

FELIX MAULTZSCH

Streitentscheidung
und Normbildung
durch den Zivilprozess

Jus Privatum

155

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 155



Felix Maultzsch

Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
zum deutschen, englischen und
US-amerikanischen Recht

Mohr Siebeck

Felix Maultzbach, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft in Jena, Singapur und an der New York University (LL.M. 2003); 2005 Promotion an der Universität Jena; 2010 Habilitation an der Universität Freiburg und Lehrstuhlvertretung an der Universität Heidelberg; seit Dezember 2010 Professor und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht an der EBS Law School Wiesbaden.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

e-ISBN PDF 978-3-16-151232-2

ISBN 978-3-16-150538-6

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit behandelt mit der Normbildung durch die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung eine Frage, die seit Jahrhunderten Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion ist. Gleichwohl soll hier der Versuch unternommen werden, dem alten Thema einen noch nicht erschöpfend diskutierten Aspekt abzugewinnen. Dies geschieht, indem die Arbeit weder die reine Methodenlehre noch verfassungsrechtliche Erwägungen in den Vordergrund stellt, sondern vielmehr eine prozessual-institutionelle Perspektive einnimmt. Die richterliche Normbildung erfolgt im Rahmen eines konkreten Streitverfahrens, was die zentrale Frage aufwirft, in welchem Verhältnis die allgemein wirkende Normbildung zu der auf den besonderen Fall bezogenen Streitentscheidung in dem jeweiligen Zivilprozess steht. Diesem Problem wird sowohl vor dem Hintergrund des deutschen Rechts als auch des englischen und des US-amerikanischen Rechts nachgegangen. Die Arbeit beleuchtet dabei jeweils nicht nur den gegenwärtigen Stand der Entwicklung, sondern nimmt auch eine geschichtliche Perspektive ein. Eine solche rechtsvergleichend-entwicklungsgeschichtliche Betrachtung offenbart, dass das Thema untrennbar mit Fragen der Prozess- und Entscheidungsfindungskultur verknüpft ist. Es rührt somit zugleich an Grundfragen der Rolle und der Gestalt des höchstrichterlichen Zivilprozesses in der Gesellschaft.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Habilitationsschrift angenommen und befindet sich auf dem Stand von August 2010.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Günter Hager, der die Entstehung der Arbeit auf jede erdenkliche Weise gefördert hat. Die Zeit, die ich an seinem Institut verbringen durfte, hat meine Sichtweise auf das Recht maßgeblich geprägt und wird mir in sehr guter Erinnerung bleiben. Herrn Professor Dr. Rolf Stürner verdanke ich nicht nur die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch wertvolle inhaltliche Anregungen für die Arbeit. Die studentischen Mitarbeiter des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. I der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg haben bei der Vorbereitung des Manuskripts für die Drucklegung hilfreich mitgewirkt. Der VG WORT danke ich für einen großzügigen Druckkostenzuschuss.

Ein besonderer persönlicher Dank gilt meinen Eltern sowie Frau Dr. Daniela Rothe. Ohne ihre andauernde Unterstützung und ihr großes Verständnis wäre das Entstehen der Arbeit nicht möglich gewesen.

Freiburg, im August 2010

Felix Maultzsch

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1 Einleitung	1
A. Die Bedeutung der richterlichen Normbildung	1
B. Die richterliche Normbildung als rechtmethodisches und verfassungsrechtliches Problem	4
C. Die richterliche Normbildung als prozessual-institutionelles Problem ..	10
D. Das Ziel der Darstellung	12
E. Eingrenzung des Untersuchungsprogramms	15
F. Der Gang der Darstellung	21
§ 2 Konkretisierung des Begriffs der richterlichen Normbildung ..	23
A. Richterliche Normbildung und Rechtsfortbildung	23
B. Richterliche Normbildung und Präjudizienbindung	28
§ 3 Entwicklungsgeschichtlicher Überblick zum Verhältnis von Streitentscheidung und Normbildung	34
A. Deutschland	35
B. England	123
C. USA	188
§ 4 Richterliche Normbildung als fallbezogenes Entdeckungsverfahren	252
A. Das Wissensproblem im Sinne Hayeks	252
B. Das Bild einer fallbezogenen Wissensakkumulation in der zivilprozessualen Literatur	261
C. Mögliche Einwände gegen den Stellenwert des Fallbezugs	271
D. Der Fallbezug der normbildenden Rechtsprechung und deren Wechselspiel mit äußeren Rahmenbedingungen	304

E. Zusammenfassung	332
§ 5 Zivilprozessuale Anwendungsbeispiele	334
A. Der Zugang zu den normbildenden Instanzen	334
B. Die Berücksichtigung von Normbildungstatsachen	392
§ 6 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	431
A. Zusammenfassung	431
B. Schlussbetrachtung	441
Literaturverzeichnis	445
Entscheidungsregister	477
Personenregister	483
Sachregister	487

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1 Einleitung	1
A. Die Bedeutung der richterlichen Normbildung	1
B. Die richterliche Normbildung als rechtsmethodisches und verfassungsrechtliches Problem	4
I. Die Grenzen der richterlichen Normbildung	5
II. Die Pflicht zur richterlichen Normbildung	6
III. Divergenzen und Konvergenzen in der Diskussion	7
1. Divergenzen in der theoretischen Diskussion	7
2. Konvergenzen in der rechtsvergleichenden Analyse	8
C. Die richterliche Normbildung als prozessual-institutionelles Problem .	10
D. Das Ziel der Darstellung	12
E. Eingrenzung des Untersuchungsprogramms	15
I. Die maßgeblichen normbildenden Instanzen	15
1. Deutschland	15
2. Common Law	17
II. Aussparung der Sachverhaltsermittlung	19
III. Begrenzung auf den allgemeinen Zivilprozess	20
F. Der Gang der Darstellung.	21

§ 2 Konkretisierung des Begriffs der richterlichen Normbildung ..	23
A. Richterliche Normbildung und Rechtsfortbildung	23
I. Deutschland	23
II. Common Law	26
B. Richterliche Normbildung und Präjudizienbindung	28
I. Common Law	28
II. Deutschland	30
§ 3 Entwicklungsgeschichtlicher Überblick zum Verhältnis von Streitentscheidung und Normbildung	34
A. Deutschland	35
I. Die philosophische Schule	35
II. Die historische Schule	40
III. Die Überwindung des aktionenrechtlichen Denkens	46
IV. Die Interessenjurisprudenz Jherings und die „soziale Aufgabe“ ..	50
V. Die Entwicklung nach der Reichsgründung	55
1. Die Sichtweise des zivilprozessualen Schrifttums	55
2. Die Ausgestaltung des Revisionsrechts in der Zivilprozess- ordnung	58
VI. Die Freirechtsschule	62
VII. Die Urteilspraxis des Reichsgerichts	67
VIII. Der Ruf nach einer verstärkten richterlichen Normbildung und seine Kritik	73
IX. Die Entwicklung zur Zeit des Nationalsozialismus	76
1. Das nationalsozialistische Prozessverständnis	76
2. Die Prozessreform, insbesondere die Grundsatzvorlage nach § 137 Abs. 1 GVG a.F. (§ 132 Abs. 4 GVG n.F.)	79
X. Die Hinwendung zu einer verstärkten Normbildung unter der Geltung des Grundgesetzes	82
1. Die Bedeutung der Grundrechte für die Zivilrechtsprechung	84
2. Das Rechtsverweigerungsverbot	90
3. Die Entwicklung im Bereich der Revisionszulassung	92

XI. Die Urteilspraxis des Bundesgerichtshofs	98
1. Der Einfluss des Rechtsprechungsstils	98
2. Beispiele aus der Rechtsprechung	104
a) Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch bei faktischen Duldungszwängen	104
b) Erforderlicher Vertragsinhalt bei Ehegattenbürgschaften	107
c) Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel	109
d) Nachlieferung bei mangelhaften Stücksachen	110
XII. Die Einflüsse der Europäisierung des Rechts	112
1. Grundlagen	112
a) Erweiterte Normbildungsspielräume	112
b) Einflüsse des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV	113
2. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Nutzungersatz bei Nachlieferung	115
XIII. Zusammenfassung	121
B. England	123
I. Das traditionelle Common Law	123
1. Grundlagen	123
2. Die Ausformung bei Blackstone	127
II. Das Writ-System	129
III. Die Auflockerung durch die Equity-Rechtsprechung	133
IV. Der Zweck des Appellationsprozesses	141
V. Die Positivierung der Rechtsprechung und das Stare Decisis ..	144
VI. Die Urteilspraxis des Court of Appeal und des House of Lords	151
1. Der Einfluss des Rechtsprechungsstils	152
2. Beispiele aus der Rechtsprechung	159
a) Die Haftung für Boykottdrohungen	159
b) Gefährliche Gegenstände und Strict Liability	160
c) Die Entwicklung der außervertraglichen Auskunftshaftung	162
d) Die Haftung für Schockschäden	166
e) Die Negligence-Haftung unter Hoheitsträgern	168
f) Zwischenergebnis	169
VII. Neuere Tendenzen zu einer abstrakt-normbildenden Funktion der Zivilrechtsprechung	170

1. Wandlungen im Urteilsstil	171
a) „Bürokratisierte“ Urteile des Court of Appeal zum Prozessrecht	171
b) „Quasi-legislative“ Urteile des House of Lords zu Ehegattensicherheiten	173
2. Die Einflüsse der Europäisierung des Rechts	179
a) Grundlagen	179
b) Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Diskriminierungsschutz bei Schwangerschaft	181
3. Die Auswirkungen der Civil Procedure Reform 1998	183
VIII. Zusammenfassung	186
C. USA	188
I. Die Entwicklung bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts	190
II. Die Entscheidung <i>Swift v. Tyson</i>	195
III. Die Entwicklung bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts	199
IV. Die „progressive Bewegung“ (Progressive Movement)	203
1. Die Rechtstheorie Holmes’	203
2. Die rechtssoziologische Schule	207
3. Die Rechtstheorie Cardozos	209
4. Der Legal Realism	211
V. Die Auswirkungen der Progressive Movement auf den Appellationsprozess	215
1. Die bundesstaatliche Ebene	216
2. Die einzelstaatliche Ebene	219
a) Die Bedeutung gerichtsverfassungsrechtlicher und prozessualer Reformen	219
b) Der Einfluss des Rechtsprechungsstils	223
c) Zwei Beispiele aus der Urteilspraxis der State Supreme Courts ..	227
aa) Schadensersatz bei misslungener Sterilisation in Minnesota	227
bb) Die Herausbildung einer strikten Produkthaftung in Kalifornien	228
VI. Die Einwirkung des Verfassungsrechts auf den Zivilprozess ..	232
VII. Zwischenfazit: Das Erbe der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts	235
VIII. Die Legal Process-Schule	236
IX. Die ökonomische Analyse des Rechts und der Rechtspragmatismus	241

1. Die ökonomische Analyse des Rechts	241
2. Der Rechtspragmatismus	246
X. Zusammenfassung	250
§ 4 Richterliche Normbildung als fallbezogenes Entdeckungsverfahren	252
A. Das Wissensproblem im Sinne Hayeks	252
I. Der Ausgangspunkt des Wissensproblems	253
II. Die Bedeutung des Wissensproblems für Normbildungen im Recht	254
B. Das Bild einer fallbezogenen Wissensakkumulation in der zivilprozessualen Literatur	261
I. Deutschland	262
II. Common Law	266
III. Zusammenfassung	270
C. Mögliche Einwände gegen den Stellenwert des Fallbezugs	271
I. Fallbezogenes Entscheiden als Quelle möglicher Verzerrungen	271
1. „Do cases make bad law?“	271
2. Die positiven Aspekte der Verkoppelung von Fall und Norm	274
3. Das Gebot gleichheitsgerechten Entscheidens	279
4. Zwischenergebnis	280
II. Fallbezogenes Entscheiden als mögliche Vernachlässigung sozialer Partizipation und politischer Integration	280
1. Das sozial-politische Funktionsverständnis des Zivilprozesses	281
2. Die Schwächen des sozial-politischen Funktions- verständnisses	286
a) Die immanenten Wirkungsgrenzen des Zivilprozesses	288
b) Die Wahrung der Integrität des Rechtsprechungsprozesses	291
3. Zwischenergebnis	294

