

Fritz Jost\*

# Strategien der Bewältigung des Wahrheitsproblems im (Zivil-)Prozess

<https://doi.org/10.1515/sosys-2017-0011>

**Zusammenfassung:** Luhmann hat mit seiner Abhandlung „Legitimation durch Verfahren“ die Bedeutung des Wahrheitsbezugs von Verfahren in Frage gestellt. Stattdessen verweist er als ihre Funktion auf die Immunisierung gegen Anforderungen psychischer Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen. Das hat (nicht nur) Juristen herausgefordert und erzeugt bis heute Unbehagen. Ein Blick auf die Prinzipien des Zivilprozesses in Deutschland zeigt allerdings, dass hier keineswegs vorbehaltlos nach der Wahrheit gesucht wird. Inwieweit dies geschieht, liegt grundsätzlich in der Hand der Parteien. Ohnehin endet nur ein relativ kleiner Teil von Prozessen mit einem streitigen Urteil. Übereinstimmendes Prozesshandeln der Parteien bzw. Konsens macht die Wahrheitserforschung weitgehend überflüssig; sie kann die Hinnahme von Prozessergebnissen nicht erklären. In nicht auf Drittentscheidung, sondern von vornherein auf Parteikonsens gerichteten Streitbeilegungsverfahren dürfte die Wahrheitsfrage einer konfliktträchtigen Vergangenheit weitgehend durch die Suche nach Konsens für Zukunftslösungen verdrängt werden.

**Abstract:** Luhmann's „Legitimation durch Verfahren“ (“Legitimation by Procedure“) questions the assumption that finding out the truth is a main function of court proceedings. For him procedures have to immunize their results against individual needs for acceptance and to provide the adaption to them. This is challenging the point of view adopted by many jurists. Looking at the principles of civil litigation it turns out that seeking truth depends of the acts of the parties and may lead rather to what can be called formal truth than to a material one. Besides of that relatively few procedures in civil law have a litigious outcome. So consensus of the parties plays an important role in proceedings as well as in dispute settlement outside the court. Truth might be a feature, but cannot explain the general acceptance of the outcomes of procedures.

---

\*Korrespondenzautor: Prof. Dr. Fritz Jost, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, Postfach 100 131, 33501 Bielefeld, Deutschland, email: [fjost@uni-bielefeld.de](mailto:fjost@uni-bielefeld.de)

# I. Ausgangspunkte

1. Wird ein Zivilprozess angestrengt, so geschieht dies, weil ein Bürger gegenüber einem anderen ein Recht zu haben glaubt, beispielsweise meint, eine Geldzahlung beanspruchen zu können. Das mag der Preis für eine Kaufsache, die Zahlung der vereinbarten Miete für eine Wohnung oder die Leistung von Schadensersatz nach einem Unfall sein. Das Gericht muss prüfen, ob die gesetzlichen Vorschriften (des materiellen Rechts) einen solchen Anspruch begründen. Das hat eine normative Seite (Was sagt das Gesetz? Unter welchen Voraussetzungen besteht der geltend gemachte Anspruch? Welche Rechtsfolge kann ausgesprochen werden?) und eine tatsächliche Seite (Was ist geschehen? Lässt sich ein Sachverhalt feststellen, auf den das Gesetz passt?)<sup>1</sup>. Letztere, die Schaffung der Tatsachengrundlage für das Urteil, muss durch die Behauptungen der Parteien bzw. die Ermittlungen des Gerichts erst noch bewerkstelligt werden, während die Gesetze, so könnte man sagen, „schon da sind“.<sup>2</sup> Es stellt sich also die Frage, was im Streitfall geschehen ist; sind die Behauptungen der Parteien *wahr*? Diese Frage zu beantworten und im Prozess der Rechtsanwendung zutreffend die auszusprechenden Rechtsfolgen festzustellen, dazu dient anscheinend das Gerichtsverfahren. Es geht also um Wahrheit bei der Tatsachenfeststellung und um Richtigkeit bei der hierauf fußenden Rechtsanwendung.

2. Im Grundlagenteil seiner Abhandlung „Legitimation durch Verfahren“<sup>3</sup> relativiert Luhmann (9 ff.) den proklamierten Wahrheits- und Richtigkeitsbezug<sup>4</sup> von Verfahren sehr stark. Ihm geht es um ihre „latenten“ Funktionen in „Diskrepanz“

---

1 Zur Trennung dieser Rechtsanwendungsaspekte in funktionaler Hinsicht schreibt Luhmann (71): „Diejenigen Instanzen, die Recht setzen, geben nicht zugleich an, welche Tatsachen wahr sind und umgekehrt“.

2 Sie müssen nicht einmal von den Parteien benannt werden; *iura novit curia*. Herausgefunden werden muss allerdings, welche konkreten Normen in einem bestimmten Fall „einschlägig“ sind, was davon abhängt, wie der Fall in tatsächlicher Hinsicht „gebaut“ ist. Zu dieser, wie man sagen könnte zirkulären Perspektive, s. 71/72, Fn. 4 und 5 mit Verweis auf die juristische Methodendiskussion.

3 Der Erstauflage des Buches von 1969 folgte 1975 eine zweite, um ein neues Vorwort erweiterte Auflage (beide im Luchterhand-Verlag). Nach einer dritten, unveränderten Auflage 1978 erscheinen alle weiteren Ausgaben seit 1983 im Suhrkamp Verlag. Im Folgenden wird das Buch nach der Suhrkamp-Ausgabe von 1983 zitiert, die seiten- und textidentisch mit der dritten Auflage von 1978 ist. Alle Seitenangaben ohne Autoren- und Jahresangabe in diesem Aufsatz beziehen sich auf diesen Band.

4 „Der Sinn des ... Gerichtsverfahrens wird von den herrschenden Prozeßlehren ... auf einen Wahrheitswert bezogen, ein richtiges Erkennen dessen, was als Recht gilt und im Einzelfall Rechtens ist. Dabei ist ... vorgesehen, daß das Richtige durch Entscheidung verwirklicht wird.“

zu „offiziellern Zweck (und) institutioneller Ausrüstung“ (16). Für den Gerichtsprozess werden das Phänomen des falschen, aber rechtskräftigen Urteils und das Spannungsverhältnis zwischen der Wahrheits- und Richtigkeitssuche einerseits und dem Allentscheidungszwang andererseits herausgestellt.<sup>5</sup> Mit letzterem soll die Ausrichtung des Prozesszwecks auf Wahrheit und Richtigkeit nicht vereinbar sein<sup>6</sup>, was Luhmann, wie er selbst sagt, zu der „radikaleren“ Frage führt, „ob der Gewinn von Wahrheit überhaupt die tragende Funktion rechtlich geregelter Verfahren ist“ (22).

Dies sind Ausführungen, welche Juristen häufig provoziert haben (vgl. Machura 1993, 97, 103 f., 107 f.) und wohl noch heute provozieren, zumal Luhmann bei der Behandlung speziell des Gerichtsverfahrens als dessen Funktion „die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten“ benennt (116).<sup>7</sup> Deutlich wurde dieses Unbehagen noch in jüngerer Zeit bei der Diskussion über die alternative Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern, wobei durchaus im pejorativen Sinne von der „Luhmann’schen“ Legitimation durch Verfahren „reinsten Wassers“ bezüglich der Schlichtungsverfahren (im Vergleich zu normalen Zivilprozessen) die Rede war (Roth 2013, 644), welche im Gesetzgebungsverfahren in Rede standen.

Luhmann spricht „Wahrheit“ an, ein Begriff, den ich auf Tatsachenfeststellungen beziehen möchte, und auch „Richtigkeit“, also die Übereinstimmung von positiver Rechtslage und Einzelentscheidung (aus den festgestellten Tatsachen sind rechtlich die zutreffenden Schlüsse durch korrekte Anwendung des Gesetzes als Entscheidungsprogramm gezogen worden).<sup>8</sup> Ich möchte mich zunächst nur auf die Tatsachenfeststellungen beziehen und darauf, ob und inwieweit im Prozess

---

Demgemäß wird der Hauptzweck des Gerichtsverfahrens gemeinhin als Rechtsschutz angegeben ...“ (17).

5 „Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren“ (21).

6 „Funktionale Spezifikation in der einen Richtung schließt die in der anderen aus.“ (21).

7 Siehe auch: „Ganz allgemein wird man die soziale Funktion eines Konfliktlösungsmechanismus nicht als Auslösung bestimmter psychischer Prozesse des Akzeptierens zu begreifen haben, sondern eher als Immunisierung des sozialen Systems gegen diese Prozesse“ (119–120). So lange es allerdings noch Rechtsmittel gegen eine Entscheidung gibt, sind die vom Verlierer „aufgeborenen Ressentiments“ institutionalisiert, was sie nach endgültigem Abschluss des Verfahrens (Instanzenzug wurde gar nicht oder aber vollständig und erfolglos ausgeschöpft) nicht mehr sind.

8 Generell zur Bedeutung der Programmierung von Entscheidungen (gemeint ist das Programm des materiellen Rechts): „Man wird daher vermuten dürfen, dass eine *Legitimation durch Verfahren nur in Verbindung mit konditionaler Programmierung* des Entscheidens institutionalisiert werden kann“ (133; Hervorhebung im Original; „daher“ bezieht sich auf die vorgängige Annahme, dass konditionale Programmierung des Entscheidungshandelns verantwortungs- und kritikabsorbierende Wirkung hat).

die Prüfung von Tatsachenbehauptungen auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit<sup>9</sup> dem Prozessrecht gemäß unterbleibt.<sup>10</sup> Auch werde ich im Wesentlichen nur zum Zivilprozess Stellung nehmen, welcher natürlich unter einen allgemeinen Verfahrens- oder Prozessbegriff gebracht werden kann, um den es in Luhmanns Abhandlung in erster Linie geht (57). Er zeichnet sich aber im Unterschied zum Verwaltungsprozess, welcher staatliches Handeln zum Gegenstand hat, und zum Strafprozess, welcher der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs dient, mit der sog. Parteiherrschaft durch eine gewisse „Staatsferne“ aus. Sie zeigt sich gerade an einem spezifischen Umgang mit dem Wahrheitsproblem.<sup>11</sup>

## II. Wahrheit als Prozesszweck?

1. In der Rechtswissenschaft war und ist das Ziel der Wahrheitssuche als essentieller Prozesszweck umstritten (Brehm 1982, 21 ff.; Staab 1973, 25 ff.). Dabei herrscht hinsichtlich des Ausgangspunkts Einigkeit: „Ohne Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen kann das Gericht nicht entscheiden, ob der geltend gemachte Anspruch besteht“ (Brehm 1982, 22). Man muss sich aber vor Augen halten, dass das Zivilgericht den Sachverhalt, welcher den Konflikt ausmacht, nicht selbst ermittelt. Im Zivilprozess findet grundsätzlich keine Inquisition statt.<sup>12</sup> Das den Streitfall bildende Geschehen muss vielmehr von den Parteien durch Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingeführt werden (da mihi facta, dabo tibi ius); es gilt der sog. Beibringungsgrundsatz oder die Verhandlungsmaxime<sup>13</sup>.

