

MATTHIAS BREIDENSTEIN

Zur Methodik der
Verfahrensrechts-
vergleichung

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

20

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

20



Matthias Breidenstein

Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung

Eine Erörterung am Beispiel
der Tatsachenfeststellung im deutschen
und europäischen Verfahren zur Kontrolle
horizontaler Zusammenschlüsse
von Unternehmen

Mohr Siebeck

Matthias Breidenstein, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaft in Erlangen; 2012 Promotion; derzeit Richter in Duisburg.

ISBN 978-3-16-152054-9 / eISBN 978-3-16-160926-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

D29

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden bis einschließlich Januar 2012 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zuvorderst meinem hochverehrten Doktorvater Prof. Dr. Mathias Rohe. Er hat mir durch sein Beispiel gezeigt, dass die wertvollsten Gedanken dann entstehen, wenn im Denken nicht nur die Grenzen der eigenen Rechtsordnung, sondern auch die der Rechtswissenschaften insgesamt überschritten werden. Ohne sein Vorbild und seine Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden. Für die lehrreichen und unvergesslichen Jahre, während derer ich Mitarbeiter an seinem Institut sein durfte, werde ich stets dankbar sein.

Daneben danke ich Herrn Prof. Dr. Jürgen Stamm, der die Zweitbegutachtung übernommen hat, für seine weiterführenden kritischen Anmerkungen und für die rasche Erstellung des Gutachtens.

Der Rödl-Stiftung danke ich für die Verleihung ihres Promotionspreises und den damit verbundenen großzügigen Druckkostenzuschuss.

Aline danke ich für ihre bedingungslose Unterstützung und ihren jederzeitigen festen Glauben daran, dass die vorliegende Arbeit fertig werden wird.

Nicht zuletzt habe ich auch Herrn Jonas Sommer und meinem Vater Rudolf Breidenstein zu danken, die als Juristen auf für sie dennoch nicht vertrautem Gebiet diese Arbeit mit viel Kritik und akribischer Korrekturarbeit begleitet haben.

Die Arbeit ist den Menschen gewidmet, denen ich in meinem Leben am meisten zu verdanken habe.

Krefeld, im Mai 2012

Matthias Breidenstein

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis.....	XXIII
<i>A. Einleitung und Gang der Untersuchung.....</i>	<i>1</i>
<i>B. Methodik des Rechtsvergleichs von Verfahrensordnungen</i>	<i>8</i>
I. Funktionaler Ansatz und Verfahrensrecht	9
1. Funktionale Rechtsvergleichung und die <i>law machine</i>	11
2. Verfahrensbegriff.....	16
3. Strukturierung des Verfahrens nach Ordnungsaufgaben.....	17
II. Rechtsvergleichung als Querschnittswissenschaft	61
1. Fremdwissenschaften und das <i>tertium comparationis</i>	64
2. Handlungsmodelle als Prognoseinstrumente	67
3. Wirtschaftswissenschaftliche Optimierungsmodelle	126
4. Folgerungen für den Ansatz der Untersuchung	231
III. Thesen zum ersten Hauptteil.....	232
<i>C. Vergleich der Regelungen zur Tatsachenfeststellung im deutschen und europäischen Fusionskontrollverfahren.....</i>	<i>237</i>
I. Angewandte Methodik: Grundlegendes zum praktischen Teil....	238
1. Einschränkung des Untersuchungsgegenstands	239
2. Stufenweises, integriertes Vorgehen	243
3. Kategorien und Kriterien der Tatsachenfeststellung.....	244
4. Fallauswahl.....	268
II. Die Besonderheit bei der Tatsachenfeststellung in der Fusionskontrolle	269
1. Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidung	269
2. Prognose mithilfe von ökonomischen Modellen.....	281
III. Konkret: Der praktische Rechtsvergleich.....	326
1. Historische Entwicklung.....	326
2. Tatsachenfeststellung im Europäischen Verfahren	336

3. Tatsachenfeststellung im Deutschen Verfahren.....	442
4. Entscheidungstheoretische Bewertung	508
5. Praktischer Wert der Transaktionskostenüberlegungen	520
6. Denkbare Eckpunkte einer optimierten Regelung der Tatsachenfeststellung	521
7. Exkurs: Vorarbeit für optimale materiellrechtliche Ausgestaltung	525
8. Ausblick.....	527
IV. Thesen zum zweiten Hauptteil	528
<i>D. Schluss</i>	531
Literaturverzeichnis.....	533
Sachverzeichnis.....	557

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis.....	XXIII
<i>A. Einleitung und Gang der Untersuchung.....</i>	<i>1</i>
<i>B. Methodik des Rechtsvergleichs von Verfahrensordnungen</i>	<i>8</i>
I. Funktionaler Ansatz und Verfahrensrecht	9
1. Funktionale Rechtsvergleichung und die <i>law machine</i>	11
2. Verfahrensbegriff.....	16
3. Strukturierung des Verfahrens nach Ordnungsaufgaben.....	17
a) Mikro- und Makrovergleich im Verfahrensrecht	17
b) Verfahren als Wirklichkeitskonstruktion	20
c) Verfahrensstandards.....	25
d) Grundbausteine des Verfahrens.....	30
(1) Art des Verfahrens.....	32
(2) Beteiligung/Einwirkungsmöglichkeiten/Rechte Dritter.....	32
(3) Einleitung des Verfahrens	33
(4) Informationsbeschaffung.....	34
(5) Faktenselektion	36
(6) Tatsachenfeststellung	38
(7) Eruierung des materiellen Rechts	45
(8) Auswahl möglicher rechtlicher Grundlagen	48
(9) Festlegung der anwendbaren Rechtsgrundsätze	49
(10) Subsumtion und Entscheidung.....	51
(11) Ermittlung von Handlungsoptionen	53
(12) Verfahrensrechtliche Selbst- und Fremdüberprüfung	56
II. Rechtsvergleichung als Querschnittswissenschaft	61
1. Fremdwissenschaften und das <i>tertium comparationis</i>	64
2. Handlungsmodelle als Prognoseinstrumente	67
a) Anwendungsbereich und Zweck der Prognoseinstrumente	68
b) Rechtsökonomik und neoklassische Handlungsmodelle	70
(1) Grundvoraussetzung Ressourcenknappheit	73

(2) Das Pareto-Kriterium	74
(3) Das Kaldor-Hicks-Kriterium	75
(4) Kritik am Bild des <i>homo oeconomicus</i>	76
(a) Informationsdefizite	78
(i) Empirische Widerlegung der Annahme	78
(ii) Konsequenzen	79
(b) Eingeschränktes Rationalverhalten: Behavioral law and economics	83
(c) Besonderheiten in der (Verfahrens-)Rechtsvergleichung	90
(5) Kompatibilitätskritik und methodischer Lösungsmechanismus	91
(a) Grundsätzliche Kritik	92
(b) Insbesondere: Ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts	99
c) Rechtssoziologie und das soziologische Handlungs- modell	104
(1) Grundlegende Berücksichtigung soziologischer Phänomene bei der Verfahrensrechtsvergleichung	105
(2) <i>Homo sociologicus</i> als alternatives Handlungsmodell	108
(3) Verknüpfung mit <i>behavioral law and economics</i>	113
(a) Bestehende Verknüpfungsmodelle	113
(b) Neuer Ansatzpunkt zur Verknüpfung	115
(c) Konkrete Ergänzung	118
(i) Kompetenz-Schwierigkeits-Lücke	118
(ii) Low cost-Hypothese	119
(d) Konkrete Verwendung	121
(e) Beispiel	122
d) Exkurs: Kriteriengleichklang mit konsens- theoretischen Modellen	124
3. Wirtschaftswissenschaftliche Optimierungsmodelle	126
a) Transaktionskostenanalyse: das Coase-Theorem	128
(1) <i>Coase</i> , das „ <i>Coase</i> -Theorem“ und Transaktionskosten	130
(a) Die Arbeiten von Coase	130
(b) Die Weiterentwicklung des Ansatzes	133
(2) Das „klassische“ <i>Coase</i> -Theorem im Verfahrensrecht	137
(a) Umsetzung der Problematik in das Verfahrensrecht	139
(b) Nichtberücksichtigung der <i>ceteris paribus</i> -Bedingung	142
(c) Transaktionskosten als Teil eines Optimierungsproblems	143
(i) Grundaspekte der Kosten-Nutzen-Analyse für die Verfahrensakteure	144
(ii) Kosten-Nutzen-Analyse aus gesamtwirtschaftlicher Sicht	146
(iii) Kosten-Nutzen-Analyse des Entscheiders	147
(3) Neuer Ansatz für die Verfahrensrechtsvergleichung	150
(4) Kritik	155
(5) Die Messung von Transaktionskosten	156

b) Entscheidungstheoretische Modelle	
als Bewertungsmaßstab	161
(1) Arten von Entscheidungsszenarien	165
(a) Entscheidung der Normunterworfenen	165
(b) Entscheidung des Normsetzenden	167
(2) Kategorien und Unterkategorien	170
(3) Kriterien	172
(a) Verfahrenseinleitung	174
(b) Tatsachenfeststellung	179
(4) Verhältnis der Kriterien zueinander	182
(5) Maß der Erfüllung eines jeden Kriteriums	183
(a) Wahl einer Skala	187
(b) Wertfolgen statt Wertfunktionen	192
(c) Bei Multivarianz: Addition	194
(d) Modellierung von Unsicherheit	196
(6) Gewichtung der Kriterien	197
(a) Erforderlichkeit einer Gewichtung	198
(b) Anleihen aus der statistischen Rechtsvergleichung	199
(i) Kurzbeschreibung des Forschungsgegenstands	200
(ii) Gründe für die Nichtanwendung	201
(iii) Anwendbare Überlegungen zur Gewichtung	204
(iv) Vorgaben für eine Gewichtung	205
(c) Vergleichbarkeit der Kriterien als Voraussetzung	206
(d) Gewichtungsvorgang	207
(7) Grundlage der Bewertung: Rechtsquellen	211
(8) Gesamtergebnis: Gesamtwertfolge durch Addition	211
c) Der more economic approach	215
(1) Ursprüngliche Bedeutung	216
(2) Beimessung ordnungspolitischer Dimension	217
(3) Auswirkungen auf Verfahrensrecht und dessen Vergleichung	222
(4) Rückführung auf die Ursprungsdiskussion	225
(5) Relevanz für die Methodik der Rechtsvergleichung	228
4. Folgerungen für den Ansatz der Untersuchung	231
III. Thesen zum ersten Hauptteil	232

C. Vergleich der Regelungen zur Tatsachenfeststellung im deutschen und europäischen Fusionskontrollverfahren..... 237

I. Angewandte Methodik: Grundlegendes zum praktischen Teil....	238
1. Einschränkung des Untersuchungsgegenstands	239
a) Formelle Beschränkungen	239
b) Sachliche Beschränkungen	242
2. Stufenweises, integriertes Vorgehen	243
3. Kategorien und Kriterien der Tatsachenfeststellung	244
a) Person des Feststellenden	245

b) Zeitpunkt der Feststellung.....	246
c) Umfang der Feststellung	246
d) Mittel der Feststellung	247
(1) Kriterien und das Maß der Erfüllung.....	248
(2) Gewichtung.....	252
e) Anforderungen an die Feststellung und endgültige Überzeugung.....	253
f) Fallunabhängige Feststellungsregeln.....	257
g) Beweislastverteilung	260
h) Überprüfung durch übergeordnete Entscheider	262
4. Fallauswahl.....	268
II. Die Besonderheit bei der Tatsachenfeststellung in der Fusionskontrolle	269
1. Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidung	269
a) Struktur der Prognoseentscheidung	271
b) Alternativstruktur der Prognoseentscheidung.....	273
c) Grenze zum materiellen Recht	275
(1) Regelbildende Ökonomie	276
(2) Einzelfallanalysierende Ökonomie	277
d) Ausnahme vom Prognoseerfordernis.....	279
2. Prognose mithilfe von ökonomischen Modellen.....	281
a) Die Besonderheit ökonomischer Gutachten in der Fusionskontrolle.....	283
b) Praxisrelevante Modelle und deren Modellannahmen	285
(1) HHI-Modell	286
(2) SSNIP-Test	288
(a) Critical loss-Analyse.....	291
(b) Preiselastizitäten	294
(3) Diversion ratio.....	298
(4) Preisanalyse	300
(5) Schockanalyse	306
(6) Simulationsmodelle	308
(a) Oligopolmodelle	313
(b) Nachfragemodelle	317
(i) Konstante Elastizitäten.....	318
(ii) Lineare Nachfrage.....	318
(iii) Logit-Modelle	319
(iv) Almost Ideal Demand System (AIDS)	321
(7) Natürliche Experimente	325
III. Konkret: Der praktische Rechtsvergleich.....	326
1. Historische Entwicklung	326
a) Deutsches Verfahren	327
b) Europäisches Verfahren	331
2. Tatsachenfeststellung im Europäischen Verfahren.....	336

a) Feststellung des sachlich relevanten Marktes	338
(1) Mittel der Feststellung	338
(2) Tatsächliche Vermutungen	360
(3) Feststellungsanforderungen	361
b) Feststellung des räumlich relevanten Marktes	364
(1) Mittel der Feststellung	364
(2) Tatsächliche Vermutungen	367
(3) Feststellungsanforderungen	368
c) Marktanteil und Konzentrationshöhe	368
(1) Mittel der Feststellung	368
(2) Tatsächliche Vermutungen	373
(3) Feststellungsanforderungen	374
d) Wettbewerbswidrige Wirkungen	377
(1) Koordinierte Wirkungen	377
(a) Mittel der Feststellung	377
(b) Tatsächliche Vermutungen	389
(c) Feststellungsanforderungen	389
(2) Nicht koordinierte Wirkungen	392
(a) Mittel der Feststellung	392
(b) Tatsächliche Vermutungen	411
(c) Feststellungsanforderungen	413
e) Nachfragemacht	413
(1) Mittel der Feststellung	413
(2) Tatsächliche Vermutungen	419
(3) Feststellungsanforderungen	419
f) Marktzutritt	420
(1) Mittel der Feststellung	420
(2) Tatsächliche Vermutungen	430
(3) Feststellungsanforderungen	430
g) Effizienzen	432
(1) Mittel der Feststellung	432
(2) Tatsächliche Vermutungen	434
(3) Feststellungsanforderungen	434
(4) Keine entscheidungstheoretische Bewertung	435
h) Sanierungsfusion	435
(1) Mittel der Feststellung	436
(2) Tatsächliche Vermutungen	440
(3) Feststellungsanforderungen	440
i) Die übrigen Unterkategorien	442
3. Tatsachenfeststellung im Deutschen Verfahren	442
a) Marktabgrenzung	443
(1) Sachlicher Markt	444
(a) Mittel der Feststellung	445
(b) Tatsächliche Vermutungen	448
(c) Feststellungsanforderungen	449

(2) Räumlicher Markt.....	449
(a) Mittel der Feststellung	450
(b) Tatsächliche Vermutungen	455
(c) Feststellungsanforderungen	455
b) Marktanteile und Marktkonzentration	457
(1) Mittel der Feststellung	458
(2) Tatsächliche Vermutungen	471
(3) Feststellungsanforderungen	474
c) Wettbewerbsfaktoren außerhalb des betrachteten Marktes	477
(1) Mittel der Feststellung	477
(2) Tatsächliche Vermutungen	486
(3) Feststellungsanforderungen	487
d) Nachfragemacht	489
(1) Mittel der Feststellung	489
(2) Tatsächliche Vermutungen	491
(3) Feststellungsanforderungen	491
e) Gemeinsame Marktbeherrschung	491
(1) Mittel der Feststellung	492
(2) Tatsächliche Vermutungen	503
(3) Feststellungsanforderungen	503
f) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen	505
g) Die übrigen Unterkategorien	508
4. Entscheidungstheoretische Bewertung	508
a) Relevante Unterkategorien	508
b) Methodische Vorüberlegungen.....	509
(1) Gewichtung der materiellrechtlichen Kriterien	509
(a) Europäisches Verfahren.....	510
(b) Deutsches Verfahren.....	512
(2) Gewichtung der Verfahrensstandards	513
c) Die entscheidungstheoretischen Tabellen.....	514
(1) Grundlegendes Aufbauschema.....	514
(2) Zusammenfassung der relevanten Unterkategorien.....	515
d) Denkbare Angriffspunkte	517
5. Praktischer Wert der Transaktionskostenüberlegungen	520
6. Denkbare Eckpunkte einer optimierten Regelung der Tatsachenfeststellung	521
7. Exkurs: Vorarbeit für optimale materiellrechtliche Ausgestaltung	525
8. Ausblick.....	527
IV. Thesen zum zweiten Hauptteil	528
<i>D. Schluss</i>	531

