

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 68

**Begriffs- und Problemgeschichte
des Verhältnisses von formellem
und materiellem Recht**

Von

Andreas Kollmann



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS KOLLMANN

**Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses
von formellem und materiellem Recht**

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 68

Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht

Von

Andreas Kollmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kollmann, Andreas:

Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von
formellem und materiellem Recht / von Andreas Kollmann. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zur Rechtsgeschichte ; H. 68)

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1993/94

ISBN 3-428-08977-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7379
ISBN 3-428-08977-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1993/94 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen. Zur Veröffentlichung wurde sie überarbeitet, wobei zum Teil auch noch Literatur bis zum Jahr 1995 berücksichtigt werden konnte.

Herrn Professor Dr. Alexander Hollerbach, der die Arbeit angeregt hat, danke ich für seine Förderung; ihm und Herrn Professor Dr. Elmar Bund als Zweitgutachter verdanke ich zudem wertvolle Hinweise.

Heidelberg, im Juni 1996

Andreas Kollmann

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	27
A. Bedeutung des Themas	27
B. Ziel und Untersuchungsgegenstand der Arbeit	28
C. Begriffseingrenzung	30
D. Gang der Arbeit	31
I. Vorgehen	31
II. Verwendung der Begriffe formelles und materielles Recht	32

1. Abschnitt:

Das römische Recht von der Antike bis zur frühen Neuzeit

§ 2 Das antike römische Recht	34
A. Die allgemeine Rechtsentwicklung und die Rechtspraxis	34
I. Die römische Frühzeit	34
1. Die Anfänge der Frühzeit	34
2. Die weitere Entwicklung der Frühzeit	38
II. Das Legisaktionen-Verfahren	40
1. Herausbildung materieller Rechte	40
2. Der Verfahrensgang	44
3. Die Bedeutung der Actio	46
III. Das Formular-Verfahren	47
1. Entstehung prätorischen Rechts	47
2. Klagformeln und prätorisches Edikt	49
3. Entstehung und Ablauf des Formular-Verfahrens	51
4. Die Exceptio	53
5. Beginn des aktionenrechtlichen Denkens und die Bedeutung der Actio des Formular-Verfahrens	54
IV. Das klassische Kognitions-Verfahren	56
1. Besonderheiten des Verfahrens	57

2. Die Praescriptio.....	58
3. Die Bedeutung der Actio	59
V. Die nachklassische Beamtenkognition.....	60
1. Besonderheiten des Verfahrens.....	61
2. Die Exceptio	63
3. Die Bedeutung der Actio	63
VI. Zusammenfassung.....	64
1. Die verschiedenen Stufen der Entwicklung	64
2. Die Bedeutung der Actio als Spiegel der Rechtsordnung.....	66
B. Literarische Werke	66
I. Das Ius civile des Pontifex Q. Mucius Scaevola.....	69
II. Die Institutionen des Gaius	70
1. Systematik.....	70
2. Inhaltlich.....	72
3. Zusammenfassung	75
C. Gesetzgebungswerke.....	75
I. Das XII-Tafelgesetz.....	75
II. Das Edictum Perpetuum.....	78
1. Bedeutung des Edictum Perpetuum.....	78
2. Leitgedanken der Rekonstruktion	79
3. Die Trennung von formellem und materiellem Recht	80
4. Zusammenfassung	82
III. Der Codex Theodosianus	83
1. Zur Systematik.....	83
2. Inhaltlich.....	83
3. Zusammenfassung	84
IV. Das Corpus Iuris Civilis.....	84
1. Die Entstehung des Corpus Iuris Civilis.....	84
2. Der Bedeutungszusammenhang der Actio in den drei Teilen des Corpus Iuris Civilis.....	88
3. Einzeluntersuchung der drei Teile des Corpus Iuris	90
a) Der Codex Justiniani.....	90
(1) Systematik.....	91

