

Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht

I. Über Begriff und Bedeutung
des materiellen Ziviljustizrechts

II. Über die Behandlung
der Rechtsschutzvoraussetzungen im Prozeß

Von
James Goldschmidt



Duncker & Humblot *reprints*

Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht.

- I. Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts.
- II. Über die Behandlung der Rechtsschutzvoraussetzungen im Prozeß.

Von

Dr. James Goldschmidt,

a. o. Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Sonderabdruck aus der Festschrift der Berliner Juristenfakultät
für Heinrich Brunner.



München und Leipzig.
Verlag von Duncker & Humblot.

1914.

Zu beachten: Die Verweisungen in den Anmerkungen beziehen sich auf die Seitenzahlen der Festgabe.

Erster Beitrag.

Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts.

I.

In der Abhandlung „Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)“¹⁾ habe ich versucht, den Rechtsschutzanspruch, dessen Charakterbild in der Rechtssystematik hin und her schwankt, als materielles Justizrecht zu konstruieren. Diese Konstruktion hat die Billigung Degenkolbs²⁾, Seckels³⁾

¹⁾ Sonderabdruck aus der Festgabe für Bernhard Hübler, 1905, insbesondere § 2 daselbst.

²⁾ Beiträge zum Zivilprozeß, 1905, Nachtrag zu I: „Der Streit über den Klagrechtsbegriff“. Vgl. dens. schon selbst ebenda, S. 11: „Selbstverständlich sind alle privatrechtlich gefaßten Klagrechtsbegriffe unprozessual, aber es finden sich unprozessuale Klagrechtsbegriffe auch innerhalb der publizistischen Klagrechtstheorien. Dahin rechne ich, obwohl er von seinen Anhängern mit besonderem Nachdruck als prozessualisch bezeichnet wird, vor allem den Wachschen konkreten Urteilsanspruch oder, wie Hellwig ihn nennt, das konkrete Klagrecht“. Ferner dens. S. 20 ff., S. 57 Anm. 2, S. 88, 89 und insbes. S. 90: Es sei ein „willkürlicher Schluß“, eine „*petitio principii*“, den Rechtsschutzanspruch, „weil nicht privatrechtlich, notwendig prozessualisch“ aufzufassen. — Die umgekehrte „*petitio principii*“, nämlich die, das Klagrecht, weil „nicht prozessualisch, notwendig privatrechtlich“ aufzufassen, liegt übrigens zugrunde, wenn Weismann, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, II, 1905, S. 11 Anm. 13; R. Schmidt, Lehrb. d. dtsch. Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., 1906, S. 19 Anm. 3, u. Chiovenda, *Principii di diritto process. civ.*, 2. ed., 1908, S. 38 Anm. 2, meine Klagrechtstheorie als der Weismanns und Chiovendas von der privatrechtlichen Klagbefugnis nahe stehend ansprechen; vgl. dazu unten S. 112 Anm. 1.

³⁾ Gedächtnisrede auf Konrad Hellwig, Berlin 1913, S. 22 ff.

und besonders Kipp's¹⁾ gefunden. Dagegen meint Stein²⁾, ob meine Konstruktion „vom Standpunkt der Systematik richtig“ sei, könne „offen bleiben, praktisch“ sei dieselbe „unseren Gesetzen gegenüber, die nur Privat- und Prozeßrecht trennen, unbrauchbar.“ Und Hellwig³⁾ erklärt, nicht einzusehen, was mit der neuen „Formel“ „gewonnen“ sein solle; der Begriff des „materiellen Justizrechts“ sei vielmehr „willkürlich und verengere den Begriff des Prozeßrechts in unzulässiger und undurchführbarer Weise.“ Und ferner⁴⁾: Die „Kategorie“ „materielles Justizrecht“, das weder „Privat- noch Prozeßrecht sein“ solle, umgehe „die streitige Frage“, löse „sie aber nicht“⁵⁾.