Literaturverzeichnis.....	533
Sachverzeichnis.....	557

Abkürzungsverzeichnis

A&K	Analyse und Kritik
aaO.	Am angegebenen Ort
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AIDS	Almost Ideal Demand System
ALM	Antitrust Logit Model
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ATB	The Antitrust Bulletin
BB	Betriebsberater
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKartA	Bundeskartellamt
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
C.M.L.R.	Common Market Law Review
Cal. L. R.	California Law Review
Card. J. Int. Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Comp. Pol. Int.	Competition Policy International
D.h.	Das heißt
DB	Der Betrieb
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe/Dieselben
DOJ	Department of Justice
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Die Verwaltung
E. C. L. R.	European Competition Law Review
E. L. Rev.	European Law Review
Ebd.	ebenda
ECJ	European Competition Journal
Econ. J.	The Economics Journal
Econ. Pol.	Economic Policy
Eur. Econ. Rev.	European Economic Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FKVO	EG-Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
Fordham Int. L. J.	Fordham International Law Journal
FTC	Federal Trade Commission
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review

GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Hast. Int. & Comp. L. Rev.	Hastings International & Comparative Law Review
HHI	Hirschman-Herfindahl-Index
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
ICN	International Competition Network
IIA	Independence of Irrelevant Alternatives
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Insbes.	Insbesondere
Int. L. Quart.	The International Law Quarterly
J. Bus.	Journal of Business
J. Comp. Econ.	Journal of Comparative Economics
J. Comp. L. & E.	Journal of Competition Law and Economics
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Corp. L. Stud.	The Journal of Corporate Law Studies
J. Econ.	Journal of Economics
J. Econ. Behav. & Org.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Exp. Psychol. Hum. Percep. & Perf.	Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Indust. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Leg. Stud.	The Journal of Legal Studies
J. Pol. Econ.	The Journal of Political Economy
JB WW	Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JZ	Juristenzeitung
L & S Rev.	Law & Society Review
Manage. Decis. Econ.	Managerial and Decision Economics
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
mwN	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PC-AIDS	Proportionally Calibrated Almost Ideal Demand System
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rand J. Econ.	Rand Journal of Economics
RefE	Referentenentwurf
RegB	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Indus. Org.	Review of Industrial Organization
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft

s.	siehe
S.	Seite
s. o.	siehe oben
SSNIP	Small but significant non-transitory increase in price
St. Rspr.	Stetige Rechtsprechung
Stan. L. R.	Stanford Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. J.	University of Chicago Law Journal
vgl.	vergleiche
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Tabellenverzeichnis

1: Entscheidungsmatrix der Zusammenschlussbeteiligten	166
2: Entscheidungsmatrix des Gesetzgebers	169
3: Entscheidungsmatrix des Gesetzgebers mit Bildung von Unterkategorien.....	171
4: Materiellrechtliches Merkmal: Sachlich relevanter Markt	363
5: Materiellrechtliches Merkmal: Räumlich relevanter Markt	369
6: Materiellrechtliches Merkmal: Marktanteil und Konzentrationshöhe	376
7: Materiellrechtliches Merkmal: Koordinierte Wirkungen	391
8: Materiellrechtliches Merkmal: Nichtkoordinierte Wirkungen (unilaterale Effekte)	414
9: Materiellrechtliches Merkmal: Nachfragemacht	420
10: Materiellrechtliches Merkmal: Marktzutritt.....	431
11: Materiellrechtliches Merkmal: Effizienzen.....	435
12: Materiellrechtliches Merkmal: Sanierungsfusion	442
13: Materiellrechtliches Merkmal: Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht	449
14: Materiellrechtliches Merkmal: Marktabgrenzung in räumlicher Hinsicht	456
15: Materiellrechtliches Merkmal: Marktanteil und Konzentrationshöhe	476
16: Materiellrechtliches Merkmal: Wettbewerbsfaktoren außerhalb des betrachteten Marktes	488
17: Materiellrechtliches Merkmal: Nachfragemacht	491
18: Materiellrechtliches Merkmal: Gemeinsame Marktbeherrschung	504
19: Gewichtung der Verfahrensstandards	516
20: Entscheidungsmatrix für das EU-Verfahren	518
21: Entscheidungsmatrix für das deutsche Verfahren	519

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Durch das Verfahrensrecht sollen keine selbständigen Rechtspositionen geschaffen, sondern es soll eine vorgegebene materielle Rechtslage umgesetzt werden. Dies führt dazu, dass dem Verfahrensrecht¹ lediglich „dienende“ Funktion zugeschrieben wird.² Das Verfahrensrecht transportiert die materielle Rechtslage in die Rechtswirklichkeit und sorgt für die Durchsetzbarkeit von Erlaubnissen, Ge- und Verboten, die sich nach materieller Rechtslage ergeben.³ Diese lange Zeit nahezu unumstrittene Bewertung von Verfahrensordnungen ist schon für den klassischen Verfahrensfall, in dem ein genau beschriebenes Normenprogramm in die Realität einer hoheitlichen Entscheidung umgesetzt werden soll, nur teilweise richtig. Faktisch reicht die Wirkung des Verfahrensrechts schon in diesem Bereich über die bloße Umsetzung der materiellen Rechtslage weit hinaus. Durch vielerlei Möglichkeiten bei der Ausgestaltung verfahrensrechtlicher Rechte kann eine Rechtsordnung die Umsetzung einer materiellrechtlichen Posi-

¹ Zur Nomenklatur: In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff des Verfahrens als Sammelbegriff für alle hoheitlichen Streitschlichtungs- und Interessenabgleichsmechanismen verwendet, umfasst also das Verwaltungs-, Straf- und Zivilverfahren. In Abgrenzung dazu wird der Begriff des Prozesses nichtrechtlich als Sammelbegriff für bestimmte Abläufe, Verläufe und Entwicklungen benutzt.

² Schon diesen Satz mögen diejenigen Rechtssoziologen als falsch bezeichnen, die mit *Luhmann* davon ausgehen, dass das Verfahren der eigentliche Kernbestandteil und der Treiber der Akzeptanz der Rechtsordnung in der Gesellschaft ist, und die Richtigkeit der materiellrechtlichen Entscheidung (die „Wahrheit“) hingegen nicht ins Gewicht fällt, vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 28, 30 f. Dieser soziologische Standpunkt („faktischer Kommunikationsprozess“, ebd. S. 37) soll hier aber noch nicht aufgegriffen, sondern es soll ein rein rechtlicher Blickwinkel eingenommen werden, der eben nicht auf die Akzeptanz des Ergebnisses in der Gesellschaft, sondern auf das juristische Problem der Umsetzung von Rechtsvorschriften in die Realität abzielt. *Luhmann* selbst unterscheidet sehr genau zwischen „Verfahren“ im von ihm verstandenen Sinne und „Verfahrensrecht“, vgl. aaO S. 12; vgl. dazu auch *Gilles*, Prozeßrechtsvergleichung, S. 48.

³ Als Nachweis der untergeordneten Bedeutung des Verfahrensrechts muss auf Literaturnachweise gar nicht zurückgegriffen werden. Der deutsche Gesetzgeber hätte das von ihm so gesehene Verhältnis kaum klarer zum Ausdruck bringen können als in § 46 VwVfG: Kann ein Verfahrensfehler auf die materiellrechtliche Entscheidung keinen Einfluss gehabt haben, so ist er irrelevant. Allein entscheidend ist die inhaltlich richtige Entscheidung. Zur Kritik daran s. *Hoffmann-Riem* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 9, 13, 22.

tion deutlich erleichtern bzw. erschweren. So können etwa hohe Beweisforderungen eine Rechtsposition nahezu undurchsetzbar erscheinen lassen.⁴ Ebenso kann bspw. die Begrenzung von Interventionsrechten Dritter die Rechtsdurchsetzung sehr erleichtern. Nicht zuletzt bestimmt auch die Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten, in welchem Maße die Rechte von Beteiligten oder Dritten geschützt werden.

In noch stärkerem Maße ist die Ansicht, das Verfahren habe lediglich dienende Funktion, dann zweifelhaft, wenn auf der materiellrechtlichen Seite kein klares Normenprogramm vorgeschrieben ist, sondern bewusst Handlungsspielräume für den Entscheider gelassen werden.⁵ In einem solchen Fall gilt es, Beurteilungsspielräume in sachlich zutreffender Weise auszufüllen. Die Berücksichtigung widerstreitender Interessen und deren Ausgleichung ist in derartigen Konstellationen Aufgabe des Verfahrens. Ohne Verfahrensvorschriften, die den ordnungsgemäßen Ablauf der Entscheidungsfindung regeln, ist eine richtige Entscheidung nicht möglich. Das zeigt deutlich eine eigenständige Bedeutung des Verfahrens.

Hinter der Ausgestaltung der Verfahrensordnung steht damit eine Entscheidung des Gesetzgebers, die in gleichem Maße wie die Normierung der materiellen Rechtslage Abwägung der Interessen der am Verfahren Beteiligten enthält.

Es liegt auf der Hand, dass verschiedene Gesetzgeber diese Abwägungsfragen auf unterschiedliche Art und Weise beantworten. Dadurch ist das Forschungsgebiet der Verfahrensrechtsvergleiche eröffnet.

Dessen eingedenk verfolgt die vorliegende Arbeit ein doppeltes Erkenntnisziel: Der erste Hauptteil beschäftigt sich mit der Frage, wie Verfahrensrechtsvergleiche methodisch sinnvoll durchgeführt werden sollte. Die Arbeit versucht zunächst, eine rechtsordnungsneutrale Strukturierung des Verfahrens zu finden, in der sich die unterschiedlichen Verfahrensabläufe und Verfahrensverständnisse verschiedener Rechtsordnungen darstellen lassen, ohne dass vorherige Wertung diese Einteilung beeinflusst. Eine solche Strukturierung hat den Vorteil, dass rechtsvergleichende Studien sich an diesem Raster ausrichten können und der Weg von einer phänomenorientierten Verfahrensrechtsvergleiche hin zu der systematischen Vergleiche bestimmter Verfahrensbausteine eröffnet ist.⁶ Dies er-

⁴ Jolowicz in: Nafziger/Symeonidis (Hrsg.), *Law and Justice in a Multistate World*, S. 721, 725.

⁵ So etwa im Verwaltungsverfahren, *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, § 27 Rn. 65.

⁶ Dagegen *Riles*, *Harv. Int. L. J.* 40 (1999), 221, 277, die ausdrücklich die Phänomene untersuchen will, weil sie den strukturierten Ansatz als gescheitert ansieht. Der Ansatz, letztlich die Globalisierung als Phänomen untersuchen zu wollen (ebd., S. 279), liegt allerdings fern jeder Machbarkeit. Auch sehr renommierte Werke leiden an dieser Schwäche, s. etwa *Zekoll* in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of*

möglichst auch die reibungslose Anknüpfung neuer Studien an die Ergebnisse früherer, ohne dass sich die Untersuchungen teilweise überschneiden, wenn die einzelnen Arbeiten sich an dem vorgegebenen Muster orientieren und dementsprechend vollständig und trennscharf einen Verfahrensabschnitt vergleichen. So lassen sich Verfahrensordnungen Schritt für Schritt, letztlich vollumfänglich, vergleichen.

Aufbauend auf der rechtsordnungsneutralen Strukturierung von Verfahrensordnungen versucht die Arbeit, die methodologische Basis der Verfahrensrechtsvergleiche zu bereichern. In diesem Teil der Arbeit soll zweierlei geschehen: Einerseits soll ein Prognoseinstrument entwickelt werden, anhand dessen sich feststellen lässt, wie eine hypothetische Norm, die eine Ordnungsaufgabe den Anforderungen entsprechend löst und in eine nationale Rechtsordnung implementiert wird, tatsächlich wirkt. Für diese Aufgabe rücken ökonomische und soziologische Handlungsmodelle in den Fokus der Betrachtung. Der Rückgriff auf diese Modelle ist wegen des Fehlens eines spezifisch rechtlichen Handlungsmodells erforderlich. Andererseits sollen verschiedene außerrechtliche Optimierungsmodelle auf ihre Anwendbarkeit auf das Recht und ihren Nutzen für eine Verbreiterung der methodologischen Basis der Rechtsvergleiche hin untersucht werden. Diese Modelle sollen die Suche nach einer Norm, die eine Ordnungsaufgabe den Anforderungen entsprechend löst, ermöglichen. Sie sollen einen außerrechtlichen und damit rechtsordnungsneutralen Bewertungsrahmen für Normen aufzeigen. In diesem Rahmen stellt sich die Frage, wie grundsätzlich mit nichtrechtlichen (hier sog. fremdwissenschaftlichen) Modellen umzugehen ist. Die Überlegungen haben den Anspruch auf grundsätzliche Geltung, unabhängig von der konkreten rechtsvergleichenden Studie. Konkret wird versucht, zwei Unterdisziplinen der Wirtschaftswissenschaften zu nutzen, und zwar erstens die Transaktionskostenökonomik und zweitens die Entscheidungstheorie. Beide Forschungsdisziplinen sind nicht für das juristische Verfahrensrecht geschaffen, sondern sollen wirtschaftswissenschaftliche Prozesse bewerten. Für die Transaktionskostenökonomik wird aber zu zeigen sein, dass sich die auf *Coase* zurückgehenden Überlegungen mit gewissen Modifikationen auf das Verfahrensrecht übertragen lassen. Für die Entscheidungstheorie soll gezeigt werden, dass sich die wirtschaftswissenschaftlichen Raster und Bewertungsmethoden auf die Entscheidung des Gesetzgebers übertragen lassen, wenn nur die richtigen juristischen Kriterien gefunden werden.

Die Überlegungen zur Entscheidungstheorie greifen einen aktuellen Trend auf, der auf dem Gebiet von *law and finance* entstanden ist, eine bestimmte Art von Rechtsvergleichung zum Gegenstand hat und mittler-

Comparative Law, 1356 f., der sich die Phänomene *financing litigation* und *mass claims* herausucht.

weile Einfluss auf internationale Institutionen gewonnen hat, insbesondere von der Weltbank genutzt wird. Unter dem Schlagwort von *law and finance* wurden Rechtsordnungen im Bereich des Kapitalmarktrechts auf das Vorliegen bestimmter Merkmale untersucht. Anhand dieser Merkmale wurden die Rechtsordnungen kodiert, d.h. für die einzelnen Merkmale wurden die Werte „0“ und „1“ vergeben. Anhand dieser Werte wurden sodann die Rechtsordnungen bewertet. Auf diese Weise wurde eine Bewertung der Rechtsordnungen anhand der Summe der Teilwerte vorgenommen. Zudem werden derartige Berichte immer wieder als Grundlage für die Mittelvergabe gerade der Weltbank herangezogen, haben also immense politische und ökonomische Auswirkungen.⁷ Die Methodik dieser von Ökonomen vorgenommenen Studien ist aus juristisch rechtsvergleichender Perspektive angreifbar, sie leidet vor allem an fehlender Rechtsordnungsneutralität, weil sich die Autoren der Studien vom US-amerikanischen System haben leiten lassen.⁸ Letztlich wurde also in den ersten Studien das *common law* mit dem *civil law* verglichen.⁹ Mittlerweile ist der Grundfehler dieser Orientierung am US-System behoben und die in den ersten Studien als Ergebnis präsentierte grundsätzliche Überlegenheit des *common law*-Systems relativiert.¹⁰ Die Debatte um die neuen Methoden der Rechtsvergleichung

⁷ Dies beruht wohl auch auf den personellen Verflechtungen zwischen Studierernstlern und Weltbank. S. etwa *Beck/Demirguc-Kunt/Levine*, 31 J. Comp. Econ. 653, 658 ff. (die Autoren *Beck* und *Demirguc-Kunt* waren im Zeitpunkt der Erstellung des betreffenden Werks Mitarbeiter der Weltbank; diese wiederum stützt sich auf die gewonnenen Erkenntnisse).