(2) Inhaltlich	92
b) Die Digesten	94
(1) Systematik	95
(2) Inhaltlich	96
(3) Zusammenfassung	100
c) Die Institutionen	100
(1) Systematik	101
(2) Inhaltlich	103
(3) Zusammenfassung	106
4. Gesamtwürdigung des Corpus Iuris Civilis	106
V. Die Basiliken	107
1. Systematik	108
2. Inhaltlich	108
a) Anlehnung an das Corpus Iuris	109
b) Das "ius petendi"	110
c) Das Mutter-Tochter-Bild	111
d) Zusammenfassung	112
3. Zusammenfassung	113
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse zu den Gesetzgebungs-Werken	113
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	114
I. Allgemeine Ergebnisse	114
II. Die Entwicklungsphasen im einzelnen	115
E. Das funktionale Verhältnis von formellem und materiellem Recht	116
I. Die verschiedenen Stufen der Rechtsentwicklung	117
1. Das Legisaktionen-Verfahren	117
2. Das Formular-Verfahren	117
3. Das klassische Kognitions-Verfahren	118
II. Exkurs: Philosophische Grundlegung des römischen Zivilprozesses	119
1. Im allgemeinen: Inhaltliche Beeinflussung des römischen Rechts durch rechtsphilosophische Ansätze	120
2. Im besonderen: Das Verhältnis von Form und Materie in der Philosophie und dessen Auswirkung auf die Lehren zur sachenrechtlichen Spezi- fikation	121
a) Form und Materie in der Philosophie	121
b) Anwendung auf das Spezifikations-Problem	123

c) Die prozessuale Situation der Spezifikation	124
3. Philosophische Grundlegung anderer prozessualer Erscheinungen?	126
4. Zusammenfassung	129
F. Exkurs: Das mittelalterliche englische Recht als Parallele zum klassischen römischen Recht.....	130
I. Die Entwicklung im mittelalterlichen England.....	130
1. Die Entwicklung in vor-wissenschaftlicher Zeit	132
2. Nach der Berührung mit römisch-italienischem Recht.....	136
II. Das englische Writsystem	138
III. Die Wurzeln des Writsystems	140
IV. Vergleich des Writsystems mit dem Actionenrecht des klassischen römischen Rechts.....	143
§ 3 Die wissenschaftliche Bearbeitung des römischen Rechts in Mittelalter und früher Neuzeit	146
A. Rahmenbedingungen.....	146
I. Die Entwicklung des römischen Rechts vom Ausgang der Antike an.....	146
II. Die Begründung der Rechtswissenschaft in Norditalien.....	148
1. Das frühe Mittelalter	148
2. Die Zeit des Hochmittelalters	149
3. Die Scholastik und die Anfänge der Wissenschaft.....	150
a) Die Scholastik.....	150
b) Methode und Bedeutung der Scholastik	151
B. Literarische und Gesetzgebungs-Werke.....	153
I. Die frühe Entwicklung in Italien.....	155
1. Die <i>Lombarda</i>	155
a) Systematik	157
b) Inhaltlich.....	157
c) Zusammenfassung	158
2. Die <i>Excerpta legum</i> (= <i>Epistula de ordine iudiciorum et regulis iuris</i>) des <i>Bulgarus</i>	159
a) Systematik	160
b) Inhaltlich.....	162
3. Die <i>Summa Trecensis</i> ("Cum inter ceteras partes iuris").....	164
a) Systematik	164

b) Inhaltlich.....	166
(1) Die theoretische Behandlung der Actio	166
(2) Die faktische Verwendung der Actio.....	170
(3) Die Bedeutung der Actio insgesamt.....	171
c) Zusammenfassung.....	172
4. Summa pseudoirneriana ("Liber iste Institutionum").....	173
a) Systematik	173
b) Inhaltlich.....	174
c) Zusammenfassung.....	176
5. Summa Codicis des <i>Rogierius</i> ("Cum multe essent partes iuris")	177
a) Systematik	178
(1) Rechtfertigung des Codex-Systems.....	178
(2) Integration eines eigenen Systems	179
(3) Auswirkungen auf die Systematik	180
(4) Zusammenfassung	181
b) Inhaltlich.....	182
c) Zusammenfassung.....	184
6. <i>Placentin</i> : "Summa Codicis" und "Summa De actionum varietatibus"	184
a) Die Systematik (der Summa Codicis).....	184
b) Inhaltlich (die Summa De actionum varietatibus)	186
(1) Die Actio-Bedeutung im allgemeinen.....	187
(2) Zur Actio-Bedeutung im einzelnen.....	188
(3) Zusammenfassung der inhaltlichen Analyse	191
c) Zusammenfassung.....	192
7. Zusammenfassung.....	193
a) Die einzelnen Werke.....	193
b) Die Entwicklungslinien.....	194
(1) In der Systematik.....	194
(2) Inhaltlich	195
II. Die Entwicklung in Frankreich (im 12. Jahrhundert).....	196
1. Die "Exceptiones legum Romanorum" des <i>Petrus</i>	197
a) Systematik	198
b) Inhaltlich.....	200
c) Zusammenfassung.....	201
2. Lo Codi.....	202