III. Fallbezogenes Entscheiden als mögliche Preisgabe von Rechtssicherheit	294
1. Rechtssicherheit als Eigenwert	294
2. Die Schwächen einer rein rechtssicherheitsbezogenen Argumentation	296
a) Kein notwendiger Zusammenhang zwischen abstrakter Regelbildung und Erhöhung der Rechtssicherheit	297
b) Das unterschiedliche Gewicht der Rechtssicherheit im formalen Ordnungsrecht und im materialen Regulierungsrecht	298
c) Die Gefahr einer normativen Versteinerung durch abstrakte Normbildung	301
D. Der Fallbezug der normbildenden Rechtsprechung und deren Wechselspiel mit äußeren Rahmenbedingungen	304
I. Die Relevanz der privaten Rechtsmittelinitiative im Zivilprozess	305
1. Konsequenzen für das Verhältnis von Streitentscheidung und Normbildung	306
2. Die Rolle der privaten Rechtsmittelinitiative bei so genannten Musterprozessen	310
II. Die Korrekturmechanismen zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung	314
1. Die mangelnde Kompensation eines Judicial Activism durch den Gesetzgeber	315
2. Die Kompensation eines Judicial Self-Restraint durch den Gesetzgeber	318
a) Deutschland	319
aa) Die Konkursfestigkeit von Auflassungsvormerkungen bei Bauträgerverträgen	319
bb) Die Geltendmachung von Mängelrechten durch Stellvertreter im Reisevertragsrecht	320
cc) Der erforderliche Vollmachtsinhalt bei Verbraucher- krediten	321
dd) Das intertemporale Kollisionsrecht der Kündigungsfristen bei Mietverträgen	322
b) England	324
aa) Die Verkehrssicherungspflichten des Grundstücks- besitzers	324
bb) Der Verjährungsbeginn bei deliktischen Schädigungen	326
cc) Der Vertrag zugunsten Dritter	327
c) USA	328

aa) Der Schutz des Rechts am eigenen Bild	328
bb) Die Bedeutung des Mitverschuldens bei deliktischen Schädigungen	328
cc) Die Korrektur im Bereich der Statutory Interpretation	330
3. Zwischenergebnis	331
E. Zusammenfassung	332
§ 5 Zivilprozessuale Anwendungsbeispiele	334
A. Der Zugang zu den normbildenden Instanzen	334
I. Deutschland	335
1. Die Rechtslage vor der Zivilprozessreform des Jahres 2001 .	336
2. Die Dominanz der Grundsatzrevision im geltenden Zivilprozessrecht	339
a) Die Grundlinien der Neuregelung	339
aa) Das Gefüge der Zulassungsgründe	341
bb) Zwei Anwendungsbeispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	345
(1) Der Maßstab der Verallgemeinerbarkeit einer Rechtsfrage	345
(2) Die Auswirkungen einer zwischenzeitlichen Rechtsprechungsänderung	346
b) Die Rückwirkungen des Zulassungsverfahrens auf das Verhältnis von Streitentscheidung und Normbildung	349
aa) Die Verteilung der Entscheidungskompetenz über die Zulassung	349
bb) Die Revisionszulassung als gebundene Entscheidung	350
cc) Die Konsequenzen der Aufspaltung von Zulassungs- entscheidung und Fallbeurteilung bei § 544 ZPO	351
c) Zwischenergebnis	353
II. England	355
1. Der Zugang zum Court of Appeal	356
a) Das Erfordernis einer Zulassung und die Zulassungskriterien ..	356
b) Die Rückwirkungen des Zulassungsverfahrens auf das Verhältnis von Streitentscheidung und Normbildung	359
2. Der Zugang zum House of Lords/Supreme Court of the United Kingdom	360
a) Die Zulassungsentscheidung als Akt „freien“ Ermessens	360
b) Die Konturierung der Zulassungskriterien	361

aa)	Das zentrale Kriterium einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache	361
bb)	Weitere erhebliche Gesichtspunkte	362
(1)	Die Erfolgsaussichten des Appeal	363
(2)	Der Zuschnitt des anhängigen Rechtsstreits	365
(3)	Die Entscheidungserheblichkeit	366
cc)	Zwischenergebnis	367
c)	Die Rückwirkungen des Zulassungsverfahrens auf das Verhältnis von Streitentscheidung und Normbildung	367
III.	USA	369
1.	Die grundlegende Struktur des Appellationsprozesses	370
a)	Intermediate Appellate Courts	371
b)	Supreme Courts	371
aa)	Das zentrale Kriterium der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache	373
bb)	Weitere institutionelle Stützen der normbildenden Tendenz	377
2.	Die Verschiebung der Balance zwischen Normbildung und Streitentscheidung bei den Intermediate Appellate Courts	379
IV.	Zusammenfassung und Bewertung	384
B.	Die Berücksichtigung von Normbildungstatsachen	392
I.	Deutschland	396
1.	Die Berücksichtigungsfähigkeit von Normbildungstatsachen in der Revisionsinstanz	396
2.	Normbildungstatsachen und richterlicher Sachverstand	398
3.	Normbildungstatsachen und externer Sachverstand im Prozess	400
a)	Allgemeines	400
b)	Sachverständige	401
c)	Reformvorschläge	402
II.	England	403
1.	Die Berücksichtigungsfähigkeit von Normbildungstatsachen in den Appellationsinstanzen	403
2.	Normbildungstatsachen und richterlicher Sachverstand	406
3.	Normbildungstatsachen und externer Sachverstand im Prozess	409
a)	Allgemeines	409
b)	Sachverständige	410
c)	Der Amicus Curiae (Intervener)	413

III. USA	415
1. Die Berücksichtigungsfähigkeit von Normbildungs- tatsachen in den Appellationsinstanzen	415
2. Normbildungstatsachen und richterlicher Sachverstand	417
3. Normbildungstatsachen und externer Sachverstand im Prozess	419
a) Allgemeines	419
b) Der Amicus Curiae	420
IV. Zusammenfassung und Bewertung	427
§ 6 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	431
A. Zusammenfassung	431
B. Schlussbetrachtung	441
Literaturverzeichnis	445
Entscheidungsregister	477
Personenregister	483
Sachregister	487

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.B.A. Rep.	Annual Report of the American Bar Association
A.C.	Appeal Cases, Law Reports
A.E.R.	American Economic Review
a.F.	alte Fassung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
ALI	American Law Institute
All E.R.	All England Law Reports
Alt.	Alternative
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Legal Hist.	American Journal of Legal History
Am. J. Pol. Science	American Journal of Political Science
Am. J. Sociology	American Journal of Sociology
Am. J. Trial Advoc.	American Journal of Trial Advocacy
Am. L. Rev.	American Law Review
Am. L. Sch. Rev.	American Law School Review
Am. Pol. Sci. Rev.	American Political Science Review
Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
App. Cas.	Appeal Cases, Law Reports (1875–1890)
Ariz.	Arizona
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Ass. plèn.	Assemblée plèniere
Aufl.	Auflage
B.Y.U. L. Rev.	Brigham Young University Law Review
BAnz.	Bundesanzeiger
BBergG	Bundesberggesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Blackf.	Blackford, Indiana (Case Reporter)
Brooklyn L. Rev.	Brooklyn Law Review
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksachen
Bull. Civ.	Bulletin des Arrêts de la Chambre Civile de la Cour de Cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	Chapter
C.J./Ch.J.	Chief Justice
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
C.L.J.	Cambridge Law Journal
ca.	circa
Cal.	California
Cal. L. Rev.	California Law Review
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
Ch.	Chancery Division, Law Reports
Ch. D.	Chancery Division
Chi.-Kent L. Rev	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
cols.	Columns
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Cornell L.Q.	Cornell Law Quarterly
CPR	Civil Procedure Rules
CR	Computer und Recht
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Duke L.J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
e.g.	exempli gratia
ECA	European Communities Act 1972
ed.	Edition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Eng. Rep.	English Reports

Eq.	Equity, Law Reports
et. al.	et alii
et. ux.	et uxor
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ.	Court of Appeal (Civil Division)
f./ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.Supp.	Federal Supplement
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fed. R. App. P.	Federal Rules of Appellate Procedure
Fed. R. Civ. P.	Federal Rules of Civil Procedure
Fed. R. Evid.	Federal Rules of Evidence
Fla.	Florida
Fn.	Fußnote
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
H.L.	House of Lords
H.L. Debs.	House of Lords Debates (Hansard)
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
I.C.R.	Industrial Cases Reports
i.e.	id est
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Ind.	Indiana
Ind. L. Rev.	Indiana Law Review
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
InsO	Insolvenzordnung
Intl. Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J.	Judge/Justice
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Empirical Legal Studies	Journal of Empirical Legal Studies
J. Legal Educ.	Journal of Legal Education
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Pol.	Journal of Politics

J.C.L.	Journal of Comparative Law
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
JbDtR	Jahrbuch des deutschen Rechts
JCP G	La Semaine Juridique: Juris Classeur Periodique. Édition générale.
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Johns. Ch.	Johnson, New York Chancery (Case Reporter)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench, Law Reports
KO	Konkursordnung
L.C.	Lord Chancellor
L.J.	Lord Justice of Appeal
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.	Law Reports
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Law & Hist. Rev.	Law and History Review
Law & Hum. Behav.	Law and Human Behaviour
Law & Soc'y Rev.	Law and Society Review
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
M.L.R.	Modern Law Review
M.R.	Master of the Rolls
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. Rep.	Modern Reports, King's Bench
N.D.Ill.	Northern District of Illinois
n.F.	neue Fassung
N.W.	North Western Reporter
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.	New York Reports
N.Y. CVP	New York Civil Practice Law and Rules
N.Y.C.R.R.	Rules and Regulations of the State of New York
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
No.	Number
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer

Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NYU Journal of Law & Liberty	New York University Journal of Law and Liberty
NYU L. Rev.	New York University Law Review
OHG	offene Handelsgesellschaft
Ohio N.U. L. Rev.	Ohio Northern University Law Review
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OUCJLJ	Oxford University Commonwealth Law Journal
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
para	Paragraph
PreußALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Q.B.	Queen's Bench, Law Reports
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
Rdnr.	Randnummer
Rep. Ch.	Reports in Chancery
Rev. Litig.	Review of Litigation
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S.Ct.	Supreme Court Reporter
sch.	Schedule
scil.	scilicet
Sec.	Section
sjt.	Serjeant at law
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
So.	Southern Reporter
Sp.	Spalte
SS	Simons and Stuart's Reports, Chancery
St. Louis U.L.J.	Saint Louis University Law Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stra.	Strange's Reports, Kings Bench

Sup. Ct. Econ. Rev.	Supreme Court Economic Review
Sup. Ct. R. (UK)	Supreme Court Rules (United Kingdom)
Sup. Ct. R. (US)	Supreme Court Rules (United States)
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Swans.	Swanton's Reports, Chancery
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u.a.	und andere
U.C. Davis L. Rev.	University of California at Davis Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
UCC	Uniform Commercial Code
UK	United Kingdom
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
US	United States
USA	United States of America
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.S.A.	Wisconsin Statutes Annotated
Wis.	Wisconsin
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapiermitteilungen
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZVgIRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

§ 1 Einleitung

A. Die Bedeutung der richterlichen Normbildung

Zivilprozesse dienen in erster Linie der verbindlichen Lösung eines privatrechtlichen Konflikts zwischen den beteiligten Prozessparteien. Dabei erfolgt die Streitentscheidung durch eine staatliche Institution, um einerseits Selbsthilfehandlungen zu vermeiden und um andererseits zu garantieren, dass subjektive Rechte effektiv durchgesetzt und bloß angemessene Rechtspositionen effektiv abgewehrt werden können.¹ In diesem Zusammenhang gelangt neben dem reinen Parteiinteresse bereits auch die Perspektive der Rechtsgemeinschaft in das Blickfeld: Indem der Streit um subjektivrechtliche Positionen vor einem staatlichen Forum und unter Wahrung des staatlichen Gewaltmonopols ausgetragen wird, bewähren sich zugleich das objektive Recht und der Rechtsfrieden.² Auch diese Gesichtspunkte beziehen sich aber gleichwohl noch auf die Lösung eines konkreten Konflikts zwischen den Prozessparteien, mag die Lösung auch in der Form eines öffentlichen Verfahrens erfolgen.³

Neben diese streitbezogenen Funktionen des Zivilprozesses tritt jedoch eine weitere Dimension. Vor allem auf der höchstrichterlichen Ebene dient die richterliche Entscheidung auch der Vereinheitlichung und der Fortentwicklung des Rechts. Dies geschieht weniger im Interesse der jeweiligen Parteien und auch nicht zur Befriedigung des öffentlichen Interesses an einer geordneten Lösung bereits aufgetretener Konflikte, sondern vielmehr mit Blick auf das Wohl der Rechtsgemeinschaft in der Zukunft.⁴ Denn die Vereinheitlichung und die Fortentwicklung des Rechts geben Maßstäbe für die zukünftige Gestaltung und Beurteilung einer unbestimmten Vielzahl von Rechtsbeziehungen vor. Hierdurch

¹ Statt aller *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band I, 1950, S. 94; *Jolowicz*, [2008] 67 C.L.J. 508, 509 ff. und *R. Posner*, The Federal Courts: Crisis and Reform, 1985, S. 5 f.