⁸ Ergebnis solcher Untersuchungen ist regelmäßig die Feststellung, dass das *common law* wegen der systematischen Unterschiede dem *civil law* grundsätzlich überlegen sei, so etwa wegen der größeren Freiheit des Richters bei der Entscheidungsfindung. So wird der *common law*-Richter tendenziell als kreativer, freier Kopf, der *civil law*-Richter als gesetzesanwendender Bürokrat angesehen, s. dazu etwa *Coffee*, J. Corp. L. 25 (1999), 1, 27 f.; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, S. 556 ff.; *Rubin*, 6 J. Leg. Stud. (1977), 51 ff. Das *common law*-System wird als wandelbar und anpassungsfähig dargestellt, wohingegen das *civil law*-System starr und unbeweglich sei, die Eigentumsrechte des Einzelnen nicht so stark ausbilde und überregulierend in die wirtschaftliche Entwicklung eingreife, s. dazu *Beck/Demirguc-Kunt/Levine* 31 J. Comp. Econ. 653, 658 ff. (die Autoren *Beck* und *Demirguc-Kunt* waren im Zeitpunkt der Erstellung des betreffenden Werks Mitarbeiter der Weltbank; diese wiederum stützt sich auf die gewonnenen Erkenntnisse).

⁹ Diese Dichotomie ist schon im Ansatz verfehlt, vgl. dazu *Siems/Deakin* JITE 166 (2010), 120, 127. Zu verschiedenen Arten der „Hybridrechtsordnungen“ *Ogus*, in: Örü-cü/Nelken (Hrsg.), *Comparative Law*, S. 155, 165.

¹⁰ Mittlerweile haben die Autoren der aufsehenerregenden ersten Studien durch eine Definition aus dem Streit zurückgezogen: Sie wollen nunmehr per definitionem *common law* als das Recht verstanden wissen, das auf die Konfliktlösung durch Private setzt, wohingegen das *civil law* auf die Konfliktlösung durch staatliche Eingriffe setzt, s. *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, 46 J. Econ. Lit. (2008), 285, 286. Dieses Vorgehen charakterisiert nicht mehr bestimmte historisch gewachsene Rechtssysteme und behauptet, generel-

ist jedoch bestehen geblieben. Allerdings ist sie, obwohl originär rechtsvergleichend, bei Vertretern der klassischen Rechtsvergleichung größtenteils unbemerkt geblieben.¹¹ Dies führt zu dem Missstand, dass die Rechtswissenschaft ein Betätigungsfeld aus den Augen verliert, das bereits jetzt die Verbindung zwischen juristischer Theorie und praktischer Umsetzung geschaffen hat, um die sich Rechtsvergleicher immer bemüht haben. Allein deshalb lohnt sich die Auseinandersetzung mit dieser Materie.

Für die vorliegende Arbeit ist darüber hinaus von besonderem Interesse, dass diese Ergebnisse mit neuartigen Methoden, insbesondere der empirischen und statistischen Rechtsvergleichung,¹² gefunden werden.¹³ Bislang nur eine einzige der Untersuchungen bezieht sich auf das vorliegend behandelte Verfahrensrecht,¹⁴ weit überwiegend ist das materielle Recht im Fokus des Interesses. Neuartige Untersuchungsverfahren könnten aber die Methodik der Rechtsvergleichung beeinflussen, und dies beträfe möglicherweise auch die Verfahrensrechtsvergleichung.

In der vorliegenden Arbeit soll unter allen Umständen vermieden werden, als Antwort auf die soeben genannten Untersuchungen oder aufgrund einer angelernten Vorprägung eine Gegenposition aufzubauen. Eine solche Antwort müsste in gleicher Weise pauschal und fälschlich verallgemeinernd bleiben und ergäbe keinen wissenschaftlichen Mehrwert. Es soll vielmehr mit einer rechtsordnungsneutralen Methodik die Grundlage für ideologiefreie Untersuchungen geschaffen werden. Dabei wird vor der Erörterung eines Beispiels der Frage nachgegangen, wie Verfahrensrechtsvergleichung durchzuführen ist, mit anderen Worten, welche methodischen Grundlagen Untersuchungen zugrunde liegen sollten, die Verfahrensrecht

le Aussagen über diese treffen zu können. Vielmehr schaffen die Autoren Kategorien und ordnen diesen Kategorien die Rechtssysteme verschiedener Länder zu. Ein solches Vorgehen hat mit der juristischen Unterscheidung zwischen *civil law* und *common law* nichts mehr zu tun.

¹¹ *Michaels*, 57 Am J. Comp. L. (2009), 765, 766 bezeichnet diese Diskussion gar als die wichtigste auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung, von der traditionelle Rechtsvergleicher niemals etwas gehört haben.

¹² Es handelt sich bei der statistischen und der empirischen Rechtsvergleichung in der Tat um neue Forschungsmethoden, nicht neue Forschungsdisziplinen, s. *Lieder*, ZVglRWiss 109 (2010), 216, 229 f.

¹³ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny* 58 J. Fin. Econ. (2000), 3, 12 f. (die Autoren sind allesamt der Weltbank eng verbunden).

¹⁴ *Djankov/La Porta/Lopes-de-Silanes/Shleifer* 5 Q. J. Econ. (2003), 453 stellen unmissverständlich bereits in der Einleitung ihrer Arbeit fest: „We find that such formalism is systematically greater in civil than in common law countries, and is associated with higher expected duration of judicial proceedings, less consistency, less honesty, less fairness in judicial decisions, and more corruption.“ Vernichtender kann ein Urteil über ein Rechtssystem wohl kaum ausfallen (der Autor *Djankov* ist Mitarbeiter der Weltbank). Differenzierte kritische Antwort bei *Spamann* JITE 166 (2010), 149 ff.

vergleichen. Die Erprobung neuer Modelle für die Rechtsvergleichung drängt sich also hier geradezu auf.

Der zweite Hauptteil hat eine konkrete Vergleichung zum Inhalt. Gegenstand der Untersuchung ist die Tatsachenfeststellung im europäischen¹⁵ und deutschen Fusionskontrollrecht. Dabei werden nur horizontale Zusammenschlüsse, also nur ein Ausschnitt aus dem Recht der Unternehmenszusammenschlüsse, untersucht. Bevor der tatsächliche praktische Rechtsvergleich anhand der Tatsachenfeststellung in konkreten Verfahren durchgeführt werden kann, ist aber zunächst noch zu der Frage Stellung zu nehmen, inwieweit eine Beschränkung des Untersuchungsgegenstands auf bestimmte inhaltliche Fragestellungen mit dem Gebot der Rechtsordnungsneutralität in der Verfahrensrechtsvergleichung vereinbar ist.

Die konkrete Untersuchung dient der Überprüfung der im ersten Hauptteil vorgeschlagenen Modelle auf ihre Anwendbarkeit auf einen konkreten Fall. Aber der Untersuchungsgegenstand darf nicht als zufällig gewähltes Beispiel missverstanden werden. Die Frage von Beweismaß, Beweishöhe und Beweisanforderungen und damit der Tatsachenfeststellung insgesamt ist im Fusionskontrollverfahren vor dem Hintergrund der materiellrechtlichen Untersagungskriterien, dem damit verbundenen Prognoseproblem und der Reaktion nahezu aller Kartellbehörden darauf höchst problematisch. Dies gilt vor allem für die in jüngerer Zeit eingesetzten ökonomischen Verfahren und Simulationsmodelle sowie die Frage, wie diese sich in bestehende Beweissystematiken einbinden lassen. Dabei bestehen Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen, die sich mit den im ersten Hauptteil vorgeschlagenen Modellen, aber auch mit den Mitteln klassischer Rechtsvergleichung analysieren lassen.

Zusätzlich machen eine Reihe von in der Rechtsmaterie selbst liegenden Gründen den Vergleich gerade des deutschen und des europäischen Fusionskontrollverfahrensrechts interessant. Erstens ist Voraussetzung für eine detaillierte Analyse, dass ein durch gesetzliche Regelungen und behördliche oder gerichtliche Entscheidungen ausdifferenziertes Verfahren besteht. Fehlt ein Fusionskontrollverfahren vollständig, so hat sich die Vergleichung auf ein recht abstraktes Niveau zu beschränken und weist zwangsläufig die Tendenz zu einer rechtskulturellen Untersuchung auf. Detaillierte Regelungen sind dort zu erwarten, wo die materielle Rechtslage komplex ist. Besondere geschriebene Verfahrensordnungen begründen Transaktionskosten, die nur dann sinnvoll aufgewendet sind, wenn durch die Regelungen Rechtsunsicherheit beseitigt wird und dies gesamtwirtschaftlich positive Effekte erwarten lässt. Die Chance auf einen solch weit entwickelten Zustand des Verfahrens ist schlicht in den Rechtsordnungen

¹⁵ Zu der Frage, ob es sinnvoll ist, supranationales Recht zum Gegenstand von Rechtsvergleichung zu machen, s. unten C.III.5.

am größten, die eine große Zahl an geplanten Unternehmenszusammenschlüssen zu bewerten haben. Dies ist für die untersuchten Rechtsordnungen – neben der US-amerikanischen – der Fall.

Des Weiteren zieht der hier stattfindende Vergleich seinen Wert aus der besonderen geschichtlichen Entwicklung und der gegenseitigen Beeinflussung der beiden Rechtsordnungen. Das deutsche Fusionskontrollrecht ist älter als das europäische, wird aber in jüngerer Zeit zunehmend an eben dieses angepasst. Nimmt das materielle Kartellrecht damit uneingeschränkt an den allgemeinen Vereinheitlichungstendenzen des gesamten Wirtschaftsrechts teil,¹⁶ so gilt dies für das Verfahrensrecht nicht. Es entzieht sich weitgehend den Anpassungstendenzen, die vor allem das materielle Wirtschaftsrecht immer mehr treffen. Systemunterschiede sind im Verfahrensrecht wegen dieser fehlenden Anpassung wahrscheinlicher und womöglich deutlicher spürbar als im mehr und mehr angepassten sonstigen Wirtschaftsrecht. Es liegt daher nahe, einseitige Angleichungstendenzen und mit gleichem Interesse bestehende bleibende Unterschiede zu beleuchten.

Insgesamt versucht die Arbeit eine stufenweise Konkretisierung des Themas, von den methodischen Grundsätzen der Verfahrensrechtsvergleiche bis zum konkreten Ergebnis der praktischen Anwendung neuer Methodik. Dabei soll auch zum Ausdruck kommen, dass die hier vorgeschlagenen fremdwissenschaftlichen Modelle die traditionelle Rechtsvergleichung ergänzen und bereichern, sie aber nicht ersetzen sollen.

Die Arbeit beginnt nun mit der bereits angekündigten Erörterung der Methodik des Verfahrensrechtsvergleichs.

¹⁶ *Michaels*, 57 *Am. J. Comp. L.* (2009), 765, 781.

B. Methodik des Rechtsvergleichs von Verfahrensordnungen

Über die Methodik der Rechtsvergleichung zu sprechen, stellt an sich bereits ein Problem dar, das gerne ignoriert wird. Methodenlehre bedeutet Selbstreflexion des Rechts, verlangt also, dass sich Rechtsetzer und Rechtsanwender Gedanken machen über das eigene Vorgehen und die eigenen Denkweisen bei der Setzung und Anwendung von Recht.¹ Eine derartige Methodik besteht mit Bezug auf jede einzelne Rechtsordnung. Das mag in nahezu allen Rechtsdisziplinen gut und richtig sein, für die Rechtsvergleichung ist das nicht ausreichend. Erforderlich ist eine Methodik, die wie die Forschungsrichtung selbst den Anspruch erheben kann, rechtsordnungsübergreifend gültig zu sein. Dies folgt nicht aus dem Anspruch der rechtsordnungsneutralen Beurteilung von Regelungen, sondern ist ein davon getrennt zu behandelndes Problem, das der Frage nach rechtsordnungsneutralen Kriterien vorgelagert ist. Erst wenn die Methodik feststeht, mit der man rechtsordnungsneutrale Gesichtspunkte von Rechtsordnungen herausarbeiten kann, ist es möglich, solche rechtsordnungsneutralen Gesichtspunkte zu suchen. Es ist ohne weiteres vorstellbar, dass verschiedene Methoden der Rechtsvergleichung bestehen, die das Neutralitätspostulat wahren, und dabei doch zu völlig verschiedenen Ergebnissen gelangen. Rechtsordnungsneutrale Bewertungsmechanismen sind nicht zwingend immer gleich. Begnügte man sich mit diesem Befund, so würde dies den internationalen Rechtsdiskurs erheblich erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen. Unterschiedliche Befunde zu demselben Forschungsgegenstand ließen sich immer dann rechtfertigen, wenn sie die Anforderungen der nationalen Methodik erfüllten. Das ist für das Gebiet der Rechtsvergleichung nicht hinnehmbar. Es besteht das dringende Bedürfnis nach einheitlicher Methodik. Vor diesem Hintergrund hat sich die Rechtsvergleichung stets selbst zu hinterfragen, aber nicht nur auf der Ebene der eigenen Rechtsordnung, sondern aller, zumindest der zu vergleichenden. Im Bereich der hier untersuchten Verfahrensrechtsvergleichung ist dieses Problem virulent (vgl. dazu sogleich I.1). Wenngleich sich dieses Problem konkret nicht auswirkt, kann die grundsätzliche Lösung nur in der Einbe-

¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 131.

ziehung außerrechtlicher (hier auch: fremdwissenschaftlicher) Erkenntnisse in die Rechtsvergleichungsmethodik bestehen, und zwar auf verschiedenen Ebenen (vgl. II).

I. Funktionaler Ansatz und Verfahrensrecht

Rechtsvergleichung kann auf verschiedene Arten betrieben werden. Denkbar ist etwa, eine Rechtsordnung als Ausgangspunkt zu nehmen und nach der Entsprechung eines bestimmten Begriffs im fremden Recht zu suchen. Etwas weitergehend ist denkbar, bestimmte Institute des eigenen mit fremdem Recht zu vergleichen. Diese als Begriffsrechtsvergleichung und Institutsrechtsvergleichung bekannten Ansätze kranken jedoch daran, dass sie den Kontext der Norm im fremden Recht nicht in den Vergleich einbeziehen.² Begriffe werden in verschiedenen Rechtssystemen kaum gleich verwendet, auch absolut deckungsgleiche Institute sind äußerst selten. Nur aus seinem Kontext heraus ist eine Norm aber verständlich. Nur aus dem Zusammenspiel verschiedener nationalstaatlicher Rechtsinstitute lässt sich erkennen, ob die Rechtsordnung insgesamt ein Problem angemessen löst und ob in der Regelungssystematik Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtsordnungen bestehen. Zudem setzen beide Arten der Rechtsvergleichung an dem Wortlaut des Gesetzes an, vor diesem Hintergrund scheitert ein Vergleich zwischen *civil law* und *common law* fast zwangsläufig.³

Als Antwort auf diese Probleme hat sich bei weitem nicht als einziger Ansatz,⁴ aber doch als ein weit verbreitet vertretener, die funktionale Rechtsvergleichung als grundlegende Basis der rechtsvergleichenden Methodik etabliert.⁵ Die funktionale Rechtsvergleichung nimmt einen umfassenden Blickwinkel ein und vergleicht Rechtsordnungen danach, wie sie eine sich stellende Lebenssituation lösen.⁶ Sie macht die Grundannahme,

² Vgl. *Gottwald* in: Bachmann/Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), *Festschrift für Schlosser*, S. 227, 231.

³ Vgl. zu der historischen Diskussion der Vergleichbarkeit dieser Systeme *Sacco*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 26 f.

⁴ Außer dem funktionalen Ansatz werden auch rechtshistorische, rechtskulturelle und vorwiegend am Rechtsnormtransfer orientierte Methoden verfolgt, s. *Michaels*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 339, 340 f. Zu dem Konstrukt der Rechtsvergleichung als Querschnittswissenschaft, das diese Alternativen in den funktionalen Ansatz integriert, vgl. unten B.II.

⁵ *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 33.

