Die Begründung der Prozeßrechtswissenschaft.

Von Privatdozent Dr. Wilhelm Sauer in Königsberg.

„Die theoretische Arbeit bringt mehr in der Welt zustande als die praktische; ist das Reich der Vorstellungen revolutioniert, so hält die Wirklichkeit nicht stand“. — So seltsam diese Worte Hegels auf den ersten Blick in einer die Macht der Tatsachen tiefer denn je empfindenden Zeit anmuten, ihr Wahrheitsgehalt ist unverkennbar. Sind die theoretischen Grundlagen in das Wanken geraten, so gibt es für die Realitäten keinen Halt. Während eine auf die Wirklichkeit beschränkte Umwälzung die Nachbargebiete nicht notwendig in Mitleidenschaft zu ziehen braucht, vermag die Forderung des systematischen Unterbaues, sei es auch nur an einer einzigen Stelle, das gesamte wissenschaftliche Gefüge mit allen seinen praktischen Ausstrahlungen in Unruhe zu versetzen und in Unordnung zu bringen; ein von den Einzelheiten aus errichtetes systematisches Gebäude ist dem Untergang geweiht, sobald auch nur für einen einzigen, in dem Bau des Ganzen unentbehrlichen Stein nicht der notwendige Raum freigelassen ist. Wie oft erlebt der wissenschaftliche Forscher bittere Enttäuschungen, hat er nicht von vornherein den Blick auf das Ganze eingestellt! Ja! der Blick auf das Ganze ist es, der die Mosaikarbeiten, mögen sie noch so sauber und reinlich ausgeführt werden, erst zu einem harmonischen, in sich geschlossenen Gebilde, erst zum Kunstwerk erhebt. Und nicht anders steht es mit der Wissenschaft. Die Richtung auf das Ganze ist der Pulsschlag der Wissenschaft. Wer lediglich um praktische Einzelheiten besorgt ist, der verliert die Fühlung zu den anderen Einzelheiten und damit zu dem Ganzen. — „Die theoretische Arbeit bringt mehr in der Welt zustande als die praktische“: eine einzige neue theoretische Einsicht vermag ihre Wellen zu schlagen bis an die fernsten Gestade in der Flut des Lebens.

Es nimmt wunder, daß man das Prozeßrecht so selten, ja eigentlich kaum einheitlich-systematisch als solches angeschaut hat. Das moderne Zivilprozeßrecht, dem das weitaus größere Interesse der Systematiker zugewendet war, hat man ganz ohne inneren Zusammenhang mit der Schwesterwissenschaft des Strafprozesses aufgebaut; man hat es privatrechtlich oder auch staatsrechtlich zu orientieren gesucht. Und dem Strafprozeß andererseits glaubte man besonders durch Anlehnung an den Zivilprozeß eine wissenschaftliche Prägung zu verleihen. Was war aber die Folge? Man verfehlte beidemale das spezifisch Prozeßuale; man unterließ, die gemeinsamen Probleme streng prozeßrechtlich zu betrachten. So aussichtslos es natürlich wäre, die beiden Prozeßrechte in allen ihren Einzelheiten zu einem gemeinsamen System zu vereinigen — dazu sind sie denn doch zu verschieden von den positiven Gesetzgebungen ausgestaltet —, so fruchtbar muß doch andererseits die Behandlung gemeinsamer Probleme unter gemeinsamen Gesichtspunkten sein: Sollte nicht Begriff, Wesen und Ziel des Prozesses identisch für beide Prozeßordnungen sein? Sollte nicht auch in beiden Prozeßrechten identisch sein das innerste Wesen des Sachurteils und damit zusammenhängend die Begriffe der materiellen Rechtskraft, der Beweisaufnahme, der Vollstreckung? Sollten sich nicht auch gemeinsame Voraussetzungen für den Erlass einer Sachentscheidung aufzeigen lassen, nicht gemeinsame Arten solcher Voraussetzungen, „Prozeßvoraussetzungen“, und nicht weiter gemeinsame Unterarten mit eigenartigen Folgen? ob vielleicht nicht gerade der Blick auf das Ganze eine innerlich gerechtfertigte Differenzierung des beinahe unübersehbaren Kreises von Prozeßvoraussetzungen verbürgt? Auch die Rechtsmittel, etwa die Revision, tragen doch für beide Prozeßordnungen gemeinsame Züge zur Schau.

