der Gliederung.

verwendbar ist.

Die Zertitätstheorie ist wohl auch nicht in erster Linie als ein Instrument zur statistischen Prognose von zukunftigem Recht entwickelt. Soweit aber aus Zertitatswerten auf zukunftiges Recht geschlossen werden soll, sind folgende Einwände zu erheben.

Erstens kommt es für die Vorhersage zukunftigen Rechts nicht darauf an, wie zu einem Zeitpunkt X einige Jahre später der Zertitatswert für die den Prozess entscheidenden dogmatischen Aussagen aussieht. Vielmehr ist allein entscheidend, wie die Mehrheit der für die endgültige Entscheidung zuständigen Richter über die betreffende Aussage denkt.

Bei einem Zivilprozess um einige hundert Millionen, der heute anhängig gemacht wird, kommt es darauf an, wie Jahre später die Mehrheit unter den fünf Richtern am BGH denkt, die für die Revisionsentscheidung in der Sache zuständig sein werden. Ein Anliegen der Zertitätstheorie ist es gerade, bestimmte Zufallswirkungen auszuschließen. Nach *Adomeit*<sup>30</sup> ist es eher zufällig, wer zur Autorität des Richters aufsteigt und auf welche Rangstufe dieser Autorität. Das ist der Grund dafür, 100 zufällig ausgesuchte Volljuristen zu befragen, und nicht etwa 100 zufällig ausgesuchte Bundesrichter.

Das aber gerade schließt es aus, einen doch einmal tatsächlich ermittelten Zertitatswert einer Vorhersage zukunftigen Rechts zugrunde zu legen. Denn entscheidend für das zukunftige Recht ist nicht die Meinung einer Mehrheit unter 100 zufällig ausgesuchten Juristen, sondern einer Mehrheit unter nur fünf Richtern am Bundesgerichtshof.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob es wirklich "eher zufällig" ist, wer Bundesrichter wird und wer nicht. Plausibel erscheint eher die entgegengesetzte Annahme, dass sich nämlich Bundesrichter in ihrer Karriere durch besondere Leistungen ausgezeichnet haben (obwohl natürlich auch der Fall denkbar ist, dass eine Ernennung eher aus parteipolitischen oder anders sachfremden Gründen erfolgt). Ich bezweifle also, ob die Ernennung zum Bundesrichter wirklich "eher zufällig" ist.

Nicht nur eher zufällig, sondern rein zufällig ist aber die Ernennung von bestimmten Bundesrichtern im Hinblick auf den

---

<sup>30</sup> Adomeit (Anm. 28), unter III der Gliederung.

einzelnen Prozess. Die für die Prognose entscheidende Frage nach der Ansicht einer Mehrheit von Bundesrichtern in einem bestimmten Senat eines bestimmten Gerichts ist jedenfalls insoweit zufallsbestimmt, als die Zusammensetzung dieses Senates in keiner Weise von dem Prozess beeinflusst wird. Das Gegenteil wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlich bestimmten Richters, etwa wenn die Besetzung eines bestimmten Senates im Hinblick auf einen bestimmten Prozess geändert wird. Solche Fälle sind theoretisch natürlich denkbar, spielen aber in der Praxis keine Rolle.

Der zweite Einwand gegen die Verwendung der Zertititätstheorie zur Vorhersage zukünftigen Rechts liegt in ihrer Unhandlichkeit in der Praxis. *Adomeit* nennt als möglichen praktischen Nutzen der Zertititätstheorie etwa die Situation des Justitiars, den ein Unternehmer fragt, ob das beabsichtigte besonders gewagte Geschäft in wettbewerbsrechtlicher oder steuerrechtlicher Hinsicht "gut gehen" werde. Ob das Geschäft "gut geht" oder nicht, entscheidet sich letztlich am Ende eines möglichen Prozesses, so dass der Justitiar in vielen Fällen zukünftiges Recht vorhersagen muss. Wenn er aber dazu die Zertititätstheorie anwenden soll, muss er zunächst einmal ein Meinungsforschungsinstitut mit einer repräsentativen Umfrage unter 100 zufällig ausgesuchten Juristen beauftragen. Dadurch entstehen Kosten. Weiter kostet die Umfrage Zeit. Daher wird die Anwendung der Zertititätstheorie in nahezu allen Fällen praktisch undurchführbar bleiben.

Richtig ist aber die Behauptung von *Adomeit*, die Antwort des Justitiars werde sich dem Denkmodell der Zertititätstheorie annähern, wenn der Justitiar gut sei. Dieses Denkmodell besteht darin, für die Sicherheit juristischer Aussagen hundert verschiedene Abstufungen vorzusehen. Wenn also die Frage des Unternehmers ist, ob ein bestimmtes Geschäft wettbewerbsrechtlich verboten ist, so sind hundert verschiedene Antworten möglich (und nicht nur zwei). Es gibt in diesem Denkmodell klare und weniger klare Fälle. Und da in dem von *Adomeit* vorausgesetzten Fall ein "besonders gewagtes" Geschäft zur Beurteilung ansteht, wird die Antwort des "guten" Justitiars eben einen Zertititätswert nahe null angeben müssen.

Damit ergibt sich eine Parallele zu meiner zweiten zentralen Behauptung. Diese geht dahin, dass jede Prognose zukünftigen Rechts mehr oder weniger Spielraum für den Zufall lassen muss. Das gilt (und insoweit stimme ich mit *Adomeit* überein) gerade für die Vor-

hersage eines guten Juristen.

Ein allgemein schwacher und mit wettbewerbsrechtlichen Spezialkenntnissen nicht gesegneter Jurist mag nach einem kurzen Blick in einen Kommentar eine Entscheidung finden, die seine Rechtsfrage scheinbar sicher beantwortet. Der gute Jurist dagegen war möglicherweise an dem Prozess beteiligt, der zu dieser Entscheidung geführt hat. Er weiss daher nur zu gut, welche Unterschiede zwischen dem damals entschiedenen Fall und der jetzt zur Beurteilung anstehenden Frage bestehen. Außerdem kennt er verschiedene andere Entscheidungen und Äußerungen in der Literatur zu der Frage, die er deswegen nicht außer Betracht lassen kann. Durch diese anderen Aussagen in Literatur und Rechtsprechung wird aber die Aussage der von dem nicht spezialisierten Juristen herangezogenen Entscheidung wieder deutlich relativiert.

Damit ergibt sich die leicht paradoxe Erscheinung, dass gerade die Antwort des Spezialisten unsicherer ausfallen muss (jedenfalls bei "gewagten Geschäften") als die Antwort eines durchschnittlichen Juristen, was auch eine Anwendung des oben entwickelten *Lenz*schen Gesetzes ist.

Nehmen wir als Grenzfall einen Spezialisten für Wettbewerbsrecht, der zwar nicht allwissend ist, aber doch das deutsche Wettbewerbsrecht besser als jeder andere Jurist kennt. Seine Antwort auf die Frage, ob das besonders gewagte Geschäft gut gehen wird, wird sich der idealen Antwort so weit wie möglich nähern. Meine Behauptung geht dahin, dass diese Antwort sich dem Denkmodell der Zertitätstheorie anpassen muss, da eben ein Grenzfall zur Beurteilung ansteht. Sie wird also eine Prognose etwa in der Form darstellen, dass ein Prozess über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des beabsichtigten Geschäfts mit einer Wahrscheinlichkeit von X Prozent mit einem Erfolg des anfragenden Unternehmers enden wird. Mehr ist gerade für den Spezialisten nicht möglich. Und dabei bleibt dann bei einer angegebenen Wahrscheinlichkeit von 70 Prozent letztlich dem Zufall überlassen, ob der danach wahrscheinlichere oder danach unwahrscheinlichere Fall tatsächlich eintritt.



### Dworkin 1977

In einem zuerst 1977 erschienenen Buch<sup>31</sup> verwendet *Dworkin* das Gedankenexperiment eines nahezu allwissenden Richters, den er *Hercules* nennt. Dieser außergewöhnliche Richter wird wie folgt beschrieben: "*A lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction. I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction.*"<sup>32</sup>

*Dworkin* verwendet die Figur des *Hercules* dann, indem er verschiedene Überlegungen darüber anstellt, wie *Hercules* schwierige Fälle (*hard cases*) entscheiden würde. Diese Überlegungen laufen darauf hinaus, die von *Hercules* angewandte Methode dem Leser als richtig zu empfehlen. Insbesondere wendet sich *Dworkin* gegen die Methode eines anderen Richters, den er "*Herbert*" nennt: Dieser stellt zunächst fest, dass in einem bestimmten Fall das Recht keine Antwort vorgibt und diskutiert dann unabhängig von einer Bindung an das Recht, welche Entscheidung als Lösung des Falles vorzuziehen ist.

Wie immer verwende ich diese Idee von *Dworkin* zunächst zu einer weiteren Verdeutlichung und Diskussion meiner eigenen Position, ehe ich zu einigen kritischen Bemerkungen komme. Zunächst einmal ist eine Abgrenzung nötig, da ich in diesem Buch ein ähnliches Gedankenexperiment entwickelt habe. Ich habe die Figur eines allwissenden Prozessbeteiligten entworfen, die eine gewisse Ähnlichkeit mit *Dworkins Hercules* hat. Es gibt aber einige ganz erhebliche Unterschiede.

Erstens ist mir nicht klar, ob *Dworkins Hercules* nur mit "übermenschlichen Fähigkeiten" ausgestattet ist, oder ob er auch allwissend sein soll. Weiter wird bei *Dworkins* Figur auch anders als in meinem Gedankenexperiment nicht zwischen auf die Vergangenheit begrenzter und auch die Zukunft erfassender Allwissenheit unterschieden. Drittens geht es mir bei meinem Gedankenexperiment vor allem darum, meine zweite grundlegende Behauptung zu bekräftigen: Zukünftiges Recht ist auch vom Zufall abhängig.

Diese Bekräftigung versuche ich in zweifacher Hinsicht: Zum einen meine ich, dass es in vielen Fällen eine widersprüchliche

---

<sup>31</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977.

<sup>32</sup> Dworkin (Anm. 31), 105.

Vorstellung wäre, den Beteiligten an einem Prozess Allwissenheit zuzubilligen, da diese Allwissenheit nicht ohne Einfluss auf das Verhalten dieser Parteien im Prozess bleiben würde. Andererseits möchte ich damit deutlich machen, dass eine vollständige Information über das zukünftige Recht menschliche Fähigkeiten übersteigt und daher keine realistische Annahme ist. Dagegen habe ich den Eindruck, dass *Dworkin* seine Figur des *Hercules* eher als Vorbild verwenden möchte, als wenn auch nicht erreichbaren, aber doch jedenfalls anzustrebenden Standard richterlichen Verhaltens.<sup>33</sup>

Damit komme ich zu einigen kritischen Bemerkungen. Die erste ist eine Frage. *Dworkin* beschreibt ausführlich, wie sein *Hercules* vorgehen wird, um eine Lösung zu finden.<sup>34</sup> Die Frage ist, woher *Dworkin* das wissen kann. Denn *Dworkin* hat im Gegensatz zu seiner Figur selbst keine "übermenschlichen Fähigkeiten". Wie kann er sich also sicher sein, wie *Hercules* vorgehen würde und welche Schlüsse dieser ziehen würde? Vielleicht müsste *Hercules* aufgrund seiner "übermenschlichen Fähigkeiten" zu ganz anderen Auffassungen kommen.

Die Frage ist vergleichbar mit der Frage an einen hervorragenden juristischen Experten, der über die Ansichten von Laien zu bestimmten Fragen schreibt, woher er den wissen will, wie eine laienhafte Auffassung aussehen muss, da er doch selber kein Laie ist. Man könnte sich zwar einen allwissenden Autor vorstellen, der alles über die Eigenschaften allwissender Kunstfiguren in Gedankenexperimenten weiss (Allwissenheit zweiter Stufe). Ich bin mir aber nicht sicher, ob *Dworkin* eine derartige Allwissenheit beanspruchen will. So gesehen ist alles, was *Hercules* aufgrund seiner "übermenschlichen Fähigkeiten" tut und für richtig hält, nichts weiter als eine Vermutung des ihn schaffenden Autors, der seinerseits eben keine "übermenschlichen Fähigkeiten" hat.

Zweitens sehe ich auch nicht ein, weshalb ein normaler, menschlicher Richter sich an dem orientieren sollte, was Richter mit "übermenschlichen Fähigkeiten" sich vielleicht vorstellen. Wäre *Hercules* Richter an einem obersten Gericht, dann würde er vermutlich ständig überstimmt, da seine Kollegen ihn infolge seines übermäßigen Sachverstandes nicht mehr verstehen würden. Und das würde ihm nur recht geschehen. Recht wird von Menschen ange-

---

<sup>33</sup> Dworkin (Anm. 31), 130.

<sup>34</sup> Dworkin (Anm. 31), 106-130.

wendet, nicht von Übermenschen. Wenn eine Theorie Anforderungen stellt, die nur von Übermenschen erfüllt werden können, dann ist diese Theorie für die Praxis nicht brauchbar.

Es wäre in dem Zusammenhang eine interessante Vorstellung, wie *Hercules* etwa in einem deutschen Schöffengericht mit einem Laienrichter diskutieren würde, der seine Ansichten nicht teilt. Richtig ist die umgekehrte Überlegung: Wenn Allwissenheit oder "übermenschliche Fähigkeiten" nötig sind, um eine bestimmte theoretische Vorstellung zu halten, dann spricht das gegen diese Theorie, nicht für sie.

### Hart 1961

Einer der bekannteren englischen Rechtsphilosophen ist *Hart*, dessen 1961 erschienenes Buch<sup>35</sup> über den Begriff des Rechts hier kurz aufgegriffen werden soll. Dabei muss ich mich auf die Diskussion des Punktes beschränken, der mit meinen Thesen in dem engsten Zusammenhang steht, nämlich die Argumentation von *Hart* gegen die Vorstellung, Recht sei nur die Vorhersage dessen, was die Gerichte tatsächlich tun werden.<sup>36</sup>

*Hart* argumentiert mit einem Vergleich zum Sport. Nehmen wir etwa den Fußball. (*Hart* verwendet als Beispiele Spiele wie *Cricket* oder *Baseball*. Diese sind allerdings deutschen Lesern nicht so bekannt, weshalb ich hier in einer freien Übertragung der Gedanken von *Hart* als Beispiel Fußball verwende.)

Die meisten Fußballspiele laufen ohne Schiedsrichter ab. Dennoch wenden die Spieler die Regeln an, bestimmen etwa durch die Anwendung der Tor-Regel, wie das Spiel steht. Dann könne aber die Regel nicht in der Vorhersage dessen bestehen, was der Schiedsrichter entscheiden wird, weil es nämlich keinen Schiedsrichter gibt. Aber auch, wenn etwa bei einem Fußballspiel zwischen zwei Profi-Mannschaften ein Schiedsrichter und zwei Linienrichter beteiligt werden, bestehen die Regeln nicht in der Vorhersage der Entscheidungen des Schiedsrichters.

Zwar sei auch ein Spiel denkbar, dessen Spielstand allein nach dem freien Ermessen des Schiedsrichters bestimmt wird. Dieses Spiel müsste etwa "Schiedsrichters Ermessen" heißen. Beim Fußball sei es aber nicht möglich, ein Tor zu geben, wenn der Ball

---

<sup>35</sup> Hart, *The Concept of Law*, 1961.

<sup>36</sup> Hart (Anm. 35), 138-144.

sich noch in der gegnerischen Hälfte befindet, es sei denn, der Schiedsrichter sei betrunken oder bestochen. Der Schiedsrichter habe daher kein freies Ermessen. Wenn er so entscheide, als könne er den Spielstand allein nach seinem Ermessen bestimmen, müsse er mit Kritik rechnen.

Einige Bemerkungen zu dieser Position von *Hart*. Zunächst einmal ist der Vergleich zum Sport sehr interessant. Besonders Fußball ist ein interessantes Modell für rechtstheoretische Überlegungen, weil die Regeln so schlecht sind. Auch das Fußballprozessrecht befindet sich in einem traurig anachronistischen Stadium der Entwicklung.

Die Regeln des Fußball sind schlecht, weil sie nicht ausschließen, daß ein Foulspiel einen Vorteil bringt. Das Fußballprozessrecht ist veraltet, weil es die Entscheidung über Fragen nahezu historischer Bedeutung (wer wird Europameister) der endgültigen und sofortigen Entscheidung eines einzigen Schiedsrichters zuweist, der sich vor seiner Entscheidung noch nicht einmal die ja zahlreich vorhandenen Video-Aufnahmen von nicht ganz klaren Szenen ansieht. Die im amerikanischen Profi-Football längst verwirklichte Alternative dazu ist es, in Grenzfällen eine Schiedsrichterkommission anzurufen, die sich in einigen Minuten die Video-Aufnahmen ansieht und erst danach entscheidet. Gerade diese Mängel der Regeln im Fußball machen das Spiel interessant als Modell.

Wenn man nun anhand eines derartigen Modells diskutiert: *Hart* hat recht. In der Tat finden die meisten Spiele ohne Schiedsrichter statt. Bei der Anwendung staatlichen Zwanges, der ein wesentliches Merkmal von Recht ist, ist es aber im Gegenteil so, dass meistens eine gerichtliche Entscheidung erforderlich ist, um diesen zu ermöglichen. Jedenfalls ist der Bereich, in dem Recht von den Gerichten angewendet wird, für die Praxis nicht ganz unwichtig, auch wenn es nicht der einzige sein sollte.

Und in der Tat werden Tore auch von einem Schiedsrichter nicht gegeben, solange der Ball noch in der gegnerischen Hälfte ist. Das aber schließt nicht aus, eine Perspektive der Voraussage zu wählen. Diese hängt nicht davon ab, wie sicher oder unsicher die Voraussage ist. In dem Beispiel kann man natürlich die Voraussage treffen, dass kein Schiedsrichter ein Tor geben wird, wenn der Ball noch in der gegnerischen Hälfte ist. Und man würde sich über eine Enttäuschung dieser Erwartung außerordentlich wundern.

Ebenso kann man aber auch in einem Grenzfall (Abseits oder nicht) eine Vorhersage darüber treffen, wie der Schiedsrichter entscheiden wird, die wesentlich weniger sicher ist. In Fernsehkommentaren finden sich regelmäßig derartige Vorhersagen, die sich durchaus häufig nicht als zutreffend erweisen. Mit anderen Worten: Die Möglichkeit der Prognosesicht ist unabhängig davon, wie sicher oder unsicher die betreffende Vorhersage ist.

Zweitens behaupte ich auch nicht, dass alles Recht zukünftiges Recht sei. Meine Behauptung ist weniger weitgehend. Ich behaupte, alles Recht sei in zukünftiges Recht und endgültiges Recht einzuteilen. Weiter behaupte ich, dass das zukünftige Recht besonders für die Beurteilung des Prozessrisikos durch einen Anwalt wichtig ist. Im Modell bedeutet das: Ich behaupte nur, dass es zukünftige und endgültige Anwendungen der Regeln durch einen Schiedsrichter gibt. Und die Vorhersage der Regelanwendung spielt eine Rolle etwa für einen Stürmer, der sich im Strafraum fallen lässt, um einen Elfmeter herauszuholen.

Auch *Hart* gibt im übrigen zu, dass die Vorhersage von richterlichen Entscheidungen einen wichtigen Platz im Recht hat, besonders bei Aussagen über das Recht durch Privatpersonen oder durch Rechtsberater. *Hart* wendet sich also nicht gegen die in diesem Buch behauptete Existenz von zukünftigem Recht, sondern nur dagegen, das zukünftige Recht mit dem Recht überhaupt gleichzusetzen.<sup>37</sup>

### Sauer 1951

Gut zwei Jahrzehnte nach seinem Buch "Grundlagen des Prozessrechts" (dazu später) hat *Sauer* ein Buch "Allgemeine Prozessrechtslehre" vorgelegt.<sup>38</sup> Einige für die Thesen des vorliegenden Buches wichtige Behauptungen *Sauers* in diesem Buch sollen im folgenden kurz diskutiert werden. Allerdings ist das spätere Buch weniger ausführlich, daher sollen auch die Standpunkte von *Sauer* an dieser Stelle eher kürzer abgehandelt werden.

Zunächst sei eine Bemerkung *Sauers* zur Bedeutung von Präjudizien aufgegriffen. *Sauer* meint, die Bedeutung von Präjudizien beschränke sich darauf, den Blick des Richters zu schärfen und sein Urteil nachzuprüfen, indem er die Entscheidung der höchsten Gerichte über ähnliche Fälle heranziehe. Dabei betont *Sauer*, dass die

---

<sup>37</sup> Hart (Anm. 35), 143 f.

<sup>38</sup> Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951.

Fälle nie gleich liegen.<sup>39</sup> Wenn es richtig ist, dass kein Fall genau dem anderen gleicht, dann ist das ein weiteres Argument für die hier vertretene These, der Schluss von endgültigem Recht auf zukünftiges Recht sei nie mit Sicherheit möglich.

Zweitens meint *Sauer*, die Ermittlung der Wahrheit sei in verschiedenen Prozessen verschieden intensiv vorzunehmen. In weniger wichtigen Sachen dürfe und müsse der Richter bereits früher mit seinen Ermittlungen abbrechen.<sup>40</sup> Diese Behauptung stützt meine These, der Streit der Parteien werde mit unterschiedlicher Intensität geführt, je nachdem, wie wichtig die betreffende Sache ist.

Weiter behandelt *Sauer* Klage im Zivilprozess und Anklage im Strafprozess in der Weise parallel, dass er für beide einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit verlangt, mit der ein Erfolg zu erwarten ist. Diese Position steht meiner Ansicht zum Verdacht im Strafprozess und zum Anspruch im Zivilprozess sehr nahe. Insbesondere glaube ich mit *Sauer*, dass es in der Tat nötig ist, beide Erscheinungen parallel zu betrachten und zu erklären. Verdacht auf der einen, Anspruch auf der anderen Seite sind eine bestimmte Wahrscheinlichkeit für eine bestimmte zukünftige Entscheidung eines Gerichtes. Die entsprechenden Auffassungen von *Sauer* sind bereits in einem früheren Werk begründet worden. Sie werden daher unten etwas ausführlicher diskutiert.

Zur richterlichen Tatsachenfeststellung meint *Sauer*, es sei ausreichend, wenn eine hochgradige Wahrscheinlichkeit eines Tatsachenurteils bewiesen werde. Die Tatsachenfeststellung bestehe nur aus Wahrscheinlichkeitsurteilen.<sup>41</sup> Diese Sicht der Dinge entspricht dem, was ich bei der Behandlung des Beweismaßes im Zivilprozess annehme. In der Tat kann kein Richter jemals völlige Gewissheit bei der Tatsachenfeststellung erreichen, wenn er nicht allwissend ist. Er kann sich der Allwissenheit nur mehr oder weniger annähern.

### Frank 1950

Zwanzig Jahre nach dem unten zu diskutierenden Buch hat *Frank* eine weitere Ausarbeitung seiner Gedanken vorgelegt<sup>42</sup>, von denen

---

<sup>39</sup> Sauer (Anm. 38), 23.

<sup>40</sup> Sauer (Anm. 38), 105.

<sup>41</sup> Sauer (Anm. 38), 166 f.

<sup>42</sup> Frank, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, 1950.

hier einige aufgegriffen werden sollen.

*Frank* betont nunmehr, dass es ihm nicht um eine Definition des Begriffes Recht geht. In seinem früheren Buch sei er so leichtsinnig gewesen, eine derartige Definition zu versuchen, und habe sich darauf mitten in einem terminologischen Streit mit anderen Rechts-Definierern wiedergefunden. Aus diesem dummen Streit um Worte habe er sich sofort verabschiedet. Daher vermeide er in dem vorliegenden Buch bewußt, von "Recht" zu sprechen.<sup>43</sup>

Während ich den Begriff "Recht" nicht zum Tabu machen will, vielmehr sogar von der Frage nach diesem Begriff ausgehe, stimme ich *Frank* in diesem Punkt völlig zu. Es ist in der Tat leichtsinnig, eine Definition des Begriffes Recht zu versuchen, und derartiger Leichtsinns kann schnell zu einem sinnlosen Streit um Worte führen. Daher ist auch die hier entwickelte Theorie nicht etwa eine Definition des Begriffes "Recht", sondern vielmehr nur eine Unterscheidung, die mit den meisten Begriffen von Recht vereinbar sein sollte.

In einem kurzen Kapitel mit dem Titel "*Fights and Rights*" geht *Frank* auf das Verhältnis zwischen Streit und Recht ein.<sup>44</sup> Er bemerkt zunächst, dass in der englischen Sprache das Wort für Prozessführung, nämlich "*litigation*", von seinem Ursprung her ("*litigo*") einen deutlichen Bezugspunkt zum Streit hat. Er entwickelt dann eine Theorie, wonach jedes Recht nicht existiert, ehe es nicht in einem Streit vor Gericht durchgesetzt wurde, und wonach umgekehrt jedes Recht, das jemand zu haben glaubt, zum Gegenstand eines gerichtlichen Streites werden kann.

*Frank* verdeutlicht diese Theorie am Beispiel eines Kaufvertrages, vor dessen Abschluss der Käufer seinen Anwalt um Rat fragt, ob er Schadensersatz verlangen könne, wenn der Verkäufer nicht liefern und der Marktpreis für die Ware inzwischen gestiegen sei. Die naheliegende Antwort, dass der Käufer einen solchen Anspruch habe, akzeptiert *Frank* in dem Beispiel nicht. Er weist darauf hin, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht abzu-sehen sei, ob es je zu einem Streit zwischen den Parteien kommen werde, welchen Gegenstand ein solcher Streit haben werde und wie ein Gericht möglicherweise später vorgebrachte Beweise würdigen werde. Solange der Käufer ein mögliches Recht auf Schadensersatz nicht im gerichtlichen Streit durchgesetzt habe, existiere es nicht.

---

<sup>43</sup> Frank (Anm. 42), 3, 66 f.

<sup>44</sup> Frank (Anm. 42), 5-13.

Hier zeigt sich eine Parallele zu meiner dritten grundlegenden These: Das zukünftige Recht ist vom Streit der Parteien abhängig. Der Unterschied meiner Position zu der von *Frank* entwickelten Ansicht liegt darin, dass ich diese Behauptung als eine von drei grundlegenden Thesen des Buches an herausragender Stelle betone und einige konkrete Details entwickle, so etwa die Vorstellung von der unterschiedlichen Intensität des Streits um das zukünftige Recht je nach der Bedeutung der Sache. Im wesentlichen fühle ich mich aber durch die Behauptungen von *Frank* an dieser Stelle bestätigt.

Das gilt allerdings nicht für die konkrete Folgerung, die *Frank* an anderer Stelle zieht. Bei der Behandlung der Tatsachenermittlung im Prozess<sup>45</sup> wendet sich *Frank* gegen Erscheinungen im amerikanischen Prozessrecht, die den Streit der Parteien um die Tatsachenfeststellung zur Grundlage der Beweiserhebung machen. Dabei kritisiert er besonders die Verunsicherung von Zeugen durch von erfahrenen Anwälten geführte Kreuzverhöre.