⁶ Dabei ist nicht etwa der Glaube daran erforderlich, dass alle Normen im Bezug auf ihre Ordnungsfunktion perfekt sind, so aber *Schmidt, F.* in: *Bernstein/Drobniig/Kötz* (Hrsg.), *Festschrift für Zweigert*, S. 525, 528. Vielmehr setzt eine Bewertung von Rechtsordnungen aus rechtsvergleichender Sicht gerade die Möglichkeit voraus, dass verschiedene Normen das gleiche Ordnungsproblem unterschiedlich gut lösen.

dass sich Lebenssituationen vorstellen lassen, in denen sich alle entwickelten Gesellschaften vor identische Probleme gestellt sehen.⁷ Die Lösung eines Lebensproblems, also die Realfolge, die sich aus der Befolgung einer gesetzten Norm ergibt, lässt Rückschlüsse auf das Wertsystem des Gesetzgebers zu.⁸ Auch Normen, die dem äußeren Aufbau nach völlig verschieden sind, können daher funktional identisch sein und umgekehrt. Diese Art der Rechtsvergleichung benötigt jedoch Kriterien, die die untersuchte Lebenssituation eingrenzen. Die Erfüllung dieser Kriterien bildet dann die Basis für den Vergleich bestehender Regelungen. Die Festlegung der Kriterien geschieht über die Definition bestimmter Ordnungsaufgaben. Die Rechtssysteme werden nach Festlegung der Ordnungsaufgaben daraufhin untersucht, inwieweit und auf welche Weise sie die Ordnungsaufgaben erfüllen. Die Festlegung der Ordnungsaufgaben ist für den Gang einer rechtsvergleichenden Untersuchung von eminenter Bedeutung. Sind sie falsch definiert, wird Unvergleichbares verglichen und das Ergebnis der Untersuchung wird stets unzutreffend sein.⁹ Objektivität und Neutralität gegenüber allen untersuchten Rechtsordnungen ist hier oberstes Gebot.¹⁰ Es gilt, ein *tertium comparationis*¹¹ herauszuarbeiten, einen Vergleichsmaßstab also, der nicht durch das Vorverständnis einer der zu vergleichenden Rechtssysteme geprägt ist.¹²

Für das Verfahrensrecht gelten dieselben Grundsätze der Methodenlehre wie für das materielle Recht. Insbesondere sind die verfahrensrechtlichen Normen nach der auch im Verfahrensrecht relevanten teleologischen Methode so auszulegen, wie es Funktion und Zweck der Norm gebieten.¹³

⁷ Bereits diese Grundannahme sieht sich Zweifeln ausgesetzt. Insbesondere wird vorgebracht, aufgrund kultureller Vorprägung könne sich eine Frage nicht in gleicher Weise in verschiedenen Gesellschaften stellen, s. Hyland, Gifts, S. 69.

⁸ *Priester*, in: Lautmann/Maihofer/Schelsky (Hrsg.), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band I (1970), S. 457, 487.

⁹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

¹⁰ Poetisch *Großfeld*, Kernfragen der Rechtsvergleichung, S. 106 f. Diese Anforderung wird jedoch nicht immer eingehalten. *Gerber* 46 Am. J. Comp. L. (1998), 719, 721 hält die Orientierung an einer bestimmten Rechtsordnung sogar für den praktischen Normalfall rechtsvergleichender Studien.

¹¹ Mit dem Begriff soll nicht etwa eine überlegene oder „richtige“ Rechtsordnung beschrieben werden, sondern ein neutrales Bewertungskriterium gefunden werden. Das *tertium comparationis* soll also nicht das Ergebnis oder Ideal eines Rechtsvergleichs beschreiben, sondern den Beginn der Untersuchungen umreißen. Anders wohl *Constantinesco*, Rechtsvergleichung Band II, S. 44. Ebenso wenig soll das *tertium comparationis* einen „Normalfall“ darstellen, mit dem verglichen wird (so aber *van Aaken*, in: Jud. (Hrsg.), Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, S. 127, 148); wie hier etwa *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 340, 342.

¹² *Constantinesco*, Rechtsvergleichung Band II, S. 32.

¹³ *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1 Rn. 60 f.

Dieser Gedanke der (einzelstaatlichen) Rechtsauslegung ist gedanklich verwandt mit dem rechtsvergleichenden Grundgedanken, dass eine Untersuchung sich an der Funktion einer Norm orientieren soll. Insoweit gelten also für die Untersuchung des Verfahrensrechts dieselben Anforderungen wie für das materielle Recht. Allein aus der verfahrensrechtlichen Natur einer Norm lässt sich daher gegen die funktionale Methode nichts ableiten.

Dennoch ist erwägenswert, ob nicht neuere Ideen in der Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung gegen einen funktionalen Ansatz sprechen. Dies soll im Folgenden erörtert werden (1.). Erst im Anschluss daran wird ein Verfahrens begriff definiert, denn die Anforderungen für eine rechtsordnungsneutrale Bewertung stellen bereits an die Definition des Begriffs bestimmte Anforderungen (2.). Sodann wird der Versuch unternommen, das Verfahren rechtsordnungsneutral zu strukturieren (3.).

1. Funktionale Rechtsvergleichung und die law machine

Der soeben beschriebene funktionelle Ansatz sieht sich in jüngerer Zeit Angriffen ausgesetzt. Gestützt auf ein grundlegend anderes Verständnis des Begriffs „Rechtsordnung“ wird der Ansatz wegen seiner Konzentration auf materielle rechtliche Regeln abgelehnt.¹⁴ Nach dieser Ansicht ist es grundsätzlich falsch, Normen miteinander zu vergleichen. Normen prägen demnach das Rechtssystem nicht, damit sind sie auch ein ungeeigneter Ausgangspunkt für den Vergleich von Rechtsordnungen. Prägend wirken dem gegenüber – unabhängig von einer bestimmten materiellen Rechtslage – die Akteure und Abläufe im Rechtssystem.¹⁵ Das Recht wird als soziales Sub-System betrachtet. Rechtsvergleichung wird damit Unterfall von Rechtssoziologie.¹⁶ Der Inhalt einzelner Normen ist für diese Art von Rechtsvergleichung irrelevant, deren Untersuchung wird als oberflächlich und nicht zielführend bezeichnet.¹⁷ Der „textbasierte“ und der „systembasierte“ Ansatz werden einander als unversöhnlich gegenüber gestellt.¹⁸ Wirkliche Erkenntnisse verspricht nach dieser Ansicht nur die Untersuchung der Strukturen von gesellschaftlichen Prozessen, an deren Ende

¹⁴ Die unausgesprochen dahinter stehende Aussage, klassische Rechtsvergleichung betrachte nur geschriebenes Recht, ist jedoch wie soeben beschrieben falsch; vgl. dazu ausdrücklich *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 340, 364.

¹⁵ *Legrand*, 47 *Am. J. Comp. L.* (1999), 3, 25.

¹⁶ *Merryman*, *Stan. L. R.* 27 (1975), 859; auch *Legrand* 75 *Tul. L. Rev.* (2001), 1033, 1042.

¹⁷ *Legrand* 47 *Am. J. Comp. L.* (1999), 3, 4.

¹⁸ *Merryman*, 21 *Hast. Int. & Comp. L. Rev.* (1998), 771, 772 f.

Recht steht, kurz die *law machine*.¹⁹ Damit könne man tiefergreifende Erkenntnisse erzielen und zu dem eigentlichen (sozialen) Problem von Recht vordringen.

Unabhängig davon, inwieweit diese Kritik die vorliegende Arbeit treffen kann, ist hier ein Aspekt der Debatte von besonderer Bedeutung: Die Kritik an einer Rechtsvergleichung, die Normen in das Zentrum der Untersuchung stellt, kommt aus den USA. Vordergründig wendet sich die Kritik zwar unabhängig von der geographischen Herkunft gegen alle Rechtsvergleicher, die Normen miteinander vergleichen. Aus dem Kontext dieser Aussagen wird aber etwas anderes deutlich: *Merryman* als einer der Verfechter eines neuen Ansatzes sieht die Dogmatik der Rechtsvergleichung und das praktische Vorgehen bei derselben als durch Europäer geprägt an, die für die Anfänge der Rechtsvergleichung als juristischer Disziplin in den USA prägend waren. Gleichzeitig wird in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, dass sich ohne die Einflüsse von außen womöglich ein gänzlich anderes Verständnis von Rechtsvergleichung, etwa als Teil der Rechtsgeschichte, herausgebildet hätte.²⁰ Diese Kritik betrifft zunächst den Gegenstand der Untersuchung, dies kann aber auch Ausdruck einer von dem bislang herrschenden Vorgehen abweichenden Methodik sein. Die Möglichkeit, dass die verwandte Methodik in einer Untersuchung nicht rechtsordnungsneutral ist, birgt die Gefahr in sich, eine im Ausgangspunkt nicht neutrale und damit wissenschaftlich wertlose Arbeit zu verfassen. Weichen Methoden voneinander ab, so lassen sich für alle Ansichten vertretbare Ergebnisse nur dann formulieren, wenn die Untersuchung sich in methodischer Hinsicht auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beschränkt. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, die Unterschiede in den Ansätzen herauszuarbeiten.

Merryman nimmt keinen im Ausgangspunkt juristischen, sondern einen originär sozialwissenschaftlichen Standpunkt ein. Damit steht nicht die Analyse einer Norm im Vordergrund, sondern bestimmte Aspekte des gesellschaftlichen Felds, das Außenstehende oder auch die Akteure selbst als „Rechtssystem“ oder schlicht „Recht“ beschreiben würden. Damit unterscheidet sich der Ausgangspunkt deutlich von dem anderer Rechtsvergleicher, die ausgehend von einem bestimmten Lebenssachverhalt dessen rechtliche Umsetzung untersuchen.

¹⁹ *Merryman*, 21 *Hast. Int. & Comp. L. Rev.* (1998), 771, 775, früher bereits *Cappelletti*, *Stan. L. R.* 39 (1987), 1079, 1080 unter Berufung auf Gespräche mit *Merryman*. Ähnlich *Gerber*, 46 *Am. J. Comp. L.* (1998), 719, 722: „Their focus is on the artifacts of decision making rather than on the process itself.“

²⁰ *Merryman*, in: Hazard/Wagner (Hrsg.), *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution*, S. 81, 96; s. dazu auch *Legrand* 47 *Am. J. Comp. L.* (1999), 3, 5 f.

Bei genauerer Hinsicht stellen sich die Unterschiede in der Anwendung der beiden Denkkonzepte jedoch als nicht dramatisch dar. *Merryman* definiert nämlich acht Determinanten des „Rechtssystems“:²¹ Erstens die Ausdehnung des juristischen Subsystems, also die Frage, wie weit sich nach Ansicht der Gesellschaft der Bereich des Rechts erstreckt und welche Bereiche des Lebens der vom Recht nicht erfassten Privatsphäre unterfallen.²² Zweitens die Durchdringungstiefe des Rechts, also die Frage, inwieweit gegebene Rechtsregeln auch angewandt und von der Gesellschaft beachtet werden. Drittens die Rechtskultur, die sich mit der Frage der Herkunft von Recht und der geschichtlichen Entwicklung von Recht befasst. Viertens die Institutionen, die mit der Schaffung von Recht betraut sind, insbesondere der Gesetzgeber,²³ Gerichte und Verwaltungsbehörden, aber auch Universitäten, Forschungsinstitute und Berufsvereinigungen. Fünftens die Rechtsakteure, also alle diejenigen, die Recht in der Entstehung beeinflussen, und die meist Angehörige der gerade definierten Institutionen sind, nämlich Richter, Anwälte, Verwaltungsbeamte, Universitätsprofessoren. Sechstens die Rechtsprozesse, verstanden als alle Aktivitäten der Rechtsakteure in Bezug auf die Schaffung von Recht, beispielsweise Verhandlungen, Verwaltungsverfahren, Gesetzgebungsverfahren, aber auch wissenschaftliche Theorienbildung und juristische Ausbildung.²⁴ Siebtens Sekundärregeln, d.h. Regeln, die die Verfahren ordnen, wie Zuständigkeitsregeln und Verfahrensregeln. Zu guter Letzt achtens die Kosten, die eine Gesellschaft

²¹ Original: legal extension, legal penetration, legal culture, legal institutions, legal actors, legal processes, secondary rules, legal expense, *Merryman*, 21 *Hast. Int. & Comp. L. Rev.* (1998), 771, 776 f. All diese Determinanten sind Sub-Subsysteme des sozialen Systems, s. *Merryman*, *Stan. L. R.* 27 (1975), 859, 860. Zunächst unterschied *Merryman* nur sechs Determinanten von einander, s. *Merryman*, in: *Merryman*, in: Hazard/Wagner (Hrsg.), *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution*, S. 81, 86. Diese Unterteilung ist aber wohl aufgegeben.

²² S. etwa zum Verhältnis von Bevölkerungsentwicklung und Nutzung des Rechtssystems *Merryman*, in: Cappelletti/Taruffo/Hazard (Hrsg.), *Studi in onore di Vittorio Denit*, Volume I, S. 181, 188.

²³ Die Tätigkeit des Gesetzgebers bei der Schaffung materiellrechtlicher Normen ist hier ausgenommen. Es verbleiben diejenigen gesetzgeberischen Tätigkeiten, die das Umfeld des sozialen Sub-Systems Recht bestimmen, wie etwa Berufsanforderungen für Richter, Hochschulrahmengesetze oder eben auch das Verfahrensrecht.

²⁴ In einer konkreten Studie befasst sich *Merryman* etwa mit der universitären Ausbildung und deren Auswirkungen auf den Blick auf das Recht, den Absolventen einnehmen, s. *Merryman*, *Stan. L. R.* 27 (1975), 859, 861 f. Dabei arbeitet er den Hochschulzugang, das Verhältnis von staatlichen und privaten Universitäten und die Selbstreflexion über die eigene Methodik als wesentliche Unterschiede der Systeme heraus. Seine Einschätzung, dass das US-amerikanische System demjenigen der *civil law*-Länder überlegen sei (s. ebd. S. 876), ist als Ergebnis diskussionswürdig. Wichtiger ist jedoch, dass bei der Wahl der Determinanten der soziologische Einschlag bei der rechtswissenschaftlichen Arbeit deutlich sichtbar wird.

aufwendet, um ein Rechtssystem aufzustellen und aufrecht zu erhalten. Was *Merryman* beschreibt, sind demnach alle Umstände und Arbeitsprozesse, die nötig sind, um einen Lebenssachverhalt einer endgültigen juristischen Lösung zuzuführen.

Zu dem Rechtssystem in diesem Sinn gehört aber gerade nicht die materiellrechtliche Norm, die festlegt, dass etwa in einer bestimmten Situation A dem B schadensersatzpflichtig ist.²⁵ Diese Norm beruht auf einer ökonomischen und soziologischen Entscheidung.²⁶ Das einzig Rechtliche an ihnen ist, dass sie die *law machine* in Gang setzen. Doch ganz strikt wird diese Trennung nicht verfolgt. *Merryman* erkennt an, dass zwischen materiellen Rechtsregeln und den von ihm bestimmten Determinanten des Rechtssystems Wechselwirkungen bestehen.

Der „systembasierte“ Blickwinkel auf das Recht mag ungewöhnlich erscheinen. Die Einbeziehung aller genannten Determinanten in eine vollständige Rechtsvergleichung erinnert sehr an das „wissenschaftliche Ideal“ der Rechtsvergleichung, wie *Rabel* es bereits 1924 formuliert hat. Zu erfassen ist danach schlicht und ergreifend „das Leben“²⁷, von einer Beschränkung auf die geschriebene Gesetzeslage findet sich dort ebenso kein Wort wie von einer Beschränkung überhaupt auf das Recht. Vielmehr gilt: „Alles bedingt sich gegenseitig in sozialer, wirtschaftlicher, rechtlicher Gestaltung.“ Recht ist also schon bei *Rabel* nicht richtig erfassbar, wenn soziale und wirtschaftliche, politische und auch philosophische Wertungen der Gesellschaft nicht berücksichtigt werden.²⁸

Lösbar ist auch der bei *Merryman* lediglich kurz angesprochene vermeintliche Konflikt zwischen der Suche nach „Methode“ und der Suche nach „Erklärung“, wobei *Merryman* mit dem Begriff Erklärung das Verständnis für die Unterschiede in verschiedenen Rechtsordnungen und die damit verbundene Möglichkeit der Vorhersage zukünftiger Entwicklungen meint.²⁹ Es ist nicht ersichtlich, dass es eine Strömung in der Rechtsvergleichung gibt, die Methodenforschung um ihrer selbst willen betreibt.

²⁵ Es wäre falsch, den Rechtsvergleichern, die dem System der *law machine* folgen, einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu unterstellen. Zwar lassen diese Abhandlungen die materiellrechtliche Norm außer Betracht und ignorieren damit einen wesentlichen Teil der Entscheidungsmacht der Legislative. Darin steckt aber nicht die Forderung, die Legislative zu entmachten, sondern diese Erwägungen sollen nur für die Rechtsvergleichung keine Rolle spielen.

²⁶ *Merryman*, 21 *Hast. Int. & Comp. L. Rev.* (1998), 771, 778; *Legrand* 47 *Am. J. Comp. L.* 3, 64.

²⁷ *Rabel*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Zivilprozeßrecht* 13 (1924), S. 279, 283.

²⁸ *Gilles* in ders. (Hrsg.), *Prozeßrechtsvergleichung* S. 39 meint dasselbe, wenn er von „Verfahrensrechtswirklichkeiten“ spricht.

²⁹ *Merryman*, in: *Hazard/Wagner* (Hrsg.), *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution*, S. 81, 86, 92, 104.