Allemal bedeutet — das ist ganz besonders zu beachten — der Blick auf das Ganze, der Drang zum System, das Einfügen der Sonderprobleme und ihrer Lösungen zu einem harmonischen Ganzen nicht etwa nur ein schablonenhaftes Ordnen von Einzelheiten, etwa zur Gewinnung einer besseren Übersicht. Aber auch nicht allein um das weit höher gesteckte Ziel handelt es sich, dem tief in der Seele eines jeden ernstern wissenschaftlichen Forschers eingewurzelten Bedürfnis nach Einheit und Harmonie Genüge zu leisten, seine Sehnsucht nach

immer und immer reineren und höheren Regionen, immer abstrakteren Begriffen nach Möglichkeit zu stillen, bis man die Wissenschaft auch in ihrer Schönheit vor sich sieht, bis das entzückte Auge ein Bild gewahrt, in dem alle Einzelheiten und Zufälligkeiten der mannigfaltigen Wirklichkeit sich mit den obersten Allgemeinheiten und Gesetzmäßigkeiten widerspruchsfrei vereinigen. Nicht allein darum handelt es sich; hinzukommt vielmehr noch ein erheblicher praktischer Zweck. Das harmonische Eingliedern der Einzelheiten geht nämlich nicht so einfach und leicht von statten, nicht immer derart, daß die einzelnen Ergebnisse ohne jegliche Änderung in das Gesamtbild übernommen werden könnten; sie müssen nicht selten etwas von sich selbst einbüßen zugunsten des Nachbargebietes; sie müssen sich gegenseitig zurechtstutzen, abschleifen und glätten, so daß sie selbst ein neues Aussehen erlangen. Und damit gewinnen sie erst wahren Wert: die Prozeßrechtsbegriffe dienen der Praxis. Die Schaffung eines Systems in unserem Sinne bedeutet daher nicht eine formal-logische Konstruktion — wer heutzutage hätte noch Freude an einem derartigen Spiel mit Begriffen! —; der Sinn eines Systems ist vielmehr eine Neugestaltung, eben die Schöpfung des Ganzen, die Harmonie von Theorie und Praxis.

Eine derartige prozeßrechtliche Fundierung im Hinblick einmal auf die systematische Einheit und sodann auf die Bedürfnisse des Rechtslebens suchten wir in unserem Buche „Grundlagen des Prozeßrechts“ (Stuttgart, 1919) zu geben. Mögen andere und bessere Werke mit demselben Ziel folgen! An dieser Stelle sei es gestattet, einige Punkte herauszugreifen, mit denen u. E. auch unsere Nachfolger werden rechnen müssen, indem sie zu ihnen in irgendeiner Weise Stellung zu nehmen haben.

Soll ein prozeßrechtliches System nicht nur ein Produkt der Phantasie bedeuten, sondern auch praktischen Wert in Anspruch nehmen, so muß es in den Bedürfnissen der Praxis verankert sein. Und das ist wiederum auf das sicherste gewährleistet, wenn man eben diese Bedürfnisse der Praxis, den praktischen Wert, den Zweck, das Interesse zu dem Zeitbegriffe erhebt. Ein auf den Zweck orientiertes System kann nicht lebensfremd sein, und ein Richter, der seine Entscheidung nach diesem System trifft, braucht in wenigstens prinzipieller Hinsicht — anders natürlich, soweit es sich um die Ausführung handelt — den heute so oft ge-

hörten Vorwurf der Weltfremdheit nicht zu fürchten, denn er hat ja sein Urteil im Hinblick auf die Bedürfnisse des Rechtslebens gefällt. Auch das Prozeßrecht hat lediglich Interessen zu regeln, nicht etwa hat es einen formalen Anspruch, Rechtsschutzanspruch u. dgl. zu realisieren. Und darum gilt es, diese Interessen des näheren zu bestimmen. Es gilt, das Prozeßrecht und seine einzelnen Institute teleologisch zu durchsehen. Als Vorbild auf dem Gebiete des Strafrechts mag das v. Liszt'sche Lehrbuch genommen werden: während dort in den älteren Auflagen bei dem Ausbau des Verbrechensbegriffs der in der einleitenden allgemeinen Rechtslehre schon stets hervorgehobene Zweckgedanke, die Bestimmung des Rechts als Interessenschutz noch nicht verwertet wurde, während also die Lehre vom Verbrechen auf den allgemeingültigen Grundgedanken des Interessenschutzes noch nicht durchweg eingestellt war, enthalten die späteren Auflagen eine folgerichtige Durchführung dieses Gedankens, indem ein „materieller“ Begriff der Rechtswidrigkeit und ein ebensolcher der Schuld aufgestellt werden, deren charakteristische Merkmale wesentlich in der „Richtung des Angriffs auf menschliche Interessen“ und in der „den Zwecken der Gemeinschaft widersprechenden Zwecksetzung“ gesehen werden. Damit ist die Brücke zwischen der allgemeinen Rechtslehre und der strafrechtlichen Dogmatik geschlagen.