Er stellt eine "Streittheorie" (*fight theory*) eine "Wahrheitstheorie" (*truth theory*) gegenüber: Nach der ersteren wird die Wahrheit am besten durch den Streit der Parteien um die Tatsachenfeststellung ermittelt, nach der letzteren dagegen untersucht das Gericht alle Beweise, um der Wahrheit möglichst nahe zu kommen. *Frank* plädiert im Interesse einer besseren Wahrheitsfindung für eine stärkere Rolle und Verantwortung der Gerichte bei der Tatsachenfeststellung. In der Terminologie des deutschen Zivilprozessrechts müßte das auf eine Einschränkung der Verhandlungsmaxime hinauslaufen.

Im Gegensatz zu dieser Position von *Frank* verbinde ich keine rechtspolitische Forderung mit meiner dritten grundlegenden These. Ich beschränke mich auf eine Beschreibung des Prozesses.

*Frank* betont die Unsicherheit der Vorhersagen gerichtlicher Entscheidungen vor allem hinsichtlich der richterlichen Tatsachenfeststellung.<sup>46</sup> Während es bei Rechtsfragen noch eher denkbar sei, dass eine Prognose eines erfahrenen Anwaltes verhältnismäßig sicher sei, gelte das jedenfalls nicht für die Beweismäßigkeit. Da aber die Entscheidung von Gerichten durch die Tatsachenfeststellung ebenso bestimmt sei wie durch die Rechtsanwendung,

---

<sup>45</sup> Frank (Anm. 42), 80-102.

<sup>46</sup> Frank (Anm. 42), 14-36.



sei insgesamt die Unsicherheit nie auszuschließen.

Hier ist insoweit zuzustimmen, als in der Tat die Beweiswürdigung besonders schwer vorauszusehen ist. Ein Anwalt muss vor einem Prozess zu dieser Vorhersage wissen, welche Zeugen und andere Beweismittel in dem Prozess eine Rolle spielen werden, was diese Zeugen sagen werden, schließlich, wie die Richter die Aussagen bei der Beweiswürdigung werten werden. Das ist nicht einfach. Es ist aber auch keineswegs unmöglich.

Anders als *Frank* halte ich einen radikalen Beweis-Skeptizismus nicht für angemessen. Meine Behauptung geht dahin, dass die Vorhersage von Beweisergebnissen besonders schwierig und in einem mehr oder weniger weiten Umfang unsicher ist. Das lässt auch die Möglichkeit relativ sicherer Vorhersagen zu.

Im Zivilprozess sind solche relativ sicheren Vorhersagen etwa dann möglich, wenn man die nötigen Beweise mit notariellen Urkunden führen kann. Eben zu diesem Zweck hat man ja überhaupt vorher auch einen Notar bemüht. Auch im Strafprozess setzt ein zur Anklage hinreichender Verdacht voraus, dass der Staatsanwalt mit einer für eine Verurteilung ausreichenden Beweiswürdigung durch das Gericht rechnet. Wenn er das aus prinzipiellen Gründen nie könnte, dürfte er nie Anklage erheben, weil ein hinreichender Tatverdacht nie angenommen werden könnte.

Bemerkenswert ist auch eine heftige Zurückweisung der formellen Theorie der materiellen Rechtskraft durch *Frank*. Nach ihm hat ein Kläger ein Recht dann, wenn er es vor Gericht erfolgreich geltend gemacht hat. Wenn der Kläger dagegen verloren hat, hat er kein Recht. Eine dritte Alternative gibt es nicht. Wenn ein Kläger verliert, dann ist es nach *Frank* "*plain nonsense*" (glatter Unsinn) anzunehmen, der Kläger habe dennoch ein materielles Recht gegen den Beklagten.

Während diese Äußerung geeignet sein mag, die Sicherheit eines Befürworters einer formellen Rechtskrafttheorie rechtsvergleichend zu erschüttern, ist sie doch in der Form ("*plain nonsense*") charakteristisch für die häufig überzogene Polemik von *Frank* und in der Sache etwas zu undifferenziert. Ohne hier die Einzelheiten des eigenen Standpunktes auszubreiten, sei doch angemerkt, dass in dem Modell von *Frank* die erneute Klage des rechtskräftig unterlegenen Klägers keinen Platz hat, der immerhin noch auf eine Durchbrechung der Rechtskraft hoffen kann.

Nach meiner Auffassung ist die Prognose zukünftigen Rechts durch eine für den Kläger ungünstige rechtskräftige Entscheidung für den Kläger nunmehr sehr ungünstig, wobei der Wert der Rechtskraft für den Beklagten danach unterschiedlich hoch ist, wie günstig die Aussichten des Beklagten bereits in dem ersten Prozess waren. Es würde aber zu weit gehen und die Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft außer acht lassen, wollte man für jeden Fall und prinzipiell ein Recht des Klägers ausschließen.

*Frank* kritisiert sehr ausführlich das Jury-System des amerikanischen Prozessrechts.<sup>47</sup> So beschreibt er Verfahren der Entscheidungsfindung der Geschworenen.<sup>48</sup> In einem Zivilprozess schreibt jeder Geschworene eine Summe auf einen Zettel, dem Kläger wird dann eine Summe zugesprochen, die sich aus dem Durchschnitt aller Stimmen ergibt, oder die Entscheidung fällt durch den Wurf einer Münze oder das Ziehen von Losen aus einem Hut.

Wenn man wie im amerikanischen Prozessrecht Laien nicht nur wie im deutschen Strafprozess an der Entscheidung beteiligt, sondern ihnen wichtige Entscheidungen vollständig überlässt, dann wird das Ergebnis davon ein stärkerer Einfluss des Zufalls und ein geringerer Anteil des endgültigen Rechts auf die Entscheidung des Gerichts sein. Viele Laien verstehen schwierige Rechtsfragen auch dann nicht, wenn ein Richter sie ihnen in kurzer Zeit zu erklären versucht. Im amerikanischen Prozess gilt daher die zweite Grundthese des vorliegenden Buches vom Einfluss des Zufalls auf zukünftiges Recht in besonderem Maße.

Interessant sind Bemerkungen von *Frank* zu der Macht, die durch die Tatsachenfeststellung den Instanzgerichten gegeben wird. Er nennt dazu einen Fall aus seiner Erfahrung als junger Anwalt.<sup>49</sup> In einem Zivilprozess wurde bei jeder Zweifelsfrage über die Zulässigkeit eines Beweismittels gegen ihn entschieden. Zu seiner Überraschung gewann er den Prozess in der ersten Instanz. Der Richter erster Instanz sagte ihm später bei einer privaten Gelegenheit, er habe sich früh entschieden, *Franks* Mandantin gewinnen zu lassen. Das konnte er jedoch nicht, wenn er eine ihm ungerecht erscheinende Rechtsregel anwenden müsste. Daher entschloss er sich, den Kläger über die Beweismittelwürdigung abblitzen zu lassen ("*lick the plaintiff on the facts*"). Er gab sich daher alle Mühe, im

---

<sup>47</sup> Frank (Anm. 42), 108-156.

<sup>48</sup> Frank (Anm. 42), 114 f.

<sup>49</sup> Frank (Anm. 42), 168.

Verfahren und in der Rechtsanwendung den Standpunkt des Klägers vollkommen zu übernehmen, um damit auszuschließen, dass diesem ein Ansatzpunkt für eine erfolgreiches Rechtsmittel bleibt, und nahm dann einfach in freier Beweiswürdigung an, dass die Voraussetzungen der ihm unerwünschten rechtlichen Regel nicht gegeben seien.

Für die Thesen dieses Buches ist das Beispiel in zweierlei Hinsicht aufschlussreich. Zum einen belegt es eindrucksvoll, dass Richter nicht immer ihre wirklichen Gründe offenlegen, was es naturgemäß erheblich erschweren muss, richterliche Entscheidungen vorherzusehen (Stichwort "schriftliche, mündliche und wirkliche Urteilsgründe"). Zum anderen ist es ein gutes Beispiel für den (zufälligen) Einfluss der Richterpersönlichkeit auf das zukünftige Recht. Ein weniger erfahrener oder weniger intelligenter Richter hätte die Beklagte vielleicht einfach nach der ihm zwar ungerecht, aber unvermeidbar erscheinenden rechtlichen Regel verurteilt.

Besonders beeindruckend ist die harte Kritik von *Frank* an der amerikanischen Juristenausbildung.<sup>50</sup> Zum einen wendet er sich gegen die Behauptung, mit der Fall-Methode (case system) würden die Studenten Fälle lernen. Das tun sie nach *Frank* nicht. Vielmehr untersuchen sie nahezu nur Begründungen von Entscheidungen hoher Gerichte. Jede solche Begründung ist aber nur ein geringer Teil eines Falles, sein "Schwanzende" (*tail end*).<sup>51</sup> Das entspricht dem, was ich oben zum Verhältnis der Begründung einer höchst-richterlichen Entscheidung zu dem gesamten Prozess ausgeführt habe.

Er empfiehlt dann eine Änderung der Fall-Methode zu einer wirklichen Fall-Methode.<sup>52</sup> Diese müsste einige Monate darauf verwenden, die kompletten Akten von einem oder zwei ausgewählten Prozessen zu studieren. So seien Fallstudien in der medizinischen Ausbildung viel ausführlicher als die mitgeteilten Fälle nach der gegenwärtigen Fall-Methode. Es sei "absurd", eine Begründung einer obergerichtlichen Entscheidung immer noch einen Fall zu nennen.

Die zweite kritische Bemerkung, die ich hier aufgreifen möchte, wendet sich gegen die theoretische Orientierung der juristischen

---

<sup>50</sup> Frank (Anm. 42), 225-246.

<sup>51</sup> Frank (Anm. 42), 227.

<sup>52</sup> Frank (Anm. 42), 233.

Ausbildung. *Frank* bemerkt,<sup>53</sup> dass niemand die Kunst des Golfspiels dadurch lernen würde, dass er einen Lehrer zu dem Thema sprechen hört und Bücher darüber liest. Das gleiche gelte für Tanzen auf den Zehenspitzen, Schwimmen, Autofahren, Haareschneiden oder das Zubereiten von wilden Enten. Warum sollten Jurastudenten beschränkter sein als Golflehrer und ihre Schüler? Wer würde, so fragt *Frank*, Golf dadurch lernen wollen, dass er sich im Umkleideraum Zeitungen durchliest, in denen die Resultate von wichtigen Turnieren verzeichnet sind, die andere Leute vor einigen Jahren gespielt haben? Eben dies aber entspricht dem Studium obergerichtlicher Entscheidungen.

Dieser Vergleich weist in der Tat auf eine wichtige Konsequenz der Unterscheidung zwischen endgültigem Recht und zukünftigem Recht in der Juristenausbildung hin. Eine Entscheidung eines Obergerichts ist wie das Ergebnis eines Golfturniers: Sie steht bereits fest und ist das Ergebnis von einem Wettbewerb anderer Leute. Entscheidend kommt es aber darauf an, dass der Student lernt, selbst Entscheidungen zu treffen und überzeugend zu begründen. Zu diesem Zweck ist es sinnvoll, sich auch und gerade in der Ausbildung mit Rechtsfragen zu beschäftigen, die Gegenstand eines gerade erst beginnenden Prozesses sind, über den in den Medien berichtet wird. Damit wird nämlich die Möglichkeit ausgeschlossen, eigenes Denken durch die Übernahme der halbverstandenen Ergebnisse obergerichtlicher Bemühungen zu ersetzen.

### **Ross 1946**

In dem Buch "*Towards a Realistic Jurisprudence*"<sup>54</sup> kritisiert *Ross* die Vorstellung, Recht bestehe aus Vorhersagen über das Verhalten von Richtern. Dazu arbeitet er mit einem Vergleich zur Wettervorhersage. Er stellt fest, dass der Wetterbericht für ein bestimmtes Gebiet keinen Einfluss auf das Wetter in diesem Gebiet hat. Ebenso sei eine Vorhersage einer bestimmten Entscheidung, die auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung möglich sei, selbst keine Ursache für diese zukünftige Entscheidung.

Der Wetterbericht sei keine Ursache für das Wetter, er sei vielmehr aus dem Wissen über die Ursachenfaktoren für das Wetter abgeleitet. Ebenso sei die Vorhersage einer Entscheidung

---

<sup>53</sup> Frank (Anm. 42), 229.

<sup>54</sup> Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence, A Criticism of the Dualism in Law*, 1946.

selbst keine Ursache für die Entscheidung, sondern von der Kenntnis von Faktoren abgeleitet, die für gerichtliche Entscheidungen ursächlich sind. Diese Faktoren seien aber Rechtsregeln und gleichzeitig etwas anderes als die Vorhersagen von Entscheidungen.

Diese Kritik von *Ross* trifft den hier entwickelten Standpunkt nicht. Denn es geht mir nicht darum, einen Rechtsbegriff zu entwickeln oder gar zu behaupten, Recht bestehe nur aus der Vorhersage zukünftiger Entscheidungen. Vielmehr beschränke ich mich auf eine Unterscheidung endgültigen und zukünftigen Rechts, die besonders aus der Sicht der Parteien eines Prozesses vor dessen Abschluss wichtig ist.

Diese Kritik gibt aber auch Gelegenheit zur Präzisierung. Zukünftiges Recht wird in diesem Buch als alles Recht definiert, das einer zukünftigen Entscheidung eines Gerichts zugrundeliegt. Das ist in der Tat bei einer durch die geschilderte Kritik von *Ross* veranlassten genauen Betrachtung etwas anderes als die Vorhersage der Entscheidung selbst.

Als Beispiel mag die Entscheidung eines Prozesses durch eine aus Laien bestehende Jury dienen (etwa ein Zivilprozess nach amerikanischem Recht). Der Prozess soll schwierige Rechtsfragen aufwerfen, die Beweislage unübersichtlich sein. Die Jury soll durch unverständliche Instruktionen eines Berufsrichters noch zusätzlich weiter verwirrt werden. Sie findet ihre Entscheidung dann durch ein Losverfahren.

In diesem Beispiel wäre die genaue Vorhersage zukünftigen Rechts vor der Entscheidung, dass es kein der Entscheidung zugrunde liegendes Recht gibt, vielmehr das Recht ohne jeden Einfluss bleibt. Das ist genau gesehen etwas anderes als die Vorhersage der Entscheidung selbst.

Solche Fälle sind vermutlich eher die Ausnahme, vor allem wenn das Prozessrecht wie in Deutschland den Einfluss von Laienrichtern stärker beschränkt. Nehmen wir also noch ein weiteres Beispiel.

In einem Prozess vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht wird dreissig Jahre später darüber gestritten, ob eine bestimmte neue Regelung des Schwangerschaftsabbruches durch den Gesetzgeber verfassungskonform ist. Es ist nun eine Frage, vorherzusehen, ob das Gericht die Grundsätze der bisherigen Entscheidun-

gen auf diesem Gebiet aufrechterhält. Es ist eine andere und davon zu unterscheidende Frage, ob damit auch das Ergebnis in der einen oder anderen Richtung bestimmt ist. Denn es gibt für Richter an höchsten Gerichten genügend Möglichkeiten, sich nach außen hin zu einer Kontinuität der Rechtsprechung zu bekennen, gleichzeitig aber zu nach der bisherigen Rechtsprechung durchaus überraschenden Ergebnissen zu kommen.

Die erste Frage ist die Frage nach dem zukünftigen Recht im Sinne der in diesem Buch gewählten Definition. Sie ist nicht identisch mit der Frage nach dem voraussichtlichen Ergebnis eines Prozesses, aber natürlich ein sehr wichtiger Faktor für dieses Ergebnis.

Andererseits ist aus der Sicht der Parteien eines Prozesses das Ergebnis eines Prozesses meistens wichtiger als der rechtliche Begründungsweg, auf dem es gewonnen wird. Das gilt besonders, wenn man die abstrakten Höhen der Rechtstheorie verlässt und auf die Niederungen des Prozessrechts hinabsteigt, um konkrete Folgerungen zu ziehen und Faktoren des Prozessrisikos zu untersuchen. In diesem Fall ist die theoretisch an sich nötige Unterscheidung zwischen zukünftigem Recht und zukünftiger Entscheidung meist zu schwerfällig. Sie wird daher hier nicht immer konsequent durchgehalten.

Der Vergleich zwischen Wettervorhersage und der Vorhersage von Entscheidungen ist allerdings auch in einer anderen Hinsicht noch aufschlussreich. Er wurde hier bereits einmal gewählt, um die verschiedenen Formen von Vorhersagen gegenüberzustellen: Auf der einen Seite die Aussage, es werde morgen regnen, auf der anderen Seite die zurückhaltendere Aussage, die Wahrscheinlichkeit für Regen morgen betrage 80 Prozent.

Der Vergleich lässt sich aber auch als Argument für die prinzipielle Beschränktheit der Vorhersage zukünftigen Rechts verwenden. Die Ursachenfaktoren für das Wetter und deren Zusammenspiel sind seit langem Gegenstand einer eigenen wissenschaftlichen Disziplin, der Meteorologie. Dennoch ist man immer noch nicht in der Lage, eine absolut zuverlässige Vorhersage zu treffen. Das System ist dafür zu komplex. Ebenso meine ich, dass eine absolut zuverlässige Vorhersage zukünftigen Rechts ebenso wenig möglich ist.

Die dafür zu ermittelnden Ursachenfaktoren und deren

Zusammenspiel ergeben ein mindestens genauso komplexes System, zumal es anders als beim Wetter nicht nur um Vorhersagen für den nächsten Tag geht. Zu Beginn eines wichtigen Zivilprozesses, der aller Voraussicht nach durch alle Instanzen geführt werden wird, muss man vielmehr eine mehrere Jahre in der Zukunft liegende Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Gegenstand der Vorhersage machen, der Zeitraum ist viel länger als beim Wetter.

### Frank 1930

In dem Buch "Law and the Modern Mind"<sup>55</sup> hat *Frank* einen Standpunkt entwickelt, der den Thesen dieses Buches in vieler Hinsicht besonders nahe steht. Die Diskussion mit diesen Thesen von *Frank* wird daher besonders eine Abgrenzung zu seinem Standpunkt zum Zweck haben. Dabei soll diesem Buch eine verhältnismäßig große Anzahl von Zeilen gewidmet sein. Denn es ist eines der interessantesten Bücher zu meinem Thema.

*Frank* stellt die Frage nach der Vorhersage von Gerichtsentscheidungen ebenso wie ich in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen. Er geht ebenso wie meine zweite grundlegende These davon aus, dass die Vorhersage von Entscheidungen der Gerichte nicht sicher möglich ist, was in der hier verwendeten Terminologie bedeutet, dass zukünftiges Recht auch vom Zufall abhängig ist. Als ein Argument dafür führt er an:

Jede Woche entscheiden die Gerichte hunderte von Fällen, in denen es nur um Rechtsfragen geht. Wenn es so leicht möglich ist, diese Entscheidungen vorherzusehen, wie können sich dann die Anwälte rechtfertigen, die diese Prozesse verloren haben? Sie hätten das Ergebnis vorhersehen können und hätten daher die betreffende Klage nicht erheben oder sich nicht dagegen verteidigen dürfen. In vielen Fällen liege das nicht an einem Fehler des Anwalts, sondern eben daran, dass vor der Entscheidung die betreffende Rechtsfrage genügend ungeklärt erschien, um die Prozessführung durch den Anwalt zu rechtfertigen.<sup>56</sup>

Dieses Argument bestätigt meine aus dem Gedankenexperiment allwissender Prozessbeteiligter gewonnene Überlegung. Wenn ein allwissender Anwalt in einem Zivilprozess auftreten würde, könnte seine Allwissenheit nicht ohne Einfluss auf den Prozess bleiben.

---

<sup>55</sup> Frank, *Law and the Modern Mind*, Nachdruck 1963, erstmals erschienen 1930.

<sup>56</sup> Frank (Anm. 55), 9.

Umgekehrt ist gerade die Unbestimmtheit und Unsicherheit bei der Prognose zukünftigen Rechts in zahlreichen Prozessen notwendige Bedingung dafür, dass es überhaupt zu einem Prozess kommen kann.

*Frank* geht dann dazu über, Gründe für die von ihm bekämpfte Auffassung von der Sicherheit und Stabilität des Rechts zu suchen. Diese Überlegungen laufen auf die Behauptung hinaus, seine Gegner seien kindisch, ihre Irrtümer durch kindliches Wunschenken veranlasst. Diese Behauptung wird mit psychologischen Gründen belegt.<sup>57</sup>

Gegen diese Form der Argumentation ist einzuwenden: Es kommt nicht darauf an, warum jemand eine bestimmte Meinung hat. Entscheidend ist vielmehr nur, ob seine Argumente dafür überzeugend sind. Nicht auf die Gründe, auf die Argumente einer Auffassung kommt es an. Wer die Richtigkeit der eigenen Position als selbstverständlich unterstellend nur noch fragt, wie seine Gegner eigentlich zu ihren irrigen Ansichten kommen können, verhält sich wie ein Gericht bei der Behandlung eines Verbotsirrtums, wo nach deutschem Recht (§ 17 StGB) ebenfalls die Unrichtigkeit der Auffassung des Angeklagten unterstellt und nur noch gefragt wird, ob er diesen Irrtum vermeiden konnte. In einer wissenschaftlichen Diskussion erscheint eine derartige Argumentation *ad personam* als fragwürdig. Denn sie ist erstens unfreundlich gegenüber dem Gegner und zweitens bereits dann widerlegt, wenn einer der Gegner glaubhaft versichern kann, nicht das Opfer kindischer Denkmethode geworden zu sein.

Ein von *Frank* genanntes<sup>58</sup> Beispiel aus der Rechtsprechung des amerikanischen *Supreme Court* ist besonders interessant. Es betrifft die Rechtsprechung zum *Sherman Act*, mit dem 1890 handelsbeschränkende Vereinbarungen verboten wurden. In den Jahren zwischen 1896 und 1904 wurde dieses Verbot von der Mehrheit der Richter wortgemäß verstanden, während die Minderheit eine sogenannte "Regel der Vernunft" (*rule of reason*) forderte, nach der nur solche Verträge rechtswidrig seien, die sich auf "unvernünftige" Beschränkungen des Handels beziehen. Die Minderheitsvoten in diesen Fällen wurden jeweils von Justice *White* verfasst.

---

<sup>57</sup> Frank (Anm. 55), 11-23, 75-82.

<sup>58</sup> Frank (Anm. 55), 24-26.



Diese Rechtsprechung wurde 1911 in den Fällen *Standard Oil* und *Tabacco* aufgegeben und die "Regel der Vernunft" als neue Rechtsprechung akzeptiert. Die Mehrheitsvoten in diesen Fällen wurden von Justice *White* verfasst. Dabei behauptete er, der *Supreme Court* habe seit dem Erlass des *Sherman Acts* immer diese Regel der Vernunft zugrundegelegt, obwohl in den früheren Mehrheitsvoten diese Theorie ausdrücklich abgelehnt worden war.

Die Meinungsänderung des *Supreme Court* ist offensichtlich. Der Grund dafür ebenfalls. Bis 1911 hatte sich die Besetzung des Gerichts geändert, so dass nunmehr Justice *White* eine Mehrheit für seine Ansicht hatte. Er konnte seine früheren Minderheitsvoten nahezu ohne Änderungen nunmehr als Mehrheitsvotum verkünden. Die Meinungsänderung des *Supreme Court* beruhte auf Änderungen seiner Zusammensetzung infolge von Tod und Krankheit.

*Frank* diskutiert nun die Frage, warum Justice *White* nicht bereit gewesen sei, die Änderung der Rechtsprechung offen zuzugeben, statt den unzutreffenden Eindruck einer Kontinuität der Rechtsprechung künstlich und leicht durchschaubar aufrechterhalten zu wollen. Für mich ist der Fall dagegen vor allem als Beleg für meine zweite grundlegende These interessant. Als ein Argument hierfür wurde oben darauf hingewiesen, dass Entscheidungen der Gerichte in Wirklichkeit immer Entscheidungen von Menschen sind, nämlich von den gerade zuständigen Richtern, und dass ein notwendiger Zufallsfaktor in der Besetzung des jeweils zuständigen Gerichts liegt, da das Prinzip des gesetzlichen Richters auch ein Prinzip des zufällig ausgewählten Richters ist.

Anhand eines an eine bestimmte Entscheidung des Supreme Court angelehnten Falles entwickelt *Frank* unter der Kapitelüberschrift "*Legal Realism*" eine Rechtstheorie,<sup>59</sup> die meinen hier entwickelten Vorstellungen sehr nahe kommt.

Ausgangspunkt ist ein Vertrag zwischen der Taxigesellschaft A und einer Eisenbahngesellschaft, beide mit Sitz in Kentucky, mit dem der A das ausschließliche Recht eingeräumt wird, an bestimmten Stellen Taxidienste anzubieten. Eine Konkurrenzfirma, die Taxigesellschaft B, drängt sich nun auf den vertraglich der A vorbehaltenen Markt. Die Frage ist damit, ob der Vertrag zwischen A und der Eisenbahngesellschaft wirksam ist.

Da die Rechtsprechung in Kentucky derartige Verträge meistens

---

<sup>59</sup> Frank (Anm. 55), 46-52.

für unwirksam hält, empfiehlt ein Anwalt die Gründung einer Tochtergesellschaft der A in Tennessee und den Neuabschluss des Vertrages mit dieser Gesellschaft. Das geschieht. Folge davon ist, dass für den Rechtsstreit zwischen A und B nunmehr ein Bundesgericht zuständig wird. Bundesgerichte sind eher geneigt, die Wirksamkeit eines derartigen Vertrages zu bejahen. A gewinnt den Prozess in allen drei Instanzen vor den Bundesgerichten.

Anhand dieses Falles entwickelt *Frank* dann die Unterscheidung, dass Recht (law) entweder eine bestimmte vergangene Entscheidung meint und nennt das tatsächliches Recht (*actual law*) oder eine Vermutung über eine bestimmte zukünftige Entscheidung. Den letzteren Fall nennt er wahrscheinliches Recht (*probable law*). Er behauptet, dass Recht erst in dem Moment existiert, in dem ein Gericht endgültig entschieden hat und bis dahin alles nur Vermutung sei.<sup>60</sup> Dabei betont er, dass dieser Rechtsbegriff besonders an die Situation des Anwalts und seiner Mandanten denke.<sup>61</sup>

Diese Unterscheidung ist, mit anderer Terminologie, eben die Unterscheidung zwischen endgültigem Recht und zukünftigem Recht. Wenn man einen Unterschied sehen will, dann ist auf folgendes hinzuweisen. Zum einen nimmt die Unterscheidung für mich einen zentralen Platz ein, sie ist Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen, während sie bei *Frank* eher den Rang eines Argumentes für seine Kernthese von der Unsicherheit der Vorhersagen von Gerichtsentscheidungen annimmt.

Zweitens versuche ich bewusst nicht, eine Definition des Rechts mit dieser Unterscheidung zu verbinden. Bei *Frank* hat man dagegen den Eindruck, dass er überhaupt nur das von ihm so genannte "tatsächliche Recht" (*actual law*) als Recht anerkennen will. Ich meine dagegen, dass auch zukünftiges Recht Zwangswirkungen entfalten kann und zum Bereich des Rechts gehört. Sonst könnten die Drohungen des Strafrechts zum Zeitpunkt der Tat nie wirken, weil sie zu diesem Zeitpunkt nie bereits in einer Gerichtsentscheidung konkretisiert sind. Daher beschränke ich mich auf eine Unterscheidung, die mit den meisten Begriffen von Recht vereinbar sein sollte.