² Hierzu *Jolowicz*, On Civil Procedure, 2000, S. 71 ff. und *R. Stürner*, Festschrift Baumgärtel, 1990, S. 545 ff. jeweils m.w.N.

³ Vgl. *R. Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 48 ff.; *J. Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 53 f. jeweils m.w.N.

⁴ *Eisenberg*, The Nature of the Common Law, 1988, S. 4 ff.; *Herzog/Karlen*, Attacks on Judicial Decisions, in: Cappelletti (Hrsg.), Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Band XVI, Chapter 8, 1982, Rdnr. 7 f.; *Unberath*, ZZP 120 (2007), 323 (332 f.).

erlangt die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung eine genuin öffentliche Funktion, die den Horizont eines konkreten Streitverfahrens übersteigt.⁵

Während die rechtsvereinheitlichende Aufgabe historisch gesehen schon immer eine wesentliche Legitimationsgrundlage der höchstrichterlichen Instanzen bildete,⁶ beruht der Gedanke der Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung auf der erst später akzeptierten Einsicht, dass Gerichte Normen nicht nur schlicht anwenden, sondern zum Teil auch selbst setzen. Aus der Realität moderner Rechtsordnungen ist dieses Phänomen der richterlichen Normbildung jedoch nicht mehr wegzudenken. Sollte die Rechtsprechung nach dem berühmten Diktum Montesquieus noch ein bloßer „Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht“, sein⁷ und verglich Blackstone die Richter mit „Orakeln des Rechts“,⁸ die gleichsam als ein Medium der „Gottheit Gesetzgeber“ das Recht verkünden, so wird der dritten Staatsgewalt heute geradezu der Stellenwert eines Ersatzgesetzgebers beigemessen.⁹ In diesem Sinne ist die Rechtsprechung über das klassische, liberal-rechtsstaatliche Postulat einer unabhängigen Ausführung rechtlicher Vorgaben hinausgegangen und sieht sich selbst in der Pflicht, einen eigenständigen konstitutiven Beitrag zur Gestaltung der Gesellschaft zu leisten.¹⁰ Eine reine Rechtsvereinheitlichung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ohne Rechtssetzung erscheint vor diesem Hintergrund unmöglich, da das Einheitliche in vielen Fällen nicht aus dem Gesetz abgelesen werden kann, sondern erst durch die Rechtsprechung selbst geschaffen werden muss. In diesem Sinne kann die Rechtsschöpfung durch die obersten Gerichte aus heutiger Sicht sogar als notwendige Voraussetzung der Rechtsvereinheitlichung bezeichnet werden.¹¹

Obwohl diese Entwicklung teilweise kritisch hinterfragt wird, gilt es doch im Grundsatz als unvermeidlich, dass die Rechtssetzung in komplexen und sich mit zunehmender Beschleunigung wandelnden Gesellschaften nur durch ein arbeitsteiliges Zusammenwirken verschiedener Akteure erfolgen kann. Dass in

⁵ Siehe *Habscheid*, ZZP 81 (1968), 175 (189); *Meador*, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl. 2006, S. 2 f.; *M. Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, 2002, S. 43 f.

⁶ Siehe *F. Baur*, JZ 1953, 326; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 7 ff.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960, S. 6 ff.

⁷ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, hrsg. von Forsthoff, Band I, 1951, 11. Buch, 6. Kapitel, S. 225.

⁸ *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Band I, 1765, S. 69.

⁹ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 174 ff.; *Papier*, in: HStR, Band VI, 2. Aufl. 2001, § 153 Rdnr. 17; *Säcker*, MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. 66 ff.; siehe auch – wenngleich im Ergebnis kritisch – *Pawłowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 117 ff. und *Rüthers*, JZ 2008, 446 (447).

¹⁰ *H. Jacob*, Conclusion, in: ders. u.a., Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective, 1996, S. 389 f.

¹¹ Siehe *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, 1993, S. 77 f. sowie *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 76 ff.

diesem Rahmen auch der Rechtsprechung ein breites gestalterisches Mandat zukommt, sah der Bundesgerichtshof bereits in seinem Jahresbericht 1966 als unanfechtbar an:

„Darüber ist jedenfalls unter Juristen kein Zweifel möglich, daß in allen Zeiträumen das verwirklichte Recht eine Mischung von Gesetzesrecht und Richterrecht gewesen ist, und daß dasjenige Recht, das sich in den Erkenntnissen der Gerichte verwirklicht hat, sich niemals mit demjenigen Recht gedeckt hat, das der Gesetzgeber gesetzt hatte. Zur Erörterung steht immer nur das Maß, nicht das Ob eines Richterrechts.“¹²

Ganz ähnlich sah dies im Jahr 1975 der damalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts Zeidler:

„Die politische, geistige und fachliche Leistungsfähigkeit der Legislative und der Exekutive reichen nicht mehr aus, um das Netzwerk von Regelungen zustande zu bringen, dessen der Interventionsstaat zu einer sinnvollen Erfüllung seiner Aufgaben bedarf. Hier muß die Judikative einspringen und diejenigen Lücken schließen, die sich aus den Kapazitätsgrenzen der anderen Staatsorgane ergeben.“¹³

Lenkt man den Blick über die Grenzen der deutschen Rechtsordnung hinaus, so erscheint sogar zweifelhaft, ob der Rechtsprechung im Vergleich mit der Gesetzgebung eine bloß ergänzende Funktion bei der Normbildung zukommt. Denn in den Rechtsordnungen des common law ist es, obwohl auch dort die Bedeutung des Gesetzesrechts stetig wächst, zum großen Teil der Rechtsprechung vorbehalten, das Recht fortzuentwickeln. Zwar geht es hierbei nach dem klassischen Verständnis nur darum, die schon immer geltenden Regelungen des Zivilrechts aus dem Fundus tradierter Verkehrsbräuche herauszufiltern und in rechtlich verbindlicher Form festzustellen.¹⁴ Doch ist seit Langem anerkannt, dass es sich hierbei in Wahrheit nicht um einen rein feststellenden, sondern um einen normschöpferischen Prozess handelt.¹⁵ Auch im common law nimmt die Rechtsprechung somit einen gefestigten Platz unter den normbildenden Institutionen ein, wie die folgenden Worte Jaffes belegen:

„The organs of government are partners in the enterprise of lawmaking. [...] I would underline the fact that courts and legislatures are in the law business together and should be continually at work on the legal fabric of our society.“¹⁶

Diese Annahme begründet beispielsweise Eisenberg in einer Art und Weise, die bis in die Nuancen der oben zitierten Auffassung Zeidlers zur Notwendigkeit der richterlichen Normbildung in Deutschland gleicht:

¹² BGH, NJW 1967, 816.

¹³ Zeidler, DÖV 1975, 797 (801).

¹⁴ Siehe zu dieser Sichtweise unten § 3 B I, S. 123 ff.

¹⁵ Zusammenfassend für England Stevens, Law and Politics, 1978, S. 589 ff. und für die Vereinigten Staaten Scalia, A Matter of Interpretation, 1997, S. 3 ff.

¹⁶ Jaffe, English and American Judges as Lawmakers, 1969, S. 20.

„Our society has an enormous demand for legal rules that private actors can live, plan, and settle by. The legislature cannot adequately satisfy this demand. The capacity of a legislature to generate legal rules is limited [...]“¹⁷

In diesem Sinne hat bereits Esser sowohl für das common law als auch für das kontinentale Recht von einer „ursprünglichen Normsetzungsaufgabe“ der Gerichte gesprochen, die nicht von den anderen Staatsgewalten abgeleitet sei.¹⁸ Die Tendenz zu einer verstärkten normbildenden Rolle der höchstrichterlichen Rechtsprechung vollzieht sich dabei vor dem Hintergrund, dass in den modernen technisierten und vernetzten Gesellschaften immer häufiger Regelungsprobleme auftreten, die einen umfassenden Problemlösungsansatz erfordern. Dem wird das klassische, streitentscheidende Bild der Zivilrechtsprechung, das an subjektive, individuelle Rechte und Pflichten anknüpft, nur sehr eingeschränkt gerecht.¹⁹ Aus diesem Grund scheinen die obersten Gerichte zu einer – teilweisen – Aufgabe ihrer traditionellen Rolle zugunsten einer stärker rechtsgestaltenden Funktion genötigt, sofern sie einer Marginalisierung im Gefüge der Staatsgewalten entgehen wollen. Allerdings droht in diesem Zusammenhang zugleich auch eine Überforderung der Zivilrechtsprechung, die ihre klassischen Konturen verwässern lässt. Deshalb hat Esser die besagte Normsetzungsaufgabe der Gerichte nicht nur als einen begrüßenswerten Bedeutungszuwachs begriffen, sondern zugleich auch als ein „Danaergeschenk“.²⁰

B. Die richterliche Normbildung als rechtsmethodisches und verfassungsrechtliches Problem

Somit ruft die Erkenntnis, dass der moderne Rechtsstaat mehr und mehr die Gestalt eines Justizstaates annimmt,²¹ sogleich auch die Frage nach den legitimen Grenzen der richterlichen Normbildung hervor. Diese Grenzen sind Gegenstand einer bereits lange andauernden und breiten Diskussion.

¹⁷ Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, 1988, S. 4f.; ders., *The Principles of Legal Reasoning in the Common Law*, in: Edlin (Hrsg.), *Common Law Theory*, 2007, S. 81 (82); ähnlich Jaffe, *English and American Judges as Lawmakers*, 1969, S. 18.

¹⁸ Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, S. 148 f.

¹⁹ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, S. 14 ff., 235 ff.

²⁰ Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, S. 302.

²¹ Siehe MacCormick/Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, in: dies. (Hrsg.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, 1997, S. 531 (549).

I. Die Grenzen der richterlichen Normbildung

Im Zentrum dieser Diskussion stand bisher sowohl im deutschen wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis die normative Abgrenzung gegenüber dem Aufgabenbereich anderer Rechtssetzungsorgane, insbesondere gegenüber der Gesetzgebung.²²

Aus deutscher Sicht wurde dieses Problem ursprünglich vorrangig als eine Frage der Methodenlehre diskutiert. Es ging dabei um die methodengerechte Abgrenzung von zulässiger Rechtsschöpfung einerseits und unzulässiger Rechtssetzung durch die Gerichte andererseits.²³ Spätestens seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes hat sich die Diskussion aber von einer rein methodischen Legitimationsfrage auf die verfassungsrechtliche Ebene verlagert.²⁴ Dies betrifft die Vereinbarkeit der richterlichen Normsetzung mit der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, die auf dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip beruht.²⁵ Die richterliche Normbildung berührt dabei neben dem Vorrang des Gesetzes auch den Vorbehalt des Gesetzes, nach dem alle für das Gemeinwesen und die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Entscheidungen durch das Parlament selbst getroffen werden müssen.²⁶ Aus dieser Perspektive handelt es sich bei den Grenzen der Rechtsschöpfung durch die Gerichte um ein Problem der Rechtsquellenlehre im Stufenbau der Rechtsordnung.²⁷

Eine vergleichbare Diskussion existiert auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Spätestens seit der Erkenntnis, dass common law-Gerichte das Recht nicht lediglich passiv vorfinden, sondern aktiv gestalten, hat spiegelbildlich auch die Begrenzung und Mäßigung dieses Prozesses große Aufmerksamkeit erfahren. Unter den Stichworten des „judicial activism“ und des „judicial restraint“ wird daher in England,²⁸ vor allem aber in den Vereinigten Staaten diskutiert, wie weit die Gerichte in der Herausbildung bisher nicht anerkannter Normen gehen dürfen.²⁹ Diese Kontroverse betrifft zwar zu einem großen Teil

²² Vgl. *Cappelletti*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, S. 40 ff.; *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 16 ff. m.w.N.

