

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 213

Die doppelte Rechtsordnung

**Gedanken und Einsichten zur Übereinstimmung
des Rechts mit dem gerichtlichen Urteil**

Von

Horst-Eberhard Henke



Duncker & Humblot · Berlin

HORST-EBERHARD HENKE

Die doppelte Rechtsordnung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 213

Die doppelte Rechtsordnung

Gedanken und Einsichten zur Übereinstimmung
des Rechts mit dem gerichtlichen Urteil

Von

Horst-Eberhard Henke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Henke, Horst-Eberhard:

Die doppelte Rechtsordnung : Gedanken und Einsichten zur
Übereinstimmung des Rechts mit dem gerichtlichen Urteil / von
Horst-Eberhard Henke. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 213)
ISBN 3-428-09552-9

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-09552-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Es ist die große Sache aller Staaten und Thronen,
Daß gescheh, was Rechtens ist,
und jedem auf der Welt das Seine werde.
Denn da, wo die Gerechtigkeit regiert,
Da freut sich jeder sicher seines Erbs,
Und über jedem Hause jedem Thron
Schwebt der Vertrag wie eine Cherubswache.
Doch wo sich straflos festsetzt in dem fremden Erbe,
Da wankt der Staaten fester Felsengrund.

Friedrich Schiller
Demetrius, Erster Aufzug

Vorwort

In welchem Maße vermögen Richter und Gerichte Wahrheit und Gerechtigkeit in menschlichen Konflikten zu schaffen? Unzweifelhaft bemühen sie sich auch heute, diesen Idealen in der täglichen Arbeit Geltung zu verschaffen. Aber der Zeitgeist nagt auch an ihren Fundamenten und schwächt ihre Kraft, sich die innere Unabhängigkeit zu bewahren.

Die Erkenntnis, daß es menschliche und fachliche Grenzen der Rechtspflege gibt und daß aus diesem Grunde die privatautonome Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen eine zweite, oftmals passendere und diskrete Lösung ist, dürfte schon in der Zeit des römischen Prozeßrechts, vielleicht unbewußt, das städtische, gutsherrliche und kaufmännische Leben des römischen Reichs beeinflußt haben. Diesen fast unvermeidlichen Zwiespalt zwischen dem Anspruch der Gerichte, das Recht „zu bewähren“, und seiner begrenzten Erfüllung sucht die vorliegende Abhandlung zu ergründen. Er findet seine Lösung in einer „doppelten“, d. h. einer gerichtsförmigen und einer privatautonomen, Regelung zwischenmenschlicher, öffentlicher und völkerrechtlicher Beziehungen.

Eine über den Rahmen des eigenen Fachs hinausgehende Betrachtung kann nur im Zusammenwirken vieler Kräfte entstehen. Daher ist es geboten, allen denen zu danken, die meine Arbeit getragen und gefördert haben: Meiner Frau für ihre große Geduld und Fürsorge, meiner früheren Assistentin Dr. Frauke Wernecke für ihre ermutigende und bessernde Anteilnahme, dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, der dem „Heimkehrer“ seine Bibliotheken und Ein-

richtungen in großzügiger Weise öffnete, den Berliner Kollegen Kunig und Graf v. Pestalozza für ihre aufmerksame Beratung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, der hiesigen „Treuhand Liegenschaftsgesellschaft“ für die Einführung in die schwierige Materie der Verwertung konfiszierten Eigentums und nicht zuletzt der mir in besonderer Weise verbundenen Verlagsbuchhandlung Duncker & Humblot sowie ihrem Geschäftsführer Herrn Professor Dr. Simon für die Aufnahme in ihr Verlagsprogramm.