Ein anderes Argument von *Frank* ist bemerkenswert.<sup>62</sup> Er geht

---

<sup>60</sup> Frank (Anm. 55), 51.

<sup>61</sup> Frank (Anm. 55), 52.

<sup>62</sup> Frank (Anm. 55), 144 f.

auf die Frage nach der Auswahl von Richtern als eine Bedingung für Rechtssicherheit ein. Dabei kommt er zu einer "merkwürdigen" (*curious*) Schlussfolgerung. Danach ist Rechtssicherheit dann zu erreichen, wenn als Richter die engstirnigsten Mitglieder der Gesellschaft ausgewählt werden, die festen und relativ einfachen Vorurteilen anhängen müssen und nichts von den feinen Unterschieden zwischen Individuen und sozialen Veränderungen wissen und wissen wollen. Wenn dagegen die aufgeklärteren, sensibleren und intelligenteren Mitglieder der Gesellschaft zum Richter ernannt werden, bestehe wenig Hoffnung für Stabilität.

Man hat hier fast schon den Eindruck, dass *Frank* die Stabilität und Rechtssicherheit als solche nicht nur leugnen, sondern sogar bekämpfen will, indem er sie mit Engstirnigkeit und geringer Intelligenz in Verbindung bringt. Im Gegensatz dazu meine ich, dass zwar Vorhersagen zukünftigen Rechts in vielen Fällen nicht sicher möglich sind, und zwar gerade in den für Juristen interessantesten Fällen. Das würde ich aber nicht positiv werten, sondern nur feststellen wollen.

In der Tat wird aber auch mit diesem Argument wieder der Blick auf den Zufallsfaktor gelenkt, der durch die Persönlichkeit der einzelnen mit einem Fall befassten Richter gegeben ist. Während ein "intelligenter" Richter eher bereit sein mag, gegen eine veröffentlichte Rechtsprechung eines anderen Gerichtes zu entscheiden, wenn der ihm vorliegende Fall das zu erfordern scheint, mag ein "engstirniger" Richter eher an bisherigen Vorstellungen festhalten. Die Richterpersönlichkeit ist aber ein Faktor, der rein zufällig auf das Ergebnis des einzelnen Prozesses einwirkt.

In einem Kapitel über die Illusion von Rechtsprechung ("*Illusory Precedents: The Future: Judicial Somnambulism*")<sup>63</sup> begründet *Frank*, dass es eine Illusion sei, zu glauben, man könne aus der bisherigen Rechtsprechung Rückschlüsse für die Vorhersage zukünftiger Entscheidungen ableiten. Als Argument dafür behauptet er, dass die wahren Gründe einer Entscheidung in den veröffentlichten Entscheidungsgründen gar nicht auftauchen. Die Entscheidung eines Gerichtes beruhe auf der gesamten einmaligen und nicht wiederholbaren Erfahrung der Richter mit dem betreffenden Prozess. Diese aber gehe in die Urteilsgründe nur in sehr beschränktem Maße ein.

---

<sup>63</sup> Frank (Anm. 55), 159-171.

Das ist ein Argument gegen die auch von mir bekämpfte Ansicht, aus der Gesamtheit der bisherigen Rechtsprechung könne man direkt auf die zukünftige Rechtsprechung schließen. Der Schluss vom endgültigen Recht auf das zukünftige Recht ist immer unsicher. Zur weiteren Unterstützung des Arguments von *Frank* lässt sich auf § 309 ZPO und § 226 StPO hinweisen. Nach diesen Vorschriften müssen die Richter in einem Prozess bei allen Verhandlungsterminen anwesend gewesen sein. Erst dieses Erleben des gesamten Prozesses (in der jeweiligen Instanz) mit eigenen Augen befähigt dazu, ein Urteil zu fällen. Daher beruht das Urteil auf einer solchen Gesamterfahrung, die naturgemäß in den schriftlichen Urteilsgründen immer nur verkürzt dargestellt werden kann.

### Sauer 1929

Das Buch von *Sauer* über die Grundlagen des Prozessrechts<sup>64</sup> behandelt ebenso wie dieses Buch das Prozessrecht allgemein, seine Ausführungen betreffen den Zivilprozess und den Strafprozess. Im vorliegenden Rahmen kann ich nur einen Bruchteil der Überlegungen *Sauers* aufgreifen. Ich beschränke mich bei der Auswahl wie immer auf solche Punkte, die mir für eine Diskussion meiner eigenen oben entwickelten Position als besonders aufschlussreich erscheinen.

Als erstes sind dabei die Ausführungen von *Sauer* zu der Frage aufzugreifen, wann eine Klage oder ein Urteil rechtmäßig ist.<sup>65</sup> Das Ergebnis von *Sauers* Überlegungen zu der Frage ist die Ansicht, die Rechtmäßigkeit sei dann gegeben, wenn genügend Tatsachenmaterial vorgebracht sei. Besonders für die Klage im Zivilprozess behauptet *Sauer*, sie sei dann berechtigt, wenn sie Aussicht auf Erfolg habe. Dabei beruft sich *Sauer* unter anderem auf die Regelung des damals sogenannten Armenrechts in § 114 ZPO, die auch 1929 für die Gewährung des Armenrechts die Erfolgsaussicht einer Klage voraussetzte. Weiter ist es nach *Sauer* aber auch nötig, in jedem Stadium des Zivilprozesses ein Urteil über die Rechtmäßigkeit einer Klage fällen zu können.

Ähnlich ist es im von *Sauer* zunächst behandelten Strafprozess: Im Strafprozess steigert sich der bloße Verdacht über den hinreichenden Verdacht zur durch das Urteil erwiesenen Schuld,

---

<sup>64</sup> Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl. 1929.

<sup>65</sup> Sauer (Anm. 64), 80-105.

die bloße Möglichkeit einer Verurteilung wird über die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung zur Gewissheit. Besonders der hinreichende Verdacht im Sinne der StPO, der für die Anklage und die Eröffnung des Hauptverfahrens nötig ist, wird von *Sauer* als Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung verstanden.

In dieser stark verkürzt skizzierten Auffassung *Sauers* finden sich deutliche Parallelen zum hier entwickelten Standpunkt. Dabei möchte ich besonders die Vorstellung *Sauers* betonen, Zivilprozess und Strafprozess in ihren Grundlagen gleich aufzufassen. Wenn man dem folgt, kommt man zu einer Parallelität von Verdacht im Strafprozess und Anspruch im Zivilprozess, wie sie auch meiner Auffassung entspricht. Weiter ist das Ergebnis von *Sauer* zu der von ihm aufgeworfenen Frage der Rechtmäßigkeit einer Klage oder einer Anklage meinen grundsätzlichen Vorstellungen vom Prozess recht ähnlich.

Meine erste Behauptung ist die Notwendigkeit einer begrifflichen Trennung zwischen zukünftigem Recht und endgültigem Recht. Das genannte Ergebnis von *Sauer* zur Rechtmäßigkeit wäre in der hier verwendeten Terminologie dahingehend zu formulieren, dass eine Klage im Zivilprozess und eine Anklage im Strafprozess jeweils dann rechtmäßig sind, wenn die Prognose zukünftigen Rechts eine Wahrscheinlichkeit für den Erfolg der Klage oder eine Verurteilung des Angeklagten ergibt. Nur würde ich nicht von der "Rechtmäßigkeit" einer Klage oder Anklage sprechen. Vielmehr nehme ich im Fall der "Rechtmäßigkeit" an, dass ein Anspruch bzw. ein Tatverdacht besteht.

Ein weiterer Unterschied zur Auffassung von *Sauer* ist: *Sauer* arbeitet mit einem Begriff der Rechtmäßigkeit, der im Einzelfall entweder zu bejahen oder abzulehnen ist. Das verträgt sich schlecht mit der von *Sauer* aufgestellten Voraussetzung, wonach es auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil ankommen soll. Ein Wahrscheinlichkeitsurteil lässt immer einen Spielraum dafür, dass der weniger wahrscheinliche Fall eintritt. Daher müsste die "Rechtmäßigkeit" in der Weise verstanden werden, dass sie in geringerem oder höherem Maße vorliegt.

So verstehe ich jedenfalls den Begriff des Anspruches und den Begriff des Tatverdacht. Es gibt mehr oder weniger begründete Ansprüche und mehr oder weniger begründete Fälle von Tatverdacht. Und jeder Anspruch ist zugleich auch zu einem (wechselnden) Teil nicht begründet, auch bei dem dringendsten Tatverdacht bleibt noch die Möglichkeit eines Freispruches.

Weiter möchte ich einen Hinweis von *Sauer* auf § 72 ZPO aufgreifen. *Sauer* diskutiert mehr am Rande den Begriff des Anspruches und zieht hierfür § 72 ZPO heran.<sup>66</sup> § 72 ZPO bestimmt die Zulässigkeit der Streitverkündung für eine Partei, die "für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung durch einen Dritten besorgt." Ein Anspruch kann nach dieser Vorschrift also Gegenstand des Glaubens und der Besorgnis sein. Glauben und Besorgnis sind Umschreibungen für Wahrscheinlichkeitsurteile. Wer einen "Anspruch erheben zu können glaubt" sieht eine Erfolgsaussicht, wer einen "Anspruch besorgt", sieht umgekehrt eine geringe Erfolgsaussicht für den Fall einer gegen ihn erhobenen Klage. Hier gibt die ZPO einen Anhaltspunkt für meinen Anspruchsbegriff.

Schließlich enthält das Buch von *Sauer* eine ausführliche Diskussion der materiellen Rechtskraft.<sup>67</sup> Bemerkenswert ist zunächst, dass *Sauer* von seinem von ihm selbst als "hochwissenschaftlich" charakterisierten Standpunkt aus die prozessualen Theorien von der bloßen Unbestreitbarkeit im künftigen Prozess als "kläglich" bezeichnet.<sup>68</sup> Gegen den hier vertretenen Standpunkt wenden sich Ausführungen von *Sauer*,<sup>69</sup> wonach alle Auffassungen unrichtig seien, die im Urteil nur die Verstärkung des bisherigen Anspruches sehen.

Als Argument führt er das Bedenken an, es sei nicht ersichtlich, was in Prozessen zu gelten habe, die nicht über Ansprüche zu entscheiden hätten. Gegen dieses Argument ist erstens einzuwenden, dass die ganze überwiegende Anzahl der Zivilprozesse nun einmal Ansprüche zum Gegenstand hat und die Theorie sich daher zunächst einmal an diesem wichtigsten Fall orientieren sollte. Weiter ist aber die hier entwickelte Position *mutatis mutandis* durchaus auch auf Feststellungsklagen oder Gestaltungsklagen zu übertragen. Auch eine Feststellungsklage oder Gestaltungsklage hat eine Erfolgsaussicht, die durch die Rechtskraft eines zuspätsprechenden Urteils in mehr oder weniger weitem Umfang verstärkt wird. Nur ist die Frage, wie weit man in diesen Fällen noch von einem Anspruch sprechen will.

---

<sup>66</sup> Sauer (Anm. 64), 215.

<sup>67</sup> Sauer (Anm. 64), 234 ff.

<sup>68</sup> Sauer (Anm. 64), 249.

<sup>69</sup> Sauer (Anm. 64), 253 f.

## Ehrlich 1913

Hier sehe ich die Möglichkeit staatlichen Zwanges als ein entscheidendes Merkmal des Rechts an. Soweit eine Regel keinen staatlichen Zwang in der Form unmittelbaren Zwanges oder in der Form einer Drohung mit einer Sanktion zur Folge haben kann, verstehe ich sie nicht als rechtliche Regel. Zur Verdeutlichung und Überprüfung dieses Standpunktes bietet sich in besonderer Weise eine Auseinandersetzung mit den Thesen *Ehrlichs*<sup>70</sup> an, da *Ehrlich* in besonders überzeugender Form den gegenteiligen Standpunkt vertritt. Folgende Gründe führt *Ehrlich* für seine Auffassung an.

Erstens ist nach *Ehrlich* der staatliche Zwang als Motiv für rechtmäßiges Handeln nur von untergeordneter Bedeutung. Die meisten Menschen denken gar nicht an einen Gerichtszwang. Vielmehr seien andere Gründe maßgeblich, etwa die Befürchtung, mit der Familie Streit zu bekommen, die Kundschaft, den Posten oder den eigenen guten Ruf zu verlieren.<sup>71</sup> Als Beispiele nennt *Ehrlich*: Manche großen Kaufhäuser klagen grundsätzlich in ihren Geschäftsbeziehungen nicht, sondern reagieren nur mit einem Abbruch der Geschäftsverbindung.<sup>72</sup> Ein österreichisches Eisenbahnkartell werde von seinen Mitgliedern eingehalten, ganz unabhängig davon, ob es als Vertrag rechtlich wirksam sei.<sup>73</sup> Schließlich sei auch für die Arbeiter die rechtliche Verbindlichkeit ihrer gewerkschaftlichen Vereinbarungen von keiner großen Bedeutung, da sie von ihnen doch so gehalten werden, als ob sie rechtsverbindlich wären.<sup>74</sup>

Ob wirklich der von der Rechtsordnung vorgesehene staatliche Zwang als Handlungsmotiv nur von sekundärer Bedeutung ist, ist eine Frage, die sich nur mit einigem Aufwand für repräsentative Untersuchungen ermitteln lässt. So könnte man etwa fragen, welche Auswirkungen das grundsätzliche staatliche Verbot des Schwangerschaftsabbruches auf die Handlungsmotive von Beteiligten (Ärzte, Schwangere) hat. Vermutlich werden die Antworten unterschiedlich ausfallen, je nachdem, welche rechtlichen Regeln untersucht werden. Der Ausgangspunkt von *Ehrlich* ist daher für die gesamte Rechtsordnung empirisch nur

---

<sup>70</sup> Aus der Sekundärliteratur zu Ehrlich vgl. Raiser, Rechtssoziologie, 1987, 58 ff, 230 ff; Röhl, Rechtssoziologie, 1987, 27 ff; Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, 25 ff.

<sup>71</sup> Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, 15 f.

<sup>72</sup> Ehrlich (Anm. 71), 50.

<sup>73</sup> Ehrlich (Anm. 71), 50 f.

<sup>74</sup> Ehrlich (Anm. 71), 51.

schwer überprüfbar. Es sei daher einmal unterstellt, dass in der Tat der staatliche Zwang als Handlungsmotiv nur von ganz untergeordneter Bedeutung sei.

Eine solche Beobachtung widerlegt aber nicht den hier vertretenen Standpunkt. Auch wenn man die Möglichkeit staatlichen Zwanges als wesentliches Merkmal einer rechtlichen Regel ansieht, sagt das nichts über die Motive der Beteiligten bei der Einhaltung dieser Regel aus. Möglicherweise stehen andere Motive im Vordergrund, etwa das Interesse, durch einwandfreie Leistungen Geschäftsbeziehungen zu erhalten. Der staatliche Zwang ist nur ein mögliches Handlungsmotiv unter mehreren. Seine Möglichkeit ist begrifflich entscheidend für die Einordnung einer Regel als rechtliche Regel, nicht aber auch unbedingt für die Einhaltung der Regel.

Gerade an einigen Beispielen *Ehrlichs* lässt sich dies deutlich zeigen. Die Mitglieder eines Kartells halten sich an Vereinbarungen auch dann, wenn diese unwirksam sind. Dafür haben sie bestimmte wirtschaftliche Motive. In diesem Beispiel ist aber eben aus diesem Grunde die durch den wettbewerbsbeschränkenden Vertrag begründete Pflicht keine Rechtspflicht. Denn staatliche Zwangsmittel zur Durchsetzung dieser Pflicht sind bei einer Unwirksamkeit des Vertrages nicht möglich. Vielmehr droht nach heutigem Wettbewerbsrecht umgekehrt der Staat sogar mit einem Bußgeld in erheblicher Höhe, wenn sich jemand über die Unwirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge hinwegsetzt.

Besonders aber das letzte oben zitierte Beispiel belegt eher das Gegenteil von *Ehrlichs* Auffassung. Wenn die Arbeiter der "rechtlichen Verbindlichkeit" ihrer gewerkschaftlichen Vereinbarungen keine große Bedeutung beimessen, dann bedeutet das eben, dass die rechtliche Verbindlichkeit und sonstige Motive voneinander unabhängig sind. Wenn man über den Begriff des Rechts diskutiert, kommt es aber gerade auf die rechtliche Verbindlichkeit an. Diese unterscheidet sich von rein politischen oder wirtschaftlichen Handlungsmotiven durch die Möglichkeit des staatlichen Zwanges.

Kurz gesagt können die von *Ehrlich* genannten Beispiele zwar belegen, dass das Recht nicht immer beachtet wird und nicht das einzige Handlungsmotiv ist. Andere Handlungsmotive können aber nichts zum Verständnis des gerade ausgeblendeten Begriffes Recht beitragen.



Zweitens weist *Ehrlich* auf bestimmte Rechtsgebiete hin, in denen kein Zwang feststellbar sei. Als Beispiele nennt er große Teile des Staats- und Verwaltungsrechts, etwa die Vorschriften über die Zuständigkeit und den Geschäftsgang von Parlamenten, das Völkerrecht und das Kirchenrecht.<sup>75</sup>

In der Tat ist in diesen Bereichen häufig fraglich, ob staatlicher Zwang möglich ist. Wenn das etwa im Völkerrecht bei einer bestimmten Regel nicht der Fall ist, dann handelt es sich eben nicht um eine rechtliche Regel. Der Bereich des Rechts ist überschritten, die Frage, ob diese Regel eingehalten wird oder nicht, wird zu einer rein politischen Frage. Der Bereich des Rechts wird nach der hier vertretenen Auffassung enger werden. Darin vermag ich aber keinen Nachteil sehen.

Drittens und vor allem betont *Ehrlich* die häufig fehlende Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes. Dieser Einwand ist in der Tat besonders beeindruckend. *Ehrlich* fragt, ob etwa ein Mitglied den Vereinsvorstand verklagen werde, weil er ihm das Lesezimmer nicht zur Verfügung gestellt, der Dienstgeber das Stubenmädchen, weil es die Wohnung nicht aufgeräumt habe. Er fragt weiter, was eine solche Klage wohl nützen könne.<sup>76</sup>

In der Tat wird man eine Klage auf Aufräumung einer Wohnung vermutlich vergeblich suchen. Dafür gibt es zwei Gründe. Erstens wird eine solche Klage immer zu spät kommen. Die Wohnung soll nicht erst dann aufgeräumt werden, wenn irgendwann ein Gericht über die Klage entscheidet und damit die Zwangsvollstreckung ermöglicht (§ 888 Abs.2 ZPO steht nicht entgegen, da das Aufräumen einer Wohnung keine unvertretbare Handlung ist.) Die Wohnung soll vielmehr reibungslos, ständig und sofort aufgeräumt werden. Zweitens ist die von dem Stubenmädchen verletzte Pflicht wirtschaftlich gesehen relativ belanglos, so dass eine Klage den damit verbundenen Aufwand nicht lohnt.

Es gibt wirklich zahlreiche Fälle, in denen aus den verschiedensten Gründen die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung mangels effektiven Rechtsschutzes theoretisch bleiben muss. In Extremfällen wird diese Möglichkeit völlig fehlen, so etwa bei dem Beispiel einer Klage auf Wohnungsaufräumung. Ähnlich dürfte es bei einer Klage auf Zahlung von einem Euro liegen.

---

<sup>75</sup> Ehrlich (Anm. 71), 16 f.

<sup>76</sup> Ehrlich (Anm. 71), 17.

Die Folge daraus ist dann aber, dass eben insoweit die Prognose zukünftigen Rechts für den Schuldner sehr günstig wird, da die Klagemöglichkeit nahezu nur theoretisch ist (was sich allerdings ändern kann, wenn der Schaden von einem Euro bei einigen hunderttausend Gläubigern auftritt und diese ihre Kräfte in einer Verbandsklage bündeln können). Der Dienstgeber in *Ehrlichs* Beispiel wird sich also andere Sanktionen suchen müssen, etwa eine Kündigung. Und in einem möglichen Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer solchen Kündigung kann die Rechtspflicht zur Aufräumung dann doch eine Rolle spielen.

Allerdings möchte ich nicht etwa behaupten, die Ansicht *Ehrlichs* sei falsch. Zwar bezeichnet *Ehrlich* umgekehrt den hier vertretenen Standpunkt als "falsche Lehre" und sucht nach Ursachen für die Entstehung dieser Auffassung.<sup>77</sup> Ich meine aber, dass keine der beiden Auffassungen falsch sein kann. Es handelt sich um eine Frage der Definition. Eine solche Definition kann kaum falsch sein, vielmehr ist eher die Frage, ob sie zweckmäßig ist oder nicht.

Dafür kommt es wesentlich auch darauf an, welchen Zweck man verfolgt. Mir geht es hier vor allem um Prozesse und Entscheidungen der Gerichte, und zwar aus der Sicht der Partei und des Anwalts. Der Zweck, den ich mit meiner Definition verfolge, deckt sich nicht notwendig mit den von *Ehrlich* verfolgten Zwecken. In der eher begrifflichen Frage, ob man staatlichen Zwang als wesentliches Merkmal des Rechts ansieht, kommt es neben der nötigen Klarstellung vor allem darauf an, ob der verwendete Begriff zweckmäßig ist oder nicht. Zumindest für die Zwecke dieses Buches aber kann auf das Element staatlichen Zwanges für den Begriff des Rechts nicht verzichtet werden.

### Gray 1909

In einem Buch von *Gray*<sup>78</sup> finden sich eine Reihe von interessanten Bemerkungen, die hier diskutiert werden sollen.

*Gray* gibt eine besonders plastische Definition des Begriffes Recht (*law*): Recht ist danach aus den Regeln zusammengesetzt, die von den Gerichten eines Staates festgelegt werden. Es sei keineswegs absurd, das Recht einer großen Nation in den Meinungen von sechs alten Männern zu finden, von denen einige offenbar von sehr beschränkter Intelligenz seien. Wenn nämlich diese sechs alten

---

<sup>77</sup> Ehrlich (Anm. 71), 60.

<sup>78</sup> Gray, *The Nature and Sources of Law*, 1909.

Männer das höchste Gericht eines Landes bildeten, so sei keine Regel denkbar, wenn sie von ihnen nicht anerkannt werde.<sup>79</sup>

Dieser Rechtsbegriff setzt ähnlich wie die vorliegende Abhandlung den Schwerpunkt auf die Entscheidungen der Gerichte. Andererseits gibt er Gelegenheit zur Klarstellung: Die große Mehrheit aller Verfahren wird bereits in den Instanzgerichten abgeschlossen, nur eine kleine Minderheit gelangt je zu einem höchsten Gericht. Zukünftiges Recht bedeutet also auch dann, wenn es um die endgültige Entscheidung eines Prozesses geht, keineswegs immer das einer zukünftigen Entscheidung eines höchsten Gerichtes zugrunde liegende Recht.

*Gray* begründet dann seinen Standpunkt, dass Gerichte nicht vorher existierendes Recht finden, sondern Recht erst durch die Entscheidung eines Gerichtes neu geschaffen wird, wenn es bisher keine Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage gibt. Dazu führt er zunächst ein Beispiel an:<sup>80</sup>

A baut einen Wasserspeicher auf seinem Grundstück. Ohne sein Verschulden beim Bau oder bei der Unterhaltung des Wasserspeichers platzt dieser. Das Grundstück seines Nachbarn B wird überflutet. Es wird gefragt, ob B von A Schadensersatz verlangen kann.

In England werde diese Frage in der Rechtsprechung bejaht. In einigen Staaten der USA folge die Rechtsprechung dem englischen Vorbild. Es sei nun angenommen, dass in den "neueren Staaten" (*newer states*) Utah und Nevada die Frage erstmals von den Gerichten entschieden werde. Während in Utah die Rechtsprechung den Anspruch anerkennen solle, solle in Nevada ein solcher Anspruch abgelehnt werden, obwohl die Lebensumstände und Lebensgewohnheiten in beiden Staaten gleich sein sollten. Das Gedankenexperiment zeigt nach Ansicht von *Gray*, dass man vor der ersten Entscheidung der Rechtsprechung über eine Rechtsfrage in einem Land nicht davon sprechen könne, dass bereits Recht zu dieser Frage existiere. Vielmehr werde es durch die Rechtsprechung erst geschaffen.

Dieses Gedankenexperiment ist geeignet, das Konzept "zukünftiges Recht" zu verdeutlichen. Dieses Konzept hat immer den konkreten Prozess im Blick. Solange eine Entscheidung eines bestimmten Gerichts in diesem Prozess nicht ergangen ist, beruht

---

<sup>79</sup> Gray (Anm. 78), 82.

<sup>80</sup> Gray (Anm. 78), 93-96.

diese Entscheidung auf zukünftigem Recht. Diese Vorstellung geht weiter als die Behauptung, es existiere noch kein "Recht" vor der ersten Entscheidung der Rechtsprechung in einem Land zu einer bestimmten Rechtsfrage. Denn auch wenn bereits eine umfangreiche Sammlung von früheren Entscheidungen über eine bestimmte Frage vorliegt, behaupte ich, dass damit das zukünftige Recht noch nicht mit Sicherheit bestimmbar ist.

Ein zweites Argument von *Gray* für seinen Standpunkt ist die Betrachtung langer Zeiträume. Er will die Absurdität des entgegengesetzten Standpunktes mit der Frage beweisen, welches Recht zu Zeiten von *Richard Löwenherz* zur Haftung einer Telegraphengesellschaft gegenüber dem Adressaten einer Mitteilung gegolten habe. Offenbar könne Recht in Bezug auf eine Naturkraft nicht vor deren Entdeckung existieren.

Wenn man an Zeiträume von einigen hundert Jahren denkt, so werden die beiden ersten grundlegenden Thesen dieses Buches besonders deutlich. Man kann sich etwa vorstellen, dass der Bundesgerichtshof noch einige Jahrhunderte lang Zivilprozesse entscheidet (wenn auch in ständig wechselnder Besetzung). Irgendwann einmal wird der tausendste Band der amtlichen Entscheidungssammlung vorgelegt.

Aber niemand kann jetzt sagen, welchen Inhalt dieser tausendste Band wohl haben wird, ebensowenig, wie man sich vor hundert Jahren das Recht der Telekommunikation hätte vorstellen können. Während aber in diesen Fällen sehr langer Zeiträume die Unsicherheit bei der Vorhersage besonders deutlich ist, gilt im Prinzip nichts anderes bei einem beliebigen gerade jetzt beginnenden Prozess vor einem Amtsgericht über eine Routineangelegenheit. Die Unsicherheit ist nur graduell sehr viel geringer zu veranschlagen.

### **Wurzel 1904**

In einer Schrift über das juristische Denken<sup>81</sup> hat *Wurzel* eine von meinem Standpunkt aus interessante Bemerkung gemacht, die hier kurz diskutiert werden soll. *Wurzel* unterscheidet zwei Begriffe von Rechtssicherheit:<sup>82</sup> Zum einen eine faktische Seltenheit bewußter Rechtsverletzungen, die sich etwa darin äußert, dass

---

<sup>81</sup> Wurzel, Das juristische Denken, in: ders. Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft (Forschungen aus Staat und Recht Nr. 92), 1992, erstmals erschienen 1904.