a) Systematik	202
b) Inhaltlich.....	205
c) Zusammenfassung	207
3. Die "Epitome exactis regibus"	208
a) Systematik	209
b) Inhaltlich.....	212
c) Zusammenfassung	213
4. Der "Brachylogus iuris civilis" (oder "Corpus legum").....	213
a) Systematik	215
b) Inhaltlich.....	218
c) Zusammenfassung	220
5. Ordo iudiciarius "Tractaturi de iudiciis" und Tractatus De actionibus.....	220
a) Systematik (des Ordo iudiciarius).....	221
b) Inhaltlich (der Tractatus De actionibus).....	222
c) Zusammenfassung	224
6. Ordo iudiciarius "In Principio".....	225
7. Das Florentiner Rechtsbuch	227
a) Systematik	228
b) Inhaltlich.....	230
c) Zusammenfassung	232
8. Zusammenfassung zu II.	233
a) Die einzelnen Werke	233
b) Die Entwicklungslinie	235
III. Die Glossatoren ab 1170	235
1. Legistische Werke	236
a) <i>Azo (Portius): Summae Codicis und Institutionum</i>	240
(1) Systematik	240
(2) Inhaltlich	242
(3) Zusammenfassung	245
b) Ordo "Invocato Christi nomine"	246
(1) Systematik	247
(2) Inhaltlich	248
(3) Zusammenfassung	251
c) <i>Martinus de Fano: Ordo iudiciorum</i>	251

d) <i>Guilelmus Durantis: Speculum iudiciale</i>	253
(1) Systematik.....	254
(2) Inhaltlich.....	256
(3) Zusammenfassung.....	258
2. Kanonistische Werke.....	259
a) <i>Ricardus Anglicus: Summa de ordine iudiciario</i>	260
(1) Systematik.....	260
(2) Inhaltlich.....	261
(3) Zusammenfassung.....	262
b) <i>Damasus: Summa de ordine iudiciario ("Si quis vult")</i>	263
(1) Systematik.....	263
(2) Inhaltlich.....	264
(3) Zusammenfassung.....	265
c) <i>Tancredus (Bononiensis): Ordo iudiciarius</i>	266
(1) Systematik.....	266
(2) Inhaltlich.....	267
(3) Zusammenfassung.....	269
d) <i>Durantis: Speculum iudiciale</i>	270
3. Zusammenfassung.....	270
a) Die Systematik der Werke.....	270
b) Zur inhaltlichen Seite.....	270
c) Vergleich mit den früheren Entwicklungen.....	271
C. Die Rechtspraxis.....	272
I. Der weltliche Prozeß.....	272
II. Der kirchliche Prozeß.....	273
D. Zusammenfassung zu § 3.....	274

2. Abschnitt:

Vom germanischen Recht bis zur Rezeption des römischen Rechts

§ 4 Das germanische und fränkische Recht	275
A. Die allgemeine Rechtsentwicklung.....	275
I. Die germanische Frühzeit.....	275
1. Die germanische Urzeit.....	276
2. Der weiterer Verlauf der Frühzeit.....	277

II. Die fränkische Zeit.....	280
B. Gesetzgebungswerke.....	281
I. Die Lex Salica.....	282
II. Die Lex Visigothorum (Recessvindiana) <= Liber Iudiciorum>.....	284
C. Zusammenfassung.....	287
§ 5 Das deutsche Recht in spätem Mittelalter und früher Neuzeit.....	289
A. Die allgemeine Rechtsentwicklung.....	289
I. Die "praktische" Rezeption des römischen Rechts.....	291
II. Die "theoretische" Rezeption.....	294
III. Zusammenfassung.....	295
B. Literarische Werke.....	296
I. Weltliche Werke.....	296
1. Der Sachsenspiegel.....	296
2. Der Schwabenspiegel.....	299
3. Der Richtsteig Landrechts.....	299
a) Systematik.....	300
b) Inhaltlich.....	304
c) Zusammenfassung.....	304
4. Der Klagspiegel.....	305
a) Der zivilrechtliche Teil.....	305
b) Der strafrechtliche Teil.....	307
c) Zusammenfassung.....	308
5. Der Laienspiegel.....	309
a) Systematik.....	309
b) Inhaltlich.....	314
c) Zusammenfassung.....	315
6. <i>Andreas Perneder</i> : Gerichtlicher Proceß.....	315
a) Systematik.....	316
b) Inhaltlich.....	318
c) Zusammenfassung.....	320
II. Kanonistische Werke.....	320
1. Der "Ordo Iudiciarius Antequam" und dessen deutsche Überarbeitungen.....	320
a) Der Ordo Iudiciarius Antequam.....	321