¹⁾ Zu Windscheids Pandekten I, 9. Aufl., 1906, S. 617; in dem Vortrag „Heinrich Dernburg“, 1908, S. 25, und bes. in der Festschrift der Berl. Jur. Fak. für F. v. Martitz, 1911, S. 213 ff., 219. Zustimmend auch v. d. Trenck, Urteile mit rechtsschöpferischer Kraft, 1912, S. 71 Anm. 17, S. 116 ff., 128.

²⁾ Z.P.O. I, 8. u. 9. Aufl., 1906, S. 548 Anm. 46, vor § 253; 10. Aufl., 1911, S. 586 Anm. 72, vor § 253. Vgl. auch Förster-Kann, Z.P.O., I, S. 611; Kohler, Enzykl., 7. Aufl., III S. 260 Anm. 1; Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, S. 19 Anm. 7 (mit terminolog. Bedenken).

³⁾ Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßr. II, 1907, S. 10 Anm. 3 a. E.

⁴⁾ System d. deutsch. Zivilprozeßr. I, 1912, § 110 Anm. 16. Gegen Hellwig v. d. Trenck, a. a. O., S. 121 Anm. 26, S. 128 Anm. 52.

⁵⁾ Vgl. auch Krückmann, Jahrb. f. Dogm. LVII 93; Einführung, S. 188 ff.— Wenn Hellwig, Lehrb. II, S. 10 Anm. 2 a. E., anführt, ich verwiese neben dem „zivilen Rechtsschutzanspruch“ auch den „strafrechtlichen“ in das „materielle Justizrecht“, so liegt hier wohl ein Mißverständnis zugrunde. Einen „strafrechtlichen Rechtsschutzanspruch“, in dem Sinne des von Hellwig a. a. O. aufgestellten und dem abstrakten Strafklagrecht einerseits, dem materiellen Strafrecht andererseits entgegengesetzten konkreten „Strafverfolgungsrechts“, erkenne ich überhaupt nicht an. Für mich ist das konkrete „Strafverfolgungsrecht“ nur die erste Stufe des materiellen staatlichen Strafrechts selbst und wie dieses, was auch Hellwig a. a. O. annimmt, durch die Gerichte auszuüben. Seine Ausübung allerdings wird ausgelöst durch Geltendmachung eines dem Staate, repräsentiert durch die Staatsanwaltschaft, oder dem Verletzten zustehenden konkreten „Anklagerechts“. Aber — wie schon hieraus erhellt — auch dieses konkrete „Anklagerecht“ steht zum Strafrecht nicht wie der „Rechtsschutzanspruch“ zum Privatrecht, vielmehr nur wie der Rechtsschutzanspruch zu der konkreten Rechtsschutzgewalt des Richters gegenüber dem Beklagten, die jetzt auch Degenkolb a. a. O. S. 57 als „das notwendige Komplement“ des Rechtsschutzanspruches anerkennt. Und da das konkrete „Anklagerecht“ im Strafjustizrecht dogmatisch ebenso hinter seinem Komplement, dem richterlichen Strafrecht, zurücktritt, wie umgekehrt im Ziviljustizrecht die konkrete richterliche Rechtsschutzgewalt hinter dem Rechtsschutzanspruch, so ist dem „zivilen Rechtsschutzanspruch“ das Strafrecht selbst als „materielles Justizrecht“ zu parallelisieren. Ich muß für alles