Dass die Parteien im Zivilprozess die Lasten der „Wahrheitsfindung“ tragen, liegt weitgehend daran, dass es hier um partikulare Interessen geht und den

---

**9** Auf Wahrheitstheorien soll und kann hier nicht weiter eingegangen werden.

**10** Dabei wird das formelle Programm deutlich im Vordergrund stehen, also das Prozessrecht. Inwieweit das informelle Programm, also hiervon mehr oder weniger abweichend die Prozesspraxis verfährt, kann nur angedeutet werden.

**11** Zu den unterschiedlichen Prozessarten (und ihrer Vernachlässigung in Luhmanns Abhandlung) s. 57 f.; Bezugnahmen auf den Verwaltungs- und Strafprozess in vorliegenden Text unten II.5.b).

**12** Anders als im Straf- und Verwaltungsprozess und in bestimmten familienrechtlichen bzw. Verfahren der sog. Freiwilligen Gerichtsbarkeit ermittelt und erforscht das Gericht den Sachverhalt nicht von Amts wegen (Untersuchungsgrundsatz).

**13** Unter Berücksichtigung der Dispositionsmaxime, welche die Bestimmung von Beginn, Gegenstand und Ende des Verfahrens (abgesehen von der richterlichen Entscheidung) durch die Parteien meint, lässt sich von Parteiherrschaft im Zivilprozess sprechen, welche, wie Luhmann (57) sagt, dem Zivilprozess „stärker den Charakter eines eigenen, riskanten Unternehmens, besonders für den Kläger“ gibt.

Rechtsträgern ohnehin materielle Verfügungsmacht über ihre Rechtspositionen eingeräumt ist (Privatautonomie). Von staatlicher Seite sind private Streitsachen und der diesbezügliche Prozessbetrieb eher ohne Interesse (Wach 1896, 53)<sup>14</sup>, jedenfalls aus der liberalistischen Sicht des 19. Jahrhunderts, wie sie der Civilprozeßordnung von 1877 zugrunde lag.<sup>15</sup> Von der Wahrheitssuche wird der Staat als Träger der Judikative durch die Autonomie der Betroffenen weitgehend entlastet, indem sie ihnen überantwortet wird.

Ist es Aufgabe der Parteien, den Prozessstoff zu beschaffen, so ergibt sich eine starke Restriktion denkbarer Bemühungen des Gerichts um die Tatsachengrundlage seiner späteren Entscheidung. Es kann jetzt nur um die Wahrheit der Angaben der Parteien gehen, welche sie innerhalb des Verfahrens machen.<sup>16</sup> Auf der Hand dürfte liegen, dass nur solche Tatsachenbehauptungen Beachtung finden, welche unter die einschlägigen Anspruchs- oder Einwendungsnormen subsumiert werden können. Das Vorbringen des Klägers muss „schlüssig“, das des Beklagten „erheblich“ sein, um überhaupt in Erwägung gezogen zu werden. Auch nicht jedes Vorbringen, welches diese Voraussetzungen erfüllt, wird berücksichtigt. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die (unentschuldig) verspätet vorgebracht werden und die Prozesserledigung verzögern, werden ausgeschlossen („präkludiert“).<sup>17</sup> Eine Überprüfung auf Wahrheit oder Unwahrheit erübrigt sich insoweit von vornherein. Die Entscheidung wird auf der Grundlage des – eventuell noch zu beweisenden – übrigen Parteivortrags gefällt. War das zurückgewiesene Vorbringen relevant, liegen ihr falsche oder unvollständige Sachverhalte zugrunde und führen zu entsprechenden Ergebnissen.<sup>18</sup> Dies wird aber zur Vermeidung von Prozessverzögerungen in Kauf genommen.<sup>19</sup>

---

**14** Hierzu auch Staab 1973, 29. Braun (2014, 89) spricht davon, der Beibringungsgrundsatz und die Dispositionsmaxime seien Ausdruck der „Neutralität des Gerichts gegenüber privaten Interessen“. Thomas/Putzo 2018, Einleitung I, Rdnr. 3: „Der Verhandlungsgrundsatz erklärt sich daraus, dass kein öffentliches Interesse daran besteht, die Wahrheit von Tatsachen zu ermitteln, die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu Grunde liegen, über die die Parteien die Verfügungsfreiheit besitzen“.

**15** Zur (auch historischen) Diskussion über prozessuale Konzeptionen s. Greger 1997.

**16** Quod non est in actis, non est in mundo. Hierzu Braun (2014, 89) mit dem Hinweis, dass sich der Satz auf den vor Obergerichten weitgehend schriftlich geführten gemeinen Prozess bezog.

**17** Bei Überschreiten einer hierfür gesetzten Frist oder unter Verstoß einer allgemeinen Prozessförderungspflicht (§§ 296, 282 ZPO).

**18** Wird beispielsweise ein Zeuge, welcher etwas Entscheidungserhebliches bekunden könnte, so spät benannt, dass ihn die Ladung nicht mehr vor dem Gerichtstermin erreicht, so kann der Prozess allein deshalb verloren gehen, wenn die betreffende Tatsache nicht anderweitig (rechtzeitig) feststellbar ist; ein neuer Termin, nur um den Zeugen doch noch zu vernehmen, ist nicht anzuberaumen (vgl. BGH NJW 1989, 719).

**19** Zur verfassungsrechtlichen Problematik siehe Saenger 2017, Rdnrn. 2ff. zu § 296 m.w.N.

2. Von diesen Ausgangspunkten her, die jede Prozesszweckdiskussion zu beachten hat, beginnen „die Meinungsverschiedenheiten ... bei der Erklärung der Normen, die auf eine Feststellung der Wahrheit *verzichten*“, wie es Brehm (1982, 22; Hervorhebung durch Verf.) formuliert.

a) Hier sind zunächst zwei Regelungen aus der Zivilprozessordnung anzusprechen. Die eine (§ 288 ZPO) lautet vereinfacht gesagt: Tatsachenbehauptungen einer Partei bedürfen keines Beweises, wenn die andere Seite sie zugesteht. Das Zugeständnis kann, auch wenn es falsch ist, also der Wahrheit nicht entspricht, grundsätzlich nicht widerrufen werden, wenn die gestehende Partei sich der Unwahrheit bewusst war, weil die den Widerruf einschränkende Vorschrift des § 290 ZPO „Strafcharakter“ hat.<sup>20</sup>

b) Hieran knüpft die weit wichtigere zweite Regelung an (§ 138 Abs. 3 ZPO): Tatsachenbehauptungen einer Seite sind schon dann nicht beweisbedürftig, wenn die andere Partei sie nicht bestreitet. Solche Behauptungen sind also ohne weitere Aufklärung vom Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Beweis wird nur über zwischen den Parteien strittige Angaben erhoben. Ob ein „Bestreiten“ die Beweisbedürftigkeit einer Behauptung auslöst, ist nicht immer einfach zu entscheiden. Ob man schlicht sagen kann: „Ich bestreite“ (einfaches Bestreiten) oder eine mehr oder weniger detaillierte Gegendarstellung geben muss, hängt von der Substanz der Behauptung und von den Möglichkeiten des Bestreitenden zur Wahrnehmung des betreffenden Geschehens ab.<sup>21</sup> Mit der Feststellung, dass die Erklärungen des Behauptungsgegners ihrerseits substantiiert sind oder nicht, lässt sich die Beweisbedürftigkeit von Seiten des Gerichts steuern.<sup>22</sup>

c) Wird etwas nicht bestritten oder gar zugestanden, so führt dies also zu einem Stoppsignal für überprüfende Feststellungen des Gerichts bzw. zum „barrierefreien“ Fortgang des Prozesses per Wahrunterstellung in diesem Punkt. Anderenfalls kommt eine Klärung der Wahrheitsfrage durch Beweiserhebung in Betracht.

---

**20** Sie soll die bewusste Unwahrheit ahnden: BGHZ 37, 154; dazu Zöller/Greger 2016, Rdnr. 3 zu § 290.

**21** Wird ein Schadensposten geltend gemacht, der innerbetrieblich beim Geschädigten entstanden sein soll, so kann die auf Ersatz in Anspruch genommene Partei diesen einfach bestreiten, da ihr der Einblick in den gegnerischen Betrieb fehlt. Gegenüber der Schilderung eines Unfallgeschehens, an welchem man selbst beteiligt war, genügt es nicht, den behaupteten Hergang einfach in Abrede zu stellen.

**22** Die Frage der Substantiierung kann vom Gericht fungibel eingesetzt werden: Unsubstantiiertes Bestreiten reicht nicht, dann gilt die betreffende Behauptung als unbestritten.

3. a) Im Zivilprozess gilt demnach eine formelle Wahrheit<sup>23</sup>, ja man kann sagen, die Parteien könnten hier über die „Wahrheit“ disponieren (dazu Braun 2014, 92 f.). Demgemäß meint Wacke (2011, 523): „Im Bereich der Verhandlungsmaxime ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit nicht das oberste Ziel des Zivilprozesses“.

Wer gleichwohl die materielle Wahrheit als Prozesszweck behauptet, setzt sich angesichts der positiven Rechtslage einem Erklärungszwang aus. Angeboten hierzu wird etwa: Dem Gesetzgeber komme es eigentlich auf eine der materiellen Wahrheit entsprechende Entscheidungsgrundlage an; die lediglich formelle Wahrheit genügen zu lassen geschehe nur aus Praktikabilitätsgründen oder weil die Überantwortung der Tatsachenfrage und das Eigeninteresse die Parteien zur Sachaufklärung motivierten; es sei davon auszugehen, dass unwahren Behauptungen regelmäßig von der Gegenseite widersprochen werde und es dann doch zu weiteren Ermittlungen im Beweisewege käme.<sup>24</sup> Diese Erklärungsversuche können aber nicht die genannten Regeln des positiven Rechts beiseiteschieben. Das Prozessrecht begnügt sich mit einer Fallrekonstruktion, welche deutlichen Vereinfachungen oder Eingrenzungen unterliegt, eben der prozessrechtlich zustande gekommenen formellen Wahrheit.<sup>25</sup>

b) Man könnte allerdings gerade vom Wortlaut des Gesetzes her einwenden, dass § 138 ZPO in seinem Absatz 1 verlangt: „Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben“. Eine solche Bestimmung war in die ursprüngliche Civilprozeßordnung von 1877 entsprechend ihrer liberalistischen Grundhaltung nicht aufgenommen worden<sup>26</sup>. Und Wach als ein wichtiger Prozessrechtler jener Zeit erklärte die Feststellung der Wahrheit nicht zum Ziel des Prozesses, sondern zu einem zufälligen Resultat

---

**23** Die Anfang des 19. Jahrhunderts eingeführte Unterscheidung von formeller und materieller Wahrheit stammt wohl von dem Maximentheoretiker Gönner; vgl. Wacke 2011, 489, 493, 522, 523; Würthwein 1977, 23 ff.