<sup>82</sup> Wurzel (Anm. 81), 12-16.

Bürger sich "mit Kostbarkeiten geschmückt" frei und sicher bewegen können, ohne vor Überfällen Angst haben zu müssen. Zum anderen aber die Rechtssicherheit als Freiheit von Schwierigkeiten, das Recht zu erkennen, die Freiheit von Rechtsverwirrung. Diese Rechtssicherheit sei mit Übereinstimmung und Vorausberechenbarkeit der Urteile erreicht.

*Wurzel* begründet dann weiter, warum es an besonderer Exaktheit und Präzision des juristischen Denkens fehlt. Argumente dafür sind: Im Zivilprozess sei die Kostenfrage häufig unter der Voraussetzung geregelt, dass jeder der beiden Teile von seinem Recht überzeugt sei. Damit werde anerkannt, dass verschiedene Anwälte ohne Verstoß gegen das juristische Denken das selbe Gesetz so oder anders anwenden können. Noch klarer sei die Situation im Strafprozess. Dort müsse bei unstreitigem Sachverhalt entweder der Ankläger oder der Verteidiger ein Stümper oder Rechtsverdrehler sein, wenn sie verpflichtet werden sollten, aus unstreitigen Tatsachen ganz exakt die gleichen Schlüsse zu ziehen.

Diese Bemerkung ähnelt einem der Argumente, die oben für die Unsicherheit von Prognosen über zukünftiges Recht entwickelt wurden. Eine durch Allwissenheit vermittelte genaue Kenntnis der Parteien vom zukünftigen Recht könnte nicht ohne Einfluss auf einen Prozess bleiben. Der Streit der Parteien um das zukünftige Recht setzt eben voraus, dass dieses den Parteien noch nicht sicher bekannt ist.

### **Holmes 1897**

*Holmes* hat 1897 einen rechtstheoretischen Standpunkt entwickelt,<sup>83</sup> der mit den Thesen dieses Buches leicht verwechselt werden kann. Daher ist in der Diskussion dieses Standpunktes vor allem eine Abgrenzung nötig.

Berühmt ist die Definition des Rechts, die *Holmes* in der folgenden Formulierung gibt: "*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law.*"<sup>84</sup>

Diese Definition muss man allerdings im Zusammenhang mit dem Text lesen, in dem sie entwickelt wird. Das will ich aber zunächst einmal zurückstellen und gleich zu einer Abgrenzung von meiner

---

<sup>83</sup> Holmes, Harvard Law Review 10 (1896/97), 457 ff.

<sup>84</sup> Holmes (Anm 83), 461.

Position schreiten. Offenbar ergibt sich eine erhebliche Parallele der genannten Definition von *Holmes* zu der ersten grundlegenden Behauptung hier, wonach alles Recht in zukünftiges Recht und endgültiges Recht einzuteilen ist.

Der erste Unterschied liegt darin, dass ich mit dieser Behauptung nicht versuche, eine Definition des Rechts zu geben, sondern eine Einteilung des Rechts versuche. Daher ist meine Behauptung mit den meisten möglichen Rechtsbegriffen vereinbar.

Der zweite Unterschied: Bei der Definition von *Holmes* erhält man den Eindruck, Recht sei nur noch vorhergesagtes, prophezeites Recht. Nach meiner Behauptung ist der Bereich des zukünftigen Rechts ein wichtiger Bereich des Rechts, dem aber ein anderer Bereich gegenübersteht, nämlich der des endgültigen Rechts. Mein Standpunkt ist also weniger radikal und weniger weitgehend als der von *Holmes*.

Meine Behauptung ist nicht, dass das Recht nur aus Vorhersagen besteht. Vielmehr behaupte ich, dass im Recht auch Vorhersagen eine Rolle spielen. Und weiter behaupte ich, dass der Bereich des zukünftigen Rechts, der nicht der Dokumentation, sondern nur der Vorhersage und dem Streit zugänglich ist, besonders wichtig wird, wenn man an den Prozess denkt. Und dabei wieder besonders wichtig, wenn man den Prozess aus der Sicht der wichtigsten Beteiligten sieht, nämlich aus der Sicht der Parteien.

Soweit zunächst die Abgrenzung zu der aus dem Zusammenhang gerissenen Definition von *Holmes*. Nun zu einigen Einzelheiten. *Holmes* entwickelt die genannte Definition im Zusammenhang mit einer Abgrenzung des Rechts von der Moral.<sup>85</sup> Dabei stellt er sich auf den Standpunkt eines schlechten Menschen ("*the bad mans view*") und stellt fest, dass auch jemand, dem es egal ist, ob er von anderen beachtete moralische Regeln verletzt, sich durchaus Gedanken machen wird, um nicht zu Zahlungen gezwungen zu werden und nicht ins Gefängnis zu kommen. Dieser Standpunkt stützt meine Behauptung am Anfang, für den Begriff des Rechts sei die Möglichkeit staatlichen Zwanges wesentlich. Zahlungspflichten und Gefängnis sind typische Beispiele dieses staatlichen Zwanges, und sie bleiben im Gegensatz zu bloßen staatlichen Werbekampagnen ("Keine Macht den Drogen") oder moralischen Regeln auch nicht ohne Einfluss auf die Motive gerade der

---

<sup>85</sup> Holmes (Anm 83), 459.

schlechten und gewissenlosen Menschen.

*Holmes* stellt dann weiter fest, dass in der Vergangenheit viele Gesetze durchgesetzt worden seien, die im Widerspruch zu Anforderungen der Moral standen. Allerdings sei keine Einigkeit darüber zu erzielen, welche Gesetze falsch gewesen seien. Aus deutscher Sicht ist dabei das in diesem Zusammenhang angeführte Beispiel bemerkenswert, wonach es eine Revolution nach sich ziehe, wenn in Deutschland der Preis für ein Glas Bier um 2 Cent erhöht werde, und daher ein entsprechendes Gesetz nicht durchgesetzt werden könne.<sup>86</sup>

Erst in diesem Zusammenhang nun gibt *Holmes* die oben zitierte Definition. Ich habe den Eindruck, dass es ihm dabei nur am Rande um die Möglichkeit zukünftigen Rechts geht und sein Anliegen überwiegend in der klaren Abgrenzung zwischen Recht und Moral und der Ablehnung eines naturrechtlichen Standpunktes liegt. Es geht weniger um die Vorhersage oder Prophezeiung dessen, was die Gerichte tatsächlich tun werden, sondern mehr darum, das Recht aus der Perspektive des schlechten Menschen zu sehen, damit letztlich aus der Perspektive einer möglicherweise an einem zukünftigen Gerichtsverfahren beteiligten Partei.

Wenn es sich um einen wirklich schlechten Menschen handelt, der von moralischen Skrupeln jeder Art völlig frei ist, dann geht es wohl im Zweifel um die Vorhersage einer Entscheidung eines Strafgerichtes. Und es ist *Holmes* zuzustimmen, wenn er anmerkt, dass es diesem schlechten Menschen völlig egal ist, welche Sätze sich möglicherweise von moralisch begründeten Rechtsgrundsätzen ableiten lassen.<sup>87</sup> Er will wissen, was die Gerichte in seinem Fall tun werden.

Ich verstehe also den (hier natürlich nur verkürzt wiedergegebenen) Gedankengang von *Holmes* dahin, dass er mit der Betrachtung des Rechts aus der Perspektive des schlechten Menschen ein Argument gegen eine naturrechtliche Vermengung von Recht und Moral finden will, die in der Betonung theoretischer Ableitungen die gerichtliche Praxis aus dem Auge verliert. Dass es sich um eine vorhergesagte Praxis handelt, spielt für dieses Argument keine wesentliche Rolle.

---

<sup>86</sup> Holmes (Anm 83), 459 f.

<sup>87</sup> Holmes (Anm 83), 460 f. "But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact."

Demgegenüber will ich mich mit meiner Behauptung der Existenz zukünftigen Rechts nicht gegen naturrechtliche Vorstellungen wenden. Ähnlich wie *Holmes* möchte ich allerdings durchaus der Perspektive der Parteien eines Prozesses einen größeren Stellenwert einräumen, als das sonst meist geschieht.

### Rümelin 1896

Bei der Vorhersage zukünftigen Rechts bleibt immer ein mehr oder weniger großer Spielraum für den Zufall. Diese hier begründete These soll in der Diskussion mit einer Abhandlung von *Rümelin* näher erläutert werden (eine akademische Antrittsrede).<sup>88</sup>

Interessant sind zunächst die Ausführungen *Rümelins* zur Definition des Zufalls.<sup>89</sup> Entscheidend ist nach seiner Auffassung die Möglichkeit, das zukünftige Geschehen vorauszusehen. Dieser Begriff des Zufalls werde auch von den meisten anderen Wissenschaften zugrunde gelegt.<sup>90</sup> Konsequenterweise ist der Begriff des Zufalls vom Standpunkt der Allwissenheit nicht möglich, nur ein Produkt der beschränkten menschlichen Erkenntnis.<sup>91</sup>

Ich habe bisher nicht weiter erläutert, wie ich den Begriff des Zufalls verstehe, sondern diesen Begriff vielmehr einfach vorausgesetzt. In der Tat meine ich aber *Rümelin* zustimmen zu können. Zufall und Vorhersehbarkeit hängen eng miteinander zusammen. Und richtig ist auch die weitere Feststellung *Rümelins*,<sup>92</sup> wesentlich sei der Grad der Wahrscheinlichkeit, den man verlange, um von Vorhersehbarkeit zu sprechen.

In diesem Buch interessiert der Begriff des Zufalls gerade im Zusammenhang mit der Vorhersage, nämlich mit der Vorhersage gerichtlicher Entscheidungen. Die Wahrscheinlichkeit, mit der eine solche Vorhersage richtig ist, wird von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Es gibt klare Fälle und schwierige Fälle. Letztere sind die interessanteren und sie bilden die deutliche Mehrheit der veröffentlichten Entscheidungen, da sich für klare Fälle kaum Leser finden. In den klaren Fällen wird die Wahrscheinlichkeit höher sein, mit der eine Vorhersage einer Entscheidung richtig ist.

---

<sup>88</sup> Rümelin, *Der Zufall im Recht*, 1896.

<sup>89</sup> Rümelin (Anm. 88), 3 ff.

<sup>90</sup> Rümelin (Anm. 88), 5 ff, insbesondere 9.

<sup>91</sup> Rümelin (Anm. 88), 6.

<sup>92</sup> Rümelin (Anm. 88), 12.



In schwierigen Fällen kann die Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit auch der informiertesten Vorhersage auf nur nahezu fünfzig Prozent sinken. Der für den Zufall verbleibende Spielraum ist unterschiedlich. Und es ist in der Tat eine Frage der sprachlichen Konvention, eine Frage der Definition, welchen Grad von Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer Vorhersage man ausreichen lassen will, um nicht mehr vom Zufall zu sprechen. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, dass man einen solchen Grad der Wahrscheinlichkeit überhaupt kennt.

So kann man bei einem Würfel die Wahrscheinlichkeit für eine bestimmte Zahl angeben. Das kann man bei der Vorhersage gerichtlicher Entscheidungen aber regelmäßig nicht, jedenfalls nicht so sicher. Denn während man einen Würfel beliebig oft werfen und die Ergebnisse in einer Statistik festhalten kann, ist es nicht möglich, den selben schwierigen Prozess beliebig oft zu wiederholen und eine entsprechende Statistik aufzustellen, die die Grundlage für eine zahlenmäßige Aussage über die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit einer Vorhersage abgeben könnte.

Schon aus diesem Grunde kann ich keinen bestimmten Punkt auf einer Skala angeben, von dem ab von Zufall nicht mehr die Rede sein kann (etwa: eine Vorhersage einer gerichtlichen Entscheidung, die mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99 Prozent richtig ist, ist noch nicht zufallsbedingt). Dazu kommt, dass auch in den klarsten Fällen immer noch genügend Unsicherheiten verbleiben. Ich erinnere nur an die Frage, ob es im Strafrecht auch möglich ist, das Strafmaß punktgenau vorherzusagen. Ich meine also, dass der Spielraum für den Zufall unterschiedlich groß ist, aber in jedem Fall ein solcher Spielraum verbleibt.

*Rümelin* diskutiert dann weiter eine Vielzahl von Fragen aus dem Zivilrecht und aus dem Strafrecht, in denen der Begriff des Zufalls eine Rolle spielt.<sup>93</sup> Besonders bemerkenswert ist der von *Rümelin* gebildete Fall, dass jemand "boshafterweise einen anderen veranlasste, den Zug zu versäumen und derselbe mit dem nächstfolgenden Zug verunglückt."<sup>94</sup> Die Frage dagegen, welchen Einfluss der Zufall nicht nur im Recht, sondern auf das Recht hat, behandelt *Rümelin* nicht.

---

<sup>93</sup> Rümelin (Anm. 88), 17-53.

<sup>94</sup> Rümelin (Anm. 88), 47.

## Jhering 1872

Eines der bekanntesten Werke von *Jhering* und vermutlich eines der bekanntesten Bücher unter den juristischen Fachbüchern überhaupt ist sein Vortrag über das Thema "Der Kampf ums Recht". Dieser Vortrag ist in zahlreichen Auflagen erschienen und in die meisten Sprachen der Welt übersetzt worden. Die Thesen *Jherings* in diesem Vortrag sollen im folgenden kurz diskutiert werden. Dabei stütze ich mich auf eine neuere, verhältnismäßig leicht zugängliche Ausgabe des Textes.<sup>95</sup>

*Jhering* geht am Anfang des Vortrages kurz auf den Kampf um das objektive Recht ein,<sup>96</sup> widmet aber dann den größten Teil seiner Ausführungen dem Kampf ums subjektive Recht. *Jhering* behauptet, der Berechtigte sei zum Kampf um sein Recht verpflichtet. Diese Verpflichtung bestehe zum einen gegenüber sich selbst, zum anderen aber auch gegenüber dem Gemeinwesen.<sup>97</sup>

Soweit zunächst eine ganz grobe Skizze des Gedankenganges von *Jhering*. Ehe ich auf weitere Einzelheiten eingehe, möchte ich bereits hier einige Bemerkungen zur Diskussion dieser Position machen.

Eine erste Bemerkung betrifft allein die Terminologie. Ich spreche in diesem Buch nicht vom "Kampf", sondern vom "Streit" der Parteien um das zukünftige Recht. Denn man spricht im Prozessrecht häufiger vom "Streit", etwa von einem streitigen Urteil oder von einer streitigen Scheidung, nicht dagegen vom "Kampf". Ich meine aber mit dem Begriff des "Streites" in etwa das selbe, was *Jhering* mit dem Wort "Kampf" bezeichnet: Intensive Verfolgung eines Rechtes im Prozess.

Ein Unterschied scheint mir aber zu bestehen. Ich verstehe den "Streit" der Parteien als graduellen Begriff. Die Intensität des Streites um das zukünftige Recht kann in verschiedenen Stufen zunehmen oder abnehmen. Dagegen habe ich den Eindruck, dass *Jhering* mehr eine Alternative (Kampf oder kein Kampf) sieht.

Die zweite Bemerkung betrifft das Verständnis der "Pflicht" zum Kampf ums Recht. Diese Pflicht kann wohl nur eine moralische Pflicht sein, keine Rechtspflicht. Sonst wäre gerade für den von

---

<sup>95</sup> Jhering, Der Kampf ums Recht, Ausgabe 1977 (erstmalig erschienen 1872).

<sup>96</sup> Jhering (Anm. 95), 7-12.

<sup>97</sup> Jhering (Anm. 95), 12-35.

*Jhering* in den Mittelpunkt gestellte Bereich des Privatrechts der Widerspruch zur Dispositionsmaxime zu offensichtlich. Nach der Dispositionsmaxime ist der Berechtigte nämlich gerade nicht verpflichtet, um sein Recht zu kämpfen. Auch *Jhering* geht von dieser Voraussetzung aus, da er schreibt:

"Während nun die rechtliche Verwirklichung des öffentlichen Rechts und des Strafrechts in die Form einer Pflicht der staatlichen Behörden, ist die des Privatrechts in die Form eines Rechts der Privatpersonen gebracht, d. h. ausschließlich ihrer Initiative und Selbständigkeit überlassen."<sup>98</sup> Es wäre wohl nicht richtig, die Behauptung einer "Pflicht zum Kampf ums Recht" als die Behauptung einer Rechtspflicht zum Kampf ums Recht zu verstehen, obwohl das ein durchaus naheliegendes Missverständnis wäre.

Drittens sei die Frage gestattet, ob wirklich dem Gemeinwesen mit einer hohen Prozessrate am besten gedient ist. Als Prozessrate ist die Anzahl der Zivilprozesse im Verhältnis zur Bevölkerung zu definieren. Diese Prozessrate ist zum Beispiel in Japan deutlich niedriger als in der Bundesrepublik, was die Japaner zu besonders pflichtvergessenen Zeitgenossen im Sinne der Theorie *Jherings* macht. Es ist aber wohl nicht auf den ersten Blick klar, dass die höhere Prozessrate in der Bundesrepublik, die auch eine entsprechend höhere Anwalts- und Richterzahl erfordert, für das Gemeinwesen vorteilhaft ist.

Dennoch möchte ich mit einer vierten Bemerkung *Jhering* grundsätzlich zustimmen. Das objektive Recht bedarf zu seiner Durchsetzung der Aktivität des Berechtigten oder des Staates. Jeder Satz des objektiven Rechts wird zu einem bestimmten Prozentsatz befolgt oder nicht befolgt. Dieser Prozentsatz ist abhängig von der Intensität der Bemühungen um die Durchsetzung des betreffenden Rechtssatzes. Dabei scheint mir aber eine "Pflicht" zu solchen Bemühungen vor allem auf dem Gebiet des Strafrechts zu bestehen, wo ja auch die Prozessordnung sogar von einer grundsätzlichen Rechtspflicht zur Verfolgung ausgeht (Legalitätsprinzip).

Das sei am Beispiel des Schwangerschaftsabbruches noch etwas näher erläutert. Wie immer die rechtliche Regelung zum Schutz des Lebens ausgestaltet ist, der "Berechtigte" im Sinne des "Kampfes

---

<sup>98</sup> *Jhering* (Anm. 95), 25.

ums Recht" ist das ungeborene Kind. Es kann nur bei einer Verletzung seines Rechtes nicht selbst um dieses Recht kämpfen. Denn die Rechtsverletzung ist tödlich für das Kind, gerade die Rechtsverletzung verhindert von vornherein und endgültig, dass in diesem Fall der "Berechtigte" selbst um sein Recht kämpft.

Für die Durchsetzung seines Rechtes auf Leben ist das Kind also auf den "Kampf ums Recht" anderer Leute angewiesen, etwa von Staatsanwälten, die zur Verfolgung rechtswidriger Abbrüche nach dem Legalitätsprinzip auch rechtlich verpflichtet sind. Dieser "Kampf ums Recht" wird allerdings unabhängig von der materiellen Rechtslage mit wenig Intensität geführt.

Schon deswegen ist die Ausgestaltung dieser materiellen Rechtslage im Ergebnis eher zweitrangig. Es ist also *Jhering* zuzustimmen, wenn er feststellt, dass die Verwirklichung des objektiven Rechts stark vom Kampf ums subjektive Recht abhängt. Es ist aber hinzuzufügen, dass die Pflicht zu diesem Kampf erstens im Strafrecht besonders wichtig wird, weil es dort um den Schutz besonders wichtiger Rechte geht, und dass zweitens die Pflicht zum Kampf um die Rechte anderer dort besonders zu betonen ist, wo diese selbst keinerlei Chance haben, um ihr Recht zu kämpfen.

Nun zu einigen Einzelheiten in den Ausführungen *Jherings*. Zunächst zu einigen Bemerkungen *Jherings* über die Beurteilung des Prozessrisikos im Zivilprozess durch die Parteien. *Jhering* nennt aus der "täglichen Erfahrung" Prozesse, bei denen der Wert des Streitobjekts außer Verhältnis zu dem voraussichtlichen Aufwand an "Mühe, Aufregung, Kosten" stehe. Der Prozess werde nicht als "Rechenexempel" betrachtet, vielmehr ganz unabhängig von den Kosten geführt.<sup>99</sup> *Jhering* spricht sich dann für diese Einstellung zum Prozess aus, die vor allem der Behauptung der Persönlichkeit diene, und bezeichnet die umgekehrte Haltung unter anderem als "feige Flucht vor dem Unrecht."<sup>100</sup>

Von meiner Position aus ergeben sich hier Konsequenzen aus dem oben beschriebenen unterschiedlichen Verständnis von "Streit" bzw. "Kampf". Nach meiner Auffassung des Streites um das zukünftige Recht handelt es sich um eine Frage der Intensität. Es geht nicht allein um die Frage, ob der Berechtigte überhaupt streitet oder nicht. Vielmehr stellt sich auch die Frage, wie intensiv sein

---

<sup>99</sup> *Jhering* (Anm. 95), 14.

<sup>100</sup> *Jhering* (Anm. 95), 14-17.

Aufwand für den Streit sein wird.

In dem Beispiel von *Jhering* (Prozess um einen geringen Streitwert) meine ich also jedenfalls, dass der Streit um das zukünftige Recht mit geringerer Intensität geführt werden wird als bei einem sehr hohen Streitwert. Das gilt mindestens für die Möglichkeit von Rechtsmitteln. Für geringe Streitwerte ist die Entscheidung eines Amtsgerichtes sofort endgültig, während bei sehr hohen Streitwerten häufig bis zum Bundesgerichtshof prozessiert werden kann.

Richtig ist aber die Bemerkung *Jherings*, dass keineswegs alle Parteien einen Zivilprozess rein nach rationalen Kriterien betrachten. Es gibt sicher eine größere Anzahl von Laien, die ohne Rücksicht auf Verluste Prozesse führen. So mag es auch Parteien geben, die als Inhaber einer Firma einen guten Kunden auf Zahlung von 50 Euro verklagen oder als Arbeitnehmer eine Klage gegen ihren Arbeitgeber auf Bezahlung von zwei Überstunden (37 Euro netto) einreichen. Solche Parteien handeln sehr wahrscheinlich unklug (der Kaufmann etwa wird in Zukunft kaum mehr einen Auftrag von diesem Kunden erhalten). Aber unkluges Verhalten gibt es natürlich. Nur sehe ich keine Notwendigkeit, dieses auch noch besonders zu fördern, indem man eine moralische Pflicht zur Führung von Zivilprozessen predigt. Hier gehe ich umgekehrt bei der Behandlung des Prozessrisikos im Zivilprozess davon aus, dass sich die Parteien und ihre Berater um ein rationales Verhalten zumindest bemühen. Der Prozess ist für mich in der Tat ein "Rechenexempel". Allerdings eines mit vielen Unbekannten.

Weiter finden sich in dem Vortrag von *Jhering* an verschiedener Stelle Überlegungen zum Verhältnis zwischen Recht und Krieg. Diese laufen darauf hinaus, dass *Jhering* seine These von der moralischen Pflicht zum Kampf ums Recht auch damit begründet, damit werde die Bereitschaft des Volkes zum Krieg gefördert und gefestigt. So meint *Jhering*, dass in einem Streit zweier Völker um eine wertlose Quadratmeile öden Landes selbstverständlich der Krieg begonnen werden müsse.<sup>101</sup> Weiter sei die von *Jhering* kritisierte Bequemlichkeit und Lauheit der Feigheit in der Schlacht vergleichbar, mit der auch der Feige sein Leben auf Kosten seiner Ehre rette.<sup>102</sup> Wenn sich immer mehr Leute aus der Schlacht

---

<sup>101</sup> *Jhering* (Anm. 95), 15.

<sup>102</sup> *Jhering* (Anm. 95), 20.

entfernen, werde das Los der wenigen treu aushaltenden Kämpfer zu einem Martyrium.<sup>103</sup> Der Kampf des einzelnen ums Privatrecht wird zur Schulung für den Kampf ums Staatsrecht und Völkerrecht, zur Schulung also für den Krieg.<sup>104</sup>

Ich will nun nicht *Jhering* wegen seiner in diesen Ausführungen zum Ausdruck kommenden Begeisterung für den Krieg kritisieren, obwohl ich mit einem Nebensatz doch klarstellen will, dass ich diese Begeisterung nicht teile. Vielmehr will ich von meinem Standpunkt aus zu dem von *Jhering* aufgeworfenen Thema (Verhältnis zwischen Recht und Krieg) Stellung nehmen. Dabei werde ich mich allerdings auf einige kurze Andeutungen beschränken.

Wesentliches Merkmal des Rechts ist staatlicher Zwang. Der Einsatz militärischer Mittel ist die stärkste Form staatlichen Zwanges, unter den militärischen Mitteln wiederum ist der Einsatz von Massenvernichtungsmitteln (z.B. Atomwaffen) das stärkste Mittel. Der Einsatz einer Atomwaffe steht damit grundsätzlich auf einer Stufe mit der Vollstreckung eines Herausgabeurteils durch einen Gerichtsvollzieher.

Allerdings ist dabei zu beachten, dass regelmäßig mindestens zwei Staaten mit militärischen Mitteln gegeneinander Krieg führen, dass es sich also um den selteneren Fall der Ausübung von staatlichem Zwang durch zwei oder mehr Staaten handelt. Die Parallelen hören also schnell wieder auf. Denn im Krieg sind regelmäßig rechtliche Fragen von untergeordneter Bedeutung, die wesentlichen Entscheidungen sind politischer und militärischer Art. Überlegungen zum Verhältnis zwischen Krieg und Recht sind daher möglicherweise nützlich, um einen Begriff von Recht zu präzisieren, besonders wenn man sich mit dem Völkerrecht beschäftigt. Man sollte es aber - entgegen *Jhering* - vermeiden, aus solchen Überlegungen weitreichende Folgerungen für das Verhalten der Parteien in Zivilprozessen zu ziehen.

## II. Das Prozessrisiko im Zivilprozess

### Baur 1991

In einem Festschriftenbeitrag nimmt *Baur* zu Fragen der Zeit im

---

<sup>103</sup> *Jhering* (Anm. 95), 26 f.

<sup>104</sup> *Jhering* (Anm. 95), 32 ff.

Zivilprozess Stellung.<sup>105</sup> Dieser Beitrag bestätigt den hier gewählten Ansatz insoweit, als auch *Baur* in seinem Fazit meint, insgesamt müsse der Zeit im Zivilprozess viel mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden, als das bisher der Fall war.<sup>106</sup> So ist es nach *Baur* etwa möglich, dass schlicht durch Zeitablauf im Prozess dessen Ergebnis dadurch beeinflusst wird, dass etwa Zeugen nicht mehr auffindbar sind oder sich nicht mehr erinnern.<sup>107</sup>

Diese Überlegungen weisen in die Richtung des hier so genannten Zeitriskos. Aus der Sicht der Parteien ist nämlich häufig keine andere Frage so wichtig wie schlicht die für den Prozess nötige Zeit. Diese Frage verdient in der Tat verstärkte Aufmerksamkeit, vor allem aus der praktischen Sicht des Anwalts bei der Beurteilung des Prozessrisikos.