(1) Systematik	321
(2) Inhaltlich	323
(3) Zusammenfassung	324
b) Die deutschen Bearbeitungen	324
2. <i>Johannes von Stynna</i> : <i>Speculum abbreviatum</i>	325
a) Systematik	326
b) Inhaltlich	327
c) Zusammenfassung	328
3. <i>Johannes Urbach</i> (von <i>Auerbach</i>): <i>Processus iudicii</i>	329
a) Systematik	329
b) Inhaltlich	330
c) Zusammenfassung	332
III. Zusammenfassung	333
1. Weltliche Werke	333
a) Zur Systematik	333
b) Zur inhaltlichen Seite	334
2. Kanonistische Werke	335
3. Resümee	335
C. Gesetzeswerke	336
a) Stadtrechts-Kodifikationen	337
b) Landrechts-Kodifikationen	337
c) Die Reichsgesetzgebung	338
I. Stadtrechts-Reformationen	339
1. Die Nürnberger Reformation von 1479	339
a) Systematik	339
b) Inhaltlich	341
c) Zusammenfassung	343
2. Das Hamburger Stadtrecht von 1497	343
a) Systematik	344
b) Inhaltlich	347
c) Zusammenfassung	347
3. Die Wormser Reformation von 1498/99	348
a) Systematik	349

b) Inhaltlich.....	353
c) Zusammenfassung	353
4. Die Frankfurter Reformationen von 1509 und 1578	354
a) Die Erste Frankfurter Reformation von 1509	354
(1) Systematik	355
(2) Inhaltlich	356
(3) Zusammenfassung	357
b) Die Neue Frankfurter Reformation von 1578	357
(1) Systematik	358
(2) Inhaltlich	360
(3) Zusammenfassung	360
5. Die Freiburger Stadtrechts-Reformation von 1520	361
a) Systematik	362
b) Inhaltlich.....	265
c) Zusammenfassung	266
II. Landrechts-Reformationen	367
1. Die Bayerische Landrechts-Reformation von 1518	367
a) Systematik	367
b) Inhaltlich.....	370
c) Zusammenfassung	370
2. Das Württembergische Neue Landrecht von 1555/67	371
a) Systematik	371
b) Inhaltlich.....	373
c) Zusammenfassung	373
3. Die Solmser Gerichts- und Landordnung von 1571	373
a) Systematik	374
b) Inhaltlich.....	376
c) Zusammenfassung	377
III. Die Reichsgesetzgebung	377
1. Die Reichskammergerichtsordnungen	377
a) Die RKGO von 1495	378
b) Die RKGO von 1555	380
(1) Systematik	381

(2) Inhaltlich	384
(3) Zusammenfassung	385
2. Die "Constitutio Criminalis Carolina" von 1532.....	385
IV. Zusammenfassung	388
1. Zur Systematik.....	388
2. Inhaltlich	390
D. Die Rechtspraxis	392
I. Die Praxis der weltlichen Gerichte	392
II. Die Praxis der kirchlichen Gerichte.....	395
III. Zusammenfassung.....	396
E. Zusammenfassung	396

3. Abschnitt:

Die Neuzeit

§ 6 Der Humanismus in Deutschland	399
A. Rahmenbedingungen.....	399
I. Die Bedeutung des Humanismus	399
II. Der Humanismus in Deutschland	403
B. Literarische Werke	404
I. <i>Johannes Apel</i> : Dialogus Isagogicus und Methodica dialectices.....	404
II. <i>Conrad Lagus (Hase)</i> : Iuris utriusque traditio methodica	408
III. <i>Sebastian Derrerr</i> : Jurisprudentiae liber primus.....	411
IV. <i>Nicolaus Weigel (Vigelius)</i>	412
1. Der "Methodus"	413
2. Die "Digestorum juris civilis libri quinquaginta in septem partes distincti"	416
3. Zusammenfassung	417
V. <i>Hugo Doneau (Donellus)</i>	418
1. Systematik.....	418
2. Inhaltlich.....	421
3. Zusammenfassung	421
VI. <i>Johannes Althusius</i> : Jurisprudentia und Dicaeologica	422
VII. <i>Hugo Grotius</i> : Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheydt.....	427
C. Zusammenfassung	430
I. Trennung formellen und materiellen Rechts	430