Berlin, im April 1998

Horst-Eberhard Henke

Inhaltsverzeichnis

I. Gibt es eine einheitliche oder eine doppelte Rechtsordnung?	9
1. Die verschiedenen Sichtweisen des Rechts	9
2. Beispielhafte Erläuterung des dargestellten Ansatzes	11
a) „Res iudicata ius facit inter partes“ – das rechtskräftige Urteil als Wahr- spruch und Quelle des Rechts in den Beziehungen der Parteien untereinander?	11
b) Die Fehlerhaftigkeit eines verfassungsgerichtlichen Urteils wegen Nichtbe- achtung der Menschenrechte.	13
c) Die Gefahr opportunistischer Lösung kultureller und ethnischer Konflikte ..	24
II. Die römische „actio“ und das englische „writ“: Erscheinungsformen der Ein- heit oder Vielheit von Privat- und Prozeßrecht?	26
1. Begriff und beispielhafte Erläuterung des aktionenrechtlichen Denkens	26
a) Der Begriff der „actio“	26
b) Der Begriff des aktionenrechtlichen Denkens	28
c) Beispielhafte Darstellung verschiedener Aktionen	29
d) Die rechtliche und soziologische Unzulänglichkeit des aktionenrechtlichen Denkens	35
e) Die Überwindung des aktionenrechtlichen Denkens	42
2. Die „action“ des französischen bürgerlichen Rechts und Zivilprozeßrechts	46
3. Das englische „writ“ – die Klageformel eines nicht-römischen Zivilprozesses ...	49
a) Der Begriff des „writ“	49
b) Die „actio“ und das „writ“ im Vergleich	50
c) Der beherrschende Einfluß des „writ“	51
d) Die einseitige Wirkungsweise des „writ“	52
4. Die römische „actio“ und das englische „writ“ als bloße Programme eines Rechtsstreits	57

III. Die doppelte Rechtsordnung in der Gegenwart: Rechtsdurchsetzung außerhalb der Gerichte	60
1. Die Verkürzung des Rechtsschutzes vor den bürgerlichen Gerichten	60
2. Die Prozeßvermeidung als Ziel der Rechtspolitik	62
a) Die gesetzlich vorgesehene Schlichtung	62
b) Die obligatorische und die freiwillige Schlichtung	65
aa) Der Begriff der „Schlichtung“	65
bb) Die Typologie der Schlichtung	66
cc) Die Chancen der Schlichtung	68
dd) Die Schlichtung – Faktor oder Modethema des Rechtslebens?	70
3. Formen und Foren der privaten Lösung von Rechtskonflikten	76
4. Die Lösung von Konflikten im Völkerrecht	78
5. Die politische, privatautonome und europäisch-richterliche Bereinigung der menschenrechtswidrigen Konfiskationen	83
IV. Die Theorie der doppelten Rechtsordnung – eine destruktive oder heilsame Erkenntnis?	88
V. Zusammenfassung in Thesen	89
Verzeichnis der wichtigsten verwendeten Literatur	92

I. Gibt es eine einheitliche oder eine doppelte Rechtsordnung?

1. Die verschiedenen Sichtweisen des Rechts

Das „Recht“, *im Idealfall* eine sinnvoll aufgebaute Summe von Geboten und Verboten, kann in der einen Sichtweise als *identisch* mit den Entscheidungen der Gerichte als der berufenen Interpreten und Vollstrecker seiner Normen gedacht werden. Nach dieser auf die staatliche Autorität aufbauenden Auffassung sind „Recht und Gericht“ deckungsgleich: Erst das Gericht sagt, was in einem gegebenen Fall, d. h. in der Bewährung einer abstrakten Norm, das „Recht“ ist. Das rechtskräftige Urteil schafft, je nachdem, ob es ein Recht zu- oder aberkennt, mindestens eine Bestärkung, wenn nicht gar eine neue Schöpfung der Rechtslage. Denn das zuerkannte Recht, das vor dem Urteil bestritten war, gewinnt nunmehr Sicherheit und Durchsetzungskraft; war es nicht existent, so tritt es jetzt in Erscheinung.

In verneinder Hinsicht setzt die aberkennende Entscheidung dem bestrittenen und sogar dem existenten Recht ein Ende: Es ist im wahren Sinne des Wortes „nicht mehr in der Welt“. Sollten es die vormaligen Prozeßparteien wiederbeleben wollen, beispielsweise um ihre Beziehungen auf eine vom Urteil abweichende Grundlage zu stellen, müssen sie es *unter Einhaltung der dafür vorgesehenen Formen* neu begründen.