### **Rinsche 1989**

In einem Buch von Rinsche<sup>108</sup> sind einige für das Thema dieses Buches wichtige Hinweise enthalten, die hier kurz aufgegriffen sollen. *Rinsche* bemerkt zum einen,<sup>109</sup> dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, den Mandanten auf die konkret gegebenen Risiken eines Prozesses aufmerksam zu machen, um spätere Regressansprüche des Mandanten wegen unzureichender Aufklärung zu vermeiden. Er empfiehlt dann weiter, eine derartige Aufklärung des Mandanten auch schriftlich festzuhalten, um sie in einem möglichen späteren Haftungsprozess gegen den Anwalt auch hinreichend genau darlegen zu können.

Dieser Hinweis belegt die Bedeutung des Prozessrisikos für den Rechtsanwalt: Auch wenn es, wie in nahezu allen Fällen, nicht zu einem späteren Haftungsprozess kommt, erfordert doch eine sachgerechte Behandlung von Prozessmandaten eine frühzeitige Aufklärung des Mandanten über das Prozessrisiko im konkreten Fall, die auch schriftlich festgehalten werden muss. Allerdings sagt *Rinsche* an dieser Stelle nicht, was er zu den "Risiken des Prozesses" zählt und welche Punkte eine derartige Aufklärung des Mandanten über solche Risiken umfassen soll.

---

<sup>105</sup> Baur, Einige Bemerkungen über die "Zeit" im Zivilprozess. In: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel: zum 70. Geburtstag, 1991, 1-5.

<sup>106</sup> Baur (Anm. 105), 5.

<sup>107</sup> Baur (Anm. 105), 1.

<sup>108</sup> Rinsche, Prozesstaktik: sachgerechte Verfahrensführung des Rechtsanwalts. Zweite, erweiterte Auflage 1989.

<sup>109</sup> Rinsche (Anm. 108), 2.

Zweitens stellt *Rinsche* für den Aktivprozess des Mandanten fest,<sup>110</sup> dass das Prozessrisiko niemals vollständig auszuschließen sei. Das bestätigt meine These in diesem Buch, das zukünftige Recht sei immer auch vom Zufall abhängig. *Rinsche* bemerkt dann aber noch weiter, dass für den Kläger diese Risiken des Prozesses nicht dazu führen dürfen, eine Klage allzu lang herauszuzögern, da sonst die Gefahr drohe, dass eine Verjährungs- oder Ausschlussfrist ablaufe.

Das ändert nichts daran, dass der Rechtsanwalt auf das Prozessrisiko hinzuweisen hat. Es kann jedoch die Entscheidung zur Klage erleichtern, wenn die Alternative darin besteht, dass ein Anspruch durch Verjährung oder Ablauf einer Ausschlussfrist endgültig untergeht, vor allem, wenn eine solche Frist verhältnismäßig kurz bemessen ist. Verjährungs- und Ausschlussfristen haben daher, besonders kurz vor ihrem Ablauf, eine durchaus streitfördernde Wirkung.

### **McCormack 1987**

Ich stelle hier bestimmte theoretische Behauptungen über das Recht und den Prozess auf. Diese Theorie soll sich aber durchaus auch in der Praxis bewähren, besonders in der Praxis des Anwalts. Daher will ich einige Punkte aus einem Buch von *McCormack*<sup>111</sup> aufgreifen. *McCormack* war einige Jahre lang als Anwalt tätig, ehe er eine Firma gründete, die Sport-Marketing betreibt und die 1987 einen Jahresumsatz von nahe einer halben Milliarde Dollar erreichte. Das heisst, er kennt beide Seiten des Zaunes, die Sicht des Anwalts und die Sicht des erfahrenen und professionellen Mandanten.

Bemerkenswert ist zunächst eine Checkliste, die *McCormack* vorschlägt, um zu überprüfen, ob es überhaupt sinnvoll ist, auch nur einen Dollar für einen Anwalt auszugeben.<sup>112</sup> Erstens die Frage, ob nicht auch eine Lösung des Problems durch Verhandlungen möglich ist. Zweitens die Frage, ob die Aussicht besteht, ein Urteil auch zu vollstrecken, oder nicht vielmehr die andere Partei zahlungsunfähig ist. Drittens, wenn umgekehrt seine Firma verklagt wird, die Frage, ob nicht ein Vergleich erreicht werden kann. Viertens die Frage, ob das Nettoergebnis durch rechtliche Schritte unter

---

<sup>110</sup> *Rinsche* (Anm. 108), 4.

<sup>111</sup> *McCormack*, Die Wahrheit über Anwälte, 1988 (Übersetzung des englischen Originals "The terrible truth about lawyers", erschienen 1987).

<sup>112</sup> *McCormack* (Anm. 111), 37-45.



Berücksichtigung von Zeitaufwand, Geld, Ärger, Ängsten und ruinierten Geschäftsbeziehungen voraussichtlich positiver ist, als wenn man *überhaupt nichts* tut.

Der erste und dritte Punkt dieser Checkliste betrifft die Möglichkeit von Verhandlungen. Auch dafür ist aber eine wesentliche Voraussetzung, zu wissen, wie stark die eigene Position rechtlich gesehen ist, wie weit also der geltend gemachte Anspruch wirklich besteht. Das Ergebnis wird nach der hier vertretenen Betrachtung eine prozentuale Schätzung sein, wonach ein Anspruch zum Beispiel derzeit etwa zu siebzig Prozent besteht. Eine derartige Schätzung kann die Grundlage für Vergleichsverhandlungen abgeben.

Der vierte Punkt in der Liste setzt in besonders deutlicher Weise eine Vorhersage über das Ergebnis eines Prozesses voraus. Denn der Vergleich der "Nettoergebnisse" ist nur möglich, wenn man einen ungefähren Anhaltspunkt hat, wie der Prozess ausgehen wird und welche Aufwendungen (Zeit, Geld, Ärger, ruinierte Geschäftsbeziehungen) nötig sein werden. Die hier geforderte Betrachtung des Prozessrisikos wird also in einer derartigen Situation nötig.

Weiter ist diese Überlegung von *McCormack* aber auch geeignet, meine dritte grundlegende Behauptung zu stützen, wonach das zukünftige Recht vom Streit der Parteien abhängig ist. Wenn nämlich bei einer solchen Betrachtung dem Interesse an der Erhaltung einer Geschäftsbeziehung der Vorrang gegeben wird, kann es nicht zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen. In der Skala der Intensität eines möglichen Streites um das zukünftige Recht liegt die von *McCormack* hier als Alternative angeführte Option, nämlich *gar nichts* zu tun, am untersten Ende.

Zweitens möchte ich hier einen von *McCormack* geschilderten<sup>113</sup> Fall aufgreifen, der den in diesem Buch geprägten Begriff des Zeitrisikos und dessen praktische Bedeutung deutlich machen kann. Es geht um einen Fall aus dem Bereich des Segelsports. *McCormack* vertrat den australischen Royal Perth Yacht Club. Dieser gewann 1983 den sogenannten America's Cup, der im Segelsport berühmt ist. Der Gewinn dieses Cup lässt sich mit beachtlichen Lizenzentnahmen vermarkten und führt dazu, dass der Gewinner berechtigt wird, das nächste Rennen vier Jahre später auszu-

---

<sup>113</sup> McCormack (Anm. 111), 127-129.

richten. Die Lizeinnahmen flossen allerdings nicht gleich reibungslos für den Royal Perth Yacht Club. Der bisherige Seriengewinner und Inhaber der Lizenzrechte, der New York Yacht Club, war nämlich nicht bereit, die Lizenzrechte ohne weiteres zu übertragen.

Der normale Weg wäre es nun gewesen, in einer Reihe von Staaten gerichtliche Schritte einzuleiten, um die Übertragung der Lizenzrechte zu erzwingen. Das hätte aber bedeutet, dass der Royal Perth Yacht Club ein erhebliches Zeitrisiko zu tragen gehabt hätte. Denn die Einnahmen wurden sofort gebraucht, um die Ausrichtung des nächsten Rennens zu finanzieren, wofür Millionen von Dollar erforderlich waren.

Auf Vorschlag von *McCormack* wurde dieser Weg nicht gewählt. Vielmehr schrieb der Royal Perth Yacht Club einen Brief an den New York Yacht Club und alle anderen Teilnehmer des 1987er Rennens. Darin wurde bekanntgegeben, dass jeder vom Rennen ausgeschlossen wird, der die Bemühungen des Royal Perth Yacht Club zur Vermarktung des 1987er Rennens stört. Dadurch lösten sich alle Schwierigkeiten in Luft auf, der weltweite Prozess zwischen den beiden Clubs fand nicht statt.

Denn bei einem Ausschluss des New York Yacht Clubs vom Rennen 1987 hätte diesen das Zeitrisiko getroffen, einen derartigen Ausschluss rechtzeitig vor dem Beginn des Rennens 1987 anzufechten (noch dazu vor einem Gericht in Westaustralien). Allein die Verschiebung des Zeitrisikos auf den Gegner war wirksam genug, um diese zum Einlenken zu bewegen.

Drittens möchte ich die Kritik von *McCormack* am amerikanischen Deliktsrecht aufgreifen. *McCormack*<sup>114</sup> schildert zunächst einen Fall, in dem seine Firma eine Million Dollar in einem Haftungsprozess für einen Vergleich aufwenden musste. Daran schließt sich dann seine Einschätzung, das amerikanische Deliktsrecht arbeite weniger als ein Mechanismus, der zugefügtes Unrecht wiedergutmache, sondern eher wie eine Lotterie, bei der "glückliche Opfer" das Geschäft ihres Lebens machen können.<sup>115</sup> Dabei geht es *McCormack* wohl überwiegend um eine Kritik an überhöhten Haftungsansprüchen im amerikanischen Deliktsrecht.

Interessant ist aber das Argument, der Prozess werde zur Lotterie.

---

<sup>114</sup> McCormack (Anm. 111), 197-202.

<sup>115</sup> McCormack (Anm. 111), 203.

Denn dieses Argument bestätigt die zweite grundlegende These dieses Buches, wonach das zukünftige Recht immer auch vom Zufall abhängig ist. Das gilt besonders auch in der hier geschilderten und kritisierten Situation. Es ist zu Beginn des Haftungsprozesses in vielen Fällen nicht eindeutig klar, ob der Kläger dem Grunde nach gewinnen wird. Es ist vor allem aber im amerikanischen Deliktsrecht auch nicht klar, wie hoch die Entschädigung sein wird. In dem von *McCormack* geschilderten Fall hat das Gericht 1.036.760 Dollar als Schadensersatz zugesprochen, allenfalls die Größenordnung dieses Betrages hätte man zum Zeitpunkt des Prozessbeginns angeben können.

### **Bucher 1986**

In seinem Referat vor der Vereinigung der Zivilrechtslehrer 1985 fordert *Bucher* mehr Aktionendenken.<sup>116</sup> Die Position von *Bucher* ist geeignet, meine Thesen zu unterstützen. Daher wird es in der folgenden Diskussion überwiegend um eine Abgrenzung gehen.

Zustimmen möchte ich zunächst dem Ausgangspunkt von *Bucher*<sup>117</sup>, wonach man das Recht entweder als Summe von Verhaltensvorschriften oder als Summe von Sanktionen darstellen kann. Letzteres liege vor allem im Strafrecht nahe, da die Strafgesetzbücher nichts weiter als "Sanktionentarife" seien. Als "aktionrechtliches Denken" bezeichnet *Bucher* dabei eine Betrachtung des Privatrechts, die eher die Sanktion in den Vordergrund stelle, vor allem also die Klagemöglichkeiten des einzelnen Privaten betrachte. Dabei sei aus der Summe der Verhaltensvorschriften die Summe der Sanktionsvorschriften ableitbar und umgekehrt.

Die "Sanktionen" im Sinne von *Bucher* bezeichne ich in diesem Buch als staatlichen Zwang. Dieser kann in der Form unmittelbaren Zwanges oder in der Form der Drohung mit einer Sanktion erfolgen, wobei im Privatrecht der erstere Fall häufig ist, da sich das Vermögen einer Person besser für den Zugriff durch unmittelbaren Zwang eignet als das Verhalten einer Person. Unabhängig von diesem Unterschied in einer Einzelheit stimme ich mit *Bucher* aber grundsätzlich überein. Man kann das Recht von der Rechtsfolge her betrachten oder auch nicht.

*Bucher* nennt dann verschiedene Gründe dafür, weshalb jedenfalls

---

<sup>116</sup> *Bucher*, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), 1-73.

<sup>117</sup> *Bucher* (Anm. 116), 4-7.

im Privatrecht das von ihm dem "aktionenrechtlichen" Denken gegenübergestellte "normative" Denken auf Grenzen stoßen müsse und daher mehr "Aktionendenken" gefragt sei.<sup>118</sup> Dabei nennt er als erstes die Diskussion um die Grenzen zulässigen Verhaltens im Medizinrecht, etwa bei der Diskussion um Fragen der Genmanipulation, "Leihmütter" usw. und meint, dass diese Diskussion im Privatrecht nur sinnvoll sei, wenn jeweils angegeben werde, welche konkreten privatrechtlichen Sanktionen jemand zu befürchten habe, der hier die Grenzen des Zulässigen überschreite.

Zweitens führt *Bucher* eine Reihe von Beispielen aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht der Schweiz an, in denen der Gesetzgeber etwas anordne, was mangels hinreichender Sanktion nicht beachtet werde. So werden etwa die Sonderregeln über Sacheinlage- und Sachübernahmegründungen vor allem in Konzernverhältnissen bei der Gründung von Tochtergesellschaften nicht selten missachtet, auch sei es an der Tagesordnung, dass die Verwaltung einer juristischen Person die Interessen der Gesellschaft im Konzernverhältnis missachte (konzerninterne Gewinnverlagerung). Mit diesen Beispielen will *Bucher* deutlich machen, dass eine "normative" Beschreibung nicht ausreiche und erst eine Bezugnahme auf die Klagemöglichkeit Betroffener die Verhältnisse präzise erfasse.

Das Beispiel des Vorstandes einer abhängigen Gesellschaft im Konzern, der die Interessen der Gesellschaft nicht wahrt, sondern einer Gewinnverlagerung auf die herrschende Gesellschaft die Hand reicht, ist wohl dahin zu verstehen, dass in diesem Fall eine Klage nicht zu erwarten ist. Anders als ausserhalb des Konzerns besteht eben kein Interesse für die Verwaltung der abhängigen Gesellschaft, die Gewinnverlagerung vor Gericht anzugreifen. (Zur Klarstellung sei bemerkt, dass ich hier nicht überlege, wie nach deutschem Konzernrecht eine derartige Gewinnverlagerung zu beurteilen ist, sondern nur, wie das von *Bucher* angeführte Beispiel zu verstehen ist.)

In der Terminologie, die ich in diesem Buch verwende, fällt dieser Gesichtspunkt unter die Frage, inwieweit eine der Parteien für das zukünftige Recht streitet. Wenn, wie das in den Beispielen von *Bucher* wohl der Fall sein soll, keine Partei zum Streit um das zukünftige Recht antritt, dann kann es auch nicht zu einer Entscheidung eines Gerichtes kommen, damit auch nicht zur

---

<sup>118</sup> *Bucher* (Anm. 116), 11-14.

Ausübung staatlichen Zwanges. Das ist in der Tat ein Gesichtspunkt, der nur dann wirklich deutlich wird, wenn man bei der Betrachtung des Privatrechts immer auch mit an den Prozess denkt.

Diese grundsätzliche Position führt *Bucher* dann mit zahlreichen Beispielen und Ausführungen zu Einzelfragen aus, in denen nach seiner Ansicht das "normative Denken" besonders schädliche Auswirkungen habe und daher "mehr Aktionendenken" besonders gefragt sei. Diese Ausführungen beziehen sich allerdings überwiegend auf Fragen des materiellen Bürgerlichen Rechts.<sup>119</sup>

Ein Beispiel aus dem Prozessrecht ist besonders gut geeignet, die Position von *Bucher* zu verdeutlichen und soll daher kurz aufgegriffen werden. *Bucher* bildet den Fall, dass ein Kaufmann und ein Nichtkaufmann eine Schiedsabrede vereinbaren, wobei der Kaufmann mündlich, der Nichtkaufmann dagegen schriftlich erklärt, die Schiedsabrede zu wollen. Hier könnte man die Schiedsklausel für unwirksam halten, da weder die schriftliche Form gewahrt ist noch beide Parteien Kaufleute sind.

Dagegen will *Bucher* in "aktionenrechtlichem Denken" jedenfalls dem Kaufmann die Berufung auf die Unwirksamkeit der Schiedsklausel versagen, da er dazu als Kaufmann nicht berechtigt sei und der Nichtkaufmann ja auch die gegenüber einem Kaufmann erforderliche Form beachtet habe.<sup>120</sup>

Im vorliegenden Rahmen kann ich leider nicht auf die zahlreichen interessanten Beispiele eingehen, die *Bucher* für die konkreten Auswirkungen einer Hinwendung zu "mehr Aktionendenken" anführt. Vielmehr beschränke ich mich auf einige Bemerkungen zur grundsätzlichen Abgrenzung meines Standpunktes von *Bucher*.

Der Unterschied liegt darin, dass ich hier nicht versuche, einzelne konkrete Auswirkungen meiner Position auf die Entscheidung von einzelnen Fragestellungen darzulegen. Zwar ist bei der Diskussion um Einzelfragen in allen Gebieten des Rechts immer möglich, durch die hier beschriebene Sichtweise zu Argumenten zu finden. Jedoch ist es nicht notwendigerweise klug, diesen Gesichtspunkt besonders herauszustellen.

Denn damit riskiert man, sich diejenigen zu Gegnern zu machen,

---

<sup>119</sup> *Bucher* (Anm. 116), 18-65.

<sup>120</sup> *Bucher* (Anm. 116), 46 f.

die den oben beschriebenen grundsätzlichen Standpunkt zwar nicht teilen, in der Sache aber durchaus zustimmen würden. Weiter ist auch *Bucher* bemüht, für eine stärker prozessual orientierte Sichtweise zu werben. Er geht dabei aber wohl weniger weit als die vorliegende Arbeit und stimmt auch in der grundsätzlichen theoretischen Orientierung nicht unbedingt mit den oben genannten drei Thesen überein.

### **Adams 1981**

In einem Buch von Adams<sup>121</sup> über theoretische Grundlagen des Zivilprozesses finden sich eine Reihe von Vorstellungen, die meinen Thesen durchaus nahestehen und daher vor allem zur Abgrenzung meines Standpunktes gegen den von *Adams* kurz diskutiert werden sollen.

Zunächst einmal stellt *Adams* ein mathematisches Modell auf, um den Entschluss der Parteien zum Prozess zu beschreiben.<sup>122</sup> Es läuft darauf hinaus, festzustellen, ob die Parteien dem Prozess einen Vergleich vorziehen sollen. Die nötigen Variablen für dieses Rechenexempel sind: Höhe des geltend gemachten Anspruches, Höhe der gesamten erstattungsfähigen Kosten, subjektive Wahrscheinlichkeit des Klägers für einen Erfolg und umgekehrt subjektive Wahrscheinlichkeit des Beklagten für einen Erfolg.

Wenn diese Zahlen den Parteien bekannt sind und man davon ausgeht, dass die Parteien ihren Nutzen maximieren wollen, kann man mit dem mathematischen Modell von *Adams* feststellen, ob ein Vergleich für beide Parteien vorteilhaft ist. Weiter stellt *Adams* anhand dieses Modells fest,<sup>123</sup> dass Prozesse nur entstehen, wenn die Parteien die Wahrscheinlichkeit für einen Prozessgewinn unterschiedlich beurteilen.

Diese Überlegungen von *Adams* decken sich mit meinem Standpunkt insoweit, als ich auch meine, dass bei der Vorhersage von zukünftigem Recht bestenfalls eine Wahrscheinlichkeit angegeben werden kann. Derartige Überlegungen sind besonders aus der Sicht der Partei vor dem Vorliegen einer Entscheidung wichtig.

Das Modell von *Adams* weist aber auf einen bedeutsamen Unterschied zwischen endgültigem Recht und zukünftigem Recht hin.

---

<sup>121</sup> Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981.

<sup>122</sup> Adams (Anm. 121), 5-25.

<sup>123</sup> Adams (Anm. 121), 16-19.

Die Vorhersagen von zukünftigem Recht können unterschiedlich ausfallen und müssen es nach dem Modell von *Adams* auch, wenn es zu einem Prozess kommen soll, während die Feststellung von endgültigem Recht demgegenüber mit größerer intersubjektiver Übereinstimmung vorgenommen werden kann.

Der Unterschied meiner Thesen zu dem Modell von *Adams* ist: Ich gehe weniger weit, beschränke mich auf die grundlegende theoretische Behauptung, dass Vorhersagen über zukünftiges Recht bestenfalls eine Wahrscheinlichkeit ergeben können, ohne zu versuchen, mit dieser Wahrscheinlichkeit dann rechnen zu wollen. Die praktische Anwendung des Modells von *Adams* wird regelmäßig daran scheitern, dass die Wahrscheinlichkeiten für die Erwartung eines Prozessenerfolges durch die jeweiligen Parteien nicht exakt angegeben werden können, jedenfalls aber nicht beiden Parteien bekannt sind. Vielmehr kann jede Partei meistens nur ihre eigenen Erwartungen beziffern. Daher würde es wohl schwer fallen, die theoretischen Überlegungen von *Adams* in einer rechtstatsächlichen Untersuchung zu bestätigen oder zu widerlegen.

Bemerkenswert ist weiter die Behauptung von *Adams*,<sup>124</sup> es sei völlig sinnlos, ein materielles Recht ohne die für seine Durchsetzung erforderlichen Kosten sowie des Risikos, mit der Durchsetzung im Prozess ganz zu scheitern, zu betrachten. Diese Einschätzung steht meiner Ansicht zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht nahe, wonach das Prozessrecht ein Teil der Rechtsfolge des materiellen Rechts ist und bei jedem Anspruch des materiellen Rechts immer die Möglichkeiten seiner prozessualen Durchsetzung als Teil seiner Rechtsfolge mitzudenken sind.

Weiter untersucht *Adams* auch die Auswirkungen der Prozessdauer,<sup>125</sup> also den hier unter dem Begriff des "Zeitrisikos" behandelten Teil des Prozessrisikos. Dabei stellt *Adams* fest,<sup>126</sup> dass der Prozess einen "Zwangskredit" für den Schuldner einer Leistung bedeutet, der die Leistung noch bis zum Abschluss des Prozesses behalten kann. Das kann für den Schuldner im Einzelfall wirtschaftlich auch dann sinnvoll sein, wenn an der Berechtigung der Forderung so gut wie kein Zweifel möglich ist. Auch hier

---

<sup>124</sup> Adams (Anm. 121), 44 f.

<sup>125</sup> Adams (Anm. 121), 56-72.

<sup>126</sup> Adams (Anm. 121), 60-63.

stimme ich mit *Adams* darin überein, dass dieser Bereich des Prozessrisikos erhebliche Aufmerksamkeit verdient.

Unter der Überschrift "fehlerhaft entschiedene Prozesse"<sup>127</sup> entwickelt *Adams* eine Theorie, die meiner Theorie von der Unrichtigkeit jeder gerichtlichen Entscheidung nahesteht. Nach *Adams* "streuen" die Entscheidungen der Gerichte um ein "richtiges" Urteil, das bei vollständiger Information gefällt werden würde. *Adams* sagt nicht ausdrücklich, was er unter einem "richtigen" Urteil versteht. Seine Ausführungen zu diesem Punkt machen aber deutlich, dass er von einem relativen Begriff der Richtigkeit ausgeht. Davon also, dass mangels vollständiger Information der Richter ein absolut richtiges Urteil nie erreicht wird, sondern nur zu fragen ist, wie weit die Abweichung vom Idealfall im Durchschnitt ausfällt.

Konkrete Folgerungen schließlich zieht *Adams* aus seinem mathematischen Modell im letzten Abschnitt, in dem er ein teilweises Verbot von Rechtsschutzversicherungen fordert.<sup>128</sup> Dieser Forderung möchte ich widersprechen. Sie beruht auf der Annahme, die für das mathematische Modell von *Adams* erforderlichen Variablen ließen sich in einer praktisch relevanten Anzahl von Fällen auch tatsächlich feststellen, sowie der weiteren Annahme, die Prozesskosten seien in der Mehrzahl der Fälle ein ausschlaggebender Faktor für die Beurteilung des Prozessrisikos. Diese Annahmen sind durch rechtstatsächliche Untersuchungen nicht belegt und nicht belegbar, da in den meisten Fällen die Parteien eben keine mathematischen Berechnungen ihres Prozessrisikos vornehmen und ihr Verhalten eben nicht am Ergebnis solcher Berechnungen orientieren.

### Häsemeyer 1979

Einer der wesentlichen Faktoren des Prozessrisikos im Zivilprozess ist das Kostenrisiko. Das Kostenrisiko allein kann schon so schwerwiegend sein, dass es eine bestimmte Prozessstrategie erforderlich macht. Das gilt besonders in Fällen sehr niedriger Streitwerte. In diesen Fällen sind die Kosten im Verhältnis zum Streitwert regelmäßig so hoch, dass sich für einen wirtschaftlich denkenden Gläubiger eine Klage verbietet. Ebenso ist auch in den umgekehrten Fällen ausserordentlich hoher Streitwerte der Einfluss des Kostenrisikos auf das Prozessrisiko

---

<sup>127</sup> Adams (Anm. 121), 83-86.

<sup>128</sup> Adams (Anm. 121), 111-125.



besonders hoch. Meinen Standpunkt zu diesem Bereich des Prozessrisikos im Zivilprozess möchte ich in einer Auseinandersetzung mit einem Buch von *Häsemeyer*<sup>129</sup> noch weiter verdeutlichen.

*Häsemeyer* untersucht einerseits die Haftung von Gläubiger und Schuldner<sup>130</sup> eines Anspruches, andererseits die Haftung von Dritten, etwa von Anwälten.<sup>131</sup> Bei der Haftung der Parteien unterscheidet *Häsemeyer* "Durchsetzungsschäden" und "Begleitschäden". Diese Begriffe sind nicht allgemein verwendete und anerkannte Begriffe, so dass kurz darzulegen ist, was *Häsemeyer* hierunter versteht.

Durchsetzungsschäden sind nach der Definition *Häsemeyers* solche Schäden, die "aus der Abnötigung des Streitinteresses selbst erwachsen."<sup>132</sup> Durchsetzungsschäden können sowohl auf der Seite des Gläubigers als auch auf der Seite des Schuldners auftreten. Beispiel für einen solchen Schaden auf der Seite des Gläubigers ist ein Zinsverlust, der durch den Verzug des Schuldners verursacht wird. Ebenso entsteht aber ein entsprechender Zinsschaden auf der Seite des Schuldners, wenn wegen eines nicht bestehenden Anspruches zunächst vollstreckt wird.<sup>133</sup>

Begleitschäden dagegen sind solche Einbußen, die "auf der äußerlich-verbalen Führung des Streits" beruhen, "einschließlich des Auftretens in der mündlichen Verhandlung."<sup>134</sup> Beispiele für solche Begleitschäden sind: Unzutreffende Parteibehauptungen, die den Ruf oder geschäftlichen *good-will* des Gegners schädigen, beleidigende Äußerungen, die zu einer Schädigung der Gesundheit des Gegners führen.<sup>135</sup> In den meisten Fällen ist der umfangreichste Teil der Prozesskosten der Teil, der auf die Kosten für die Anwälte entfällt. Dieser Teil der Prozesskosten soll nach *Häsemeyer* zu den "Begleitschäden" gehören.<sup>136</sup> Dagegen soll umgekehrt der aus der Zwangsvollstreckung dem Vollstreckungsschuldner erwachsende Schaden ein "Durchsetzungsschaden"

---

<sup>129</sup> Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, 1979.

