

Herausgeber der Reihe:
Juristische Fakultät der
Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

Andreas Piekenbrock (Hrsg.)

Materielles Recht – Prozessrecht – Insolvenzrecht

Das wissenschaftliche Werk von Ludwig Häsemeyer

2023

MISCELLANEA JURIDICA HEIDELBERGENSIA

Herausgeber der Reihe:

Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

BAND 12 | *Andreas Piekenbrock (Hrsg.)*

**Materielles Recht –
Prozessrecht –
Insolvenzrecht**

Das wissenschaftliche Werk von Ludwig Häsemeyer

2023

Andreas Piekenbrock (Hrsg.)

Materielles Recht – Prozessrecht – Insolvenzrecht

Das wissenschaftliche Werk von Ludwig Häsemeyer

1. Auflage 2023

ISBN: 978-3-86825-343-6

Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags

© Jedermann-Verlag GmbH, Heidelberg

Gestaltung: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck und Herstellung: M+M-Druck GmbH, Heidelberg

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.



Jedermann-Verlag GmbH, Heidelberg 2023

Inhalt

Vorwort	5
I. Grußworte	
1. Grußwort des Dekans Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl M.A.	7
2. Gedenkworte von Distinguished Prof. Dr. Kuan-Ling Shen	10
II. Das wissenschaftliche Oeuvre Ludwig Häsemeyers	
1. Materielles Recht (Prof. Dr. Peter A. Windel)	12
2. Prozessrecht (Prof. Dr. Christian Berger)	18
3. Insolvenzrecht (Prof. Dr. Moritz Brinkmann).....	24
III. Bisher unveröffentlichte Schriften Häsemeyers	
1. Der Vertragsschluß.....	31
2. Rechtsverwirklichung durch Richterspruch	47
3. Das Schiedsverfahren	65

Vorwort

Am 13. Mai 2022 fand in der Alten Aula der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg eine akademische Gedächtnisfeier für Prof. Dr. Ludwig Häsemeyer statt, um des am 13. Juli 2020 verstorbenen Fakultätskollegen zu gedenken und sein wissenschaftliches Werk zu würdigen; einen früheren Termin ließ die Pandemie leider nicht zu. Um den Umfang des wissenschaftlichen Werks Häsemeyers, das allzu leicht auf sein großes Lehrbuch zum Insolvenzrecht verengt wird, zum Ausdruck zu bringen, standen die Vorträge unter den Titeln „Materielles Recht“ (Peter A. Windel), „Prozessrecht“ (Christian Berger) und „Insolvenzrecht“ (Moritz Brinkmann); daran orientiert sich der Titel dieses Bandes.

Zu der Feier hatten sich Schüler, Kollegen, Freunde und die Familie Häsemeyer zusammengefunden. Der hier vorgelegte Band enthält zum einen die Texte der anlässlich der Gedenkfeier gehaltenen Grußworte und Vorträge. Zum anderen werden hier postum drei Vortragsmanuskripte abgedruckt, die Häsemeyer zu seinen Lebzeiten nicht veröffentlicht hat. Dabei handelt es sich um zwei Vorträge beim gemeinsamen Seminar der Juristischen Fakultäten der Universitäten Heidelberg und Montpellier in den Jahren 1985 und 1986 zum Vertragsschluss und zum Schiedsverfahren sowie einen bei den von *Karl Michaelis* initiierten Reinhäuser Juristenzusammenkünften im Herbst 1981 zur Rechtsverwirklichung durch Richterspruch. Bei diesen Beiträgen ist die zeitgenössische Orthographie bewusst beibehalten worden.

Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

I. Grußworte

1. Grußwort des Dekans Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl M.A.*

Sehr verehrte Frau Häsemeyer,
sehr geehrte Familie Häsemeyer,
liebe Kolleginnen und Kollegen,
sehr geehrte Damen und Herren!

Im Namen der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg begrüße ich Sie herzlich zu dem heutigen zivilrechtlichen Symposium.

Wir sind zusammengekommen, um heute in Trauer, aber auch in Dankbarkeit und Anerkennung für seine Verdienste des am 13. Juli 2020 in Heidelberg verstorbenen Kollegen Ludwig Häsemeyer zu gedenken.

Ludwig Häsemeyer wurde am 28. Juli 1934 in Lenglern, einem kleinen Ort bei Göttingen, als ältestes von drei Kindern in einer behüteten Familie geboren. Sein Abitur machte er an dem renommierten altsprachlichen Max-Planck-Gymnasium in Göttingen. Krieg und Kriegsende hat er als Kind bewusst miterlebt: die Beugung des Rechts durch die nationalsozialistischen Machthaber, der Zusammenbruch staatlicher Ordnung 1945. Diese Zäsur hatte für ihn die Wirkung einer Verunsicherung, aber auch Befreiung. Beruflich folgte er dem Vorbild des Vaters, der Rechtsanwalt war, und studierte von 1955–1958 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, wo er auch das Erste Juristische Staatsexamen ablegte. Nach dem 2. Staatsexamen in Hannover arbeitete er zunächst in einer Anwalts- und Notariatskanzlei, ehe er sich der akademischen Laufbahn widmete.

1965 wurde Herr Häsemeyer in Göttingen unter Betreuung von Karl Michaelis mit einer Dissertation zu dem Thema „Die Abhängigkeit erbrechtlicher Verträge von Verkehrsgeschäften“ promoviert. 1970 hat er sich ebendort mit der Schrift „Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte“ habilitiert. Ihm wurde die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht erteilt. Seine Habilitationsschrift ist, so Herbert Roth in seiner Laudatio zum 65. Geburtstag von Ludwig Häsemeyer, „bis heute für das Verständnis der Zusammenhänge von objektiver Ordnung und

* Ich danke Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Eberhard Schmidt-Aßmann für wertvolle Hinweise.

privatautonomer Selbstbestimmung von grundlegender Bedeutung und hat allen modischen Zeitströmungen standgehalten“.

Nach Lehrstuhlvertretungen in Mannheim und München folgte 1974 der Ruf auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Heidelberg, den Herr Häsemeyer bis zu seiner Emeritierung im Jahre 2001 innehatte. Seit 1993 war er zudem Richter im Nebenamt am Oberlandesgericht Karlsruhe. Ludwig Häsemeyer diente seiner Fakultät vom Wintersemester 1975/76 bis zum Wintersemester 1976/77 als Dekan. Ferner fungierte er als Sprecher der zivilrechtlichen Fachsäule. Sein Rat und sein präzises Judiz waren in allen Gremien in hohem Maße geschätzt.

Die Forschungsschwerpunkte von Ludwig Häsemeyer lagen vor allem im Bürgerlichen Recht, im Zivilverfahrensrecht und im Insolvenzrecht. In Heidelberg entstand die Monographie „Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit“ (1979). Später folgte, 1992 in erster und 2007, in vierter und letzter Auflage, sein Lehrbuch „Insolvenzrecht“, das – so Herbert Roth in seiner erwähnten Laudatio – das „führende Standardwerk“ wurde und „weit über den deutschen Sprachraum hinaus große Anerkennung“ fand. In diesem Werk, so Roth weiter, „kommt in besonderer Weise die sein Wirken kennzeichnende dogmatische Kraft mit der Betonung der Grundstrukturen und der systematischen Zusammenhänge der Rechtsordnung zum Ausdruck“. Auch andere Kollegen, die mit Häsemeyer gemeinsam viele Jahre an der Fakultät wirkten und ihn gut kannten, rühmten im Gespräch mit mir seinen von Nüchternheit und äußerster Präzision gekennzeichneten Zugriff auf das Recht – im Bewusstsein von dessen Leistungsfähigkeit, aber auch Leistungsgrenzen. Er beherrschte die scharfsichtige Analyse der Zusammenhänge – das „genaue Hinschauen“ war ihm ein zentrales Anliegen. Einfachen Erklärungsmustern und pauschalen Formeln begegnete er mit Skepsis, angeblichen neuen Entdeckungen trat er nicht selten mit Zweifeln und kritischen Nachfragen gegenüber.

Diese dogmatische Kraft unter Betonung der Grundstrukturen und der systematischen Zusammenhänge und kehrseitig die Ablehnung bloßer Wissensvermittlung bzw. bloßer Wissensanhäufung leiteten ihn auch in der Lehre an. Auch hier musste sein Gegenüber stets mit kritischen Nachfragen rechnen. Auch hier ging es ihm darum, zum Überdenken tradiertter Ansichten und zur Entwicklung neuer Lösungsansätze anzuregen. Damit stellte er an sich selbst, aber auch an seine Zuhörer, Mitarbeiter und Schüler höchste Anforderungen und verlangte viel. Getragen war all dies von einem äußersten Pflichtbewusstsein. Dieses Pflichtbewusstsein war sehr ausgeprägt.

Als er etwa, was äußerst selten vorkam, einmal eine Vorlesung nicht halten konnte – im konkreten Fall deshalb, weil er der Antrittsvorlesung seines Schülers Windel in Bochum beiwohnen wollte –, stellte er hierfür eigens einen schriftlichen Antrag an den Dekan auf Zustimmung zur Vorlesungsverlegung.

Führen wir uns abschließend noch einmal den Menschen Ludwig Häsemeyer vor Augen, so stechen – neben dem bereits erwähnten Pflichtbewusstsein – vier weitere, im Gespräch mit Kollegen über ihn immer wieder genannte Charakterzüge heraus: Offenheit, Humor, Bescheidenheit und Verlässlichkeit. Was er für richtig erkannte, sagte er klar und deutlich, dabei aber im Ton stets verbindlich und unter dem Vorbehalt (auch eigener) besserer Erkenntnis in der Zukunft. Ein feiner, zurückhaltend formulierter Humor zeichnete ihn dabei ebenso aus wie eine ungeachtet allen wissenschaftlichen Anspruchs große persönliche Bescheidenheit sowie hohe Verlässlichkeit. Ausgleich für intensive wissenschaftliche Arbeit fand er beim Wandern mit der Familie, seiner Frau und den vier Kindern, aber auch mit den Assistenten (Zitat Häsemeyer: Wandern „löst den Knoten im Kopf“). Daneben konnte er sich für das Fußballspiel begeistern, an dem er sich in jüngeren Jahren selbst aktiv beteiligte und das er später mit Freude und emotionalem Engagement als Zuschauer verfolgte.

Die Ruperto Carola verlor mit Ludwig Häsemeyer einen geschätzten Kollegen, der sich um Forschung, Lehre und Selbstverwaltung bleibende Verdienste erworben hat und dem wir stets ein ehrendes Andenken bewahren werden.

2. Gedenkworte von Distinguished Prof. Dr. Kuan-Ling Shen

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst möchte ich mich dafür entschuldigen, dass ich wegen der Reisebeschränkungen wegen Covid von und vor allem zurück nach Taiwan an der heutigen Veranstaltung nicht persönlich teilnehmen kann. Der Juristischen Fakultät bin ich sehr dankbar, dass sie mir erlaubt hat, meine Gedenkworte für Professor Häsemeyer von Professor Piekenbrock verlesen lassen zu dürfen und mir so die Gelegenheit zu geben, meinem Doktorvater, Professor Häsemeyer, die letzte Ehre zu erweisen. Aus seiner Hand erhielt ich im Jahr 2000 meine Promotionsurkunde hier in der Alten Aula.

1995 kam ich von Taiwan nach Heidelberg. Durch die Vermittlung des DAAD wurde Professor Häsemeyer mein Betreuer. Bei unserem ersten Treffen fragte Prof. Häsemeyer mich direkt, ob ich mich für die Rechtsvergleichung zwischen dem deutschen Recht und dem taiwanesischen Recht interessiere. Wenn ja, schlug er mir vor, mich an einen anderen Professor zu wenden, da sich seine Forschung auf die Rechtsdogmatik konzentrierte. Ohne Zögern bat ich ihn, mein Doktorvater zu werden, denn das taiwanesisches Zivilprozessrecht wird stark vom deutschen geprägt und ich wollte von ihm lernen, um für das deutsche Verfahrensrecht, einschließlich des Zivilprozessrechts, der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Insolvenzrechts, ein tieferes dogmatisches Verständnis zu erlangen. Und außerdem lag sein Forschungsschwerpunkt beim Verhältnis des materiellen Zivilrechts zum Zivilverfahrensrecht, wofür auch ich schon damals großes Interesse hatte. Seine zwei Aufsätze „Drittinteressen im Zivilprozess“ (ZZP 101 [1988], 385 ff.) und „Prozeßrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts“ (AcP [1988], 140 ff.) hatten mich schon in Taiwan sehr inspiriert.

Weiterhin fragte er mich, ob ich vor der Promotion ein LL.M.-Programm in Erwägung ziehen würde. Ich erzählte ihm, dass ich bereits einen Master-Abschluss erworben hatte. Mein Ziel war es, gleich die Doktorarbeit zu schreiben und den Dokortitel an der Uni Heidelberg zu erhalten. Er hatte ein paar Tage darüber nachgedacht und stimmte nach Intervention seines damaligen Assistenten zu, meine Dissertation zu betreuen. Nach einiger Diskussion schlug er mir vor, dass ich mich mit dem Thema über die Erledigung der Hauptsache als verfahrensrechtlichem Institut zwischen Dispositionsmaxime und Kostenrecht im Zivilprozess beschäftigen könnte. Damals war einerseits das Institut der Erledigung der Hauptsache für mich ganz neu, da es im taiwanesischen Zivilprozessrecht nicht vorgesehen war. Andererseits waren viele Grundsätze

des Zivilprozesses, z.B. die Dispositionsmaxime, die Verhandlungsmaxime und die richterliche Aufklärungspflicht, für mich nicht fremd. Er war der Meinung, dass ich angesichts dieses Hintergrunds in der Lage sein würde, das Thema anzugehen und durch das Promotionsverfahren mein Verständnis des deutschen Rechts zu vertiefen. Im Nachhinein betrachtet war dieser Vorschlag sehr sinnvoll. Nach 20 Jahren nehme ich nun an dem Ausschuss zur Reform des taiwanesischen Zivilprozessrechts teil, bei dem man gerade diskutiert, dass das Institut der Erledigung der Hauptsache in Taiwan eingeführt werden soll.

Nachdem der Promotionsausschuss meine Bewerbung angenommen hatte, brachte ich ihm als Dank ein kleines Geschenk mit, ein von der taiwanesischen Post herausgegebenes philatelistisches Album, wie es in Taiwan üblich ist. Er weigerte sich jedoch, es anzunehmen. Damals hat mich das sehr beeindruckt. Er war so integer, hochanständig und unbestechlich, dabei aber offen für fremde Kulturen, freundlich und immer bereit, den Studenten zu helfen.

Während meines Aufenthalts in Heidelberg war Prof. Häsemeyer ständig über den Fortschritt meiner Dissertation besorgt. Wenn ich ein Kapitel fertiggemacht hatte, las er es sofort durch, machte Korrekturvorschläge und diskutierte es mit mir. Ohne ihn hätte ich meine Doktorarbeit nicht so schnell fertiggestellt.

Nach dem Abschluss der Promotion kehrte ich am Ende des Jahres 1999 nach Taiwan zurück. Wir sind immer in Kontakt geblieben. 2019 war ich wieder einmal im Rahmen der Austauschprofessuren zwischen der Uni Heidelberg und der National Taiwan University nach Heidelberg zurückgekommen und besuchte ihn wie bei jedem früheren Aufenthalt zu Hause. Obwohl er gesundheitliche Beschwerden hatte, stand unserem Wiedersehen nichts im Wege. Wir verbrachten mit Frau Häsemeyer und Herrn Windel einen schönen Nachmittag, auch mit Gedankenaustausch über aktuelle juristische Probleme. Danach schrieb er auf meine Weihnachtsgrüße und freute sich auf unser Wiedersehen im Sommer 2020. Leider konnte dieser Wunsch wegen Covid nicht mehr erfüllt werden.

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Frau Häsemeyer, es gibt ein taiwanesisches Sprichwort, das besagt: „Ein Lehrer für einen Tag ist ein Vater für ein ganzes Leben.“ Bei Professor Häsemeyer kann ich bis heute die Bedeutung von „Doktorvater“ tief spüren. Er hat sich immer um meine akademische Arbeit wie ein Vater gekümmert und mich dabei unterstützt und damit nicht zuletzt auch die akademischen Beziehungen zwischen Deutschland und Taiwan vertieft. Dafür zolle ich ihm stets tiefen Respekt und Dankbarkeit.

II. Das wissenschaftliche Oeuvre Ludwig Häsemeyers

1. Materielles Recht (Peter Windel)

a)

Ludwig Häsemeyer hat sich mit Ansprachen, wie wir sie jetzt zu halten haben, schwergetan. Das kann ich mit Bestimmtheit sagen, weil ich ihn einmal zur Genese eines seiner leider zahlreichen zu Lebzeiten unveröffentlichten Manuskripte¹ befragt habe und die für mich völlig überraschende Antwort bekam, der Text sei zu einem runden Geburtstag seines akademischen Lehrers entstanden. Überraschend war das deshalb, weil *Karl Michaelis* dort namentlich überhaupt nicht erwähnt war – es handelte sich um eine ausschließlich themenbezogene rechtsdogmatische Abhandlung reinsten Wassers. Wenn wir ihn nicht unsererseits unerwähnt lassen wollen, hat *Ludwig Häsemeyer* uns also nichts hinterlassen, woran wir uns halten könnten – außer vielleicht die ganz allgemeinen Regeln, dass man dann, wenn man zu Fachleuten und zu Laien spricht, jedem etwas geben und dass ein Drittel einer jeden Predigt ohnehin unverständlich bleiben müsse. Selbst dieser Maxime würden wir durch buchhalterische Bestandsaufnahmen des *Häsemeyer'schen* Lebenswerkes sicherlich nicht gerecht. Deshalb will jeder von uns versuchen, anhand signifikanter Gedanken aus dem Bereich des von ihm übernommenen Teilrechtsgebietes wenigstens ein paar Schlaglichter auf das juristische Denken des Meisters zu werfen.

b)

Materielles Recht – oder für *Häsemeyer* präziser – materielles Privatrecht? Zum Glück darf ich hier voraussetzen, dass es das überhaupt gibt. Denn *Ludwig Häsemeyer* hat sich selbst als kritischen *Rechtspositivisten* bezeichnet. Damit sind Zweifel am Forschungsgegenstand unzulässig.

¹ Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, postum abgedruckt in: *Windel*, OMG – German Legal Dogmatics!, Bochumer Schriften zum Zivilrecht, Band 8, 2020, S. 265–282.

Was aber soll das heißen, „materielles Recht“? Um die Fachleute, die mit diesem Begriff ganz unbefangen umzugehen pflegen, mit den juristischen Laien zusammenzuführen, bitte ich erstere einmal, sich in ein internationales Rechtsgespräch hineinzuversetzen und sich die geläufigen Übersetzungen in Erinnerung zu rufen:

Auf Englisch wird uns in erster Linie *substantive*, alternativ *material law* angeboten. Das im Tagungsjargon häufige *substantial law* gemahnt an das französische *droit substantiel*, das dort neben dem häufiger verwendeten *droit materiel* steht. Überhaupt scheint es sich die Waage zu halten, ob eher das Substantielle, also die Hauptsächlichkeit, oder eher das Materielle, also die Stofflichkeit, unseres Teilrechtsgebiets betont wird. Im ersteren Sinne etwa die spanische (*derecho sustantivo*), portugiesische (*direito substantivo*), italienische (*diritto sostanziale*), griechische (*ousiastiko dikaio*), aber etwa auch rumänische (*drept substantial*) Ausdrucksweise, in letzterem neben dem deutschsprachigen Rechtskreis die nordische (schwedisch: *materiell rätt*; dänisch: *materiel ret*) und die slawische Terminologie (russisch: *materialnoje pravo*; polnisch: *prawo materialne*). Interessanterweise bin ich im Tschechischen neben dem danach üblichen *materiální právo* aber auch auf die eigenständige Bezeichnung *hmotné právo* gestoßen. *Hmotné* heißt: „greifbar, konkret, handfest“, mehr also als schlicht „stofflich.“ Sollte an dieser tschechischen Bezeichnung etwas Richtiges sein, bräuchte ich aus dem weitgespannten Oeuvre *Häsemeyers* nun also nur die passenden Exempel herauszugreifen, um die Handfestigkeit seines Privatrechts zu erproben.

Als Schüler von *Ludwig Häsemeyer* ist man seinerseits Positivist. Deshalb [mündlich überliefertes Zitat *Häsemeyer*] „müssen wir von etwas ausgehen“. Nehmen Sie also bitte einmal mit mir das Programm zur Hand. Könnte man nicht zweifeln, ob die Bezeichnung dieser Veranstaltung als „Zivilrechtliches Symposium“ das Richtige trifft, wenn doch nur drei viertelstündige Kurzvorträge stattfinden, deren Themen sich zudem gar nicht auf das zivile im Sinne des bürgerlichen Rechts beschränken? Gewiss falsch bezeichnet ist die NTU oder TaiDa, wenn es im Programm National University Taiwan und nicht National Taiwan University heißt. Leider nicht zur Hand haben Sie jetzt den Anmeldebogen. In dessen erster, per Briefpost versendeter Version sollte man zur *Promotionsfeier* kommen; erst eine korrigierte Fassung, die einige noch als elektronische Post erhalten haben, ebnete den Weg zum *Symposium*.

Geschadet haben all diese Falschbezeichnungen nicht: Wir haben alle richtig *verstanden*, sind trotz des Fehlers im Anmeldebogen – fast – alle an Ort und Stelle. Frau *Shen* hat trotz des Irrtums über ihre Universität ein sehr persönliches, ja liebevolles Grußwort verfasst und gerade unternehmen wir alles, damit diese Veranstaltung einen würdevollen Verlauf finden möge – *falsa demonstratio non nocet!*

a.

Diese Parömie, dieses alte lateinische Rechtsspruchwort, wonach eine irrtümliche Falschbezeichnung unschädlich ist, führt uns ins Zentrum eines der materiellrechtlichen Themenkomplexe, die *Ludwig Häsemeyer* über Jahrzehnte in vielen Arbeiten immer wieder beschäftigt haben: Es dürfte wohl niemanden hier in der Alten Aula geben, der glaubt, jetzt eine Promotionsfeier statt einer Gedenkstunde abhalten zu müssen. Ebenso sicher aber wäre jeder von uns ein bisschen besorgt, wenn wir nachträglich feststellen würden, dass die Parzellenbezeichnung des Grundstücks, das wir neulich gekauft haben, im notariellen Vertrag verwechselt wurde.

Die ganz unterschiedliche innere Haltung in den geschilderten Situationen – Juristen pflegen hier [mündlich überliefertes Zitat *Häsemeyer*] „mit wichtigem Gesicht das Juidiz zu beschwören“ – beruhen [Zitat] auf der „unaufhebbare[n] Spannung zwischen normativem Formgebot und privatautonomen Rechtsgeschäft“.² Geschäftsformen – hier die notarielle Beurkundung – sollen zwar Fehlerquellen im Privatrechtsverkehr beseitigen, was sie häufig auch leisten. Andererseits schaffen sie [Zitat] „ihrerseits aber auch neue Fehlerquellen: Mit ihrer Handhabung mag der Gesetzgeber dem Rechtsverkehr zuviel zumuten, mögen geschäftsgewandten Parteien Mißbrauchsmöglichkeiten zum Schaden ihrer weniger bewanderten Geschäftspartner eröffnet werden“.³

Remedur setzt voraus, dass zunächst das Institut der Geschäftsformen entmystifiziert wird. Fachjuristisch wird es aber kaum einmal näher hinterfragt – Durchschnittsjuristen hätten halt nicht mehr allzu viel, wenn sie den Formalismus abschaffen wollten [das war kein Zitat]. Dabei sind Formen beileibe nichts Besonderes. Denn [Zitat *Häsemeyer*] „jede Willenserklärung muß ausgedrückt, d. h. in eine ‚Form‘ gebracht sein, und sei es auch nur in konkludentes Verhalten. Deshalb steigert schon das für manche Willenserklärungen geltende Erfordernis der ‚Ausdrücklichkeit‘ [...] die Formanforderungen. Bei den ‚Formen‘ im heutigen Sinne handelt es sich also [zu ergänzen ist: nur] um qualifizierte Formen höherer Stufe. [...] Deshalb darf die Form nicht einseitig als Instrument normativer Ordnung begriffen, sondern sie muß zugleich aus ihrer der Privatautonomie dienenden Funktion interpretiert werden. Der Privatrechtsverkehr ist schließlich der Adressat allen Formzwanges. Werden die Bedingungen und Möglichkeiten privatautonomer Entscheidungen gegenüber dem

2 *Häsemeyer*, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, I, 2.

3 *Häsemeyer*, JuS 1980, I.

Formzwang vernachlässigt, so stiften die Geschäftsformen mehr Schaden als Nutzen. Das ist für alle Formfragen zu beachten“.⁴

b.

Wir sehen: Die ehrwürdige Parömie, die uns hierhergeführt hat, dürfte wie jede andere [mündlich überliefertes Zitat] „Zauberformel kaum taugen“, um alle Probleme zu lösen. *Ludwig Häsemeyer* hatte sich seine Erkenntnisziele weit höher gesteckt. Wie er sie erreicht hat, hat *Karlheinz Misera* veranlasst, ihn treffend als „sehr scharfen Denker“ zu charakterisieren. Aber all seine messerscharfen Analysen und immer konsequenten Schlussfolgerungen hätten ohne Rückbindungen an die Erfordernisse der Lebenswirklichkeit nicht zum Ziel geführt. Nicht von ungefähr hat er sein Lehrbuch zum Insolvenzrecht [Zitat] seiner „lieben Frau“ gewidmet, weil sie ihn „gelegentlich daran erinnert habe, daß sich soziale Gerechtigkeit nicht allein durch Theoretisieren verwirklichen“ lasse.⁵

Dieser Erinnerung wurde abgeholfen: *Häsemeyer* hat nicht nur sehr scharf gedacht, sondern nicht minder genau beobachtet. Abschließend wollen wir wenigstens noch andeuten, wie er durch dieses Zusammenspiel zu einer (potentiell) wirkkraftigen und damit in doppeltem Sinne positiven Lebensordnung gekommen ist:

Es entspricht bei uns langer Tradition, dass Grundstücksgeschäfte formbedürftig sind. In der Ursprungsfassung des BGB war die *Verpflichtung*, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, formbedürftig. Die Verträge konnten freilich [nach *Häsemeyer* übrigens irreführend so bezeichnet] „geheilt“ werden, wenn der Vertrag von Verkäuferseite erfüllt wurde. In seiner 1971 erschienenen *Gesetzlichen Form der Rechtsgeschäfte* hat *Häsemeyer* die Beschränkung des Schutzes auf die Aufgabe von Grundeigentum, in der vielleicht noch alte deutschrechtliche Vorstellungen einer Gebundenheit des *Erb und Eigen* mitgeschwungen haben mögen, als verfehlt entlarvt,⁶ als *legislatives Unrecht*, wie er es zu nennen pflegte.⁷ 1973 wurde denn das Formgebot vom Gesetzgeber auf beide gegenseitigen Verpflichtungen erstreckt, auf die Veräußerung und den Erwerb von Grundeigentum. Das war deshalb zwingend, weil das Grundstücksgeschäft in Gestalt der Liegenschaft als Leistung und des Preises als Gegenleistung den Austausch gleichwertiger wirtschaftlicher Werte rechtlich einkleidet.

4 *Häsemeyer*, JuS 1980, I, 3.

5 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, I. Auflage, 1992, S. V.

6 *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 251 ff.; *ders.*, JuS 1980, I, 5 f.

7 *Häsemeyer*, JuS 1980, I, 8.

Beide, Verkäufer und Käufer, sind folglich seither vom BGB als schutzwürdig anerkannt.

Der Gesetzgeber hat 1973 aber übersehen, dass mit der Ausweitung des Formgebots auch die Heilungsmöglichkeit hätte erstreckt werden müssen. Nach dem Buchstaben des seither geltenden Gesetzes muss ein Käufer ein wertloses, etwa kontaminiertes Grundstück aufgrund eines ursprünglich nichtigen Kaufvertrages voll bezahlen, wenn es dem Verkäufer gelingt, das Eigentumsrecht formell zu überschreiben.