- II. Unterordnung des Prozeßrechts - in Form der Actio - unter das materielle Recht432
- § 7 Usus modernus**.....433
- A. Rahmenbedingungen.....433
 - I. Das römisch-italienische Recht und dessen Methode433
 - II. Das deutsche partikulare Recht435
- B. Literarische Werke437
 - I. *Benedict Carpzov*: "Processus juris in foro Saxonico"437
 - 1. Zur Systematik438
 - 2. Inhaltlich440
 - 3. Zusammenfassung440
 - II. *Johannes Brunnemann*: "Tractatus juridicus" und "De jure ecclesiastico tractatus"441
 - 1. Der "Tractatus juridicus"441
 - 2. "De jure ecclesiastico tractatus"442
 - III. *David Mevius*: "Commentarius in ius Lubecense"444
 - IV. *Georg Adam Struve*: "Jurisprudentia Romano-Germanica forensis"445
 - 1. Systematik445
 - 2. Inhaltlich448
 - 3. Zusammenfassung448
 - V. *Samuel Stryk*: "Usus modernus Pandectarum"449
 - VI. *Augustin (von) Leyser*: "Meditationes ad Pandectas"450
 - VII. *Samuel von Cocceji*: "Novum Systema"451
 - 1. Die materiell-rechtlichen Abschnitte452
 - 2. Die prozessualen Abschnitte453
 - 3. Zusammenfassung456
 - VIII. Zusammenfassung456
- C. Die Rechtspraxis.....457
- § 8 Naturrecht**459
- A. Rahmenbedingungen.....459
- B. Literarische Werke463
 - I. Das frühe und mittlere Naturrecht463
 - II. Systembemühungen im Prozeßrecht.....466

1. <i>Daniel Nettelblatt</i>	467
a) Die "Iurisprudentia naturalis"	468
b) Die "Introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem"	470
c) Die "Practische Rechtsgelahrtheit"	472
d) Zusammenfassung	475
2. <i>Joachim Georg Darjes</i>	476
a) "Institutiones iurisprudentia universalis"	476
b) "Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae"	477
c) Zusammenfassung	480
3. Zusammenfassung	480
C. Gesetzgebungs-Werke	481
I. Der Codex Juris Bavarici Judiciarii	483
1. Die Systematik	484
2. Inhaltlich	487
3. Zusammenfassung	488
II. Das "Project des Codicis Fridericiani Marchici"	488
1. Zur Systematik	489
2. Inhaltlich	491
3. Zusammenfassung	491
III. Die Prozeßordnung des Corpus Juris Fridericianum	492
IV. Zusammenfassung	496
D. Die Rechtspraxis	497
E. Zusammenfassung	497
§ 9 Die Historische Rechtsschule	500
A. Rahmenbedingungen	500
B. Literarische Werke	505
I. <i>Justus Friedrich Runde</i> : "Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts" ...	505
II. <i>Gustav Hugo</i> : Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts	508
III. <i>Anton Friedrich Justus Thibaut</i> : System des Pandekten-Rechts	511
1. Systematik	512
2. Die Actionen-Behandlung	513

3. Zusammenfassung	515
IV. <i>Nicolaus Thaddäus von Gönner</i> : Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen	515
1. Zur Systematik	516
2. Das Actionenrecht	518
3. Zusammenfassung	519
V. <i>Christoph Reinhard Dietrich Martin</i> : Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes	520
1. Zur Systematik	520
2. Die Actionenbehandlung	522
3. Zusammenfassung	523
VI. <i>Friedrich Carl von Savigny</i> : System des heutigen römischen Rechts	524
1. Zur Systematik	526
2. Inhaltlich	528
a) Die Rechtsverletzung als Ausgangspunkt der Actio	528
b) Prozeßhandlungen als Teil der (materiellen) Actio	531
c) Die Actio des klassischen Formularverfahrens	532
d) Zusammenfassung	533
3. Zusammenfassung	533
VII. <i>Georg Friedrich Puchta</i> : "Lehrbuch der Pandekten" und "Cursus der Institutionen"	534
VIII. Zusammenfassung	537
1. Das Actionenrecht	537
2. Die Systematik	539
C. Die Gesetzgebungs-Werke	541
I. Strafrechts- und Strafprozeß-Gesetzbücher	542
1. Baden	543
a) Die Badische StPO von 1845	543
b) Das Badische StGB von 1851	544
c) Zusammenfassung	544
2. Preußen	544
a) Die Preußischen Strafverfahrens-Gesetze von 1849/52	545
b) Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851	546
c) Zusammenfassung	547