**24** Dazu Thomas/Putzo 2018, Einleitung I, Rdnr. 3: „Die Beschaffung u. Feststellung des Streitstoffs ist bei der gegensätzlichen Interessenlage der Parteien im kontradiktorischen Verfahren unter Geltung der Wahrheitspflicht ... und des Rechts auf Gehör ... besser gewährleistet als durch gerichtliche Untersuchung“; Würthwein (1977, 26 ff.) mit weiteren Nachweisen zur Diskussion in der Literatur im Einzelnen.

**25** Es ist für Richter gleichwohl nicht ratsam, mit dem Satz zu reagieren: „Die Wahrheit interessiert mich nicht“, wenn eine Partei die Sachverhaltsfeststellung forcieren möchte. Dies kann zur Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit führen (§ 42 Abs. 2 ZPO; BVerfG BeckRS 2013, 45462). Immerhin erwägt das Bundesverfassungsgericht, ob die Äußerung nicht schlicht als (zulässiger) Hinweis auf zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung gedeutet werden kann, was aber verworfen wird.

**26** Das Reichsgericht räumte ein, dass die Civilprozeßordnung keine Wahrheitspflicht kenne, wollte sie aber aus dem Prozesszweck folgern (RGZ 95, 313).

(Wach 1896, 149; Staab 1973, 29/30). Die genannte Bestimmung wurde erst 1933 eingeführt.<sup>27</sup> Abgesehen davon, dass die Vorschrift nur „subjektive Wahrhaftigkeit“ verlangt (Rosenberg/Schwab/Gottwald 2018, § 65, Rdnr. 66),<sup>28</sup> also nur die bewusste Lüge verbietet,<sup>29</sup> enthält sie offensichtlich keine unmittelbare Prozesszweckbestimmung, sondern betrifft das Verhalten der Parteien untereinander und gegenüber dem Gericht. Sie will wohl nur ein gezieltes Handeln zum Nachteil des Gegners und ein böswilliges Zusammenspiel beider Parteien zum Nachteil eines Dritten verhindern,<sup>30</sup> aber beispielsweise nicht den Fall, dass der Beklagte eine Behauptung des Klägers nicht bestreitet, auch wenn er sie für fragwürdig oder gar für falsch hält.<sup>31</sup> Denkbar ist beispielsweise, dass der Kläger, der einen vertraglichen Anspruch geltend macht, dementsprechend einen Vertragsschluss mit dem Beklagten behauptet. Der Beklagte tritt dieser Behauptung nicht entgegen, auch wenn er Zweifel am Zustandekommen des Vertrages hat, weil er selbst noch Rechte aus dem Vertrag herleiten möchte.<sup>32</sup> Jedenfalls darf man für die Schlüssigkeit des eigenen Vortrags Tatsachen behaupten, die man nicht wissen kann, wie etwa Absichten und Kenntnisse des Gegners oder Kausalbeziehungen, welche als möglich in Betracht kommen; darin liegt keine bewusste Lüge (Zöller/Greger 2016, § 138, Rdnr. 2f.).

c) Dazu wird man allerdings klarstellend anfügen müssen, dass auch dann, wenn es die zuvor genannten Verzichtregelungen für die Wahrheitsermittlung nicht gäbe, ja selbst, wenn die sog. materielle Wahrheit als Prozesszweck von Rechts wegen proklamiert würde, die Mittel, sie zu finden, nicht nur tatsächlich, sondern

<sup>27</sup> Gesetz vom 27.10.1933, RGBl. I, 780. Dazu Staab 1973, 29 ff.; bei Luhmann siehe 106, Fn. 12.

<sup>28</sup> Staab, 1973, 23: „... ist unter Wahrheit die Übereinstimmung der vorgebrachten Aussage einer Partei mit deren innerer Überzeugung zu verstehen“.

<sup>29</sup> Staab 1973, 27–28, auch zur Diskussion über Erkundigungspflichten der Parteien; dazu mit weiteren Bezügen auch Zekoll/Haas 2017, 1144.

<sup>30</sup> Wacke 2011, 489, 523, auch zum Anerkenntnis und Geständnis des Beklagten, soweit er über den Streitgegenstand verfügen kann.

<sup>31</sup> Zu ähnlichen Fällen Zöller/Greger 2016, § 138, Rdnr. 4.

<sup>32</sup> Beispielsweise klagt der Verkäufer einer Sache auf Zahlung des Kaufpreises. Erfolg kann er natürlich nur haben, wenn eine Einigung über den Kauf (Kaufvertrag) zustande gekommen war. Der Beklagte, welcher daran Zweifel hat, weil er meint, es hätte bisher nur Vertragsverhandlungen ohne bindende Abmachung gegeben, könnte zu seiner Verteidigung den Abschluss des Vertrages bestreiten. Will er die vielleicht schon gelieferte Sache aber behalten und Schadensersatz verlangen, weil sie zu spät geliefert wurde, oder will er eine neue derartige Sache bekommen, weil die gelieferte mangelhaft war, so ist der Vertragsschluss ebenfalls Voraussetzung für diese Gegenansprüche. Der Käufer mag dann von einem Bestreiten des Vertragsschlusses absehen (womit das Gericht diesen ohne weitere Prüfung zugrunde legt) und seine Gegenansprüche geltend machen, was auf unterschiedliche Art im anhängigen Prozess möglich wäre.

auch rechtlich limitiert wären.<sup>33</sup> Bei der Wahrheitssuche müsste es immer regelhaft zugehen und damit „Stoppschilder“ und Begrenzungen geben; nicht nur aus Gründen der Fairness und des Persönlichkeitsschutzes.<sup>34</sup> Einmal muss ein Schlusspunkt gesetzt werden, selbst wenn Zweifel verbleiben,<sup>35</sup> denn die richterliche Aufgabe ist eine praktische: Der Fall muss entschieden werden. Und mangels Anfechtungsmöglichkeiten oder nach deren Ausschöpfung muss es bei der Entscheidung bleiben. Sie ist dann „rechtskräftig“, auch wenn sie falsch ist.<sup>36</sup>

In der Tat enthält das Gesetz auch Restriktionen, wenn (über streitiges Vorbringen) Beweis zu erheben ist. Als Beweismittel stehen dem Gericht nur der Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und unter weiteren Einschränkungen die Parteivernehmung zur Verfügung;<sup>37</sup> nennen lässt sich auch noch die amtliche Auskunft (§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; BGHZ 89, 114, 119), beispielsweise aber nicht der Lügendetektor (BVerfG NJW 1982, 375). Der Einsatz der Beweismittel folgt wiederum bestimmten Regeln; die Beweiserhebung ist eben ein Verfahren.

d) Zur Beweiserhebung mit diesen (beschränkten) Mitteln kommt es also nur, (1) soweit rechtlich relevanter Vortrag einer Partei vorliegt,<sup>38</sup> (2) welcher streitig bzw. beweisbedürftig<sup>39</sup> ist, (3) die beweisbelastete Partei die Beweiserhebung zu einem konkreten Sachverhalt (Beweisthema) beantragt, (4) zu welchem sie ein (zulässiges) Beweismittel angeboten hat. Ein sog. Ausforschungsbeweis<sup>40</sup>, für den die Partei „ins Blaue hinein“ Behauptungen aufgestellt, weil sie erst über

**33** Vgl. Brehm 1982, 27 mit dem Hinweis darauf, „daß Wahrheit verfahrensgemäß“ ermittelt werden muss.

**34** Beachte auch die sog. Aussageverweigerungsrechte, welche, soweit sie den Interessen der Zeugen dienen, diese vor Rollenkonflikten bewahren sollen (Wüstmann 1972).

**35** Das ist auch beim Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch den Richter der Fall (§ 286 Abs. 1 ZPO; dazu auch unten 4.), welchem bei der Gewinnung einer Überzeugung Genüge getan ist, die einen für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit (BGH NJW 1993, 935) erreicht hat, welcher Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGHZ 53, 245/256 u.a.m.).

**36** Eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach rechtskräftigem Abschluss kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht, vgl. §§ 578 ff. ZPO. Zur Rechtskraft siehe bei Luhmann 17, 129; auch zur „sozialen Belastungsgrenze“ „formaler Kunstgriffe“.

**37** §§ 284 ff., 373 ff. ZPO. Dies betrifft den sog. Strengbeweis.

**38** Seitens des Klägers anspruchsbegründende Tatsachen, seitens des Beklagten Einredetatsachen.

**39** Auch wenn eine Behauptung streitig geblieben ist, fehlt es hieran, falls es sich um sog. offenkundige Tatsachen handelt oder die Behauptung durch eine gesetzliche Vermutung gedeckt ist, §§ 291 f. ZPO.