Häsemeyer hat in späteren Arbeiten immer wieder nachgezeichnet, zu welchen von ihm schon 1971 prophezeiten weiteren Verwerfungen derart widersinnige Gesetze führen: Es kommt nämlich zu Verfahren auf verschiedenen Ebenen – einstweiliger Rechtsschutz, Zivilprozess, Grundbuchrecht –, mit denen der Käufer zu verhindern sucht, im Grundbuch eingetragen zu werden, weil er sonst zahlen müsste.⁸

Im nationalchinesischen Zivilgesetzbuch vom Ende der 20er Jahre des letzten Jahrhunderts gab es trotz einer sonst starken Anlehnung an das BGB noch kein Formgebot für Grundstücksgeschäfte. Auf Taiwan, wo dieses Recht bis heute fort gilt, hat man 1999 im Rahmen einer kleinen Schuldrechtsreform aber die bei uns seit 1973 geltende Regel übernommen. Das Inkrafttreten wurde zunächst aufgeschoben, weil noch ein funktionsfähiges Notariat aufgebaut werden sollte. Das war zwingend, denn [Zitat *Häsemeyer*] „Geschäftsformen müssen praktisch verfügbar sein, wenn sie die Privatautonomie nicht behindern sollen.“⁹ Ob mittlerweile 170 Notare auf 23 1/2 Millionen Einwohner zureichen, mag man verschieden beurteilen. Jedenfalls hat der Legislative Yuan 2019 einen befreundeten Kollegen von der National Taipei University (NTPU) mit einem Gutachten beauftragt. Er plädiert für einen Formzwang, aber nicht im Sinne des BGB. Vielmehr hat er die 1971 von *Ludwig Häsemeyer* vorgeschlagene Lösung des Problems empfohlen.¹⁰

8 *Häsemeyer*, JuS 1980, 1, 5 f.

9 *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 209–211.

10 *You, Chin-Fa*, Das Gutachten und die Vorschläge zur Überarbeitung des § 166-1 TZGB (im Auftrag des taiwanischen Justizministeriums), Taipeh, 2020, bes. S. 46–48 und 51–53 <https://www.moj.gov.tw/media/6807/46720010318080ce01.pdf?mediaDL=true#page54> (letzter Abruf: 22.08.2022).

Seither sind wieder zweieinhalb Jahre ins Land gegangen. Dass auch jetzt nichts passiert ist, erklärte mir *Kuan-Ling Shen* so: Die Frage ist in Taiwan sehr komplex und beinhaltet Konflikte zwischen verschiedenen Interessengruppen. Dies geht über die Diskussion der Dogmatik hinaus. Gegenwärtig gibt es in Taiwan zwar bereits genügend private Notare. Aber immer mehr Leute, wie die Anwaltschaft, Bedienstete der Landverwaltung und Immobilienmakler, wollen ein Stück vom Kuchen abhaben und stemmen sich daher gegen das Inkrafttreten dieser Bestimmung.

So oder so: Der materielle Rechtszustand ist aus unterschiedlichen Gründen in Deutschland ebenso wie in Taiwan unbefriedigend. [Letztes Zitat *Häsemeyer*]: „Diese Zusammenhänge führen zu vielen nutzlosen Prozessen.“¹¹ Wie man diese mit *Häsemeyer* bewältigt, wird Ihnen jetzt Herr Kollege *Berger* auseinandersetzen.

¹¹ *Häsemeyer*, JuS 1980, 1, 6 Fn. 74.

2. Prozessrecht (Christian Berger)

Ludwig Häsemeyer hat das sein zivilrechtliches Denken prägende Grundverständnis des Zivilprozessrechts in dem auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 21.9.1987 in Innsbruck gehaltenen Vortrag „Prozeßrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts – Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtssätze“¹² dargelegt.

a)

Der zu entfaltende Leitgedanke lautet wie folgt: Materielle und formelle Rechtssätze sind nicht vertauschbar oder ersetzbar, sie weisen nicht nur einen „funktionellen“ Unterschied auf, sondern ihnen haftet ein „substantieller (oder qualitativer)“ Unterschied an.¹³

Materielles Recht ist durchweg auf Rechtsgewissheit konzipiert, es klammert den Streit um Geltung, Auslegung sowie rechtliche und tatsächliche Voraussetzungen aus.¹⁴ Es kann daher als widerspruchsfrei begriffen werden. Man ist Eigentümer allen gegenüber, und in allen rechtlichen Bezügen, was Unterlassung, Herausgabe, Schadensersatz usw. betrifft. Grundlage der Gewissheit ist die wechselseitige Anerkennung.

Die Gewissheit des materiellen Rechts wird im Streit aufgehoben. Die Anerkennung entfällt. Besondere Streitregeln müssen dieses Geltungsdefizit ausgleichen. Der rechtsförmige Streit ist daher unentbehrlich. Das lenkt den Blick auf die Rechtssätze des Prozessrechts. Prozessuale Rechtssätze müssen es erlauben, alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen eines streitigen Rechtsverhältnisses in Frage stellen zu können. Prozessrecht ist auf Ungewissheit hin konzipiert und für alle möglichen Ergebnisse offen.¹⁵

Um der Ungewissheit über ihre Voraussetzungen Rechnung zu tragen, suspendieren prozessuale Normen ihre Wirkungen, damit der Streit über ihre Voraussetzungen möglich ist: Im Streit um die Prozess(un)fähigkeit gilt der Prozessunfähigkeit als pro-

¹² AcP 188 (1988), 140.

¹³ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 141.

¹⁴ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 145.

¹⁵ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 146 f.

zessfähig, über Zuständigkeiten entscheidet das angegangene Gericht, das für diese Frage als zuständig anzusehen ist.¹⁶

Andererseits nähert sich das Zivilprozessrecht dem materiellen Recht an. Es fördert die erneute freiwillige Anerkennung des materiellen Rechtsverhältnisses. Daher die Gleichrichtung von Rechts- und Parteifähigkeit, die Gleichschaltung von Verfügungs- und Streitkompetenz und die prozessualen Ausprägungen der Privatautonomie bei Prozessvergleich, Erledigung, Anerkenntnis und Verzicht.

Aus dem Konzept der Ungewissheit als Merkmal formeller Rechtssätze ergeben sich für *Häsemeyer* drei Ableitungen:

b)

Eine erste Folgerung lautet: Formelle Rechtssätze können materielle Rechtssätze nicht vertreten.¹⁷ „Kein Prozessrecht ohne materielles Recht“.¹⁸

a.

Exemplarisch dafür steht § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Wortlaut spricht von der Möglichkeit des Eigentümers „auf Unterlassung (zu) klagen“. *Häsemeyer* betont den in der Norm mitgedachten materiellrechtlichen Anspruch. Der Unterlassungsklage liege ein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch zugrunde.¹⁹ Denn ohne Unterlassungsanspruch fehle den Beteiligten das gewisse – jedenfalls: vergewisserungsfähige – materielle Recht, über das sie sich insbesondere im Wege eines Vergleichs wechselseitig (wieder) verständigen können.

Auch Gestaltungsklagen liegt ein materielles Gestaltungsrecht zugrunde, nicht nur um außerstreitigem Verhalten „Rechtsrelevanz“ zu vermitteln, sondern auch um sicher zu stellen, dass – so *Häsemeyer* – fehlende Rechtsgewissheit durch Rechtskraft ersetzt werden könne.²⁰

¹⁶ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 147 f.

¹⁷ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 152.

¹⁸ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 152.

¹⁹ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 153.

²⁰ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 153 f.

Vor dem Hintergrund: „keine Klagerechte ohne materielles Recht“ sieht *Häsemeyer* in der Verbandsklage „einen Fremdkörper im Zivilrechtsschutz“.²¹ Verbände klagen – mit den Worten *Jauernigs* gesprochen – als „Funktionäre der Gesamtrechtsordnung“, nicht – wie *Häsemeyer* hervorhebt – auf der Grundlage materieller Rechte. Zentrale Streitbefugnisse wie materielle Dispositionen des Verbands – Klageverzicht gegen Entgelt? – bleiben daher ungeklärt. Abhilfe verspreche nur ein besonderes Verbandsklageverfahren.

b.

Zu modernen Formen „kollektiven Rechtsschutzes“ (etwa zum Musterfeststellungsverfahren) hat sich *Häsemeyer* nicht mehr äußern können. Die Musterfeststellungsklage (§ 606 Abs. 1 ZPO) stützt man auf Verbandsklagebefugnisse. Immerhin sind Gegenstand des Musterfeststellungsverfahrens tatsächliche und rechtliche Voraussetzungen materieller Rechte der Verbraucher. Insofern besteht eine materiellrechtliche Grundlage. Die Voraussetzungen prozessualer Dispositionen, die infolge Anerkennung zu gewissen materiellen Rechtsverhältnissen führen, werden modifiziert. Ein Vergleich bedarf der Genehmigung des Gerichts (§ 611 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Die Dispositionsbefugnis ist also eingeschränkt. Es fehlt eine Legitimationsbrücke für materielle Rechtswirkungen, verbunden mit einer Innenhaftung des musterklagenden Verbands gegenüber dem Verbraucher. Von *Häsemeyers* Ansatz aus – keine Klagebefugnisse ohne materielle Rechte – liegt es näher, kollektive Rechtsverfolgung im Wege der Abtretung materieller Ansprüche an Treuhänder und damit über das materielle Recht zu fördern.

c)

Eine weitere Folgerung von Ungewissheit als Merkmal formeller Rechtssätze ist die Annahme, dass formelle Rechtssätze nicht durch materielles Recht austauschbar sind, materielles Recht also nicht an die Stelle formeller Rechtssätze gesetzt werden darf.

Häsemeyer knüpft mit diesem Aspekt an seine 1979 erschienene Untersuchung zur „Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit“ an. Er kritisiert, dass die Ersatzhaftung für streitbedingte Einbußen an das Bestehen eines materiellen Rechts angebunden ist, nicht an das Streitverhältnis.

²¹ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 157.

Exemplarisch dafür steht die Erstattung vorprozessualer Kosten der Rechtsverfolgung und -verteidigung: hier werde der Kläger-Gläubiger bevorzugt, da er sich auf sein Recht beziehen könne, das der Beklagten-Schuldner durch „Bestreiten“ verletze, mit der Folge, dass der Kläger-Gläubiger Kosten der Rechtsverfolgung aus Verzug usw. liquidieren könne. Der Beklagten-Schuldner hingegen streite für ein Negativum: seine nicht bestehende Verbindlichkeit; ihm werde unzureichend mit Ansprüchen aus Fremdgeschäftsführung geholfen. Lücken im prozessualen Kostenerstattungsrecht dürften aber nicht geschlossen werden durch materiellrechtliche Ansprüche.²² Der Streit um Rechte sei etwas anderes als die Verletzung von Rechten. Beide Parteien trifft die mit dem Streit verbundene Ungewissheit gleichermaßen. „Das dem Klägerinteresse vollauf gleichwertige Interesse des Beklagten an der Feststellung des umstrittenen subjektiven Rechts und damit die prozessuale Chancengleichheit bleibe [...] auf der Strecke.“²³ Parteien müssen die Entscheidung treffen, ob sie streiten oder nachgeben wollen, und die Risiken jeweils selbst tragen.²⁴

Ein weiteres Beispiel mit „umgekehrten Vorzeichen“ bildet die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des Gläubigers, der ein vorläufig vollstreckbares Urteil vollstrecken oder eine einstweilige Verfügung vollziehen lässt, während der Schuldner, der die Leistung verweigert, jeweils nur verschuldensgebunden haftet (Verzug, Nichterfüllung). *Häsemeyer* sieht auch darin – mangels einer auf das Streitverhältnis bezogenen Haftung – die prozessuale Chancengleichheit gestört.²⁵

d)

„Materielle und formelle Rechtssätze sind aus ihrem je eigenen Kontext heraus zu interpretieren.“²⁶ Vor dem Hintergrund dieser dritten Folgerung, der Kontextbezogenheit materieller und formeller Rechtssätze, befasst sich *Häsemeyer* insbesondere mit der Deutung der materiellen Rechtskraft.

Materielle Rechtskraft führt zurück zur rechtsgewissen Anerkennung der Rechtsverhältnisse. Prozessrecht schaffe mit den Voraussetzungen für materielle Rechtskraft

²² *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 141.

²³ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 141.

²⁴ Kostenerstattungspflichten sollen wohl auf mutwillig geführte Verfahren begrenzt werden, *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 159.

²⁵ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 158.

²⁶ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 161 ff.

Strukturen, die die Wiederanerkennung des streitigen Rechtsverhältnisses als materielles, vergewisserungsfähiges Recht ermöglichen.²⁷

Vor diesem Hintergrund könnte man erwarten, dass *Häsemeyer* sich den Auffassungen anschließt, die materielle Rechtskraft als materiellrechtlichen Rechtssatz zu qualifizieren. *Häsemeyer* spricht indes nicht davon, dass Urteile Rechtsgewissheit schaffen, sondern Rechtsungewissheit durch Rechtskraft „ersetzen“.²⁸ Damit wird die materielle Rechtskraft an das Streitverhältnis und nicht an das materielle Rechtsverhältnis angebunden. Weil materielle Rechtskraft aus Rechtsungewissheit erwachsen ist, könne sie nicht Widerspruchsfreiheit zu anderen Rechtsverhältnissen der Parteien garantieren.²⁹ *Häsemeyer* betont dazu die engen objektiven und subjektiven Grenzen materieller Rechtskraft, welche die Privatautonomie streitspezifisch ausformen, da die Parteien wegen eines Streits über einzelne Punkte nicht ein ganzes Rechtsverhältnis vor den Richter zerren müssen.³⁰ Maßgeblich ist also nicht die durch Rechtskraft bewirkte Gewissheit, sondern die Kontextbezogenheit, die das prozessuale Rechtskraftverständnis trägt.

Die Kontextbezogenheit zeigt sich ferner bei Parteidispositionen wie dem Prozessvergleich. Weil das materielle Recht auch nach Klageerhebung fortbestehen, hafte dem Prozessvergleich, mit dem der Streit beendet und zugleich ein gewisses Rechtsverhältnis geschaffen werde, eine Doppelnatur an.

Hingegen seien Parteivereinbarungen, welche allein den Rechtsstreit dauerhaft ausschließen, ohne gewisses materielles Recht zu garantieren, nur beschränkt anzuerkennen. Die Wirksamkeit des prozessualen Klageausschlusses begründet man weiterhin unter Hinweis auf die Möglichkeit zum materiellrechtlichen Erlass³¹ oder stützt sie auf das Rechtsstaatsprinzip sowie den nicht verzichtbaren Charakter des Justizgewährungsanspruchs.³² *Häsemeyer* hingegen betont, man könne den Rechtsstreit nicht dauerhaft ausschließen, weil damit die Anerkennung gewissen materiellen Rechts nicht gefördert, sondern erschwert werde. Allerdings könne sich hinter einem Klageausschluss eine materiellrechtliche Disposition verbergen.

27 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 150.

28 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 153.

29 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 161 f.

30 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 162.

31 *Braun*, Zivilprozeßrecht, 2014, S. 75 f.

32 *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 23. Aufl. 2016, vor § 253, Rn. 129.

e)

Eine kurze Einordnung sei erlaubt: Primäres Anliegen der *Häsemeyer'schen* „Unge-
wissheitslehre“ ist es nicht, uns Maßstäbe für praktische Lösungen wie etwa für die
Frage der revisions- und kollisionsrechtlichen Abgrenzung materieller und prozessual-
er Rechtsnormen an die Hand zu geben.³³ Es geht ihm um spezifische Eigenschaf-
ten prozessrechtlicher Normen. *Häsemeyer* entfaltet seine Gedanken von der Unge-
wissheit als Bezugspunkt prozessualer Rechtssätze dazu im Kontext des Verhältnisses
des materiellen Zivilrechts zum Prozessrecht.

Nach der Trennung des materiellen Rechts vom Prozessrecht im 19. Jahrhundert hat
sich – befördert durch die Arbeiten von *Wolfram Henckel* – eine Phase der Rückbesin-
nung, wenn man so will, eine zivilrechtliche Gegenreformation angeschlossen, wel-
che die Gemeinsamkeiten von materiellem Recht und Prozessrecht unterstreicht, die
etwa im Gleichklang von Partei- und Rechtsfähigkeit oder von Prozessführungsbe-
fugnis und Verfügungsbefugnis zum Ausdruck kommt. Man betont eine „dienende
Funktion“ des Prozessrechts, welche die Verwirklichung materiellen Rechts beför-
dert. *Häsemeyer* hält diese Rückbesinnung für „grundsätzlich berechtigt“³⁴ und hebt
dazu hervor, Rechtsschutz müsse Kompetenzverteilungen des materiellen Rechts res-
pektieren.³⁵ Im Kern jedoch geht es *Häsemeyer* um den eigenständigen Charakter des
vom gewissen materiellen Recht zu unterscheidenden Streitverhältnisses und die mit
ihm verbundenen besonderen Gerechtigkeitserwägungen:

*„Man darf um sein Recht streiten, stört damit weder die öffentliche
Ordnung oder den sozialen Frieden, und man begeht nicht schon
deshalb eine Rechtsverletzung, weil man sich gegen behauptete sub-
jektive Rechte wehrt.“³⁶*

Der Streit ist zu unterscheiden von der Rechtsverletzung, er ist rechtlich kein Unrecht
und – so meine Deutung – moralisch nicht zu diskreditieren. Prozessrecht ermöglicht
ein die Streitparteien gleichberechtigt einbindendes Verfahren der Rechtsvergewisse-
rung mit der Chance zum Anerkenntnis. Es ist die Aufgabe der Rechtsordnung, den
Streit in rechtlich geordnete Bahnen zu lenken, die an einem spezifisch verfahrens-
rechtlichen Gerechtigkeitsideal auszurichten sind.

33 Obgleich Beweislastregeln auf Rechtsungewissheit ausgerichtet seien, könne man sie revisionsrechtlich oder internationalprivatrechtlich den materiellen Rechtssätzen gleichstellen, *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 165.

34 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 143.

35 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 161 mit Blick auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten.

36 *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 145 f.

3. Insolvenzrecht (Moritz Brinkmann)

a) Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger

Für die Entwicklung der konkurs- bzw. insolvenzrechtlichen Dogmatik kann *Häsemeyers* in KTS 1982, 507 ff. veröffentlichter Beitrag „Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger“ kaum hoch genug eingeschätzt werden, auch wenn die dort entfaltete Theorie – das große Wort ist hier ausnahmsweise einmal am Platz – gewiss nicht zum insolvenzrechtlichen *main stream* geworden ist. In dieser Abhandlung hat *Ludwig Häsemeyer* einen revolutionären Perspektivwechsel unternommen: Die Gleichbehandlung der Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger wurde und wird traditionell als Folge der Insuffizienz des Schuldnervermögens gedeutet. Die Gleichbehandlung der Gläubiger dient bei dieser Sicht primär dazu, das neuerdings sogenannte „Common-pool-Problem“ zu überwinden. *Häsemeyer* befreit den insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz von dieser recht pragmatischen Begründung als Einsicht in die Notwendigkeit einer Ordnungs- und Verteilungsregel bei unzureichendem Schuldnervermögen. Er geht davon aus, dass die konkurs- bzw. insolvenzrechtliche Gleichbehandlung die Konsequenz davon ist, dass die Gläubiger im Verhältnis ihrer Forderungsbeträge auf die Vermögenslage des Schuldners Einfluss genommen haben und daher einander in dessen Insolvenz auch mit ihren Forderungen wechselseitig haften.

In seiner unnachahmlichen Art auf wenige Zeilen verdichtet formuliert *Häsemeyer* dieses Konzept auf S. 517 der KTS 1982:

„Alle Konkursgläubiger können sich wechselseitig ihren Einfluss auf die Rechts- und Haftungsverhältnisse des Gemeinschuldners vorbehalten. Die Intensität dieses Einflusses entspricht der Höhe der jeweiligen Forderung. Die höhere Konkursforderung weist stets auf den größeren Einfluss, die folgenreichere Umsetzung im Vermögen des späteren Gemeinschuldners hin. Eine Rückrechnung auf nutzen- oder schadensstiftende Wirkungen der einzelnen Rechtsverhältnisse erscheint schon deshalb als ausgeschlossen, weil dafür allein die Entscheidungen des späteren Gemeinschuldners maßgebend waren. Führt man diese Grundlinien zusammen, so erscheint die Gläubigergleichbehandlung nach dem Verhältnis der Forderungsbeträge als das den wechselseitigen Gläubigereinfluss auf die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners ausgleichende Gerechtigkeitsprinzip. Man darf wohl auch im weitesten Sinne von einer wechselseitigen ‚Verantwortung‘ der Konkursgläubiger für die nicht vollständige Tilgung

aller Konkursforderungen sprechen, die nur durch wechselseitig – gleichmäßige Forderungskürzungen ausgeglichen werden kann.“

Die Perspektive wird also von der Passivseite – dem insuffizienten Schuldnervermögen – auf die Aktivseite verschoben. Darin liegt nicht weniger als ein Paradigmenwechsel, ja man könnte fast von einer Häsemeyer'schen Wende sprechen, denn es verändert das insolvenzrechtliche Weltbild, wenn man den Dreh- und Angelpunkt nicht beim Schuldnervermögen, also der Insolvenzmasse, sucht, sondern bei den Gläubigern und ihren Forderungen.

Einige der Konsequenzen dieses insolvenzrechtlichen Weltbilds sollen im Folgenden mit zwangsläufig sehr groben Strichen nachgezeichnet werden.

b) Die Konkursvorrechte

Am deutlichsten stehen die Konsequenzen der These von der wechselseitigen Ausgleichshaftung vor Augen, wenn man sich die Frage vorlegt, unter welchen Voraussetzungen Befriedigungsvorrechte zu Gunsten bestimmter Gläubigergruppen gerechtfertigt sein können. Häsemeyers Theorie verdeutlicht, dass es hierbei nicht um eine Frage der *iustitia distributiva* geht. Der Gesetzgeber kann also Insolvenzvorrechte nicht nach Belieben bzw. aus sozialpolitischen Erwägungen gewähren. Vielmehr sind etwaige Vorrechte aus dem Verhältnis der Gläubiger zueinander zu entwickeln. Es handelt sich mit anderen Worten um eine Frage, die der *iustitia commutativa* zuzuordnen ist.³⁷ Weil die Begründung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Häsemeyer darin liegt, dass alle Gläubiger mit ihren Forderungen auf das Vermögen des Schuldners entsprechend der jeweiligen Forderungsbeträge Einfluss genommen haben, kann ein Gläubiger nur dann für sich in Anspruch nehmen, dass seine Forderung von der wechselseitigen Ausgleichshaftung ausgenommen bleibt, er also ein Vorrecht genießen soll, wenn ein „besonderer konkursrechtlicher Enthafungsgrund“³⁸ besteht.

An einem solchen fehlt es beispielsweise für das Fiskusprivileg, das der Gesetzgeber im Jahr 2010 in § 55 Abs. 4 InsO geschaffen hat. Diese im Jahr 2021 noch einmal erweiterte Vorschrift enthält eine Fiktion, nach der Ansprüche des Fiskus auf Auskehr von Umsatzsteuer, die während des Eröffnungsverfahrens entstanden sind, Masseverbindlichkeiten sind. Als solche sind sie vor den Insolvenzforderungen zu

³⁷ Häsemeyer, KTS 1982, 507, 517.

³⁸ Häsemeyer, KTS 1982, 507, 529.

befriedigen. Diese Regelung erlaubt es dem Fiskus, seine Forderung der wechselseitigen Ausgleichshaftung zu entziehen, obwohl hierfür im Verhältnis zu den anderen Gläubigern jeder Grund fehlt. Die Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung entlarvt § 55 Abs. 4 InsO als dogmatisch nicht haltbar, was für *Häsemeyer* immer auch ein Indiz der sachlichen Unangemessenheit war.

Zu einer anderen Konsequenz der wechselseitigen Ausgleichshaftung: Dieser sind die Gläubiger nach *Häsemeyer* wie schon angedeutet deshalb unterworfen, weil sie alle mit ihren Forderungen Einfluss auf das Vermögen des Schuldners genommen haben. Um diese Einflussnahme der Gläubiger zu beschreiben, verwendet *Häsemeyer* den Begriff der „Umsetzungen“³⁹. Hiermit bezeichnet er das Phänomen, dass etwa die überlassene Darlehensvaluta die Vermögens- und Haftungsverhältnisse des Schuldners vielfältig verändert, indem die Mittel beispielsweise für neue Investitionen oder Umschuldungen verwendet werden. Insofern wirke jeder Kredit auch auf die Rechtspositionen der anderen Gläubiger ein, die auf diese Weise wechselseitig ihre Positionen beeinflussen. Doch auch unfreiwillige Gläubiger, wie etwa Arbeitnehmer oder auch die Opfer einer Vermögensstrafat des Insolvenzschuldners, hätten mit ihren Forderungen auf die Haftungsverhältnisse des Schuldners Einfluss genommen und unterlägen daher zu Recht der wechselseitigen Ausgleichshaftung.⁴⁰

Ich habe mich immer gefragt, ob sich dies auch für Gläubiger halten lässt, bei denen ausgeschlossen ist, dass ihre Forderungen ursächlich waren für Umsetzungen im Vermögen des Schuldners. Zu denken ist etwa an Schadensersatzansprüche wegen einer Körperverletzung durch den späteren Insolvenzschuldner. Aus solchen Handlungen hat der deliktisch handelnde spätere Insolvenzschuldner nichts erlangt, was in seinem Vermögen später umgesetzt worden sein könnte. Insofern könnte *Häsemeyers* Ansatz die immer wieder formulierte Forderung nach einem Vorrecht für bestimmte Deliktsgläubiger dogmatisch legitimieren. Und in der Tat erscheint es auch wertungsmäßig durchaus überzeugend, denjenigen, der dem späteren Insolvenzschuldner ungesichert Kredit gewährt hat, anders, nämlich schlechter zu behandeln, als denjenigen, der Opfer einer schuldhaften Körperverletzung geworden ist.⁴¹ *Häsemeyer* selbst hat diese Konsequenz freilich nie gezogen. Sehr deutlich hat er sich allerdings dagegen ausgesprochen, dass durch die Regelung der Ersatzaussonderung die Veräußerung von Aussonderungsgut, die der Schuldner vor Verfahrenseröffnung vornimmt

39 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 517 et passim.

40 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 563.

41 Vgl. nur *G. Wagner*, in: FS für Gerhardt, 2004, S. 1043 ff.

(§ 48 S. 1. Var. 1 InsO), gegenüber anderen Eingriffen in fremde Vermögenssphären, die nur Insolvenzforderungen begründen, privilegiert wird.⁴²

Ich möchte versuchen, die Deutungsmächtigkeit der Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung noch an zwei anderen Beispielen zu verdeutlichen.

c) Die Anfechtung kongruenter Deckungen

Dies ist zum Ersten die besondere Insolvenzanfechtung und hier insbesondere die Anfechtung kongruenter Deckungen. Die besondere Insolvenzanfechtung hat zur Folge, dass ein Gläubiger Befriedigungen oder Sicherungen zur Masse zurückgewähren muss, die er vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens für seine Forderung erhalten hat. Vor dem Hintergrund, dass der Gläubiger insbesondere im Fall der sogenannten kongruenten Deckung exakt das bekommt, was ihm im Verhältnis zum Schuldner zusteht, ist das bemerkenswert. Denn dass der Anfechtungsgegner kraft der besonderen Insolvenzanfechtung etwas zurückgeben muss, was ihm im Verhältnis zum Schuldner gebührt, lässt sich nicht erklären, wenn man nur das zweiseitige Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger in den Blick nimmt. Und auch der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz genügt zur Erklärung nicht, wenn man diesen nur als Instrument zur Überwindung der Probleme versteht, die sich auch bei einer begrenzten Vorratsschuld ergeben, dass nämlich die Haftungsmasse nicht zur vollständigen Befriedigung aller Forderungen hinreicht. Denn bei dieser auf das Haftungssubstrat beschränkten Sichtweise fällt es schwer, eine Erklärung dafür zu finden, dass Gläubiger, die vor Verfahrenseröffnung vollständige Befriedigung erhalten haben, den anderen Gläubigern das Erhaltene zur Verfügung stellen müssen. Die besondere Insolvenzanfechtung setzt mit anderen Worten voraus, dass die Gläubiger einander zur Herstellung von Gleichbehandlung verpflichtet sind, wie *Häsemeyer* es formuliert.⁴³ Diese Pflicht ergibt sich eben aus der materiell zu verstehenden⁴⁴ wechselseitigen Ausgleichshaftung mit den Insolvenzforderungen. Gläubiger, die vor Verfahrenseröffnung noch Deckung für ihre Forderung erhalten haben, sind mit ihren Forderungen in diese Ausgleichshaftung einzubeziehen, weil auch sie mit ihren Forderungen auf die Haftungsverhältnisse des Schuldners Einfluss genommen haben. Sie haben daher die durch die erhaltene Deckung erlangte Enthaltung ihrer Forderung im Verhältnis zu den anderen Gläubigern zu Unrecht empfangen, sodass

42 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 11.19 f.