3. Das Deutsche Reich.....	547
a) Das Strafgesetzbuch von 1871.....	548
b) Strafprozeßordnung von 1877.....	549
c) Zusammenfassung.....	550
4. Zusammenfassung.....	550
II. Zivilprozeß-Gesetzbücher.....	551
1. Die Badische Proceß-Ordnung von 1831.....	552
2. Die Hannoversche Proceßordnung von 1850 (HPO).....	554
3. Der Entwurf einer Preußischen Prozeß-Ordnung von 1864.....	556
4. Die Entstehung der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich von 1877 (CPO).....	558
a) Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund von 1870.....	559
b) Justizministerial-Entwurf von 1871 (= E. I).....	560
c) Der Entwurf der Bundesrats-Kommission von 1872 (= E. II).....	561
d) Die Reichs-Civilprozeßordnung von 1877 (CPO).....	562
5. Zusammenfassung der Entwicklung der Prozeßordnungen hin zur Reichs- Civilprozeßordnung.....	563
III. Zivilgesetzbücher: Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863.....	564
D. Zusammenfassung.....	566
I. Die literarischen Werke.....	566
II. Die Gesetzgebungs-Werke.....	567
§ 10 Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz.....	569
A. Rahmenbedingungen.....	569
B. Literarische Werke.....	573
I. <i>Georg Wilhelm Wetzell</i> : System des ordentlichen Civilprocesses.....	573
1. Zur Systematik.....	573
2. Das Actionenrecht.....	574
3. Zusammenfassung.....	576
II. <i>Bernhard Windscheid</i> : Die Actio.....	576
1. Zum Actionenrecht: Die "Actio".....	577
2. Zum System: Das "Lehrbuch des Pandektenrechts".....	580
3. Das funktionale Verhältnis von formellem und materiellem Recht bei <i>Windscheid</i>	581

III. <i>Oskar Bülow</i> : Der Prozeß als Rechtsverhältnis	582
IV. <i>Heinrich Degenkolb</i> : Der abstrakt publizistische Klagrechtsbegriff	586
V. <i>Adolf Wach</i> : Der Rechtsschutzanspruch	589
1. Inhalt und Bedeutung des Rechtsschutzanspruchs	589
2. Das Verhältnis zur Actio	592
3. Zusammenfassung	593
VI. <i>James (Paul) Goldschmidt</i> : Das materielle Justizrecht und: Der Prozeß als Rechtslage.....	595
1. Das materielle (Zivil-)Justizrecht.....	595
2. Der Prozeß als Rechtslage	600
3. Zusammenfassung	604
VII. Zusammenfassung	605
C. Gesetzgebungswerke: Die Entstehung des BGB	607
I. Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (= Dresdner Entwurf)	607
II. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1896	609
1. Die Anspruchs-Verjährung	610
2. Vorschriften zu Beweis und Urteil	612
3. Zusammenfassung	614
III. Zusammenfassung	615
§ 11 Der Zweck im Recht (Interessenjurisprudenz)	616
A. Rahmenbedingungen	616
I. Die Ursachen der Interessenjurisprudenz	616
II. Der Zweck-Gedanke im Recht	619
B. Literarische Werke	620
I. <i>Julius Glaser</i> : Der Zweck im Strafprozeß	620
II. <i>Rudolf Stammler</i> : Die formale Rechtsidee	621
III. <i>August Hegler</i> : Teleologisches System des (Zivil-)Prozeßrechts	629
IV. <i>Gustav Radbruch</i> : Formelles und materielles Recht	633
1. Das teleologische System	634
2. Die kategorialen apriorischen Rechtsbegriffe	638
V. Zusammenfassung	641

§ 12 Die Reine Rechtslehre	643
A. <i>Hans Kelsen</i>	643
B. Die Brünner rechtstheoretische Schule	650
C. <i>Hans Nawiasky</i> : Allgemeine Rechtslehre.....	652
D. Zusammenfassung	657
§ 13 Die weitere Entwicklung	658
A. Die Begriffe formelles und materielles Recht	658
I. Die Verwendung des Begriffspaares	658
II. Ansätze einer Definition des Begriffspaares formelles und materielles Recht..	663
B. Das Begriffspaar materielles und Prozeßrecht	666
I. Der Ansatz <i>Henckels</i>	667
II. Überprüfung der Definitionen <i>Henckels</i>	667
III. Zusammenfassung.....	670
IV. Modifikation bei <i>Konzen</i>	671
C. Zusammenfassung	672
I. Begriffspaar formelles und materielles Recht.....	672
II. Begriffspaar materielles und Prozeßrecht.....	673
§ 14 Ergebnisse und Kritik der Rechtsentwicklung; eigener Ansatz	674
A. Zusammenfassung der Rechtsentwicklung	674
I. Die systematische Entwicklung	674
II. Das Actionenrecht.....	675
B. Kritische Würdigung der Ergebnisse der Rechtsentwicklung	677
I. Die systematische Trennung.....	677
II. Die begriffliche Trennung	678
C. Eigener Ansatz für eine Definition von formellem und materiellem Recht	679
I. Definition der Begriffe formelles und materielles Recht	680
II. Überprüfung der Definitionen anhand konkreter Beispiele.....	682
III. Begründung der Definitionen	689
D. Tauglichkeit der Begriffe formelles und materielles Recht als Unterscheidungs- kriterien des heutigen Rechts.....	690
Literatur- und Quellenverzeichnis	692