**40** Gebräuchlich für ein solches Vorgehen ist auch der Begriff Beweisermittlungsantrag.

die Beweiserhebung selbst an konkreten Tatsachenvortrag kommen will, ist nicht zulässig (Saenger 2017, § 284, Rdnr. 47).<sup>41</sup>

e) Was das Antragserfordernis angeht, so ist allerdings einzuräumen, dass die ZPO auch die Heranziehung von Beweismitteln von Amts wegen kennt.<sup>42</sup> Dies gilt nicht für den Zeugenbeweis, aber für die Vorlage von Urkunden und Akten (dazu Zekoll/Haas 2017) sowie die Einnahme des Augenscheins und die Einholung eines Sachverständigengutachtens (§§ 142 ff. ZPO) und letztlich auch für die Parteivernehmung (§ 448 ZPO). Auch in diesen Fällen hat sich die Beweisaufnahme aber auf den Parteivortrag zu beziehen und darf nicht zu Erweiterungen führen. So darf etwa einer vorzulegenden Urkunde nichts entnommen werden, was im Prozess noch nicht vorgetragen worden ist, weil § 142 ZPO keine Amtsaufklärung ermöglichen soll (BGH NJW 2014, 3312). Entsprechend scheint mir Zurückhaltung in der gerichtlichen Praxis zu herrschen, von diesen Möglichkeiten Gebrauch zu machen.<sup>43</sup> Sie stehen in einem Spannungsverhältnis zum Beibringungsgrundsatz und sollen primär die Verständlichmachung des Parteivorbringens fördern, nicht aber zur Amtsaufklärung führen (BGH NJW 2014, 3312, 3313; Zöller/Greger 2016, Rdnr. 1 f. zu 142; Rdnr. 1 zu § 144). Sie dienen damit der materiellen Prozessleitung durch den Richter, also seinem Erörterungs-, Frage- und Hinweisrecht (§ 139 ZPO), womit seine Rolle aktiviert wird.<sup>44</sup>

4. Ist Beweis erhoben, also beispielsweise ein Zeuge gehört worden, ist damit die Tatsachenfeststellung im Sinne einer Wahrheitssuche nicht abgeschlossen. Man weiß jetzt nur, was der Zeuge gesagt hat. Das mag ein Anzeichen dafür sein, dass sich der geschilderte Vorgang auch so abgespielt hat. Soweit das, was der Zeuge bekundet hat, rechtlich relevant ist, stellen sich weitere Fragen: Ist die Aussage glaubwürdig? Der Zeuge gilt als häufiges, aber sehr unzuverlässiges Beweis-

---

**41** Recht großzügig aber die Rechtsprechung (BGH NJW 1995, 2111). In der Tat ist die Zulässigkeitsfrage häufig schwer zu beurteilen im Hinblick darauf, dass auch Behauptungen auf- und dann unter Beweis gestellt werden dürfen, deren Wahrheit die betreffende Partei trotz Vorliegens von Anhaltspunkten nicht positiv kennt bzw. zu kennen glaubt (Einzelheiten bei Brehm 1982, 157 ff. und oben II.3.b.).

**42** Zu §§ 141 ff. ZPO s. Braun 2014, 90 f.

**43** Dazu Zekoll/Haas 2017, 1140 insbes. Fn. 7 mit weiteren Verweisen, wobei die Verfasser von einer eher gegenläufigen Entwicklung ausgehen.

**44** Harsche Kritik an Luhmanns Richterbild als obsolet und zu sehr an der Verhandlungsmaxime ausgerichtet bei Esser (1970, 206 f.); dazu noch unten IV.5. Rottleuthner (1971, 69 ff.) hat ebenfalls früh eine differenzierte sozialwissenschaftliche und auch immanente Kritik der Abhandlung Luhmanns als zu formal und sozialtechnologisch vorgelegt, ohne das „günstige Richterbild“ Essers zu teilen (dort Fn. 57); zu beiden siehe Luhmanns Vorwort zur zweiten Auflage, 3 f., bes. Fn. 7.

mittel: Was hat er unmittelbar wahrgenommen? Interpretiert er eventuell nur „Indizien“, gibt aber gleichwohl an, das, was er schlussfolgert, selbst gesehen zu haben? Will er überhaupt die „Wahrheit“ sagen bzw. ist er dazu auch in der Lage?<sup>45</sup> Es sind also weitere Klärungen erforderlich. § 286 Abs. 1 ZPO gewährt dem Richter zur Frage, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“ Freiheit der Beweiswürdigung.<sup>46</sup> Beweisregeln binden ihn heute nur, wo die ZPO dies besonders vorsieht (§ 286 Abs. 2 ZPO).<sup>47</sup> Luhmann (63) deutet diesen Grundsatz „als Freiheit, prozessfremde Rollen [im Prozess] unberücksichtigt zu lassen“, also etwa unterschiedlichen sozialen Status von Zeugen bei der Bewertung ihrer Angaben auszublenden. Das ist sicher ein Aspekt, wobei die komplizierte Geschichte der freien Beweiswürdigung wohl dadurch befeuert wurde, dass früher weit verbreitete Beweisregeln<sup>48</sup> für die aus ihnen zu ziehenden Schlussfolgerungen nicht zwangsläufig Wahrheit garantieren (Walter 1979, 85).

Und dem Richter steht zur Entscheidung der Wahrheitsfrage nicht nur das Ergebnis der Beweisaufnahme zur Verfügung, sondern „der gesamte Inhalt der Verhandlungen“. Darüber, ob dies eine Erleichterung seiner Aufgabe ist oder ein Erschwernis, kann man wohl streiten. Jedenfalls ist der Richter nicht darauf beschränkt, einem oder mehreren Zeugen zu glauben, um sich seine Überzeugung zu bilden. Er kann sie entgegen deren Aussage etwa auch aus dem Vorbringen der Parteien beziehen (Rosenberg/Schwab/Gottwald 2018, § 114, Rdnr. 1) und sich damit über die Zeugenaussage „hinwegsetzen“. Seine Gründe muss er nachvollziehbar im Urteil darlegen, wobei er nicht gegen anerkannte Erfahrungs-

---

45 Nicht umsonst „geht die Eidesnorm dahin, dass der Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe“ (§ 392 S. 2 ZPO).

46 Hierzu die Glaubhaftigkeits- und Vernehmungslehre einschließend Bender/Nack/Treuer 2014.

47 Beweisregeln finden sich z. B. beim Urkundsbeweis, §§ 415 ff. ZPO. So begründet eine unterschriebene private Urkunde vollen Beweis dafür, dass eine in ihr enthaltene Erklärung tatsächlich von dem Aussteller abgegeben, also nicht nur aufgeschrieben, sondern auch auf den Weg zum Empfänger gebracht worden ist, was ihr Wirksamwerden bedingt (§ 416 ZPO); auf die richterliche Überzeugung kommt es insoweit nicht an (BGH NJW 2013, 3306, 3308).

48 Am bekanntesten ist die weit zurück verfolgbare Regel „Durch zweier Zeugen Mund wird allerwegs die Wahrheit kund“. Eine Mehrheit von Zeugen konnte als Mindestvoraussetzung für den Beweiswert von Aussagen gelten: Unus testis, nullus testis. Auch eine Rangordnung der Beweismittel untereinander hat es gegeben. Eine besondere Rolle hat der wechselvolle Wert des (Partei-)Eides gespielt, welcher unmittelbar prozessentscheidend sein konnte (Walter 1979, 14, 36, 44 f., 79). Heute dient er zur Beseitigung von Glaubwürdigkeitsbedenken, ohne dass eine Beweiswürdigung durch das Gericht überflüssig wäre. Seine grundlose Verweigerung nimmt einer Aussage i. d. R. den Wert, was in den besonderen Bestimmungen für die Parteivernehmung (§§ 453, 446 ZPO) nicht festgeschrieben, aber angelegt ist.

sätze und Denkgesetze verstoßen darf (Rosenberg/Schwab/Gottwald 2018, § 114, Rdnr. 3 ff.). Weiter ist seine Überzeugungsbildung, welche für die Annahme einer Tatsache nicht zu unumstößlicher Gewissheit, sondern nur einer solchen, die „Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“, führen muss,<sup>49</sup> allerdings auch nicht überprüfbar.<sup>50</sup> Als Ziel der Beweisaufnahme lässt sich daher eher die richterliche Überzeugungsbildung als die Ermittlung der objektiven Wahrheit ausmachen (Krüger/Rauscher 2016, § 286, Rdnr. 1, 11, 16; dazu auch Luhmann 18, Fn. 11). Die „Wahrheitsfindung“ wird also letztlich subjektiviert<sup>51</sup> mit der Verleihung einer spezifischen Kompetenz, deren Voraussetzung eine bestimmte (historisch nicht stets gegebene) „Wertschätzung“ des Richters ist (Walter 1979, 85; Hahn 1880, 275) bzw. eine hinreichende Ausdifferenzierung der Richterrolle (Luhmann 64).

5. Es ist aber nicht gesagt, dass die Beweisaufnahme Klarheit bringt. Eine richterliche Überzeugung, so oder so sei es gewesen, hat sich vielleicht nicht mit der erforderlichen Gewissheit bilden lassen. Nach ihr mag vielmehr die Möglichkeit verbleiben, dass es auch anders als behauptet gewesen sein kann, weil z. B. ein Zeuge zwar etwas aussagt, aber unglaubwürdig erscheint.

a) Auch hier muss entschieden werden<sup>52</sup> und das regelhaft. Dazu dient die Orientierung an der Beweislast. Einfach gesagt: Wer etwas zu seinen Gunsten behauptet, hat es bei Bestreiten durch die Gegenseite auch zu beweisen. Gelingt ihm das nicht, wird für die Bildung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage so getan, als träfe die Behauptung nicht zu (Saenger 2017, § 286, Rdnr. 34 u. 53). Ihre Unwahrheit muss also nicht feststehen, für das Gericht ist eben nichts „klar“ (non liquet), speziell nicht die Anwendungsvoraussetzungen der Norm. Die Unwahrheit der betreffenden Behauptung wird unterstellt, und dies macht die Entscheidung möglich. Wenn so getan werden darf, als sei eine Anspruchsvoraussetzung nicht gegeben, kann der Anspruch berechtigterweise abgewiesen werden.<sup>53</sup> Damit haben wir eine „regelrechte“ Entscheidung auch für den Zweifelsfall.

<sup>49</sup> Saenger 2017, § 286, Rdnr. 13 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1993, 935, 937 u. BGHZ 53, 245, 256; siehe schon oben Fn. 35.

<sup>50</sup> Zur Konzentration der Tatsachenfeststellung auf die erste von drei möglichen Instanzen siehe unten 7.

<sup>51</sup> Gerade die Heranziehung von Gutachtern kann allerdings zu einer Objektivierung führen, auch wenn deren Ergebnisse den Richter nicht unmittelbar binden, er sie vielmehr eigenständig zu würdigen hat (Rosenberg/Schwab/Gottwald 2018, § 123, Rdnr. 67; § 122, Rdnr.1: „Der Sachverständige ist ... eine Art „neutraler“ Richtergehilfe“).

<sup>52</sup> Das gilt natürlich auch, wenn die beweisbelastete Partei gar keine Beweismittel angeboten hat.

<sup>53</sup> Die Beweislast trifft nicht generell bzw. umfassend den Anspruchsteller. Das liegt für anspruchsausschließende Regelungen und „Gegenrechte“ auf der Hand (z. B. muss der Schuld-

b) Selbst in Verfahren, in denen nicht der Beibringungsgrundsatz, sondern derjenige der Amtsermittlung gilt, kann es zur „Lösung“ des Wahrheitsproblems qua Beweislast kommen. Das ist etwa im Verwaltungsprozess der Fall.<sup>54</sup> Auch wenn alle Möglichkeiten des Gerichts, den Sachverhalt festzustellen, ausgeschöpft sind, können noch Zweifel verbleiben, wie es denn im Streitfall wirklich gewesen ist. Aber auch hier kann das Gericht nicht einfach sagen: „Ich weiß es nicht“ und die Akten schließen. Es muss also nach der Beweislast entschieden werden.<sup>55</sup> Das führt zu Anreizen für die Beteiligten trotz Amtsermittlung an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, worauf auch das Gericht angewiesen ist.