Daß unsere Gesetze — oder vielmehr Gesetzgeber — nur die Begriffe Privat- und Prozeßrecht kennen und trennen, mag

weitere auf meine Ausführungen, Materielles Justizrecht, §§ 3—5, Bezug nehmen. M. E. durfte gerade Hellwig, der zutreffend erkennt, daß das staatliche Strafrecht durch die Gerichte ausgeübt wird, nicht annehmen, das Strafrecht stehe zum Anklagerecht ebenso wie das Privatrecht zum Rechtsschutzanspruch. — Das Hellwig gegenüber Ausgeführte gilt auch gegenüber Beling, insoweit dieser in seiner Abhandlung „Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren im Strafprozeß“ (S.-A. aus der Festgabe für Karl Binding, 1911), S. 48 Anm. 2, meint, ich ließe das Strafrecht aufgehen in einen „Katalog der materiellen Bedingungen des strafprozessualischen Rechtsschutzanspruchs“. Ich erkenne einen „strafprozessualischen Rechtsschutzanspruch“ so wenig an wie einen „strafrechtlichen“. Für mich ist — ich muß wieder auf das schon, Materielles Justizrecht, S. 31, 32, Gesagte verweisen — das Strafrecht selbst Rechtsschutzgewalt, d. i. Gewalt zum Schutze objektiven Rechts, also eines Rechtsschutzanspruches weder fähig noch bedürftig. Im übrigen verstehe ich nicht, wie Beling a. a. O. meine Feststellung, daß das Strafrecht durch Strafverurteilung und Strafvollstreckung ausgeübt wird, dadurch widerlegen zu können glaubt, daß er darauf hinweist, für den Strafrichter (z. B. in den §§ 164, 186 u. 241 Str.G.B.), den Disziplinarrichter und den bürgerlichen Rechtsverkehr könne das „Straffälliggewordensein“ selbständige Erheblichkeit erlangen. Es soll hier ganz dahingestellt bleiben, ob man eine Erscheinung aus ihrer Regelform oder ihren Ausnahmeformen zu erklären hat. Aber was hat überhaupt die juristische Erheblichkeit der Tatsache, daß ein Recht entstanden ist, mit der Frage zu tun, wie es ausgeübt wird? Warum soll nicht die Tatsache, daß der Strafrichter befugt wäre einzuschreiten, unter Umständen selbständig erheblich sein können? Was heißt denn Belings „Straffälliggewordensein“ anderes als „dem Strafrichter verfallen sein“? Schon einmal, in Goltd.A. Bd. 54 S. 39, habe ich Beling gegenüber konstatiert, daß auch nach meiner Strafrechtsauffassung für die Relation der „Strafbarkeit“ Raum ist. Auch nach meiner Auffassung ist das Strafrecht im Gegensatz zum Prozeßrecht „primäres“ Recht — wenn Beling so will — wie das bürgerliche Recht. Was es von diesem im Verhältnis zum Prozeßrecht m. E. unterscheidet, ist, daß es nicht erst wie dieses zum Zwecke seiner prozessualen Realisierung der Umsetzung in ein subjektives öffentliches Recht bedarf, sondern ein solches schon ist. Das Strafgesetzbuch ist eben, um an die anschauliche Gegenüberstellung bei Kipp (Festschrift für v. Martitz a. a. O. S. 213) anzuknüpfen, anders als das Bürgerliche Gesetzbuch, von vornherein „justizrechtlich“ geschrieben (was allerdings auch Kipp a. a. O. nicht beachtet, während umgekehrt Rückmann, Jahrb. f. Dogm. LVII 30 ff., Einf. S. 120 ff., 186 ff., und Binder, Rechtsnorm u. Rechtspflicht, 1912 — dieser trotz seines Protestes S. 12 —, auch das Privatrecht im Justizrecht aufgehen lassen). Daß dieser dogmatische Unterschied tief im Unterschied des Wesens beider Rechte wurzelt, habe ich an anderer Stelle (Mater. Just.R. S. 32) ausgeführt. Die systematische Trennung von materiellem und prozessualem Strafrecht bleibt deshalb doch auch für mich ein Fortschritt, und nicht ist von meinem Standpunkt, wie Beling a. a. O. meint, die Systematik der Carolina vorbildlich. Daß ihr ein richtiger Kern innewohnt, hat übrigens