

FELIX MAULTZSCH

Streitentscheidung
und Normbildung
durch den Zivilprozess

Jus Privatum

155

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 155



Felix Maultzsch

Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess

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

Mohr Siebeck

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

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

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

ISBN 978-3-16-150538-6

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

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

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

Vorwort

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

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

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

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

Freiburg, im August 2010

Felix Maultzsch

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

§ 1 Einleitung

A. Die Bedeutung der richterlichen Normbildung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² BGH, NJW 1967, 816.

¹³ Zeidler, DÖV 1975, 797 (801).

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

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

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