Im Strafprozess, in welchem es um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs geht, hat das Gericht den Sachverhalt ebenfalls von Amts wegen zu ermitteln (§ 244 Abs. 2 StPO).<sup>56</sup> Das Ungewissheitsproblem kann sich natürlich auch hier ergeben. Eine grundlegende, allgemein bekannte Entscheidungsregel lautet hier: *In dubio pro reo*. Im Zweifel wird für den Angeklagten entschieden. Wenn Tatsachen, welche seine Schuld begründen, nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden können, muss der Angeklagte freigesprochen werden, obgleich er „vielleicht“ doch schuldig ist.

---

ner die Erfüllung und damit das Erlöschen eines Anspruchs, dessen Entstehungsvoraussetzungen feststehen, beweisen). Die Formulierung der Normen des materiellen Rechts einschließlich gesetzlicher Vermutungen bestimmt die Verteilung der Beweislast. So kann der Anspruchsgegner etwa gezwungen sein, sich zu entlasten, weil das Gesetz vom regelmäßigen Vorliegen einer bestimmten Anspruchsvoraussetzung ausgeht (s. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB: Hat der Gläubiger eine schadensbringende Vertragsverletzung bewiesen, so muss der Schuldner dartzu bzw. beweisen, dass sie ihm nicht vorzuwerfen ist (er sie „nicht zu vertreten hat“)).

**54** § 86 Abs. 1 VwGO sieht vor, dass das Verwaltungsgericht den Sachverhalt unter Hinzuziehung der Beteiligten von Amts wegen ermittelt, ohne an deren Vorbringen und Beweisanträge gebunden zu sein.

**55** Siehe Kaufmann 2002, 391: „Auch der Verwaltungsprozess verfügt damit über eine „Stoppregel“, die im Falle der Unaufklärbarkeit von Tatsachenlagen eine Entscheidung in der Sache ermöglicht“.

**56** Das Gericht hat die „Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit“ (BVerfGE 133, 168 ff., Rdnr. 104). Diese Verpflichtung kann mit dem Bemühen, umfangreiche Strafverfahren mit angemessenem sachlichen und zeitlichen Aufwand zu bewältigen, in ein Spannungsverhältnis treten. Insofern haben sich bestimmte Praktiken („deals“) herausgebildet, welche der Gesetzgeber mit der Regelung zulässiger „Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten“ (§ 257c StPO) einzugrenzen versucht. Das Bundesverfassungsgericht betont hierzu, dass die „Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung“ nicht den Verfahrensbeteiligten überlassen werden dürfen (BVerfGE 133, 168 ff.). Es hält die gesetzliche Regelung aber für verfassungsgemäß, auch wenn einzuräumen sei, dass die (informelle) Praxis den Maßgaben des Gesetzes (bisher) weitgehend nicht entspricht (dasselbst Rdnrn. 117 ff.).

6. Eine Verminderung der Beweislast stellt es dar, dass der Richter bei entsprechenden Anhaltspunkten, auch wenn sie nicht weiter aufklär- und beweisbar sind, nach seiner Einschätzung entscheiden darf (§ 287 ZPO).<sup>57</sup> Dies betrifft in erster Linie Kausalitätsfragen im Schadensrecht und die Bemessung von Schadensersatzansprüchen. Der Gesetzgeber hat diese Regelung eingeführt, damit nicht übermäßig viele Prozesse an der Hürde der Beweisführung scheitern (Hunke 2012, 27 ff.). Sie spielt in der Praxis eine bedeutende Rolle und kann zu sehr weitreichenden „gewagten“ Annahmen führen. Wird etwa ein Kind körperlich so verletzt, dass es keine Ausbildung mehr durchlaufen und keinen Beruf ergreifen kann, und wird der entsprechende „Erwerbsschaden“ gegen den Verursacher der Verletzung geltend gemacht, so ist abzuschätzen, welchen Beruf das Kind später ergriffen hätte und welches Einkommen es hätte erzielen können, wäre die Verletzung nicht erfolgt. Es wird also eine eventuell Jahrzehnte umfassende Zukunftshypothese gebildet und danach Schadensersatz zugesprochen (z. B. BGH NJW 2011, 1148).

7. Schließlich ist hervorzuheben, dass die Tatsachenfeststellung bzw. die Wahrheitssuche weitgehend auf die erste Instanz beschränkt ist. Der Prozess kann aber unter bestimmten Voraussetzungen über drei Instanzen geführt werden. Die Feststellungen der ersten Instanz sind vom Berufungsgericht hinzunehmen, „soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit ... begründen“; neue Tatsachen können nur unter besonderen Voraussetzungen berücksichtigt werden (§§ 529, 531 ZPO). Die Revisionsinstanz (BGH) dient ohnehin nur der rechtlichen Prüfung des Urteils. Die Tatsachengrundlage hierfür wird also bindend in den Vorinstanzen geschaffen (§§ 545 f., 559 ZPO); nur deren Richter sind „Tatrichter“. So kann man formulieren, dass der Prozess sich mit zunehmendem Verfahrensaufwand „immer weiter vom realen Sachverhalt entfernt“.<sup>58</sup>

8. a) Bisher lässt sich sagen: Im Zivilprozess wird die „Wahrheitsfindung“ grundsätzlich durch das Parteiverhalten bestimmt. Konsens – auch im Sinne des „Nichtbestreitens“ (§ 138 Abs. 3 ZPO) – hat Vorrang vor der Wahrheit. „Die Parteidisposition (soll) also über der materiellen Wahrheit stehen“ (Braun 2014, 90; Wacke 2011, 523). Lediglich dort, wo weder ein Geständnis noch seine Fiktion (mangels

<sup>57</sup> „In Abweichung von § 286 Abs. 1 reicht eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugung aus“ (Thomas/Putzo 2018, Rdnr. 10 zu § 287 unter Bezug auf BGH NJW 2013, 2584, Rdnr. 20; siehe aber auch BGH NJW 2013, 525, Rdnr. 20).

<sup>58</sup> So Greger 1997, 1082, welcher hinzufügt, die Entscheidungen des BGH ergingen nicht selten zu irrealen Sachverhalten.

Bestreitens gegnerischer Behauptungen) greift, ist Beweis zu erheben; allerdings auch nur, sofern die beweisbelastete Partei dies unter Angabe eines konkreten Beweisthemas beantragt und Beweismittel anbietet. Dann wird der streitige Sachverhalt – sofern rechtlich relevant – einer Wahrheitsforschung unterworfen, wobei die Beweismittel bzw. ihre Erhebung allerdings eingeschränkt sind. Hilfsmittel zur Ergebnisfindung bieten gesetzliche Vermutungen (vgl. oben Fn. 39 u. 53), gesetzliche Beweisregeln (Fn. 47), die freie Beweiswürdigung, Schätzungsmöglichkeiten und die Beweislast. Auch wenn keine Wahrheit festgestellt wurde, wird entschieden.

b) Wir sollten uns aber vor Augen halten, dass weniger als ein Drittel aller Prozesse mit einem streitigen Urteil endet (Jost 2012), um dessen Legitimation es Luhmann doch geht. Neben sog. nichtstreitigen Urteilen,<sup>59</sup> ist noch an die übereinstimmende Erledigungserklärung und die Klagerücknahme zu denken (§§ 91a bzw. 269 ZPO). In allen Fällen kommt eine Überprüfung des Wahrheitsgehalts von Parteibehauptungen nicht (weiter) in Betracht.<sup>60</sup> Alle Fälle sind auch wieder Beispiele für die Parteiherrschaft über das Verfahren (Prozessbeendigung aufgrund Parteidisposition), mögen sie im Einzelfall auf Konsens der Parteien oder einseitiger Nachgiebigkeit beruhen.<sup>61</sup>

c) Genannt werden muss als konsensuale Prozessbeendigung noch der Prozessvergleich,<sup>62</sup> mit dem die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben in der

---

**59** Anerkenntnis- und Verzichtsurteile (§§ 306 f. ZPO) ergehen unabhängig vom Sachvortrag allein aufgrund der vorgenommenen Prozesshandlungen. Diese Faktenabstrenzung gilt auch für das Versäumnisurteil gegen den Kläger (§ 330 ZPO), wohingegen für das Versäumnisurteil gegen den Beklagten die Schlüssigkeit der klägerischen Behauptungen maßgebend ist, für welche aber eine Geständnisfiktion nach § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt.

**60** Auslöser für den hier erkennbar werdenden „Rückzug“ einer Partei bzw. den nichtstreitigen Ausgang eines Rechtsstreits kann allerdings eine zuvor erfolgte Beweisaufnahme und die Einschätzung ihres Ergebnisses durch die Partei selbst bzw. eine erkennbar werdende Haltung des Gerichts hierzu sein.

**61** Jedenfalls formeller Konsens liegt der übereinstimmenden Erledigungserklärung zugrunde (z. B. wenn der Beklagte die vom Kläger verlangte Geldsumme während des Prozesses bezahlt, so dass beide Seiten keinen Sinn bzw. keine Möglichkeit zu seiner Fortsetzung sehen und dies übereinstimmend dem Gericht anzeigen); ansonsten lässt sich treffend von „Kompromiss Spuren“ (eine Formulierung von Justus Heck) sprechen.

**62** Siehe insbesondere § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Er ist nach ganz herrschender Meinung sowohl materiell-rechtliches als auch prozessuales Rechtsgeschäft, mit dem die Parteien die Rechtshängigkeit beenden und die nunmehr geltende Rechtslage feststellen. Die Erledigungsrate differiert zwischen den Instanzen. Im Mittel enden knapp 20 % aller Zivilprozesse auf diese Weise (vgl. Jost 2012; die jährlichen Daten können der Fachserie 10 (Rechtspflege) des Statistischen Bundesamts entnommen werden). Trotz der Möglichkeit einer Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten soll es im Strafprozess keinen Vergleich über Gerechtigkeits- oder Wahrheitsfragen

Sache (§ 779 BGB) zu einer Prozessbeendigung und Konfliktbeilegung, also einem formellen, aber auch materiellen „Ergebnis“ gelangen. Der Kläger mag 5.000 € verlangt haben, deren Zahlung der Beklagte verweigert hatte; die Parteien – möglicherweise beide nach entsprechenden Hinweisen durch das Gericht ihrer Sache nicht mehr vollständig sicher – einigen sich vor diesem auf die finale Zahlung von 3000 Euro. Der Rechtsstreit ist vorbei,<sup>63</sup> und es gilt nun die auf diesem Wege vertraglich vereinbarte Rechtslage. Das ist eine in den auf sachliche Streitentscheidung angelegten Prozess „eingebaute“ alternative Konfliktlösung, welche das Gericht stets im Auge behalten und fördern soll.<sup>64</sup> Hier lässt sich die Brücke zur alternativen Streitbeilegung außerhalb des Gerichtsverfahrens schlagen.