43 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 526.

44 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 533; *ders.*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 2.33.

sie ihre Forderung nach Rückgabe des Erlangten in die Ausgleichshaftung einbringen müssen. Dass das Gesetz dabei in Form der Anfechtungsfristen der zeitlichen Rückwirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes Grenzen zieht, beruhe auf dem Grundsatz „*quieta non movere*“ und sei insofern dem Verkehrsschutz geschuldet.⁴⁵

Sucht man mit *Häsemeyer* die Begründung der besonderen Insolvenzanfechtung in der wechselseitigen Ausgleichshaftung der Insolvenzgläubiger, dann bedeutet dies auch, dass eine Anfechtung ausscheiden muss, wenn von ihr nur Massegläubiger oder aussonderungsberechtigte Gläubiger profitieren würden. Denn nur die Insolvenzgläubiger sind untereinander durch die wechselseitige Ausgleichshaftung verbunden. Wenn also etwa ein Insolvenzgläubiger vor Verfahrenseröffnung befriedigt wurde, indem der Schuldner ihm eine Sache übereignet hatte, an der er nur treuhänderisches Eigentum hatte, dann kann diese Übereignung nicht angefochten werden, denn von ihr würde nur der Treugeber als aussonderungsberechtigter Gläubiger profitieren.⁴⁶ Entsprechend liegt es nach *Häsemeyer* im Fall der Masseunzulänglichkeit. Nachdem Masseunzulänglichkeit angezeigt wurde, muss eine Anfechtung ausscheiden, weil und sofern feststeht, dass von ihr nur die Massegläubiger profitieren würden.⁴⁷ Richtig ist aber auch, dass bei der Beurteilung, ob eine hinreichende Masse vorliegt, ob also Masseunzulänglichkeit angezeigt werden muss, Anfechtungsansprüche sehr wohl als Teil der Aktivmasse anzusetzen sind.⁴⁸ Denn *Häsemeyers* Auffassung bedeutet ja nicht, dass die Beträge, die im Wege der Anfechtung zur Masse gezogen werden können, dort nicht für die Befriedigung von Masseverbindlichkeiten eingesetzt werden können. Denn haftungsrechtlich gehört das anfechtbar Weggegebene noch zur Insolvenzmasse und haftet daher den Massegläubigern, darf also auch im Rahmen der Prüfung des § 26 InsO angesetzt werden.

d) Verteilungsfehler

Ein weiterer Fall, an dem sich die Deutungskraft der Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung zeigen lässt, ist die Problematik, wie mit Zahlungen umzugehen ist, die ein Insolvenzgläubiger nach Verfahrenseröffnung über die ihm zustehende Insolvenzquote hinaus erhalten hat. Dass es für solche Zahlungen trotz des Bestehens einer entsprechenden Forderung tatsächlich an einem Rechtsgrund fehlt,

45 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 559.

46 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.20.

47 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.25; *ders.* in FS für Gerhardt, 2004, S. 341, 358.

48 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 7.28.

leuchtet erst ein, wenn man erkennt, dass die Insolvenzforderung durch die Ausgleichshaftung im Verhältnis gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern auf die Insolvenzquote gekürzt ist.⁴⁹ Überzahlungen sind daher rechtsgrundlos erlangt, obwohl in Gestalt der Forderung gegen den Schuldner ein Rechtsgrund in diesem Verhältnis gegeben ist. Auch dies verdeutlicht, dass die Ausgleichshaftung der Insolvenzgläubiger materiellrechtlich zu verstehen ist.

e) Die Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung als Reibungs- und Orientierungspunkt

Einerseits kann die Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung also zahlreiche Institute des geltenden Insolvenzrechts deuten und die Abschaffung der Vorrechte,⁵⁰ wie sie mit der Schaffung der Insolvenzordnung ganz weitgehend erfolgte, dogmatisch legitimieren. Andererseits lässt sich nicht bestreiten, dass sie gravierende Schwierigkeiten hat, die für die Verteilung der Masse zentrale „unbeschränkte Insolvenzbeständigkeit“ dinglicher Sicherungsrechte zu erklären.

Wenn die Gläubiger miteinander durch eine materiellrechtliche Haftung verbunden sind, weil sie alle über ihre Forderungen Einfluss auf das Vermögen des Schuldners als dem primären Haftungssubstrat genommen haben, dann leuchtet nicht ein, wieso sich ein einzelner Gläubiger durch die Vereinbarung einer Kreditsicherheit mit dem Schuldner von dieser wechselseitigen Ausgleichshaftung soll freizeichnen können. Das Bonmot des amerikanischen Kollegen *Lynn LoPucki* „Secured credit is an agreement between A and B that C may take nothing“⁵¹ bringt diese Effekte auf den Punkt. Nach der *Häsemeyer'schen* Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung lassen sich diese Externalitäten dinglicher Sicherheiten dogmatisch nicht hinreichend mit der Privatautonomie des Schuldners erklären. Denn die Bestellung einer Sicherheit entzieht die Forderung des gesicherten Gläubigers der Ausgleichshaftung gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern. Weil die Sicherheit insofern materiellrechtliche Wirkungen gegenüber Dritten erzeugt, müssen die Begründungen für diese Wirkungen auch im Verhältnis der Gläubiger zueinander gesucht werden und können eben nicht in der Privatautonomie des Schuldners gefunden werden. Solche Begründungen zu finden, fällt außerordentlich schwer, zumal wenn es sich um „heimliche“

49 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 7.65.

50 Die dogmatische Unhaltbarkeit der alten Vorrechtsordnung führt *Häsemeyer* in KTS 1982, 507, 559 ff. eindrucksvoll vor Augen.

51 LoPucki, 'The Unsecured Creditor's Bargain' (1994) 80 *Virginia Law Review* 1887, 1899.

Sicherungsrechte handelt, die nicht einmal solchen Gläubigern erkennbar sind, die ihre Forderung erwerben, nachdem der Schuldner die Sicherheit bestellt hat. Nun sind aber solche publizitätslosen Sicherheiten in Form von Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung seit mittlerweile fast 130 Jahren ein von Rechtsprechung und Gesetzgebung akzeptiertes Instrument der deutschen Kreditwirtschaft. Hier stehen wir vor der Grundfrage, ob es die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, eine Theorie zur Erklärung der Praxis zu liefern oder ob sich umgekehrt die Praxis der Theorie anpassen muss. Rechtswissenschaft darf sich, wenn sie Wissenschaft sein will, nicht mit der Erklärung des Rechts in seiner Anwendung durch die Praxis begnügen. Ihr Ziel muss es sein, durch das Aufdecken sowohl von Zusammenhängen als auch von Widersprüchen, Defizite des status quo offenzulegen und Alternativen zu entwickeln. Dass also *Häsemeyers* Theorie die unbeschränkte Insolvenzfestigkeit insbesondere publizitätsloser Sicherheiten nicht erklären kann, spricht insofern nicht gegen die Theorie, sondern lässt sich als Aufruf verstehen, diese Institute zu hinterfragen und Alternativen zu entwickeln, die solche Widersprüche nicht aufwerfen.

Die in KTS 1982, 507 ff. entwickelte Lehre von der wechselseitigen Ausgleichshaftung liefert gerade wegen ihrer Sperrigkeit eine unerschöpfliche Quelle solcher Reibungspunkte und Herausforderungen, die sämtliche Fragen betreffen, die Berührung zum insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben. Neben den schon angesprochenen seien als weitere Beispiele genannt die gegenseitigen Verträge, die Insolvenzfestigkeit von Aufrechnungslagen, das Bargeschäftsprivileg sowie das Feststellungs- und das Verteilungsverfahren. In seinem großen Lehrbuch zum Insolvenzrecht⁵², das im Grunde eine Monographie ist, hat *Häsemeyer* diese Folgen im Einzelnen entfaltet. Dass die dort gegebenen Anstöße auch heute noch wirkmächtig sind, wird dadurch belegt, dass das Werk nach wie vor regelmäßig in der höchststrichterlichen Rechtsprechung zitiert wird.⁵³ In einer Zeit, in der die online verfügbaren Kommentare den Ton angeben, ist das schon bemerkenswert. Herr *Häsemeyer* wäre hierauf vermutlich zu Recht stolz gewesen, hätte das aber allenfalls durch eine ironische Bemerkung oder sein verschmitztes Lächeln gezeigt.

Beides vermissen wir mindestens ebenso sehr wie seinen dogmatischen Scharfsinn.

52 Insolvenzrecht, 1. Aufl. 1992, 2. Aufl. 1998, 3. Aufl. 2003, 4. Aufl. 2007.

53 S. etwa BGH, Urteil vom 27. Januar 2022 – IX ZR 44/21, NJW 2022, 2114 Rn. 26; BGH, Urteil vom 25. März 2021 – IX ZR 70/20, NJW 2021, 1538 Rn. 36.

III. Bisher unveröffentlichte Schriften Häsemeyers

1. Der Vertragsschluß*

a)

Über den Vertragsschluß sprechen, heißt zugleich über Verträge sprechen: je größer die Bedeutung der Verträge in einem Privatrechtssystem, desto zahlreicher auch die Fragen, die sich an den Vertragsschluß knüpfen. Nun steht trotz mancher gegenläufiger Tendenzen der Vertrag immer noch im Mittelpunkt unseres Privatrechts. Zwar werden zunehmend gleichförmige Leistungen (Waren, Dienste, Werkleistungen) angeboten, aber die Entscheidung, ob man sie in Anspruch nehmen soll, bleibt dem einzelnen Konsumenten überlassen, und für die Preisbestimmung scheinen sich die Entscheidungsspielräume derzeit eher wieder zu erweitern. Ferner gibt es wichtige Bereiche des Privatrechtsverkehrs – ich nenne nur den Grundstückserwerb oder die Gründung von Gesellschaften – in denen die Entscheidung über das Ob und das Wie rechtlicher Regelungen ausschließlich dem individuellen Aushandeln, also dem Vertrag überlassen ist.

Privatrecht entsteht also – wenn auch aufgrund positivrechtlicher Garantien – vielfältig und unablässig durch Verträge. Daß es sich um verbindliches Recht handelt und nicht um folgenlose Wohlverhaltensbeteuerungen, wird spätestens sichtbar, wenn sich ein Vertragspartner nicht abdegerecht verhält. Er wird notfalls mit staatlicher Hilfe gezwungen, sein Wort zu halten, muß also erfahren, daß er sich mit dem Vertrag einer rechtlichen Sonderordnung unterworfen hat, die seinen zuvor freien Willen beschränkt und dem anderen Vertragspartner ein Stück Herrschaft über ihn zuweist.

Freilich knüpft die Rechtsordnung auch an anderes, insbesondere auch an nicht gesteuertes menschliches Verhalten verbindliche Rechtsfolgen: Wer einen anderen rechtswidrig-schuldhaft schädigt, muß ihm Schadensersatz leisten, und dies gilt auch dann, wenn sein Verschulden in Fahrlässigkeit besteht, wenn er also die gebotene Steuerung seines Verhaltens gerade unterlassen hat. Oder es sei an die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß (*culpa in contrahendo*) erinnert, die ihre Grundlage nicht in dem späteren Vertragsschlusse hat, sondern schon mit der Aufnahme von

* Vortrag beim gemeinsamen Seminar der juristischen Fakultäten der Universitäten Heidelberg und Montpellier (vor 1985).

Vertragsverhandlungen besondere wechselseitige Pflichten zur Rücksichtnahme unter den Vertragspartnern begründet. Privatrechtsverhältnisse entstehen also nicht nur mit dem Willen des Beteiligten, sondern auch ohne oder sogar gegen ihn.

Fragt man deshalb nach dem Spezifikum der verbindlichen privatrechtlichen Regelung durch Vertrag, so muß man zugleich den Rechtsgrund und die Rechtsfolgen vertraglicher Verbindlichkeit ins Auge fassen. Der Rechtsgrund ist charakterisiert durch die – jedenfalls idealiter bestehende – Übereinstimmung des gemeinsamen Willens der Vertragspartner mit den intendierten Rechtsfolgen, oder, anders ausgedrückt, die Rechtsfolgen beruhen auf der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung (Privatautonomie) der Vertragspartner. Diese Rechtsfolgen können nun nur durch Vertrag begründet werden, sodaß von der Rechtsfolgenseite her betrachtet der Vertrag als ein Instrument exklusiver Privatrechtsregelung zu kennzeichnen ist. Wir greifen als anschaulichstes Beispiel den „gegenseitigen“ Vertrag heraus, worin beide Vertragspartner wechselseitig zweckhaft aufeinander bezogene Leistungen versprechen (do ut des). Nur durch einen Vertrag können wechselseitige Leistungen in einen derartigen funktionellen Zusammenhang gebracht werden, der die Abwicklung des Vertragsverhältnisses und auch noch etwaige daraus erwachsende Schadensersatzansprüche beherrscht. Vertragsverletzungen erlauben dem vertragstreuen Partner, seinen Schaden wahlweise nach der Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung oder unter Rücktausch der empfangenen Leistungen zu bestimmen. Ähnliches begegnet bei kraft Gesetzes entstehenden Schuldverhältnissen nicht, wie überhaupt aus ihnen nur auf das sog. „negative Interesse“ oder „Vertrauensinteresse“ und nicht auf das „positive Interesse“ oder „Erfüllungsinteresse“ gehaftet wird. Wer seinen Schaden unter der Hypothese korrekter Erfüllung berechnen will, muß allemal einen gültigen Vertrag vorweisen können. Dafür sei an das elementare Beispiel erinnert, daß der Käufer eines Grundstücks, dem infolge Nichtleistung seitens des Verkäufers der Gewinn aus einem Weiterverkauf entgeht, diesen Gewinn nur dann als Schadensposten einsetzen darf, wenn sich der Kaufvertrag als gültig erweist. Sonst kann er allenfalls die – nunmehr nutzlos gewordenen – Aufwendungen für den Vertragsschluß wie Fahrtkosten, Maklerprovision und dergleichen geltend machen.

Diese Exklusivität des Vertrages nötigt nun zu einer präzisen Erfassung des Vertragsschlusses. Insbesondere ist zu fragen, unter welchen Voraussetzungen die Vertragshaftung (als Haftung auf Erfüllung oder ggf. Schadensersatz wegen Nichterfüllung) eintritt und im erfüllungsrelevanten Bereich die auf Ersatz des Vertrauensschadens begrenzte Haftung aus culpa in contrahendo verdrängt. Der Vertragsschluß bildet insofern eine gewichtige Zäsur. Dieses Gewicht kann ihm nur zukommen, weil er zugleich Geltungs- und Verständigungsakt ist: Geltungsakt insofern, als die Ver-

tragspartner kraft der ihnen gesetzlich garantierten Privatautonomie einer für sie verbindlichen Sonderordnung Rechtsgeltung verschaffen wollen; Verständigungsakt insofern, als diese Sonderordnung nur aus einer wechselseitig- einverständlichen Selbstbeschränkung, nämlich mittels Unterwerfung unter den Willen des jeweils anderen, entstehen kann. Im Vertragsschluß sind also die Rechtsgeltungs- und die Verständigungskomponente untrennbar miteinander verbunden.

a.

Die Rechtsgeltungsproblematik des Vertragsschlusses wird mit der herkömmlichen Unterscheidung zwischen „Willens“erklärungen und „Wissens“erklärungen nur unvollkommen bezeichnet. Daß Wissenserklärungen, wie Auskünfte über tatsächliche Verhältnisse, keinen Vertrag hervorbringen, braucht nicht besonders betont zu werden. Die Probleme liegen an anderer Stelle: Wann wird beispielsweise bei umfangreicheren Vorverhandlungen jener kritische Punkt erreicht, an dem das Vertragswerk im ganzen oder in selbständig bestandsfähigen Teilen in Geltung gesetzt wird? Darf man sich dann auf das Fehlen eines Rechtsgeltungswillens berufen, oder führt allein schon ein vertrauensbildendes Verhalten zu einer entsprechenden Rechtsgeltung?

b.

Der Zusammenhang dieser Fragen mit der Verständigungskomponente im Vertragsschluß liegt auf der Hand: Vorverlegte Rechtsgeltung tut nicht nur dem Parteiwillen Zwang an, sondern erschwert auch den Verständigungsprozeß. Wer befürchten muß, schon infolge von Teilverständigungen am intendierten Gesamtvertrag festgehalten zu werden, wird seinen Vertragspartner möglichst lange über die eigene Verständigungsbereitschaft im unklaren lassen. Umgekehrt soll die „Verständigung“ auch nicht zu einer Rechtsgeltung auf brüchiger Grundlage mißbraucht werden: „vereinbarte Dissense“ mögen in völkerrechtlichen Verträgen eine gewisse Berechtigung haben. In dem mit staatlichem Zwang bewehrten Privatrecht sind sie jedenfalls fehl am Platz, wenn nicht der Vertragsschluß in ein von wechselseitigem Mißtrauen begleitetes Glücksspiel ausarten soll.

In der Mitte stehen die – praktisch häufigsten – Fälle, in denen die Vertragspartner zwar – redlich – im Rechtsgeltungswillen übereinstimmen, aber nur, weil sie zu einer in Wahrheit noch nicht erzielten Verständigung gelangt zu sein glauben. Auch hier ergeben sich schwierige Zurechnungsprobleme.

Rechtsgeltungs- und Verständigungskomponente im Vertragsschluß stehen also in einem eigentümlichen Spannungsverhältnis, das seinerseits rechtlich bewältigt, möglichst aufgelöst, jedenfalls aber auf ein sozial-verträgliches Maß reduziert werden muß. Die einschlägigen Regeln sind – nicht eben zum Nutzen der Materie – im geltenden Recht getrennt, weil der Vertrag – mechanistisch – als Ergebnis zweier „Willenserklärungen“ verstanden wird. Deshalb faßt das BGB unter dem Titel „Vertrag“ (§§ 145 ff. BGB) nur äußerlich die Vorschriften über den Vertragsschluß, den Dissens und die Vertragsauslegung zusammen. Der innere Zusammenhang insbesondere zwischen dem Rechtsgeltungswillen der Kontrahenten und der vertraglichen Rechtsregelung wird nicht sichtbar, weil die Folgen von „Willensmängeln“ für alle „Willenserklärungen“ im zweiten Titel geregelt sind, ebenso wie die für Verträge geltenden besonderen Formerfordernisse.

b)

Wir wenden uns zunächst der Regelung des Vertragsschlusses als äußeren Vorganges (oder Verfahrens) zu:

a.

Die Konzeption des BGB ist bestimmt von dem Ziel, den Kontrahenten möglichst viel Rechtssicherheit für den Vertragsschluß zu bieten. Hierfür wird der Vertragsschluß aufgegliedert in einzelne Verfahrensabschnitte, die schrittweise die Bindung der Kontrahenten bewirken sollen. Der Vertrag besteht aus zwei Willenserklärungen, dem „Antrag“ (§ 145 BGB) und der „Annahme“ (§ 146 ff. BGB). Der Antrag bietet den Vertragsschluß an, die Annahme perfektioniert den angebotenen Vertrag.

Soll nach dieser mechanistischen Auffassung schon der Antrag Rechtssicherheit gewährleisten, so muß er bestimmt sein: Er muß zumindest die Vertragsart (den Schuldvertrag und dessen Typus oder auch den abstrakten dinglichen Vertrag) bezeichnen, ferner den Vertragsgegenstand (die zu kaufende Sache, die zu mietende Wohnung, das zu übereignende Grundstück); ferner muß in der Regel auch der Vertragspartner bezeichnet werden, wenngleich es Anträge gibt, die sich an einen unbestimmten Personenkreis wenden („offerta ad incertas personas“). Der Antrag muß also, um es als Faustregel zu formulieren, so bestimmt sein, daß der Adressat ohne eigene Erläuterungen oder Klarstellungen, also mit der bloßen Erklärung: „ich nehme an“ den Vertrag zustandebringen kann. Nur unter dieser Voraussetzung kann der

Antrag die ihm vom Gesetz zugedachte – noch näher zu behandelnde – Bindungswirkung (§ 145 BGB) entfalten.

Die Annahme gewinnt dann ihre Bestimmtheit durch Bezugnahme auf den Antrag. Sie muß sich also mit dem Antrage decken, damit es unter dem Geltungs- und Verständigungsaspekt zu einer vertraglichen Regelung kommt. Deshalb gilt eine modifizierte „Annahme“ als neuer Antrag unter gleichzeitiger Ablehnung des ersten Antrages (§ 150 Abs. 2 BGB); diesen neuen „Antrag“ kann dann wieder der Erstantragende annehmen. Der Akzent dieser Regelung liegt auf der zwingenden Ablehnung des Erstantrages; die gleichfalls betroffene Dissensproblematik wird hier eher verharmlost.

Antrag und Annahme müssen erklärt werden. Für den Antrag folgt dies schon aus dem Bestimmtheitserfordernis, für die Annahme daraus, daß sie die Einigung der Vertragspartner herstellen soll. Indes bildet die – ausdrückliche oder schlüssige – Erklärung der Annahme nur die Regel. Der Satz, daß Schweigen auf den Antrag dessen Ablehnung bedeute, hat niemals ohne Ausnahme gegolten und ist eigentlich der Auslegungsproblematik zuzurechnen. Gleichwohl enthält das BGB für den Vertragsschluß eine entsprechende, von der Auslegungsregel (§ 157 BGB) getrennte Vorschrift: Gem. § 151 BGB kann auf die Erklärung der Annahme verzichtet werden; sie ist ferner entbehrlich, falls sie nach der Verkehrssitte (Beispiel: Bestellung eines Hotelzimmers, Benutzung unverlangt zugesandter Waren) oder nach den Geschäftsbeziehungen der Beteiligten (Beispiel: von zur Ansicht zugeschickten Büchern behält der Empfänger jeweils die Exemplare, zu deren Kauf er sich entschlossen hat) nicht erwartet werden kann. Dann soll der Vertrag durch eine bloße „Willensbetätigung“ in der Sphäre des Adressaten zustande kommen.

Der solcherart aufgegliederte Vertragsschluß soll nun eine befristete Bindung an den Antrag erlauben, deren Beginn und Ende in den §§ 146 ff. BGB teilweise recht kompliziert geregelt worden ist. Diese Bindung soll in der Regel, d. h. mangels Ausschlusses im Einzelfall, automatisch eintreten mit dem Zugang des Antrags beim Adressaten (§ 130 BGB). Sie geht entweder mittels Annahme in die endgültige vertragliche Bindung über, oder sie erlischt unter unterschiedlichen Voraussetzungen, je nachdem, ob der Antrag einem anwesenden oder einem abwesenden Adressaten erklärt wird: Für den Antrag unter Anwesenden und den ihm gleichgestellten Antrag mittels Fernsprechers enthält § 147 Abs. 1 BGB die wenig glücklich gefaßte Auslegungsregel, daß sich der Antragende nur für die Dauer des Gesprächs mit dem Adressaten gebunden halten wolle. Selbstverständlich sind abweichende Erklärungen möglich und üblich. Anträge unter Abwesenden sind entweder fristgebunden (§ 148 BGB) oder gelten für eine „angemessene“ Zeit (vgl. § 147 Abs. 2 BGB), die dann – der erstrebten Rechts-

sicherheit wenig zuträglich – aus den Beförderungszeiten für den Antrag und die Annahme sowie einer Bedenkzeit für den Adressaten berechnet werden muß.

Bei nicht rechtzeitiger Annahme „erlischt“ der Antrag (§ 146 BGB); genauer müßte es heißen, daß der Antragende nun nicht mehr gebunden ist. Für die rechtzeitig abgesendete, aber verspätet zugegangene Annahmeerklärung enthält § 149 BGB eine besondere, wiederum mit der Vertragsauslegung in engem Zusammenhange stehende Zurechnungsregel: Zeigt der Antragende die Verspätung nicht unverzüglich an, so kommt der Vertrag trotz der Verspätung noch zustande.

b.

Überblickt man diese Regelung im ganzen, so muß man zweifeln, ob sie dem Vertragsschluß wirklich zu größerer Rechtssicherheit verhilft. Eine Strukturierung des Vertragsschlusses, die es rechtfertigen könnte, den Antragenden stets an seine Offerte zu binden, scheint mir weder gefunden noch erreichbar. Die Bindungsproblematik wird zwar dadurch entschärft, daß der Antragende die Bindung ausschließen darf (§ 145 BGB), und hierfür mag ihm in Zweifelsfällen wiederum die Vertragsauslegung zu Hilfe kommen. Klauseln wie „freibleibend“, „ohne Obligo“, „ohne Verbindlichkeit“, „Widerruf vorbehalten“, schließen die Bindung an den Antrag aus. Was aber dieser Ausschluß eigentlich bedeutet, kann von der Konzeption des BGB her nicht widerspruchsfrei erklärt werden:

Entweder wertet der Ausschluß die Offerte ab zur folgenlosen Anpreisung (*invitatio ad offerendum*); damit wird indes die mechanistische Vertragsschlußstruktur des BGB zerstört: mangels bindender Offerte ist nicht einsichtig, weshalb nun die „Annahme“erklärung des „Adressaten“ zum bindenden Antrag werden soll. So bleibt nur die Vorstellung zweier unverbindlicher Erklärungen, womit sich die besonderen Regelungen über „Antrag“ und „Annahme“ erübrigen. Oder man hält den Antragenden – trotz des Ausschlusses der Bindung (!) – für so lange gebunden, bis er seinen Antrag widerruft; das scheint zwar dem Leitbild des BGB zu genügen, verwischt aber die Grenzen zwischen der Bindung an den Antrag vor Vertragsschluß und der durch den Vertragsschluß selbst bewirkten Bindung. Kennzeichnend hierfür sind die Schwierigkeiten, die genannten Klauseln wie „freibleibend“, „Widerruf vorbehalten“ etc. präzise auszulegen: sie können nämlich auch so verstanden werden, daß nicht allein die Bindung an den Antrag, sondern auch die an den perfektionierten Vertrag, etwa durch Vorbehalt eines vertraglichen Rücktrittsrechts, ausgeschlossen sein soll.

In diesen Fällen ist man allenfalls insoweit an den Vertragsantrag gebunden wie später an die Einigung. Damit nähern wir uns der entscheidenden und vom BGB nicht bewältigten Frage, in welchem Verhältnis die vorgeblich angeblich regelmäßig eintretende Bindung an den Vertragsantrag zu der hernach durch die Einigung bewirkten Bindung steht.⁵⁴ Gewiß hat der Antrag nicht weiterreichende Wirkungen als der intendierte Vertrag selbst, weil er diesen Vertrag nur vorbereiten soll und insofern von dessen Rechtsgeltung abhängt. In diesen Grenzen scheint aber eine selbständige Rechtsgeltung nicht ausgeschlossen. Erhebt man sie – wie das BGB – mit der Bindung an den Antrag zur Regel, kommt es zu einer eigentümlichen zweistufigen Bindung, und es fällt schwer, das Umschlagen der Bindung an den Antrag in die Vertragsbindung sachgerecht zu erfassen. So hat man beispielsweise gemeint, die Bindung an den Antrag als Einräumung eines Gestaltungsrechtes an den Adressaten deuten zu müssen, um sie gegenüber der hernach durch den Vertrag begründeten Bindung abgrenzen zu können. Diese Bedeutung vermöchte zwar das Dilemma eines gewissermaßen doppelten Rechtsgeltungswillens: „ich will diesen Vertrag schließen und halte mich hieran gebunden“ zu beheben, aber sie wird dem anderen Aspekt des Vertragsschlusses, der Verständigung unter den Kontrahenten, nicht gerecht. Ein „bindender“ Antrag soll zumeist nicht besagen, daß man jede weitere Verhandlung und Verständigung von vornherein ausschließen will, sondern nur die Bereitschaft ausdrücken, sich unter den angebotenen Bindungen sofort beim Wort nehmen zu lassen. Deshalb überzeugt insbesondere die Regelung in § 150 Abs. 2 BGB nicht. Man kann auch auf der Grundlage eines bindenden Angebotes weiter zu verhandeln suchen. Die der Lebenserfahrung nicht entsprechende Fiktion, das Angebot gelte dann als abgelehnt, weist auf die Fragwürdigkeit der Grundkonzeption (§ 145 BGB) zurück: Wer sich ausdrücklich binden will, wird schon wissen, wie weit er dem anvisierten Kontrahenten notfalls entgegenkommen will. Die Regelbindung an den Antrag nötigt also zu einem vergrößernden Schema, das dem Verständigungsprozeß im Vertragsschlusse nicht gerecht wird.