Abkürzungsverzeichnis

(Zu den Abkürzungen für Schriftenreihen etc.: siehe am Ende des Literaturverzeichnisses)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGH Z	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cap. / Kap.	Capitel / Kapitel
CPO	Civilprozeßordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RG	Reichsgericht
RG St	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG Z	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKGO	Reichskammergerichtsordnung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZPO	Zivilprozeßordnung

§ 1 Einleitung

A. Bedeutung des Themas

Die Begriffe formelles und materielles Recht sind heutzutage dem Rechtskundigen als ein Kriterium zur Gliederung der gesamten Rechtsordnung ohne weiteres geläufig, und ihm fällt es grundsätzlich nicht schwer, eine Norm in die eine oder andere Kategorie einzuordnen¹. Angesichts dieses Umstandes wundert es, daß eine befriedigende Definition des Begriffspaares bis heute nicht gelungen ist². Daher soll am Schluß dieser Arbeit der Versuch zu einer neuen Begriffsbestimmung unternommen werden³.

Die Begriffe formelles und materielles Recht legen eine Parallele zu dem in der Philosophie⁴ seit alters empfundenen und behandelten Begriffspaar Form und Materie nahe. Ob eine Berufung auf diese Begriffe stattgefunden hat, wird an geeigneten Stellen zu untersuchen sein.

Darüberhinaus lohnt an dieser Stelle auch ein Blick auf die entsprechenden Begriffe für formelles und materielles Recht in anderen Sprachen. Dieser Blick zeigt allerdings ein uneinheitliches Bild: einige Sprachen knüpfen nicht

¹ Siehe *Henckel*, Prozeßrecht, S. 5, zu Prozeßrecht und materiellem Recht.

² Siehe nur die Diskussion bei *Henckel*, Prozeßrecht, S. 5 ff., insbesondere S. 24 - 26 (allerdings zu den Begriffen materielles und Prozeßrecht). Wo konkrete Definitionen des Begriffspaares formelles und materielles Recht angegeben werden (etwa: formelles Recht dient der Durchsetzung des materiellen Rechts oder regelt die Form der Rechtsverwirklichung; siehe *Creifelds*, Rechtswörterbuch, Stichwort "Recht", S. 907 f.; *Köbler*, Wörterbuch, Stichwort "Recht", S. 265; Deutsches Rechts-Lexikon I, Stichwort "Formelles Recht", S. 1487 f.), werden sie sich nicht nur im Laufe dieser Arbeits als zu eng erweisen (siehe insbesondere unten § 12), sie sind auch nicht geeignet, eine eindeutige Zuordnung aller Normen zu gewährleisten (z.B. §§ 229 ff. BGB; dazu unten § 14 C. II. (dd)).

³ Unten § 14 C.

⁴ Siehe unten § 2 E. II. 2.a.; gerade auch in der Kunst wurde das Verhältnis von Form und Inhalt thematisiert (so *Wassily Kandinskys* Aufsatz "Über die Formfrage" in dem Almanach "Der Blaue Reiter", 1912 - siehe *Moeller*, Der Blaue Reiter, S. 15).

an das erwähnte Gegensatzpaar Form/Materie⁵ an, sondern geben dem formellen Recht die Bedeutung des dienenden und dem materiellen Recht die des wesentlichen, grundlegenden Rechts⁶. Trotz der anderen Begriffswahl in Deutschland hat auch dieses Verständnis in erheblichem Maße Bedeutung gewonnen⁷.

Auf der anderen Seite hat die Unterscheidung von materiellem und Prozeßrecht in der Praxis etwa der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit oder der internationalen Zivilprozesse eine ganz wesentliche Bedeutung bei der Beurteilung, nach welchem Recht bestimmte Sachverhalte zu beurteilen sind⁸. Im nationalen Recht von Bundesstaaten wie z.B. der Schweiz oder der USA entscheidet die Zuordnung zum einen oder zum anderen Rechtsbereich darüber, ob die kantonale oder die Gesetzgebungshoheit des Bundes gegeben ist⁹ bzw. ob einzelstaatliches oder Bundesrecht anzuwenden ist¹⁰.

Zwar sind die Begriffspaare materielles und formelles Recht sowie materielles und Prozeßrecht nicht deckungsgleich. Sie haben aber wesentliche Berührungspunkte und decken sich im Bereich des prozeßbezogenen Rechts weitestgehend¹¹, so daß diese Untersuchung zum (auch zum begrifflichen) Verhältnis von formellem und materiellem Recht ebenfalls für diese aus der Praxis stammenden Probleme fruchtbar gemacht werden kann.