<sup>130</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 1. und 2. Teil.

<sup>131</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 3. Teil.

<sup>132</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 7.

<sup>133</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 7.

<sup>134</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 7.

<sup>135</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 139.

<sup>136</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 8.

sein.<sup>137</sup>

Diese Unterscheidung hat für *Häsemeyer* wesentliche Konsequenzen für die Verteilung des Kostenrisikos. Grundsätzlich soll für Durchsetzungsschäden eine nur vom Ausgang des Prozesses abhängige Risikohaftung gelten,<sup>138</sup> dagegen für den Ersatz von Begleitschäden Verschulden erforderlich sein.<sup>139</sup> Da *Häsemeyers* Standpunkt zu den Begleitschäden auch die Prozesskosten rechnet, für die § 91 ZPO jedenfalls teilweise eine verschuldensunabhängige Haftung anordnet, führt *Häsemeyers* Standpunkt hier zu einer Kritik des geltenden Rechts und damit zu einer Argumentation *de lege ferenda*.<sup>140</sup>

Soweit eine Skizze der Konzeption *Häsemeyers*. Eine wesentliche Schwäche dieser Konzeption scheint mir zu sein, dass die grundlegende Unterscheidung zwischen "Durchsetzungsschäden" und "Begleitschäden" nicht mit der für die damit verbundenen weitreichenden Folgen erforderlichen Klarheit vorgenommen werden kann. Weiter lässt sich wohl nicht behaupten, dass die Konzeption *Häsemeyers* bereits dem geltenden Recht zugrunde liegt; dieses wird vielmehr von *Häsemeyer* mit Worten wie "deutlich inkonsequent",<sup>141</sup> "Widersprüchlichkeit",<sup>142</sup> "diffuse Haftungskonzeption",<sup>143</sup> "unerträgliche Zufälligkeit"<sup>144</sup> usw. kritisiert. Die Begriffe "Durchsetzungsschaden" und "Begleitschaden" wird man sowohl in der ZPO als auch im BGB vergeblich suchen.

Diese Ansätze zur Kritik an *Häsemeyers* Buch sollen hier aber nur am Rande erwähnt sein, da nicht die Kritik eines fremden Standpunktes, sondern vielmehr nur die Verdeutlichung meines eigenen Standpunktes der Hauptzweck dieser Zeilen ist. Hierzu möchte ich auf einige Ausführungen von *Häsemeyer* zu Details seines Konzepts näher eingehen, die sich besonders gut zu diesem Zweck eignen.

Zuerst möchte ich die Gründe aufgreifen, die *Häsemeyer* für seine These aufführt, im Bereich der "Durchsetzungshaftung" sei grund-

<sup>137</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 8.

<sup>138</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 103 ff.

<sup>139</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 140 f.

<sup>140</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 148 ff.

<sup>141</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 10.

<sup>142</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 12.

<sup>143</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 88.

<sup>144</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 95.

sätzlich von einer Risikohaftung auszugehen. *Häsemeyer* diskutiert dabei zunächst die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung.<sup>145</sup> Diese Ausführungen stehen meinem Standpunkt teilweise ziemlich nahe, so dass es im folgenden vor allem um eine Abgrenzung gehen wird.

*Häsemeyer* stellt zunächst einmal deutlich fest, dass der Verschuldensvorwurf bei einer Kostenhaftung auf den Vorwurf einer falschen Einschätzung der Erfolgsaussichten hinauslaufe. Es sei der Vorwurf einer fehlerhaften Entscheidungsprognose.<sup>146</sup> Das ist in meiner Terminologie die Frage nach der Vorhersage zukünftigen Rechts. Die Verteilung des Kostenrisikos ist dabei in der Tat einer der Fälle, in denen diese Frage wichtig wird.

*Häsemeyer* entwickelt dann auf den folgenden Seiten einen skeptischen Standpunkt. Die Entscheidungsprognose sei regelmäßig nicht möglich und daher ein Verschuldensvorwurf fehl am Platze. Dazu führt *Häsemeyer* im einzelnen die folgenden Gründe an. Erstens wendet sich *Häsemeyer* gegen die Einordnung der Problematik unter das Stichwort "Rechtsirrtum". Denn für die Entscheidungsprognose sei die Prognose über die Tatsachenfeststellung mindestens genauso wichtig.<sup>147</sup>

Das ist jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle richtig. Auch ich verstehe die Prognose der Tatsachenfeststellung als einen wesentlichen Faktor des Prozessrisikos im Zivilprozess. Daraus folgert *Häsemeyer* dann: Jedenfalls für die Prognose der Tatsachenfeststellung sei ein derart weiter Spielraum für Unsicherheiten anzuerkennen, dass ein Verschuldensvorwurf nicht mehr erhoben werden könne.<sup>148</sup> Damit nähert sich *Häsemeyer* stark meiner zweiten grundlegenden These, bei der Vorhersage zukünftigen Rechts bleibe immer Spielraum für den Zufall.

Zur Abgrenzung sei auf zwei Unterschiede hingewiesen. Erstens ist nach meiner Auffassung auch und gerade durch die Prognose der Rechtsanwendung ein Spielraum für den Zufall anzuerkennen, während nach der geschilderten Auffassung von *Häsemeyer* die Unsicherheit bei der Prognose der Tatsachenfeststellung im Vordergrund steht. Ein zweiter Unterschied geht dahin, dass nach meiner Auffassung ein Zufallseinfluss zwar nie auszuschließen ist,

---

<sup>145</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 88-97.

<sup>146</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 88.

<sup>147</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 89 f.

<sup>148</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 91 f.

dieser aber untergehend weitgehend ist. Es gibt klare Fälle und weniger klare Fälle. Insgesamt ergibt sich aber eine ziemlich weitgehende Parallele zwischen der geschilderten Position von *Häsemeyer* und dem hier vertretenen Standpunkt.

Weiter möchte ich noch kurz die Ausführungen *Häsemeyers* zum "haftungsbefreienden Nachgeben" aufgreifen.<sup>149</sup> *Häsemeyer* stellt in diesen Ausführungen die These auf, dass das Nachgeben einer der Parteien die andere Partei vor einer Haftung für Durchsetzungsschäden bewahren muss. Als Beispiel nennt er den Fall der Schutzrechtsverwarnung. Wenn der Inhaber eines Schutzrechtes einen anderen zur Beachtung dieses Rechtes mahnt und dieser andere das dann auch bis zum Abschluss des Prozesses tut, dann liegt ein "freiwilliges Nachgeben" des Verwarnten vor, das nach *Häsemeyer* die Haftung des Verwarnenden ausschließen soll. Hier findet sich eine Parallele zu meiner dritten grundlegenden These, wonach das zukünftige Recht maßgeblich auch vom Streit der Parteien beeinflusst wird.

### Sellert 1976

Sieht man von der Möglichkeit ab, den Staat mit den Prozesskosten zu belasten, ist die Frage der Kostenerstattung eine Frage der Kostenverteilung. Alle Kosten, die eine Partei nicht trägt, muss die andere tragen. Die Summe aus Verlust der einen Partei und Gewinn der anderen Partei ist gleich null.

Dabei sind zwei grundsätzliche Möglichkeiten zu unterscheiden: Entweder trägt jede Partei ihre aussergerichtlichen Kosten selbst oder die im Prozess unterlegene Partei hat der anderen die aussergerichtlichen Kosten zu erstatten. Im letzteren Fall ist wieder denkbar, dass die Kostenerstattung von einem Verschulden der unterlegenen Partei abhängt oder dass eine Gefährdungshaftung für die Kosten des Gegners besteht. Das letztere Prinzip liegt für den in § 91 ZPO geregelten Bereich der Kosten der ZPO zugrunde. Die historische Entwicklung, die zur Aufnahme dieses Prinzips in die ZPO führte, schildert *Sellert* in einem Beitrag,<sup>150</sup> der im folgenden kurz diskutiert werden soll.

---

<sup>149</sup> Häsemeyer (Anm. 129), 58 ff.

<sup>150</sup> Sellert, Die Akzessorietät von Kostentragung und Prozeßerfolg. Ein historisches Problem von aktueller Bedeutung, in Becker u.a. (Hrsg.) Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte, Festschrift für Adalbert Erler zum 70. Geburtstag, 1976, 509 ff.

*Sellert* weist nach,<sup>151</sup> dass der in hier behauptete Zusammenhang zwischen zukünftigem Recht und der Behandlung der Kosten im Zivilprozess bereits im 18. Jahrhundert bzw. zu Beginn des 19. Jahrhunderts erkannt und diskutiert wurde. Die einzelnen Nachweise in dem Beitrag von *Sellert* kann ich hier nicht alle aufgreifen. Jedenfalls wurde aber bereits vor Jahrhunderten mit dem Argument des "aleatorischen Charakter des Obsiegens oder Unterliegens"<sup>152</sup> das Prinzip der Kostenhaftung des Unterlegenen angegriffen. *Sellert* teilt die in diesem Buch entwickelte Auffassung, in der Regel könne keine Partei das Recht, welches erst durch ein Urteil geschaffen werde, vorherzusagen und sich entsprechend zu verhalten.<sup>153</sup> Umgekehrt sei aber auch zu bedenken, dass auch die im Prozess erfolgreiche Partei ja den Erfolg nicht vorhersehen könne.<sup>154</sup>

Gegenüber solchen Ansichten setzte sich aber Anfang des 19. Jahrhunderts die Meinung durch, wonach zwar die fehlende Vorhersehbarkeit zukünftigen Rechts einzuräumen sei, es aber noch weit unbilliger sei, wenn die erfolgreiche Partei ihren Kostenaufwand einbüßen sollte. Diese Ansicht fand dann Eingang in die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts.<sup>155</sup>

Der geschilderte Einwand fehlender Voraussehbarkeit zukünftigen Rechts gegen das Prinzip des § 91 ZPO ist in der Tat nicht leicht zu widerlegen. Er ist jedenfalls dann durchschlagend, wenn man den Grund für § 91 ZPO in der regelmäßigen Vorhersehbarkeit von Prozessniederlagen sieht. Man kann aber auch gerade umgekehrt argumentieren.

Gerade wenn beide Parteien das zukünftige Recht nicht zuverlässig vorhersehen können, bleibt kein Raum für eine Verschuldenshaftung und ist allein eine Kostenerstattung im Wege der Gefährdungshaftung angemessen. Je mehr man nämlich über ein mögliches Verschulden der Parteien nachdenkt, desto mehr muss man sich mit der Vorhersehbarkeit des Prozessergebnisses beschäftigen. Dafür fehlt aber um so mehr die Grundlage, je stärker man einen "aleatorischen Charakter des Obsiegens oder Unterliegens" anerkennt. Und weiter ist eine Kostenverteilung im Wege der Gefährdungshaftung eben gerade nicht verschuldens-

---

<sup>151</sup> Sellert (Anm. 150), 529 ff.

<sup>152</sup> Sellert (Anm. 150), 531.

<sup>153</sup> Sellert (Anm. 150), 531.

<sup>154</sup> Sellert (Anm. 150), 532.

<sup>155</sup> Sellert (Anm. 150), 534 ff.

abhängig, sondern zufallsbestimmt (und daher auch der Versicherung in der Form der Rechtsschutzversicherung besonders gut zugänglich, etwa im Gegensatz zu einer Haftung für vorsätzliche unerlaubte Handlungen).

Wenn man richtigerweise für die Hauptsache eine Zufallsbestimmung anerkennt, ist die Verteilung der Kosten nach dem gleichen zufallsbestimmten Prinzip umgekehrt gerade konsequent. Schließlich besteht die Alternative nur darin, die erfolgreiche Partei selbst mit ihren aussergerichtlichen Kosten zu belasten. Diese hat aber den Rechtsstreit mindestens ebensowenig verschuldet wie die unterlegene Partei. Der Schluss vom "aleatorischen Charakter des Obsiegens oder Unterliegens" auf die Angemessenheit einer Kostenverteilung nach Verschuldensmaßstäben erscheint also zumindest nicht als zwingend. Gleichwohl ist jedenfalls bemerkenswert, dass bereits vor Jahrhunderten in der Diskussion um die Behandlung der Prozesskosten der Einfluss des Zufalls auf das zukünftige Recht eine so erhebliche Rolle gespielt hat.

### **Zankl 1972**

1972 hat der Rechtsanwalt *Zankl* ein Buch über das Prozessrisiko veröffentlicht, das hier etwas näher diskutiert werden soll.<sup>156</sup> Damit möchte ich einerseits die Anregung von *Zankl* zum Dialog an die Wissenschaft<sup>157</sup> aufgreifen, andererseits aber auch die praktische Bedeutung der hier aufgestellten Theorie weiter untersuchen.

*Zankl* unterscheidet in dem genannten Buch eine Reihe von verschiedenen Risiken und Chancen, nämlich auf der ersten Gliederungsebene das Konfliktrisiko, die Prozessaussichten, die Vergleichsaussichten, die Gewinnchance und das Verlustrisiko, auf weiteren Gliederungsebenen dann eine Vielzahl von anderen Risiken und Chancen.<sup>158</sup> Die Gesamtstruktur wird bei *Zankl* sehr komplex, so sind für die Gesamtwertung der Chancen und Risiken nach *Zankl* nicht weniger als 46 Schritte nötig.<sup>159</sup>

Demgegenüber bemühe ich mich hier um einfachere Strukturen. Ich begnüge mich mit drei grundlegenden Thesen zum Recht und

---

<sup>156</sup> Zankl, Chancen und Risiken im Rechtsstreit, 1972.

<sup>157</sup> Zankl (Anm. 156), 5.

<sup>158</sup> Zankl (Anm. 156), Inhaltsverzeichnis.

<sup>159</sup> Zankl (Anm. 156), 137-142.

mit der Untersuchung einiger Faktoren des Prozessrisikos, die mir besonders wichtig zu sein scheinen.

Besonders bemerkenswert sind aus meiner Sicht zunächst die Ausführungen von *Zankl* zu dem von ihm so genannten "Angriffsrisiko". Dieses "Angriffsrisiko" behandelt *Zankl* neben der "Konfliktträchtigkeit" als Unterfall des "Konfliktrisikos", das die Frage bezeichnet, wie hoch das Risiko ist, dass es überhaupt zu einem Rechtsstreit kommt.<sup>160</sup> Das Angriffsrisiko wird definiert als die Wahrscheinlichkeit dafür, dass nach Entstehen eines Konflikts eine der Parteien diesen Konflikt zum Anlass nimmt, einen Rechtsstreit zu eröffnen.<sup>161</sup> *Zankl* beschäftigt sich dann mit drei Faktoren des Angriffsrisikos ("Allgemeine Friedfertigkeit", "Spezielle Prozeßscheu" und "Mangelnde subjektive Prozessaussicht").<sup>162</sup>

Unter dem letzten Gesichtspunkt nennt<sup>163</sup> *Zankl* einer Reihe von Möglichkeiten, die Furcht des Gegners vor dem Prozessverlust zu stärken und damit das Angriffsrisiko zu mindern, nämlich: 1. Einholung eines Rechtsgutachtens eines möglichst prominenten Juristen, das dem Gegner zugeleitet wird. 2. Führen eines leichter zu gewinnenden Vorprozesses in einer ähnlichen Sache, der aufgrund schwacher Verteidigung des Gegners oder besserer Beweislage gewonnen wird. Der eigentlich gemeinte Gegner wird dadurch seine Aussichten schlechter einschätzen. 3. Erheben einer negativen Feststellungsklage, um den Gegner einzuschüchtern. 4. Erzielen eines überraschenden Teilerfolges, z.B. einer einstweiligen Verfügung. 5. Deutliche Erklärung der Absicht, den Prozess mit jedem Aufwand durch alle Instanzen zu führen, um solche Gegner einzuschüchtern, die nicht mithalten können. 6. Dunkle Andeutung von dem Gegner bisher nicht bekannten Beweismitteln, um die Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses zu stärken.

Dieses Angriffsrisiko in der Terminologie *Zankls* steht der dritten grundlegenden These dieses Buches nahe: Das zukünftige Recht hängt vom Streit der Parteien ab. Zu einer Entscheidung eines Gerichtes kann es nur kommen, wenn mindestens eine Partei ein Gericht anruft oder, wenn es sich um ein Gericht des höheren Rechtszuges handelt, ein Rechtsmittel einlegt. Daraus lassen sich durchaus konkrete Folgerungen ziehen, wie *Zankl* sie schildert. Die Bereitschaft einer Partei zum Streit um das zukünftige Recht ist

---

<sup>160</sup> *Zankl* (Anm. 156), 17-26.

<sup>161</sup> *Zankl* (Anm. 156), 21.

<sup>162</sup> *Zankl* (Anm. 156), 21-25.

<sup>163</sup> *Zankl* (Anm. 156), 24 f.

nicht nur ein möglicher Gegenstand einer Abschätzung bei einer Vorhersage zukünftigen Rechts, sondern auch möglicher Gegenstand der Beeinflussung durch die verschiedenen von *Zankl* genannten Mittel.

Von meinem Standpunkt aus interessant sind auch die Ausführungen *Zankls* zum von ihm so genannten "rechtlichen Risiko", worunter er das Risiko versteht, dass ein Prozess aus Rechtsgründen nicht das erwünschte Ergebnis hat.<sup>164</sup> Die Abschätzung dieses Risikos ist in meiner Terminologie nichts anderes als die Vorhersage zukünftigen Rechts. Daher ist es besonders interessant, welche Methoden *Zankl* für die Beurteilung des "rechtlichen Risikos" angibt.

Nur zwei Bemerkungen von *Zankl* greife ich hier auf. Zum einen stellt *Zankl* fest,<sup>165</sup> nach der "allgemeinen Richterpsychologie" könne man davon ausgehen, dass manche Richter - sicher in aller Regel unbewusst - eine Auslegung vorziehen werden, die ihnen die geringste Arbeit macht. Die oben von mir dargestellte Auslegungsmethode der belastungskonformen Auslegung ist also nach *Zankl* zu berücksichtigen, wenn die Auslegung durch individuell nicht bekannte Richter vorhergesagt werden soll.

Besonders interessant sind weiter die Überlegungen von *Zankl* zur Analyse anhand von "spezieller Richterpsychologie".<sup>166</sup> Hier meint *Zankl*, für die Beurteilung der Prozessaussichten könne es erhebliche Bedeutung haben, die Richterpersönlichkeiten zu kennen, die zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits zuständig sind. Die Kenntnis der jeweiligen Eigenarten der Richter an einem höchsten Gericht oder der zu Schiedsrichtern berufenen Richter gehöre mit zu dem wichtigsten *Know-how* erfahrener Prozessanwälte.

Diese Einschätzung von *Zankl* bestätigt aus der Praxis meine aus theoretischen Überlegungen gefundene These, wonach das zukünftige Recht auch deswegen vom Zufall abhängt, weil es eine rein zufällig entschiedene Frage ist, welcher von verschiedenen Richtern über einen Prozess endgültig entscheidet. Dieser Zufall lässt sich nur dann ausschalten, wenn man bereits zum Zeitpunkt der Vorhersage genau weiss, welche Richter den Prozess einige

---

<sup>164</sup> *Zankl* (Anm. 156), 27-32.

<sup>165</sup> *Zankl* (Anm. 156), 29.

<sup>166</sup> *Zankl* (Anm. 156), 30 f.



Jahre später endgültig entscheiden werden und welche "richterlichen Eigenheiten" diese Richter haben. In der Tat sind derartige Kenntnisse, die nicht jedem Rechtsanwalt zur Verfügung stehen, bei der Vorhersage des endgültigen Ergebnisses eines Prozesses wohl besonders wertvoll.

Bemerkenswert ist weiter die grundsätzliche Einstellung von *Zankl*, die Prozessaussichten mit Prozentwerten zwischen null und hundert zu bewerten.<sup>167</sup> Er wendet sich gegen eine vereinfachte Sicht der Dinge, die eine klare Auskunft erwartet, ob ein Prozess gewonnen oder verloren werde, obwohl eine solche Auskunft von vielen Mandanten erwartet wird.

Das deckt sich mit meiner Auffassung zur Vorhersage zukünftigen Rechts: Es bleibt immer ein - mehr oder weniger großer - Spielraum für den Zufall, die Vorhersage ist nie absolut sicher, so dass gerade der gute und erfahrene Anwalt keine absolute Vorhersage treffen kann, sondern bestenfalls als Ergebnis aufwendiger Überlegungen eine Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Ergebnis angeben kann.

Bemerkenswert ist schließlich auch noch, dass *Zankl* den Begriff des Zeitrisikos verwendet und einige Beispiele dafür gibt.<sup>168</sup> Der Streit um die unerlaubte Nachahmung eines modischen Musters wird nach fünf Jahren entschieden, wenn das Muster längst außer Mode ist. Ein Gegner wird zum Widerruf einer ehrenrührigen Behauptung verurteilt. Bis zu dem Urteil ist die Behauptung aber ohnehin längst vergessen. Durch den Widerruf wird sie umgekehrt gerade wieder ins Gedächtnis gerufen. Oder ein Rentner will eine Erhöhung seiner Bezüge vor den Sozialgerichten erstreiten, stirbt aber vor dem Erlass eines Urteils.

Meine Behauptung, wonach das Zeitrisiko im Prozess einen hohen Stellenwert bei der Beurteilung des Prozessrisikos hat, erweist sich also als nicht originell. Sie wird vielmehr aus der Praxis bestätigt. Allerdings habe ich den Eindruck, dass bisher in der Literatur zum Zivilprozess dieses Zeitrisiko nur ausnahmsweise so wie von *Zankl* gebührend berücksichtigt wird.

### **Henckel 1970**

Eine der umfangreicheren prozessrechtlichen Monographien aus

---

<sup>167</sup> Zankl (Anm. 156), 26 und passim.

<sup>168</sup> Zankl (Anm. 156), 72 f.

den letzten Jahrzehnten ist das Buch von *Henckel* über "Prozeßrecht und materielles Recht".<sup>169</sup> Aus der Fülle der in dieser Schrift entwickelten Grundsätze möchte ich zwei Punkte herausgreifen, die mir besonders geeignet erscheinen, meinen hier entwickelten Standpunkt zu verdeutlichen.

Erstens sind die Ausführungen von *Henckel* zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft in einem bestimmten Punkt recht aufschlussreich. Die Frage nach den objektiven Grenzen der Rechtskraft stellt sich auch im Strafprozess. Für den Zivilprozess ist diese Frage hauptsächlich in § 322 ZPO geregelt. Danach sind Urteile der Rechtskraft "nur insoweit" fähig, als bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Welche Voraussetzungen das sind und welchen Inhalt diese Voraussetzungen im Einzelfall haben, darüber gibt es eine umfangreiche Diskussion.

Eines ist aber jedenfalls klar, dass nämlich die Rechtskraft eines Urteils nicht grenzenlos wirkt, sondern eben nur in einem bestimmten Bereich. Damit wird eine Abgrenzung des bindenden Teiles einer Entscheidung zum nicht bindenden Teil nötig, ebenso wie das in anderen Fällen einer Bindungswirkung von Entscheidungen eines Gerichtes nötig ist (etwa bei der Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 BVerfGG und bei zurückverweisenden Entscheidungen eines Revisionsgerichts). Für diese Abgrenzung gibt es verschiedene mögliche Kriterien, die *Henckel* zunächst zusammenstellt.<sup>170</sup> Besonders betont wird von *Henckel* dann das Kriterium des wirtschaftlichen Wertes.<sup>171</sup>

Dieses Kriterium lässt sich am besten mit einem von *Henckel* hierfür gebildeten Beispiel erklären, mit dem Beispiel der Teilklage. Wenn der Kläger zunächst nur einen Teilbetrag einklagt, dann sei der wirtschaftliche Wert des Prozesses möglicherweise wesentlich geringer als bei einer Klage auf den vollen Betrag. Die Parteien richten sich aber in der Intensität ihrer Prozessführung nach dem wirtschaftlichen Wert, um den es geht. Daher sei es nicht angemessen, das Ergebnis des Prozesses um einen wirtschaftlich wesentlich weniger bedeutenden Teilbetrag für das Verfahren um den restlichen Betrag als verbindlich anzusehen. Die Entscheidung über eine Teilklage soll daher nach dem Kriterium des wirt-

---

<sup>169</sup> Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970.

<sup>170</sup> Henckel (Anm. 169), 169-171.

<sup>171</sup> Henckel (Anm. 169), 171-175.

schaftlichen Wertes nicht der Rechtskraft fähig sein. Soweit eine verkürzte Skizze der Position *Henckels* zum Kriterium des wirtschaftlichen Wertes zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft.

Diese Ausführungen von *Henckel* sind meiner oben aufgestellten dritten grundlegenden These durchaus ähnlich. Nach dieser Behauptung ist das zukünftige Recht wesentlich vom Streit der Parteien abhängig. Ein Prozess um hundert Millionen Euro wird anders geführt als ein Prozess um hundert Euro. Ich meine ebenso wie *Henckel*, dass in der Tat die "Intensität" der Prozessführung ganz erheblich davon bestimmt wird, um wieviel es den Parteien bei dem jeweiligen Prozess geht. Mit einem Zivilprozess über hundert Millionen Euro werden die besten und schlagkräftigsten Anwälte überhaupt beschäftigt, und diese Anwälte werden auch noch durch Gutachten der berühmtesten Gelehrten unterstützt. Der Prozess geht mit Sicherheit mindestens bis zum Oberlandesgericht. Das Verfahren um 100 Euro wird dagegen ohne Anwalt vor einem Amtsgericht schnell und endgültig erledigt.

So weit möchte ich also *Henckel* zustimmen. Ich habe aber Bedenken, auch die Folgerung von *Henckel* hinsichtlich der Rechtskraft von Urteilen über Teilklagen zu ziehen. Das sei an dem Beispiel einer Teilklage über einen hohen Betrag etwas näher erläutert.

Nehmen wir an, dass in dem eben genannten Beispiel eines Anspruches auf hundert Millionen Euro der Gläubiger (sehr zum Verdruss seiner Anwälte) zur Kostenersparnis einen Teilbetrag von "nur" zehn Millionen Euro einklagt, dem Beklagten gegenüber aber offen behauptet, einen Anspruch in Höhe von hundert Millionen Euro zu haben. Dann kann der Beklagte die Absicht der Kostenersparnis leicht durchkreuzen, indem er über die Differenz von neunzig Millionen Euro eine negative Feststellungsklage erhebt.

Das kann für den Beklagten eine interessante Prozesstrategie sein, wenn er nämlich damit rechnen kann, dass der Gläubiger die nötigen Vorschüsse auf die Anwaltsgebühren bei dem vollen Streitwert nicht mehr aufbringen kann. Wenn das aber nicht der Fall ist und der Beklagte keinen Vorteil darin sieht, seinen Anwälten für die gleiche Arbeit das zehnfache Honorar zu zahlen, wird eine solche negative Feststellungsklage unterbleiben. Dann streiten die Parteien zunächst einmal um zehn Millionen Euro.