Vertauscht man dagegen in Abkehr von § 145 BGB Regel und Ausnahme, so läßt sich die Bindung an den Antrag konsequent deuten, nämlich als einseitige, im voraus akzeptierte Bindung an einen ohne weitere Verständigung zu schließenden Vertrag. Es handelt sich dann um die einseitige Vorerstreckung des Rechtsgeltungswillens, der später den Vertrag trägt und mit dem Vertragsschluß zweiseitig verfestigt wird. Aber für diese Deutung bedarf es eben einer besonderen Erklärung, während die gesetzliche – automatische – Bindung an jeden Antrag (§ 145 BGB) die zuvor skizzierten Abgrenzungsprobleme hervorruft. Heute muß man zwischen der angeblich folgen-

54 Praktisch relevant z.B. in BGH JZ 1973, 699 = NJW 1973, 1789: Keine Genehmigung der Annahme eines falsus procurator nach Ablauf der Angebotsfrist?

losen Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (*invitatio ad offerendum*) und dem bindenden Antrag unterscheiden. Beispielsweise sollen Versandkataloge, Preislisten, Anzeigen in Zeitungen (wie auch die Werbung in Rundfunk und Fernsehen), Speisekarten, Warenauslagen in Schaufenstern oder auch im Selbstbedienungsladen – trotz Preisauszeichnung – solche bloßen „Anpreisungen“ darstellen. Weil das BGB mit dem Alles- oder Nichts-Prinzip arbeitet und ein „bindender“ Antrag her muß, sollen sonstige Initiativen rechtlich irrelevant sein. Nur zu leicht wird dann die Bedeutung dieser „bloßen“ Aufforderungen für die Auslegung des später geschlossenen Vertrages übersehen. Wird z.B. nach Katalog bestellt, woraus sollte sich dann der Vertragsinhalt ergeben, wenn nicht aus dem Katalog? Der Prozeß fortschreitender Verständigung läßt sich nun einmal nicht zergliedern. Vielmehr muß ihn die Vertragsauslegung bis zu dem kritischen Punkt des Ingeltungsetzens kontinuierlich begleiten. Der Auslegung bürdet man heute nur überflüssige und den Blick vom allein entscheidenden Vertragsschluß ablenkende Arbeit auf, wenn zunächst ermittelt werden muß, von wem der (bindende) Antrag ausging. Statt in einer Richtung, auf den Vertragsschluß hin, auslegen zu können, müssen nun zwei divergierende Fragen, die der Bindung an den Antrag und der an den Vertrag, verfolgt werden.

Schließlich erübrigt sich auch die umständliche Regelung des BGB für das „Erlöschen des Antrags“ (§§ 146 ff. BGB), wenn man für die einseitige Vorerstreckung der Bindung an den Vertrag stets einen entsprechend erklärten Geltungswillen fordert. Dann entscheidet einfach der Inhalt dieser Erklärung, notfalls deren Auslegung, und der Gesetzgeber hätte allenfalls über dispositive Auslegungsregeln nachdenken müssen.

c.

Zwischen „Antrag“ und „Annahme“ besteht heute ein qualitativer Unterschied, der gleichfalls der Rechtswirklichkeit nicht entspricht. Mißt man dem Antrag stets bindende Wirkung zu, so verleiht er dem Adressaten eine besondere Rechtsmacht. Deshalb liegt in der Tat die schon kritisierte Fehldeutung nahe, die „Annahme“ bedeute nichts anderes als die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Demgegenüber ist – gerade auch im Interesse des Annehmenden (!) – auf die gleichgewichtigen Rollen des Antragenden und des Annehmenden beim Vertragsschlusse hinzuweisen: Weil Verständigung und Rechtsgeltung untrennbar zusammengehören, kann es den Vertragsschluß nur stören, wenn man den Kontrahenten differierende Rollen zuweist.

Unter diesem Aspekt erscheint insbesondere die Regelung in § 150 BGB als verfehlt. Zu Abs. 2 der Vorschrift wurde schon kritisch bemerkt, daß die für den Annehmenden geltende Alternative, entweder voraussetzungslos anzunehmen oder abzuleh-

nen, als zu vereinfacht erscheint: Warum soll der Annehmende – wenn er dies zum Ausdruck bringt – nicht auf der Grundlage des Antrages weiterverhandeln und bei Mißerfolg den Antrag noch annehmen dürfen? Hiergegen mag sich wiederum der Antragende durch eine entsprechende Fassung seines Antrags verwahren. Aber auch § 150 Abs. 1 BGB trifft, weil dem Bindungsdogma verhaftet, eine viel zu schematische Regelung: Wer einen Antrag nach dessen „Erlöschen“ annimmt, erklärt damit zwar, er wolle die Geltung des Vertrages, aber daraus folgt nicht, daß er nun die Vertragsbindung einseitig zu seinen Lasten vorerstrecken will.

Überall zeigt sich also: Das mechanistische Vertragsschlußschema des BGB wird dem subtilen Verständigungsprozeß bis zur rechtlichen Geltung des Vertrages nicht gerecht. Daß daraus gleichwohl nicht übermäßiger Schaden für den Rechtsverkehr erwachsen ist, liegt an der Entschärfung dieser Regelung durch deren Einbindung in die Vertragsauslegung. Ob man sich schon bei den Vertragsverhandlungen bindet, ob man daran vom anderen Kontrahenten festgehalten wird, ob man sich wieder von der Bindung lösen kann, wird letztlich durch die den Vertragsschluß kontinuierlich begleitende Auslegung entschieden. In diesem Rahmen behandelt man heute die Regeln über den Vertragsschluß praktisch schon als dispositive Auslegungsregeln und nimmt ihnen damit ihre Rigidität. Beispielsweise behilft man sich bei dem behandelten § 150 Abs. 2 BGB mit der Auslegung, wer einen Antrag unter Abänderung annehme, könne gleichwohl wirksam „angenommen“ und zugleich eine „nachträgliche Änderung“ des so geschlossenen Vertrages „angeboten“ haben. Wie diffizil hier mitunter die Dinge liegen, und daß allein die Auslegung zu helfen vermag, zeigt insbesondere der Vertragsschluß, bei dem beide Kontrahenten ihre kollidierenden AGB zugrunde zu legen versuchen. In solchen Fällen gehen angesichts des grundsätzlich übereinstimmenden und zumeist durch die Vertragsabwicklung bekräftigten Geltungswillens beider Kontrahenten schematische Regelungen wie die des § 150 Abs. 2 BGB fehl, und nur die Vertragsauslegung vermag den Stellenwert der beiderseitigen AGB für den Vertragsschluß zu ermitteln (dazu später).

d.

Für wichtige oder einen Vertragspartner sehr belastende Verträge schreibt das BGB besondere Formen vor. Beispielsweise müssen der Kauf (§ 313 [§ 311b Abs. 1 S. 1] BGB) und die Übereignung (§ 925 BGB) eines Grundstücks beurkundet werden, der Bürgschaftsvertrag erfordert die schriftliche Erteilung des Bürgschaftversprechens (§ 766 BGB) und ein langfristiger Mietvertrag muß schriftlich geschlossen werden (§ 566 [§ 550] BGB). Die Nichteinhaltung dieser gesetzlichen Formen (genauer handelt es sich um Formen mit gesteigerten Anforderungen, weil jeder Rechtsgeltungs- und

Verständigungswille in irgendeiner „Form“ erklärt werden muß) führt zur Nichtigkeit des betreffenden Vertrages (§ 125 BGB). Deshalb erhöhen diese Formen die „Abschlußklarheit“ beim Vertragsschluß: Die Kontrahenten sind vor der formgerechten Abfassung des Vertrages nicht gebunden. Andererseits zeigt die Einhaltung der Form, daß sie sich verständigt haben und daß es ihnen mit der Rechtsgeltung ihres Vertrages ernst ist. Bei formgebundenen Verträgen werden deshalb die Regeln über den Vertragsschluß (§§ 145 ff. BGB) praktisch durch die Feststellung verdrängt, ob die Form eingehalten und damit die Rechtsgeltung des Vertrages erreicht ist.

Komplizierter liegen die Dinge, wenn die Verhandlungspartner eine besondere – von Gesetzes wegen nicht erforderliche – Form für ihren Vertrag vereinbart haben. Dann unterliegt die Beobachtung dieser Form oder die Wiederaufhebung der entsprechenden Abrede ebenso der Privatautonomie wie die Abrede, die das Formerfordernis begründen sollte. Ein Formmangel führt deshalb nicht automatisch, sondern nur bei entsprechend aufrecht erhaltenem Parteiwillen zur Nichtigkeit des Vertrages (vgl. § 125 Satz 2 BGB). Die Konsequenz für den Vertragsschluß zieht § 154 Abs. 2 BGB: „Im Zweifel“ ist der Vertrag vor Beobachtung der verabredeten Form nicht geschlossen. Diese Vorschrift stellt klar, daß es ausnahmsweise trotz Nichteinhaltung der verabredeten Form zum Vertragsschluß kommen kann. Das ist wiederum eine Frage der Vertragsauslegung: Haben sich die Parteien mit Rechtsgeltungswillen trotz Fehlens der Form verständigt oder nicht?

c)

Die Vertragsauslegung wollen wir nun näher betrachten. Wie schon betont, führen alle den Vertragsschluß betreffenden Fragen letztlich auf sie zurück. Weil ein Vertrag nur kraft Selbstbestimmung und -verantwortung zwischen den Beteiligten „Sonderprivatrecht“ begründen kann, entscheidet über das Ob und Wie der vertraglichen Regelung die Deutung des gesamten auf Verständigung und Rechtsgeltung zielenden Partieverhaltens. Die Auslegung beschränkt sich nicht auf fertig formulierte Verträge, sondern sie erfaßt alle Vertragsverhandlungen, also insbesondere auch das in den §§ 145 ff. BGB geregelte „Verfahren“ des Vertragsschlusses.

a.

Näher soll die Auslegung Antwort geben auf die beiden Fragen: Haben sich die Vertragspartner verständigt und haben sie die ausgehandelte Regelung in Geltung gesetzt? Beides fällt in der Rechtspraxis häufig zusammen: Ist eine beide Vertragspart-

ner befriedigende Verständigung erzielt, so impliziert sie deren Rechtsgeltung, wie umgekehrt auf eine Verständigung geschlossen werden darf, wenn die Rechtsgeltung des Vertrages durch dessen vollständige Abwicklung bekräftigt worden ist. Dennoch kann beides auch auseinanderfallen: Das Interesse an der Rechtsgeltung mag so stark überwiegen, daß man sich anstelle einer Verständigung mit dilatorischen Formelkompromissen begnügt oder sich für den Konfliktfall einer Zwangsschlichtung durch Gutachter, Schiedsgerichte oder auch staatliche Gerichte unterwirft; hierfür enthalten die §§ 315 ff. BGB eine, wenn auch fragmentarische, Regelung. Oder man hat sich umgekehrt in allen Punkten verständigt, hält aber mit der Inkraftsetzung des Vertrages noch zurück, beispielsweise um bestimmte allgemeinwirtschaftliche Entwicklungen oder Maßnahmen abzuwarten. Viele Verträge liegen unterschriftsreif oder sogar schon unterschrieben in Schubladen, und man wartet nur auf die Verkündung sie fördernder staatlicher Programme, Subventionen, Steuererleichterungen und dergleichen.

Hierin zeigt sich, daß der Verständigungs- und der Geltungsaspekt mehr oder minder stark verschränkt sein können. Beide können selbständig nebeneinander stehen und sind dann auch unabhängig voneinander Gegenstand der Vertragsauslegung, wie bei der zuvor genannten „vorsorglichen“ Vereinbarung für erwartete Wirtschaftsprogramme. Beide können aber auch so eng miteinander verbunden sein, daß die Auslegung Defizite im einen durch Parteibekräftigung im anderen Aspekt ausgleichen darf. Hierfür sei wieder auf das Beispiel der einem Vertrag wechselseitig zugrunde gelegten kollidierenden allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen, wo der Verständigungsmangel womöglich durch den beiderseitigen unbedingten Willen ausgeglichen wird, den Vertrag dennoch gelten zu lassen.

b.

Nun zu dem Verfahren der Auslegung: Haben sich die Kontrahenten verständigt, so erlangt ihr Vertrag schon hierdurch Wirksamkeit, ohne daß es auf die Verständigungsmittel, insbesondere auf die abgegebenen Erklärungen und deren Wortlaut, ankäme. Mit dem Einverständnis ist der wechselseitigen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung Genüge getan.

Man sagt, die Auslegung habe in diesen Fällen nur den übereinstimmenden empirisch-psychologischen Willen der Vertragspartner festzustellen. Sie hat dann eigentlich gar keine Aufgabe, weil es für die Geltung des Vertrages und dessen Inhalt nicht auf die Verständigungsmittel ankommt. Das besagt auch die Regel: *falsa demonstratio non nocet*. Wenn man sich im Ausdruck vergreift, etwa – so das bekannte

Beispiel – für „Walfischfleisch“ ein fremdsprachiges Wort verwendet, das eigentlich „Haifischfleisch“ bedeutet, so hindert nichts, den Vertrag mit dem von den Parteien übereinstimmend gemeinten Sinn gelten zu lassen. Ob man tatsächliche Bezeichnungen, z.B. Haus- oder Parzellennummern verwechselt oder juristische Fachausdrücke mißversteht, z.B. von „Besitzübertragung“ statt von „Übereignung“ spricht, sollte dabei keinen Unterschied machen.

Auch die Formbedürftigkeit eines Vertrages ändert hieran nichts. Der Vertrag ist gültig und nicht etwa mangels gesetzlicher Form nichtig (§ 125 Satz 1 BGB), wenn nur die Vertragspartner in ihren formgerechten, aber nach dem objektiven Wortsinn „unrichtigen“ Erklärungen das Richtige haben ausdrücken wollen. Nur bewußt verschlüsselte Texte laufen dem Formgebot zuwider und sind deshalb nichtig. Das gilt vor allem für den sog. „Schwarzkauf“ eines Grundstücks, bei dem die Vertragspartner einen niedrigeren als den wirklich vereinbarten Kaufpreis beurkunden lassen (§ 313 [§ 311b Abs. 1 S. 1] BGB), um Steuern und Gebühren zu sparen.

c.

Die eigentliche Auslegung beginnt erst, wenn die Kontrahenten – bewußt oder unbewußt – gerade keine vollständige Willensübereinstimmung erzielt haben. Hierfür ist § 157 BGB einschlägig, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. An die Stelle der bloßen Ermittlung des empirischen Parteiwillens tritt eine Sinnzurechnung nach überindividuellen gesetzlichen Maßstäben.

aa.

Was diese normative Zurechnung bedeutet und was von ihr abhängt, sei an einem kleinen Beispiel erläutert: Klagt ein Neffe seinem Onkel, „er sei so knapp bei Kasse“, und gibt ihm der Onkel daraufhin wortlos 100,- DM, so mag der Neffe an eine Schenkung, der Onkel an die Gewährung eines Darlehens denken. Ob ein Schenkungs- oder ein Darlehensvertrag zustande gekommen ist, muß mittels Vertragsauslegung entschieden werden. Man muß den Beteiligten nach „Treu und Glauben“ und der „Verkehrssitte“ das Bemühen um wechselseitige Verständigung zumuten. Der Verständigungshorizont kann nun aber von einer Fülle maßgeblicher Faktoren bestimmt worden sein: Handelt es sich um eine großzügige, zu Geschenken neigende Familie, dürfte ein Schenkungsvertrag zustande gekommen sein. Dann darf zwar der Onkel diesen Vertrag wegen Irrtums über den Inhalt seiner Erklärung anfechten (§ 119 Abs. 1 BGB), aber der Neffe haftet auf Rückzahlung nur, soweit ihm aus der Zu-

wendung noch Vorteile verblieben sind (§ 818 Abs. 3 BGB). Handelt es sich dagegen um eine geizige Familie, wird ein Darlehensvertrag geschlossen sein, dem zufolge der Neffe das Geld zurückzahlen muß. Auch die Irrtumsanfechtung kann ihm nicht helfen, weil er dann seinem Onkel schadensersatzpflichtig würde (§ 122 BGB). In beiden Fällen führt jedenfalls die normative Auslegung zur Annahme eines Vertrages, wobei die Entscheidung für einen Schenkungs- oder Darlehensvertrag von weiteren, für das Verständnis im Einzelfall wichtigen Umständen wie den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, pädagogischen Absichten und dergleichen abhängen kann. Wegen sog. Dissenses, d. h. wegen Nichtübereinstimmung des jedem Kontrahenten zuzurechnenden Erklärungssinnes, wird der Vertrag nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen scheitern; so etwa, wenn wegen eines Generationenkonflikts die Verständigungsmöglichkeit tiefgreifend gestört ist, die jüngere Generation nichts mehr geschenkt nimmt, die ältere noch gerne schenkt.

Anhand dieses Beispiels will ich die normative Auslegung kurz analysieren: Stimmen die Kontrahenten in ihrem Willen nicht überein, so fragt sich, ob ein Kontrahent an seinen Erklärungen so festzuhalten ist, wie ihn der andere verstanden hat. Hierfür sind die beiderseitigen Verständnismöglichkeiten maßgebend, insbesondere muß der Vertragspartner, von dem die Initiative zum Vertragsschluß ausgeht, Rücksicht auf das Verständnis des Adressaten nehmen, muß sich dessen Verständnissphäre anzupassen suchen. Man spricht vereinfachend von der Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“ für die Auslegung, muß aber auch von dem Adressaten fordern, sich seinerseits auf die Verständnismöglichkeiten des anderen einzustellen. Diese normative Zurechnung wird in aller Regel zugunsten eines Vertragspartners sprechen und dessen Verständnis für maßgebend erklären, mit dem Ergebnis, daß auf dieser Grundlage der Vertrag als zustande gekommen gilt. Der andere Vertragspartner ist dann auf die Irrtumsanfechtung (§§ 119 ff. BGB) verwiesen und muß alle Schäden ersetzen, die aus dem Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertragsschlusses erwachsen sind (§ 122 BGB).

Zur Annahme eines Dissenses führt die normative Auslegung nur selten, wenn nämlich von vornherein zwischen den Kontrahenten überhaupt keine Verständigungsmöglichkeit bestanden hat, die einem von ihnen zugerechnet werden könnte: Wenn in Norwegen ein Vertrag über „Kronen“ abgeschlossen wird und sich nachträglich herausstellt, ein Vertragspartner habe in Schwedenkronen, der andere in Dänenkronen abschließen wollen, fehlt es an jedem objektiven Zurechnungskriterium zugunsten der einen oder anderen Vertragspartei, sodaß auch nach objektiver Sinndeutung die Verständigung und damit der Vertragsschluß gescheitert ist.

Abgesehen von solchen nicht eben wahrscheinlichen Fällen spielt der Dissens so gut wie keine Rolle, sofern nur die Parteien selbst meinen, sich verständigt zu haben. Die einschlägige Regelung des BGB über den „versteckten Dissens“ (§ 155 BGB) hat also kaum praktische Bedeutung. Bezeichnenderweise enthalten die Kommentare hierzu vornehmlich Gegenbeispiele, in denen man gerade nicht von einem Dissens sprechen kann oder dies jedenfalls höchst zweifelhaft ist. Zudem bekräftigt die Vorschrift nur die ohnehin der normativen Auslegung innewohnende vertragsfreundliche Tendenz: Sie stellt nämlich die Beweisregel auf, daß ein von den Vertragspartnern nicht entdeckter punktueller Einigungsmangel im Zweifel die Wirksamkeit des Gesamtvertrages nicht hindern soll.

Die eigentliche Dissensproblematik liegt heute bei den sog. „offenen Einigungsmängeln“ (§ 154 BGB). Hier wissen die Parteien, daß sie sich noch nicht in allen Punkten verständigt haben, aber – sonst bedürfte es der Vorschrift nicht – zumindest eine Partei behandelt dennoch den Vertrag als insgesamt wirksam. Es kommt also zu dem eingangs geschilderten Spannungsverhältnis zwischen dem Verständigungs- und dem Rechtsgeltungsaspekt der vertraglichen Einigung. Auch hier muß die normative Auslegung entscheiden, beispielsweise abwägen zwischen der Bedeutung des offenen gebliebenen Punktes für die Gesamtregelung und etwaigen Bekräftigungen des Geltungswillens durch den Beginn der Vertragsabwicklung. § 154 Abs. 1 BGB enthält deshalb folgerichtig wiederum eine Auslegungsregel, die – mit Recht – den Verständigungsaspekt grundsätzlich bevorzugt.

bb.

Zum Schluß sei noch kurz auf einige Sonderfragen der normativen Auslegung hingewiesen:

(1)

Auch dem Schweigen eines Vertragspartners kann unter dem Verständigungs- wie dem Rechtsgeltungsaspekt ein positiver Erklärungswert zukommen, der nach den jeweiligen konkreten Umständen ermittelt werden muß. Bei andauernden Geschäftsbeziehungen oder entsprechender Übung im Handelsverkehr kann das Schweigen ausnahmsweise als Einverständniserklärung zuzurechnen sein, häufiger indes als Ablehnung, womit z.B. der andere Teil von einer eingegangenen Bindung frei wird. Daß die Regelung in § 151 BGB in diesen Zusammenhang zu stellen ist, wurde schon betont.⁵⁵

55 Nicht die interne Willens-, „betätigung“, sondern der objektive Erklärungswert entscheidet.

(2)

Im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten hat sich die Rechtsfigur des sog. „kaufmännischen Bestätigungsschreibens“ entwickelt: Wenn ein Vertragspartner nach vorausgegangenem mündlichen Vertragsschluß, seltener nach abschlußreifen Vertragsverhandlungen, den Abschluß unter Wiedergabe des Vertragsinhaltes „bestätigt“, soll der so fixierte Vertrag gelten, wenn nicht der andere Vertragspartner unverzüglich widerspricht. Diese „Bestätigung“ ist eine Art authentischer Interpretation seitens eines Kontrahenten, die der andere stillschweigend als Grundlage normativ-zurechnender Auslegung anerkennt. Solche Zurechnung nach „Treu und Glauben“ und der „Verkehrssitte“ (§ 157 BGB) setzt aber auch ein redliches Verhalten dessen voraus, der den Vertrag „bestätigt“ hat. Die Bestätigung muß ausschließlich feststellend gemeint sein, also allein den Zweck verfolgen, etwas festzuhalten, worüber man sich schon geeinigt hat. Unter dieser Voraussetzung kann sie freilich auch vertragsändernd oder sogar vertragsbegründend wirken, sofern ihr der Empfänger nicht widerspricht. Das folgt aus den wechselseitigen, den Vertragsschluß beherrschenden Redlichkeitsanforderungen. Man kann deshalb die Voraussetzungen und Wirkungen des „kaufmännischen Bestätigungsschreibens“ kurz so charakterisieren, daß es „deklaratorisch“ gemeint sein muß und dann notfalls auch „konstitutiv“ wirken kann. Je stärker aber sein Inhalt von den ursprünglichen Erklärungen abweicht, umso eher wird man an einer bloß deklaratorischen Zielsetzung zweifeln müssen.

(3)

Wie ich schon bemerkt habe, führt die normative Auslegung regelmäßig dazu, daß sich ein Vertragspartner dem Verständnis des anderen Partners beugen muß. Sein eigenes Verständnis kann er allenfalls durch Irrtumsanfechtung zur Geltung bringen. Hierin liegt ein weiterer auslegungsspezifischer Zurechnungsgedanke: Wer bewußt, auch durch „schlüssiges“, d. h. auf eine Erklärung deutendes, Verhalten etwas anderes „erklärt“, als er eigentlich beabsichtigt, muß sich an dem Erklärten endgültig festhalten lassen.⁵⁶

Dieser Gedanke spielt zum einen bei der Inanspruchnahme typischer Leistungen eine Rolle. Wer sich in einem Selbstbedienungsladen ein Brötchen nimmt, es verzehrt und dann erklärt, er habe einen Mundraub begangen und bezahle deshalb nicht den Kaufpreis, sondern nur den objektiven Wert des Brötchens, muß sich an dem auch von ihm selbst erkannten allgemeinverständlichen Erklärungswert seines Verhaltens festhalten lassen und den Kaufpreis bezahlen.

⁵⁶ Beachte den Zusammenhang mit § 116 BGB.

Hierfür bedarf es nicht der Entwicklung eines zweigleisigen Vertragsrechtes, das vertragliche Wirkungen außer an den Vertragsschluß auch an „sozialtypisches Verhalten“ knüpft. Vielmehr führt die endgültige Zurechnung solchen allgemeinverständlichen und auch dem Handelnden selbst bekannten Erklärungswertes nur die normative Auslegung konsequent fort. Schon die überkommene Rechtsregel, wonach eine „*protestatio facto contraria*“ unbeachtlich ist, drückt zutreffend aus, daß man sich mit spitzfindigen, letztlich unredlichen Winkelzügen nicht wirksam vom eindeutigen Erklärungswert des eigenen Verhaltens distanzieren kann.

In diesen Zusammenhang gehört letztlich auch der Vertragsschluß unter Zugrundelegung kollidierender allgemeiner Geschäftsbedingungen. Wenn beide Vertragspartner um die Unnachgiebigkeit des anderen in diesem Punkte wissen und gleichwohl den Vertrag im übrigen ausführen, so als ob sie sich mit dem eigenen Standpunkt durchgesetzt hätten, darf man keinem Vertragspartner einen Vorsprung vor dem anderen zubilligen, so wie es etwa die Theorie von der Maßgeblichkeit des „letzten Wortes“ versucht. Die normative Auslegung muß hier zur Streichung aller kollidierenden Geschäftsbedingungen und deren Ersetzung durch das (dispositive) gesetzliche Vertragsrecht führen; auch die Irrtumsanfechtung muß beiden Kontrahenten verwehrt sein.

Damit möchte ich endgültig abschließen. Ich habe nur einen kursorischen Überblick über die mit dem Vertragsschluß zusammenhängenden Fragen geben können. Schon er dürfte gezeigt haben, daß die Vertragsfreiheit ihren Preis in Gestalt möglicher Streitfälle fordert. Dieser Preis erscheint aber als nicht zu hoch, wenn man die Vorzüge gegenüber allen planwirtschaftlich organisierten Systemen bedenkt.

2. **Rechtsverwirklichung durch Richterspruch***

Strenggenommen schließt mein Thema „Rechtsverwirklichung durch Richterspruch“ alle dogmatischen und methodischen Aspekte ein, unter denen die Rechtsbildung und Rechtsgeltung heute diskutiert wird, und ferner auch alle Wege, auf denen man Zugang zum Recht und zu dessen sozialer Legitimation sucht. Es ist gerade der den Prozeß abschließende Richterspruch, der augenfällig immer stärker ins Zentrum der Rechtsbildung rückt. Wie einfach hatte es doch die traditionelle Rechtsquellenlehre. Sie konnte noch säuberlich trennen zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht als den originären Quellen allen Rechts, und sie konnte noch dem Richter die alleinige Aufgabe des Gesetzesvollzuges zuweisen und allenfalls – verschämt – die „gefestigte Rechtsprechung“ unter den Schirm des Gewohnheitsrechts nehmen. Dagegen wird heute die rechtsbildende oder -prägende Wirkung des Richterspruches von jedermann, und nicht etwa nur von den Fachjuristen, erkannt, und ebenso, daß sich damit eine Chance für die Durchsetzung eigener Rechtsvorstellungen auftut. Je mehr Spielraum den Gerichten in unserer Rechtsordnung gewährt oder von ihnen beansprucht wird, desto deutlicher kommt es zu einer Mittlerrolle des Richterspruches zwischen Bürgermeinung und Recht. Anzeichen werden allenthalben sichtbar. Ich erinnere an das negative Beispiel der Mobilisierung großer Klägerzahlen im Streit um die Aussperrung, um mit vervielfachten Argumenten und über einzelne Entscheidungen der Instanzgerichte eine Änderung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung oder das Eingreifen des Gesetzgebers zu erzwingen; oder an die Organisation bundesweiter Demonstrationen gegen einzelne Urteile, wie wir sie jüngst im Zusammenhang mit dem sogenannten Behindertenurteil erlebt haben.