²³ *Wank*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1978, S. 34 ff.

²⁴ *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 48 f.

²⁵ Dazu grundlegend *Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band IV, 1977, S. 325 ff.; *J. Ipsen*, *Richterrecht und Verfassung*, 1975 sowie *Wank*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1978, S. 82 ff. und aus der jüngeren Literatur *Foerste*, *JZ* 2007, 122 ff.; *Hillgruber*, *JZ* 2008, 745 (746 f.); *J. Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. Aufl. 2005, S. 85 ff. und 139 ff.

²⁶ Siehe *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 60 ff.

²⁷ So bereit *Sauer*, *Festgabe Reichsgericht*, Band I, 1929, S. 122 (125 ff.) sowie *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl. 2005, S. 458.

²⁸ Hierzu *Devlin*, [1976] 39 *M.L.R.* 1, 8 und *King*, [2008] 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409 ff.

²⁹ Dazu, mit jeweils unterschiedlichen Standpunkten, einerseits *Lewis*, *The Context of*

die Anwendung der US-amerikanischen Verfassung durch die Gerichte,³⁰ hat aber auch für den Bereich des Zivilrechts als Teil des klassischen, richterrechtlich geprägten common law Bedeutung. Dies gilt beispielsweise für die Fortentwicklung des Deliktsrechts durch die Rechtsprechung, insbesondere für die Ausweitung der Produkthaftung (product liability), der Umwelthaftung (environmental liability) und der Arzthaftung (medical malpractice).³¹

II. Die Pflicht zur richterlichen Normbildung

Betrifft die vorstehend angedeutete Diskussion quasi die Obergrenze zulässiger richterlicher Normsetzung, wird umgekehrt auch erörtert, ob sogar ein Gebot bestehen kann, eine bestimmte Normbildung in einem Zivilprozess vorzunehmen, ob mit der Obergrenze also auch eine Untergrenze korrespondiert. So wird die Grundlage der richterlichen Normbildung im deutschen Rechtskreis häufig in dem so genannten Rechtsverweigerungsverbot verortet.³² Dieses Verbot, das ebenso wie der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt, soll dabei besagen, dass eine richterliche Entscheidung sich nicht auf den Rahmen der bereits bestehenden Rechtssätze beschränken dürfe, wenn eine sachgerechte Entscheidung des Rechtsstreits nur durch neu gebildete Normen möglich sei. Ihre Grundlage findet diese Sichtweise in der doppelten Bindung der Rechtsprechung an Gesetz *und* *Recht*, die einen Auftrag zur Fortentwicklung des Gesetzesrechts einschließt.³³ Die Pflicht zur Streitentscheidung wird auf diesem Wege unter Umständen zu einer Pflicht zur Normbildung.³⁴

Hiermit vergleichbare Argumentationsmuster finden sich auch in den theoretischen Erörterungen des common law. So besagt beispielsweise Ronald Dworkins „one right answer thesis“, dass die Gesamtheit einer Rechtsordnung

Judicial Activism, 1999, S. 55 ff. und andererseits *Scalia*, A Matter of Interpretation, 1997, S. 9 ff., insbesondere S. 37 ff.

³⁰ Exemplarisch *Rubinfeld*, Revolution by Judiciary, 2005, S. 20 ff. und *Waldron*, 115 Yale L.J. 1346 ff. (2006).

³¹ Hierzu im Überblick *Friedman*, The Litigation Revolution, in: Grossberg/Tomlins (Hrsg.), The Cambridge History of Law in America, 2008, Band III, S. 175 (182 ff.); *Kagan*, Adversarial Legalism, 2003, 126 ff. und *Marcus*, Malaise of the Litigation Superpower, in: Zuckerman (Hrsg.), Civil Justice in Crisis, 1999, S. 71 (100 f.) m.w.N.

³² Hierzu unten § 3 A X 2, S. 90 ff.

³³ BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 87, 273 (280); 96, 375 (394); BVerfG, NJW 2000, 3635 (3636); *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, 1977, S. 325 ff.; kritisch *Hillgruber*, JZ 2008, 745 (746 f.).

³⁴ Vgl. *R. Fischer*, Höchstrichterliche Rechtsprechung heute – am Beispiel des Bundesgerichtshofes –, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages Wiesbaden 1978, Band II, 1978, H 5 (23 f.): Die „Legitimation zur Rechtsfortbildung ist [...] zugleich eine Verpflichtung zur Rechtsfortbildung“.

ein „nahtloses Netz“ (seamless web) aus Rechtsprinzipien bilde, das für die Lösung eines bestimmten Rechtsproblems auch dann eine zwingende Vorgabe beithalte, wenn dieses Problem bisher keine präjudizielle Behandlung erfahren habe.³⁵ Danach lässt sich aus den Prinzipien, die eine Rechtsordnung tragen, für alle grundlegenden Streitfragen eine zwingende Vorgabe ableiten, die ein idealer Richter („Judge Hercules“) erkennen würde.³⁶ Auch eine Spielart der ökonomischen Analyse des Rechts plädiert, allerdings von einem ganz anderen Ausgangspunkt als Dworkin, für eine umfassende Pflicht des Richters, das common law fortzuentwickeln. So haben Richter nach Richard Posner die Aufgabe, die Ergebnisse perfekter Märkte zu imitieren, wenn Transaktionskosten eine rein private Lösung vereiteln.³⁷

III. Divergenzen und Konvergenzen in der Diskussion

Diese methodischen und verfassungsrechtlichen Fragen eines Mandats zur richterlichen Normsetzung im Zivilrecht sind mittlerweile über einen langen Zeitraum und in großer Intensität diskutiert worden. Dabei ist die Debatte zu einem vorläufigen Endpunkt gekommen, weil sich zum Teil unüberbrückbare Divergenzen, zum Teil aber auch allgemein akzeptierte Konvergenzen herauskristallisiert haben.

1. Divergenzen in der theoretischen Diskussion

So zeichnet sich in der theoretischen Debatte über die methodischen und verfassungsrechtlichen Grenzen des normschöpferischen Mandats der Rechtsprechung ein allseits eingestandener, aber wohl unüberbrückbarer Gegensatz zwischen verschiedenen Meinungslagern ab. Dies belegt beispielsweise in Deutschland die Diskussion über die zutreffende Balance zwischen Richterbindung und Richterfreiheit, die gerade in jüngster Zeit noch einmal mit großem Engagement, aber ohne eine greifbare Synthese geführt wurde.³⁸ Ähnliches lässt sich im anglo-amerikanischen Recht über den Streit zwischen den Proponenten eines judicial activism einerseits bzw. eines judicial restraint andererseits sagen, die sich ebenfalls unversöhnlich gegenüberstehen. Vor dem Hintergrund dieser Divergenzen kann nur festgehalten werden, dass aus rein faktischer Sicht das Modell einer ausgedehnten Richtermacht letztlich immer in der Offensive ist, da es die Richter selbst

³⁵ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 279 ff.

³⁶ *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 239 ff.

³⁷ *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007, S. 10ff. im Anschluss an *Coase*, 3 *J.L. & Econ.* 1, 17f. (1960); siehe auch *Goetz/Scott*, 69 *Va. L. Rev.* 967, 971 (1983).

³⁸ Vgl. hierzu die als unversöhnlich zu bezeichnenden Positionen von *Rüthers* (ZRph 2005, 1; JZ 2006, 53; JZ 2007, 556; ZRP 2008, 48; JZ 2008, 446) einerseits und *Hirsch* (JZ 2007, 853) andererseits.

sind, die im konkreten Fall über die Grenzen ihrer Befugnisse zu entscheiden haben und dabei aufgrund ihrer richterlichen Unabhängigkeit allenfalls von anderen (Verfassungs-)Richtern überwacht werden.³⁹

2. Konvergenzen in der rechtsvergleichenden Analyse

Herrscht somit auf der rein theoretischen Ebene sowohl in Deutschland als auch im common law eher eine gefestigte Uneinigkeit, so hat die rechtsvergleichende Analyse des richterlichen Entscheidens hingegen bereits seit geraumer Zeit eine deutliche Annäherung zwischen den beiden Rechtskreisen festgestellt:⁴⁰

Im anglo-amerikanischen Recht wächst zum einen die Zahl der gesetzlichen Regelungen stetig an, so dass sich case law in diesen Bereichen nicht mehr originär, sondern in Anwendung der Gesetze herausbildet.⁴¹ Zum anderen werden Präjudizien im common law heute nicht mehr nur als historisch-autoritative Festlegungen begriffen, die als unverbundene Regeln nebeneinanderstehen, sondern als Ausdruck rationaler Prinzipien.⁴² Dies manifestiert sich in den Vereinigten Staaten insbesondere an der so genannten Restatement-Bewegung. In den Restatements, die unter der Führung des American Law Institute entstehen, wird das vorhandene amerikanische case law zu den klassischen privatrechtlichen Materien (contracts, torts, agency etc.) in systematischer Weise aufgearbeitet, um seine effektivere Nutzung über die Grenzen der Einzelstaaten hinweg zu ermöglichen.⁴³ Somit leisten die Restatements, obgleich als solche nicht mit bindender Wirkung ausgestattet, langfristig einen Beitrag zur Rationalisierung des case law.⁴⁴ Ein im weitesten Sinne vergleichbares Phänomen ist in England in neuerer Zeit ebenfalls zu beobachten, dort aber im Rahmen der Rechtsprechung selbst. Gemeint ist die Tendenz einzelner Richter des House of Lords, wichtige Rechtsfragen im Rahmen grundlegender Urteile zunehmend

³⁹ Siehe *Esser*, Festschrift von Hippel, 1967, S. 95 (113 f.); *Thomas*, *The Judicial Process*, 2005, S. 254 ff.

⁴⁰ *Allen*, *Law in the Making*, 7. Aufl. 1964, S. 161 ff.; *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 188; *Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band IV, 1977, S. 313 ff.; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 262 ff.; scharfe Kritik an diesem Konvergenzdenken allerdings bei *Legrand*, [2006] 1 J.C.L. 13 ff.

⁴¹ Hierzu *Calabresi*, *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982, S. 5 ff.

⁴² Grundlegend *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, S. 22 ff.; *ders.*, *Law's Empire*, 1986, S. 240 ff.; siehe auch *Allen*, *Law in the Making*, 7. Aufl. 1964, S. 285 ff.; *Eisenberg*, *The Nature of the Common Law*, 1988, S. 64 ff., 76 ff., 83 ff.; *Hart/Sacks*, *The Legal Process*, 1994, S. 568 ff.; *Reid*, [1972] 12 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 22, 26 f.

⁴³ Näher zu den Hintergründen der Restatement-Bewegung *White*, 15 *Law & Hist. Rev.* 1 ff. (1997) sowie im Überblick *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 246 f.

⁴⁴ Vgl. *Herget/Wallace*, 73 *Va. L. Rev.* 399, 431 f. (1987).

nicht mehr rein fallbezogen, sondern in stark systematischer Weise abzuhandeln.⁴⁵

Greift somit der Prozess der Rechtserkenntnis im anglo-amerikanischen Raum immer stärker auch abstrakt-systematische Momente auf, wie sie traditionellerweise dem kontinentalen Recht zugeschrieben werden, sind umgekehrt aber auch die klassischen Charakteristika des common law nicht ohne Einfluss auf das deutsche Recht geblieben. So berücksichtigt die deutsche Rechtsprechung trotz ihrer Einbindung in den Rahmen des kodifizierten Gesetzesrechts zunehmend auch Präzedenzfälle im Stile eines case law.⁴⁶ Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass angesichts der Vielgestaltigkeit zu entscheidender Lebenssachverhalte ein ubiquitäres Bedürfnis nach Konkretisierung, Anpassung und Ergänzung der gesetzgeberischen Vorgaben besteht, das am besten durch die Orientierung an und die Fortentwicklung von Präjudizien befriedigt werden kann.⁴⁷

Schließlich hat insbesondere Vogenauer für die Methoden der Interpretation von Gesetzen eine Konvergenz zwischen England und dem europäischen Kontinent festgestellt. Hierbei weichen die klassischen, auf den textlichen Gehalt und den Willen des Gesetzgebers abstellenden Interpretationsmethoden immer stärker einer zweckorientierten Auslegungspraxis, deren Richtung die Rechtsprechung selbst maßgeblich prägt.⁴⁸ Auch in den Vereinigten Staaten ist das Konzept einer „dynamic interpretation“, das den Gerichten einen großen Spielraum bei der Anpassung von Gesetzen an sich verändernde gesellschaftliche Umstände gewährt,⁴⁹ zwar keineswegs unumstritten, gewinnt aber zunehmend an Bedeutung.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund führt die Ausweitung des Gesetzesrechts, die im Laufe des 20. Jahrhunderts in nahezu allen Rechtsordnungen stattfand, keineswegs zu einer Zurückdrängung des richterlichen Gestaltungsspielraums. Vielmehr äußert sich dieser nun vermehrt in der Anwendung des Gesetzesrechts.⁵¹

⁴⁵ Hierzu näher unten § 3 B VI 1, S. 158 f.