Sollte nicht das Prozeßrecht ähnliche „materielle“ Begriffe aufzuweisen haben? Abgesehen davon, daß jener Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit sich ohne weiteres auf das Prozeßrecht übertragen läßt — die formelle Rechtmäßigkeit entfällt, wenn höhere Interessen entgegenstehen (man wird hierbei auch deutlich an den Beling'schen durchaus materiell gedachten allgemeinen Notrechtsbegriff erinnert), sie entfällt z. B. in den vielbehandelten Fällen der Ausbeutung der Rechtskraft des Zivilurteils wider die guten Sitten und (durchaus parallel!) in den Fällen, wo das Opportunitätsprinzip in sachlich gerechtfertigter Weise eine Anklageerhebung oder eine Strafvollstreckung verbietet — abgesehen von diesen praktisch nicht allzu häufigen, wenn auch theoretisch sehr interessanten Fällen läßt sich die gesamte Prozeßentwicklung unter einem materiellen Gesichtswinkel betrachten; und diese Betrachtung ist notwendig, will man mit den Bedürfnissen der Rechtspflege im Einklang bleiben.

Welche Interessen haben denn die Prozeßbeteiligten zu

verfolgen? Das objektive Recht soll sich im konkreten Falle bewähren; fiat justitia, ne pereat mundus; diese urteilsmäßige Gestaltung des objektiven Rechts macht das Wesen der materiellen Rechtskraft aus: Rechtskraft ist rechtsgestaltende Kraft, ist die Fähigkeit einer gerichtlichen Entscheidung zur abschließenden konkreten Gestaltung des objektiven Rechts. Und der Weg dorthin ist materiell die Rechtsverfolgung, die Interessenwahrnehmung. Ist diese ungeeignet, das Ziel zu erreichen, so ist sie materiell rechtswidrig. Im Strafprozeß nicht anders wie — was auf den ersten Blick vielleicht stutzig macht — im Zivilprozeß. Man vergegenwärtige sich aber nur die Parallelität, die zwischen einer Anklageerhebung, einem Eröffnungsbeschluß einerseits und der Bewilligung des Armenrechts in Zivilsachen andererseits besteht; Voraussetzung ist dort der „hinreichende Verdacht“ des Täters, hier die „Nichtaussichtslosigkeit“ der „Rechtsverfolgung“ (ZPO. § 114). Sachlich handelt es sich um dieselbe Voraussetzung: die Rechtsverfolgung darf nicht ungeeignet sein, das Prozeßziel zu erreichen; ein für den Kläger günstiges Urteil muß wahrscheinlich sein. Diese geltendgemachte Wahrscheinlichkeit ist eine Voraussetzung für die prozessuale Sach- und Rechtsgestaltung (Prozeßvoraussetzung erster Ordnung oder kurz: Sachgestaltungsvoraussetzung). Ohne diese Wahrscheinlichkeit kein Klagerecht! Das Klagerecht entwickelt sich aber im Laufe des Prozesses von der Wahrscheinlichkeit bis zur Gewißheit des Schuldigen: bei Gewißheit erfolgt Verurteilung. Die Wahrscheinlichkeit macht den Klagegrund, die Gewißheit den Urteilsgrund aus. Welch ein Abstand dieser in der Natur der Sache, nämlich im Wesen des Prozesses begründeten Klagerechts Theorie von der rein formal auf den zivilistischen Anspruchs begriff orientierten Theorie des Rechtsschutzanspruchs als des Anspruchs des Klägers auf ein günstiges Urteil, dieses Anspruchs, der vor (!) dem Prozeß bestehen soll, aber prozessual gedacht doch erst zur Zeit der Urteilsfällung bestehen kann und schon aus diesem Grunde gewiß nicht mit dem Klagerecht identisch ist!

Die Rechtsverfolgung geschieht nun unter förmlichen Regeln, die das eigentliche „Verfahren“ ausmachen. Das Verfahren dient der Verfolgung ebenso wie diese der Sach- und Rechtsgestaltung. In dieser teleologisch konzipierten Gleichung erscheinen also beide Gegensätze unter den methodischen Gesichtswinkeln von Mittel und Zweck sowie von Form und Inhalt!

Das förmliche Verfahren ist das Mittel der Verfolgung, diese ist das Mittel der Sachgestaltung. So spaltet sich die Prozeßentwicklung in drei Entwicklungsreihen: Sachgestaltung, Verfolgung und Verfahren. Auf allen drei Linien finden sich je zwei, einander durchaus entsprechende markante Wahrzeichen: bei der Sachgestaltung heißen sie Wahrscheinlichkeit (Klagegrund) und Gewißheit des Schuldig (Urteilsgrund, materielle Rechtskraft), bei der Verfolgung Klage und Urteil, bei dem Verfahren Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft.