### III. Konsens statt Wahrheit – Dethematisierung von Wahrheit bei konsensbasierten Konfliktlösungen?

1. Mit dieser Anknüpfung sollen die Unterschiede zwischen „Verhandlungen“ und „Verfahren“ (gemeint ist hier der Prozess) nicht verwischt werden: Die Definition der Parteirollen ist unterschiedlich, im Gegensatz zu Prozessen können Verhandlungen am Willen einer Partei scheitern, in ihnen muss keine einheitliche/verbindliche Sicht auf die Wirklichkeit als Entscheidungsgrundlage hergestellt werden, ihre möglichen Ergebnisinhalte sind vielfältiger, aber nicht in gleicher Weise generalisierbar, womit sich auch Unterschiede für Akzeptanz bzw. Legitimation ergeben. Festzuhalten ist aber, dass auch im Verfahren mit dem Ziel einvernehmlicher Konfliktlösung verhandelt werden kann (oben II.8.c), wenn auch die Rahmenbedingungen und Orientierungspunkte innerprozessualer Konsensbildung und außergerichtlicher Streitbeilegung (z. B. Mediation) unterschiedlich sind.

---

(„Handel mit der Gerechtigkeit“) geben (BVerfGE 133, 168 ff., bes. Rdnr. 105 u. 110), siehe oben Fn. 56.

<sup>63</sup> Es gibt nichts mehr zu entscheiden. Der protokollierte Prozessvergleich ist selbst Vollstreckungstitel und Grundlage für die Festsetzung der Kosten des Rechtsstreits.

<sup>64</sup> § 278 Abs. 1 ZPO: „Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein“. Zur hierdurch entstehende Rollenkombination Entscheider/Vermittler vgl. den Beitrag von Heck (2017) in diesem Heft. Zum richterlichen Drohpotential s. III.4. am Ende.

2. Wir hatten für das streitige Verfahren auf die Kanalisierung des Problems per Beweiserhebung hingewiesen. Streit über die Wirklichkeit gibt es natürlich auch in alternativen Streitbeilegungsverfahren (Vollmer 1996, 157 ff.). Hier dürfte Wahrheitsforschung aber einen (noch) geringeren Stellenwert haben. Die Anleitungsliteratur betont (vgl. Klinger/Bierbrauer 2017, § 4, Rdnr. 40 f.), dass die Wahrnehmung der Welt und die scheinbare „Wahrheit“ als Konstrukte hoch subjektiv sind (jeder macht sich seinen Reim auf oder über die Geschehnisse); sie legt es den Parteien nahe, die Version der anderen Seite mit zu bedenken und die eigene Position zu relativieren.<sup>65</sup> Gerade die Unsicherheit der Tatsachenlage und die Unvorhersehbarkeit des Ausganges einer Beweiserhebung in einem alternativ gedachten Prozess (Prozessrisiko) können dazu veranlassen, sich auf eine Konfliktlösung, also ein Ergebnis zu einigen und (weitere) Klärungsbemühungen hinsichtlich der Ausgangstatsachen zu unterlassen. Unsicherheit kann als Nachgiebigkeitsmotiv wirken (dazu auch Heck 2016, 79 f.).

3. Das muss nicht unbedingt so sein. Denkbar ist es auch in Schlichtungs- und Mediationsverfahren, eine „Beweiserhebung“ anzustellen. Recht problemlos können Urkunden beigezogen und ausgewertet werden. Die Anhörung von (präsenten) Zeugen bzw. ein Sachverständigengutachten kommt in Betracht, letzteres gerade dann, wenn es um eine wichtige, aber vereinzelt Frage geht wie etwa den Wert einer Sache oder eines Unternehmens (Gläser 2017, § 15, Rdnr. 62). In gesetzlichen Vorgaben oder Schlichtungsordnungen werden solche Möglichkeiten angesprochen.<sup>66</sup> Gleichwohl dürfte die Zurückhaltung gegenüber förmlichen Tatsachenfeststellungen in solchen Verfahren weit verbreitet sein.<sup>67</sup> Die Satzung der Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sieht etwa vor, dass eine mündliche Verhandlung nicht stattfindet und der Schlichtervorschlag auf „dem Sachvortrag und den vorgelegten Unterlagen“ basiert.<sup>68</sup> Das Gericht hat Machtmittel, um eine einmal angeordnete Beweiserhebung zu erzwingen. Es kann etwa dem ausbleibenden Zeugen die Verfahrenskosten und ein Ordnungsgeld auferlegen

---

<sup>65</sup> Zu transformatorischen Effekten von Verhandlungen, insbes. im Hinblick auf die Vermittlung durch einen Dritten siehe Heck 2016.

<sup>66</sup> Im Schiedsamtsgesetz NRW (§ 25 SchAG) ist beispielsweise vorgesehen, dass Zeugen und Sachverständige, die freiwillig erschienen sind, gehört werden können (keine Beeidigung!); eine einvernehmliche Einnahme des Augenscheins ist möglich.

<sup>67</sup> Schlichtung und Vermittlung werden allerdings in vielfältiger Weise angeboten. Die Bereitstellung besonderer Expertise zur Sachverhaltsfeststellung kann dabei auch „Markenzeichen“ von (berufsständisch ausgerichteten) Schlichtungseinrichtungen sein, beispielsweise solchen zur Arzthaftung (dazu Kols 2016). Zur sog. Data-Mediation im Verwaltungsverfahren bei komplexer Sachlage und widerstreitenden Gutachten s. Holznel/ Ramsauer 2017, § 40, Rdnr. 33, 57 ff.

<sup>68</sup> §§ 5 Ziff. 5 S. 2; 6 Ziff. 1 S. 3 der Satzung.

oder gar seine zwangsweise Vorführung anordnen (§ 380 ZPO). Diese Möglichkeit fehlt dem nicht hoheitlich agierenden Schlichter bzw. Mediator.<sup>69</sup>

Auch ist eine förmliche Beweisaufnahme schwer mit dem Postulat vereinbar, dass alternative Verfahren einfach und schnell<sup>70</sup> und kostengünstig vonstattengehen sollen. Ein Sachverständigengutachten etwa kann ganz erhebliche Kosten verursachen. So wundert es nicht, dass sogar das sog. Verbraucherstreitbeilegungsgesetz, welches Verbrauchern „flächendeckend“ die Geltendmachung von Ansprüchen aus Verträgen mit Unternehmern gewährleisten will<sup>71</sup>, als möglichen Ablehnungsgrund für eine Schlichtung den Fall nennt, dass „der effektive Betrieb“ der Schlichtungsstelle ernsthaft beeinträchtigt werden könnte, weil der Sachverhalt „nur mit einem unangemessenen Aufwand“ zu klären ist.<sup>72</sup> In einem Kommentar zum Verbraucherstreitbeilegungsgesetz wird das Fazit gezogen: „Im Ergebnis wird häufiger noch als im gerichtlichen Verfahren der Sachverhalt oder Teile des Sachverhalts ungeklärt bleiben“ (Borowski/Röthemeyer/Steike 2016, § 19, Rdnr. 26).

4. Der Konsens in hierauf abzielenden Konfliktlösungsverfahren wird sich demgemäß mindestens tendenziell auf die tatsächliche Konfliktbasis beziehen. Das muss nicht bedeuten, dass man sich auf eine Version des fundierenden Geschehens einigt. Jeder kann grundsätzlich bei seiner Weltsicht bleiben.<sup>73</sup> Aber hier wird nicht weiter aufgeklärt und „gebohrt“. Anders als im Prozess soll nicht die Vergangenheit und die Frage, wer sich auf welche Weise im Kriterienpektrum „rechtmäßig/rechtswidrig“ verhalten hat, weiterverfolgt werden. Der Blick richtet sich vielmehr auf eine den Parteien zusagende Gestaltung der Zukunft; so jedenfalls das Postulat alternativer Streitbeilegung. Der Konsens beim Ergebnis der Verhandlungen macht die Wahrheitssuche bezüglich der Vergangenheit obsolet. Konsens bezogen auf tatsächliche Entscheidungsgrundlagen im Prozess erschien schon als funktionales Äquivalent für Wahrheit. Das gilt auch für ihre Ausblendung mit dem Perspektivenwechsel in Richtung

---

<sup>69</sup> Im schiedsrichterlichen Verfahren kann Hilfe durch das staatliche Gericht gewährt werden (§ 1050 ZPO).

<sup>70</sup> Siehe die Zeitvorgabe in § 20 Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) aufgrund entsprechender Vorgaben in der Richtlinie.

<sup>71</sup> Neben branchenspezifischen Einrichtungen ist auch eine „Universalschlichtungsstelle“ in den §§ 29 ff. VSBG vorgesehen.

<sup>72</sup> § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VSBG; dies gilt auch für die Schwierigkeit der Klärung rechtlicher Fragen.

<sup>73</sup> Sie wird nur nicht mehr gegenüber den anderen Beteiligten aggressiv kommuniziert werden; zu Fragen der Selbstdarstellung bzw. des Identitätsmanagements in dieser Hinsicht Heck 2016, 78 f.

Zukunft.<sup>74</sup> Daran ließe sich die Frage anschließen, wie es in alternativen Streitbeilegungsverfahren zu Konsens bzw. der Änderung der Blickrichtung kommt und auch die Frage nach der Rolle des vermittelnden Dritten, etwa im Vergleich zu der des Richters, dem als Entscheider höheres Drohpotential für das Prozedere und den Verfahrensausgang zur Verfügung steht. Dem kann hier allerdings nicht nachgegangen werden.

## IV. Fazit

1. Für eine Wahrheitssuche im Zivilprozess bleibt nur ein relativ kleines „Fenster“. Wenn es bei streitigem Vortrag geöffnet werden muss, wird das Beweisverfahren durchgeführt, welches seinerseits Parteiaktivität und verfügbare Beweismittel voraussetzt und in seiner Durchführung reglementiert ist. Kommt es mangels einer seiner Voraussetzungen hierzu nicht oder führt es nicht zum Erfolg, lässt sich also keine richterliche Überzeugung von der Wahrheit der zu überprüfenden Tatsachenbehauptung bilden, sichert die Entscheidung nach der Beweislast die Befolgung des Allentscheidungszwangs, auch wenn die Wahrheit nicht gefunden worden ist.