⁴⁶ Dawson, *The Oracles of the Law*, 1968, S. 450 ff.; G. Hager, *Rechtsmethoden in Europa*, 2009, 3/79 ff. sowie mit einer umfangreichen Übersicht zu der historischen Entwicklung Müßig, ZNR 2006, 79 ff.

⁴⁷ G. Hager, *Rechtsmethoden in Europa*, 2009, 3/88.

⁴⁸ Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Band I und II, 2001, vor allem Band II, S. 1254 ff.; ähnlich G. Hager, *Rechtsmethoden in Europa*, 2009, 2/49 ff. und 2/149 ff.

⁴⁹ Grundlegend Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994.

⁵⁰ Zusammenfassend R. Posner, *How Judges Think*, 2008, S. 191 ff. m.w.N.

⁵¹ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, S. 3 f.; Robertson, *Judicial Discretion in the House of Lords*, 1998, S. 72 ff.

C. Die richterliche Normbildung als prozessual-institutionelles Problem

Neben den skizzierten methodischen und verfassungsrechtlichen Fragen hat eine andere Dimension der richterlichen Normbildung im Zivilrecht bisher weniger Beachtung erfahren.⁵² Es handelt sich hierbei um die prozessual-institutionelle Seite der Normbildung. Diese Dimension knüpft daran an, dass es sich bei der normbildenden Rechtsprechung nicht nur um einen Entscheidungsakt handelt, sondern vielmehr um das Ergebnis eines Entscheidungsprozesses, der seine eigenen Regeln aufweist. So besteht nach Esser im case law ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Inhalt und dem Modus der Rechtsfindung.⁵³ Dieser Modus knüpft bei der richterlichen Normbildung im Zivilrecht immer an ein konkretes Streitverfahren zwischen privaten Prozessparteien an und ist folgerichtig mit den Gesetzmäßigkeiten dieses Verfahrens untrennbar verknüpft. Das Interesse der konkreten Prozessparteien besteht dabei nicht notwendig in einer Fortentwicklung des Rechts, sondern diese bezwecken mit dem Prozess zumindest regelmäßig eine Entscheidung ihres jeweiligen Rechtsstreits. Somit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die streitentscheidende Funktion zu der normbildenden Funktion stehen kann und sollte, wenn man die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung als einen institutionalisierten Entscheidungsprozess betrachtet.

Eine maßgebliche Rolle hierfür spielt die Ausgestaltung dieses Prozesses durch das jeweilige Gerichtsverfassungs- und Zivilprozessrecht. So hat Leopold zu Recht davon gesprochen, dass die richterliche Normbildung nicht nur ein Problem der juristischen Methode, sondern auch des Zivilprozessrechts darstellt.⁵⁴ Folgerichtig stellt sich die Frage, inwieweit Zivilverfahren aus prozessual-institutioneller Sicht zwischen den Aspekten der Streitentscheidung und der Normbildung tatsächlich vermitteln bzw. idealerweise vermitteln sollten. Obwohl diese Frage bisher neben den rein methodischen und verfassungsrechtlichen Fragen der richterlichen Normbildung nicht im Mittelpunkt der Erörterungen stand, existieren hierzu bereits einige Untersuchungen. Beispielsweise haben Hergenröder⁵⁵ und Lames⁵⁶ das Wechselspiel zwischen der Prozessstruk-

⁵² Zu den unterschiedlichen Facetten des Verhältnisses zwischen der richterlichen Normanwendung und der richterlichen Normbildung im Überblick *Flume*, Richter und Recht, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Essen 1966, Band II, 1967, K 5 ff.

⁵³ *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 107 ff.

⁵⁴ *Leipold*, *Ritsumeikan Law Review* 4 (1989), 161; ähnlich *F. Baur*, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in: *Summum Ius. Summa Iniuria*, 1963, S. 97 (100): Die richterliche Normbildung sei in einem „Zwischenbereich des materiellen und Verfahrensrechts angesiedelt“.

⁵⁵ *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995.

⁵⁶ *Rechtsfortbildung als Prozeßzweck*, 1993.

tur und der Fortbildung des Zivilrechts für das deutsche Recht einer eingehenden dogmatischen Untersuchung unterzogen. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis haben unter anderem Horowitz,⁵⁷ Komesar⁵⁸ und Vermeule⁵⁹ die Kompetenz der Gerichte zu einer Normbildung aus institutionentheoretischer Sicht behandelt. Schließlich bestehen auch für eine rechtsvergleichende Betrachtung der prozessual-institutionellen Rahmenbedingungen, die der normbildenden zivilrichterlichen Tätigkeit zugrunde liegen, Ansätze in der Literatur.⁶⁰ Eine umfangreichere rechtsvergleichende Betrachtung hierzu steht aber noch aus und soll den Gegenstand dieser Arbeit bilden.

Wie Vermeule dargelegt hat, erscheint eine prozessual-institutionelle Sicht auf die richterliche Normbildung dabei gerade auch deshalb interessant, weil sie von der Stellungnahme zu methodischen und verfassungstheoretischen Fragen, über deren Lösung tief greifende und kaum überbrückbare Meinungsverschiedenheiten bestehen, weit gehend unabhängig ist.⁶¹ Es handelt sich in diesem Sinne nicht um eine Betrachtung der „ersten Ordnung“, sondern der „zweiten Ordnung“. Die Bedeutung dieser zweiten Ordnung, das heißt der prozessual-institutionellen Struktur des richterlichen Entscheidungsverfahrens, wächst dabei mit einer zunehmenden Hinterfragung und Wandelbarkeit der Rechtsinhalte, die in den vergangenen Jahrzehnten das Privatrecht immer stärker aus seiner inneren Harmonie gerissen haben. Somit verspricht die prozessual-institutionelle Perspektive einen zwar begrenzten Erkenntnisgewinn, der aber selbst aus Sicht ganz unterschiedlicher methodischer und normativer Positionen von Bedeutung ist.⁶²

Dabei soll keineswegs übersehen werden, dass auch eine prozessual-institutionelle Analyse selbstverständlich normativen Charakter hat und keine rein deskriptive Übung darstellt. Die institutionellen und verfahrensmäßigen Rahmenbedingungen des Zivilprozesses sind ihrerseits notwendig an die verfassungsrechtlichen und rechtsmethodischen Grundregeln des betreffenden Rechtssystems rückgebunden. Gleichwohl wäre es übertrieben, die Struktur des richterlichen Entscheidungsverfahrens als eine bloße Konkretisierung von Rechtsmethode und Verfassung zu betrachten.⁶³ Allerdings bestehen in-

⁵⁷ *The Courts and Social Policy*, 1977.

⁵⁸ *Imperfect Alternatives*, 1994.

⁵⁹ *Judging under Uncertainty*, 2006.

⁶⁰ Genannt seien an dieser Stelle nur *Herzog/Karlen*, *Attacks on Judicial Decisions*, in: Cappelletti (Hrsg.), *Civil Procedure*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Band XVI, Chapter 8, 1982; *H. Jacob* u.a., *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, 1996 und *Jolowicz*, *On Civil Procedure*, 2000.

⁶¹ Siehe *Vermeule*, *Judging under Uncertainty*, 2006, S. 1 ff. und 63 ff.

⁶² *Vermeule*, *Judging under Uncertainty*, 2006, S. 82 f.; siehe auch *Kornhauser*, 68 S. Cal. L. Rev. 1605, 1612 f. (1995).

⁶³ Siehe *R. Stürner*, *Festschrift Baur*, 1981, S. 647 (648 f.); anders wohl *Wassermann*, *Der soziale Zivilprozeß*, 1978, S. 20, nach dem „das Zivilprozeßrecht als *angewandtes* Verfassungsrecht“ zu begreifen ist.

soweit natürlich erhebliche Wechselwirkungen, die auch die nachfolgende Analyse des Verhältnisses von Streitentscheidung und Normbildung im Zivilprozess immer wieder beeinflussen werden.

D. Das Ziel der Darstellung

Die vorliegende Arbeit wird das prozessual-institutionelle Spannungsverhältnis zwischen Streitentscheidung und Normbildung im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht untersuchen. Dabei kann Folgendes als Ausgangspunkt festgehalten werden: Auf der höchstrichterlichen Ebene spielen stets beide Aspekte eine gewisse Rolle.⁶⁴ So erscheint eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die keinerlei normbildende Funktion wahrnimmt, sondern sich ausschließlich auf eine erneute, fehlerkorrigierende Streitentscheidung beschränkt, zumindest aus heutiger Sicht unrealistisch. Umgekehrt kann ihre Aufgabe aber auch nicht in einer reinen Normbildung liegen, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zumindest in den hier behandelten Rechtsordnungen zugleich immer Einfluss auf die Bestandskraft der vorinstanzlichen Entscheidung hat und damit ein streitentscheidendes Moment aufweist. Jedoch sind in der Gewichtung der beiden Aspekte zueinander ganz unterschiedliche Modelle denkbar, wie auch die folgende Darstellung belegen wird.⁶⁵

Trotz aller Nuancierungen, die somit denkbar sind, lassen sich gleichwohl zwei entgegengesetzte Grundkonzepte unterscheiden. Das eine Modell rückt stark die Normbildung in den Vordergrund und erblickt in ihr die „eigentliche“ Aufgabe der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung. Der konkrete Fall bildet in diesem Modell – zugespitzt gesprochen – nur einen mehr oder weniger willkommenen Anlass, um allgemeine, abstrakte Rechtssätze herauszubilden. Das andere Modell bezieht hingegen den Kern der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den jeweils in Rede stehenden Fall und nimmt an, dass die Normbildung gerade aus einer Entscheidung ebendieses Falls fließen sollte, was zu einer wesensmäßigen Verkoppelung von Streitentscheidung und Normbildung führt.

Vor diesem Hintergrund verfolgt die vorliegende Arbeit zwei Hauptziele: Zum einen soll dargelegt werden, dass im Laufe der historischen Entwicklung das erste Modell, das sich stark auf die Normbildung fokussiert, tendenziell an Wirkungsmacht gewonnen hat, wenngleich auch in den einzelnen Rechtsordnungen in unterschiedlicher Intensität. Zum anderen soll in einer Bewertung dieses Befunds der Standpunkt entwickelt werden, dass das zweite Modell, das

⁶⁴ Zu den Idealtypen der Streitentscheidung und der Rechtsgestaltung als Aufgaben des Rechtsprechungsprozesses und zu ihrer Verbindung eingehend *Damaska*, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986, S. 88 ff.

⁶⁵ Hierzu insbesondere der entwicklungsgeschichtliche Überblick in § 3, S. 34 ff.

den Fallbezug der höchstrichterlichen Tätigkeit unterstreicht, durchaus bisher unterschätzte Vorzüge besitzt.