Die Aufwertung des Richterspruches im Rechtsbildungsprozeß, hervorgerufen u.a. durch Unentschlossenheit des Gesetzgebers, durch Komplizierung sozialer Zusammenhänge und Konflikte u.s.f., hat also auch einer großzügigen Öffnung des Rechts für individuelle Argumente den Weg bereitet. Es gibt in unserem Lande nicht nur eine „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“, sondern der Rechtsinterpreten schlechthin; allein schon die sprunghafte Zunahme der Juristen und der demzufolge in geometrischer Progression wachsende Profilierungszwang sorgen dafür, daß uns die Argumente nicht ausgehen, sondern im Gegenteil in ihrer Fülle zu bedrängen beginnen, zumal sie mit den disparatesten politischen, sozialen, ideologischen Vorstellungen besetzt sind.

* Vortrag bei den von *Karl Michaelis* initiierten Reinhäuser Juristenzusammenkünften, Herbst 1981.

Innere Ordnung tut deshalb not, und deren Bedingungen gilt es zu analysieren. Um aber nicht zu allen vielschichtigen Aspekten meines Themas wenig und deshalb über das Ganze womöglich nichts zu sagen, will ich mich im folgenden auf die eine Frage konzentrieren: Welche Chancen und Risiken birgt die heute allgemein erkannte – und wohl auch anerkannte – Aufwertung des Richterspruches im Rechtsbildungsprozeß und die damit verbundene Öffnung des Rechtes für jedermanns Diskussionsbeiträge, und unter welchen Bedingungen können die Chancen verbessert, die Risiken vermindert werden? Dazu darf ich zunächst in Erinnerung rufen, wie sich Rechtsbildung im Prozeß vollzieht; ich werde mich sodann den damit verbundenen, heute womöglich veränderten Anforderungen an die Betroffenen zuwenden und mit einigen Gedanken zum Einfluß prozessualer Rechtsverwirklichung auf das objektive Recht abschließen:

a)

Wie sich Recht im Rechtsstreit verwirklicht, kann nicht ohne den Vergleich mit der Rechtsgeltung vor und unabhängig von solchem Streit bestimmt werden. Setzen wir solche außerprozessuale Rechtsgeltung zunächst einmal voraus, so wäre ein gänzlich unproblematisches Verhältnis zur Rechtsbildung im Prozeß dann erreicht, wenn der Richterspruch nur noch das staatliche Zwangsmonopol vollziehen, dem ohnehin schon feststehenden und auch als feststehend akzeptierten Recht nur noch dessen konkrete Verbindlichkeit hinzufügen müßte. Hierfür fehlen heute indes alle Voraussetzungen: Wir könnten nicht mit einer totalen Formalisierung aller rechtsrelevanten Konflikte leben; wir haben ferner den Grundsatz der freien Beweiswürdigung an die Stelle starrer Beweisregeln gesetzt; und schließlich können auch gemeinsame Rechtsüberzeugungen in einer Gesellschaft, die sich entweder stolz oder bänglich pluralistisch nennt, nur noch partiell erwartet werden. Der Rückzug auf die „Grundwerte“ läßt hierfür nicht allzuviel Hoffnung.

Wir müssen also mit einem Recht auskommen, das uns die Beurteilung unserer Rechte und Pflichten außerhalb des Prozesses nicht mit letzter Gewißheit erlaubt. Was im einzelnen sozialen Konflikt rechtens ist, kann verbindlich nur der Richter feststellen; ob ihn unsere Beweismittel überzeugen und nicht die des Gegners, ob ihm unsere Argumente eher einleuchten, steht dahin. Es ist ein mehr oder minder ungewisses Recht, an dem wir uns orientieren müssen, und wir tragen deshalb auch das Haftungs- und Kostenrisiko, wenn wir uns auf einen Rechtsstreit einlassen. Freilich können wir mit solcher Ungewißheit leben, solange wir im Rechtsverkehr davon nur ausnahmsweise betroffen werden. Ein Gegengewicht zur grundsätzlichen, dem Juristen allgegenwärtigen Rechtsungewißheit bildet die Beobachtung, daß der Kon-

sens der Beteiligten über das, was rechtens ist, in den meisten Fällen nicht gestört ist. Wenn die Betroffenen in der Beurteilung der wechselseitigen Rechte und Pflichten übereinstimmen, ihr Verhalten insbesondere schon durch einen Vertragsschluß vorprogrammiert ist, können sie sich mit subjektiver Rechtsgewißheit begnügen. Gerade hierin entfaltet das Recht eine besonders nützliche, weil sozialintegrierende Wirkung, und es gehört zu den wichtigsten (und noch zu behandelnden) Aufgaben der Rechtsprechung, solche subjektive Gewißheit unter den Beteiligten zu ermöglichen.

Ferner wird der Konsens der Beteiligten über die Rechtslage auch nicht in jedem Rechtsstreit gestört. Der geständige Straftäter oder der Schuldner, der sich einfach finanziell übernommen hat, wird seine Verurteilung nicht als Unrecht empfinden (jedenfalls solange er sich nicht durch zweideutige Maximen wie jene, der Schuldner verdiene stets mehr Schutz als der Gläubiger, aus jeder persönlichen Verantwortung entlassen fühlt). In solchen Fällen wird das förmliche Verfahren in der Tat auf die Verwirklichung des staatlichen Zwangsmonopols reduziert. Wir können deshalb diese Fälle als für die Rechtsverwirklichung unproblematisch im folgenden ausklammern, desgleichen die verschiedenen Zwischenstufen, wie manche einverständliche Musterprozesse über Präjudizialfragen, in denen sie sich dem eigentlichen Rechtsstreit nähern.

Für ihn kennzeichnend ist eben, daß zwischen den Beteiligten gerade kein Konsens über die „Rechtslage“ [mehr] besteht. Mangels gemeinsamer subjektiver Rechtsgewißheit, deren objektive Richtigkeit durchaus dahinstehen konnte, muß jetzt verbindlich festgestellt werden, was objektiv rechtens ist. Hierauf beruht die Notwendigkeit des förmlichen Rechtsstreits, der nun seinerseits der vormalig außerprozessualen Rechtslage weitere rechtsrelevante Elemente hinzufügt. Jetzt genügt es nicht mehr (um einen volkstümlichen Spruch aufzugreifen), recht zu haben, sondern man muß es auch beweisen können; und dem ist hinzuzufügen, es genügt nun auch nicht mehr, sich im Recht zu fühlen, sondern man muß eine überzeugende Begründung dafür liefern, einschlägige Präjudizien beibringen u.s.f. Von den Beteiligten wird also verlangt, bei der Konkretisierung des Rechts für ihren Konflikt selbst mitzuwirken, schon um das Risiko des Unterliegens möglichst gering zu halten. Was jetzt nicht vorgebracht wird, steht in Gefahr, auch nicht berücksichtigt zu werden. Unsere Verfahrensordnungen sind zwar sämtlich daraufhin konzipiert, die materielle (vorprozessuale) Rechtslage zugleich richtig und verbindlich festzustellen. Aber auf die Nötigung zur verbindlichen Entscheidung in angemessener Zeit kann um des Rechtsfriedens Willen nicht verzichtet werden. Deshalb wird beispielsweise die nachlässige Prozeßführung mit der Präklusion verspäteten Vorbringens beantwortet, sodaß der Richter womöglich sehenden Auges eine Entscheidung treffen muß, die der materiellen vorprozessualen

Rechtsslage nicht entspricht. Ferner können sogar von den Beteiligten nicht zu verantwortende Umstände, wie etwa die Unauffindbarkeit eines Zeugen, für die Entscheidung ausschlaggebend sein.

Die Verbindlichkeit des Richterspruches fordert also ihren Preis. Vor dem Rechtsstreit, zumal bei allseitigem Einvernehmen, pflegen die Beteiligten ihre Rechtsverhältnisse als in einem absoluten Sinne feststehend und zugleich verbindlich zu begreifen, und wir müssen diese Vorstellung nach Kräften fördern. Die Beschränkung und Relativität der – tatsächlichen wie rechtlichen – Erkenntnismittel und die darauf beruhende Rechtsungewißheit tritt erst mit dem Streit hervor. Dann erweist sich, daß Verbindlichkeit und Rechtsgewißheit zugleich nur unter Reduzierung des Richtigkeitsanspruches verwirklicht werden können. Der Richterspruch muß sich mit einer relativen, auf die Erkenntnismittel des konkreten Verfahrens beschränkten Richtigkeit begnügen. Er bedarf eben deshalb auch der Rechtskraft, um alle abweichenden Auffassungen in die unverbindliche Urteilskritik oder auch eine rechtspolitische Folgendiskussion verweisen zu können. Nur allgemein als unwiderleglich richtig akzeptierte Urteile könnten (sofern es sie gäbe) der Rechtskraft entbehren.

Die Identität des streitbefangenen Rechtsverhältnisses wird aber durch dessen verbindliche Festschreibung im Richterspruch nicht berührt. Das ist sowohl jenen Auffassungen entgegenzuhalten, die zwingendes Recht außerhalb des Prozesses leugnen, wie jenen, die den Richter zu einer – wie immer motivierten – sozialpolitischen „Gestaltung“ ermächtigen wollen. Daß Recht ungewiß sein und werden kann, hebt seinen Zwangscharakter nicht auf; man muß dafür einstehen, seinen Pflichten irrtümlich nicht genügt zu haben, und der Staat wäre schlecht beraten, wenn er seinen Bürgern – etwa durch eine umfassende Streitschadensversicherung – das Risiko der Rechtsungewißheit abnehmen und sie damit auch von der Bindung an Gesetz und Recht dispensieren würde.

Damit hängt das andere zusammen: Dem Bürger darf zwar die Bindung an im Ernstfall womöglich ungewisses Recht zugemutet werden, nicht aber die Bindung an ad hoc neu geschaffenes, nach heutigem Sprachgebrauch: „gestaltetes“ Recht. Rechtliche Kontinuität ist für die subjektive Rechtsgewißheit im Rechtsverkehr unentbehrlich, und sie kann nur gewahrt werden, wenn der Richter lediglich feststellt, was zwischen den Beteiligten ohnehin schon gilt. Mit der Preisgabe solcher Kontinuität würde an die Stelle des Richterspruches eine beliebig manipulierbare staatliche Zwangsschlichtung treten (darauf werde ich zurückkommen).

Die Rechtsverwirklichung im Rechtsstreit gilt hiernach zum einen dem streitbefangenen Rechtsverhältnis. Sie ist insofern Sache der Beteiligten, die deshalb aus eigenem Interesse tatsächliche und rechtliche Erkenntnismittel für das Verfahren beisteuern dürfen und müssen. Notwendig mitbetroffen ist aber auch das objektive Recht, wobei hier die stärkere Akzentuierung des einen oder anderen Aspekts offenbleiben kann (im Zivilprozeßrecht wird hierüber im Zusammenhang mit den „Prozeßzwecken“ diskutiert). Das objektive Recht wird freilich nur durch den Richterspruch selbst und nicht durch das ihm vorausgehende Verfahren berührt, weil die Beteiligten jederzeit die subjektive Rechtsgewißheit wiederherstellen können, sodaß es zu einer verbindlichen objektiven Feststellung und Konkretisierung des Rechtes nicht mehr kommt. Wird aber eine verbindliche Entscheidung getroffen, so muß sie eine konkretisierende Verbindung zwischen dem streitbefangenen Rechtsverhältnis und den abstrakten Sätzen und Ableitungszusammenhängen des objektiven Rechts herstellen, zumal sie auf die Bildung subjektiver Rechtsgewißheit in vergleichbaren Sachverhalten zurückwirkt.

Dem nur zu abstrakter Verbindlichkeit formbaren und deshalb angesichts der Fülle sozialer Sachverhalte mehr oder minder ungewissen objektiven Recht wird ein konkretisierender Fixpunkt gesetzt mit der Feststellung, nur diese Entscheidung sei für den konkreten sozialen Konflikt rechtens.

Wegen der eingangs skizzierten zunehmend wichtigeren Rolle des Richterspruches kommt dieser vom Richter (und den Parteien?) zu leistenden verbindlichen Konkretisierung für das objektive Recht eine gar nicht hoch genug einzuschätzende Bedeutung zu. Jeder soziale Konflikt enthält eine potentielle Herausforderung an das überkommene Recht. Denn in ihm begegnet uns handgreiflich jene reale Verklammerung eines Tatbestandes mit seiner Rechtsfolge, die der abstrahierende Rechtssatz künstlich auflösen muß, um überhaupt eine sozial erhebliche Anwendungsbreite gewinnen zu können. Ich erinnere hier nur an die Gesetzestechnik: Man darf die Aufgliederung in Tatbestände und Rechtsfolgen nicht als Verfremdung der Wirklichkeit mißverstehen, sondern man muß sie als notwendiges Übel akzeptieren und durch konflikts- und entscheidungsbezogenes Denken von Fall zu Fall wieder aufheben. Anders kann die auf Verallgemeinerung ihrer Maximen verwiesene Rechtsordnung nicht verfahren. Rechtsregeln kommen ohne Abstraktion nicht aus, und Rechtsanwendung heißt, den konkreten Bezug zwischen Rechtsordnung und Wirklichkeit stets von neuem herzustellen.

Ich werde später auf diese Funktion des Richterspruches für das objektive Recht zurückkommen und will zunächst nur andeuten, wie der Richterspruch stets auf das

objektive Recht zurückwirkt, weil er Recht und Wirklichkeit einander vermittelt (und nicht etwa das eine durch das andere verdrängt); dieses zwar nach unserem Rechtsverständnis ohne Präjudizialwirkung für andere Konflikte, aber doch mit konkreter Verbindlichkeit, in der sich das objektive Recht bewähren, bestätigen und entwickeln muß. Eben hiermit eröffnet sich nicht nur den Beteiligten, sondern jedermann, der an der Diskussion über das Recht teilnimmt, die schon angedeutete Möglichkeit der Einflussnahme auf die Rechtsverwirklichung nicht nur im einzelnen Rechtsstreit, sondern über diesen auch auf die Bildung des objektiven Rechts. Diese Möglichkeit wächst heute in demselben Maße, wie der Rechtsprechung auf vielen Gebieten und zunehmend deutlicher die dominierende Rolle in der Rechtsbildung zufällt. Den Chancen und Risiken dieser Entwicklung will ich mich nun näher zuwenden.

b)

Durch die angedeutete Entwicklung verändern sich die Einflußmöglichkeiten und damit auch die Verantwortlichkeiten aller, die an der Rechtsbildung teilnehmen. Die an einem Rechtsstreit Beteiligten – hierzu rechne ich außer den Parteien und deren Rechtsbeiständen auch den Richter – ziehen aus der Öffnung und der damit zwangsläufig verbundenen Dynamisierung des Rechts insofern Vorteil, als sie das Singuläre oder Neue eines konkreten Konflikts besser zur Geltung bringen können. Solange der Gesetzgeber das soziale Leben, etwa mittels einer Gesamtkodifikation, fest im Griff zu haben vorgibt, kann man sich für die Eigenart eines Konflikts nur auf die Einzelfallgerechtigkeit berufen, auf die *aequitas* gegenüber dem *rigor juris*. Wo aber Gerechtigkeit und Rechtssicherheit in Streit geraten, ist es mit dem Recht des Einzelnen häufig schlecht bestellt, weil durchaus ungewiß sein kann, wer eigentlich von solcher Billigkeit profitieren soll. Im Zivilrecht sollten eigentlich beide Parteien profitieren, aber man kann der einen nur zusprechen, was man der anderen vorenthält (BAG: Unzumutbarkeit des Streitverzichts).

Demgegenüber tut sich ein in Entscheidungen konkretisiertes und entwickeltes Recht leichter damit, auch den aus der Eigenart des Einzelkonflikts schöpfenden Argumenten einen angemessenen Platz in der Diskussion und Konfliktsentscheidung zuzuweisen. Sofern diese Chance verständig genutzt wird, kann davon eine wichtige integrierende Wirkung ausgehen. Die Parteien erkennen, daß die Rechtsordnung auch für ihren Konflikt elastische Entscheidungsmaßstäbe bereithält; sie brauchen sich also nicht vom Recht vergessen zu fühlen. Ferner gilt solche Offenheit des Rechts allseitig. Man kann sich gegenüber entsprechenden Argumenten des Gegners seinerseits auf das Singuläre oder Neue in diesem Konflikt berufen, während der Notschrei

nach Billigkeit den Gegner in die zwielichtige Rolle des egoistischen Buchstabeninterpreten verweist. Schließlich profitiert auch das objektive Recht. Es beweist seine Flexibilität und kommt nicht in den Ruf, sich wie eine ewige Krankheit fortzuerben.

Freilich hat dieses harmonische Bild auch eine Kehrseite: Ein hochdifferenziertes und flexibles, ständig neu zu konkretisierendes Recht stellt an jedermann, insbesondere an den Richter, hohe Anforderungen, wenn nicht seine innere stabilisierende Ordnung aus dem Blick kommen und dem Eindruck der Willkür weichen soll. Ich sprach schon von der subjektiven Rechtsgewißheit, die uns in aller Regel den Rechtsstreit erspart, obwohl ihr letztlich nur prognostische Bedeutung zukommt. Solche Gewißheit gründet nun nicht einfach in dem Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen, sondern sie kann nur gedeihen, solange soziale Konflikte jedenfalls spezifisch rechtsförmig entschieden werden. Schon der Verdacht willkürlicher Entscheidungen muß gefährliche Konsequenzen haben, zumal die „Grundwerte“ unserer Verfassung oder der „Grundkonsens aller Demokraten“, die wir derzeit beschwören, gewiß keine inhaltlich konformen Konfliktentscheidungen verbürgen.

Prüfen wir deshalb, ob den besonderen Anforderungen unserer solcherart offenen Rechtsordnung genügt wird, so erkennen wir manches warnende Zeichen, und wir müssen einschlägige Fehler sowohl beim Gesetzgeber wie auch in der Rechtsprechung und schließlich auch bei den Bürgern feststellen:

Die zutreffend kritisierte „Flucht des Gesetzgebers aus der Verantwortung“ tut unserem Recht Abbruch, weil Argumentationsoffenheit des Rechts nicht einfach den Verzicht auf gesetzliche Grundentscheidungen bedeutet. Wir sind weder juristisch noch psychologisch für ein reines Präjudizienrecht gerüstet. Wir leben zwar mit raschen Veränderungen, die dann den Mantel wohltätigen Vergessens über so manche Entscheidung breiten, aber wir leben auch mit sozialtypischen Konfliktvervielfachungen, die gleichförmige Entscheidungen fordern. Jüngst hörte ich von Kollegen, die das Öffentliche Recht vertreten – dort ist diese Problematik derzeit offenbar besonders augenfällig –, die These, der Gesetzgeber handle klug, die Festsetzung technischer Eckwerte oder dergleichen unter Verzicht auf allgemeine Grundsätze den Verwaltungsgerichten zu überlassen. Dann könne es wenigstens nicht zu einer allgemeinen Enttäuschung kommen, und zudem könne im jeweiligen Verfahren die Enttäuschung des einzelnen schrittweise, notfalls durch den Instanzenzug, abgebaut werden. Ich halte diese These für kurzsichtig: Auch wenn man nicht dem Verdacht nachgibt, der Gesetzgeber wolle sich in heiklen Fällen einfach aus der Schußlinie halten, bringt die gezielte Dezentralisierung sozialer Enttäuschungen doch nur eine

vordergründige Entlastung. Für alle einer abstrakten Regelung zugänglichen Grundentscheidungen gilt, daß Staatsmacht wohl doch besser als anonymes Gesetz, denn als Richterperson ertragen werden dürfte (*Gernhuber*); die Enttäuschung des Bürgers richtet sich dann eben gegen die Rechtsprechung oder gar als persönliche Animosität gegen den einzelnen Richter, weil er doch auch anders habe entscheiden können. Höchstwahrscheinlich wird dann nur der Willkürverdacht genährt, der an die Wurzel des Rechtsverständnisses geht und deshalb für das soziale Klima ungleich gefährlicher ist als eine auf einzelne Sachfragen beschränkte Entrüstung über umstrittene Entscheidungen des Gesetzgebers.

Wenn der Gesetzgeber schweigt, wächst der Entscheidungsspielraum und damit auch die Verantwortung des Richters. Er selbst muß nun, sofern er seine Kunst richtig versteht, d. h.: seine Entscheidung rechtsdogmatisch entwickelt und begründet, Zwischensätze und Obersätze höherer Abstraktion bilden und dies – anders als der Gesetzgeber – unter dem Zwang, den unmittelbar Betroffenen Rede und Antwort stehen zu müssen. Dadurch wird der Instanzrichter häufig überfordert. Die ihm obliegende konkretisierende Vermittlung des objektiven Rechts und des einzelnen sozialen Konflikts kann nur gelingen, wenn die Distanz zwischen beiden nicht zu sehr anwächst. Sonst droht das Besondere des einzelnen Konflikts übermächtig zu werden, zumal für einen Juristenstand, der mit den spezifischen Bedingungen eines Präjudizienrechts nicht vertraut ist. Es ist dann nicht mehr das Recht, das sich im Richterspruch der allgemeinen und als spezifisch rechtlich verstandenen Diskussion öffnet, sondern der Richterspruch selbst als Dezisionsakt öffnet sich beliebigen politisch, ideologisch oder wie immer motivierten Argumenten und degeneriert darüber zum Machtspruch. Letztlich leitet er dann seine Verbindlichkeit nicht mehr vom Recht her, sondern nur noch vom Amt des zur Entscheidung berufenen Richters, sodaß es nur folgerichtig wäre, die Legitimation des Richterspruches künftig in die Richterwahl zu verlegen.

Es darf also nicht zu einer Entscheidungshaltung kommen, die den Einzelkonflikt zum alleinigen Maß nimmt. Wohin der „Mythos des Einzelfalls“ führt, zeigen einzelne Urteile von Instanzgerichten, denen auch kodifiziertes Recht gegenüber dem Besonderen des konkreten Konflikts gänzlich aus dem Blick gekommen ist (Stromboykott). Immer häufiger wird auch die Besorgnis geäußert, in manchen Rechtszügen könne man erst in höherer Instanz wirklich „Recht“ bekommen. Außerrechtliche Allerweltsvorstellungen, nicht selten mit einem schönen Etikett wie etwa „sozial“ versehen, schleichen sich in manche Entscheidungen ein; so etwa die Vorstellung, eine natürliche Person werde von einem Rechtsstreit „härter“ betroffen als eine juristische Person, oder der Verbraucher sei stets „schlechter“ dran als der Händler.

Ferner muß der Gesetzgeber mittels zureichender Grundentscheidungen auch die Rechtskontinuität fördern. Denn sie kann für die Trennung rechtsrelevanter und rechtsirrelevanter Faktoren nicht entbehrt werden und hat sogar ihre besonderen Tücken, weil sie in diesem Selektionsprozeß eine Variable in doppeltem Sinne bildet: Ihr Stellenwert ist nicht nur im Blick auf das Besondere des jeweiligen Konflikts zu bestimmen, sondern auch danach, ob sie für einen Rechtssatz konkreteren oder abstrakteren Gehalts streitet. Auch hier steht heute nicht mehr alles zum Besten. Es sei nur daran erinnert, daß der Gesetzgeber jüngst die höchstrichterliche Rechtsprechung mit zwei recht spektakulären ad-hoc-Gesetzen belehren mußte, der Schutz vorgemerakter Ansprüche im Konkurse und die Beurkundungserfordernisse beim Grundstückskauf könnten rechtliche Kontinuität nicht entbehren.

Ohne Kontinuität kann es keine subjektive Rechtsgewißheit für die Bürger geben. Aber leider tragen auch die Bürger selbst dazu bei, solche Kontinuität zu zerstören und den Willkürverdacht zu nähren. Ich will hier nicht von ideologisch begründeten Vorwürfen sprechen, die Rechtswillkür behaupten, um Staats- oder Klassenwillkür bloßzustellen. Sie sind zwar – auch in den Reihen der Juristen – noch nicht ganz verstummt, werden und müssen aber politisch bewältigt werden. Ich meine vielmehr jene verbreitete Flucht des Bürgers vor dem Recht, wenn es ihm unbequem zu werden beginnt. Man ist heute nicht mehr durchweg bereit, Rechtssätze als für alle und ausnahmslos verbindlich zu akzeptieren und sich ihnen zu unterwerfen. Man sucht vielmehr nicht selten, durch scharfsinnige Veränderungen der rechtlichen Anknüpfungspunkte in der sozialen Wirklichkeit der Rechtsgeltung zu entinnen. Was sich beispielsweise in der Organisation der Handelsgesellschaften und Unternehmen unter dem früheren Körperschaftssteuerrecht und auch unter dem Mitbestimmungsgesetz getan hat, droht das allgemeine Verständnis vom Recht auf dessen Zwangsmoment zu verengen. Solches Ausweichen vor lästigen rechtlichen Konsequenzen entwertet Rechtsregeln zu Objekten individuellen Gegensteuerns. Der Scharfsinn der Verbandsjuristen verwendet hier die Privatautonomie als Mittel individueller Rechtspolitik, die den Gesetzgeber womöglich zu einer perfektionierten Reglementierung herausfordert; ein solches Katz-und-Maus-Spiel zwischen Gesetzgeber und Rechtspraxis könnte auf Dauer für die soziale Legitimierung rechtlicher Entscheidungen wenig Hoffnung lassen.

Wenn man solche Bedenken mit Juristen insbesondere rechtsberatender Berufe erörtert, stößt man zumeist auf Unverständnis. Es wird geltend gemacht, man weiche in diesen Fällen den einschlägigen Regelungen schließlich auf „gesetzmäßigem“ Wege aus, halte sich beispielsweise innerhalb der rechtlich verbürgten Organisationsfreiheit, und zur weiteren Rechtfertigung wird dann ebenso regelmäßig wie bezeichnend

eine inhaltliche Kritik des betreffenden Rechtssatzes nachgeschoben. Damit stellt man indes das Prinzip der Argumentationsoffenheit des Rechts in Frage, auf das man sich sonst, wenn es um den eigenen Nutzen geht, nur zu gern beruft. Wer nämlich erkannt hat, daß die eigenen Argumente nicht stichhaltig sind, entwertet die auch von ihm zutreffend beurteilte einschlägige Regelung, wenn er sich ihr durch Buchstabeninterpretation zu entziehen sucht.

Gerade ein der allgemeinen Diskussion so sehr geöffnetes, fast möchte ich sagen: preisgegebenes Recht wie das unsere kann sich eben nur unter bestimmten sozialpsychologischen Voraussetzungen bewähren. Weil wir einen inhaltlichen Konsens in vielen Fragen nicht mehr erwarten dürfen, müssen wir wenigstens den Weg, auf dem juristische Entscheidungen gewonnen werden, konsensfähig halten. Äußert jede Entscheidung konkretisierende Rückwirkungen auch für das objektive Recht, so muß für jeden Rechtsstreit gewährleistet sein, daß er durch eine in rechtlicher Diskussion gewonnene Entscheidung abgeschlossen wird. Das kann aber nur gelingen, wenn wir das Recht als Regelung annehmen und es nicht als lästigen Zwang abtun, dem man tunlichst ausweicht. Wer sich als Adressat einer Norm betroffen weiß, muß sie befolgen, auch wenn er noch so berechtigt rechtspolitische Kritik daran üben kann. Das sollten insbesondere die Juristen in rechtsberatenden Berufen beherzigen. Ihnen fällt die wichtige Aufgabe zu, die Privatautonomie als Äußerung des Rechts zu verstehen und zu fördern, und nicht, privater Willkür über lästige normative Schranken hinwegzuhelfen. Denn auch die Privatautonomie hat an der Rechtsverwirklichung teil, und man darf dort, wo man in einem Rechtsstreit keine stichhaltigen Argumente mehr vorbringen könnte, nicht noch den Vertrag als Instrument einer privaten Gegenordnung einsetzen.

Daß freilich eine solche Haltung von den Bürgern nur verlangt werden kann, wenn auch der Gesetzgeber das Seine zur inneren Stabilisierung des Rechts beiträgt, habe ich schon hervorgehoben. Dem sind hier noch zwei Aspekte hinzuzufügen: Zum einen muß der Gesetzgeber wieder stärker die eigene Verantwortung für seine Gesetze betonen. Wir beobachten immer wieder, wie Gesetze, kaum erlassen, auf den Prüfstand der Verfassung gezerrt werden. Je häufiger sie diese Prüfung bestehen, desto mehr fühlt sich die jeweilige Parlamentsmehrheit auf dem richtigen Wege. Schließlich vergißt sie über dem Bemühen um Verfassungsmäßigkeit das Nachdenken über die Richtigkeit ihrer Gesetze. Auch Verfassungsmäßigkeit als Regelungsziel bedeutet Flucht aus der Verantwortung und sie trifft sich in bedenklicher Weise mit der zunehmenden Neigung der Bürger, ihre Kritik am geltenden Recht gleichfalls in die Verfassung zu projizieren.