Die Behauptung von *Henckel* geht nun dahin, allgemein werde

eine Teilklage von den Parteien nur verhältnismäßig nachlässig behandelt. Das ist aber nur in manchen Fällen richtig. In dem eben von mir gebildeten Beispiel habe ich erhebliche Zweifel, ob wirklich die Parteien die Teilklage als so unwichtig behandeln, dass sie sich wenig intensiv um den Prozess bemühen. Und gerade solche Fälle sehr hoher Streitwerte stehen bei Teilklagen zur Kostenersparnis im Vordergrund, da sich bei geringeren Streitwerten die Kostenersparnis nicht so erheblich auswirkt.

Natürlich ist es richtig, dass bei einer Klage auf den vollen Betrag von hundert Millionen Euro der Streit der Parteien noch etwas intensiver geführt werden wird. Das sind dann aber nur relativ geringe graduelle Unterschiede, die eine prinzipielle Ablehnung der Rechtskrafterstreckung nicht rechtfertigen. Vielmehr ist die Rechtskraft einer Entscheidung über eine Teilklage nur dann abzulehnen, wenn nach dem "Kriterium des wirtschaftlichen Wertes" der Unterschied zwischen dem Wert der Teilklage und dem Wert der vollen Forderung so weit geht, dass von den Parteien nicht mehr erwartet werden kann, sich mit der Teilklage ernsthaft zu befassen. Das sind nach meiner Auffassung eher Ausnahmefälle. Das sei zum Schluss noch mit einem extremen Beispiel belegt. *Henckel* müsste womöglich auch noch bei einer Teilklage auf 99 von hundert Millionen Euro eine Rechtskraftwirkung ablehnen, was aber gerade bei einer Betrachtung nach dem "Kriterium des wirtschaftlichen Wertes" nicht unbedingt überzeugend wäre.

Zweitens möchte ich noch kurz auf die Abgrenzung von *Henckel* zwischen Prozessrecht und materiellem Recht aufgreifen, da diese Frage von dem Titel des Buches von *Henckel* angesprochen wird und ich unter anderem auch hierzu einen Standpunkt entwickelt habe. *Henckel* gibt<sup>172</sup> als Ergebnis einer ausführlichen Diskussion die folgende Definition dieser Begriffe, die ich der Genauigkeit halber hier wörtlich zitiere: "Das Prozeßrecht ist der Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten von und vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans begegnen."

Diese Begriffsbildung unterscheidet sich von meinem Standpunkt vor allem in den folgenden beiden Punkten. Erstens meine ich, dass alles Recht wesentlich durch die Möglichkeit staatlichen Zwanges

---

<sup>172</sup> Henckel (Anm. 169), 24 f.

bedingt ist. Ein Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe eines bestimmten Gemäldes ist nur deswegen überhaupt "Recht", weil ein Gerichtsvollzieher nach § 883 ZPO dem Schuldner das Gemälde wegnehmen wird, falls das nötig werden sollte. Daher sind für mich bei allen Vorschriften des materiellen Rechts immer die "Rechtspflegeorgane" mitzudenken.

Zweitens meine ich, das man bei der Diskussion über die Begriffe "materielles Recht" und "Prozessrecht" zunächst einmal klarstellen sollte, von welchem Begriff von "Recht" man ausgeht, da es hierfür verschiedene Möglichkeiten gibt und der Standpunkt zu dieser Vorfrage nicht ohne Einfluss auf die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht bleiben kann. Daher beginnt dieses Buch mit einer Darlegung des Begriffes von "Recht", während ich bei *Henckel* eine entsprechende Klarstellung nicht gefunden habe.

### Schumann 1969

In einem Beitrag zur Festschrift für *Böttcher* wendet sich *Schumann* gegen theoretische Positionen, die ein Fehlurteil leugnen, und zieht daraus Konsequenzen für die Erklärung der materiellen Rechtskraft.<sup>173</sup> Hier diskutiere ich nur die Ausführungen von *Schumann* zur materiell-rechtlichen Rechtskraftlehre.

Zur materiell-rechtlichen Rechtskraftlehre bemerkt *Schumann*,<sup>174</sup> dass auch die materiell-rechtliche Rechtskraftlehre letztlich in der Verwandlung des Fehlurteils in ein richtiges Urteil ende. Das kritisiert *Schumann* dann sogleich mit dem Argument, die Rechtskraft habe nicht die Aufgabe, aus Unrecht Recht zu machen.

*Schumann* macht in einer Auseinandersetzung mit verschiedenen von ihm bekämpften Ansichten deutlich, was er unter einem Fehlurteil versteht. Danach sei unter dem Grundgesetz der Richter an das Gesetz gebunden. Dabei lasse es sich nicht vermeiden, dass durch Irrtum oder die Grenzen der menschlichen Erkenntnis im Einzelfall diese Bindung nicht beachtet werde.<sup>175</sup> Damit ist ein Urteil nach dem Verständnis von *Schumann* entweder richtig oder unrichtig, es ist nicht wie nach meinem Verständnis mehr oder weniger und damit immer (jedenfalls teilweise) unrichtig.

---

<sup>173</sup> Schumann, Fehlurteil und Rechtskraft. Eine Auseinandersetzung mit den Leugnern des Fehlurteils. In: Bettermann, Zeuner (Hrsg.), Festschrift für Eduard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, 1969.

<sup>174</sup> Schumann (Anm. 173), 308-311.

<sup>175</sup> Schumann (Anm. 173), 304 f.

Schon deshalb ist fraglich, ob die Ausführungen von *Schumann* einen Einwand gegen den hier entwickelten Standpunkt bilden können. *Schumann* wendet sich dagegen, dass "aus Unrecht Recht gemacht wird". Wenn man aber das Recht aus der Perspektive des Anwalts und der Vorhersage betrachtet, so muss nach einer rechtskräftigen Entscheidung des Bundesgerichtshofes über die vorher nicht ganz eindeutige prozessentscheidende Auslegung einer bestimmten Generalklausel des materiellen Rechts die Prognose über die Auslegung dieser Generalklausel durch andere Gerichte in einem erneuten Verfahren über die Sache anders ausfallen als vor dem rechtskräftigen Urteil.

Sobald man sich auf den praktisch wichtigen Standpunkt der Partei stellt, hilft es nichts mehr, die Verwandlung von "Unrecht in Recht" zu beklagen. Denn das angeblich von dem Fehlurteil unbeeinflusst bleibende materielle Recht ist infolge der Rechtskraft nun einmal nahezu wertlos geworden, da es ohne Durchbrechung der Rechtskraft nicht mehr zur Geltung kommen kann.

### **De Boor 1941**

Meine Grundkonzeption steht in besonders deutlichem Gegensatz zu Überlegungen, die von *de Boor* entwickelt wurden.<sup>176</sup> Daher eignet sich eine Diskussion mit *de Boor* besonders gut zur Verdeutlichung und Überprüfung meines Standpunktes.

Das wesentliche Anliegen von *de Boor* ist der Kampf gegen "aktionenrechtliches Denken". Darunter versteht er ein Denken, welches das Privatrecht im Hinblick auf Klage und Urteil sieht und darstellt.<sup>177</sup> Dieses Denken ist nach Ansicht von *de Boor* deswegen falsch, weil sich Ausblick und Darstellung nicht nach dem einen immer irgendwie pathologischen Fall richten dürfen, der einmal zur richterlichen Entscheidung führt, nachdem 999 Kauf- oder Darlehensverträge dem Recht gemäß glatt abgewickelt sind.

Dieser Einwand richtet sich auch gegen die hier vertretene Position. Wenn man die Möglichkeit staatlichen Zwanges als wesentliches Merkmal des Rechts ansieht, bleibt eben nichts übrig, als dem für die Ausübung dieses staatlichen Zwanges nun einmal entscheidend wichtigen Prozess erhebliche Aufmerksamkeit zu widmen. Das gleiche gilt verstärkt, wenn man an die hier beson-

---

<sup>176</sup> De Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem. Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken, 1941.

<sup>177</sup> De Boor (Anm. 176), 8.

ders betonte Situation des Anwalts denkt, der das Prozessrisiko eines Zivilprozesses abschätzen soll. Wie sollte er das wohl bitte ohne ein "Denken im Hinblick auf den Zivilprozess" halbwegs sinnvoll tun können?

Richtig und auch besonders überzeugend ist allerdings der Einwand von den 999 Kauf- oder Darlehensverträgen, die glatt abgewickelt werden, ehe es zu einem einzigen Prozess kommt. In der Tat ist es so, dass ein Anteil von weit über 99 Prozent aller Verträge ohne richterliche Hilfe abgewickelt wird. Sonst müsste auch die Justiz sofort hoffnungslos überlastet zusammenbrechen.

Das ändert aber nichts daran, dass die Möglichkeit eines Prozesses auch in den 999 ohne gerichtliche Einmischung abgewickelten Verträgen für den Begriff des Rechts entscheidend ist. Diese Möglichkeit ist auch in den 999 Fällen wichtig, in denen sie sich nicht realisiert. Denn sie fördert es ganz erheblich, dass Verträge "dem Recht gemäß glatt abgewickelt" werden.

Oder ist *de Boor* dahin zu verstehen, dass auch dann noch 999 von 1000 Verträgen glatt abgewickelt werden würden, wenn man ab morgen zur Entlastung des mit hohen Richtergehältern belasteten notleidenden Staatshaushaltes alle Gerichte abschafft und die Klagbarkeit jedes Anspruches verschwindet? Man braucht sich nur einmal in dieser Weise vorzustellen, dass die Regeln des materiellen Rechts wirklich nicht mehr durch die Möglichkeit staatlichen Zwanges gesichert wären, um zu erkennen, dass das wohl kaum ohne Einfluss auf die 999 glatt abgewickelten Fälle bleiben könnte.

Wenn aktionenrechtliches Denken also bedeutet, bei jeder rechtlichen Regelung auch an die praktische Durchsetzung im Prozess zu denken, dann bekenne ich mich in dieser Arbeit zu einem aktionenrechtlichen Denken. Dem Schlagwort "Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken" setze ich ein Schlagwort "Kampf gegen das unprozessuale Denken" entgegen.

Das nicht deswegen, weil ich besondere Freude an einer Diskussion habe, die auf der Ebene des Abtausches von Schlagwörtern stehenbleibt, sondern nur dazu, um die rhetorische Wirkung des meine Position treffenden Schlagwortes "aktionenrechtlich" durch ein Gegen-Schlagwort zu neutralisieren, um dann unbeeindruckt von oberflächlichen Parolen an eine nähere Diskussion der eigentlichen Sachfragen gehen zu können.

*De Boor* wendet sich auch gegen "Aktionenrechtliches Denken in der ZPO".<sup>178</sup> Hier meine ich, dass ein prozessfremdes Denken nicht mehr möglich ist. Wie soll man die ZPO anders als "im Hinblick auf den Zivilprozess" betrachten? Ohne diese grundsätzliche Frage hier weiter zu vertiefen, will ich ein Beispiel aufgreifen, das *de Boor* in diesem Zusammenhang anführt.

*De Boor* schildert den Fall, dass bereits eine Beweisaufnahme durchgeführt wurde, mit dem Ergebnis, dass der Kläger einige seiner Behauptungen nicht beweisen kann, dann aber in einem der nächsten Termine der Beklagte säumig ist. In diesem Fall ergibt sich nach *de Boor*, dass ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergeht, das die Ergebnisse der bereits durchgeführten Beweisaufnahme nicht berücksichtigt, was *de Boor* heftig kritisiert ("schwerster Fehler unseres Gesetzes", "ganz unerträglicher Satz"). Dieser Fehler ist nach *de Boor* dem aktionenrechtlichen Denken anzulasten, nach dem der "Anspruch" oder "Streitgegenstand" als etwas von vornherein Unwandelbares aufgefasst wird.<sup>179</sup>

Nun, nach der hier vertretenen durchaus "aktionenrechtlichen" Position wird der Anspruch gerade nicht als etwas "Unwandelbares" aufgefasst. Vielmehr meine ich, dass der Prozess gerade nicht ohne Einfluss auf einen Anspruch bleibt. Was die von *de Boor* angesprochene Detailfrage angeht, bin ich nicht sicher, ob das von *de Boor* geschilderte Ergebnis wirklich so "unerträglich" ist. Immerhin könnte der Beklagte ja auch die Tatsache zugestehen, für die dem Kläger der Beweis nicht gelungen ist, und vielleicht entspricht ja auch dieses Geständnis dann der Wahrheit, auch wenn der Punkt nicht beweisbar ist. Jedenfalls ist mir nicht recht klar, was die Lösung dieser Frage mit dem grundsätzlichen Verständnis des Anspruchs im Zivilprozess zu tun hat.

Im Abschnitt "Aktionenrechtliches Denken im BGB"<sup>180</sup> wendet sich *de Boor* zunächst dagegen, dass das BGB an die Beweislast denkt. Diese Einzelregelung sei nur für den Prozess nötig, soweit er unter dem Verhandlungsgrundsatz stehe.<sup>181</sup> Das ist richtig, obwohl man präzisieren kann, dass die Beweislast nicht für jeden Prozess eine Rolle spielt, sondern nur in solchen Fällen, in denen ein erforderlicher Beweis nicht geführt werden kann.

---

<sup>178</sup> De Boor (Anm. 176), 31-34.

<sup>179</sup> De Boor (Anm. 176), 32 f sowie 46.

<sup>180</sup> De Boor (Anm. 176), 34-39.

<sup>181</sup> De Boor (Anm. 176), 34 f.



Es ist aber entgegen *de Boor* kein Fehler des BGB, die Beweislast bereits bei der materiell-rechtlichen Regelung zu bedenken. Vielmehr wäre es umgekehrt ein Mangel des Gesetzes, wenn aus ihm eine Beweislastverteilung zu entnehmen wäre, die vom Gesetzgeber nicht auf ihre Zweckmäßigkeit hin bedacht worden wäre. Beweislastentscheidungen lassen sich mangels Allwissenheit der Richter nun einmal nicht vermeiden.

Dann ist es aber nötig, diesen Fragen auch bei der Regelung des materiellen Rechts verstärkte Aufmerksamkeit zu schenken. Das gilt in noch stärkerem Maße bei der Beurteilung des Prozessrisikos durch einen Anwalt, die für mich im Mittelpunkt steht. Hier wäre die von einer Abneigung gegen "aktionenrechtliches Denken" veranlasste Vernachlässigung von Überlegungen zur Beweislast nicht vertretbar.

Vom Standpunkt *de Boors* aus muss dann auch § 322 BGB unangenehm auffallen.<sup>182</sup> Dort ist von Klage und Zug-um-Zug-Urteil die Rede. Das ist ein recht deutlicher Fall von "aktionenrechtlichem Denken". Andererseits sehe ich aber auch hier nicht ein, weshalb man auf die Betrachtung der prozessualen Konsequenzen verzichten soll. Vielmehr meine ich umgekehrt, dass die Einrede des nichterfüllten Vertrages erst dann wirklich verstanden werden kann, wenn man die Besonderheiten der Vollstreckung eines Zug-um-Zug-Urteiles in die Betrachtung einbezieht.

Nach der Kritik an nach Meinung von *de Boor* durch aktionenrechtliches Denken bedingten Mängeln der ZPO und des BGB entwickelt *de Boor* umgekehrt konstruktiv Grundgedanken eines neu zu schaffenden Privatrechts. Dieses soll zunächst einmal eine "Lebensordnung" schaffen, in der nur angegeben wird, was die "Volksgenossen" im Verkehr miteinander zu tun und zu lassen haben. Das soll ganz ohne Rücksicht auf den Prozess geschehen.<sup>183</sup>

Im Prozessrecht ist das wichtigste Anliegen von *de Boor* der Satz: "Eine jede richterliche Handlung, und also auch die ihr zugrunde liegende rechtliche Beurteilung darf sich nie allein auf den Anspruch beziehen, wie er in der Klage steht, sondern hat immer Antrag und Sachverhalt in dem Stadium der Entwicklung und Aufklärung zugrunde zu legen, in dem er sich zur Zeit der

---

<sup>182</sup> De Boor (Anm. 176), 36 f.

<sup>183</sup> De Boor (Anm. 176), 40-42.

richterlichen Handlung befindet."<sup>184</sup>

Die von *de Boor* geforderte "Lebensordnung" soll also auf jede prozessuale Regelung verzichten. Damit bedarf sie dann aber einer um so umfangreicheren Ergänzung durch das Prozessrecht. Wenn man zum Beispiel die Kritik von *de Boor* aufgreift und § 322 BGB aus einer solchen "Lebensordnung" verbannt, dann muss eben eine inhaltlich entsprechende Regelung in der ZPO neu geschaffen werden, da man ja irgendwie entscheiden muss, wenn ein Schuldner sich auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages beruft.

Wenn es also nur um die vordergründige Frage geht, ob eine Regel wie § 322 BGB im BGB steht oder ob sie nicht vielmehr in die ZPO gehört, hätte ich keine Bedenken, *de Boor* zuzustimmen. Denn es handelt sich dabei um keine sehr wichtige Frage, da eine Vorschrift des einfachen Gesetzes unabhängig davon gilt und ausgelegt wird, in welchem Gesetz sie gerade steht.

Interessanter ist schließlich von dem hier vertretenen Standpunkt aus der oben zitierte Satz zum Prozessrecht, wonach sich der Anspruch im Laufe des Prozesses entwickelt. Für den Sonderfall des rechtskräftigen Urteils entspricht das meiner bereits oben dargestellten Ansicht, wonach der Anspruch auch materiellrechtlich dadurch stark beeinflusst wird, dass zukünftiges Recht zu endgültigem Recht wird.

Etwas ähnliches lässt sich aber auch mit *de Boor* für Zeitpunkte vor einer endgültigen Entscheidung sagen. Auch nach der ersten Beweisaufnahme kann die Beurteilung des Prozessrisikos schon ganz anders aussehen als noch vor der Klageerhebung. Meine dritte grundlegende Behauptung ist, dass das zukünftige Recht vom Streit der Parteien beeinflusst wird. Wenn man diesen Streit mit einem Boxkampf vergleicht, dann kann man bildlich gesprochen sagen, dass sich die Lage nach der ersten Runde anders darstellen kann als nach der zehnten Runde. Dem von *de Boor* als besonders wichtig bezeichneten Satz des Prozessrechts möchte ich daher durchaus zustimmen: In der Tat verändert sich der Anspruch im Laufe des Prozesses ständig, verändert sich vor allem die Einschätzung des Prozessrisikos durch die Parteien ständig.

### **Binder 1927**

*Binders* Buch über Prozess und Recht<sup>185</sup> bezieht sich überwiegend

---

<sup>184</sup> De Boor (Anm. 176), 46.

auf das Privatrecht und ist eine der umfangreicheren Monographien zum grundlegenden Verständnis des Anspruchsbegriffes. Eine kurze Diskussion einiger Thesen von *Binder* soll im folgenden versucht werden.

Zunächst einmal möchte ich den Standpunkt von *Binder* zum Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht aufgreifen. *Binder* behauptet die Einheit von Prozessrecht und materiellem Recht, in seiner Terminologie die Einheit der "Rechtsordnung des Privatrechts" und der "Rechtsordnung des Prozessrechts." Auch das Wesen des Privatrechts ist nach *Binder* eine äußerlich durchsetzbare Macht, Recht und Rechtsschutz seien nicht verschiedene Einrichtungen, sondern nur von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet dasselbe Ding.<sup>186</sup> Diese Auffassung ist nur konsequent, da *Binder* allgemein den Zwang und die Macht zur Durchsetzung als ein wesentliches Merkmal des Rechts betrachtet.<sup>187</sup> *Binder* stellt dann auf den folgenden Seiten dar, dass diese von ihm entwickelte Auffassung auch die des Römischen Rechts gewesen sei.<sup>188</sup>

Diese kurz skizzierte Auffassung von *Binder* entspricht weitgehend meinem Standpunkt. Das gilt zunächst für den Ausgangspunkt: *Binder* setzt für den Begriff des Rechts überhaupt "äußerlich durchsetzbare Macht" voraus, während ich auf den ersten Seiten dieses Buches die Möglichkeit staatlichen Zwanges als entscheidendes Merkmal des Rechts bezeichne. Und auch ich komme dann wie *Binder* zu einer weitgehenden Einheit von materiellem Recht und Prozessrecht, da ich bei jedem Rechtssatz des materiellen Rechts immer auch mit an die Möglichkeiten zur zwangsweisen Durchsetzung denke. Diese sind Teil der vom materiellen Recht angeordneten Rechtsfolge. Die Frage, ob diese Auffassung dem Römischen Recht entspricht, ist dagegen für meinen Standpunkt nicht entscheidend, da ich im ersten Teil nirgends mit der Berufung auf Autoritäten argumentiere.

Besonders interessant sind weiter die Ausführungen *Binders* zum Problem der materiellen Rechtskraft. Aus dem eben dargestellten Standpunkt *Binders* ergeben sich Konsequenzen für das Verständnis der materiellen Rechtskraft. Wenn man sich nämlich Prozessrecht und materielles Recht als Einheit vorstelle, erledige

<sup>185</sup> *Binder*, Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, 1927.

<sup>186</sup> *Binder* (Anm. 185), 103-106.

<sup>187</sup> *Binder* (Anm. 185), 104, Fn. 1.

<sup>188</sup> *Binder* (Anm. 185), 106-112.

sich damit der Gegensatz zwischen den Rechtskrafttheorien von selbst. "Die Schwierigkeiten, darein die eine wie die andere Rechtskraftlehre verfällt, verschwinden und der Gegenstand des Streits verflüchtigt sich."<sup>189</sup>

Dem kann ich wieder nur zustimmen. Meine oben dargelegte Position zum Verständnis der materiellen Rechtskraft ist ebenfalls stark davon geprägt, dass ich von einer weitgehenden Einheit von materiellem Recht und Prozessrecht ausgehe. Umgekehrt ist von meinem Standpunkt aus an jeden Vertreter einer "prozessrechtlichen" Theorie die Frage zu richten, ob er denn wirklich eine sichere Abgrenzung zwischen Prozessrecht und materiellem Recht angeben kann. Andererseits meine ich nicht, dass "sich der Gegenstand des Streitens verflüchtigt." Auch wenn man sich nämlich eine weitgehende Einheit von materiellem Recht und Prozessrecht vorstellt, ist es doch durchaus möglich, den Schwerpunkt beim Verständnis der materiellen Rechtskraft durchaus unterschiedlich zu setzen.

Einige Seiten später zieht *Binder* noch eine weitere Folge, die sich "vor allem" aus seiner "Überwindung des Rechtsdualismus" ergebe. Es falle nämlich der "Dualismus des vorprozessualen und des prozeßmäßig gestalteten, im Urteil festgestellten Tatbestandes, und damit auch der Dualismus des vorprozessualen, des 'Anspruchs an sich' und des im Urteil festgestellten Anspruchs" in sich zusammen.<sup>190</sup> *Binder* erläutert das am Beispiel einer Klage, die durch eine Beweislastentscheidung abgewiesen wird. In diesem Fall hat nach *Binder* eben der Anspruch von vornherein "nur eine äußerst prekäre Geltung" gehabt. Das klageabweisende Urteil führe also nie dazu, einen an sich bestehenden Anspruch unrichtigerweise zu vernichten, vielmehr bestehe eben in einem solchen Fall der Anspruch von vornherein nicht.<sup>191</sup>

Hier habe ich nun erstmals Gelegenheit, der Auffassung von *Binder* zu widersprechen. Es ist keineswegs so, dass ein Anspruch durch ein gerichtliches Urteil unverändert bleibt. Vielmehr wird mit dem Urteil zukünftiges Recht zu endgültigem Recht.

Nehmen wir das von *Binder* genannte Beispiel. G hat dem S hundert Euro geliehen, hat aber keine Quittung dafür. Wenn jetzt

---

<sup>189</sup> *Binder* (Anm. 185), 310.

<sup>190</sup> *Binder* (Anm. 185), 313.

<sup>191</sup> *Binder* (Anm. 185), 314.

G den S vor einem Amtsgericht auf Zahlung von hundert Euro verklagt, dann ist bis zur (in diesem Fall wegen des geringen Streitwertes sofort rechtskräftigen) Entscheidung des Amtsgerichtes durchaus nicht eindeutig bestimmt, wie der Prozess ausgehen wird. Vielleicht gibt S zu, dass er das Geld geliehen hat. Vielleicht macht S bei einer von G beantragten Parteivernehmung einen so ungünstigen Eindruck auf den Richter, dass G auch ohne Quittung seine Behauptung eines Darlehens beweisen kann. Gerade die Vorhersage der Beweiswürdigung ist besonders unsicher.

Daher meine ich, dass sich der Anspruch des G vor der Entscheidung des Amtsgerichtes erheblich von dem Anspruch nach dieser Entscheidung unterscheidet. Auch *Binder* gibt das in Ansätzen bereits zu, wenn er nämlich sagt, der Anspruch habe eine "äußerst prekäre Geltung" gehabt. Das ist etwas anderes als überhaupt keine Geltung, und *Binder* macht dann richtigerweise die Unbeweisbarkeit auch von der Voraussetzung abhängig, dass der Schuldner unredlich ist. Allein diese Voraussetzung widerlegt aber schon die These, der Anspruch sei vor und nach dem Urteil der gleiche.

### **Goldschmidt 1925**

Die Thesen von *Goldschmidt*<sup>192</sup> zu den Grundlagen des Zivilprozesses stehen der hier vertretenen Auffassung teilweise recht nahe. Leider kann ich hier nur einen geringen Teil von *Goldschmidts* Gedanken aufgreifen. Ich beschränke mich dabei auf solche Teile des Werkes, die mir zur Verdeutlichung und Überprüfung meines eigenen Standpunktes als besonders aufschlussreich erscheinen.

*Goldschmidt* beschreibt im ersten Absatz des Vorwortes seines Buches die "Grundgedanken dieser Arbeit". Danach sind "unsere unantastbarsten Rechte nichts als Aussichten, Möglichkeiten und versäumte Lasten". Das Recht des einzelnen sei ein "Inbegriff von Möglichkeiten und Lasten im Kampfe um das, was als Recht gelten wird". Dieser Grundgedanke steht meinem eigenen Standpunkt nahe.

*Goldschmidt* versteht den Begriff der Rechtslage abweichend vom üblichen Sprachgebrauch wie folgt. Rechtslage sei "die rechtlich begründete Aussicht auf ein günstiges oder ungünstiges Urteil und

---

<sup>192</sup> Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925.

folgewise auf die gerichtliche Geltung des geltend gemachten Anspruches als rechtlich begründet oder unbegründet". Eine Betrachtung der Rechtslage bedeute allemal eine Urteilsprognose.<sup>193</sup> Diese Urteilsprognose sei immer unsicher, ein richterliches Urteil sei nie mit Sicherheit zu berechnen.<sup>194</sup> Darin liege gerade der Unterschied einer prozessualen Rechtsbetrachtungsweise zu einer materiell-rechtlichen Rechtsbetrachtungsweise. Die Quelle der Unsicherheit liege nicht nur in der Freiheit des richterlichen Ermessens, sondern schon in der Subjektivität der richterlichen Tatsachen- und Rechtsauffassung, ja in der Unsicherheit des richterlichen Einschreitens überhaupt.<sup>195</sup>

Dabei grenzt *Goldschmidt* allerdings dann den Begriff der Rechtslage von einer bloß tatsächlichen Erwartung durch ein bestimmtes Merkmal ab.<sup>196</sup> Eine Rechtslage soll danach nur die Aussicht auf ein günstiges oder ungünstiges Urteil sein, die mit "überwiegender Sicherheit" bestehe. Eine solche überwiegende Sicherheit werde einerseits dann gefährdet, wenn eine Entscheidung vom freien richterlichen Ermessen abhängt. Andererseits drohen der überwiegenden Sicherheit Gefahren durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, vor allem im Bereich des Zeugenbeweises. Die Aussicht auf die Würdigung des Beweisergebnisses sei regelmäßig nicht hinreichend gesichert um von einer Rechtslage zu sprechen. Um diesem Missstand zu begegnen, sei es erforderlich, durch die Psychologie der Zeugenaussage zutage geförderte Erfahrungssätze zu gesetzlichen Beweisregeln zu erheben.