Dabei folgt die hier zu entwickelnde Sichtweise einem Grundgedanken, der am prägnantesten durch Friedrich August von Hayek als so genanntes Wissensproblem beschrieben worden ist. Danach hängt der Erfolg einer Gesellschaft zu einem erheblichen Teil davon ab, ob und inwieweit sie durch ihre Institutionen in der Lage ist, Informationen zu bündeln und nutzbar zu machen, die unter ihren Mitgliedern weit verstreut sind und die daher keine zentrale Instanz in ihrer Gesamtheit überblickt. Für den Bereich des Privatrechts gewinnt dieses Wissensproblem dabei in dem Maße an Bedeutung, in dem durch die zunehmende Materialisierung und Flexibilisierung des Rechts seine inhaltliche Abhängigkeit von außerrechtlichen Strömungen des Zeitgeistes ansteigt.⁶⁶ Dies führt zugleich zu einer steigenden Ungewissheit darüber, was aus rechtlicher Sicht gültig ist. Kann aber das System des Privatrechts immer weniger eine abstrakte Orientierungsfunktion erfüllen, gewinnt umgekehrt der konkrete Streitfall als maßgebliche Referenz der normbildenden Rechtsprechung eine wachsende Bedeutung. Er stellt für die höchstrichterliche Rechtsprechung eine „Wissensquelle“ dar und bildet damit die maßgebliche Stütze bei der richterlichen Normbildung.

Für den Zivilprozess soll hieraus in der vorliegenden Arbeit die These abgeleitet werden, dass die richterliche Normsetzung nicht durch einen planenden Prozess erfolgen sollte, in dem sich die Gerichte von dem konkreten Rechtsstreit als einem historischen Geschehen weit gehend lösen, um einen größtmöglichen Beitrag zur Gestaltung des Zivilrechts zu leisten. Vielmehr setzt die erfolgreiche und mit einer Richtigkeitsvermutung versehene Normbildung im Zivilprozess stets eine Rückkoppelung an die Streitsache und das Prozessziel der Parteien voraus. Eine gesunde höchstrichterliche Rechtsprechung begreift sich in diesem Sinne nicht als ein „legal engineering“, das Normbildung „anlässlich“ einer Streitentscheidung betreibt, sondern wird normsetzend nur soweit tätig, als der konkrete Rechtsstreit dies erfordert und gestattet. Die höchstrichterliche Rechtsprechung im Zivilrecht muss daher neben ihrer unbestreitbar wichtigen Funktion, die Entwicklung der Rechtsordnung voranzutreiben, immer auch dadurch geprägt sein, dass sie eine Korrektur bzw. eine Bestätigung der vorangehenden Entscheidung in einem konkreten Rechtsstreit vornimmt. Nur wenn und soweit der zu entscheidende Fall in der Gestalt, in der er im Prozess vorgebracht und aufbereitet wird, die Informationen offen legt, die für die angemessene Klärung einer bestimmten Rechtsfrage notwendig sind, kann diese Frage sinnvoll durch die Rechtsprechung entschieden werden. Daher ist die Normbildung in Zivilprozessen untrennbar mit der Lösung des konkreten, privaten Konflikts verbunden, das heißt sie erfolgt nicht „anlässlich“, sondern „durch“

⁶⁶ Grundlegend hierzu Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 22 ff., 59 ff., 77 ff. und 166 ff.

eine Streitentscheidung. Auf diesem Wege, den vor allem Esser bereits als Idealbild der höchstrichterlichen Tätigkeit beschrieben hat,⁶⁷ lassen sich die Vorzüge einer Regulierung durch die Rechtsprechung einerseits und eines auf individueller Initiative beruhenden Prozessgeschehens andererseits miteinander verbinden. Gerade aus einer solchen Verbindung ergibt sich die „einzigartige Stärke“ des Rechtsprechungsprozesses.⁶⁸

Der Gedanke einer Normbildung *durch* Streitentscheidung impliziert dabei zugleich, dass das Ziel der vorliegenden Arbeit nicht sein kann, ein quantitatives *Maß* anzugeben, in dem richterliche Normbildung als legitim erscheint. Vielmehr soll ein qualitativer *Modus* der Rechtsschöpfung dargelegt werden, der allerdings der Normbildung im Einzelfall auch sachliche Grenzen ziehen kann. Dabei verkörpert die Wahrung einer Einheit aus Streitentscheidung und Normbildung nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine legitime richterliche Normbildung. Daneben mögen zahlreiche andere Grenzen treten, wie in Deutschland zum Beispiel der Wesentlichkeitsvorbehalt zugunsten des parlamentarischen Gesetzgebers. Bildet die Verknüpfung von Normbildung und Streitentscheidung somit nur eine Facette des Gesamtproblems, vermag sie aber umgekehrt der richterlichen Regelbildung auch eine kategoriale Grenze zu setzen. Die vorliegende Arbeit wendet sich in diesem Sinne gegen eine Sichtweise, nach der es bei der Auslotung des legitimen Spielraums für richterliche Normbildungen um einen topisch geprägten Abwägungsprozess geht, der keine festen Bezugspunkte wie eben die Zentrierung um die Streitentscheidung kennen würde, sondern nur bloße „Gesichtspunkte“, die je nach den Umständen in größerer oder geringerer Intensität „zu berücksichtigen“ wären. Die hier zu entwickelnde Auffassung plädiert daher durchaus für eine (Selbst-) Beschränkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenüber dem denkbaren alternativen Modell, das ihr eine abstrakte Normbildungsbefugnis und damit eine ambitioniertere Rolle zugesteht.

⁶⁷ Esser, JZ 1962, 513 ff.; ähnlich auch Heusinger, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S. 81 ff.; Jagusch, NJW 1953, 161 ff.; Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 12; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 261; J. Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 62 f.

⁶⁸ Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, 1989, S. 32.

E. Eingrenzung des Untersuchungsprogramms

I. Die maßgeblichen normbildenden Instanzen

Wie Jolowicz deutlich herausgearbeitet hat, besteht eine besondere Schwierigkeit rechtsvergleichender Erörterungen zu Fragen des Rechtsmittelprozesses darin, dass die Rechtsmittelebenen in den einzelnen Staaten zum Teil sehr unterschiedlich strukturiert sind.⁶⁹ Dieses Problem stellt sich auch für die vorliegende Untersuchung des Verhältnisses von Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Dementsprechend müssen für die betrachteten Rechtsordnungen zunächst die Ebene bzw. die Ebenen im Instanzenzug identifiziert werden, auf denen die normbildende Tätigkeit maßgeblich angesiedelt ist.

1. Deutschland

In Deutschland betrifft dies das Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof, das gemäß §§ 545 f. ZPO auf die Korrektur von Rechtsverletzungen begrenzt ist und starke normbildende Züge aufweist. Demgegenüber steht sowohl auf der erstinstanzlichen Ebene als auch auf der Berufungsebene die korrekte Beurteilung des einzelnen Rechtsstreits derart gegenüber einer etwaigen Normbildung im Vordergrund, dass diese Ebenen hier ausgespart bleiben.

Diese Einschätzung gilt auch für die Berufung selbst nach der Zivilprozessreform 2001 fort. Der Zweck dieser Reform war es zwar, die Berufung von einer vollwertigen zweiten Beurteilung des Rechtsstreits zu einer bloßen Korrekturinstanz in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umzugestalten.⁷⁰ Gleichwohl dominiert der Aspekt einer möglichst zutreffenden Entscheidung des jeweiligen Rechtsstreits hier weiterhin deutlich gegenüber dem Ziel der Normbildung im Interesse der Rechtsgemeinschaft.

Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Berufung immer noch in relativ weitem Umfang eine Neuerhebung oder Neubewertung der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung zulässt, obwohl die zweite Instanz gemäß § 529 ZPO nicht mehr zu einer vollständigen Neuverhandlung des Rechtsstreits in tatsächlicher Hinsicht führt. Denn zumindest müssen nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unvollständige oder unrichtige Tatsachenfeststellungen weiterhin korrigiert werden, sofern für derartige Mängel „konkrete Anhaltspunkte“ bestehen. Dabei werden diese Möglichkeiten zu einer Berichtigung des Tatsachenstoffs, vorgezeichnet durch entsprechende Judikate des Bundesgerichtshofs,⁷¹

⁶⁹ Jolowicz, *On Civil Procedure*, 2000, S. 328 ff.

⁷⁰ BT-Drucks. 14/4722, S. 61, 64; Rimmelspacher, *MünchKomm. ZPO*, 3. Aufl. 2007, Vor §§ 511 ff. Rdnr. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl. 2010, § 133 Rdnr. 21.

⁷¹ Siehe BGHZ 158, 269; 160, 83; 162, 313.

in der Praxis tendenziell großzügig gehandhabt.⁷² Zudem können in der Berufung gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO in Verbindung mit § 531 Abs. 2 ZPO weiterhin neue Angriffs- und Verteidigungsmittel eingeführt werden, soweit die betreffende Partei sie in der ersten Instanz ohne eigenes Verschulden noch nicht vorgebracht hat und sie damit nicht präkludiert sind. Das Berufungsgericht ist somit in tatsächlicher Hinsicht keineswegs streng auf die Korrektur von Verfahrensfehlern bei der Beweiserhebung oder Beweiswürdigung beschränkt, sondern besitzt relativ weit reichende Möglichkeiten, den Sachverhalt im Sinne einer möglichst befriedigenden Streitentscheidung neu zu konturieren.⁷³

Zum anderen tritt auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung durch das Berufungsgericht der Aspekt der Normbildung deutlich gegenüber demjenigen einer Fehlerkorrektur im konkreten Einzelfall zurück. Zumindest im Bereich des allgemeinen Zivilrechts, auf den sich die nachfolgende Untersuchung konzentrieren soll,⁷⁴ werden die maßgeblichen Normbildungen erst durch Revisionsentscheidungen vorgenommen. Die Berufungsebene verbleibt hierbei in der Regel eine reine „Durchlaufstation“. Dass der Kern der richterlichen Normbildung in Deutschland auf der Revisionsebene zentriert ist, wird vor allem durch die im internationalen Vergleich eher überdurchschnittlichen Kapazitäten des Bundesgerichtshofs ermöglicht. So ergingen durch ihn in dem Zeitraum von 2000 bis 2009 jährlich zwischen 657 und 954 Urteile in Zivilsachen.⁷⁵ Zudem bewirkt der Umstand, dass mit der Zivilprozessreform 2001 die Revision zum Bundesgerichtshof auch für Verfahren eröffnet worden ist, die erstinstanzlich durch die Amtsgerichte entschieden werden, eine weitere Konzentration der Normbildung auf der obersten fachgerichtlichen Ebene. Vor diesem Hintergrund liegt umgekehrt die dominierende Funktion der Berufung auch weiterhin in der Herstellung einer korrekten Entscheidung im Interesse der Prozessparteien.⁷⁶ Die Normbildung tritt demgegenüber stark in den Hintergrund.⁷⁷ Dies rechtfertigt es, die Landgerichte bzw. Oberlandesgerichte als Berufungsebenen aus der Untersuchung auszublenden.

⁷² Überblick hierzu bei *Rimmelspacher*, MünchKomm. ZPO, 3. Aufl. 2007, § 529 Rdnr. 15 ff.

⁷³ *Murray/Stürner*, German Civil Justice, 2004, S. 381 ff. m.w.N.

⁷⁴ Siehe dazu noch § 1 E III, S. 20 f.

⁷⁵ Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2009 – Jahresstatistik –, S. 21; abrufbar unter http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/BGH/Statistik/statistik_node.html (abgerufen am 1. August 2010).

⁷⁶ *Unberath*, ZZP 120 (2007), 323 (335 ff.).

⁷⁷ BT-Drucks. 14/4722, S. 61.