Zum anderen werden die Gesetze unserer Tage leider häufig im Zustand der Notreife verabschiedet. Der Gesetzgeber vermochte seinen überschießenden guten Willen nicht in justiziable Formen zu gießen (Beispiel: Verfahren in Familienrechtssachen). Das Gesetz bietet dann keine gedeihliche Grundlage für die juristische Arbeit, zumal wenn nachträgliche Teilnovellierungen auch die inzwischen gewonnenen Ansätze wieder zunichte machen. In solchen Fällen fehlt die klare Zäsur zwischen dem Gesetzgebungsverfahren und der Anwendung des Gesetzes. Es besteht die Gefahr, daß die dem Gesetz vorausgegangene rechtspolitische Diskussion einfach bei der Konkretisierung des Gesetzes für die einzelnen sozialen Konflikte fortgesetzt wird. Daß auch dies dem kritisierten individuell-rechtspolitischen Gegensteuern der Bürger Vorschub leistet, brauche ich kaum zu betonen.

Die Schlüsselrolle in der prozessualen Rechtsverwirklichung fällt geradezu selbstverständlich dem Richter zu; nicht deshalb, weil sein Einfluß auf den Verfahrensgang fortschreitend, zuletzt im Zivilprozeß mit der sog. Vereinfachungsnovelle, verstärkt worden ist, sondern weil er entscheiden und die Verantwortung für diese verbindliche Rechtskonkretisierung tragen muß. Es hängt in erster Linie vom Verhandlungs- und Entscheidungsstil des Richters ab, ob die Chancen der rechtlichen Diskussion genutzt werden, die Beteiligten den Eindruck gewinnen, mit allen Argumenten gehört und ernst genommen zu werden, auch verstehen, aus welchen Gründen ihre Argumente keinen Erfolg haben konnten u.s.f.

Der Richter muß sich insbesondere darum bemühen, den Beteiligten auch die verfahrensrechtlichen Zurechnungsgründe verständlich zu machen. Sonst entsteht, wie leider in der Praxis nicht selten zu beobachten ist, der Eindruck, man werde vom Richter um sein Recht gebracht. Die Identität der vorprozessualen mit der prozessualen Rechtslage kommt den Beteiligten aus dem Blick. Sie müssen annehmen, vor Gericht gelte ein ganz anderes Recht als jenes, das sie bisher, beispielsweise bei dem Versuch der gütlichen Streitbeilegung, vorausgesetzt hatten. So wird die Möglichkeit künftiger subjektiver Rechtsvergewisserung gestört.

Dafür möchte ich ein Beispiel anführen: Jemand erzählte mir entrüstet, er habe nicht nur seinen Schadensersatzprozeß wegen eines in der Reinigung verdorbenen Teppichs verloren, sondern nach der Urteilsverkündung habe ihm auch noch ein Mitglied der Zivilkammer gesagt: „Wir wissen zwar, daß Sie recht haben, aber wir konnten Ihnen leider nicht helfen.“ Das Reinigungsunternehmen hatte offenbar zwielichtige Zeugen aufmarschieren lassen, die bekundet hatten, der Teppich sei schon in verdorbenem Zustand zur Reinigung gegeben worden. Dieses Beispiel scheint mir in mehrfacher Hinsicht lehrreich, aber es geht mir in diesem Zusammenhang nicht

darum, daß sich ein Richter nicht auf so billige Weise aus der Entscheidungsverantwortung stehlen kann, sondern um die Notwendigkeit, bei den Parteien um Verständnis für die beschränkten Erkenntnismittel des Gerichts und für die durch das Verfahren bedingte Relativierung rechtlicher Richtigkeit zu werben. Auch die prozessualen Zurechnungsgründe müssen als Rechtsregeln angenommen werden, und hiervon mögen sich die Parteien durchaus motivieren lassen, sich in Zukunft zäher um die Erhaltung einverständlicher subjektiver Rechtsgewißheit zu bemühen.

Wichtig ist ferner, daß der Richter seine Entscheidung trifft als das Ergebnis einer vom Recht gebotenen und deshalb auch als spezifisch rechtlich zu führenden Diskussion. Folgt er dieser Leitlinie, so wird er nicht in den Fehler verfallen, die Argumente der Beteiligten nicht ernst zu nehmen; er wird sich aber auch nicht von diesen Argumenten überwältigen lassen, sondern er wird einen konkretisierenden Ableitungszusammenhang zum objektiven Recht herstellen, um jedes Argument auf seine rechtliche Relevanz zu überprüfen.

c)

Damit komme ich zu der dritten und letzten Frage, wie das objektive Recht seine innere, stabilisierende Ordnung bewahren kann, auch wenn es sich jedermanns Argumenten öffnet und durch zahllose Entscheidungen fortschreitend differenziert und verändert wird. Hierfür erweist sich eine kurze methodengeschichtliche Rückbesinnung als nützlich: Für die ihr zufallenden Aufgaben scheint mir die Rechtsprechung noch nicht durchweg gerüstet, weil offenbar die Herrschaft der Begriffsjurisprudenz nach den großen Kodifikationen immer noch Fernwirkungen äußert. Zu jener Vorstellung, aus einem begrifflich geschlossenen System Entscheidungen für alle Konflikte ableiten zu können, hat die Rechtsprechung nie ein konstruktives Verhältnis gefunden. Dabei haben die Kritiker insofern unrecht, als sie der Begriffsjurisprudenz Statik oder gar Selbsttäuschung über die eigene Methode vorwerfen. Wie dynamisch diese Methode war, können wir aus vielen Werken der damaligen Zeit ablesen. Begrifflichkeit bedeutete in jenem hochwissenschaftlichen Begriffspositivismus doch wohl nichts anderes als die Verwendung von Kürzeln für dogmengeschichtlich entwickelte und präsenste Argumentationszusammenhänge. Ihre heutige Trivialisierung zur Taschenspielerkunst – man entwickelt aus dem Begriff, was man zuvor hineinlegte – hat also die Begriffsjurisprudenz gewiß nicht verdient. Ihr kritischer Punkt liegt an anderer Stelle: Sie überforderte die Rechtspraxis, die genötigt ist, zur Begründung ihrer Entscheidungen alle Argumente unverkürzt und in gedanklichem Zusammenhang Schritt für Schritt zu entwickeln.

Weil die Rechtspraxis nicht die lange dogmengeschichtliche Entwicklung der Rechtsbegriffe und den damit vorhandenen Argumentationsschatz präsent zu halten vermochte, konnte ihr die Begriffsjurisprudenz als statisch starrer Positivismus erscheinen; und dieser Eindruck mußte sich mit dem Übergang der Begriffsjurisprudenz auch in das Staatsrecht nur noch verstärken: Denn dort fehlte den Begriffen ein vergleichbarer geschichtlicher Unterbau.

So haben Gesetzes- und Richterrecht – schon deren Unterscheidung in einer vom Kodifikationsgedanken beherrschten Rechtsordnung ist bezeichnend – bis heute einander nicht nur gestützt und verfestigt, sondern auch kritisiert und korrigiert. Die Vorstellung, der Gesetzgeber bestehe auf striktem Recht, die Rechtsprechung mühe sich um Billigkeit, ist auch von den methodischen Gegenströmungen nicht eigentlich überwunden worden. Entweder hat man sie als Aufforderung verstanden oder mißverstanden, sich mit außerrechtlichen Faustregeln zu begnügen: was wird heute beispielsweise nicht alles in Verfolg der Interessenjurisprudenz gegeneinander „abgewogen“? Oder man fühlt sich zur Verwirklichung der „Einzelfallgerechtigkeit“ berufen, weil man sich freirechtlichen Vorstellungen nähert und beispielsweise Gesetze als die Summe ihrer einzelnen Rechtsregeln ohne inneren systematischen Zusammenhang fehlinterpretiert.

Gewiß würde ich allein mit solchen, sich insbesondere um die Generalklauseln scharenden Entscheidungen ein recht verzerrtes Bild unserer heutigen Rechtsprechung zeichnen. Gerade dort, wo sich der Gesetzgeber verschwiegen hat, haben die Gerichte die Nötigung durchaus erkannt, allgemeine Entscheidungsmaximen zu entwickeln und den rechtlichen Systemzusammenhängen einzufügen. Ich erinnere an das wohl jüngste Beispiel, die Qualifizierung der Sozialansprüche im Konkurs des Arbeitgebers als vorrangige Konkursforderungen. Unabhängig davon, ob man diese Entscheidung des BAG für richtig hält, wird man ihr jedenfalls den Respekt für die geleistete wechselseitige Harmonisierung arbeitsrechtlicher und konkursrechtlicher Rechtssätze nicht versagen können; und diese Entscheidung steht auch in einer langen guten Tradition schrittweise von Urteil zu Urteil verfestigter Rechtsinstitute. Das belegen Stichwörter wie: arbeitsrechtlicher Freistellungsanspruch, Wegfall der Geschäftsgrundlage, culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und dergleichen mehr.

Aber neben dieser ordnenden, das Besondere und Neue eines Konflikts mit rechtsdogmatischen Fragestellungen einkreisenden Entscheidungskunst bricht dann doch unvermittelt wieder ein irrlichterndes Billigkeitsdenken durch. Der Beispiele sind leider viele, ob nun in einem vereinzelt Urteil des BAG⁵⁷ die Unzumutbarkeit der

57 BAG DB 1978, 1647.

Haftung für einen rechtswidrigen Streik beschworen und darüber die Zumutbarkeit des Schadens für den bestreikten Arbeitgeber vergessen wird, oder ob die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf letztlich auf dem Billigkeitstopos beruht, der Abzahlungskäufer dürfte durch die Aufspaltung des einheitlichen Kaufvertrages in Kauf- und Darlehensvertrag nicht benachteiligt werden. Das letzte Beispiel zeigt anschaulich, was Billigkeit anrichten kann, wenn sie der rechtskonkretisierenden Arbeit vorausseilt: Für den Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Abzahlungskauf ist die Primärfrage niemals genügend ausgelotet worden, ob man nämlich dem Abzahlungskäufer einen weit über das funktionelle Synallagma hinausreichenden Schutz allein deshalb zubilligen darf, weil er kreditbedürftig ist. Man wandte sich stattdessen gleich den „Konstruktionen“ des Durchgriffs im Dreiecksverhältnis zu, stritt um Nuancen, wo es noch um das Ganze ging. Die Konsequenzen sind fatal. Die Banken bevorzugen jetzt andere Kreditformen, bei deren Inanspruchnahme der Käufer wie ein Barkäufer behandelt wird und nun auch noch den Schutz des Abzahlungsgesetzes verliert.

Daß ein so argumentations- und interpretationsoffenes Recht wie das unsere auf „vagabundierende Billigkeit“ (*Esser*) gar nicht angewiesen ist, habe ich schon dargelegt. Dem ist nur noch der Hinweis hinzuzufügen, daß solche Billigkeit und die ihr vergleichbaren Ersatzbegriffe wie: Unzumutbarkeit, Härte, Untragbarkeit gerade einem flexiblen Recht höchst gefährlich werden können. Flexibilität bewirkt stets auch eine gewisse Labilität, weil in dem sich ständig durch Konkretisierungen differenzierenden und auch verändernden Recht inhaltliche Festschreibungen allein die unverzichtbare stabilisierende Ordnung nicht (mehr) gewährleisten können. Denken wir nur daran, was aus der Auswahl- und Überwachungshaftung für Verrichtungsgehilfen geworden ist! Wahrscheinlich wird diese Regelung zu den ursprünglichen gesetzlichen Fehlentscheidungen zu zählen sein, aber wir können darob dem Gesetzgeber nicht einmal zürnen, weil wir ihr so viele wichtige Einsichten verdanken: Ich nenne nur das vertragsbegleitende Schutzverhältnis, den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die Produzentenhaftung. Eine inhaltliche Fixierung der Gehilfenhaftung hat also dieser Rechtssatz niemals erreicht; man kann eher sagen, daß er allmählich in sein Gegenteil verkehrt wurde. Dennoch sieht in dieser Entwicklung niemand etwas Anstößiges oder vermutet darin Willkür statt Rechtsverwirklichung.

Die Frage nach der – offenbar doch vorhandenen – stabilisierenden Ordnung einer solchen Entwicklung führt zu den Gefahren einer auf „Billigkeit“ eingeschworenen Rechtsprechung zurück. Auf weitgehende Festschreibung der Entscheidungsinhalte kann nur verzichtet werden, wenn der Weg zu jeder einzelnen Entscheidung als spezifisch rechtlicher und in rechtlich überprüfbarer Weise zurückgelegt wird. Der

einzelne Konflikt muß fortschreitend vom konkreten zum allgemeinen hin mit dem bisherigen Rechtszustande verglichen, seine Lösung muß aus den bisherigen Rechtsätzen unter begleitender Kontrolle anhand der beherrschenden Regelungszwecke entwickelt und damit zugleich den schon vorhandenen Denkformen eingegliedert werden. Wie solche rechtsdogmatische Arbeit im einzelnen verfährt, mag hier auf sich beruhen. Wichtig für uns ist nur, daß der Richter genötigt ist, die konkrete Richtigkeit jeder einzelnen Konfliktsentscheidung in den jeweiligen rechtlichen Ableitungszusammenhängen mitzudenken, weil nur dann die geforderte wechselseitige Vermittlung des sozialen Konflikts und der einschlägigen Rechtssätze in rationaler und überprüfbarer Weise gelingen kann.

Demgegenüber bricht die Feststellung, etwas sei unbillig, unzumutbar oder untragbar, den konkretisierenden Rechtsbildungsprozeß ab. Der Konflikt wird aus den maßgebenden rechtlichen Zusammenhängen ausgeblendet. An die Stelle der Entscheidung nach Rechtsgrundsätzen tritt eine empirisch orientierte, häufig moralisierende Zwangsschlichtung. Das mag bei ersten tastenden Versuchen zur Bewältigung neuer Konfliktsituationen noch eben angehen, weil dann der Rückgriff auf empirisch gefärbte Scheinargumente nur signalisiert, die eigentliche rechtliche Bewältigung müsse noch geleistet werden. Kommt es aber zur Verfestigung solcher außerrechtlichen Maximen, so wird die Rechtsverwirklichung tiefgreifend gestört. Näher möchte ich drei Aspekte nennen:

a.

Für die betroffenen Konflikte kann die Rechtsdogmatik als die rechts- und wirklichkeitsvermittelnde Entscheidungskunst nicht mehr die erforderliche Regelungskonsequenz gewährleisten. Werden beispielsweise, wie schon angedeutet, dem Abzahlungskäufer außerhalb des abzahlungsrechtlichen Schutzbereichs Sonderrechte gegenüber dem Verkäufer eingeräumt, so wird ihn die Rechtspraxis eben zum Barkäufer zu machen suchen und ihm auch noch den abzahlungsrechtlichen Schutz entziehen. Jeder neue soziale Konflikt erfordert eben – wenn auch beschwerlich genug – auch den erneuten dogmatischen Brückenschlag vom Einzelkonflikt zur Rechtsordnung, weil den überkommenen Rechtsregeln ohne schrittweise konkretisierende Anknüpfung neue Argumente nicht widerspruchsfrei eingefügt werden können. Ich möchte als Beispiel noch die Ausbreitung und rechtliche Duldung des Sicherungseigentums und des verlängerten Eigentumsvorbehalts nennen, kraft deren wir als Konsumenten heute nur noch von Nichteigentümern kaufen können und gleichwohl versuchen müssen, uns unseren „guten Glauben“ an das Eigentum oder wenigstens die Verfügungsmacht des Verkäufers – sofern er Kaufmann ist – irgendwie zu erhalten. In Wahrheit

ist die Verkehrsschutzkonzeption des BGB für Sicherungsrechte⁵⁸ längst außer Kraft gesetzt. Aber statt sie selbst für diese Rechte zu reformieren, wie es dogmatischer Konsequenz entspräche, kuriert die Rechtsprechung an den Symptomen herum. Das führt zu den merkwürdigsten Ergebnissen. So kann man heute womöglich Bausteine zwar nicht mehr durch Übereignung gutgläubig erwerben, aber wenn man sie nur schnell genug in das eigene Haus einbaut, darf man sie behalten und braucht infolge bereicherungsrechtlicher Kunstgriffe auch keinen Wertersatz zu zahlen.⁵⁹

b.

Grundsätzlich bedenklicher ist das andere, daß mit der Übernahme empirischer Sätze als Entscheidungsmaximen das Entscheidungsergebnis von der Entscheidungsgründung getrennt wird.

Die Jurisprudenz gerät in die zwielichtige Rolle des Argumentationslieferanten für beliebige, womöglich willkürlich vorgegebene Ziele. Rechtfertigt beispielsweise ein Gericht seine vom Herkömmlichen abweichende Entscheidung mit apodiktischen Feststellungen wie: eine Partei dürfe nicht unzumutbar belastet werden oder dergleichen, so beeilt sich nicht selten die Literatur, solcher Entscheidung die Begründung nachzuliefern. Zu diesem Zweck werden dann dogmatische Denkfiguren gemustert, verworfen, kombiniert oder auch kumuliert, und das Ganze hinterläßt auch für den Nichtjuristen den peinlichen Eindruck, das Ergebnis habe ohnehin festgestanden. Eine kontrollierende Konkretisierung des Rechts bis hin zu der Einzelentscheidung findet gar nicht statt. Im Blick auf solche Arbeitsweise kann der Vorwurf nicht verwundern, daß juristische Entscheidungen maßgeblich vom – außerrechtlichen – Vorverständnis des Entscheidenden geprägt seien.

c.

Schließlich – und das scheint mir das Bedenklichste – können sich infolge häufiger Berufung auf Billigkeitstopoi oder rechtlich nicht adaptierte empirische Erkenntnisse auch außerrechtliche Sätze höherer Abstraktion bilden und im Recht als allgemeine Maximen einnisten. Sätze wie jener, bei allen (!) Konflikten zwischen Verkäufer und Käufer sei die vorrangige Schutzwürdigkeit des Käufers zu beachten, oder jener, der Schuldner verdiene mehr Schutz als der Gläubiger, stellen in ihrer unkritischen Vermischung rechtlicher Begrifflichkeit mit empirischen Erkenntnissen, etwa eige-

⁵⁸ Vgl. BGH JZ 1980, 572.

⁵⁹ Vgl. BGHZ 56, 228; nachmals bestätigt durch BGH NJW-RR 1991, 343.

nen schlechten Erfahrungen, oder mit sozialpolitischen, ideologischen Vorstellungen u.s.f. die Argumentationsoffenheit unseres Rechts in Frage. Recht kann sich nur in einer Diskussion fortentwickeln, die seine stets und unabdingbar inhaltsbezogene Verbindlichkeit respektiert. Demgegenüber gäbe eine beliebigen Einflüssen geöffnete Spruchpraxis das Bemühen um konsensfähige Allgemeinverbindlichkeit auf. Das müßte in einer sozial desintegrierenden Willkür enden – es sei denn, man hinge der utopischen Vorstellung an, wir könnten zu einem allgemeinen und allumfassenden inhaltlichen Konsens über das Gerechte, Gute, Wahre zurückfinden. Der strikteste und gewiß nicht schätzenswerte Gesetzespositivismus wäre allemal noch sozial nützlicher als ein – naiver oder auch ideologisch motivierter – empirischer Positivismus, kraft dessen schließlich jeder alltägliche politische Irrtum oder jede individuelle Laune in Verbindlichkeit umschlagen könnte.

Gewiß gibt es auch noch strenge inhaltliche Festschreibungen in unserem Recht. Ich erinnere an den Satz: „nulla poena sine lege“ im Strafrecht oder an die Regel „in dubio pro libertate“, der vielleicht im öffentlichen Recht noch eine ähnliche Funktion zukommt. Dennoch nehmen die unverrückbaren inhaltlichen Fixpunkte ab, und in demselben Maße wächst die Notwendigkeit, wenigstens den Weg zur Rechtsverwirklichung konsensfähig zu erhalten. Dafür besteht nur Hoffnung, wenn jede einzelne Entscheidung ihre Mittlerrolle zwischen Bürgermeinung und Rechtsordnung ernst nimmt. Dies setzt nicht nur eine vollständige, unter rechtlicher Verbindlichkeit geführte Diskussion mit den Beteiligten voraus, sondern die penible Prüfung, ob sich das behauptete Besondere oder Neue auch gegenüber den bisherigen Rechtsregeln als stichhaltig erweist. Oder kürzer: Jede Entscheidung muß sich als Konkretisierung dem Recht als Sinnanzem einzufügen suchen. Den Irrtum der Freirechtsschule, Gesetze seien nur die Summe aller einzelnen Rechtssätze, ihnen fehle der innere Zusammenhang, kann sich ein durch Gesetz und Richterspruch verwirklichtes Recht gerade nicht leisten. Es muß auch in der Differenzierung dem Gleichheitssatz genügen, in der Fortentwicklung die Kontinuität wahren, weil es anders die Rechtsrelevanz des Besonderen und des Neuen nicht glaubwürdig darstellen kann.

Wer dies beachtet, wird auch nicht vorschnell Rechtssätze höherer Abstraktion in Frage stellen, wenn ihm konfliktsbezogene Argumente einleuchten. Es entspricht oder es entsprach jedenfalls gutem richterlichen Stil, Veränderungen erst einmal in konkreteren Sätzen mit begrenztem Anwendungsbereich reifen zu lassen. Sonst läßt sich nicht abschätzen, wieviele andere Konflikte von einer singulären Rechtsänderung womöglich mitbetroffen werden. Die heute leider nicht seltene Neigung, Ungenügen im Besonderen gleich als Indikation für die Fehlsamkeit des Ganzen zu nehmen, stört entweder die innere Ordnung des Rechts oder verwehrt stichhaltigen Argumenten

wegen deren dann nicht abzuschätzender Tragweite die Berücksichtigung. Den Geboten rechtlicher Kontinuität und Gleichbehandlung kann nur genügen, wer Augenmaß für die Wirkungsbreite vorgebrachter Argumente beweist.

Dann steht auch die – in einem flexiblen Recht nur schwer zu verwirklichende – Rechtsvereinheitlichung in den Tatsacheninstanzen unter weniger strengen Vorzeichen als in der Revisionsinstanz. Das Besondere eines Konflikts wird nicht nur häufig im Tatsächlichen liegen, sondern man kann gegenüber abweichenden Urteilen in vergleichbaren Konflikten auch auf die Mitverantwortung aller Beteiligten für die rechtliche Diskussion in ihrem eigenen Prozeß verweisen.

Unter diesen, hier notwendig nur skizzierten Bedingungen sollten wir die innere, stabilisierende Ordnung unseres Rechts erhalten können, jedenfalls, solange wir uns von ihm nötigen lassen, stets an das schon Bestehende, das Überlieferte anzuknüpfen, gleichgültig, ob der Anstoß zu neuen Wegen von der Änderung der Rechtssätze, insbesondere einem neuen Gesetz ausgeht, oder von Änderungen des Soziallebens. Die Erkenntnis, Neues wagen zu müssen, bringt kein Mehr an Entscheidungsfreiheit, sondern verschärft nur die aus der Bindung an Gesetz und Recht erwachsende Verantwortung. Die vom Richter geforderte Entscheidungshaltung wird deshalb auch heute noch zutreffend mit dem Begriff der „Rechtsfindung“ beschrieben. Wer von „Rechtssetzung“ oder „Rechtsgestaltung“ spricht, verwechselt den Weg zur Entscheidung mit deren späterer Bedeutung als Baustein der Rechtsordnung. Daß den Beteiligten nicht neues, außerhalb jeder Vergewisserung stehendes Recht angesonnen werden darf, habe ich schon betont. Hier möchte ich nur noch hinzufügen, daß die konkretisierende Rechtsverwirklichung nichts mit selbstherrlicher individueller Rechtspolitik zu tun hat.

Nur wenn wir subjektiv die strikte Bindung an Gesetz und Recht akzeptieren, verdienen wir den objektiven Entscheidungsspielraum, den uns ein auf Diskussion angelegtes Recht einräumt. Diese Entscheidungshaltung darf nicht aus dem Blick und der Verantwortung der Juristen kommen. Sonst werden die Chancen der heute möglichen rechtlichen Diskussion verspielt. Entweder wird dann auch noch vom Recht eine soziale Desintegration ausgehen; oder der Gesetzgeber wird – nicht zum ersten Male in der Geschichte – die Rechtspraxis kleinlich reglementieren müssen. Beidem sollten wir vorbeugen.

3. Das Schiedsverfahren*

Wenn man sich mit diesem Thema beschäftigt, merkt man bald, daß es sehr optimistisch formuliert worden ist: Es gibt nicht „das“ Schiedsverfahren schlechthin, das von allen Schiedsgerichten in schöner Harmonie geübt und nach denselben Verfahrensregeln abgewickelt würde. Vielmehr gibt es Schiedsverfahren in einer verwirrenden Fülle, mit Unterschieden im Grundsätzlichen und im Detail, mit unterschiedlichen Funktionen und vor unterschiedlich zusammengesetzten Schiedsgerichten. Nicht einmal die allergrundsätzlichste Frage ist abschließend geklärt, ob man von einem Schiedsverfahren nur sprechen darf, wenn „Recht gesprochen“ wird, oder ob Schiedsgerichte auch andere Aufgaben wie insbesondere die sachverständige Feststellung umstrittener Tatsachen, die Bestimmung vertraglicher Leistungen nach billigem Ermessen u.s.f. übernehmen können. Mit der Annäherung an diese sog. Schiedsgutachtertätigkeit drohen die verfahrensrechtlichen Konturen vollends zu verschwimmen. Dies gilt um so mehr, als man auch zwischen den Zielen des Schiedsverfahrens und des Schiedsgutachterverfahrens Gemeinsamkeiten feststellen zu können meint: Der Schiedsgutachter soll in aller Regel Feststellungen nach billigem Ermessen treffen dürfen, und dasselbe „billige Ermessen“ soll auch dem Schiedsrichter für seine Entscheidung eingeräumt werden können; dies, obwohl dem deutschen Recht eine dem französischen Recht vergleichbare Unterscheidung zwischen Schiedsrichter (*arbitre*) und Güterichter (*amiable compositeur*) fremd ist.

Bei einem derart problematischen Befund könnten wir versuchen, uns dem Thema mittels einer empirischen Bestandsaufnahme zu nähern: Wenn sich in der Rechtspraxis zahlreiche Schiedsgerichtsordnungen entwickelt und zusammen mit dem Schiedsgerichtswesen offenbar bewährt haben, könnte man sie auf gemeinsame tragende Grundsätze hin analysieren und daraus einen idealen Typus „des“ Schiedsverfahrens zu entwickeln suchen. Schon zwischen den allgemein zugänglichen Schiedsgerichtsordnungen bestehen aber wesentliche Unterschiede. Das Ihnen vorliegende Exemplar kann als typisches Beispiel einer knappen Verfahrensordnung gelten. Es gibt aber auch viele umfangreiche Ordnungen mit Regelungen bis in die Details, und die meisten Schiedsgerichtsordnungen sind auf Verfahren mit für das jeweilige Schiedsgericht typischen Verfahrensgegenständen zugeschnitten. Ein empirischer Vergleich müsste also zunächst die gegenstandsspezifischen Verfahrensregelungen aus den einzelnen Schiedsgerichtsordnungen herausfiltern. Er würde auch dann

* Vortrag beim gemeinsamen Seminar der juristischen Fakultäten der Universitäten Heidelberg und Montpellier, Frühjahr 1986. Wegen der umfangreichen Änderungen des Schiedsverfahrensrechts der ZPO wird auf deren aktuelle Regelungen hingewiesen.

nicht als repräsentativ gelten können, weil die Ordnungen, nach denen die ad hoc eingesetzten Schiedsgerichte verfahren, nicht allgemein zugänglich sind.