In dieser hier nur bruchstückhaft wiedergegebenen Konzeption finden sich alle drei zentralen Behauptungen dieses Buches in ähnlicher Form wieder. Es sei daher im folgenden vor allem eine Abgrenzung zum Standpunkt *Goldschmidts* versucht.

Die erste zentrale Behauptung dieses Buches ist die Einteilung allen Rechts in zukünftiges Recht und endgültiges Recht. Auch für *Goldschmidt* steht die Urteilsprognose an zentraler Stelle seines Begriffes der Rechtslage. Unterschiede liegen zunächst einmal in der Begriffswahl. Der Begriff "Rechtslage" macht weniger deutlich, dass es um die Prognose zukünftiger richterlicher Entscheidungen

---

<sup>193</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 255.

<sup>194</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 255.

<sup>195</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 251.

<sup>196</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 255-257.

geht, als das beim Begriff "zukünftiges Recht" der Fall ist. Ein Leser, der nur in einem anderen Buch den Titel des Buches von *Goldschmidt* zitiert findet und das Buch selbst nicht aufschlägt, wird aus dem Titel nicht entnehmen können, dass *Goldschmidt* den Begriff der "Rechtslage" in dem oben geschilderten Sinn versteht. Inhaltlich liegt ein weniger bedeutender Unterschied darin, dass die Unterscheidung in zukünftiges Recht und endgültiges Recht für alle Rechtsgebiete getroffen wird und sich nicht etwa auf den Zivilprozess beschränkt.

Der wichtigere Unterschied ist: Die Definition des zukünftigen Rechts ist anders als die der Rechtslage nicht davon abhängig, wie sicher die Vorhersage einer noch nicht vorliegenden Entscheidung möglich ist. Sie ist daher einfacher anzuwenden. Ob eine "Rechtslage" vorliegt oder nicht, das zu beurteilen setzt möglicherweise umfangreiche und komplexe Überlegungen voraus, ob eine "überwiegende Sicherheit der Aussicht" besteht. Dagegen ist die Einordnung in die Kategorien zukünftiges und endgültiges Recht einfach anhand des simplen Kriterium zu treffen, ob ein Urteil bereits vorliegt oder nicht.

Meine zweite grundlegende Behauptung geht dahin, dass die Vorhersage zukünftigen Rechts immer auch einen Spielraum für den Zufall lassen muss. Das sieht auch *Goldschmidt* ähnlich. Nur bedeutet das für ihn eine Einschränkung des Bereiches, in dem von einer "Rechtslage" gesprochen werden kann. Der Einfluss des Zufalls auf den Prozess und die daraus folgende fehlende "überwiegende Sicherheit" der Aussicht auf ein bestimmtes Urteil sind daher für ihn unerwünschte Störfaktoren, die es möglichst auszuschalten gilt, etwa durch die Einführung von gesetzlichen Beweisregeln, die aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse der Aussagepsychologie eine bessere Berechnung der Beweiswürdigung ermöglichen sollen.

Dagegen verstehe ich den Einfluss des Zufalls auf den Prozess nicht etwa als unvermeidliches Übel, dessen schädliche Auswirkungen möglichst zu begrenzen seien. Denn damit wird unausgesprochen vorausgesetzt, dass eine "überwiegende Sicherheit" der Prognose zukünftigen Rechts dem Zustand einer etwas geringeren Sicherheit vorzuziehen sei.

So wäre möglicherweise durch Einführung der von *Goldschmidt* nicht näher benannten neuen gesetzlichen Beweisregeln etwa eine bisher völlig unsichere Aussicht in einem bestimmten Verfahren auf das Niveau einer Aussicht mit einer "überwiegenden Sicher-

heit" anzuheben. In einer zahlenmäßigen Formulierung wäre statt einer Erfolgsaussicht des Klägers von 50 Prozent (völlige Ungewissheit) nun eine Erfolgsaussicht von 70 Prozent zu erreichen (Zustand einer "überwiegenden Sicherheit" der Erfolgsaussicht des Klägers).

Aber auch in diesem von *Goldschmidt* angestrebten Zustand, in dem dann nach seiner Definition die bloße tatsächliche Erwartung in eine Rechtslage umschlägt, bleibt doch ein - wenn auch auf nur 30 Prozent beschränkter - Spielraum für die Möglichkeit, dass der Kläger den Prozess doch verliert. Warum soll aber ein Spielraum von 30 Prozent grundsätzlich besser sein als ein solcher von 50 Prozent? Solange man nicht den Einfluss des Zufalls auf das zukünftige Recht vollständig ausschließen kann, was durch keine noch so kluge Reform der Prozessordnungen möglich ist, sind nach meiner Auffassung prinzipiell alle Verteilungen der Erfolgsaussichten gleichwertig.

Ich sehe daher keinen Grund dafür, die Situation der "überwiegenden Sicherheit" vorzuziehen. Für die von einer bestimmten Frage des zukünftigen Rechts unmittelbar Betroffenen kommt es vielmehr vor allem darauf an, dass sie richtige Vorstellungen über das Ausmaß des Risikos erhalten, dass eine bestimmte Prognose des zukünftigen Rechts zutrifft. Wenn es richtig ist (was auch *Goldschmidt* annimmt), dass vollständige Rechtssicherheit bei der Prognose zukünftigen Rechts immer eine Illusion bleiben muss, dann geht das Interesse der Parteien vor allem auf eine richtige Einschätzung ihres jeweiligen Prozessrisikos.

Für den Kläger in einem Zivilprozess ist es durchaus ausreichend, wenn er seine Erfolgsaussicht etwa auf 50 Prozent beziffern kann. Wichtig ist vor allem die Information der Parteien über ihre jeweilige Erfolgsaussicht, wichtiger als die Frage, ob diese dann nahe oder weniger nahe an 100 Prozent liegt. Anders als für *Goldschmidt* ist mit anderen Worten nach meiner Auffassung der Zufall nicht grundsätzlich schädlich und abzulehnen.

Soweit zur grundsätzlichen Position *Goldschmidts*. Nun möchte ich noch die Auseinandersetzung *Goldschmidts* mit der materiellen Rechtskrafttheorie<sup>197</sup> aufgreifen. Diese ausführliche und umfassende Kritik *Goldschmidts* an der materiellen Rechtskrafttheorie steht allerdings zu meinem Standpunkt durchaus im Gegensatz, da

---

<sup>197</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 164-211.



ich der Auffassung bin, dass die Rechtskraft nicht etwa nur irgendeinen, sondern vielmehr den stärksten überhaupt denkbaren Einfluss auf das materielle Recht ausübt.

Dabei ist mir allerdings klar, dass die für diese Aussage eigentlich vorausgesetzte Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht keineswegs einfach und sicher vorzunehmen ist. Wegen dieses Gegensatzes zu *Goldschmidts* Auffassung möchte ich seine Kritik an der materiellen Rechtskrafttheorie aufgreifen, um meinen eigenen Standpunkt zu überprüfen.

Es ist zunächst einmal für meinen Standpunkt nicht entscheidend, ob die Behauptung von *Goldschmidt*<sup>198</sup> zutrifft, im Römischen Recht habe die materielle Rechtskrafttheorie nicht gegolten. Der Einfluss des Römischen Rechts ist in den letzten hundert Jahren ständig zurückgegangen. Jedenfalls berufe ich mich für meinen Standpunkt nicht auf das Römische Recht oder andere Autoritäten, sondern allein auf Sachargumente.

Das nächste Argument von *Goldschmidt* läuft im wesentlichen auf den Vorwurf hinaus, die materielle Rechtskrafttheorie könne die Rechtskraft von Prozessurteilen nicht hinreichend würdigen und daher nicht alle Urteile erfassen.<sup>199</sup>

Das ist richtig. Ein Urteil kann natürlich materielles Recht nur dann und insoweit beeinflussen, als auch über materielles Recht entschieden wird. Das versteht sich von selbst. *Goldschmidt* setzt allerdings bei seiner Kritik unausgesprochen die Notwendigkeit voraus, die Rechtskraft aller Arten von Urteilen einheitlich zu erklären. Diese Notwendigkeit besteht aber nicht.

Jedenfalls für den von mir geschilderten Fall eines extrem starken Einflusses des rechtskräftigen Urteils auf die Prognose zukünftigen Rechts (Entscheidung des Bundesgerichtshofes über die Auslegung einer bestimmten Auslegung einer Generalklausel des Bürgerlichen Rechts, wobei diese Entscheidung jedermann überrascht) ist es nicht richtig, diesen Einfluss leugnen zu wollen. Das mag naturgemäß anders sein, wenn ein solcher Einfluss in einem anderen Fall nicht festzustellen ist. Die grundsätzliche Möglichkeit eines Einflusses der Rechtskraft auch auf materielles Recht lässt sich aber nicht überzeugend mit dem Hinweis bestreiten, es gäbe auch Fälle, in denen es an einem solchen Einfluss fehle.

---

<sup>198</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 165-173.

<sup>199</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 173-177.

Als nächstes Argument gegen die materielle Rechtskrafttheorie behauptet *Goldschmidt*, diese sei mit der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft nicht vereinbar.<sup>200</sup> Dieses Argument ist besonders leicht zu widerlegen. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft sind unabhängig davon, wie man die Wirkung der Rechtskraft versteht. In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, wie weit die Rechtskraft subjektiv wirkt. In einem zweiten Schritt stellt sich dann die Frage, wie man diese Wirkung erklären will.

Dann argumentiert *Goldschmidt*, nach der materiellen Rechtskrafttheorie komme materielle Rechtskraft überhaupt nur unrichtigen Urteilen zu.<sup>201</sup> Das ist der interessanteste Einwand. Ich werde daher nur noch dieses Argument diskutieren und die übrigen Argumente *Goldschmidts* nicht mehr aufgreifen.

*Goldschmidt* sagt nicht ausdrücklich, was er unter einem "unrichtigen" Urteil versteht. Ich habe aber den Eindruck, dass er die "Unrichtigkeit" des Urteils in der Weise verstehen will, dass ein Urteil entweder richtig oder unrichtig ist.

Meine Auffassung unterscheidet sich von dieser einfachen Sicht der Unrichtigkeit. Es gibt nach meiner Auffassung viele unterschiedliche Stufen der Richtigkeit oder Unrichtigkeit. (Das merkt man im übrigen auch bei einer Beurteilung von Urteilsentwürfen im Rahmen von Prüfungsarbeiten nach einer Notenskala, die etwa von 0 bis 18 Punkten geht und auch nicht nur die Kategorien "richtig" und "unrichtig" kennt).

Es gibt so etwas wie eine "unrichtigstes" Urteil. Der hier gewählte Maßstab ist dabei der, wie weit ein Urteil vorhersehbar war. Für die Diskussion der Rechtskraft ziehe ich die Konsequenzen aus dieser Auffassung der "Unrichtigkeit". Die Rechtskraft einer Entscheidung ist für die erfolgreiche Partei in der Tat um so wertvoller, je "unrichtiger" nach diesem Maßstab das betreffende Urteil ist.

Denn das bedeutet eben gerade, dass sich eine nur sehr geringe Erfolgsaussicht in eine nunmehr wesentlich höhere Erfolgsaussicht verwandelt (für den Fall, dass der Gegner sich von der Rechtskraft nicht beeindrucken lässt und doch noch weiterprozessiert). Es trifft also durchaus zu, dass die Wirkung der Rechtskraft um so stärker ist, je unrichtiger ein Urteil ausfällt. Das ist aber keineswegs ein

---

<sup>200</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 177-183.

<sup>201</sup> Goldschmidt (Anm. 192), 183-191.

Nachteil der hier entwickelten Auffassung. Vielmehr besteht eben darin der Zweck der Rechtskraft, nämlich darin, die "Unrichtigkeit" von Urteilen eben nicht mehr zu korrigieren.

Wer also mit dem hier diskutierten Argument die materielle Rechtskrafttheorie angreift, sollte zunächst einmal angeben, was er unter einem "richtigen" bzw. "unrichtigen" Urteil versteht. Nach dem hier vorausgesetzten Verständnis trifft der von *Goldschmidt* erhobene Vorwurf nicht.

### **Pagenstecher 1905**

Ein Buch von *Pagenstecher* aus dem Jahre 1905<sup>202</sup> enthält eine Reihe von Aussagen, die geeignet sind, das in diesem Buch vertretene Verständnis der materiellen Rechtskraft in einer Auseinandersetzung näher zu verdeutlichen. Einige davon sollen kurz aufgegriffen und diskutiert werden.

Erstens der Begriff der "Rechtsgewissheit". Ziel eines Zivilprozesses ist nach *Pagenstecher* jedenfalls bei Feststellungs- und Leistungsklagen, Rechtsgewissheit zwischen den Parteien zu schaffen.<sup>203</sup> Rechtsgewissheit wird definiert wie folgt. Rechtsgewissheit zwischen den Parteien sei vorhanden, wenn Garantien dafür geschaffen seien, dass stets und überall, wo zwischen den Parteien die Frage, ob das betreffende subjektive Recht zur Zeit des letzten Prozesses bestanden habe, zur Erörterung komme, davon ausgegangen werde, dass der Richter diese Frage mit Recht bejaht habe.<sup>204</sup>

Eine kurze Diskussion bereits dieser Definition ergibt folgendes. Es ist bemerkenswert, dass Rechtsgewissheit im Sinne dieser Definition nicht mehr oder weniger weitgehend bestehen kann. Vielmehr setzt die Definition voraus, dass "stets und überall" die Entscheidung des Vorprozesses beachtet wird. Anders dagegen das Verständnis in diesem Buch. Es kann keine völlige Gewissheit geben, dass eine Entscheidung "stets und überall" in Zukunft beachtet wird. Vielmehr gibt es verschiedene Stufen von "Rechtsgewissheit". Die Rechtsgewissheit nach dem Ende des Prozesses A kann stärker oder schwächer sein als die nach dem Prozess B. Es gibt eine stärkste Rechtsgewissheit ebenso wie eine schwächste Rechtsgewissheit.

---

<sup>202</sup> Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905.

<sup>203</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 20 ff.

<sup>204</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 25 f.

Zweiten ist eine kurze Bemerkung in einer Auseinandersetzung *Pagenstechers* mit *Hellwig* recht anregend. *Pagenstecher* meint, das eine könne man nicht leugnen. Dass es nämlich im geltenden Recht vorkomme, dass jemand, der vor dem Prozesse keine privatrechtliche Forderung hatte, nach dem Prozess eine solche hat.<sup>205</sup> Damit meint er offenbar den Fall eines Urteils, das dem Kläger recht gibt, obwohl es eigentlich dem Beklagten hätte recht geben müssen, den Fall eines unrichtigen Urteils.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedes Urteil unrichtig, die Urteile unterscheiden sich nur im Grade ihrer Unrichtigkeit. Und der von *Pagenstecher* hier angesprochene Fall wäre dahin zu deuten, dass eine für den Kläger vor dem Prozess sehr ungünstige Prognose zukünftigen Rechts nunmehr zu einer sehr günstigen Prognose wird. Die zitierte Äußerung *Pagenstechers* wird von diesem Standpunkt aus zu einer vereinfachten (damit aber auch besonders prägnanten) Formulierung.

Drittens soll hier die von *Pagenstecher* häufig herangezogene Parallele zwischen einem Vergleich der Parteien und einem rechtskräftigen Urteil aufgegriffen werden.<sup>206</sup> So führt *Pagenstecher* etwa folgendes Beispiel an.<sup>207</sup> A verlangt von B 105. B will nur 95 zahlen. Die Parteien vergleichen sich auf 100. Aus der Sicht beider Parteien besteht der Zweck dieses Vertrages darin, Rechtsgewissheit zu schaffen. Beide Seiten geben jeweils 5 auf, die Gegenleistung beider Parteien besteht in der Schaffung von Rechtsgewissheit. Den gleichen Zweck verfolgt nach *Pagenstecher* auch das Urteil, worin eine Ähnlichkeit zwischen Urteil und Vergleich liege.<sup>208</sup> Und das Urteil hat nach *Pagenstecher* analoge Wirkungen zum Vergleich.<sup>209</sup>

Dies ist der Grundgedanke des genannten Buches. Damit hat nach *Pagenstecher* das rechtskräftige Urteil Auswirkungen auch auf das materielle Recht. Die hier vertretene Auffassung kommt dem nahe. Unabhängig vom Ergebnis bei der Frage, wie man die materielle Rechtskraft zu verstehen hat, ist aber jedenfalls die Parallele zwischen Vergleich und Urteil höchst aufschlussreich.

Ein Vergleich setzt "Streit oder Ungewissheit" der Parteien über

---

<sup>205</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 73.

<sup>206</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 94 ff.

<sup>207</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 101 ff.

<sup>208</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 140 f.

<sup>209</sup> Pagenstecher (Anm. 202), 444.

ein Rechtsverhältnis oder die Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruches voraus (§ 779 BGB).<sup>210</sup> Wenn die Parteien einen Vergleich schließen, dann wird die Unsicherheit zwischen den Parteien abnehmen. Die Prognose zukünftigen Rechts wird sicherer möglich werden. Darin liegt in der Tat eine Parallele zum Urteil (allerdings nicht nur zum rechtskräftigen Urteil).

Der wichtigste Unterschied zum Urteil liegt darin, dass ein Vergleich meistens wesentlich schneller und für alle Beteiligten weniger arbeitsaufwendig ist. Die § 779 BGB vorausgesetzte "Unsicherheit" ist gerade die in diesem Buch behauptete Unsicherheit über die Prognose zukünftigen Rechts. Je unsicherer die Vorhersage zukünftigen Rechts ist, desto mehr Spielraum bleibt für einen Vergleich. Und Überlegungen zum Prozessrisiko und zur Prognose zukünftigen Rechts spielen besonders bei der Frage, ob ein Rechtsstreit durch einen Vergleich erledigt werden soll, eine wesentliche Rolle.

Das materielle Recht ist vor Beginn eines Prozesses regelmäßig mehr oder weniger unsicher. Wenn A gegen B eine Klage auf Zahlung von zehn Millionen Euro Schadensersatz erhebt, dann ist sein möglicher Anspruch zu diesem Zeitpunkt noch unsicherer als nach einer anerkennenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder gar des Bundesverfassungsgerichtes.

Ebenso wird der Anspruch auch durch Abschluss eines Vergleiches sicherer, wenn auch möglicherweise im Betrag geschmälert. Urteil und Vergleich beeinflussen in gleicher Weise die Sicherheit der Prognose weiterer gerichtlicher Entscheidungen über das streitige materielle Recht. Ob man diese Auffassung als "materiell-rechtliche" Theorie zur materiellen Rechtskraft bezeichnen will, wird auch davon abhängen, wie man überhaupt materielles Recht und Prozessrecht voneinander abgrenzen will.

Wichtiger als diese Einordnung ist aber die Aussage in der Sache. Jedenfalls für die Betrachtung der materiellen Rechtskraft unter dem Gesichtspunkt des zukünftigen Rechts und des Prozessrisikos ist ein starker Einfluss der materiellen Rechtskraft auch auf die materielle Rechtslage nicht zu leugnen.

---

<sup>210</sup> Nur am Rande sei hier angemerkt, dass also auch das BGB anders als *Jhering* nicht vom "Kampf ums Recht" spricht, sondern vom "Streit über ein Rechtsverhältnis".

## Windscheid 1856

Das Buch von *Windscheid* über die *Actio* des römischen Zivilrechts<sup>211</sup> spielt in der Diskussion des Anspruchsbegriffes eine erhebliche Rolle. Da ich in diesem Buch unter anderem auch einen Anspruchs begriff entwickle, möchte ich im folgenden kurz auf dieses Buch eingehen. Dabei geht es mir allerdings nicht darum, genau festzustellen, wie *Windscheid* richtig zu verstehen ist oder was man sich vor längerer Zeit im Geltungsbereich des römischen Rechts unter einer "*Actio*" vorgestellt hat. Vielmehr geht es nur darum, meinen eigenen Standpunkt näher zu erläutern und zu überprüfen.

Zunächst einmal ist zu diesem Zweck eine Bemerkung von *Windscheid* zur *Actio* aufschlussreich. *Windscheid* behauptet, für die Römer sei das Entscheidende nicht gewesen, was das Recht, sondern was das Gericht sagt. Derjenige, dem ein Anspruch bestritten wurde, frage nicht etwa, ob der Anspruch durch das Recht gewährleistet sei. Vielmehr frage er sich, ob der "das Gericht hegende Magistratus" geneigt sei, den Anspruch zur gerichtlichen Verfolgung zuzulassen.<sup>212</sup>

Dabei sind die Ausführungen *Windscheids* an dieser Stelle durchaus nicht allein zivilrechtlich oder zivilprozessual, vielmehr entwickelt *Windscheid* einen rechtstheoretischen Standpunkt zur Frage der Bindung römischer Gerichte an das Recht und zum Verhältnis der Rechtsordnung zur Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung von Rechten im Wege der Klage.<sup>213</sup>

Wenn dieses Verständnis *Windscheids* der *Actio* richtig ist, enthält der Begriff der *Actio* in der Terminologie dieses Buches ein Element der Prognose zukünftigen Rechts. Ein Kritiker des in diesem Buches entwickelten Standpunktes könnte dann etwa behaupten, dass der hier entwickelte Anspruchs begriff zur *Actio* des römischen Rechts und auf einen Diskussionsstand vor *Windscheid* zurückführe.

Gegen diese Kritik ist nur zu erwidern: Die Frage, ob der hier entwickelte Anspruchs begriff mit dem Begriff der *Actio* im römischen Recht übereinstimmt oder nicht, diese Frage ist für

---

<sup>211</sup> Windscheid, Die *Actio* des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856.

<sup>212</sup> Windscheid (Anm. 211), 4.

<sup>213</sup> Windscheid (Anm. 211), 3 f.

meinen Standpunkt nicht entscheidend wichtig, da ich mich nicht auf die Autorität des Römischen Rechts oder überhaupt auf irgendeine Autorität berufe. Weiter darf ich daran erinnern, dass es mir bei meinem Anspruchsbegriff speziell um die Frage des Prozessrisikos geht, um die Sicht des Prozesses vom Standpunkt der Parteien aus, zu einem Zeitpunkt, zu dem der Prozess noch nicht entschieden ist. Dieser Ausgangspunkt erfordert eine stärker am Prozess orientierte Auffassung als das sonst der Fall sein mag.

*Windscheid* definiert seinen Begriff des Anspruches an der zweiten Stelle der Verwendung in dem genannten Buch<sup>214</sup> wie folgt: "Actio ist also der Ausdruck für dasjenige, was man von einem anderen verlangen kann; suchen wird dafür nach einer kurzen Bezeichnung, so werden wir passend sagen können: Actio ist der Ausdruck für den **Anspruch**" (Hervorhebung im Original). Im nächsten Abschnitt heisst es dann: "Die Actio ist also anstatt des Anspruches. Jemand hat eine Actio, heißt, in die Sprache unserer Rechtsanschauung, für welche die gerichtliche Verfolgbarkeit erst die Consequenz des Rechtes ist, übersetzt: Jemand hat einen rechtlich anerkannten Anspruch."<sup>215</sup>

Nach diesen Ausführungen, die hier der Genauigkeit halber wörtlich zitiert wurden, kann man den Eindruck haben, dass *Windscheid* nur ein lateinisches Wort (*Actio*) durch ein deutsches (Anspruch) ersetzt, ohne inhaltlich etwas anderes zu meinen. Oder man könnte die Definition des Anspruchs bei *Windscheid* dahingehend verstehen, dass diese von der Definition der *Actio* abhängt. Vor allem die letztere der zitierten Äußerungen ist leicht in diesem Sinne misszuverstehen.

Das liegt auch deshalb nahe, weil die zitierten Äußerungen sich in dem ersten Kapitel des genannten Buches finden, das den Titel "Begriff der Actio" trägt. Daher ist wohl eher eine Klärung des Begriffes der *Actio* als eine Definition des Anspruchsbegriffs bezweckt. Dennoch wäre das oben beschriebene Verständnis aber nicht richtig. Es besteht ein erheblicher Unterschied zwischen den beiden Begriffen, wie sie *Windscheid* in den zitierten Zeilen versteht. Der Begriff der *Actio* legt das Schwergewicht auf die gerichtliche Durchsetzung. Der Begriff des Anspruches dagegen legt das Schwergewicht auf das Recht selbst.

Damit wird deutlich, weshalb mein Standpunkt eher der *Actio* als

---

<sup>214</sup> Windscheid (Anm. 211), 6.

<sup>215</sup> Windscheid (Anm. 211), 6.

dem Anspruch im Sinne *Windscheids* zuneigen muss. Denn mein rechtstheoretischer Ausgangspunkt ist, dass staatlicher Zwang das entscheidende Merkmal allen Rechts ist. Die rechtstheoretischen Ausführungen *Windscheids* sind nicht sehr ausführlich,<sup>216</sup> ich habe aber den Eindruck, dass *Windscheid* hier von der entgegengesetzten Vorstellung ausgeht, nach der staatlicher Zwang für das Recht nicht entscheidend wichtig sei.

Anspruch ist also für *Windscheid* "dasjenige, was man von einem Andern verlangen kann." Oben wurde für die Entwicklung meines Anspruchsbegriffes das Beispiel des einfachsten Anspruches gewählt, nämlich des Anspruches auf Herausgabe eines bestimmten verkauften Gemäldes. In diesem Beispielfall wäre "dasjenige, was man von einem Andern verlangen kann" die Herausgabe des Gemäldes. Dagegen ist nach meinem Anspruchsbegriff der Anspruch die Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Gläubiger mit staatlichem Zwang die Herausgabe des Gemäldes durchsetzen kann.

Die wesentlichen Unterschiede zu dem von *Windscheid* entwickelten Begriff sind: Der hier entwickelte Anspruchsbegriff ist stark nicht nur auf den Prozess, sondern auf die Zwangsvollstreckung und damit auf die eigentliche Rechtsfolge aller Vorschriften des materiellen Rechts orientiert. Zweitens ist durch das Element der Wahrscheinlichkeit die Unsicherheit zum Ausdruck gebracht, die bei aller Prognose zukünftigen Rechts zwangsläufig und unvermeidbar ist. Drittens ist vermutlich der rechtstheoretische Ausgangspunkt anders als der von *Windscheid*. Jedenfalls geht es aber beim Ausgangspunkt des hier entwickelten Anspruchsbegriffes um die praktische Situation der Beurteilung des Prozessrisikos und damit um einen anderen praktischen Ausgangspunkt.

---

<sup>216</sup> Windscheid (Anm. 211), 3 f.