Methode ist stets Mittel zum Zweck des Verständnisses. Das ist seit dem soeben zitierten wissenschaftlichen Ideal von *Rabel* unbestritten.

Die wissenschaftliche Basis besteht demnach schon sehr lange. Es ist im Grunde auch anerkannt, dass alle Umstände und Hintergründe, die *Merryman* als Determinanten bezeichnet, Teil eines vollumfänglichen Rechtsvergleichs sind.³⁰ Im Ergebnis besteht danach kein Unterschied, ob Rechtsvergleichung von der materiellrechtlichen Lösung einer tatsächlichen Lebenssituation ausgeht und alle Determinanten als Hintergründe berücksichtigt, oder ob mit dem „systembasierten“ Ausgangspunkt die Hintergründe als eigentliche Prozesse der *law machine* analysiert werden, dabei aber die materiellrechtlichen Normen aufgrund ihrer Wechselwirkung mit den Determinanten Berücksichtigung finden. Bei beiden Ansätzen besteht der Anspruch, am Ende die materiellrechtliche Norm eingebettet in alle sozialen, wirtschaftlichen und politischen Umstände erfasst zu haben. Der Unterschied besteht letztlich darin, dass bei der Analyse der *law machine* der Inhalt einer Regelung nicht explizit diskutiert wird, sondern nur Eigenschaften wie etwa ihre Länge, ihre Abstraktheit, ihre Sprache, die Gesetzesgenese.³¹ Diese Eigenschaften müssen aber nach dem Modell vollständiger Rechtsvergleichung ohnehin diskutiert werden. Das bedeutet letztlich, dass der systemorientierte Blickwinkel das Grundprinzip funktioneller Rechtsvergleichung nicht erschüttern kann, er geht sogar in ihm auf, bildet einen Teil dessen. Gleichzeitig kann er aber als Mahnung dienen, den ungeschriebenen Rechtsprinzipien und der Rechtskultur der zu vergleichenden Rechtssysteme in der Untersuchung hinreichend Platz einzuräumen und die Untersuchung nicht auf reines Gesetzesrecht zu beschränken. Dies freilich ergibt sich bereits aus der richtig verstandenen Suche nach dem *tertium comparationis* und dem dahinter stehenden Gebot der Neutralität.

Bei der Umsetzung allerdings können sich Unterschiede ergeben. Für die systembasierte Herangehensweise können beispielsweise die Erörterung der Rechtskultur oder eine grammatikalische Studie³² der zentrale Untersuchungsgegenstand sein. Bei dem normbezogenen Vorgehen bildet die Rechtskultur nur einen der Aspekte der rechtsvergleichenden Analyse. Das vollständige, mit wissenschaftlicher Methode erworbene Verständnis aller Umstände, die als Determinanten des Rechts beschrieben werden,

³⁰ Nach *Bogdan* in: Mansel (Hrsg.), Festschrift für Jayme, Band II, S. 1233, 1237 enthält eine vollumfängliche Rechtsvergleichung „die meisten“ der von *Merryman* genannten Elemente. Welche nicht dazugehören, bleibt aber unklar.

³¹ *Gerber*, 46 Am. J. Comp. L. 719, 730 f.

³² Hiermit ist nicht die Untersuchung der grammatikalischen Auslegung gemeint, sondern Untersuchungen über den Gebrauch bestimmter Wörter etwa in Entscheidungen der Gerichte.

muss Illusion bleiben.³³ Ob allerdings der systembasierte Ansatz garantieren kann, dass – um das gerade genannte Beispiel aufzugreifen – eine Untersuchung alle relevanten Aspekte verschiedener Rechtskulturen zu erkunden vermag, darf bezweifelt werden.

Für die rechtsvergleichende Untersuchung von Verfahrensrecht ist festzuhalten, dass sie nach beiden Ansätzen als potenziell gewinnbringend angesehen wird. Insbesondere bildet das Verfahrensrecht nach dem systembasierten Ansatz in zweifacher Hinsicht einen systemrelevanten Teil des Rechts: Es ist als Verfahrensrecht Teil der „Sekundärregeln“, durch die die Rechtsakteure in ihrem Verhalten bestimmt werden, und als solches untersuchenswert. Gleichzeitig beeinflusst es die Abläufe in rechtlichen Institutionen, insbesondere Gerichten und Verwaltungsbehörden, und verspricht damit auch unter diesem Gesichtspunkt Erkenntnisse.

2. Verfahrensbeginn

Soll Verfahrensrecht verglichen werden, so steht die Klärung des Verfahrensbeginns notwendig am Anfang der Erörterungen, denn dadurch wird der Gegenstand der Untersuchung bestimmt. Dennoch erfolgt die Begriffsklärung in dieser Untersuchung nicht ganz zu Beginn, sondern erst im Anschluss an die Klarstellung, dass auch hier auf die funktionale Rechtsvergleichung zurückgegriffen wird. Der Grund dafür liegt darin, dass nicht erst die Untersuchung einzelner Verfahrensschritte, sondern schon das Thema an sich durch die Funktionalität bestimmt wird. Bereits der Verfahrensbeginn muss rechtsordnungsneutral definiert werden, darf nicht von den Vorstellungen der Heimatrechtsordnung geprägt sein.

Der Schlüssel zu einer Untersuchung, die diesen Anforderungen gerecht wird, liegt zunächst in der Wahl eines weiten Verfahrensbeginns. Verfahren ist in diesem Sinne zu verstehen als ein hoheitlich organisierter, strukturierter Prozess, der es ermöglicht, einen Lebenssachverhalt einer endgültigen, bindenden, den Anforderungen des Rechtsstaats genügenden, erzwingbaren Entscheidung durch einen zur Entscheidung hoheitlich Berufenen zuzuführen. Damit ist eine nach herkömmlichen Denkmustern zentrale Unterscheidung für verfahrensrechtsvergleichende Untersuchungen irrelevant: Ob es sich um ein Zivilverfahren oder ein Verwaltungsverfahren handelt, ist unerheblich. Ebenso ist es für den funktional verstandenen Verfahrensbeginn ohne Bedeutung, ob es sich um ein Verwaltungsverfahren oder ein gerichtliches Verfahren handelt. Das mag im Hinblick auf elementare Rechtsgrundsätze wie das Gewaltenteilungsprinzip eigenartig

³³ „Zuviel verlangt!“ meinen auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 35.

oder gar unvertretbar erscheinen, ist aber durch das Erfordernis der Neutralität gegenüber allen untersuchten Rechtsordnungen geboten. Ob ein Entscheidungsträger seine letztlich durchsetzbare Entscheidung in einem kontradiktorischen Verfahren getroffen hat oder nicht, ändert nichts an der Tatsache, dass eben ein solcher strukturierter Prozess durchlaufen wurde, an dessen Ende ein Lebenssachverhalt einer Entscheidung zugeführt wurde. Lediglich rein private (nicht: privatrechtliche) Abläufe sollen vom Verfahrensbegriff ausgeschlossen sein, denn will man Verfahrensrecht erfassen, so bedarf es eines von der Gesamtgesellschaft als verbindlich empfundenen Rahmens, der für die – sicherlich mannigfaltig existierenden – sozialen Konfliktlösungsmechanismen nicht besteht. Anderenfalls ergäben sich zu bedeutsame Unwägbarkeiten bei der Eruiierung dessen, was überhaupt verbindlich als Recht anzusehen ist. Eine solche Untersuchung wäre schon in ihrem Ausgangspunkt keine rechtliche, sondern eine soziologische.

3. Strukturierung des Verfahrens nach Ordnungsaufgaben

Für die Strukturierung des Verfahrens soll im Folgenden ausgehend von dem funktionalen Ansatz erörtert werden, welche Unterabschnitte des regelmäßig zu durchlaufenden Verfahrens unter Beachtung des Gebots der Rechtsordnungsneutralität untersucht werden können. Dabei ist zunächst darauf einzugehen, welche Bedeutung der Mikro- und der Makrorechtsvergleichung im Verfahrensrecht zukommt (sogleich unter a). Darauf aufbauend wird definiert, welche Ordnungsaufgabe dem Verfahrensrecht auf der Stufe größtmöglicher Abstraktion zukommt (b) und inwieweit die Aufgabe des Verfahrens über das herkömmliche Verständnis vom Verfahrensrecht als Diener des materiellen Rechts hinausgeht (c). Darauf aufbauend werden Unterabschnitte des Verfahrens formuliert, denen selbständige Teilaspekte der Ordnungsaufgabe zugeschrieben werden können und die damit ein Raster für verfahrensrechtsvergleichende Untersuchungen bilden (d). Als Ergebnis des Abschnitts soll also ein Raster präsentiert werden, das für jede denkbare Verfahrensordnung Themengebiete vorgibt, die rechtsordnungsneutral untersucht werden können. Gleichzeitig kann anhand des vorgestellten Rasters jede verfahrensrechtsvergleichende Abhandlung daraufhin überprüft werden, ob sie bezüglich der Wahl ihres Untersuchungsbereichs die Anforderungen der Rechtsordnungsneutralität wahrt. Das ist, so kann vorweggenommen werden, bei den meisten phänomenorientierten verfahrensrechtsvergleichenden Arbeiten nicht der Fall.

a) Mikro- und Makrovergleich im Verfahrensrecht

Die Makrorechtsvergleichung sucht nach Erkenntnissen über die Methode, mit der die verschiedenen Rechtsordnungen gleichgelagerte Probleme lö-

sen.³⁴ Mehr noch als im materiellen Recht besteht im Verfahrensrecht eine Verbindung zwischen verschiedenen Rechtsinstituten. Es fällt schwerer als im materiellen Recht, Einzelprobleme gesondert zu betrachten. Das beruht auf dem engen Zusammenhang einzelner verfahrensrechtlicher Normkomplexe. Das liegt daran, dass eine Verfahrensordnung darauf angelegt ist, dass in jedem Einzelfall, der zur hoheitlichen Entscheidung einem Entscheider zugetragen wird, im Grundsatz das gesamte Verfahren durchlaufen wird. Im Gegensatz dazu stellen sich materiellrechtliche Probleme nur im Hinblick auf bestimmte Lebenssachverhalte, etwa Mängelgewährleistungsansprüche beim Kauf in anderen Fällen als Ansprüche aus unerlaubter Handlung nach einer tätlichen Auseinandersetzung in einem Wirtshaus. Im Verfahrensrecht stellen sich damit im Gegensatz zum materiellen Recht typischer Weise bestimmte Regelungsprobleme in jedem Fall, und zwar auch dann, wenn die Fallkonstellation nicht exakt die gleiche ist. Für den Bereich des Verfahrensrechts bietet sich daher eine Makrovergleichung an.³⁵ Makrovergleichung beschreibt jedoch nur das Ziel der Rechtsvergleichung und mit dieser Entscheidung ist für die einzelnen Verfahrensgebiete noch nicht viel gewonnen. Verfahrensrecht beinhaltet nicht eine einzige Entscheidung, von deren Ausgang die Verwirklichung des materiellen Rechts abhängt. Ein Verfahren ist durch eine Vielzahl von Einzelschritten gekennzeichnet, die ineinander greifen und erst in ihrer Gesamtschau eine Bewertung auf der Makroebene ermöglichen. Sollen Verfahrensordnungen verglichen werden, ist es demnach unumgänglich, eine Vielzahl von Mikrovergleichen anzustellen. Der Begriff der Mikrovergleiche wird oft automatisch mit dem materiellen Recht verbunden, der Mikrovergleich also als rechtsvergleichende Betrachtung einzelner materiellrechtlicher Probleme verstanden.³⁶ Der Vergleich von Verfahrensrechtsordnungen anhand von einzelnen Problemen ist jedoch in gleichem Maße möglich.³⁷ Weiter noch ist eine angemessene Durchdringungstiefe von Verfahrensrecht wohl nicht möglich, ohne dass (funktionell vergleichbare) Teilaspekte der zu vergleichenden Verfahrensordnungen intensiv erörtert werden. Anforderung an so ausgewählte Mikrovergleiche ist es, dass sie in ihrer Summe alle vergli-

³⁴ In der Unterscheidung von Mikro- und Makrovergleichen wird hier der Terminologie von *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4 gefolgt, nach der Makrovergleich den Vergleich der Methode des Rechts meint, Mikrovergleich hingegen den Vergleich einzelner Rechtsinstitute (so auch *Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, IPR und Rechtsvergleichung, S. 280). Ausdrücklich soll Makrovergleich nicht den Vergleich zweier zu verschiedenen Rechtsfamilien zählenden Rechtsordnungen bedeuten (so aber *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 29).

³⁵ *Stürner/Stadler*, in: Gilles (Hrsg.), Transnationales Verfahrensrecht, S. 263, 271; *Zuckerman* in *ders.* (Hrsg.), Justice in Crisis, S. 3, 11.

³⁶ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 5.

³⁷ So etwa *Huber*, Entwicklung transnationaler Regeln für Zivilverfahren, S. 84.

chenen Verfahrensordnungen vollständig abbilden, also für jede der untersuchten Rechtsordnungen gilt, dass die Summe der Mikrovergleiche den Makrovergleich ermöglicht. Dies bedeutet, dass die Mikrovergleiche das Verfahren jeder Rechtsordnung lückenlos erfassen müssen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass ein Instrument einer Rechtsordnung, das der Verwirklichung der oben genannten Transmitterfunktion dienen soll, weggelassen wird. Nur durch genau abgegrenzte Mikrovergleiche bleibt es bei der Möglichkeit, in weiteren Studien an die Ergebnisse anknüpfen und zuletzt einen vollständigen Makrovergleich bewältigen zu können. Über den „Umweg“ der Mikrovergleiche wird eine fundierte vergleichende Aussage auf Makroebene erst möglich.

Eine solche methodische Anforderung an den Rechtsvergleich setzt jedoch bereits für ihre Anwendung nichts weniger voraus als die vollumfängliche Kenntnis der Regelungsmechanismen aller zu vergleichenden Normen. Dies rührt daher, dass die Mikrovergleiche sich an einzelnen Aspekten der Umsetzung einer Ordnungsaufgabe zu orientieren haben, die sich für alle Rechtsordnungen in gleichem Maße stellen. Die Gefahr, sich hinsichtlich eines Verfahrensschritts an einer bestimmten Regelung zu orientieren und diese damit zum Maßstab für die anderen Rechtsordnungen zu machen und damit gegen das Gebot der Rechtsordnungsneutralität zu verstoßen, ist hier besonders groß. Bei Unterschieden in der Ausgestaltung einer Verfahrensfrage gilt es demnach, als *tertium comparationis* die allen Regelungsmechanismen gemeine Funktion der Normen zu eruieren. Diese Funktion, die notwendigerweise eine Teilfunktion der Ordnungsaufgabe darstellen muss, ist aber gleichzeitig möglichst weitgehend zu konkretisieren, um die Mikrovergleiche aussagekräftig zu halten und nicht zu nahe an die Ebene des Makrovergleichs heranzurücken.³⁸ Nur so können spezifische Aussagen getroffen werden, deren Durchdringungstiefe über die Frage nach der Erfüllung der Transmitterfunktion hinausgeht.

Die Auswahl und Abgrenzung der einzelnen Mikrovergleiche trägt nach dem oben Gesagten einen Teil der Lösung schon in sich, denn Abstraktionsgrad und situativer Umfang der Einzelvergleiche zeigen an, inwieweit die verglichenen Rechtsordnungen übereinstimmen und wie stark im Umkehrschluss die Unterschiede sind. Schon mit der im Hinblick auf den zweiten Hauptteil ausgewählten Beschränkung der untersuchten Rechtsordnungen ist eine Verengung des Blickfelds verbunden: Augenscheinlich hat sich der angestrebte Vergleich nicht mit grundsätzlichen Unterschieden von Plan- und Marktwirtschaft zu beschäftigen, denn in ihrer Entscheidung für die Marktwirtschaft sind die untersuchten Rechtsordnungen identisch.

³⁸ Zur Idee der verschiedenen Abstraktionsniveaus und der Bildung von Teilordnungsaufgaben vgl. *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 340, 368.