Bezeichnend ist noch eine weitere Bedeutung jener Differenzierung. Wie die Linie der Sachgestaltung an die erwähnten, ihr eigentümlichen Voraussetzungen anknüpft, so haben ferner die Verfolgung und endlich auch das Verfahren ihre eigenen Voraussetzungen aufzuweisen: Prozeßvoraussetzungen zweiter und dritter Ordnung¹⁾, Verfolgungs- und Verfahrensvoraussetzungen. Als Beispiele für erstere nennen wir den Strafantrag und das Nichtvorliegen eines Schiedsvertrages (ZPO. § 274 Nr. 3), für letztere die Prozeßfähigkeit und die gerichtliche Zuständigkeit. Auch für diese Differenzierung ist ein Dualismus der Interessen maßgebend, die zu der genannten geordneten Regelung führen. Für die zweite Gruppe entscheidet ein rein prozessuales, prozeßtechnisches oder organisatorisches Interesse, während die erste von außerprozessualen Interessen beherrscht wird, z. B. von dem Interesse des Verletzten (beim Strafantrag) oder den Privatinteressen der Parteien (beim Schiedsvertrag). — Von praktischer Bedeutung wird die Differenzierung der drei Entwicklungslinien aber in der verschiedensten Weise; so für die Fragen der Heilung und Behebung von Mängeln, der rückwirkenden Kraft solcher nachträglichen Behebung, der Vermeidbarkeit der Mängel, der Verzichtbarkeit, des Zeitpunktes, an dem die Voraussetzungen vorliegen müssen, der Reihenfolge der Prüfung, des Einflusses auf das materielle Recht, der Identität der Sache, der Revisibilität, der Form der Beweisaufnahme sowie der Form des Urteils usw. Nähere Ausführungen würden zu sehr ins einzelne führen; wir dürfen auf unser oben erwähntes Werk verweisen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß erst diese Verschiedenheit in den Konsequenzen

¹⁾ Zu einer Mittelgruppe zwischen den Sach- und den reinen Prozeßvoraussetzungen waren schon Hellwig, Goldschmidt, Beling und Neubaum gelangt. Hierüber unser oben angeführtes Werk in § 19 IV.

die juristisch=technische Differenzierung in den Prinzipien zu rechtfertigen vermag; würde sie fehlen, so wäre die Spaltung praktisch unerheblich.

In der hier eingeschlagenen Gedankenrichtung eröffnet sich der Ausblick auf zwei außerordentlich häufig behandelte schwierige Probleme, deren enge Zusammengehörigkeit und deren einander parallele sowie dem Wesen der Sache entsprechende Lösung einem Vorgehen verborgen bleiben mußten, das nicht von vornherein auf die Prinzipien des Prozeßrechts überhaupt eingestellt war. Genau ebenso wie die Entwicklungsreihen sind nämlich auch die Subjekte einzuteilen in solche, die der Verfolgung, und in solche, die dem bloßen Verfahren angehören. Nur die letzteren sind „Parteien“; die ersteren nennen wir im Unterschied von diesen die „Verfolgungsinteressenten“ oder „Verfolgungssubjekte“ oder „Prozeßinteressenten“. Von beiden Gruppen verschieden sind endlich die Sachinteressenten, die Inhaber des materiellen Rechts. Der bekannte Streit, ob der Parteibegriff ein „materieller“ oder „formeller“ ist, wird von uns also dahin entschieden: er ist ein formeller, ja ein doppelt formeller; denn die Partei kann verschieden sein nicht nur von dem Inhaber des materiellen Rechts — nur diesen „formellen“ Charakter des Parteibegriffs hat die neuerdings zur Herrschaft gelangte zivilprozessuale Parteilehre erkannt —; die Verschiedenheit zeigt sich vielmehr auch innerhalb des Prozeßrechts, hier tritt noch einmal eine Spaltung ein, der Parteibegriff gehört nicht der auf der materiellen Interessenlage basierenden Verfolgung des Prozeßzwecks, sondern dem förmlichen Verfahren an. Diese zweite Differenzierung blieb völlig unerkannt, und doch lag sie so nahe. Um diese doppelte Formalität an je einem Beispiel aus dem Straf- und Zivilprozeßrecht zu veranschaulichen, sei die vielerörterte prozessuale Stellung des Staatsanwalts und des Privatklägers einerseits, des Vermögensverwalters, etwa des Konkursverwalters andererseits zum Vorwurf genommen.