Wir werden uns also unserem Thema vom Gesetz, d. h. von der ZPO her nähern müssen, zumal an seinen zwingenden Bestimmungen die von den Beteiligten aufgestellten Schiedsgerichtsordnungen ohnehin ihre Grenzen finden. Freilich ist eben hiermit auch schon die besondere Problematik dieses normativen Weges bezeichnet: Wozu und wie weit soll es zwingendes Recht für Schiedsverfahren geben, wenn diese Verfahren doch auf der freien EntschlieÙung der Beteiligten beruhen und die Schiedsrichter sogar zugunsten einer Entscheidung nach billigem Ermessen von der Anwendung materiellen Rechts entbunden werden können? Das Schiedsverfahren ist unter normativem Aspekt mehrschichtig angelegt. Es beruht jedenfalls auch auf der Vertragsfreiheit oder Privatautonomie, kraft deren die Beteiligten ihre Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich regeln können. Zwar hindert niemand die Beteiligten, sich des staatlichen Verfahrensrechts zu bedienen. Fast alle Vorschriften der ZPO stehen für ein Schiedsverfahren zur Verfügung, je nach Wahl als harmonisches Ganzes oder als Steinbruch für genehme Einzelregelungen. Die entscheidende Frage lautet demgegenüber, welcher Grundbestand zwingenden Rechts der Privatautonomie in Schiedsverfahren Grenzen setzt, und ob sich aus ihm Schlußfolgerungen für „das“ Schiedsverfahren in einem gewissermaßen idealtypischen Sinne ziehen lassen.

Demzufolge wird sich mein Referat vornehmlich mit einer normativen Bestandsaufnahme zu befassen haben: Zuerst gehen wir der Frage nach, weshalb es überhaupt Verfahrensrecht, insbesondere zwingendes Verfahrensrecht für das Schiedsverfahren geben muß. Daran schließen sich die Fragen an, welche Verfahrensregeln zwingender Natur sind, was sie leisten sollen und leisten können, und wie ihre Einhaltung gewährleistet wird. Abschließend sollen die Grundlagen des Schiedsverfahrens kurz unter den beiden Aspekten überdacht werden, in welchem Verhältnisse das Schiedsverfahrensrecht zum allgemeinen Verfahrensrecht steht, und wie sich die Geltung des Schiedsspruches zum materiellen Recht verhält.

a) Normative Bestandsaufnahme

a. Weshalb brauchen wir Schiedsverfahrensrecht, insbesondere zwingende Verfahrensregeln?

Die Frage nach der Notwendigkeit des Schiedsverfahrensrechts ist nicht so einfach zu beantworten, wie es scheinen möchte: Das Schiedsverfahren beruht auf einer

Vereinbarung seiner Parteien. Schiedsverfahrensrecht ist deshalb nicht unmittelbar geltendes staatliches Recht, sondern, bezogen auf seine Entstehungsgrundlage, immer durch die Privatautonomie der Parteien vermitteltes Recht. Deshalb scheint es so abwegig nicht, den Parteien nicht nur über die Begründung des Verfahrens, sondern auch über dessen gesamten Verlauf eine unumschränkte Herrschaft einzuräumen. Sollte man nicht verändern dürfen, was man begründen und beenden darf? In der Tat gibt es, wie wir noch sehen werden, nur wenige zwingende Verfahrensvorschriften. Im übrigen sind die Parteien in der Verfahrensgestaltung frei, und sie können, wie Ziff. 3 Abs. 7 der Ihnen vorliegenden Schiedsgerichtsordnung zeigt, diese freie Bestimmung auch auf das Schiedsgericht übertragen. Daß es dennoch zwingendes Schiedsverfahrensrecht geben muß, hängt nicht mit der freien Begründung des Schiedsverfahrens, sondern mit seinen typisierten und der Parteidisposition entzogenen Wirkungen zusammen. Ziel des Schiedsverfahrens ist der Schutz subjektiver Rechte durch einen vom Schiedsgericht zu erlassenden Schiedsspruch, und dieser Schiedsspruch entfaltet Wirkungen, die die Parteien – sonst – privatautonom nicht begründen können: Er soll, wie es § 1040 [§ 1055] ZPO formuliert, unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils haben.

Freilich hat es mit dieser sog. Rechtskraft eine eigenartige Bewandnis. Im Widerspruch zum Wortlaut des § 1040 [§ 1055] ZPO ist sie mit der Rechtskraft eines gerichtlichen, d. h. durch ein staatliches Gericht erlassenen, Urteils durchaus nicht zu vergleichen. Man hat deshalb diese Vorschrift als „direkt falsch“ bezeichnet oder als „mißglückten Versuch, die Wirkungen des Schiedsspruches in einem Satze zusammenzufassen“. Denn der Schiedsspruch muß auf Antrag einer Partei noch von den staatlichen Gerichten überprüft werden (§ 1041 [§ 1059] ZPO), und wenn er einen Leistungsbefehl ausspricht, ist er gleichwohl erst vollstreckbar, wenn er in einem vergleichbaren Überprüfungsverfahren (§§ 1042, 1044 [§§ 1060 f.] ZPO) von einem staatlichen Gericht für vollstreckbar erklärt wird. Auch in einem Folgeprozeß zwischen denselben Parteien soll dem Schiedsspruch nur eine gegenüber den Urteilen staatlicher Gerichte geminderte Wirkung zukommen; er soll in diesem Verfahren nicht von Amts wegen, sondern nur auf entsprechenden Antrag einer Partei berücksichtigt werden. Voll gültige Rechtskraft erlangt der Schiedsspruch erst, wenn er von einem staatlichen Gericht für vollstreckbar oder für generell bestandskräftig erklärt worden ist (§ 1043 [§ 1059 Abs. 3 S. 4] ZPO).

Der Schiedsspruch ist hiernach jedenfalls eine Art Entscheidung minderen Rechts. Der Wortlaut des § 1040 [§ 1055] ZPO wird insoweit durch die Möglichkeit der Aufhebungsklage (§ 1041 [§ 1059] ZPO) und die Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung (§§ 1042 ff. [§§ 1060 f.] ZPO) Lügen gestraft. Deshalb hat man den Schiedsspruch und

damit das Schiedsverfahren insgesamt als eine Sonderform vertraglicher Gestaltungen zu deuten versucht (Vertragstheorie), mit der – freilich nie ernsthaft erwogenen – Konsequenz, von zwingendem Schiedsverfahrensrecht überhaupt abzusehen. Trotz gewisser Parallelen zu vertraglichen Gestaltungsformen ist demgegenüber mit der h.A. (Prozessuale Theorie) und im Einklang mit dem geltenden Prozeßrecht – was auch nicht gering veranschlagt werden sollte – an eigenständigen prozessualen Wirkungen des Schiedsspruches festzuhalten. Die Berechtigung dieser Auffassung zeigt sich, wenn man die Wirkungen des Schiedsspruches mit denen ihm nahekommender vertraglicher Gestaltungen vergleicht:

aa.

Vom Vergleich, insbesondere vom Prozeßvergleich, unterscheidet den Schiedsspruch, daß er aufgrund streitigen Parteiverhaltens erlassen wird. Im Gegensatz zum Prozeßvergleich muß ihm deshalb eine zwangshaft Streitbeendende Wirkung zukommen, wenn er seinen Zweck erfüllen soll. Während der Prozeßvergleich als die Vereinbarung einer gütlichen Streitbeilegung unter sämtlichen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Kautelen des Vertragsschlusses steht, ist der Schiedsspruch in seiner Bestandskraft von dem Parteiwillen und den Geltungsbedingungen losgelöst.

Gegenüber einem Prozeßvergleich kann sich die Partei auf beliebige Mängel berufen. Sie kann ihn wegen Erklärungs- oder Inhaltsirrtums anfechten, sie kann insbesondere geltend machen, daß man dem Vergleich einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt habe. Der Schiedsspruch dagegen kann nur unter eingeschränkten Voraussetzungen überprüft und wieder aufgehoben werden. Insbesondere kann man sich ihm gegenüber nicht darauf berufen, daß er aufgrund eines unzutreffend beurteilten Sachverhalts erlassen worden sei. Der Schiedsspruch wirkt – ganz wie ein Urteil eines staatlichen Gerichts – Präklusion, d. h. er schließt das nachträgliche Vorbringen solcher Tatsachen aus, die schon vor seinem Erlaß entstanden waren.

bb.

Auch mit der vertraglichen Übertragung gestaltender Befugnisse auf Dritte, insbesondere mit schiedsgutachterlicher Tätigkeit, läßt sich der Schiedsspruch nicht vergleichen. Es ist zwar zulässig, Leistungsbestimmungen, Vertragsanpassungen und dergleichen einem Dritten mit der Wirkung zu übertragen, daß er für die Vertragspartner verbindlich entscheidet (§§ 317 ff. BGB). Aber obwohl sich derartige Gestaltungsermächtigungen zunehmender Beliebtheit erfreuen, beispielsweise auf diesem Wege heute Streitigkeiten über die Feststellung technisch komplizierter Sachverhal-

te erledigt und insbesondere langfristig vereinbarte Geldleistungen an Währungsschwankungen angepasst werden, bleibt auch in diesen Fällen die Bestimmung durch den Dritten hinsichtlich ihrer Wirkungen hinter denen eines Schiedsspruches zurück. In aller Regel ist nämlich die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen (vgl. § 317 Abs. 1 BGB). Deshalb kann jeder Vertragspartner mit der Behauptung die Gerichte anrufen, die Bestimmung sei offenbar unbillig (§ 319 Abs. 1 BGB), und die gerichtliche Ermessensüberprüfung schließt dann auch die Frage ein, ob der Dritte einem erheblichen Irrtum erlegen ist. Hierfür können alle einschlägigen Tatsachen angeführt werden. Die Leistungsbestimmung äußert also gerade keine Präklusionswirkung.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung stellt deshalb mit vollem Recht zwecks Unterscheidung zwischen der schiedsrichterlichen und schiedsgutachterlichen Tätigkeit darauf ab, ob eine die Beteiligten endgültig bindende, also bestandskräftige Entscheidung getroffen werden sollte. Dann handelt es sich stets um einen Schiedsvertrag i. S. der §§ 1025 ff. [§§ 1029 ff.] ZPO, andernfalls um eine bloße Schiedsgutachtenabrede. Diese Unterscheidung verdrängt die früher verbreitete quantitative Unterscheidung danach, ob der Dritte über ein Streitverhältnis im Ganzen entscheiden (dann: Schiedsrichter) oder nur einzelne Feststellungen treffen sollte (dann: Schiedsgutachter).

b. Wie weit ist das Schiedsverfahrensrecht zwingend?

Mit diesen Wirkungen des Schiedsspruches setzen sich im Schiedsverfahren prozessuale, d. h. auf Streitentscheidung angelegte Elemente durch. Anders gesprochen: Diese Wirkungen sind nicht mehr unmittelbar durch Vertrag begründbar, sondern sie erfordern eine eigenständige verfahrensrechtliche Grundlage. Die Parteien können sich im vorhinein diesen Wirkungen des Schiedsspruches nur unterwerfen, wenn sie auch die für ihn unabdingbaren Verfahrensgrundregeln akzeptieren. Deshalb trifft die Definition das Richtige, wonach die Schiedsverfahren eine echte Streitentscheidung innerhalb der Privatrechtsverhältnisse durch nichtstaatliche Gerichte zum Gegenstand haben.

Diese Definition bezeichnet die beiden Leitlinien des Schiedsverfahrensrechts: Die gerichtsförmige Streitentscheidung ist durch einen zwingenden verfahrensrechtlichen Kern zu sichern. Weil es sich andererseits um ein kraft Privatautonomie eingesetztes Gericht handelt, ist es den Parteien weithin freigestellt, wie sie das Schiedsverfahren in Details regeln und handhaben wollen. Die Frage nach „dem“ Schiedsverfahren betrifft deshalb genauer zwei Verfahrensschichten unterschiedlicher Legitimation. Die normativ-zwingende läßt sich – bei einigen Unsicherheiten im einzelnen – einigermaßen

zuverlässig ermitteln, während die zweite, auf Parteiautonomie beruhende, Schicht wegen der schon gekennzeichneten empirischen Schwierigkeiten nur unvollkommen erfaßt werden kann. Hierfür stehen nur die Schiedsgerichtsordnungen der ständigen oder institutionellen Schiedsgerichte zur Verfügung, die von einer Körperschaft öffentlichen Rechts wie den Industrie- und Handelskammern, von den Börsen oder Verbänden eingerichtet werden. Dagegen entzieht sich das dispositive Verfahrensrecht der Gelegenheitsschiedsgerichte, die jeweils nur für einen Rechtsstreit gebildet und nach dessen Abschluß wieder aufgelöst werden, der Auswertung.

aa. Die Bildung der Schiedsgerichte und deren Neutralität

Den Parteien ist freigestellt, wieviele und welche Personen sie zu Schiedsrichtern bestellen wollen. Eine besondere Qualifikation oder Vorbildung ist für das Amt des Schiedsrichters nicht vorausgesetzt. Nur die offenbare Untauglichkeit berechtigt zur Ablehnung (vgl. auch § 1032 Abs. 3 ZPO).⁶⁰ Dieser Auswahlfreiheit liegt der Gedanke zugrunde, daß die Parteien selbst entscheiden sollen, wen sie für kompetent und vertrauenswürdig halten, den Streit zu entscheiden.

Dagegen muß die Neutralität der einzelnen Schiedsrichter wie des Schiedsgerichts im ganzen normativ gesichert werden. Richterliche Neutralität ist die unverzichtbare Mindestvoraussetzung jeder Streitentscheidung in einem rechtsförmigen Verfahren. Wie heikel das Neutralitätsproblem werden kann, zeigt ein Urteil des BGH von 1985:⁶¹ Der BGH mußte einen Schiedsspruch aufheben, weil die Schiedsrichter aus Verärgerung über die Nichtzahlung eines Gebührenvorschusses kurzerhand ohne die gebotene Beweisaufnahme entschieden hatten. Angesichts solcher Entgleisungen verwundert es nicht, daß die ZPO detaillierte Regelungen zur Neutralitätssicherung trifft, und daß auch die Schiedsgerichtsordnungen sich durchweg um institutionelle Vorkehrungen zur Wahrung der Neutralität bemühen. Im einzelnen geht es um drei Fragenbereiche:

(1)

Zum ersten ist das Neutralitätsgebot für die Besetzung des Schiedsgerichts zu beachten. Läßt sich eine Partei schon im Schiedsvertrag eine Überlegenheit bei der Benennung der Schiedsrichter einräumen, so ist der Schiedsvertrag in aller Regel unwirksam (vgl. § 1025 Abs. 2 [ohne Entsprechung] ZPO). Dadurch werden die Parteien

60 Heute § 1038 Abs. 1 S. 1 ZPO: „tatsächlich“ zur Aufgabenerfüllung außerstande.

61 BGHZ 94, 62.

genötigt, sich entweder auf einen neutralen Dritten als einzigen Schiedsrichter oder jedenfalls als Obmann mit ausschlaggebender Stimme im Schiedsgericht zu einigen. Die Schiedsgerichtsordnungen für die ständigen Schiedsgerichte stellen zu diesem Zweck Schiedsrichterlisten auf, aus denen die Parteien dann einen Schiedsrichter oder den Obmann des Schiedsgerichts auswählen (vgl. Ziff. 2 Abs. 2, 3 der vorliegenden Schiedsgerichtsordnung). Es wird aber nicht als Verstoß gegen das Neutralitätsgebot angesehen, daß jede Partei eine gleiche Anzahl Schiedsrichter ernennt, weil offenbar die Vorstellung herrscht, daß sich Interessenbindungen der von den Parteien ernannten Schiedsrichter wiederum wechselseitig neutralisieren. Die ZPO⁶² hat insofern eine geradezu salomonische Entscheidung getroffen, wenn sie mangels Einigung jeder Partei das Recht zur Ernennung eines Schiedsrichters zuspricht (§ 1028 ZPO) und für den Fall der Stimmgleichheit schlicht das außer Kraft treten des Schiedsvertrages anordnet (§ 1033 Ziff. 2 ZPO). Dem liegt die – entgegen mancher Kritik aus dem Schrifttum – vernünftige Einsicht zugrunde, daß einem von wechselseitigem Mißtrauen der Parteien beherrschten Schiedsgericht die Entscheidung nur anvertraut werden kann, wenn sich mit einem einstimmigen Spruch der Einfluß des Amtes gegenüber dem mit der Ernennung verbundenen Einfluß durchgesetzt hat.

Zwecks Neutralitätssicherung geht ferner das Ernennungsrecht nicht auf die andere Partei über, wenn die berufene Partei es nicht ausübt. Vielmehr wird dann der Schiedsrichter vom Gericht ernannt (§ 1029 Abs. 2 ZPO), und dieselbe Regelung gilt, wenn ein schon ernannter Schiedsrichter später ausfällt (§ 1031 ZPO).⁶³ Diese gesetzliche Regelung kann man als halbzwingend bezeichnen. Sie gestattet nicht, das Ersatzernennungsrecht einer Partei zu übertragen, aber einem neutralen Dritten darf die Ersatzernennung anvertraut werden. So bestimmt unsere Schiedsgerichtsordnung unter Ziff. 2 Abs. 4 und 5, daß notfalls die Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf den Ersatzschiedsrichter aus ihrer Schiedsrichterliste bestellt.

(2)

Die Neutralität des Schiedsgerichts in der Führung des Verfahrens wird mit denselben Mitteln gewährleistet, wie die Neutralität staatlicher Gerichte. Schiedsrichter können wegen Besorgnis der Befangenheit und auch bei Vorliegen gesetzlicher Ausschlußgründe wie naher Verwandtschaft ebenso abgelehnt werden wie bei ungebührlicher Verzögerung ihrer Pflichten oder bei in ihrer Person liegenden verfahrensstörenden Mängeln (§§ 1032 [§§ 1036 f.], 42 ZPO). Über das Ablehnungsgesuch entscheiden die

⁶² Heute abweichend §§ 1035, 1039 ZPO.

⁶³ Heute zusammengefasst in §§ 1035 Abs. 3–5 und 1038 Abs. 1 S. 2 ZPO.

staatlichen Gerichte in einem besonderen Beschlußverfahren (§ 1045 [§ 1062 Abs. 1 Ziff. 1] ZPO). Diese heute grundsätzlich für unverzichtbar gehaltene Kontrolle durch staatliche Gerichte wird sehr penibel gehandhabt; Befangenheitsgründe sollen beispielsweise schon aus früherer schiedsrichterlicher Tätigkeit zu Lasten einer Partei erwachsen können. Diese Tendenz zur Verschärfung der Befangenheitskontrolle ist zu begrüßen, weil die Unabhängigkeit der Schiedsrichter nicht in derselben Weise institutionell gewährleistet ist wie die staatlicher Richter.

(3)

Mit diesem Fehlen einer institutionell gesicherten Unabhängigkeit hängt das Dritte zusammen, daß Schiedsrichter nicht in eigener Sache tätig werden dürfen. Leider besteht diese Gefahr (wie die oben mitgeteilte Entscheidung des BGH zeigte) vor allem deshalb, weil die Schiedsrichter von den Parteien vergütet werden und womöglich auf die Höhe ihrer Vergütung durch die Verfahrensführung und Entscheidungen, wie beispielsweise die Festsetzung des Streitwertes, Einfluß nehmen können. Wenn es dann nicht zur Ablehnung der Schiedsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit kommt, kann jedenfalls die Aufhebung des Schiedsspruches beantragt werden, weil ihm ein unzulässiges Verfahren zugrunde liegt (§ 1041 Abs. 1 Ziff. 1 [§ 1059 Abs. 2 Ziff. 1d] ZPO).

Abschließend sei nur noch angemerkt, daß sich die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern nach Vertragsrecht bestimmen. Die Parteien schließen mit den Schiedsrichtern privatrechtliche Geschäftsbesorgungsverträge ab. Diese Verträge bilden auch die Grundlage für Schadensersatzansprüche der Parteien, wenn die Schiedsrichter ihre Pflichten verletzen.

bb. Der Gang des Verfahrens vor dem Schiedsgericht

Für den Gang des Verfahrens bestehen einige zwingende gesetzliche Regelungen (vgl. §§ 1034, 1041 [§ 1042 Abs. 1–3, § 1059 Abs. 2 Ziff. 1d] ZPO). Im übrigen unterliegt das Verfahren der Parteiautonomie, in letzter Linie dem freien Ermessen der Schiedsrichter (§ 1034 Abs. 2 [§ 1042 Abs. 4 S. 1] ZPO). Diese erhöhte Verfahrensflexibilität machen sich auch die Schiedsgerichtsordnungen zunutze, die (wie die vorliegende, vgl. unter Ziff. 3) zumeist nur wenige das äußere Verfahren ordnende Regelungen enthalten und im übrigen auf das freie Ermessen der Schiedsrichter verweisen.

(1)

Von den sog. Justizgrundrechten (oder Verfahrensgrundrechten) gilt das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG) im Schiedsverfahren nicht. Die Schiedsrichter werden (wie dargelegt) ad personam ausgewählt und bestellt. Eben deshalb erwies sich die Sicherung ihrer Neutralität als so besonders wichtig.

Dem Recht auf Justizgewähr, wonach jedermann Anspruch auf vollen und unverzögerten Rechtsschutz hat, und das auf dem Rechtsstaatsprinzip beruht (Art. 20 Abs. 3 GG, vgl. auch Art. 6 EMRK), wird mit einer etwas komplizierten zwingenden gesetzlichen Regelung genügt: Wenn ein Schiedsrichter seine Pflichten nicht wahrnimmt, kann er mit der Folge einer Ersatzberufung abgelehnt werden (§ 1032 [§ 1038] ZPO), und wenn durch Pflichtverweigerungen das Schiedsverfahren im ganzen blockiert wird, dann tritt der Schiedsvertrag außer Kraft (§ 1033 Ziff. 1 ZPO).⁶⁴ Mit anderen Worten richtet sich notfalls der Anspruch auf Justizgewähr – wie vor Abschluß des Schiedsvertrages – wieder gegen die staatlichen Gerichte.

Die schlechthin zentrale Rolle für das Schiedsverfahren und seine rechtsförmige Handhabung kommt dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zu, dessen Verletzung die Rechtsbeständigkeit des Schiedsspruches ausschließt (§ 1041 Abs. 1 Ziff. 4 [§ 1059 Abs. 2 Ziff. 1b] ZPO). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beherrscht das gesamte Schiedsverfahren,⁶⁵ so wie er auch in staatlichen Gerichtsverfahren wie dem der Freiwilligen Gerichtsbarkeit rechtsstaatliche Defizite nachhaltig aufgefüllt hat. Den Parteien ist zureichende Gelegenheit zu Erklärungen und Anträgen zu geben, sie müssen Stellung nehmen können zu Erklärungen der Gegenpartei, Beweise anbieten dürfen, ihre auf Recht und (oder?) Billigkeit zielenden Ansichten vortragen dürfen u.s.f. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs wirkt so bis in den äußeren Verfahrensgang hinein. Beide Parteien dürfen so oft wie nötig und rechtzeitig vor dem vollbesetzten Schiedsgericht alles ihnen erforderlich scheinende vortragen. Auch für die Beweisaufnahme neigt man heute zum Grundsatz der Parteiöffentlichkeit, die früher nicht für erforderlich gehalten wurde, sodaß die Parteien durch Teilnahme an der Beweisaufnahme und nachfolgende Verhandlung über deren Ergebnisse zu einem möglichst wirklichkeitsgetreuen Bild bezüglich aller streitrelevanten Tatsachen beitragen dürfen.

64 Gem. § 1039 Abs. 2 ZPO nur noch kraft Vereinbarung.

65 Vgl. etwa BGHZ 85, 288 ff.

Zur Wahrnehmung ihrer Rechte dürfen sich die Parteien auch rechtskundigen Beistandes bedienen. Rechtsanwälte dürfen jedenfalls als Prozeßbevollmächtigte nicht zurückgewiesen werden, entgegenstehende Parteivereinbarungen sind unwirksam (§ 1034 Abs. 1 Satz 2 [§ 1042 Abs. 2] ZPO). Dagegen verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht, daß mündlich verhandelt werden muß. Wie auch vor den staatlichen Gerichten kann im Einvernehmen mit den Parteien das Verfahren schriftlich geführt werden (vgl. auch Ziff. 3 Abs. 2 der Schiedsgerichtsordnung).

(2)

Kann man hiernach den Anspruch auf rechtliches Gehör als den Wächter über die Rechtsstaatlichkeit des Schiedsverfahrens bezeichnen, so ist letztlich auch im Hinblick auf ihn zu bestimmen, welche Verfahrensmaximen des Zivilprozeßrechts im Schiedsverfahren gelten. Während das Zivilprozeßrecht streng, z.T. formalistisch von solchen Verfahrensmaximen (oder Verfahrensgrundsätzen) strukturiert ist, setzt sich demgegenüber im Schiedsverfahren wiederum eine größere Flexibilität durch. Soweit sie nicht das rechtliche Gehör wahren müssen, gelten Verfahrensgrundsätze nur unter Nützlichkeitsgesichtspunkten.

Wie im Zivilprozeß bestimmen die Parteien auch im Schiedsverfahren über den Beginn, die Grenzen und über eine gütliche Beilegung des Streites. Die sog. Dispositionsmaxime beherrscht also auch das Schiedsverfahren. Wie die Parteien durch den Schiedsvertrag oder dessen Aufhebung über das Verfahren im ganzen disponieren können, steht ihnen folgerichtig auch die Herrschaft über den Verfahrensgang im einzelnen zu. Deshalb müßten die Parteien aber auch alle Förmlichkeiten beachten, die von der Dispositionsmaxime vorausgesetzt werden. Sie müßten insbesondere bestimmte Anträge stellen, deren Bescheidung einen bestands- und vollstreckungsfähigen Schiedsspruch erlaubt. Dieses Erfordernis wird freilich in der Praxis durch großzügige Auslegung des Rechtsschutzgesuchs bis hin zur Anerkennung „stillschweigender“ Anträge abgemildert, offenbar ein Ersatz dafür, daß es für nicht fachjuristisch beratene Parteien nicht die Möglichkeit gibt, die Klage zum Protokoll einer versierten Geschäftsstelle bei Gericht (§ 496 ZPO) anzubringen.

Der entscheidungserhebliche Sachverhalt kann im Schiedsverfahren auch von Amtes wegen ermittelt werden (§ 1034 Abs. 1 Satz 1 [§ 1042 Abs. 4 S. 2] ZPO). Anders als vor den staatlichen Gerichten gilt also nicht der uneingeschränkte Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz, wonach das Gericht nur solche Tatsachen verwerten darf, die von den Parteien vorgebracht worden sind. Andererseits gilt aber auch nicht der uneingeschränkte Amtsermittlungs- oder Untersuchungsgrundsatz, sondern die Par-

teilen können dem Schiedsgericht durch Vereinbarung des Beibringungsgrundsatzes oder durch das Zugestehen einzelner Tatsachen (sog. qualifiziertes Geständnis, §§ 288 ff. ZPO) vorschreiben, wie weit es den Sachverhalt von Amts wegen aufklären darf und muß. Diese eigentümliche Mischregelung ist aus dem Bestreben zu erklären, das Schiedsverfahren möglichst flexibel zu halten: Der lupenreine Beibringungsgrundsatz verlangt ein streng nach Behaupten und Bestreiten einzelner Tatsachen gegliedertes, schuldhaft verspäteten Vortrag notfalls zurückweisendes Verfahren (sog. „Konzentrationsmaxime“, vgl. § 296 ZPO). Deshalb legt es die Regelung in § 1034 Abs. 1 Satz 1 [§ 1042 Abs. 4 S. 2] ZPO in die Hand der Parteien und des Schiedsgerichts, durch Amtsermittlungen im erforderlich scheinenden Umfang das Verfahren zügig und ohne störende Zwischenverhandlungen über die Zulässigkeit einzelnen Parteivortrages voranzutreiben. Es handelt sich also um eine Regelung rein pragmatischer Ausrichtung, die mit dem wenig fruchtbaren Streit nichts zu tun hat, ob im Zivilprozeß der Grundsatz der „materiellen Wahrheit“ gilt (§ 138 Abs. 1 ZPO), oder ob man sich mit der „formellen Wahrheit“ begnügen kann, wonach der Interessengegensatz der Parteien schon zu einem sachgerechten und zutreffenden Vortrag nötigen wird. Man kann es deshalb nur als befremdlich bezeichnen, daß der BGH⁶⁶ den Schiedsrichtern die Verwertung privaten Wissens gestattet hat. Die Faszination, die von der – ohnehin nicht erreichbaren – „materiellen Wahrheit“ ausgeht, muß jedenfalls dort ihre Wirkung verlieren, wo die Neutralität der Schiedsrichter verletzt zu werden droht.