Aber die Ähnlichkeiten der Verfahrensordnungen gehen noch weiter: So kann etwa im zweiten Hauptteil der hier vorliegenden Untersuchung dahinstehen, inwieweit Spezialregeln für ein Fusionskontrollverfahren überhaupt sinnvoll und erforderlich sind, oder inwieweit eine Einbettung in ein schon bestehendes (Verwaltungs- oder Zivil-)Verfahren der Ordnungsaufgabe besser gerecht wird,³⁹ denn die Rechtsordnungen verfügen über ein gesondertes Fusionskontrollverfahren. Selbstverständlich sind diese Gemeinsamkeiten jedoch nicht,⁴⁰ im Vergleich mit anderen Rechtsordnungen, die über eine materielle Regelung für den Bereich der Fusionskontrolle verfügen, könnte dies eine entscheidende Frage darstellen.⁴¹ Die Ähnlichkeit der verglichenen Systeme in den Grundwertungen erlaubt daher eine Erörterung von graduellen Unterschieden und verspricht einige Detailerkennnisse. Damit aber wird genau genommen die Makroebene nicht vollständig erfasst, weil andere Wirtschaftssysteme, in denen das gleiche Verfahren andere Ordnungsaufgaben erfüllen könnte, außer Acht gelassen werden. Diese Tatsache darf nicht in Vergessenheit geraten. Allerdings scheint diese Beschränkung sinnvoll, denn die anderenfalls erforderlichen ordnungspolitischen Grundfragen würden den Blick auf die tatsächlichen Unterschiede verstellen.

b) Verfahren als Wirklichkeitskonstruktion

Im Folgenden wird dargelegt, welche Aufgabe das Verfahren auf der höchsten abstrakten Ebene zu erfüllen hat und welche Anforderungen dabei zu beachten sind.

Keine Besonderheit hält die Verfahrensrechtsvergleiche nach dem soeben Gesagten für die Bedeutung des *tertium comparationis* bereit. Dieses zu finden, ist auch im Verfahrensrecht Voraussetzung für eine rechtsvergleichende Studie. Der Klarheit der Grundüberlegungen zum Trotz herrscht aber auf dem Gebiet der Vergleiche von Verfahrensrecht „dogmatische und vor allem methodologische Ödnis“.⁴² Das liegt daran, dass in einer

³⁹ Diese Fragen sind allerdings bei der Suche und der Bewertung einer optimierten Norm weiter von Belang, dazu ausführlich B.II.2.

⁴⁰ Vgl. dazu *Bogdan* in Mansel (Hrsg.), Festschrift für Jayme, Band II, S. 1233, 1238.

⁴¹ Völlig voraussetzungsfrei lassen sich Rechtssysteme allerdings nie vergleichen, wie *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 13, zutreffend anmerkt: „[Beim Rechtsvergleich ist es wichtig...] die Selbstbejahung des Rechts mitzuvollziehen, also zum Beispiel nicht zu bezweifeln, daß Recht durchgesetzt, ein Gesetz fallweise konkretisiert werden muß und daß es gute und weniger gute Gründe für bestimmte Textauslegungen gibt.“

⁴² Allgemein beklagt das *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 340, 358; besonders für das Verfahrensrecht *Lang*, Die Aufklärungspflicht der Parteien vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, S. 26; *Zekoll*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook

Vielzahl von Arbeiten, die das Verfahrensrecht tangieren, dem Verfahrensrecht selbst kein eigenständiger Wert zugemessen wird, sondern das Verfahren nur als Annex des eigentlich wichtigen materiellen Rechts angesehen wird, als Teil der Wirklichkeit, in dem Recht (verstanden allein im Sinne des materiellen Rechts) wirkt.⁴³ Das führt dazu, dass das Verfahrensrecht nicht in seiner Gesamtkonzeption interessiert, sondern nur in seiner Wirkweise bei der Umsetzung eines bestimmten materiellrechtlichen Problems. Es fehlt folglich nicht an einzelnen Untersuchungen verfahrensrechtlicher Besonderheiten, etwa der Untersuchung des *jury trial* im US-amerikanischen Recht.⁴⁴ Die Vergleichsgegenstände werden aber schlicht als Besonderheiten des anderen Rechtssystems aufgegriffen, ohne dass überlegt wird, für welchen Teil des Verfahrens das *jury trial* steht, mit welchem Element anderer Rechtssysteme es vergleichbar ist. Es fehlt damit schlicht an einer rechtsvergleichend-systematischen Herangehensweise. Eine solche Herangehensweise lässt sich auch nicht durch den Hinweis auf bestimmte „Systemunterschiede“ ersetzen. Zudem gilt für das Verfahrensrecht, dass es in seinen Grundwertungen und Aufgaben keine ähnlich unüberbrückbar scheinenden Unterschiede erwarten lässt wie das materielle Recht, insoweit also weniger heterogen ist.⁴⁵ Das wiederum lässt belastbarere Ergebnisse erwarten, da die Erklärung eines Phänomens anhand kultureller Unterschiede in der Wertung weniger häufig richtig ist. Hier gilt es klar zu trennen: Während die Aufgabe des Verfahrensrechts rechtsordnungsübergreifend gleich ist (dies ist im Folgenden noch zu zeigen), bestehen in der Art und Weise der Erledigung enorme Unterschiede. Hier wirkt sich die jahrhundertealte Entwicklung von Verfahrensrechtssystemen deutlich aus.

Es fehlt den durchgeführten Untersuchungen dennoch oftmals an einer rechtsvergleichenden Perspektive auf diese Unterschiede. Die Folge daraus

of Comparative Law, S. 1327, 1328 sieht die Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung noch ganz am Anfang; nach *Gottwald* in Bachmann/Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Festschrift für Schlosser, S. 227, 233 gelten für das Verfahrensrecht keine methodischen Besonderheiten im Vergleich zum materiellen Recht. Der zitierten Ödnis zum Trotz behandelt doch eine Vielzahl von Arbeiten einzelne (zivil)verfahrensrechtliche Einzelfragen, diese bleiben aber meist auf kollisionsrechtliche Probleme beschränkt, vgl. nur die Nachweise bei MünchKomm-ZPO/Rauscher Einleitung ZPO Rn. 425 (Fn. 628). Typischerweise fehlt das Verfahrensrecht als Gegenstand der Rechtsvergleichung in überblicksartigen Aufzählungen ganz, vgl. etwa *Lepsius ZVglRWiss* 109 (2010), 327, 336 ff.

⁴³ Beispielhaft *Großfeld*, *RabelsZ* 39 (1975), 5, 14.

⁴⁴ S. schon *Großfeld*, *RabelsZ* 39 (1975), 5, 19 ff.

⁴⁵ Zum Begriff der Heterogenität *Ogus*, in: Örcü/Nelken (Hrsg.), *Comparative Law*, S. 155, 160. Lesenswert auch die Ausführungen zur „artificial product differentiation“ auf dem Gebiet des Rechts, ebd. S. 163.

ist, dass Befunde als einzelne Auffälligkeiten präsentiert werden,⁴⁶ ohne dass sich Erkenntnisse auf der abstrakteren Ebene der Wirkweise der Verfahrensordnungen daraus gewinnen lassen.⁴⁷ Verfahrensrechtsvergleichung sollte aber nicht zur Phänomenologie werden, sondern Strukturen sehen, unterscheiden und abgrenzen. Die Rechtsvergleichung muss ein Unterscheidungskriterium für verfahrensrechtliche Phänomene, also übergeordnete Gesichtspunkte verschiedener Rechtsordnungen, finden. Anders als für viele Bereiche des materiellen Rechts ist der Vergleichsmaßstab für Verfahrensrechte noch weitgehend ungeklärt. Daher ist zunächst dieser Vergleichsmaßstab zu entwickeln.⁴⁸ Der Methode funktionaler Rechtsvergleichung folgend stellt sich demnach die Frage nach den Ordnungsaufgaben des Verfahrensrechts.

Unabhängig von der konkreten Anwendung als Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren verfolgt Verfahrensrecht auf der obersten Ebene die Ordnungsaufgabe, die Umsetzung des materiellen Rechts in die Rechtswirklichkeit und auf diese Weise effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, im Einzelfall die Anwendung der materiellen Rechtsnormen zu ermöglichen.⁴⁹ Das Verfahrensrecht ist danach bloßer Annex zum materiellen Recht. Ihm kommt lediglich eine Transmitterfunktion zu. Auf der allgemeinsten Ebene ist also danach zu fragen, inwieweit es mithilfe des untersuchten Verfahrensrechts gelingt, die materiellrechtlichen Regelungen umzusetzen.

Doch diese klassische Aufgabenzuschreibung alleine erfasst die Funktion des Verfahrens bei weitem nicht. Aufgabe des Verfahrens ist nicht nur die Herbeiführung eines Ergebnisses mit Abschluss des Verfahrens, sondern die Aufgabe umfasst auch eine Vielzahl von Zwischenschritten. In jedem dieser Zwischenschritte muss sich eine Verfahrensordnung bemühen, einen Lebenssachverhalt aus der Perspektive des Rechts zu betrachten und schrittweise für eine rechtliche Entscheidung aufzuarbeiten. Hier ist von zentraler Bedeutung, dass Recht seit jeher nur Teile der Wirklichkeit

⁴⁶ Dieser Vorwurf trifft selbst hervorragende Arbeiten, s. z.B. *Stürner*, in: Lutter/Oppenhoff/Sandrock/Winkhaus (Hrsg.), Festschrift für Stiefel, S. 763, 764 ff.

⁴⁷ Beispielfhaft *Goldstein*, ZZPInt 5 (2000), 375, 379 f., der die Unterteilung in *pre-trial*- und *trial*-Phase als außergewöhnlich, den kontinentaleuropäischen Weg als normal bezeichnet. Nur der amerikanische Weg ist danach erklärungsbedürftig. Das ist fatal. Hier wie in vielen anderen verfahrensrechtsvergleichenden Arbeiten werden Phänomene gesucht, kein rechtsordnungsneutraler Standpunkt.

⁴⁸ So auch *Huber*, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren, S. 88, allerdings ohne daraus die Konsequenz einer eigenständigen Aufgabe des Verfahrensrechts zu ziehen.

⁴⁹ Für das Zivilverfahren statt aller *Stein/Jonas/Brehm* vor § 1 Rn. 5; „Wahrheit“ wird wohl nur noch selten als Ziel eines Gerichtsverfahrens gesehen, so aber *Zuckerman* in *Zuckerman* (Hrsg.), *Justice in Crisis*, S. 3, 4. Differenzierend hinsichtlich der Möglichkeit, Wahrheit festzustellen *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 150.

als rechtserheblich⁵⁰ angesehen hat. Das Verfahren dient demnach dazu, aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine juristische Wirklichkeit herzustellen. Es verteilt Rollen und Aufgaben an bestimmte Akteure, schafft standardisierte Abläufe und Routinen, um dasjenige an Fakten aus dem Leben zu filtern, das für die Entscheidung relevant ist.⁵¹ Diese Wirklichkeit, die im Folgenden als Verfahrenswirklichkeit bezeichnet wird, deckt sich nicht mit der Lebenswirklichkeit, sie ist ein durch das Verfahren herausgearbeiteter Teil davon.⁵² Damit wird das Verfahren zu einem Mittel einer Wirklichkeitskonstruktion.⁵³ Dadurch hat Verfahrensrecht eine auf die materielle Entscheidung bezogene Konstruktionsaufgabe.⁵⁴ Die Erfüllung dieser Konstruktionsaufgabe hat jedes Verfahren in einer gewissen Weise sicherzustellen. Die stufenweise Aufbereitung des Lebens für die juristische Entscheidung ist der Mechanismus zur Erreichung des Oberziels. Ein derartiger Blick auf das Verfahren mag zunächst befremdlich anmuten, aber nur durch diese am Ablauf orientierte Betrachtungsweise lassen sich Phänomene verschiedener Verfahren richtig einordnen und können im Kontext erörtert werden.

Aus dem Blickwinkel der Entscheidungstheorie⁵⁵ findet sich dieser Ablauf für das System des deutschen Zivilrechts mit dem „inquisitorischen

⁵⁰ Der Begriff meint hier nur die materielle Rechtserheblichkeit, also das Vorgehen des Rechts, über die Anforderungen einer materiellrechtlichen Norm von Anfang an nur einen Teilausschnitt des Lebenssachverhalts als relevant anzusehen. Damit sieht sich jeder Richter oder Verwaltungsbeamte in einer Tatsacheninstanz konfrontiert, wenn Bürger, Klageparteien oder Beteiligte subjektiv verständliche Einwürfe machen, die vom Gesetz aber als nicht beachtenswert eingestuft werden, etwa Vortrag einer Partei zum Verschulden im Fall eines Gefährdungstatbestands. Nicht gemeint ist hier die verfahrensrechtliche Unerheblichkeit, die sich beispielsweise aus dem Ausschluss aufgrund verspäteten Vorbringens ergibt.

⁵¹ Beispielhaft für das Verwaltungsverfahren *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 795.

⁵² *Hassemer*, Tatbestand und Typus, S. 18 f., 98 schildert das Problem aus anderer Sicht, bezeichnet das Problem der Subsumtion als Problem der Annäherung von Tatbestand und Sachverhalt und wirft Zweifel auf, ob diese Annäherung ganz gelingen kann (S. 18, Fn. 6). Dies betrifft das hier geschilderte Problem der Wirklichkeitskonstruktion.

⁵³ *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9, 23 für das Verwaltungsverfahren. Der Rechtsgedanke lässt sich jedoch verallgemeinern. S. ebd. S. 29 auch einen Vorschlag für die Kategorisierung des Ablaufs eines Verwaltungsverfahrens; wegen der Beschränkung auf das deutsche Verwaltungsverfahren weicht die Kategorisierung von der hier vorgenommenen ab.

⁵⁴ *Goldstein*, ZZPInt 5 (2000), 375, 377 f. sieht das Verfahrensrecht unzutreffend als eine neben dem materiellen Recht bestehende, völlig selbständige Kategorie des Rechts und scheint lediglich Einwirkungen des Verfahrens- auf das materielle Recht, nicht aber umgekehrt für möglich zu halten.

⁵⁵ Dazu ausführlich unten B.II.3.b).

Richter“ schon beschrieben bei *Hagen*.⁵⁶ Dabei wird nicht der Begriff der Wirklichkeitskonstruktion benutzt, sondern das Verfahren als „Informationsgewinnungsprogramm“ beschrieben. Begriffe sollten nur dann ersetzt werden, wenn dies erforderlich ist, ansonsten droht begriffliche Verwirrung. Aus rechtsvergleichender Sicht ist der Begriff „Informationsgewinnungsprogramm“ jedoch nicht offen genug. Er suggeriert, dass der Richter als Sonderform des Entscheiders nach vorgegebenen Maßstäben nach den Tatsachen sucht. Das entspricht nicht dem Vorgehen im *adversarial legalism*,⁵⁷ und der Vorwurf der fehlenden Rechtsordnungsneutralität liegt bei Benutzung dieses Begriffs nahe. Der Begriff der Wirklichkeitskonstruktion legt sich dagegen noch nicht fest, wer Informationen gewinnen muss, dies bleibt auch durch die Beteiligten möglich. Auch ein (zunächst) nicht oder wenig zielgerichteter Suchmechanismus ist von diesem Begriff umfasst.

Der nächste Teil des Verfahrensablaufs ist aus Sicht des deutschen Rechtswissenschaftlers ebenso ungewöhnlich: Auch die Eruierung desjenigen Ausschnitts des Rechts, der in einem konkreten Fall zur Anwendung kommen soll, ist ein Teil des Verfahrens. Es ist nicht von vorne herein klar und daher aus rechtsordnungsneutraler Perspektive zu beachten, dass nicht unbedingt der letztliche Entscheider das Feld der materiellrechtlichen Normen, die für die Lösung des Falles infrage kommen, bestimmt. Dies kann eben auch durch die Beteiligten geschehen. Das erscheint fragwürdig, solange der Grundsatz „*iura novit curia*“ die Denkweise beherrscht. Wie zu zeigen sein wird, erschließt aber der rechtsvergleichende Blickwinkel, dass eine rein hoheitliche Entscheidung über Recht und Rechtsanwendung nicht zwangsläufig oder naturrechtlich vorgegeben ist, sondern durchaus in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Lösungen denkbar sind. Dementsprechend offen ist auch die Ordnungsaufgabe „Rechtsfindung“ – insbesondere in Bezug auf die Person, der die Aufgabe zugeschrieben wird – zu beschreiben, um die unausgesprochene Messung am Maßstab des eigenen Rechts zu vermeiden.

Letztlich umfasst die Aufgabe des Verfahrens als Mechanismus zur Wirklichkeitskonstruktion also die Zusammenführung passender Fakten mit ausgewählten, möglicherweise passenden Rechtsgrundsätzen zur rechtlichen Bewertung durch den Entscheider. Dabei sind die Teile „Faktenfindung“ und „Rechtsfindung“ wiederum ihren Teilaufgaben nach weiter zu zerlegen. Jeder Teil des oben definierten strukturierten Prozesses erfüllt eine selbständige Unteraufgabe. Für die Ermöglichung einer rechtsvergleichenden Analyse von Verfahrensrecht ist das eine grundlegende Erkennt-

⁵⁶ *Hagen*, in: Friedman/Rehbinder (Hrsg.), Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens, S. 138, 146 f.