Die abweichende, für eine *doppelte Rechtsordnung eintretende* Auffassung¹ kann sich zu einer derartigen Ineinssetzung nicht durchringen. Sie leugnet zwar nicht, daß die Gerichte *im Streitfalle* über die Auslegung der Normen und die Durchsetzung von Rechten ein gewichtiges Wort sprechen, zumal da Urteile, die eine Leistung zuerkennen, vollstreckbar sind. Aber sie sieht in den Gerichten *nur eine Instanz* unter den verschiedenen staatlichen und gesellschaftlichen „das Recht“ im Sinne der *konkreten Rechtsbeziehungen* bildenden Kräften: Die Parteien eines Rechtsverhältnisses, beispielsweise Vermieter und Mieter, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Leasinggeber und Leasingnehmer, leben nach einer eigenen, nicht

¹ Den Ausdruck der „doppelten Rechtsordnung“ entnehme ich dem Kommentar zur Zivilprozeßordnung von Stein/Jonas/Leipold, 20. Auflage, RdNr. 24 zu § 322, und dem Werk von Julius Binder, Prozeß und Recht (1927), Seite 8, 42, 44, 46 und 85. Beide Autoren verstehen den Ausdruck als das Auseinanderfallen der Beziehungen zwischen den Prozeßparteien einerseits und der Rechtsschutzordnung sowie dem Urteilsinhalt andererseits.

selten von den anerkannten Autoritäten abweichenden Ordnung. Rechte und Pflichten werden nach dieser Beobachtung in gegenseitiger Fühlungnahme, soziologisch umschrieben in einer „Interaktion“², im „sozialen“ oder „kommunikativen Handeln“³, begründet und befolgt. Selbst im Streitfall versuchen die Kontrahenten nicht selten, den Gang zum Gericht zu vermeiden, weil sie nicht, wie sie es ausdrücken, in die „Fänge“ der Rechtsanwälte und die „Mühlen“ der Justiz geraten wollen.

Privatautonome Regelungen haben den Vorteil der Diskretion, wenn sich die mit einem Staatsakt verbindenden politischen Standpunkte einen „vernünftigen“ Ausgleich nicht mehr zulassen.

Kommt es gleichwohl zu einem Rechtsstreit, ist diese Deutung nüchtern genug, im Gericht keinen Kündler von unbezweifelbaren Wahrheiten zu sehen: Eröffnet doch gerade der Zivilprozeß den Parteien mannigfaltige Einwirkungsmöglichkeiten, weil es ihnen obliegt, das Streitprogramm zu bestimmen, die ihr Begehren begründenden Tatsachen vorzutragen und, soweit sie bestritten sind, zu beweisen. Auch das Zivilprozeßrecht folgt in seinen Institutionen der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767)⁴, der Restitutionsklage (§ 580) und der Durchbrechung der materiellen Rechtskraft bei sittenwidrigem Vorgehen einer Partei in analoger Anwendung des § 826 BGB der Idee der doppelten Rechtsordnung: Beide Rechtsbehelfe bezwecken, den Zwiespalt zwischen der urteilsmäßig festgestellten und der „wahren“ Rechtslage nach den Normen des sachlichen Rechts wieder aufzuheben⁵. Darüber hinaus sind die Rechtsverfolgung und -verteidigung in *jedem Prozeß*, auch in Strafsachen und Streitigkeiten über die Auslegung und Auswirkung der Verfassung, von den Kräften und finanziellen Mitteln der Parteien abhängig: „Der eine hat Recht, der andere einen guten Anwalt“, hieß es in der Werbung für eine den Rechtsstaat demaskierende Kampagne einer Boulevardzeitung⁶.

In dieser eher skeptischen Sicht gedeutet, ist das „Recht“ im *konkreten Sinne der Beziehung zwischen Parteien* weniger eine der Gerechtigkeit verpflichtete Ord-

² Zum Begriff der „Interaktion“ Th. Raiser, *Das lebende Recht*, 2. Auflage (1995), Seite 150 und 194.