2. Common Law

Hingegen erfolgt eine Rechtskontrolle, die eine starke normbildende Tendenz aufweist, in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen typischerweise auf zwei Stufen, die unter dem Oberbegriff des *appellate process* zusammengefasst werden.⁷⁸

Auf der obersten Stufe stand in England bis zum Oktober 2009 das House of Lords. Dessen rechtsprechender Zweig wurde dann in den Supreme Court of the United Kingdom überführt, allerdings ohne dass hiermit erhebliche sachliche Veränderungen für das rechtsprechende Mandat des höchsten Gerichts verbunden gewesen wären.⁷⁹ Hauptmotiv der Änderung war vielmehr, das oberste Gericht formal noch stärker von der legislativen Seite des House of Lords abzutrennen und damit auch den Vorgaben über die Unabhängigkeit der Gerichte aus Art. 6 EMRK zu genügen.⁸⁰ Hinzu tritt der Court of Appeal als Mittelinstanz. Nach dem 1998 reformierten englischen Prozessrecht ist der Court of Appeal jedoch nicht mehr für alle Zivilrechtsstreitigkeiten als erste Appellationsinstanz zuständig.⁸¹ Vielmehr werden *appeals* gegen erstinstanzliche Entscheidungen der county courts oder des High Court bei einfacheren Verfahren nun von speziellen Appellationsabteilungen der county courts oder des High Court selbst entschieden. Der Court of Appeal behält seine Zuständigkeit als erste Appellationsinstanz im Grundsatz nur bei den bedeutenderen Verfahren der county courts oder des High Court, die im so genannten *multi-track*-Verfahren behandelt werden.⁸² Dabei setzt ein *multi-track*-Verfahren gemäß Rule 26.6 CPR in der Regel einen Streitwert von mehr als £ 15.000,- voraus. Wird dieser Streitwert nicht erreicht, so kann sich die Zuständigkeit des Court of Appeal aber gemäß

⁷⁸ Herzog/Karlen, *Attacks on Judicial Decisions*, in: Cappelletti (Hrsg.), *Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law*, Band XVI, Chapter 8, 1982, Rdnr. 4; näher Blom-Cooper/Drewry, *Final Appeal*, 1972, S. 44 ff.; Meador, *Appellate Courts in the United States*, 2. Aufl. 2006, S. 30 ff.; teilweise wird der Begriff *appeal* allerdings auch auf das Rechtsmittelverfahren vor den mittleren Instanzgerichten beschränkt; siehe Böhm, *Amerikanisches Zivilprozessrecht*, 2005, Rdnr. 710.

⁷⁹ Rechtsgrundlage der Änderung ist der *Constitutional Reform Act 2005* (c. 4), Part 3.

⁸⁰ Siehe *Explanatory Memorandum to the Supreme Court Rules 2009*, para 7; Andrews, *English Civil Procedure*, 2003, 38.78; Steyn, [2002] 118 L.Q.R. 382 ff.; ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Supreme Court of the United Kingdom Le Sueur, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in: Blom-Cooper/Dickson/Drewry (Hrsg.), *The Judicial House of Lords 1876–2009*, 2009, S. 64 ff.

⁸¹ Einschlägige Rechtsgrundlage für die Appellationszuständigkeit ist der *Access to Justice Act 1999* (*Destination of Appeals*) Order 2000, SI 2000/1071 (L 10); dazu Graininger/Fealy, *The Civil Procedure Rules in Action*, 2. Aufl. 2000, S. 168 f.; zur früheren Rechtslage siehe Leibold, *Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich*, in: Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), *Rechtsstaat – Rechtsmittelstaat?*, 1999, S. 66 (69 f.).

⁸² Einen genauen Überblick zu den einschlägigen Appellationsinstanzen gibt die *Practice Direction 2A.1. zu Part 52 CPR*; siehe auch M. Stürner, *Die Anfechtung von Zivilurteilen*, 2002, S. 82 f.

Rule 52.14 (1) (a) CPR daraus ergeben, dass der appeal „an important point of principle or practice“ aufwirft.

In den Vereinigten Staaten fächert sich das Gefüge der Appellationsgerichte durch die Parallelität von Bundesgerichten und einzelstaatlichen Gerichten relativ stark auf.⁸³ Auf der Bundesebene existieren als oberstes Gericht der US Supreme Court sowie in der Mittelinanz die US Courts of Appeals. Dem entsprechen auf der einzelstaatlichen Ebene die state supreme courts bzw. die intermediate appellate courts, die in den meisten Bundesstaaten als Mittelinstanzen bestehen.⁸⁴

Die geringe personelle Besetzung des House of Lords mit zwölf hauptamtlichen Richtern bzw. der supreme courts in den USA mit jeweils fünf bis neun Richtern⁸⁵ und die daraus folgende eingeschränkte Kapazität dieser obersten Gerichte erlauben es nicht, auch nur den Kern der richterlichen Normbildung im Zivilrecht auf die höchste Instanz zu konzentrieren. Beispielsweise erließ das House of Lords im Jahr 2008 nur 78 Urteile in Nicht-Strafsachen, das heißt in Zivilsachen und in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.⁸⁶ Ein ähnliches Bild ergibt sich für den US Supreme Court, der im Geschäftsjahr 2008 lediglich 83 Urteile in allen Rechtsgebieten fällte.⁸⁷ Aus diesem Grund werden selbst wichtige Rechtsfragen in England und in den Vereinigten Staaten häufig nicht auf der höchstrichterlichen Ebene im engeren Sinne geklärt, sondern bereits auf dem intermediate appellate level.⁸⁸

Umgekehrt überprüfen die mittleren Appellationsgerichte im common law Tatsachenfragen nur in einem restriktiveren Maß, als dies beispielsweise in Deutschland auf der Berufungsebene der Fall ist. Dabei gehen die Kompetenzen zu einer Kontrolle der Tatsachen bei den englischen Appellationsgerichten im Vergleich mit den US-amerikanischen Appellationsgerichten tendenziell etwas weiter.⁸⁹ In der Regel wird die Tatsachenfrage aber in beiden Rechtsordnungen nur dann erneut aufgegriffen, wenn Verfahrensfehler bei der Beweiser-

⁸³ Im Überblick *Meador*, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl. 2006, S. 99 ff.

⁸⁴ Derzeit bestehen in 39 der 50 Bundesstaaten intermediate appellate courts; siehe *Meador*, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl. 2006, S. 101 f.

⁸⁵ Siehe dazu die Übersicht bei *Meador*, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl. 2006, S. 99 f.

⁸⁶ Siehe Ministry of Justice, Judicial and Court Statistics 2008, S. 20; abrufbar unter <http://www.justice.gov.uk/publications/judicialandcourtstatistics.htm> (abgerufen am 1. August 2010).

⁸⁷ Supreme Court of the United States, 2008 Term Opinions of the Court; abrufbar unter <http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinions.aspx?Term=08> (abgerufen am 1. August 2010).

⁸⁸ Vgl. *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht, 2005, Rdnr. 158, 178; *Jolowicz*, On Civil Procedure, 2000, S. 74 und 293 f.; *Meador*, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl. 2006, S. 85; *R. Posner*, How Judges Think, 2008, S. 143 f.; *Wilson/Christiansen*, England and Wales, in: *Platto* (Hrsg.), Civil Appeal Procedures Worldwide, 1992, S. 140 (145).

⁸⁹ Dazu *Jolowicz*, On Civil Procedure, 2000, S. 303 ff., 309 f., 315 f.

hebung oder Beweiswürdigung vorliegen.⁹⁰ Seine historische Wurzel hat diese anglo-amerikanische Zurückhaltung bei der Neuermittlung von Tatsachen darin, dass die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung ursprünglich immer durch eine Jury erfolgte und deren Urteil durch die Rechtsmittelinstanz nicht übergangen werden durfte.⁹¹ Zwar spielt die Jury heute in Zivilprozessen in den Vereinigten Staaten nur noch zum Teil und in England gar keine Rolle mehr.⁹² Gleichwohl wird die streitbezogene Funktion des Appellationsprozesses in Anknüpfung an die historische Tradition immer noch stärker in einer Korrektur materiellrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Fehler der unteren Instanz gesehen, als in einer umfassenden erneuten Entscheidung des gesamten Rechtsstreits.⁹³ Auch auf der mittleren Ebene des Instanzenzugs liegt der Schwerpunkt daher eindeutig auf der Beurteilung von Rechtsfragen.⁹⁴ Dies rechtfertigt die Einbeziehung dieser mittleren Ebene in die vorliegende Untersuchung.

Aus diesem Grund wird der Begriff der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Folge auch dann verwendet, wenn hierbei für die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen nicht nur die oberste, sondern auch die mittlere Instanz gemeint ist.

II. Aussparung der Sachverhaltsermittlung

Keine Berücksichtigung erfährt in der vorliegenden Arbeit der Zusammenhang, der zwischen der Normbildung auf den höheren Prozessebenen und der Form der Tatsachenermittlung zu Beginn des jeweiligen Streitverfahrens besteht. Zwar ist nicht zu verkennen, dass auch die Art und Weise der Tatsachenermittlung gerade bei neuartigen Streitgegenständen einen erheblichen Einfluss darauf haben kann, inwieweit durch die Gerichte im weiteren Instanzenzug

⁹⁰ Siehe im Überblick zu der Rechtslage in England: Part 52.11 CPR sowie *Andrews*, English Civil Procedure, 2003, 38.27 ff., und zu der Rechtslage in den USA: *Friedenthal/Kane/Miller*, Civil Procedure, 4. Aufl. 2005, S. 639 ff. sowie *Meador*, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl. 2006, S. 40 ff.

⁹¹ *Herzog/Karlen*, Attacks on Judicial Decisions, in: Cappelletti (Hrsg.), Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Band XVI, Chapter 8, 1982, Rdnr. 94, 99.

⁹² Siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 265 ff.

⁹³ *Glaeser/Shleifer*, 117 Quarterly Journal of Economics 1193, 1219 (2002); *Herzog/Karlen*, Attacks on Judicial Decisions, in: Cappelletti (Hrsg.), Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Band XVI, Chapter 8, 1982, Rdnr. 73; *M. Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, 2002, S. 21 ff.; differenzierend für England aber *Jolowicz*, On Civil Procedure, 2000, S. 304 f. und 315 f.

⁹⁴ Zu diesem Funktionsunterschied im Verhältnis zum deutschen Instanzenaufbau bereits *Harris/Schwarz*, 30 Tex. L. Rev. 462, 476 ff. (1952); *Leipold*, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich, in: Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Rechtsstaat – Rechtsmittelstaat?, 1999, S. 66 (72 f.) und *M. Vollkommer*, ZZP 73 (1960), 145 (188).

eine Normbildung erfolgen kann. Von besonderer Bedeutung ist dabei auf einer ersten Stufe, wie die Beweiserhebung strukturiert ist. Dies betrifft beispielsweise die Fragen, ob die Verantwortung für die Beweiserhebung stärker bei dem Gericht oder bei den Parteivertretern liegt⁹⁵ und in welchem Maße der jeweilige Prozessgegner oder Dritte an der Sachverhaltsaufklärung im Dienste einer materiellen Wahrheit mitwirken müssen.⁹⁶ Auf einer zweiten Stufe wird dann die Frage relevant, ob die Würdigung der erhobenen Beweise dem Richter oder, wie in Teilbereichen des US-amerikanischen Zivilrechts, der Jury als einem Laiengremium obliegt.⁹⁷ Die Art und Weise, wie eine Rechtsordnung diese Probleme löst, beeinflusst maßgeblich, in welcher Weise Lebenssachverhalte in den Instanzgerichten juristisch aufbereitet werden und sich später auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Grundlage ihrer Normbildung präsentieren. Jedoch würde die Verfolgung der Wechselwirkung zwischen Tatsachenermittlung und normbildender Rechtskontrolle den Umfang der vorliegenden Betrachtung sprengen, die nur die unmittelbaren prozessual-institutionellen Rahmenbedingungen der höchstrichterlichen Normbildung zum Gegenstand hat.

Anders verhält es sich hingegen mit den so genannten Normbildungstatsachen oder legislative facts. Diese betreffen nicht den Sachverhalt des konkret zu entscheidenden Rechtsstreits, sondern allgemeinere ökonomische, soziale oder auch politische Zusammenhänge, die für den Inhalt einer richterlich neu zu bildenden Norm bedeutsam sein können. Die Frage, ob und auf welchem Wege die höchstrichterliche Rechtsprechung derartige Tatsachen berücksichtigt, ist von zentraler Bedeutung für ihre normbildende Tätigkeit. Dementsprechend wird diese Frage auch in dieser Arbeit thematisiert werden.⁹⁸

III. Begrenzung auf den allgemeinen Zivilprozess

Weiterhin beschränkt sich die Darstellung auf den allgemeinen Zivilprozess unter Ausblendung der Sonderprivatrechte und spezieller Verfahrensformen. Diese Ausblendung rechtfertigt sich aus rechtsvergleichender Sicht dadurch, dass für Sondermaterien in den hier behandelten Rechtsordnungen eine zu starke ge-

⁹⁵ Hierzu die klassische Kontroverse zwischen *Langbein*, 52 U. Chi. L. Rev. 823 ff. (1985), der das deutsche Modell mit stärkeren Einflussmöglichkeiten des Richters favorisiert, und *Gross*, 85 Mich. L. Rev. 734 ff. (1987), der das parteibezogene anglo-amerikanische Modell verteidigt. Die Unterschiede relativierend aber *Bernstein*, 21 U.C. Davis L. Rev. 587 ff. (1988) und *Allen/Köck/Riechenberg/Rosen*, 82 Nw. U. L. Rev. 705, 722 ff. (1988).