B. Ziel und Untersuchungsgegenstand der Arbeit

In der vorliegenden Arbeit soll die Entwicklung des sachlichen und begrifflichen Verhältnisses von formellem und materiellem Recht untersucht werden,

⁵ So im Französischen: "droit formel" - "droit matériel" (Wörterbuch Französisch, Stichwort "Recht", S. 324) und im Italienischen: "diritto formale" - "diritto materiale" (Handwörterbuch Italienisch, Stichwort "Recht", S. 447).

⁶ So im Spanischen: "derecho adjetivo" - "derecho material/ sustancial/ sustantivo" (Wörterbuch Spanisch, Stichwort "Recht", S. 524 f.) und im Englischen: "adjective law" - "substantive law" (Wörterbuch Englisch, Stichworte "formell" und "materiell", S. 291 und 477).

⁷ Siehe nur unten § 6 und § 11.

⁸ Zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: *Coing*, Materielles Recht, insbesondere S. 11, 14 ff. Zu internationalen Zivilprozessen: *Basedow*, Internat. Zivilverfahrensrecht, S. 136.

⁹ *Meier*, Prozeßrecht, S. 13, zur Schweiz.

¹⁰ *Gerber*, Substance-Procedure Distinction, S. 122, zu den USA.

¹¹ Siehe insbesondere unten §§ 11 - 14. Dies trifft vor allem auf die unten § 14 C. darzuliegende Neu-Definition des formellen Rechts zu.

soweit sie für unseren Rechtskreis relevant geworden ist. Berücksichtigt werden also die römisch/romanistische und die germanisch/deutsche Rechtsentwicklung.

Neben dieser Beschränkung auf die Entstehung des heutigen, deutschen Rechts sind noch weitere Einschränkungen zu machen. Es kann nicht sämtlichen, irgendwie mit dem Thema zusammenhängenden Fragestellungen nachgegangen werden. Vielmehr soll lediglich das abstrakte, von den einzelnen, konkreten Rechtsnormen unabhängige Verhältnis des formellen und des materiellen Rechts - aber in der jeweiligen Rechtsordnung - untersucht werden. Daher ist zunächst zu klären, welche Fragen sich im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Thema überhaupt stellen können:

a) Zunächst - wenn auch historisch erst sehr spät aktuell geworden - ist die Frage nach der Geschichte der Begriffe "formelles und materielles Recht" zu nennen.

b) Das im Titel der Arbeit angesprochene "Problem" des Verhältnisses der infrage stehenden Begriffe spaltet sich wiederum in verschiedene Problemstellungen auf:

- Eng mit der Begriffsgeschichte verwoben ist die Frage, wie formelles und materielles Recht "der Sache nach" in der jeweiligen Rechtsordnung getrennt werden (dieser Aspekt kann - zusammen mit der Begriffsgeschichte - als das "definitorische Verhältnis" des formellem und materiellen Rechts bezeichnet werden);

- Ebenfalls von der genauen Ausgestaltung einer Rechtsordnung losgelöst stellt sich das hier sogenannte (abstrakt-) "funktionale" Verhältnis der Materien formelles und materielles Recht dar; hierbei ist zu untersuchen, wie beide Materien einander (theoretisch bzw. abstrakt) zu- bzw. untergeordnet sind;

- Schließlich stellt sich auch die Frage nach dem "konkreten" Verhältnis von formellem und materiellem Recht: ist das Verfahrensrecht *in concreto* so ausgestaltet, daß es wirklich dem materiellen Recht dient (etwa durch: Untersuchungsgrundsatz; freie Beweiswürdigung; Klagbarkeit des materiellen Rechts etc.)? Diesen Aspekt könnte man als das konkret-funktionale Verhältnis von formellem und materiellem Recht bezeichnen.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen die angesprochenen Aspekte mit Ausnahme des letzten Unterpunktes untersucht werden. Diese Einschränkung hat mehrer Gründe. Zum ersten will sich diese Arbeit - wie schon erwähnt - lediglich mit dem abstrakten/theoretischen Verhältnis des Begriffspaars befassen; die konkrete Ausgestaltung einer Rechtsordnung ist daher nur insoweit von Interesse, als aus dieser auf das abstrakte Verhältnis geschlossen werden kann. Zum zweiten ist die Entwicklung des konkreten Verhältnisses von formellem und materiellem Recht als solchem ohne Bedeutung geblieben für die sachliche (systematische) und begriffliche Scheidung zwischen den beiden Materien. Letzteres schließt natürlich - wie schon angedeutet - nicht aus, daß