³ Noch immer vorbildlich in Erkenntnis und Ausdrucksweise Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, a. a. O., § 1 II, „Begriff des sozialen Handelns“.

⁴ Beispielsweise wegen eines nach Rechtskraft geschlossenen außergerichtlichen Vergleichs zwischen den Parteien oder eines Verzichts des Gläubigers auf einen Teil seiner Forderung.

⁵ „Die Wirkung der Rechtskraft muß zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben“ (BGH 26, 324 zur Rechtfertigung der Durchbrechung der Rechtskraft vermittelt einer Norm des materiellen Rechts: § 826 BGB).

⁶ „Bildzeitung“, Dezember 1996 und Januar 1997.

nung von Geboten und Verboten, als vielmehr Ausdruck von *Spielregeln gesellschaftlichen Verhaltens*. Sein bestimmender Maßstab ist in diesem Rahmen die Zweckmäßigkeit, weniger die Gerechtigkeit.

Gibt es also eine „identische“ oder eine „doppelte“ Rechtsordnung?

Die Aktualität der Fragestellung ist nicht bloß dogmatischer Natur, sie befriedigt mithin nicht nur ein theoretisches Interesse ohne praktische Auswirkung⁷, sondern ist *rechtstatsächlich* und vor allem *rechtspolitisch* von Belang und berührt somit auch den Bestand des Staates. Sie ergibt sich aus dem gegenwärtig gefährdeten Ansehen der Gerichte⁸, aus der fortgesetzten Verkürzung des Rechtsschutzes vor den bürgerlichen Gerichten und der erst erahnten Unfähigkeit der Justiz, kulturelle und ethnische Konflikte allein nach „Recht und Gesetz“, d. h. im Blick auf die *vor ihr stehenden Parteien, auf ihr Begehren und dessen sachliche Berechtigung* und nicht nach unreflektierten allgemeinen Einschätzungen, sog. „Volkswisheiten“ über den Nationalcharakter⁹, oder gar nach Opportunität zu lösen.

2. Beispielhafte Erläuterung des dargestellten Ansatzes

a) „Res iudicata ius facit inter partes“¹⁰ – das rechtskräftige Urteil als Wahrspruch und Quelle des Rechts in den Beziehungen der Parteien untereinander?¹¹

Die bis auf den heutigen Tag nicht auf einen Nenner zu bringenden Ansichten darüber, welchen Einfluß das rechtskräftige Urteil auf die Beziehungen der Partei-

⁷ Wie die unzähligen Darstellungen über das Verhältnis von „Prozeß und Recht“, jüngstens beispielsweise A. Kollmann, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht (1996).

⁸ Die Kritik an der heutigen Strafgerichtsbarkeit findet ihren Ausdruck häufig in plakativen Vorwürfen, etwa: „Täterfreundliche Liberalität – Die Gerichte strafen nicht gern, die Juristen helfen dabei, die Gesellschaft leidet“ (Böhlk, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 6. Mai 1997); „Verbrechen lohnt sich wieder. Kriminalbeamte prangern den Gesetzesungehorsam der Justiz an“ (Dietrich, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 8. November 1997).

⁹ „Alle Südländer sind ...“, „Alle Afrikaner fallen dadurch auf, daß ...“, „Engländer sind gewöhnlich ...“

¹⁰ Die Parömie ist in dieser wörtlichen Fassung nicht klassisch, sie ist vielmehr dem Codex iuris canonici, can. 1642, § 2 entnommen. Dort heißt es: „Eadem (i.e. res iudicata) facit ius inter partes.“

¹¹ Im gleichen Sinne die sog. materiell-rechtliche Theorie des rechtskräftigen Urteils, so die bei Gaul, Festschrift für Flume (1978), Band I, Seite 443/94, angeführten Schriftsteller.

Die Digesten (D I, 5, 25 – Ulpian) verbinden mit dem Tenor und den Feststellungen des Richterspruchs die nunmehr geltende Wahrheit: „Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur.“