⁹⁶ Zu dieser Frage aus jüngerer Zeit *R. Stürner*, Festgabe Vollkommer, 2006, S. 201 ff. m.w.N.

⁹⁷ Vgl. zu der Bedeutung dieser Frage *Atiyah/Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law, 1987, S. 157 ff.; *Kagan*, Adversarial Legalism, 2003, S. 104 ff.

⁹⁸ Siehe unten § 5 B, S. 392 ff.

richtsverfassungsrechtliche und prozessuale Divergenz besteht.⁹⁹ So ist die Untergliederung in verschiedene Gerichtszweige und Verfahrensformen für unterschiedliche Streitmaterien in England und in den Vereinigten Staaten weit weniger ausgeprägt als in Deutschland. Beispielsweise sind die ordentlichen Gerichte in England und in den Vereinigten Staaten regelmäßig auch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zuständig und verhandeln diese zumindest grundsätzlich nach Maßgabe des Prozessrechts, das auch in privatrechtlichen Streitigkeiten gilt. Beide Materien werden dabei unter dem Oberbegriff der „civil cases“ als Gegenstück zu den „criminal cases“ zusammengefasst.¹⁰⁰ So bildet in England die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Akten der öffentlichen Gewalt nach Part 54 CPR einen bloßen Unterfall des Zivilprozesses. Hingegen besteht in Deutschland selbst innerhalb des Privatrechts eine Aufgliederung der Gerichtszweige und Verfahrensarten. So werden arbeitsrechtliche Prozesse in einem eigenen Gerichtszweig verhandelt und für Familiensachen bestehen nach dem FamFG¹⁰¹ zahlreiche prozessuale Besonderheiten. Als gemeinsamer, für eine vergleichende Betrachtung besonders geeigneter Kern verbleibt somit sowohl in Deutschland als auch im common law das Verfahren in allgemeinen Zivilsachen, das jeweils vor den ordentlichen Gerichten nach Maßgabe des Zivilprozessrechts ausgetragen wird.

F. Der Gang der Darstellung

Die Darstellung beginnt mit einer Präzisierung des hier zugrunde gelegten Begriffs der richterlichen Normbildung (§ 2). Hieran schließt sich in einem ersten Hauptabschnitt ein entwicklungsgeschichtlicher Überblick zu dem Verhältnis an, das zwischen den Momenten der Streitentscheidung und der Normbildung im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht besteht (§ 3). Der darauf folgende zweite Hauptteil hat im Anschluss an Hayek den Gedanken eines organisch-fallbezogenen Normbildungsprozesses durch Zivilverfahren zum Gegenstand und setzt sich mit abweichenden Auffassungen auseinander, die für ein stärkeres Mandat der Zivilrechtsprechung zu einer regulierenden Normbildung eintreten (§ 4). Im letzten Hauptabschnitt werden schließlich zwei Einzelfragen des Zivilprozesses vor dem Hintergrund des Modells einer fallinduzierten Normbildung untersucht (§ 5). Dies betrifft zum einen die Frage, unter welchen Voraussetzungen Rechtsstreitigkeiten überhaupt auf die höchstrichterliche

⁹⁹ Vgl. hierzu *Jolowicz*, *On Civil Procedure*, 2000, S. 12 ff. m.w.N.

¹⁰⁰ Vgl. *Carp/Stidham/Manning*, *Judicial Process in America*, 7. Aufl. 2007, S. 263 ff. und *Kritzer*, *Courts, Justice, and Politics in England*, in: Jacob u.a., *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, 1996, S. 81 (87 ff.).

¹⁰¹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008, BGBl. I, S. 2586.

Ebene gelangen können, wie also in den einzelnen Rechtsordnungen gegenwärtig der Zugang zu den normbildenden Instanzen ausgestaltet ist. Zum anderen soll analysiert werden, in welchem Maße und auf welche Weise die obersten Gerichte in dem prozessualen Rahmen, der ihnen gegeben ist, so genannte Normbildungstatsachen als Informationsgrundlage für ihre normbildende Tätigkeit nutzbar machen können. Eine Zusammenfassung und Schlussbetrachtung beenden die Darstellung (§ 6).

§ 2 Konkretisierung des Begriffs der richterlichen Normbildung

Das Phänomen der richterlichen Normbildung bedarf gerade in einer rechtsvergleichenden Darstellung der Präzisierung und Abgrenzung. Insbesondere muss sein Verhältnis zu den Begriffen der Rechtsfortbildung und der Präjudizienbindung geklärt werden. Hierbei wird sich zeigen, dass die Kategorie der richterlichen Normbildung von diesen beiden anderen Kategorien unabhängig ist und deren unterschiedliche Rolle in der deutschen Rechtsordnung einerseits bzw. den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen andererseits daher einer vergleichenden Betrachtung nicht entgegensteht.

A. Richterliche Normbildung und Rechtsfortbildung

Der Begriff der richterlichen Normbildung legt zunächst Assoziationen zu dem Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung nahe. Gleichwohl wäre eine Gleichsetzung von richterlicher Normbildung und richterlicher Rechtsfortbildung verfehlt.

I. Deutschland

Die Kategorie der Rechtsfortbildung hat sich in der deutschen Methodenlehre herausgebildet. Dabei gilt als Rechtsfortbildung diejenige Entscheidungstätigkeit der Gerichte, die die Grenzen einer rechtsanwendenden Gesetzesauslegung übersteigt.¹ Jedoch ist bereits umstritten, welches Kriterium für die Abgrenzung von Rechtsfortbildung und Auslegung maßgeblich ist. Nach der herrschenden Meinung kommt es darauf an, ob sich eine Entscheidung noch in den Grenzen des Wortlauts der einschlägigen Normen hält (dann Auslegung) oder ob sie darüber hinausgeht (dann Rechtsfortbildung).² Allerdings ist bereits diese Anleh-

¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366 ff.; Wenzel, NJW 2008, 345 (346).

² BVerfGE 73, 206 (242); BGHZ 179, 27 (34); Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 319 ff.; Hirsch, JZ 2007, 853 (855 f.); Koch/Rüßmann, Ju-

nung an den möglichen Wortsinn als Demarkationslinie eng mit der so genannten objektiven Methode der Gesetzesauslegung verbunden, die als maßgeblichen Bezugspunkt der Rechtsanwendung die Teleologie des Gesetzes selbst ansieht.³ Demgegenüber muss eine Gesetzesauslegung nach der so genannten subjektiven oder historischen Methode stets auf den Willen des Gesetzgebers zurückführen.⁴ Danach verlassen bereits solche richterlichen Entscheidungen den Bereich der Auslegung, die zwar die Grenzen des Wortlauts einer Norm einhalten, aber nicht auf entstehungsgeschichtlich verifizierbare, sondern auf objektiv-teleologische Gesichtspunkte gestützt sind. Unabhängig von diesen Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung der Wortlautgrenze wird diejenige Form der Rechtsfortbildung, die sich zwar außerhalb der Wortlautgrenze, aber noch innerhalb des Planes des Gesetzes (objektive Theorie) bzw. des Gesetzgebers (subjektive Theorie) bewegt und die sich typischerweise in Form einer Analogie oder einer teleologischen Reduktion vollzieht,⁵ als so genannte gesetzesimmanente Rechtsfortbildung eng an die Seite der Auslegung gestellt.⁶ Hiervon abzugrenzen ist die so genannte gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung, die den Bereich einer bloßen Lückenfüllung verlässt und gesetzliche Regelungen umbildet oder neue Rechtsinstitute herausbildet.⁷ Folglich entzieht sich der Begriff der Rechtsfortbildung einer unstrittigen, trennscharfen Abgrenzung von der Gesetzesauslegung.

Selbst wenn diese Unklarheiten über den Begriff der Rechtsfortbildung außer Acht gelassen würden, wäre dieser Begriff gleichwohl ungeeignet, das Phänomen der richterlichen Normbildung abschließend zu erfassen.⁸ Denn auch innerhalb der Grenzen des Wortlauts einer Gesetzesvorschrift oder der Vorgaben des historischen Gesetzgebers besteht reichlich Spielraum für eine normsetzende Tätigkeit der Judikative. Spätestens seit Heck ist in das allgemeine juristische Be-

ristische Begründungslehre, 1982, S. 176 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005, S. 47 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 320 ff., 343; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 143.

³ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366, wo die Verbindung zwischen Wortlautgrenze und objektiver Teleologie ausdrücklich gezogen wird.

⁴ Aus jüngerer Zeit vor allem *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 143 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 28 ff. und *Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 796 ff.; *ders.*, JZ 2002, 365 (368 f.); *ders.*, JZ 2007, 556 (559); wohl auch *J. Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 110 f.

⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 381 ff.

⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366 f.; *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band I, 2001, S. 142; siehe auch *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 91 in Fn. 23 und *Mayer-Hayoz*, JZ 1981, 417 (419), der eine kategorische Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung kritisiert.

⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 413 ff. In ähnlicher Weise unterscheidet *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005, S. 156 ff. von dem „gebundenen Richterrecht“ das „gesetzesübersteigende Richterrecht“.

⁸ Siehe bereits *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 145.

wusstsein gelangt, dass die gesetzlichen Begriffe neben einem eindeutigen Begriffskern auch einen mehrdeutigen Begriffshof aufweisen, der sich einer vorfertigten und unzweifelhaften Anwendung entzieht.⁹ Es besteht daher selbst im kodifizierten Recht ein ubiquitäres Bedürfnis nach so genannter Normkonkretisierung, die bei den gesetzlichen Generalklauseln und den unbestimmten Rechtsbegriffen die größte Rolle spielt.¹⁰ So hat vor allem Esser dargelegt, dass eine prinzipienbezogene Auffüllung der Entscheidungsspielräume, die der Gesetzgeber offen gelassen hat, die kategorische Unterscheidung in eine rein deklaratorische Rechtsanwendung einerseits und eine konstitutiv wirkende Rechtsfortbildung andererseits unmöglich macht.¹¹ Das schöpferische Moment ist der Auslegung genauso eigen wie der Rechtsfortbildung.¹² Es steht, mit den Worten Rüthers', immer dann in Rede, wenn dem Gesetz selbst kein „fertiger, anwendungsbereiter Wertmaßstab“ zu entnehmen ist, der „ohne wertende, gebotsbildende Akte des Richters“ realisierbar wäre.¹³

So scheint es beispielsweise unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Normbildung weniger weit gehend, die Formvorschrift des § 766 BGB entgegen dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 BGB auch auf eine Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft anzuwenden,¹⁴ als Angehörigenbürgschaften unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und in Abkehr von vorangehenden Judikaten gemäß § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig und somit nichtig einzustufen.¹⁵ Gleichwohl handelt es sich im ersten Fall aus methodischer Sicht um eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung in Form einer teleologischen Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB, im zweiten Fall aber um eine bloß normkonkretisierende Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB. Aus dem hier angedeuteten Blickwin-

⁹ Heck, AcP 112 (1914), 1 (46).

¹⁰ Grundlegend Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 14 ff.; eingehend Rötbel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004; weiterhin von Caemmerer, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, in: Leser (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Band III, 1983, S. 137 (152 f.) und Larenz, Kennzeichen ge- glückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 2.

¹¹ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 119 ff.; ders., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 174 ff.; siehe auch Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 126 ff.

¹² F. Baur, JZ 1957, 193 (194) in Fn. 10; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 253 ff.; Rötbel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 144 ff.; F. Müller, Juristische Methodik, hrsg. von Christensen, 7. Aufl. 1997, Rdnr. 97; Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band I, 2001, S. 142 ff.; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 1958, S. 6 f.

¹³ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005, S. 460; ähnlich Prütting, Festschrift Universität Köln, 1988, S. 305 (307 f.).

¹⁴ Vgl. BGHZ 132, 119 (122 ff.).

¹⁵ Grundlegend BGHZ 125, 206 (209 ff.) im Anschluss an BVerfGE 89, 214 ff.; zusammenfassender Überblick über den Stand und die Entwicklung der Rechtsprechung bei Habersack, MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 765 Rdnr. 15 ff.