⁵⁷ S. dazu *Kagan*, Adversarial Legalism, S. 9 f.; für das englische Recht *Gottwald*, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.) Festschrift für Henrich, S. 165.

nis. Einzelne Aufgaben können ausgegliedert und zum Gegenstand einer gesonderten Untersuchung gemacht werden. Es ist nicht erforderlich, stets einen Vergleich gesamter Verfahren vorzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn man der Idee vom Verfahren als Teil der *law machine* folgt.

Der Gedanke, dass Tatsachen- und Rechtsfragen miteinander verzahnt sind, ist nicht neu. Insbesondere Vertreter der Hermeneutik haben sich damit beschäftigt.⁵⁸ Doch sind methodische Konsequenzen für die Verfahrensrechtsvergleiche aus dieser Erkenntnis noch nicht gezogen worden. Dazu bedarf es eines genaueren Blicks auf den Ablauf der Klärung von Tatsachen- und Rechtsfragen.

c) Verfahrensstandards

Gleichzeitig lässt sich aber an das Verfahren ein weiteres Raster anlegen und durch dieses Raster gewinnt die Verfahrensrechtsvergleiche eine zweite Dimension. Ein im gerade erörterten Sinn weit gefasster Verfahrensbegriff offenbart eine ganze Reihe von möglichen Funktionen bzw. Regelungsaufgaben, die dem Verfahren – als ganzem – obliegen und die sich mit der Idee des Verfahrens als Mittel der juristischen Konstruktion der Wirklichkeit nicht erfassen lassen.

Wurde Verfahren bisher als ein Prozess der Entwicklung einer speziellen Wirklichkeit begriffen, so wird er nunmehr als Institution zur Gewährleistung bestimmter Standards bei dieser Konstruktion betrachtet. Diese oft als „Funktionen“ bezeichneten Standards sind etwa Information, Interessendarstellung, Rechtsschutz, Konsens- und Ausgleichssuche, Kontrolle, Legitimation,⁵⁹ aber auch davon verschiedene Funktionen wie Rechtsgewissheit und Rechtsfortbildung.⁶⁰ In neuerer Zeit wird auch Verhaltenssteuerung durch Verfahrensrecht als ein Ziel einer Verfahrensordnung betrachtet.⁶¹ Diese Anforderungen lassen sich als Verfahrensstandards be-

⁵⁸ *Leicht*, in: Kaufmann (Hrsg.), *Rechtstheorie*, S. 71, 73: „zirkelhaftes Wandern des Blicks“; der hermeneutische Ansatz zur Interpretation von Texten aus dem geschichtlichen, sozialen und kulturellen Umfeld des Textes und des Autors heraus ist nahe an *Rabels* Verständnis von Rechtsvergleichung, die, um wirklich verstehen zu können, das gesamte Recht der Welt zu erfassen habe. Dieser Gedanke kann an dieser Stelle aber nicht vertieft werden; zur Unvereinbarkeit von Hermeneutik und *more economic approach* s. *Lademann*, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), *Festschrift für Möschel*, S. 381, 389.

⁵⁹ *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, § 27 Rn. 56; *ders.* *Verwaltungsverfahren*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band 3, § 70, S. 625; auch *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, S. 794 ff.

⁶⁰ *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1 Rn. 7, 8, 9.

⁶¹ *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 9, 39 f.

zeichnen. Der Umgang mit diesen Standards im Rahmen der Rechtsvergleichung ist jedoch völlig anders als der Umgang mit den Elementen der Wirklichkeitskonstruktion. Aus der Multifunktionalität des Verfahrens folgt nicht, dass jeder einzelne Schritt der Umwandlung von Lebenswirklichkeit in Verfahrensstoff jeden dieser Standards erfassen oder berücksichtigen muss. Im Gegenteil ist gerade auch vorstellbar, dass ein als Ablaufmodell konstruiertes Verfahren die Erfüllung der Standards aufteilt, folglich einzelne Verfahrensstandards in bestimmten Schritten gar nicht relevant sind.

Eine Untersuchung, die nicht den gesamten Verfahrensablauf erfassen will, muss die Funktionen identifizieren, die für den betrachteten Teil relevant sind, und in dem wahrscheinlichen Fall, dass nicht nur ein Standard von der Untersuchung betroffen ist, ihrem Stellenwert nach bewerten.⁶² Die Verfahrensstandards sind dabei in das Ablaufmodell integriert. Jedem Schritt in dem Ablauf können verschiedene Verfahrensstandards zugewiesen werden. So kann jeder selbständige Schritt des Ablaufmodells anhand von Verfahrensstandards bewertet werden.

Die Auswahl der als relevant empfundenen Verfahrensstandards erfolgt dabei nach spezifisch rechtsvergleichenden Gesichtspunkten. Zur Wahrung des Neutralitätspostulats wird jeder Standard als relevant angesehen, der in einer der zu vergleichenden Rechtsordnungen von dem betrachteten Abschnitt betroffen wird. Decken sich die Standards, schließen sich unmittelbar die Untersuchung und Bewertung anhand der einzelnen Standards an. Decken sich die Standards nicht, entsteht vor dem Hintergrund der funktionalen Rechtsvergleichung eine höchst interessante Situation. Möglich ist dann jeweils, dass eine der untersuchten Rechtsordnungen den Verfahrensstandard an anderer Stelle im Verfahren sicherstellt, oder dass ein derartiger Verfahrensstandard schlicht nicht vorgesehen ist. Ersteres führt zu Überlegungen zum „besten“ Standort zur Sicherstellung des Verfahrensstandards, letzteres wirft Fragen über den Zweck des Verfahrensstandards auf. Die zweistufige Aufbereitung des Verfahrens durch erstens die Unterteilung des Verfahrensablaufs in einzelne rechtsordnungsneutrale Bausteine (dazu ausführlich sogleich) und zweitens die Untersuchung der einzelnen Bausteine anhand bestimmter Verfahrensstandards verspricht daher den größtmöglichen Erkenntnisgewinn. Dabei lässt sich der einzelne Verfahrensschritt nicht direkt auf die Einhaltung eines Verfahrensstandards untersuchen. Eine Regel lässt sich etwa nicht unmittelbar nach dem Kriterium „Information“ beurteilen. Die Einhaltung der Standards kann durch verschiedene Rechtsordnungen in unterschiedlicher Weise gewährleistet werden. Als Mittel können dabei alle Regelungen dienen, die die Funktion des

⁶² Dieser Gedanke findet sich in abgewandelter Form auch bei der Untersuchung anhand entscheidungstheoretischer Modelle, vgl. unten B.II.3.b)(6).

Verfahrensstandards sicherstellen – hier gilt wiederum das klassische Prinzip der funktionalen Rechtsvergleichung. Während der Verfahrensstandard ein abstrakter Wert des einzelnen Verfahrensschritts ist, stellt das Mittel der Wahl die Umsetzung sicher. Für die Kontrolle der zweiten Dimension ist also gedanklich ein mehrschrittiges Verfahren anzuwenden. Ist also etwa „Information“ als ein Verfahrensstandard der Eruiierung des materiellen Rechts ausgemacht, so ist zu fragen, wer informiert werden soll und ob das über zwingende Beteiligungsvorschriften sichergestellt wird, oder Mitteilungspflichten für bestimmte Verfahrensstadien bestehen oder ähnliches.

Zeit und Geld – das sind die beiden Kriterien, um die sich die Diskussion bezüglich der Reformierung von Verfahrensregeln oftmals rankt. In der Kostendiskussion hat sich zunächst ein Streit darum entsponnen, welcher Grad an Rechtsdurchsetzung unter Kostengesichtspunkten optimal ist und welchen Grad an Gerechtigkeit sich eine Gesellschaft sinnvollerweise leisten sollte.⁶³ Diese rechtspolitische Diskussion wird vorliegend ausgeklammert. Unabhängig von der Frage des optimalen Rechtsvollzugsdefizits geraten aber Verfahren in den Fokus, die absolut lange dauern und kostenintensiv sind.⁶⁴ In solchen Fällen wird oftmals der Ruf nach gesetzgeberischen Vereinfachungen des Verfahrens, Straffungen des Verfahrens- oder Organisationsablaufs,⁶⁵ Verringerung der Kontrolldichte,⁶⁶ Bereitstellung alternativer Streitschlichtungsmechanismen⁶⁷ und ähnlichen Maßnahmen vernehmbar. In der Realisierung dieser Abhilfemaßnahmen unterscheiden sich Rechtsordnungen durchaus.

Diesem Befund zum Trotz werden Kosten und zeitliche Erstreckung des Verfahrens in dem gerade vorgestellten System (zunächst) nicht erfasst. Der Grund dafür liegt darin, dass die Kriterien „Zeit“ und „Kosten“ als selbständige Beurteilungskriterien in der Rechtsvergleichung nach dem hier vorgeschlagenen System nicht brauchbar sind. Sie können bei den Verfahrensstandards nicht berücksichtigt werden, denn zeitliche Erstreckung des Verfahrens und Kostenverteilung sind schlicht keine Ordnungs-

⁶³ *Stigler*, 78 J. Pol. Econ. (1970), S. 526, 527; *Zuckerman*, in: *ders.* (Hrsg.), *Justice in Crisis*, S. 3, 8, 12.

⁶⁴ S. *Gawel*, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 216 (1997), 74, 77 ff.; *ders.* *ZWS* 113 (1993), 597, 598 ff.; Zur Kritik an der Kosten-Nutzen-Analyse im Umweltrecht, einem engmaschig reglementierten Rechtsbereich, s. *Hansjürgens*, in: *Gawel* (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, S. 63, 74 ff.; beispielhaft für die Kostenfixierung aus Sicht der *law and economics*-Forschung *Ogus*, in: *Société de législation comparé* (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Denis Talon*, S. 169, 172 ff.

⁶⁵ *Schmidt*, in *Schmidtchen/Weth* (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur*, S. 48, 49 f.

⁶⁶ Kritisch und mwN *Planz/Schuler*, in *Schmidtchen/Weth* (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur*, S. 184 ff.

⁶⁷ Zu den ökonomischen Besonderheiten bzw. Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit vgl. *Schmidt-Trenz*, in: *Schmidtchen/Weth* (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur*, S. 177, 179.

aufgaben, und können folglich nicht einer rechtsvergleichenden Untersuchung zugrunde gelegt werden. Anders steht es um die Verwendung der Merkmale „Kosten“ und „Zeitaufwand“ als Verfahrensstandards bei der Untersuchung einzelner Verfahrensschritte. Als Qualitätsmerkmal eines Verfahrensbausteins könnten dann eine möglichst kurze Zeitdauer und möglichst geringe Kostenverursachung festgelegt werden. So werden die Faktoren „Zeit“ und „Kosten“ wohl – wenn auch unausgesprochen – in vielen Abhandlungen zur Ökonomisierung oder effektiveren Gestaltung gerade von umfangreichen Verwaltungsverfahren verstanden. Diese Einordnung ist jedoch unzutreffend. Mit einem schnellen und kostengünstigen Verfahren ist nichts gewonnen.⁶⁸ Das schnellste und kostengünstigste Verfahren ist eines, das gar nicht existiert. Trotzdem gibt es mit guten Gründen Verfahrensordnungen. Verfahrensordnungen haben die oben beschriebenen Funktionen, dazu zählen Zeit und Kosten nicht. Das Verfahren seiner Funktionen zu berauben, oder zumindest Zeit- und Kostenminimierung als zwei eigenständige, jeweils gleichwertige Ziele des Verfahrens danebenzustellen, fällt sogar noch hinter das althergebrachte Verständnis vom Verfahren als „Diener des materiellen Rechts“ zurück. Es reduziert das Verfahren auf seine Aufwandsaspekte. Ziel eines optimierten Verfahrens muss aber die Optimierung der genannten Funktionen sein. Nur danach sollten rechtsvergleichende Untersuchungen Ausschau halten und nur die Funktionen des Verfahrens sollten als Verfahrensstandards direkt in die Bewertung einer gesetzgeberischen Lösung einfließen. Sind somit Zeit und Kosten kein Wert an sich, so spielen sie doch bei der Bewertung, in welchem Maß eine Lösung einen Verfahrensstandard berücksichtigt, eine Rolle.⁶⁹ Etwa: Ein Mechanismus zur Verfahrenseinleitung eines Fusionskontrollverfahrens, der die Interessen aller Akteure umfassend berücksichtigt, ist zwangsläufig ein schneller, denn Wartezeiten schaden den Erwerbsinteressen der Zusammenschlussbeteiligten und den Interessen der Marktteilnehmer an klaren rechtlichen Verhältnissen. Zeit ist damit ein Aspekt der Bewertung der Regelung zur Verfahrenseinleitung. Ein langwieriger Kompetenzstreit bzw. eine Norm, in der solche Schwierigkeiten angelegt sind, wird die durch sie verfolgte Ordnungsaufgabe nicht vollumfänglich erfül-

⁶⁸ Anders ausdrücklich *Zuckerman*, in: *ders.* (Hrsg.), *Justice in Crisis*, S. 3, 11: „Just because a procedure gives greater weight to rectitude of decision does not mean that it is better than a different system which sacrifices rectitude for the sake of delivering quicker and more timely judgments.“ Man stelle sich nur ein System vor, das die Aussicht auf eine richtige Entscheidung zugunsten der Schnelligkeit opfert, um sich davon zu überzeugen, dass das Gegenteil der Fall sein muss.

⁶⁹ Zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, § 27 Rn. 85. Zur Bedeutung des Zeiteffekts in Krisenzeiten s. speziell für die Fusionskontrolle *Körber*, WuW 2009, 873, 884.

len können. Schwieriger ist die Bewertungslage, wenn über die Grenzen eines Verfahrensbausteins hinweg die zeitliche Erstreckung oder die Kostenhöhe sich negativ auswirken: Die verzögerte, durch Kompetenzstreitigkeiten erschwerte Regelung zur Verfahrenseinleitung mag negative Auswirkungen auf einen Mechanismus zur Tatsachenfeststellung haben, der vornehmlich auf Zeugenaussagen setzt, weil das Erinnerungsvermögen der Zeugen nachlässt.⁷⁰ In einem solchen Fall bedarf das Zeitmoment der negativen Berücksichtigung bereits im Rahmen der Untersuchung zur Verfahrenseinleitung, denn die Regelung zur Tatsachenerfassung kann dieses Problem nicht mehr beheben. Das bedeutet allgemein, dass speziell in Betreff des Zeitmoments bei der Untersuchung eines Verfahrensbausteins Auswirkungen auf andere Bausteine zu berücksichtigen sind. Das wiederum stellt an den Untersuchenden hohe Anforderungen: Er hat zu beurteilen, inwieweit sich eine Norm auf den zeitlichen Ablauf des Verfahrens auswirkt. Sodann hat er alle nachfolgenden Verfahrensbausteine daraufhin zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit diese zeitsensitiv sind, d.h. inwieweit die Erfüllung ihrer Ordnungsaufgabe (die größtmögliche Wahrung der Verfahrensstandards) durch eine Verzögerung, die im Verfahrensablauf vorher stattgefunden hat, gefährdet sein kann. Existieren zeitsensitive Faktoren, ist zudem zu fragen, von welchem Maß der Verzögerung an eine negative Auswirkung besteht. Nur dann, wenn eine solche negative Auswirkung zumindest wahrscheinlich ist, muss die Beeinträchtigung des betroffenen Verfahrensstandards des nachfolgenden Bausteins berücksichtigt werden. Genaue Erkenntnisse darüber lassen sich nur durch empirische Untersuchungen erlangen.⁷¹

Aber es gilt: Ein problemadäquater Mechanismus zur Verfahrenseinleitung ist einem (bloß) einfachen und daher schnellen vorzuziehen. Die Frage, ob auf Kosten der Richtigkeit ein gewisses Maß an Schnelligkeit vorgeschrieben werden soll, ist eine rechtspolitische. Entscheidungen zugunsten der Schnelligkeit sind dem Verfahrensrecht nicht fremd.⁷² Gegenüber diesen Entscheidungen zur Schnelligkeit sollte aber eine restriktive Einstellung gezeigt werden: Die Erfüllung der Funktion hat oberste Priorität, Schnelligkeit und Kosten sind wie gerade erörtert nachrangig. Nur unter bestimmten Voraussetzungen ist davon eine Ausnahme zu machen, und zwar dann, wenn durch ein übermäßig langes oder teures Verfahren andere

⁷⁰ Das Beispiel wählt *Zuckerman*, in: *ders.* (Hrsg.), *Justice in Crisis*, S. 3, 6 zur Verdeutlichung, dass die Zeitdimension eine der drei „Dimensionen der Gerechtigkeit“ sei. Wie soeben gezeigt, überschätzt das aber die Bedeutung der Zeitkomponente im Grundsatz. *Zuckerman* sieht aber auch die Probleme eines überstürzten Verfahrens, vgl. ebd.