2. Wahrheit als Entscheidungsgrundlage wird als Legitimationsfaktor insoweit nicht gebraucht, als die vom Ergebnis betroffenen Verfahrensbeteiligten ihre Gewinnung oder Substituierung selbst in der Hand haben. Ihre Teilhaberechte am Verfahren „genügen“ wegen ihrer erheblichen materiellen und formellen Reichweite. Insoweit gibt es ja auch keine Entscheidung zu rechtfertigen.

3. Zu beachten bleibt allerdings, dass diejenigen Tatsachenfragen, welche nicht qua Parteidisposition einer Wahrheitsforschung entzogen sind, sondern einer Beweisaufnahme zugeführt werden, damit auch als entscheidend definiert sind. Es kommt dann eben für den Prozessausgang darauf an, ob die betreffende Behauptung zutrifft oder nicht. Die Beurteilung unterliegt letztlich der freien richterlichen Beweiswürdigung, einem Vorgang, der schwer kontrollierbar ist und auch nur im Grenzbereich des nicht mehr Nachvollziehbaren kontrolliert

---

<sup>74</sup> Vgl. Luhmann (25): „Eine Theorie des Verfahrens braucht einen ... abstrakteren funktionalen Bezugsgesichtspunkt, der den Wahrheitsmechanismus [dazu 23 Mitte] einschließt, aber sich in ihm nicht erschöpft. Es liegt nahe, dafür auf die *Funktion* der Wahrheit zurückzugreifen und von ihr aus nach anderen, funktional äquivalenten Mechanismen der Übertragung reduzierter Komplexität Ausschau zu halten“ (Hervorhebung im Original).

wird. Dass auf die auch im Instanzenzug nur begrenzt hinterfragbare Überzeugung des „Tatrichters“ (oben II.7.) abgestellt wird, macht das Wahrheitsproblem zur Zweifel abweisenden Kompetenzfrage und überlässt es letztlich der „Verfahrenslegitimation“.

4. Hervorgehoben werden muss, dass nur der kleinere Teil der Zivilprozesse zu einer streitigen Entscheidung führt. Prozesse können auf verschiedene Weise anderweitig beendet werden (oben II.8.b und c). Soweit es zu konsensualen Erledigungen kommt, erfolgt keine oder jedenfalls keine weitere Wahrheitssuche. Aber auch im Vorfeld eines streitigen Urteils geht es aufgrund der Verhandlungsmaxime nicht stets um Tatfragen; das Entscheidungsproblem kann sich auf reine Rechtsfragen beschränken, weil der Sachvortrag der Parteien nicht streitig geführt wird. Dann kommt es auf Wahrheitsfragen nicht an. Wo das der Fall ist, muss gleichwohl noch über die auszusprechenden Rechtsfolgen entschieden werden, und es verbleibt das, was wir eingangs als „Richtigkeitsproblem“ ausgeklammert hatten. Bezieht man es nun in unsere Überlegungen ein, so muss man bedenken: Mit der Verrechtlichung, zumal in einem Prozess, unterliegt der Ausgangskonflikt einer Transformation. Er wird anders „kodiert“, die Relevanzkriterien, der Kreis der Beteiligten und die Austragungsformen verändern sich (Raiser 1987, 308 ff.; Wendland 2017, 18 ff.). Das Verfahren, das sich als ausdifferenziert und autonom gegenüber lebensweltlichen Bezügen der Beteiligten darstellt (Luhmann 59 ff., 69 ff.), wird weitgehend nicht von den unmittelbar Betroffenen selbst geführt, sondern von ihren Rechtsanwältinnen. Auch das materielle Recht und die vom Gericht seiner Entscheidung hiernach zu gebende Begründung sind für die sog. „Laien“<sup>75</sup> schwer verständlich und häufig kaum nachvollziehbar.<sup>76</sup> Der Rechtsgang wird selbst von den Betroffenen qua Vermittlung „erfahren“; die Resultate sind gleichwohl hinzunehmen. Ein „Lernprozess“ im Sinne eines (überzeugten) Akzeptierens wird für sie, von denen mindestens einer der Verlierer ist, unter solchen Umständen bestenfalls partiell möglich sein (107 ff., 113 f.).

Urteile und ihre Begründungen sind nicht nur an die unmittelbar Betroffenen gerichtet. Auch das Justizsystem selbst (Instanzenzug), die juristische Fachwelt und das Publikum werden angesprochen bzw. erreicht.<sup>77</sup> Hier dürfte „Legitima-

<sup>75</sup> Hier wäre noch zwischen Parteien mit mehr oder weniger Befassung mit Rechtsfragen und Verfahren bei entsprechenden Erfahrungs- und Wissensunterschieden zu differenzieren, etwa one-shotter einerseits und repeat-player andererseits (Galanter 1994).

<sup>76</sup> Was auch für „Ausschnitte“ wie das Beweisrecht und die Entscheidung nach Beweislast gelten dürfte.

<sup>77</sup> Rottleuthner (1971, 76) wirft Luhmann insofern vor, „den Abnehmerkreis von zu legitimierenden Entscheidungen zu klein gewählt“ zu haben; siehe aber Luhmann 122 ff.

tion durch symbolische Implikationen“ (36) jeweils eine unterschiedliche Rolle spielen, letztlich aber zur Schaffung genereller Akzeptanz nicht ausreichen, was wiederum auf „Legitimation durch Verfahren“ verweist.

5. Sieht man dies alles so, sind weniger die Befunde Luhmanns als vielmehr die Diskussion in der Prozessrechtswissenschaft über den Stellenwert von Wahrheit als Prozesszweck bzw. das Verhältnis von materieller und formeller Wahrheit (oben II.1.) bemerkenswert. Bestenfalls auf der Ebene einer möglichen Rechtfertigung *de lege lata* liegt dann die Frage, ob die Verhandlungsmaxime, welche auf Parteiaktivität setzt, oder die Ermittlung von Amts wegen eine besseres Bild davon produziert, wie sich der Streitfall tatsächlich zugetragen hat. Der Grund für solche Erörterungen und Bezugnahmen dürfte in dem hohen Legitimationspotential von Wahrheit liegen, das auch Luhmann (23 ff., 25) hervorhebt.<sup>78</sup>

Demgegenüber erschiene es schwierig, seine Befunde reflexiv zu wenden und zu Legitimationsfaktoren machen zu wollen. Das liegt bei dem schon zitierten Satz auf der Hand: „Funktion von Verfahren ist mithin die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten“ (116, oben bei Fn. 7).<sup>79</sup> Funktionale Analysen decken gerade das Ideologische an der Selbstbeschreibung gesellschaftlicher Institutionen auf, bestätigen sie also nicht nur nicht, sondern können sie entschleiern und ihnen sogar Glaubwürdigkeit entziehen.<sup>80</sup> Dass man sich hiermit nicht einfach abfinden will, erstaunt nicht. Bemerkenswert bleibt aber, dass die juristische Kritik an Luhmanns Sichtweise mit der Behauptung ansetzte, er schätze die Aktivität der Parteien gemäß der Verhandlungsmaxime zu hoch und den Beitrag des Richters zur Findung und Rechtfertigung von Verfahrensergebnissen zu niedrig ein.<sup>81</sup> Reicht die „formelle“ Wahrheit, obgleich wichtiger Grundzug des geltenden (Zivilprozess-) Rechts, als Legitimationsfaktor nicht aus? Die Relativierung der „materiellen“

---

**78** Gegen die Welt in ihrem „Sosein“ könne man nicht „sinnvoll rebellieren“.

**79** Siehe auch im Vorwort zur 2. Auflage: „Die Interaktionsform des Verfahrens ... dient auch ganz unmittelbar der Konfliktdämpfung, der Schwächung und Zermürbung der Beteiligten, der Umformung und Neutralisierung ihrer Motive ...“ (4).

**80** Weniger harsch Luhmann selbst (6): „Aus Gründen, die in der methodologischen Diskussion viel erörtert worden sind, können funktionale Analysen ihren Gegenstand nicht ‚rechtfertigen‘... Funktionale Analyse ist eine Technik der Entdeckung schon gelöster Probleme ...“; siehe auch unten Fn. 84.

**81** Schon kurz nach Erscheinen von „Legitimation durch Verfahren“ und scharf formuliert durch Esser (1970, 206 f., dazu schon oben Fn. 44), weitere Nachweise bei Machura (1993, 107 f.). Luhmann scheint dies allerdings nicht sonderlich beeindruckt zu haben (1972, 263 f., Fn. 106; das Vorwort zur 2. Auflage, 3f.; 1995, 208 f., 317, 558).

Wahrheit und Entscheidungsrichtigkeit<sup>82</sup> können die juristischen Kritiker Luhmanns zwar nicht gänzlich beiseiteschieben, es wird aber versucht, sie mit der Behauptung einer „relativen Rechtmäßigkeit“ (Gilles 1976, 199) bzw. der Orientierung des trotz Programmierung offenen Rechtsfindungsprozesses<sup>83</sup> an Überzeugungen und Wertungen der Rechtsgemeinschaft (Zippelius 1970, 301 f.)<sup>84</sup> abzufangen, also sozusagen eine „Frontbegradigung“ vorzunehmen. Dabei geht es Luhmann nicht darum, Bemühungen um Entscheidungskriterien zu negieren oder als Theatralik abzutun. Die von ihm gestellte Frage lautet in der Formulierung von Röhl (1987, 418) nur: „Welche Vorgänge bewirken tatsächlich die problemlose Abnahme von Gerichtsentscheidungen?“; und die Antwort ergibt sich für Luhmann nicht aus normativen Prämissen und Postulaten für das Verfahren (18, 36 f.), sondern aus seinem Funktionieren als soziales System (3 f.). Dabei muss „die Nichtidentität von Verfahren und Entscheidungsprozess“ beachtet werden (Kieserling 2012, 149).<sup>85</sup>

6. Heute kapriziert man sich nicht auf die (materielle) Wahrheit als Prozesszweck, sondern nennt meist ein Bündel von Zielen wie Rechtsschutz in individueller und allgemeiner Hinsicht, Rechtsbewährung und -fortbildung sowie Rechtsfrieden.<sup>86</sup> Das eingangs angeführte Unbehagen an Luhmanns Thesen scheint von Dauer zu sein, auch wenn der „normale“ Zivilprozess offensichtlich nur eine eingeschränkte Wahrheitssuche kennt, auf Konsens setzt und auf „Legitimation durch Verfahren“ angewiesen ist. Wird das in Frage gestellt, lässt sich die Formel zur Diskreditierung außergerichtlicher Schlichtungsverfahren einsetzen (siehe oben I.2.). Die pejorative Konnotation zeigt an, dass man sich mit der Funktionsbestimmung des normalen Prozesses à la Luhmann nicht abfinden will. „Wahrheit“ taugt besser als Legitimationsmittel. Wahrheitsbezug ist als Sinnvermitt-

**82** Wie auch der staatlichen Durchsetzungsmacht (Hagen 1972, 486 f.).

**83** Dessen Verdeutlichung für die Beteiligten schon im Verfahren immer wieder gefordert wird (etwa Schmidt 1973).

**84** Hierzu Luhmann als Antwort auf kritische Fragen von Zippelius: Die analysierten Strukturen ließen sich nicht zu „Gründen“ für richtiges Entscheiden und richtiges Verhalten kondensieren“ (4).