Die Mündlichkeit des Verfahrens, also die mündliche Erörterung des Sach- und Streitstandes in einer Verhandlung vor dem Schiedsgericht, ist in der Praxis die Regel (vgl. Ziff. 3 Abs. 2 der Schiedsordnung). Das mündliche Verfahren empfiehlt sich zumindest aus zwei Gründen: Zum einen kann das Schiedsgericht in mündlicher Verhandlung besser der Pflicht genügen, mit den Parteien sorgfältig das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu erörtern, wie es zur Wahrung des rechtlichen Gehörs unerlässlich ist (sog. richterliche Aufklärungspflicht, § 139 ZPO). Zum anderen dient die mündliche Verhandlung dem sog. Unmittelbarkeitsgrundsatz: Das Schiedsgericht muß sich selbst und eben „unmittelbar“, d. h. in voller Besetzung, alle für den Schiedsspruch erforderlichen Eindrücke, Gewißheiten, Überzeugungen in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht verschaffen (vgl. auch § 309 ZPO), weil Entscheidungen an Richtigkeitsgewähr verlieren, wenn ihre Grundlagen von Dritten vermittelt werden.

66 BGH NJW 1964, 593 ff.

Dennoch ist ein schriftliches Verfahren vor dem Schiedsgericht (ebenso wie vor den staatlichen Gerichten, vgl. § 128 ZPO) durchaus zulässig, sofern es der richterlichen Aufklärungspflicht und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zu genügen vermag. Ob mündliches oder schriftliches Verfahren gewählt wird, liegt im Schiedsverfahren allein in der Hand der Parteien (vgl. auch Ziff. 3 Abs. 2 der Schiedsgerichtsordnung). Wenn freilich eine Beweisaufnahme erforderlich wird, muß sie wegen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in mündlicher Verhandlung und, wegen des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. oben), parteiöffentlich stattfinden.

Dagegen gilt der Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG) gerade nicht im Schiedsverfahren, weil für eine öffentliche Kontrolle der privaten Schiedsgerichtsbarkeit – anders als für die staatliche Gerichtsbarkeit und deren Legitimation aus dem Gewaltenteilungsprinzip – keine Veranlassung besteht. Die Nichtöffentlichkeit bildet denn auch einen der wichtigsten Gründe für Schiedsabreden. Sie kann umso eher hingenommen werden, als – wie noch näher zu zeigen sein wird – den staatlichen Gerichten die Kontrolle über den Schiedsspruch auf Antrag einer Partei verbleibt und dieses Verfahren – jedenfalls in wichtigeren Fällen (vgl. § 1042a [§ 1063 Abs. 2] ZPO) – seinerseits öffentlich ist.

(3)

Hoheitliche Befugnisse stehen dem Schiedsgericht nicht zu. Weder gegenüber den Parteien, noch gegenüber Dritten. Es übt eben nur Rechtsprechung im materiellen Sinne aus, nicht im formellen Sinne, weil seine Tätigkeit auf Privatautonomie beruht. An dem Fehlen hoheitlicher Befugnisse darf die Durchführung des Schiedsverfahrens nicht scheitern, weil es sonst in die Hand Dritter gelegt wäre, ob ein Schiedsvertrag Wirkungen entfaltet. Deshalb müssen die staatlichen Gerichte anstelle des Schiedsgerichts tätig werden, wenn auf hoheitliche Maßnahmen für den Fortgang des Schiedsverfahrens nicht verzichtet werden kann. Das Schiedsgericht kann Zeugen und Sachverständige nur vernehmen, wenn sie freiwillig vor ihm erscheinen (§ 1035 Abs. 1 ZPO), und es ist zur Beeidigung überhaupt nicht befugt (vgl. Abs. 2 der Vorschrift). Die dem Schiedsgericht nicht zustehenden Kompetenzen nimmt das staatliche Gericht auf Antrag einer Partei wahr (§ 1036 [§§ 1026, 1050] ZPO). Zeugnis- und Gutachtenzwang werden also für das Schiedsgericht vom staatlichen Gericht geübt, das ferner auch erforderliche Eide abnimmt. Daraus erwächst freilich die Gefahr eines gespaltenen Verfahrens, das die Geltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gefährdet. Deshalb ist neben den Parteien auch den Schiedsrichtern zu gestatten, an einer Beweisaufnahme vor dem staatlichen Gericht teilzunehmen.

An sonstigen vom staatlichen Gericht wahrzunehmenden Hoheitsbefugnissen kommen insbesondere Zustellungen in Frage, aber nur, wenn dafür richterliche Handlungen erforderlich sind. Die einfache Zustellung – insbesondere des Schiedsspruches⁶⁷ an die Parteien (vgl. § 1039 [§ 1054 Abs. 4] ZPO) – kann das Schiedsgericht selbst durch den Gerichtsvollzieher bewirken lassen (vgl. § 166 ZPO). Dagegen müssen öffentliche Zustellungen oder Zustellungen im Ausland vom staatlichen Gericht bewilligt werden.

cc. Der Schiedsspruch

Ziel des Schiedsverfahrens ist der Schutz privater subjektiver Rechte durch Erlaß des Schiedsspruches, der, wenn auch mit geminderten Wirkungen (vgl. oben) dem Endurteil im Verfahren vor den staatlichen Gerichten entspricht. Der Schiedsspruch ist von sämtlichen Mitgliedern des Schiedsgerichts zu erlassen, grundsätzlich mit absoluter Mehrheit der Stimmen (§ 1038 [§ 1052 Abs. 1] ZPO), sofern nicht der Schiedsvertrag bestimmt, daß eine relative Mehrheit ausreicht. Für die Beratung und Abstimmung sollen offenbar die ausgefeilten Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes (§§ 192 ff. GVG) nicht gelten. In der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit kommt es deshalb manchmal zu bedenklichen Formen der Beratung und Abstimmung: Mag man schon an der Tauglichkeit einer schriftlichen „Beratung“ unter den Schiedsrichtern zweifeln, so scheint jedenfalls das Neutralitätsgebot dann verletzt, wenn die mündliche Beratung in Anwesenheit der Parteien (wohl eher nach Art eines Schaukampfes) geführt wird.

Der Schiedsspruch ist schriftlich mit der Unterschrift sämtlicher, auch der überstimmten Schiedsrichter abzufassen, den Parteien zuzustellen und auf der Geschäftsstelle des zuständigen staatlichen Gerichts niederzulegen (vgl. § 1039 [aufgegeben] ZPO, auch Ziff. 5 Abs. 2 der Schiedsgerichtsordnung). Die Praxis läßt es häufig bei der Zustellung, manchmal sogar bei der Verkündung des Schiedsspruches bewenden. Das mag aufgrund Parteivereinbarung zulässig sein, solange nicht aus dem Schiedsspruch vollstreckt werden muß. Die dann erforderliche Vollstreckbarerklärung durch ein staatliches Gericht (§§ 1042 ff. [§§ 1060 f.] ZPO) setzt jedenfalls die ordnungsgemäße Zustellung (§ 166 ZPO) und die Niederlegung des Schiedsspruches voraus.

Der Schiedsspruch muß begründet werden (§ 1054 Abs. 2 ZPO), sofern nicht die Parteien darauf verzichtet haben. Bei Verstößen gegen die Begründungspflicht kann jede Partei vor dem staatlichen Gericht auf Aufhebung des Schiedsspruches klagen

67 Gem. § 1054 Abs. 4 ZPO genügt heute die „Übermittlung“ des Schiedsspruches.

(§ 1041 Abs. 1 Ziff. 5 [nur noch gem. § 1059 Abs. 2 Ziff. 1d] ZPO). So richtig diese Regel formuliert ist, so verfehlt erscheint die Ausnahme, die auch einen vorgängigen Parteiverzicht auf die Begründung erlaubt (§ 1041 Abs. 2 [§ 1054 Abs. 2] ZPO). Der Begründungszwang ist eine rechtsstaatlich unverzichtbare Voraussetzung für die Kontrolle des Schiedsspruches durch die Richter selbst und durch die Parteien, zumal (wie dargelegt) dem Schiedsspruch eine – geminderte – Bestandskraft zukommt. In Anlehnung an § 313a Abs. 1 [heute abweichend] ZPO sollte deshalb nur ein nachfolgender Verzicht auf die Begründung gestattet werden.

dd.

Ein Instanzenzug ist für das Schiedsgerichtsverfahren nicht vorgeschrieben. Die Schiedsgerichtsordnungen können ihn vorsehen, nehmen aber im Interesse einer möglichst schnellen Verfahrensbeendigung zumeist davon Abstand.

c. Was soll das Schiedsverfahrensrecht leisten?

Die Antwort auf diese Frage ist weder müßig, noch fällt sie so leicht, wie es scheinen möchte. Das Schiedsverfahren endet mit dem Schiedsspruch, und man könnte hierin sein Ziel vermuten. Indes ist das Prozeßrecht längst von einer innerprozessualen Zweckbestimmung abgerückt, wonach der Zivilprozeß allein der ihn abschließenden gerichtlichen Entscheidung wegen stattfinden sollte. Die beiden wichtigsten Wirkungen der Entscheidungen in der Hauptsache, die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit, dienen dem Schutz und der Verwirklichung subjektiver Privatrechte. Genauso verhält es sich mit dem Schiedsspruch. Auch er dient dem Schutz und der Verwirklichung subjektiver Privatrechte. Denn er beruht zwar auf einem durch Parteivereinbarung in Gang gesetzten Verfahren, aber diese Vereinbarung hat – im Gegensatz zum Vergleich – den Streit der Partei weder verhindern noch beilegen können. Während sich die Streitschlichtung jedes beliebigen (erlaubten) Mittels und Verfahrens bedienen kann, muß nach unserem, den privaten Rechtsschutz ausschließenden Rechtsstaatsverständnis die Streitentscheidung allemal rechtsförmig erfolgen. Eben dem dient unser Schiedsverfahren, das staatlich nur anerkannt wird, wenn es die dargestellten rechtsstaatlichen Grundbedingungen einhält.

Ein Einwand muß freilich noch bedacht werden: Wenn es für zulässig gehalten wird, das Schiedsgericht statt auf „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 2 GG) auf „Billigkeit“ oder „Zweckmäßigkeit“ zu verpflichten, könnte auch ein rechtsförmiges Schiedsverfahren für entbehrlich gehalten werden. Doch hier stimmt in Wahrheit weder die Prämisse noch die Konklusion: „Billigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ bedeuten keine

Absage an „Gesetz und Recht“, sondern können sich nur in letzteren bewähren (darauf werde ich noch zurückkommen). Und es ist gerade das rechtsförmige Schiedsverfahren, das den Parteien Gelegenheit geben muß, ihre widerstreitenden Ansichten vorzubringen und mit rechtlichen (!) Argumenten zu untermauern, das die Einbindung auch der Billigkeitsentscheidung in das Recht garantiert.

d. Die Kontrolle des Schiedsverfahrens durch staatliche Gerichte

Wie ernst der Zusammenhang zwischen der Rechtsförmigkeit des Schiedsverfahrens und der Bindung des Schiedsspruches an „Gesetz und Recht“ genommen werden muß, zeigt die Kontrolle des Schiedsverfahrens durch staatliche Gerichte. Für diese Kontrolle stehen nicht weniger als drei verschiedene Verfahren zur Verfügung, die jeweils auf Antrag einer Partei eröffnet werden und allen denkbaren Rechtsschutzbegehren der Parteien genügen können: Die Aufhebungsklage, der Antrag auf Vollstreckbarerklärung – oder genauer auf Bestandskraftherklärung – des Schiedsspruches und ein Beschlußverfahren für Einzelrügen.

aa.

Die Aufhebungsklage (§ 1041 [§ 1059] ZPO) ist der gegebene Rechtsbehelf, um die Bestandskraft des Schiedsspruches nach abgeschlossenem Schiedsverfahren im ganzen überprüfen zu lassen. Die Klage steht jeder Partei zu. Sie führt aber, was für das Verständnis des Schiedsverfahrens wichtig ist, nicht zu einer vollständigen Überprüfung des Schiedsspruches, etwa bezüglich aller dafür maßgeblichen Tat- und Rechtsfragen. Der Schiedsspruch wird vielmehr nur dann aufgehoben, wenn einer der in § 1041 Abs. 1 Ziff. 1–6 [heute enger § 1059 Abs. 2] ZPO enumerativ aufgeführten Aufhebungsgründe festgestellt wird: Gem. Ziff. 1 darf der Schiedsspruch nicht auf einem „unzulässigen“ Verfahren beruhen. Diese Bestimmung schließt eigentlich schon alle erheblichen Verfahrensfehler ein; insbesondere Verstöße gegen die zuvor behandelten zwingenden gesetzlichen Verfahrensregeln, darüber hinaus auch Verstöße gegen Parteivereinbarungen, die das Verfahren betreffen. Dennoch sind in den Ziff. 3–5 besonders schwerwiegende Verfahrensverstöße noch klarstellend aufgeführt: Die Prozeßunfähigkeit einer Partei, die das Schiedsverfahren gleichwohl ohne gesetzlichen Vertreter geführt hat, die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs und die Abfassung des Schiedsspruches ohne Gründe, worauf aber die Parteien gem. Abs. 2 der Vorschrift in höchst bedenklicher Weise (vgl. oben) im vorhinein verzichten können. Diese Verstöße werden wiederum auch vom – verfahrensrechtlichen – ordre public der Ziff. 2 erfaßt, sodaß die Kontrolle auf Verstöße gegen zwingende gesetzliche Vorschriften mehrfach und lückenlos gesichert ist.

Wenn das Gericht einen entsprechenden Verfahrensverstoß feststellt, hebt es den Schiedsspruch ganz oder teilweise, sofern er nur zu einem Teil hierauf beruht, auf. Weil die Tätigkeit des Schiedsgerichts mit der Niederlegung des Schiedsspruches (§ 1039 [heute abweichend § 1056] ZPO, vgl. auch Ziff. 5 Abs. 3 der Schiedsgerichtsordnung) ihr Ende gefunden hat, wird mit der Aufhebung des Schiedsspruches auch der Schiedsvertrag endgültig unwirksam.⁶⁸ Den Parteien bleibt jetzt nur die Klage vor den ordentlichen Gerichten.

bb.

Trotz der mißverständlichen Formulierung in § 1040 [§ 1055] ZPO ist der Schiedsspruch nur gemindert bestandskräftig und noch nicht vollstreckbar. Beide Wirkungen können die Parteien nach Niederlegung des Schiedsspruches durch ein besonderes Verfahren auf Vollstreckbarerklärung (§§ 1042 ff. [§§ 1060 f.] ZPO) herbeiführen. Die unglücklich gefaßte Regelung bezeichnet die Vollstreckbarerklärung als das Verfahrensziel und knüpft an die volle Rechtskraft des solcherart für vollstreckbar erklärten Schiedsspruches an (vgl. §§ 1042, 1043 [§§ 1060 Abs. 1, 1059 Abs. 3 S. 4] ZPO). Daran ist nur so viel richtig, daß ein auf Leistung gerichteter Schiedsspruch zugleich und in demselben Verfahren für vollstreckbar und rechtskräftig erklärt werden muß. Lauten Schiedssprüche dagegen auf Feststellungen oder Gestaltungen (wie auf den Ausschluß eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft), so ist in demselben Verfahren der Antrag nur auf Feststellung der Rechtskraft zu richten.

Dieses Verfahren ist für das grundsätzliche Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit und des Schiedsverfahrens sehr wichtig, weil in ihm die Defizite des Schiedsspruches gegenüber den Urteilen staatlicher Gerichte ebenso hervortreten, wie die Defizite bloßer Parteivereinbarungen gegenüber dem Schiedsspruch: Der Schiedsspruch erlangt nur mit diesem zusätzlichen Kontrollverfahren vor den staatlichen Gerichten die Wirkungen eines Gerichtsurteils. In diesem Verfahren darf aber dem Schiedsspruch nur aus den in § 1041 [§ 1059] ZPO aufgeführten Gründen die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit versagt werden (§ 1042 Abs. 2 [§ 1060 Abs. 2] ZPO). Wiederum kommt es also nicht zu einer vollständigen tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung des Schiedsspruches und des ihm vorausgegangenen Verfahrens.

Die Rechtskraft- bzw. Vollstreckbarerklärung durch das staatliche Gericht verschafft dem Schiedsspruch schließlich die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils. Wenn die Erklärung ihrerseits rechtskräftig geworden ist, können Verfahrensmängel über-

⁶⁸ Abweichend heute § 1059 Abs. 5 ZPO.

haupt nicht mehr geltend gemacht werden. Es kann nur noch dann zur Aufhebung des Schiedsspruches kommen, wenn gegen ein entsprechendes Urteil eines staatlichen Gerichts die Restitutionsklage erhoben werden könnte (§§ 1043 Abs. 1, 1041 Abs. 1 Ziff. 6 [heute abw. § 1065] ZPO). Künftig soll die Aufhebung des Schiedsspruches praktisch nur noch bei kriminellen Handlungen im Schiedsverfahren erwirkt werden können (vgl. § 580 ZPO), während so schwerwiegende Verfahrensverstöße wie die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs oder die Prozeßunfähigkeit nicht mehr geltend gemacht werden können. Hierin liegt eine Inkonsequenz der gesetzlichen Regelung, auf die ich abschließend zurückkommen werde.

cc.

Der Kontrolle durch staatliche Gerichte dient schließlich ein sog. Beschlußverfahren (§§ 1037, 1045 [§§ 1062 ff.] ZPO), in dem Mängel des Schiedsverfahrens gerügt werden können, bevor der Schiedsspruch erlassen ist. In diesem Verfahren ist insbesondere die Ablehnung eines Schiedsrichters geltend zu machen (§ 1032 [§ 1037] ZPO), aber auch sonstige Verfahrensmängel können in diesem Verfahren gerügt werden, selbst wenn sie nach Erlaß des Schiedsspruches zur Erhebung der Aufhebungsklage berechtigten würden [heute § 1062 Abs. 1 Ziff. 1–3 ZPO].

Der Vorteil dieses Verfahrens liegt darin, daß die gerügten Mängel noch vor Erlaß des Schiedsspruches abgestellt werden können und dann die Wirksamkeit des Schiedsspruches nicht mehr beeinträchtigen. Andererseits kann durch Anträge auf Entscheidung im Beschlußverfahren der Gang des Schiedsverfahrens nachhaltig verzögert werden. Dem beugt § 1037 [§§ 1032 Abs. 3, 1040 Abs. 3 S. 3] ZPO vor, wonach das Schiedsgericht trotz einer vor dem staatlichen Gericht erhobenen Rüge das Schiedsverfahren weiterführen darf. Diese Regelung ist sachgerecht, aber sie verlangt Augenmaß bei der Entscheidung über die Fortsetzung des Schiedsverfahrens.

b) Der Standort des Schiedsverfahrens nach materiellem Recht und Prozeßrecht

Mit wenigen abschließenden Bemerkungen möchte ich ein kritisches Resümee ziehen. Wir kennen jetzt das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch. Wir wissen vor allem, was der Schiedsspruch nicht ist: Er ist weder ein Vertrag, weil seine Wirkungen über die eines Vertrages hinausreichen, er ist aber auch kein Urteil, weil er hinter dessen Wirkungen zurückbleibt. Diese Zwitterstellung nötigt zu einer grundsätzlicheren materiellrechtlichen wie prozeßrechtlichen Standortbestimmung. Unter beiden Aspekten muß sich der Schiedsspruch als „Rechtsspruch“ erweisen, weil er als

bloßer „Machtspruch“ in der Rechtspraxis nicht auf Dauer akzeptiert werden würde. Die empirisch belegbare weite Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit insbesondere im Wirtschaftsleben kann denn auch als Beleg dafür gelten, daß Schiedssprüche wirklich als Rechtssprüche aufgrund rechtsförmiger Verfahren erlassen werden.

a. Schiedsspruch und materielles Recht

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß nach h.A. die Parteien dem Schiedsgericht die Befugnis einräumen können, statt nach „Gesetz und Recht“ nach „Billigkeit“ und/oder „Zweckmäßigkeit“ zu entscheiden. Billigkeit und Zweckmäßigkeit dürfen aber nicht als Freiheit des Schiedsgerichts mißverstanden werden, nach Belieben von der Anwendung gesicherter Rechtsregeln abzusehen. Es ist bezeichnend, daß gerade an dieser Frage die Bemühungen gescheitert sind, eine einheitliche internationale Schiedsordnung zu erlassen.⁶⁹ „Billigkeit“ bedeutet hier nichts anderes als der Verweis auf Entscheidungsmaximen, wie sie in der Parömie „recht und billig“ begegnen. Die Schiedsgerichte sollen mit anderen Worten aufgeschlossen sein für die Anwendung der Generalklauseln, im Bereich des Schuldrechts insbesondere der Maxime von Treu und Glauben, aber sie sollen nicht eigene, von der Rechtsordnung abgekoppelte Billigkeitsvorstellungen entwickeln. Das widerspräche auch dem materiellen *ordre public*, über dessen Einhaltung die staatlichen Gerichte gem. § 1041 Abs. 1 Ziff. 2 [§ 1059 Abs. 2 Ziff. 2b] ZPO zu wachen haben. Ein Schiedsspruch, der beispielsweise allein damit begründet würde, daß eine Partei den Verlust wirtschaftlich tragen, die andere ihn dagegen nicht verwinden könnte, würde vor keinem staatlichen Gericht Bestand haben.

Handelt es sich hiernach bei der „Billigkeit“ um einen rechtlichen Maßstab, so ist Entscheidungen nach „Zweckmäßigkeit“ mit größter Vorsicht zu begegnen. Zweckmäßigkeit regiert im Abschluß eines Prozeßvergleichs, aber als Entscheidungsmaxime ist sie untauglich. In der Sprache der Systemsoziologie ist der Schiedsspruch als Rechtsspruch konditional programmiert; wer zur finalen Programmierung übergehen will, muß einen Vergleich schließen, der als schiedsrichterlicher Vergleich auch im Schiedsverfahren geschlossen werden und mit Hilfe der staatlichen Gerichte für vollstreckbar erklärt werden kann (§ 1044a [§ 1053] ZPO). Das Schiedsgericht mag also den Abschluß eines Schiedsvergleichs anregen, wenn es als zweckmäßig erscheint, die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien für die Zukunft zu gestalten. Für den Schiedsspruch dagegen muß es bei der konditionalen Programmierung durch „Gesetz und Recht“ und das heißt auch, durch „Recht und Billigkeit“ bleiben.

69 Vgl. *Karl Blomeyer*, FS für Rosenberg, 1949, S. 51, 64 ff.

b. Schiedsverfahren und Prozeßrecht

Daß der Schiedsspruch als Rechtsspruch ein rechtsförmiges Verfahren verlangt, wurde schon wiederholt betont. Leider ist aber das positive Verfahrensrecht weit davon entfernt, das Schiedsverfahren und insbesondere den Schiedsspruch bruchlos zu integrieren. Weil der Schiedsspruch – wenn auch gemindert – bestandskräftig ist (§ 1040 [§ 1055] ZPO), ist das Schiedsverfahren als echtes Erkenntnisverfahren zu behandeln. Das folgt schon aus der Beschränkung der Erkenntnismittel für die an den Schiedsspruch anschließenden Kontrollverfahren vor den staatlichen Gerichten. Der ordnungsgemäß erlassene und niedergelegte Schiedsspruch nimmt einen Teil der Rechtskraft staatlicher Urteile vorweg. Soweit es diese Wirkungen hervorbringt, ist das Schiedsverfahren dem Erkenntnisverfahren vor staatlichen Gerichten gleichzustellen. Dafür sollen drei Beispiele angeführt werden:

Zum ersten ist es als verfehlt zu bezeichnen, daß die Parteien im vorhinein auf eine Begründung des Schiedsspruches verzichten können (§ 1041 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 [§ 1054 Abs. 2] ZPO). Als eine dem Urteil staatlicher Gerichte angenäherte Entscheidung sollte der Schiedsspruch nur unter vergleichbaren Voraussetzungen, d. h. bei nachträglichem Verzicht der Parteien (§ 313a Abs. 1 [heute abw.] ZPO), ohne Begründung erlassen werden dürfen.

Zum zweiten geht es nicht an, dem Schiedsgericht die eigene Initiative zur Erwirkung hoheitlicher Maßnahmen bei den staatlichen Gerichten vorzuenthalten. Heute steht nur den Parteien dieses Antragsrecht zu (§ 1036 [abw. § 1050] ZPO), und man muß sich schon mit der gewundenen Konstruktion behelfen, das Schiedsgericht dürfe wenigstens kraft Vollmacht der Parteien Maßnahmen bei den staatlichen Gerichten beantragen. Diese Regelung stellt die Verhältnisse auf den Kopf, weil die beantragten hoheitlichen Handlungen der Fällung des Schiedsspruches und damit Bestandswirkungen dienen, die nur das Schiedsgericht, aber keine der Parteien setzen kann.

Ein rechtskräftig für vollstreckbar erklärter Schiedsspruch kann heute nur aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen für eine Restitutionsklage gegeben sind (§§ 1043 Abs. 1, 1041 Abs. 1 Ziff. 6, 580 [abw. § 1065] ZPO). Auch diese Regelung ist verfehlt, weil die Bestandskraft des Schiedsspruches nur unter denselben Voraussetzungen hingenommen werden sollte, wie die Rechtskraft der Urteile staatlicher Gerichte. Ist beispielsweise im Schiedsverfahren nicht das rechtliche Gehör gewährt worden oder ist dort eine prozeßunfähige Partei aufgetreten (§ 1041 Abs. 1 Ziff. 3, 4 [abw. § 1059] ZPO), so kann die Aufhebung des Schiedsspruches nach dessen Vollstreckbarerklärung nicht mehr begehrt werden. Dies steht im Widerspruch insbesondere zur Zu-

lässigkeit der Nichtigkeitsklage (§ 579 ZPO) gegen die Urteile staatlicher Gerichte bei vergleichbar schwerwiegenden Verfahrensmängeln. Wenn man die Bestandskraft des Schiedsspruches ernst nimmt, müßten die Aufhebungsgründe nach Vollstreckbarerklärung den Nichtigkeitsgründen als Voraussetzungen der Wiederaufnahme eines durch Urteil abgeschlossenen Verfahrens angeglichen werden. Das Schiedsverfahren bildet gewissermaßen ein Erkenntnisverfahren erster Stufe, dessen Mängel in dem Verfahren auf Vollstreckbar- oder Bestandskrafteklärung als Erkenntnisverfahren zweiter Stufe nur bei Offenkundigkeit behoben werden können. Werden solche Mängel erst später entdeckt, so verlangt die partielle Gleichstellung des Schiedsspruches mit dem staatlichen Urteil auch eine entsprechende Gleichstellung der Aufhebungs- mit den Wiederaufnahmegründen.

Man sieht: Schiedsverfahren beschäftigen nicht nur die Rechtspraxis, sie geben auch der Rechtswissenschaft immer wieder ungelöste Fragen auf.

Die Beiträge anlässlich der akademischen Gedächtnisfeier stammen von:

Christian Berger, Dr. iur., Universitätsprofessor,
Universität Leipzig, Juristenfakultät

Moritz Brinkmann, Dr. iur., LL.M. (McGill), Universitätsprofessor,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

Wolfgang Kahl, Dr. iur., Dr. iur. h.c., M.A., Universitätsprofessor,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Juristische Fakultät

Andreas Piekenbrock, Dr. iur., Universitätsprofessor,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Juristische Fakultät

Kuan-Ling Shen, Dr. iur., Distinguished Professor,
National Taiwan University, College of Law

Peter A. Windel, Dr. iur. utr., Universitätsprofessor,
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät

Herausgeber der Reihe:
Juristische Fakultät der
Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

Ludwig Häsemeyer war von 1974 bis 2001 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Heidelberg. Dort ist er 2020 verstorben. Der Name Häsemeyers wird häufig mit seinem Lehrbuch zum Insolvenzrecht gleichgesetzt, das 2007 in 4. Auflage erschienen ist. Dass sein Werk wesentlich umfassender ist, belegt dieser Band, der die Vorträge anlässlich der akademischen Gedächtnisfeier am 13. Mai 2022 sowie bisher unveröffentlichte Vorträge Häsemeyers enthält.

€ 14,90



Jedermann-Verlag GmbH
Postfach 10 31 40
69021 Heidelberg
Tel.: 06221 1451-0
Fax: 06221 27870
info@jedermann.de

ISBN 978-3-86825-343-6