Ist es denn nicht im Grunde höchst widersinnig, im Strafprozeß den Staat als Partei zu betrachten, wo er doch über seine eigenen Anträge entscheidet? Der Staat soll über sich selbst zu Gericht sitzen? und nur seine Vertreter sollen verschieden sein? Dort trete der Staatsanwalt als sein Vertreter (oder Organ) auf, hier das Gericht? Und ferner: wenn man den Staatsanwalt nur als Parteivertreter bezeichnet, dann muß

man folgerichtig auch den Privatkläger als Parteivertreter ansehen. Wie sollte aber der Staat dazu kommen, sich in Strafsachen durch Privatpersonen vertreten zu lassen? Man sehe sich nur einmal jene vor dem Schöffengericht verhandelten und einer gerichtlichen Verhandlung nicht selten unwürdigen Bagatellsachen an, jene Prozesse mit ihrem kleinlichen Schimpf und Klatzsch, und man wird es nicht verstehen, daß die Privatkläger, oft genug recht fragwürdige Persönlichkeiten, als prozessuale Vertreter des Staates auftreten. Nein! prozessual sind sie selbst interessiert, sind sie selbst die ihre prozessualen Rechte Verfolgenden; der Staat ist prozessual völlig uninteressiert, ein öffentliches Interesse fehlt, und wo es vorhanden ist, da schreitet nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch der Staatsanwalt ein (vgl. StPD. §§ 416 ff.). In Privatklagesachen ist der Staat eben nur materiellrechtlich, d. h. als Strafberechtigter, interessiert, prozessual auf Seiten der Aktivpartei scheidet er aus. Wenn nun der Privatkläger selbst der Verfolgungsinteressent ist, wenn er — durchaus analog dem Zivilkläger — sein eigenes, nicht nur ein fremdes Recht verfolgt (übrigens auch im Falle des § 414 Abs. 2), ist dann aber nicht auch der Staatsanwalt Verfolgungsinteressent? Er ist es nicht; hier wird eben jene Differenzierung zwischen Verfolgendem und Partei praktisch. Der Staatsanwalt verfolgt nicht sein eigenes prozessuales Recht, sondern ein fremdes, er verfolgt das öffentliche Interesse; und deswegen haftet nicht er für die Kosten, sondern der Staat, während dort in Privatklagesachen durchaus im Einklange mit unserem Grundgedanken der Privatkläger in eigener Person der Kostenpflichtige ist; deswegen kommt ferner nicht des Staatsanwalts Person in Betracht, wo es sich um Zeugnisverweigerungsrecht, Zeugeneidespflicht, Ausschließung von Gerichtspersonen, Gerichtsstand usw. handelt. Auf diese und ähnliche Vorschriften, die unzweifelhaft auf den materiell Interessierten und nicht auf den vermeintlichen Prozeßvertreter abgestellt sind, hatten wiederholt, und insofern durchaus mit Recht, die Anhänger des „materiellen Parteibegriffs“ hingewiesen; sie fühlten das Richtige, ohne es aber zum wissenschaftlichen Ausdruck zu bringen. Den richtigen Kern ihrer Lehre glaubt die hier vorgetragene Grundanschauung klarzulegen: jene soeben erwähnten Vorschriften sind auf die Verfolgenden, die prozessualen Interessenten gemünzt, Parteien sind

aber diejenigen, die in dem förmlichen Verfahren ihr Vorbringen dem Gericht zur Entscheidung unterbreiten; dann entgeht man der sonst unentrinnbaren und nicht nur logisch wie juristisch widersinnigen, sondern auch die wahre Rechtslage auf den Kopf stellenden Konsequenz, daß der Staat über seine eigenen Anträge entscheide. Um kurz zusammenzufassen: Im Offizial- und im Privatklageverfahren ist 1. Inhaber des materiellen Rechts beidemal der Staat, 2. Verfolgungssubjekt dort der Staat, hier der Privatkläger, 3. Partei dort der Staatsanwalt, hier der Privatkläger.

Und das ähnliche Bild entrollt sich im Zivilprozeß. 1. Inhaber des materiellen Rechts ist der Gemeinschuldner, 2. Verfolgungssubjekt ist die Konkursmasse, 3. Partei ist der Konkursverwalter. Letzterer ist gewiß nicht der Verfolgungsinteressent, denn er haftet nicht für die Kosten, nicht seine eigene Person betreffen die Vorschriften über den Gerichtsstand, die Kautionspflicht, die Zulässigkeit der Nebenintervention, die Unterbrechung des Verfahrens. Das hat die materielle Parteitheorie (gegenüber der Amtstheorie) durchaus richtig erkannt. Die genannten Bestimmungen beziehen sich auf die Konkursmasse; diese wiederum kann aber nicht Partei sein, will man sie nicht gar zur juristischen Person erheben oder will man nicht (im Anschluß an Hellwigs Theorie von den Vermögensmassen) mit dem Gesetz in Widerspruch geraten, nach dem doch die selbständigen Sondervermögen keine Parteifähigkeit genießen. Daß andererseits der Gemeinschuldner nicht der im Prozeß sein Recht Verfolgende, sondern daß prozessual interessiert nur ein Teil seines Vermögens ist, bedarf keiner weiteren Ausführung; ist der Konkursverwalter die im Prozeß unterliegende Partei, so richtet sich das Urteil gegen die Konkursmasse und trägt diese die Prozeßkosten, nicht der Konkursverwalter, nicht der Gemeinschuldner.