⁷¹ Zu den Möglichkeiten der Bereicherung der Rechtsvergleichung durch empirische Forschung *Tschentscher*, *ZVglRWiss* 109 (2010), 362, 367 ff., 372 ff.

⁷² Prominentestes Beispiel aus dem deutschen Zivilverfahren ist wohl § 296 Abs. 1 ZPO.

Verfahrensstandards verletzt werden oder gar das Oberziel der Ermöglichung einer zutreffenden Entscheidung im materiellen Recht gefährdet ist. In diesem Fall ist eine grundlegende Aufgabe des Staates, eine Ordnungsaufgabe, die dem Verfahrensrecht unterfällt, nämlich der allgemeine Justizanspruch,⁷³ nicht ordnungsgemäß erfüllt. Diese restriktive Betrachtungsweise ist essentiell für die Möglichkeit, Mikrovergleiche sinnvoll durchführen zu können. Bezieht der Rechtsvergleich über das Zeitmoment alle nur potenziell bestehenden Auswirkungen auf andere Verfahrensabschnitte mit ein, wird im Nu aus einem Mikrovergleich ein Makrovergleich, denn die Möglichkeiten der Beeinflussung sind mannigfaltig. Dies folgt schon aus dem einheitlichen Oberziel aller Verfahrensschritte. Betrachtet eine rechtsvergleichende Untersuchung alle möglichen Auswirkungen, ist ein Ergebnis nur beim Vergleich ganzer Rechtssysteme zu erzielen.⁷⁴ Dies wiederum ist mit dem Ziel einer gewissen Detailtiefe der Untersuchung nicht zu vereinbaren.

Die Frage um Zeit und Kosten lässt sich in der Konsequenz auf eine einfache Formel bringen: Ein Verfahren, das einen abgewogenen Ausgleich der Interessen schnell bewältigt, ist besser, als eines, das dasselbe langsam erledigt. Die Aussage, dass ein schnelles Verfahren besser ist als ein langsames, ist hingegen nicht verifizierbar.

d) Grundbausteine des Verfahrens

Nach der Erörterung der Verfahrensstandards wendet sich die Arbeit nun dem Gegenstand zu, also den Bereichen des Verfahrensrechts, die rechtsordnungsneutral auf die Erfüllung der Verfahrensstandards hin untersucht werden können. Im Folgenden werden die Grundbausteine des Verfahrens⁷⁵, verstanden als gesetzgeberische Antwort auf Teile der Ordnungsaufgabe von Verfahrensrecht, die sich in jeder Rechtsordnung stellen, herausgearbeitet. Dabei bilden diese Grundbausteine nicht den klassischen Ausgangspunkt einer Untersuchung,⁷⁶ denn erst am Ende einer rechtsver-

⁷³ Dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilverfahrensrecht, § 3.

⁷⁴ *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 340, 375.

⁷⁵ Zur Terminologie: Mit dem Begriff des Verfahrens sollen umfassend alle behördlichen und gerichtlichen Verfahren bezeichnet werden. Soweit im Folgenden der Begriff „Prozess“ verwendet wird, ist damit nicht der Zivil- oder Strafprozess gemeint, sondern ein Ablauf zur Bewältigung einer Teilordnungsaufgabe.

⁷⁶ Das bedeutet entgegen *Tschentscher JZ* 2007, 807, 812 aber nicht, dass ein *tertium comparationis* nicht herauszuarbeiten ist, weil es zu Beginn der Untersuchung noch nicht feststeht. Das Erfordernis oder die Definition eines *tertium comparationis* fallen zu lassen, hieße, auf ein Grundprinzip der Rechtsvergleichung zu verzichten und die Gefahr des nationalen *benchmarking* zu erhöhen. In der Tat hält *Tschentscher* einen neutralen

gleichenden Bestandsaufnahme ist die Existenz eines rechtsordnungsübergreifenden Musters ersichtlich.⁷⁷ Nur so kann die subtilere Form der ungewollten Messung aller Rechtsordnungen an der eigenen, nämlich die Stellung der beeinflussten Fragen, vermieden werden.⁷⁸ Es kommt damit zu einer beständigen Rückkopplung zwischen konkreter Untersuchung und Arbeitshypothese, letztere wird durch konkrete Erkenntnisse möglicherweise schrittweise korrigiert. Immer aber gilt dabei, dass nicht einzelne Phänomene den Untersuchungsgegenstand bilden, sondern die gesetzgeberischen Lösungen im Lichte der (Teil-)Ordnungsaufgabe betrachtet und erläutert werden sollen. Eine Aufschlüsselung im Detail kann keine Arbeit alleine leisten. Im Folgenden sollen aber Grundstrukturen erläutert werden, die der weiteren Ausdifferenzierung harren. So ist die detaillierte Darstellung in der Ordnungsaufgabe „Tatsachenfeststellung“ das Ergebnis vielmahliger Korrektur im Verlauf der Untersuchung des praktischen Beispiels aus Teil C.

Für jeden Teilaspekt der Ordnungsaufgabe sind mehrere Fragen vorstellbar, die durch die rechtsvergleichende Studie zu beantworten sind, beispielsweise welcher Akteur die Aufgabe wahrnimmt, wie sie wahrgenommen wird, mit welchem Ziel und durch was beeinflusst. Hinzu kommt die Frage, wie sie sich zu anderen Teilaufgaben verhält.⁷⁹ Die Aufteilung existiert zunächst nur als bloße (begründete) Behauptung. Erst durch rechtsvergleichende Untersuchungen, die sich an einem der Grundbausteine orientieren, wird ersichtlich, ob die Aufteilung zutreffend oder doch noch durch ein Vorverständnis aus einer Rechtsordnung geprägt ist. Für den Bereich der Tatsachenfeststellung, der im zweiten Teil der Arbeit konkret erörtert wird, war eine Konkretisierung der Ordnungsaufgabe mehrfach vonnöten. Vieles deutet daher darauf hin, dass vertiefende Untersuchungen die anderen Teilaspekte der Ordnungsaufgabe weiter konkretisieren, möglicherweise auch korrigieren würden.

Je weiter die Selektion der betrachteten Verfahren fortschreitet, desto genauer lässt sich ein Verfahren in seinem Ablauf beschreiben. Ist Gegenstand einer Betrachtung bspw. die Genehmigung einer Anlage nach dem deutschen BImSchG, so lässt sich exakt beschreiben, welche Verfahrensschritte wann, durch welche Behörde, in welcher Weise durchzuführen

Standpunkt gar nicht für erforderlich, s. ebd. S. 815; ebenso *ders.*, ZVglRWiss 109 (2010), 362, 363.

⁷⁷ *Huber*, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren, S. 86; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 45 f.

⁷⁸ *Michaels*, 57 Am. J. Comp. L. (2009), 765, 786, dort auch zur Problematik der Berücksichtigung von Effizienzkriterien.

⁷⁹ *Gerber*, in: Nafziger/Symeonides (Hrsg.), Law and Justice in a multistate world, S. 665, 667.

sind.⁸⁰ Derartige Exaktheit von einer rechtsvergleichenden Analyse zu verlangen, würde ein falsches Verständnis vom Charakter der Rechtsvergleichung bedeuten. Die Struktur muss zwingend grob bleiben, um funktionale Äquivalente hinreichend klar fassen zu können. Der Blick auf die Details einer normativen Regelung kann erst auf der Ebene des Vergleichs, nicht aber auf der Ebene der Wahl rechtsneutraler Verfahrensschritte erfolgen.

Nunmehr werden die einzelnen rechtsordnungsneutralen Gesichtspunkte des Verfahrens herausgearbeitet. Dabei werden auch diejenigen Punkte diskutiert, die als rechtsordnungsneutrale Gesichtspunkte angesehen werden könnten, aber keine solchen sind.

(1) Art des Verfahrens

Im deutschen Recht ist von großer praktischer Bedeutung, ob es sich bei einem Verfahren um ein behördliches oder ein gerichtliches Verfahren handelt. Je nach Natur des Verfahrens gelten verschiedene Grundsätze, haben Beteiligte unterschiedliche Stellungen und Rechte. Aus rechtsvergleichender Sicht jedoch spielt die Einordnung an sich keine Rolle. Interessant sind allein die Konsequenzen, die sich daraus ergeben. Diese erstrecken sich auf mehrere Teile der Ordnungsaufgabe. Alleine das Merkmal „Art des Verfahrens“ ist jedoch kein relevanter Aspekt. Dies ergibt sich zwingend aus dem Konzept der funktionalen Rechtsvergleichung.

(2) Beteiligung/Einwirkungsmöglichkeiten/Rechte Dritter

Der Ausgang eines Verfahrens kann erheblich dadurch beeinflusst werden, dass Dritte in das Verfahren eingreifen. Dritte können sowohl die Faktelage als auch die Rechtslage beeinflussen. Die Stellung Dritter im Verfahren wird regelmäßig isoliert von dem sonstigen Verfahrensablauf besprochen. Nach den oben aufgestellten rechtsordnungsneutralen Kriterien ist eine getrennte Behandlung der Rechte und Rechtsbehelfe Dritter nicht mehr möglich, die Rechtsstellung Dritter und die daraus folgende Möglichkeit der Einflussnahme auf das Verfahren ist stets ein Aspekt der gerade aufgeführten Kriterien zur Fakten- und Rechtsfindung. In jedem der verfahrensprägenden Schritte bedarf es der Berücksichtigung auch der Möglichkeiten Dritter, die Beteiligung Dritter ist also integrativer Bestandteil der Untersuchung. Damit verliert aber auch die Beteiligung Dritter ihre Stellung als getrennter Verfahrensaspekt. Das folgt aus der ablauforientierten Betrachtung des Verfahrens. Die Beteiligung Dritter ist damit ein Verfahrensstandard, aber kein rechtsordnungsneutraler Gesichtspunkt, folglich

⁸⁰ Vgl. nur den Umfang des Katalogs von *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 9, 37 f. für das deutsche Verwaltungsverfahren.

als Kriterium eines Rechtsvergleichs ungeeignet, soweit nicht ein weiterer Bezugspunkt im Verfahrensablauf gewählt wird. Gleichwohl ist die Frage, inwieweit Dritte in ein Verfahren einbezogen werden, oder wie weit der Beteiligtenbegriff gewählt wird, ein eminent wichtiger und in vielen Verfahrensschritten relevanter Verfahrensstandard.

(3) Einleitung des Verfahrens

Bedeutend ist im Gegensatz zu bisher behandelten Punkten die Regelung der Verfahrenseinleitung. Jede Verfahrensordnung muss den Zugang der Realität zum Entscheider regeln. Es muss die Möglichkeit bestehen, dass aus einem Lebenssachverhalt die faktische Grundlage eines hoheitlichen Entscheidungsverfahrens wird. Dabei ist eine Vielzahl von Fragen interessant. So ist etwa zu eruieren, ob die Einleitung durch den Entscheider selbst (hoheitlich, von Amts wegen) geschieht oder sich einer derjenigen Akteure, die am zugrundeliegenden Lebenssachverhalt beteiligt sind, um Zugang zum hoheitlichen Entscheider bemühen muss. Im zweiten Fall schließt sich die Frage an, ob die Pflicht denjenigen trifft, der einen Anspruch stellt, oder ein Akteur unabhängig von einem konkreten Anspruchsziel zur Verfahrenseinleitung verpflichtet ist. Auch eine dritte Variante ist denkbar, und zwar in der Form, dass mehrere Akteure bei der Verfahrenseinleitung zusammenwirken. Diese Situation besteht dann, wenn einen der Betroffenen eine Meldepflicht trifft, auf die hin der Entscheider das Verfahren einleitet oder wenn der Entscheider vor der Einleitung eines Verfahrens Erkundigungen einzieht und bei dem Erwerb des dazu nötigen Wissens der Betroffene zur Mitwirkung verpflichtet ist. Im letztgenannten Fall bestehen Überschneidungen mit dem Verfahrensbaustein der Sammlung von Informationen, hier fällt also die Bewältigung verschiedener Verfahrensbausteine zeitlich ineinander. Dennoch bleibt die Trennung in den Teilordnungsaufgaben erhalten, nur ist das Ergebnis der Aufgabe „Verfahrenseinleitung“ auch für die Aufgabe „Tatsachenfeststellung“ verwertbar.

Ist die Person des Handelnden bzw. Handlungsverpflichteten in dieser Weise beleuchtet, ist das „Wie“ zu eruieren: Der Normgeber muss entscheiden, ob für die Einleitung des Verfahrens die bloße Mitteilung des Entscheiders an die Verfahrensbeteiligten oder des einleitenden Verfahrensbeteiligten an den Entscheider reicht oder es eines bestimmten Vorgehens bedarf. Bestimmte Anforderungen zu stellen, bedeutet, dass die Verfahrenseinleitung nicht allein vom Willen des Handelnden abhängt, sondern ein Dritter über die Wirksamkeit der Handlung zu befinden hat. Die Handlung wird damit zu einer bedingten. Ist dem so, stellt sich notwendig die Frage, inwieweit die Handlung bedingt ist, ob etwa nur formale Aspekte durch den Dritten (hier verstanden als jede beliebige vom Handelnden verschiedene Person, nicht im Sinne einer Drittbeteiligung im Verwal-

tungsverfahren) geprüft werden oder ob diesem Dritten ein Recht zur materiellrechtlichen Prüfung bzw. Plausibilitätsprüfung zukommt.

Wird die Handlung zur Verfahrenseinleitung den Anforderungen nicht gerecht, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen. Diese können in Abhängigkeit von der Position des Einleitenden schlicht darin bestehen, dass eine Neuvornahme der Handlung geboten ist. Aber auch finanzielle Sanktionen oder gar der Verlust der Stellung als potenzieller Handelnder sind denkbar. In den Fällen, in denen eine Nachbesserung oder Neuvornahme möglich ist, schließt sich die Frage an, ob auch die nachzubessernde Handlung schon Konsequenzen zeitigt oder nicht. Das betrifft letztlich die Frage, ob Fehler in der Handlung *ex nunc* oder *ex tunc* beseitigt werden.

Der nächste Vergleichsschritt betrifft – so denn die Handlung erfolgreich war – die Konsequenzen aus der Einleitung eines Verfahrens. Hier kommen materiellrechtliche ebenso in Betracht wie verfahrensrechtliche. Ein geläufiges Beispiel aus dem deutschen Recht ist die Hemmung der Verjährung als materiellrechtliche Konsequenz des Verfahrensbeginns. Eine solche Wirkung ist aber nicht selbstverständlich und vor allem nicht die einzig denkbare. Erörterungsbedürftig ist dann, ob durch die Verfahrenseröffnung allein schon besondere Rechte oder Pflichten der Akteure begründet werden, oder ob es weiterer hoheitlicher Anordnungen oder Anträge eines anderen Beteiligten zur Begründung solcher Pflichten bedarf. Hierbei ist insbesondere zu denken an Punkte, die mit der Frage der Informationsbeschaffung zusammenhängen, so die Pflicht zur Beschaffung, Beibringung und Vorlage von Beweismitteln. Damit markiert die Frage nach den Konsequenzen aus der Verfahrenseinleitung den Schnittpunkt mit dem nächsten Teil der Ordnungsaufgabe, der Informationsbeschaffung.

(4) Informationsbeschaffung

Das Verfahren ist oben bereits als Instrument zur hoheitlichen Bestimmung der Verfahrenswirklichkeit beschrieben worden. Damit ergibt sich zwangsläufig, dass die Informationsbeschaffung eine zentrale Aufgabe des Verfahrens ist. Für die Abgrenzung dieses Teils der Ordnungsaufgabe ist zunächst wichtig, was Informationsbeschaffung noch nicht oder zumindest nicht zwingend ist: Informationsbeschaffung ist streng zu trennen von der Feststellung des Sachverhalts. Informationsbeschaffung ist zunächst nur Datensammlung, und daher weder die Sortierung der Daten, noch die Selektion derselben oder gar die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts.⁸¹ Dennoch steht die Informationsbeschaffung in engem Zusammenhang mit der letztlich Feststellung des Sachverhalts.

⁸¹ So auch Gerber, in Nafziger/Simeonides (Hrsg.), *Law and Justice in a Multistate World*, 665, 668 f.