**85** Zur Kritik an den juristischen Kritikern von Luhmanns Konzeption s. auch Röhl 1987, 418 ff.: Verquickung der Frage, wieso Gerichtsentscheidungen hingenommen werden, mit derjenigen, wie Legitimation bewirkt werden sollte (nämlich durch Ausrichtung an und Vermittlung von Wahrheit und Richtigkeit der Entscheidungen).

**86** Rosenberg/Schwab/Gottwald 2018, § 1 III; hierzu etwa auch Krüger/Rauscher 2016, Einleitung Rdrn. 8: „Wahrheitsfindung an sich ist nicht Zweck des Zivilprozesses“. Die gleichzeitige Nennung von Rechtsschutz und Rechtsfrieden hatte Luhmann als „widersprüchliche Doppelformel“ gekennzeichnet (17; auch oben I.2.)

lung nicht anzweifelbar. Verfahren (und Verhandlungen) sind aber umfassender darauf gerichtet, Entscheidungs- oder Einigungs-, jedenfalls Beendigungsoptionen zu erarbeiten, nach deren Realisierung der Konflikt grundsätzlich nicht weiter ausagiert werden kann. Die Suche nach der Wahrheit kann dabei ein Element sein. Schon nach der prozessrechtlichen Konzeption kommt sie jedoch nur eingeschränkt und in spezifischer Form zur Anwendung; sie kann die Konfliktabsorption durch Verfahren nicht erklären.

## Literatur

- Bender, Rolf/Nack, Armin/Teuer, Wolf-Dieter (2014): *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 4. Aufl. München: C.H. Beck.
- Borowski, Sascha/Röthmeyer, Peter/Steike, Jörn (2016): *Verbraucherstreitbeilegungsgesetz*. Baden-Baden: Nomos.
- Braun, Johann (2014): *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Brehm, Wolfgang (1982): *Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*. Tübingen: Mohr.
- Esser, Josef (1970): *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Galanter, Marc (1994): *Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in: R. Cotterrell (Hrsg.), *Law and Society*. Aldershot: Dartmouth, 165–230.
- Gilles, Peter (1976): *Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, in: Gerhard Lüke (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 183–200.
- Gläßer, Ulla (2017): *Mediative Interventionen*, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*. München: C.H. Beck, 357–388 (§ 15).
- Greger, Reinhard (1997): *Vom „Kampf ums Recht“ zum Zivilprozess der Zukunft*. *Juristenzeitung* 52, 1077–1083.
- Hagen, Johann J. (1972): *Legitimation durch Verfahren*, *Juristische Schulung* 13, 485–488.
- Hahn, Carl (Hrsg.) (1880): *Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Erste Abteilung*. Berlin: R. v. Decker's Verlag.
- Heck, Justus (2016): *Der beteiligte Unbeteiligte. Wie vermittelnde Dritte Konflikte transformieren*. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 36, 1, 58–87.
- Heck, Justus (2017): *Vermittlung im Zivilverfahren. Zu Funktionen und Folgen undifferenzierter Konfliktbearbeitung*, in diesem Heft.
- Holznapel, Bernd/Ramsauer, Ulrich (2017): *Mediation im Verwaltungsrecht*, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*. München: C.H. Beck, 921–954 (§ 40).
- Hunke, Marc (2012): *Die Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO unter besonderer Berücksichtigung eines Verkehrsunfalls*. Hamburg: Kovac.
- Jost, Fritz (2012): *Einvernehmliche Streitbeilegung in und außerhalb des Zivilprozesses*. *Ad Legendum* 9, 63 – 66.

- Kaufmann, Marcel (2002): *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kieserling, André (2012): Legitimation durch Verfahren, in: Oliver Jahraus/Armin Nassehi/Mario Grizelj et al. (Hrsg.), *Luhmann-Handbuch*. Stuttgart: J.B. Metzler, 145–150.
- Klinger, Edgar/Bierbrauer, Günther (2017): Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen des Verhandeln und der Mediation, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*. München: C.H. Beck, 109–138 (§ 4).
- Kols, Kerstin (2016): Streitverhalten und Streitbeilegung im Bereich der Arzthaftung in Deutschland, in: Armin Höland/Caroline Meller-Hannich (Hrsg.), *Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz*. Baden-Baden: Nomos, S. 89–99.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (2016): *Münchener Kommentar zur ZPO*, 5. Aufl. München: C.H.Beck.
- Luhmann, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, 2 Bände. Reinbek b. Hamburg: Rowohlt.
- Luhmann, Niklas (1983): *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1995): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Machura, Stefan (1993): Niklas Luhmanns „Legitimation durch Verfahren“ im Spiegel der Kritik. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 14, 1, 97–114.
- Raiser, Thomas (1987): *Rechtssoziologie*. Frankfurt: Metzner.
- Röhl, Klaus F. (1987): *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*. Köln: Heymanns.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter (2018): *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. München: C.H. Beck.
- Roth, Herbert (2013): Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation. *Juristenzeitung* 68, 637–644.
- Rottleutner, Hubert (1971): Zur Soziologie richterlichen Handelns (II). *Kritische Justiz* 4, 60–88.
- Saenger, Ingo (Hrsg.) (2017): *Handkommentar ZPO*, 7. Aufl. Baden-Baden: Nomos.
- Schmidt, Eike (1973): *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie*. Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Staab, Gerhard Walter (1973): *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*. Würzburg: Dissertation.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Hrsg. (2018): *Zivilprozessordnung*, 39. Aufl. München: C.H. Beck.
- Vollmer, Hendrik (1996): Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen. *Zeitschrift für Soziologie* 25, 147–164.
- Wach, Adolf (1896): *Vorträge über die Reichs Civilprozeßordnung*, 2. Aufl. Bonn: Marcus.
- Wacke, Andreas (2011): *Res iudicata pro veritate accipitur? Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz*, in: Friedrich Harrer/Heinrich Honsell/Peter Mader (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*. Wien: Springer, 489–524.
- Walter, Gerhard (1979): *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr.
- Wendland, Matthias (2017): *Mediation und Zivilprozess. Dogmatische Grundlagen einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre*. Tübingen: Mohr.
- Würthwein, Martin (1977): *Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Wüstmann, Ephard (1972): *Rolle und Rollenkonflikt im Recht*. Berlin: Duncker& Humblot.
- Zekoll, Joachim/Haas, Georg Alexander (2017): *Ausweitung ohne Ausforschung – zur Urkunden-vortlagepflicht nach § 142 ZPO*. *Juristenzeitung* 72, 1140–1146.
- Zippelius, Reinhold (1973): *Legitimation durch Verfahren?* in: Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 293–304.

Zöller, Richard (Hrsg.)/Greger, Reinhard (Bearbeiter) (2016): Zivilprozessordnung, 31. Aufl.  
Köln: Dr. O. Schmidt.

## Weitere Quellen

Bundesgerichtshof, Urteil vom 24.05.1962 – VII ZR 46/6, BGHZ 37, 154.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 17.02.1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245.  
 Bundesgerichtshof, Beschluss vom 23.11.1983 – IV b ZB 6/82, BGHZ 89, 114.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 19.10.1988 – VIII ZR 298/87, NJW 1989, 719.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 14.01.1993 – IX ZR 238/91, NJW 1993, 935.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 25.04.1995 – VI ZR 178/94, NJW 1995, 2111.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 05.10.2010 – VI ZR 186/08, NJW 2011, 1148.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 06.12.2012 – VII ZR 84/10, NJW 2013, 525.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 29.05.2013 – VIII ZR 174/12, NJW 2013, 2584.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 10.07.2013 – IV ZR 224/12, NJW 2013, 3306.  
 Bundesgerichtshof, Urteil vom 27.5.2014, XI ZR 264/13, NJW 2014, 3312.  
 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.08.1981 – 2 BvR 166/81, NJW 1982, 375.  
 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12.12.2012 – 2 BvR 1750/12, BeckRS 2013, 45462.  
 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 u. a., BVerfGE 133, 168.  
 Reichsgericht, Urteil vom 8.5.1919 – VI 346/18, RGZ 95, 313.

## Autoreninformation:

### Prof. Dr. Fritz Jost

Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, Postfach 100 131, 33501 Bielefeld,  
Deutschland, email: [fjost@uni-bielefeld.de](mailto:fjost@uni-bielefeld.de)

Nach dem jur. Studium in Freiburg i. Br., Genf und Heidelberg dort Promotion 1978  
 (Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen, Berlin 1979:  
 Duncker & Humblot), zweites Juristisches Staatsexamen im selben Jahr, Habilitation in  
 Hannover 1989 (Vertragslose Auskunft- und Beratungshaftung, Baden-Baden 1991: Nomos).  
 Lehrstuhlvertretungen in Bielefeld und in Berlin an FU und HUB, hier 1992 Ernennung zum  
 Universitätsprofessor. Im selben Jahr Berufung an die Universität Bielefeld (Fakultät für  
 Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Anwaltsrecht und Rechtsgestaltung,  
 Rechtssoziologie). Leitung des Bielefelder Kompaktkurses ab 2000, hernach auch des Master-  
 studienganges „Rechtsgestaltung und Prozessführung“ sowie des Ausbildungsangebots  
 „Mediation für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte“. Nach der Pensionierung 2015 weiter  
 Lehrveranstaltungen zur alternativen Streitbeilegung. Neuere Schriften: Die anwaltliche  
 Vertretung in der Mediation (Begleiter – Coach – Weichensteller?), Herausgabe u. Einführung  
 zum gleichnamigen Bd. 26 der Bielefelder Schriftenreihe für Anwalts- und Notarrecht,  
 Hamburg 2013: Kovac, 7–13; Haftung (§ 29), in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen  
 (Hrsg.): Handbuch Mediation – Methoden, Technik, Rechtsgrundlagen, Einsatzgebiete,

3. Aufl., München 2016: C.H.Beck; Was der Anwaltsorientierung entgegensteht, in: Barton/Hähnchen/Jost (Hrsg.), *Anwaltsorientierung im Studium: Aktuelle Herausforderungen und neue Perspektiven*, 2016: Kovac, S. 57–72 (zusammen mit Stephan Barton); Beschädigung der Mietsache durch den Mieter während der Vertragslaufzeit – Dogmatik, Methode und Judiz in der Rechtsanwendung (im Erscheinen).