Alles, was wir bisher darstellten, die Prozeßentwicklung mit ihren drei Entwicklungsreihen, ihren Voraussetzungen, Subjekten und Handlungen, alles dieses bildet das Objekt des Prozesses. Der Jurist aber fragt sofort nach dem Recht und Unrecht des von ihm angeschauten Objekts, er bewertet den Gegenstand, und so stellt das systematische Gegenstück der Lehre vom Objekt des Prozesses die eigentliche prozeßrechtliche Wertlehre dar. Über die letztere sei an dieser Stelle noch ein kurzer Überblick ge-

stattet. Erst dann vermag man das Gefühl eines systematischen Abchlusses zu gewinnen.

Vier Arten der prozeßrechtlichen Wertung sind zu unterscheiden: eine Differenzierung, die, wohlgemerkt, sich mit der oben durchgeführten Spaltung der Prozeßentwicklung in die drei Linien kreuzt. Und dabei kann gewertet werden allemal entweder die gesamte Prozeßentwicklung mit ihren Linien oder eine einzelne Prozeßhandlung, die Klage, das Urteil usw.; die übliche Behandlung des Prozeßrechts hat Aufmerksamkeit einseitig dem Urteil oder auch der Klage zugewendet. Folgende Scheidung ist zu treffen. 1. „Gültig“ ist eine prozeßrechtliche Erscheinung, wenn ihre wesentlichen Merkmale, ihre Existenzbedingungen gegeben sind. Ungültig ist ein Prozeß oder eine Prozeßhandlung z. B. beim Fehlen des Gerichts oder der Partei, aber auch bei völliger Parteiunfähigkeit. 2. „Wirksam“ ist eine prozeßrechtliche Erscheinung, die ihren Zweck erreicht (ohne Rücksicht darauf, ob der Zweck berechtigt ist oder nicht). Unwirksam ist z. B. ein Scheinprozeß, ein Prozeß, der pädagogische Zwecke verfolgen würde, aber auch ein zweiter Prozeß in gleicher Sache (also beim Durchgreifen der sogenannten Einreden der Rechtskraft und der Rechtshängigkeit), denn was bereits gestaltet ist, kann nicht noch einmal gestaltet werden, ohne daß die erste Gestaltung rückgängig gemacht wäre, so wenig wie ein und dasselbe Haus zweimal gebaut werden kann. Im ersteren Fall (der Ungültigkeit) läge ein Nichturteil vor, das von jedem unbeachtet gelassen werden kann, im zweiten ein nichtiges Urteil, das die Begriffsmerkmale eines Urteils tragen kann. 3. „Zulässig“ ist eine prozeßrechtliche Erscheinung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen prozeßualer Natur gegeben sind, z. B. die Prozeßvoraussetzungen, die erforderliche Frist und Form. Ergeht trotz Unzulässigkeit ein Sachurteil, so kann es nur im Rechtsmittelwege aus der Welt geschafft werden. Eine Entscheidung aber, die sich lediglich über die Zulässigkeit ausspricht (sogenannte Formalentscheidung), ist der materiellen Rechtskraft unfähig, weil sie keine Sach- und Rechtsgestaltung enthält. 4. „Begründet“ endlich ist eine prozeßrechtliche Erscheinung, wenn die Sachvoraussetzungen vorliegen. Sie ist der materiellen Rechtskraft teilhaftig. Auch andere, hier nicht zu verfolgende praktische Konsequenzen ergeben sich aus dieser Vierteilung; mit den Gegensätzen von 3 und 4 arbeitet die Praxis schon jetzt

fortwährend, und das zeigt, daß die Differenzierung praktisch brauchbar ist. Methodologisch aber ist sie interessant insofern, als die Wertstufen 2 und 4 eine konkrete, den Zweck einbeziehende Betrachtungsweise voraussetzen, während die Wertstufen 1 und 3 generell, abstrakt gedacht sind.

Diese letztere generelle Betrachtungsart weist aber auf zwei prozessuale Kategorien von längst nicht erkannter, geradezu fundamentalen Bedeutung: Merkmale und Voraussetzungen. Die Merkmale liegen in (!) dem Ding, die Voraussetzungen vor (!) ihm, vor ihm in logischer, nicht etwa in zeitlicher Hinsicht. Das Merkmal ist daher Existenzbedingung, die Voraussetzung ist Zulässigkeitsbedingung. So sind, um nur ein Beispiel anzuführen, die Partei- und die Prozeßfähigkeit völlig verschieden zu behandeln. Jene ist ein wesentliches Merkmal des Verfahrens, diese eine Voraussetzung des Verfahrens. Beim Fehlen jener ein Nichtprozeß, ein Nichturteil, beim Fehlen dieser (höchstens) ein unzulässiges Verfahren, ein anfechtbares Urteil. Auch auf der Linie der Verfolgung tritt derselbe Gegensatz auf. Ein Strafprozeß gegen einen Exterritorialen, ein Zivilprozeß gegen ein Sammelvermögen wären eine ungültige Verfolgung (Nichtverfolgung); beim Fehlen des Strafantrags oder beim Vorliegen eines Schiedsvertrags ist die Verfolgung nur unzulässig. Übrigens zeigt sich hier wiederum die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Verfahren und Verfolgung in besonders hellem Lichte; wir betrachteten sie oben nur auf dem Gebiete der Prozeßvoraussetzungen, sie tritt aber auch bei den Merkmalen deutlich genug in die Erscheinung. Die Parteiunfähigkeit ist zwar von der Prozeßunfähigkeit verschieden, insofern sie stärkere Wirkungen als die letztere hervorruft — das hatten einige Vertreter der Rechtsschutzanspruchstheorie richtig erkannt —, aber sie läßt sich doch gewiß nicht in einem und demselben Atemzuge mit der Exterritorialität nennen, obwohl sie mit dieser die stärkere Wirkung (Ungültigkeit) teilt. Im Wesen sind beide grundverschieden, im Wesen steht die Parteifähigkeit der Prozeßfähigkeit zweifellos näher. Die Exterritorialität schließt einen Prozeß überhaupt aus, die Parteiunfähigkeit nur eine gewisse Form des Prozesses, nicht aber den Prozeß überhaupt, vielmehr ist ein solcher dann z. B. nicht gegen das Sammelvermögen, sondern gegen einen besonders bestellten Pfleger zu führen. Und so springt die tiefgehende Wesensverschiedenheit von Ver-

folgung und Verfahren heraus: jene verhält sich über das Ob, dieses über das Wie eines Prozesses; jene hat ihren Grund in außerprozessualen, dieses in prozessualen, prozessrechtlichen Interessen. Über diesen Dualismus darf aber nicht außer acht gelassen werden der andere zuletzt behandelte Gegensatz von Voraussetzung und Merkmal, der prinzipieller erfaßt zu unserer oben dargestellten Viertelung der prozessrechtlichen Wertung hinführt.

Vielleicht hat die eine oder die andere, vielleicht haben auch beide Differenzierungen unbewußt der Theorie vom Rechtsschutzanspruch vorgeschwebt; in Wahrheit ist jene Lehre über die Einführung eines Mittelgliedes, das zwischen dem materiellen und dem reinen Prozeßrecht steht, nicht hinausgekommen; die Differenzierung der Voraussetzungen (im weitesten Sinne) und Wirkungen, die Gegenüberstellung des rechtlichen Objekts und des rechtlichen Maßstabs und damit die Kreuzung der Gegensätze, die erst die Verschiedenheit der praktischen Folgen zeitigt, blieben unerkannt. Und so nimmt es denn kein Wunder, daß die Lehre vom Rechtsschutzanspruch, wenigstens in der Wach-Schellwigschen Fassung, als ein rein konstruktives Gebilde ohne jede praktische Bedeutung auftritt. Wie bezeichnend ist es doch, daß unser hervorragender Kommentator der Zivilprozeßordnung, ein theoretischer Anhänger jenes unglückseligen Begriffs, schließlich durchaus zutreffend sagt, „über die Berechtigung eines solchen konstruktiven Behelfes“ entscheide am Ende „die Verwertbarkeit des Begriffes für die Erkenntnis und die praktische Anwendung des geltenden Rechts“²⁾. Und wie bezeichnend, wenn er sich nun Mühe gibt, zu zeigen, daß sich der Begriff des Rechtsschutzanspruches „nach zwei Richtungen“ bewähre! Im Grunde ist es nur eine Richtung. Der Begriff soll nämlich im Gegensatz zu dem der Prozeßvoraussetzungen dartun, unter welchen Voraussetzungen ein für den Kläger günstiges Sachurteil zu erlassen ist. Diesen Voraussetzungen ist freilich eine eingehende Untersuchung zu widmen, und zwar zusammen mit den Sach- und mit den Prozeßvoraussetzungen; dann wird man gewahren, daß es noch weit mehr Gruppen von Voraussetzungen gibt, von denen eine jede von der anderen sowohl in ihrem Wesen wie in ihren Wirkungen verschieden ist. Erst damit ist die theoretische wie praktische Existenzberechtigung einer begrifflichen Spaltung

²⁾ Stein, *BP.O.*, 11. Aufl., 1913, vor § 253 III Abs. 2.

nachgewiesen. Fehlt dieser Nachweis, so gerät die Lehre mit Recht in Mißkredit.

Zur echten Wissenschaft gehört freilich noch ein weiteres: die Rückleitung der als praktisch brauchbar befundenen Begriffe auf reinere Gebilde, hinein in höhere Regionen der Wissenschaft. Die Voraussetzungen! diese sollten nach obigem Ausspruch die praktische Bedeutung des Begriffs des Rechtsschutzanspruchs ausmachen. Die Voraussetzungen! Ja, um diesen Begriff zu gewinnen, bedurfte es wahrlich nicht der Einführung des zivilistischen Anspruchsbegriffs. Die Voraussetzungen bilden den Zeitgedanken, mit dem jede systematische Wissenschaft arbeitet, und man braucht sich nur in die Vorhallen der Lehren der Kantianer zu begeben, um zu hören, daß die Erkenntnis der Voraussetzungen oder Bedingungen das Wesen der Wissenschaft überhaupt darstellt. Immer weiter logisch in den Voraussetzungen zurückgehen, immer höher steigen, zu immer allgemeineren Begriffen gelangen — das bedeutet systematische Wissenschaft. Und deswegen ist dieses von der Prozeßrechtsdoctrin bisher unbeachtete Verfahren einzuschlagen, will man das Prozeßrecht als systematische Wissenschaft konstituieren. Mögen die Prozeßualisten nunmehr den Mut haben, ihren Rahn in ein nie befahrenes Wasser zu lenken!

Was tat aber die Theorie vom Rechtsschutzanspruch? Statt nach oben zu sehen, wandte sie sich nach der Seite; sie entlehnte — nicht unähnlich der Leipziger Strafrechtsschule — aus dem Nachbargebiet des Privatrechts den Anspruchsbegriff. Durch eine derartige zivilistische Färbung mußte das Prozeßrecht notwendig einen individualistischen und zugleich fremdbartigen Charakter annehmen. Jene Lehre stellt sich nicht auf den Standpunkt des übergeordneten Gerichts, sondern auf den der Parteien, und zwar einseitig einer Partei, des Klägers, und schon deswegen paßt die Ansicht für den Strafprozeß gar nicht. Ihr Hauptinteresse ist die Lehre von der Klage (man werfe nur einen Blick in das Inhaltsverzeichnis des Hellwig'schen Systems). Sie geht chronologisch vor. Ob es nicht der Erkenntnis des Wesens förderlicher ist, nach dem Ziel zu fragen? nach dem Zweck und Sinn des Prozesses? Unter dieser Einstellung wird das Problem des Sachurteils und der materiellen Rechtskraft als das Zentralproblem erscheinen, und der Begriff der Voraussetzung gewinnt ein hochprozeßrechtliches Gepräge.

Und ist andererseits der hier beschrittene Pfad nicht auch der durchaus natürliche? Fragt unsere gerichtliche Praxis je danach, ob der Kläger, der Zivilkläger oder gar der Staatsanwalt, einen „Anspruch auf Rechtsschutz“ gegenüber dem Gericht haben? von der Unklarheit der mit dem Begriff Rechtsschutz verbundenen Vorstellung ganz zu schweigen. Ist nicht natürlicher die folgende Betrachtung? Die Prozeßsubjekte fragen: was will ich erreichen? wie verfolge und gestalte ich das Recht? und welches Verfahren, welchen Weg habe ich zu diesem Ziele einzuschlagen? Zu diesem Gegenstand des Prozesses tritt dann die Wertung auf recht und unrecht. Und in dieser Hinsicht ist jedem, der in der gerichtlichen Praxis etwas Bescheid weiß, durchaus geläufig die Fragestellung: ist das Vorgehen zulässig? und sodann die weitere: ist es begründet?

Objekt und Wert! Zu diesen obersten, der allgemeinen Wissenschaftslehre angehörenden Begriffen gipfelt sich auch die Prozeßrechtslehre auf. In der Lehre vom Verbrechen ist bekanntlich die auf denselben Gegensatz zurückzuführende Gegenüberstellung von Handlung und Rechtswidrigkeit (Norm) durchaus anerkannt. Wo würde dagegen wohl die Theorie vom Rechtsschutzanspruch landen? beim subjektiven Recht und bei der Befugnis? Kaum wohl beim Interesse; denn zu einer „materiellen“ Einstellung besteht bei den Schülern und Nachfolgern Windscheids keine Neigung. Schwerlich aber, so wie es sein sollte, beim objektiven Recht, beim Maßstab der Wertung.

„Die theoretische Arbeit bringt mehr in der Welt zustande als die praktische.“ Diesen unseren Eingangsworten sei der Wunsch hinzugefügt: Möge der Systematiker nach dieser Erkenntnis um so eifriger bemüht sein, der Praxis zu nützen! Dann wird die Praxis sich nach der Theorie „richten“, nach dem Theoretiker als dem wahrhaften Richter. Dann wird das hohe Wort seiner Erfüllung entgegengehen: Die Wissenschaft beherrscht die Welt.