



LOEWE

Exzellente Forschung für
Hessens Zukunft

www.konfliktloesung.eu

**LOEWE-SCHWERPUNKT
„Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“**

**LOEWE Research Focus
"Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution"**

Arbeitspapier/Working Paper

1 (2012)

**Die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung zwischen
Rechtsbeurteilung und Gesellschaftsgestaltung:**

**Vergleichende Betrachtungen
zu Deutschland, England und den USA**

urn:nbn:de:hebis:30:3-269733

Felix Maultzsch

Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU)
Goethe-Universität Frankfurt
Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
Grüneburgplatz 1
60323 Frankfurt am Main

lehrstuhl-maultzsch@jura.uni-frankfurt.de

I. Funktion der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung

Das Thema meiner Ausführungen berührt die Rolle und die Aufgabe der obersten Zivilgerichte in der Rechtsordnung und der Gesellschaft. Als Ausgangspunkt kann dabei festgehalten werden, dass sich die Funktion der höchstrichterlichen Instanz nicht auf einen einzigen Zweck reduzieren lässt, sondern verschiedenen Zielen dient.

Im historischen Ausgangspunkt bestand eine bedeutsame Aufgabe der obersten Instanz darin, den Parteien des Verfahrens erneut Rechtsschutz zu gewähren, das heißt, das vorangehende Urteil im Individualinteresse auf Fehler bei der Tatsachenermittlung und der Rechtsanwendung zu überprüfen.¹ Dieser auf einen subjektiven Rechtsschutz bezogene Aspekt ist jedoch im Laufe der Entwicklung deutlich in den Hintergrund getreten. Verständlich wird dies dadurch, dass die höchstrichterliche Instanz nach den einschlägigen gerichtsverfassungsrechtlichen Regelungen der Gegenwart typischerweise nicht als zweite, sondern als dritte Instanz tätig wird. Dies gilt nicht nur für den Bundesgerichtshof in Deutschland, sondern auch für den Bereich des *common law*, den ich in meine folgenden Betrachtungen mit einbeziehen möchte. So werden auch der *UK Supreme Court* als oberstes Gericht des Vereinigten Königreichs und der *US Supreme Court* als oberstes amerikanisches Gericht regelmäßig erst als dritte Instanz tätig.² Wenn somit vor der höchstrichterlichen Instanz bereits eine Rechtsmittelinstanz tätig geworden ist und zum Schutz der Parteien eine Rechtsfehlerkontrolle vorgenommen hat, liegt es bereits aus Gründen der justiziellen Ökonomie eher fern, auch der dritten Instanz hauptsächlich die Funktion eines Individualrechtsschutzes beizumessen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat vielmehr eine genuin öffentliche Funktion.

Dies gilt zunächst für die Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung, die eine traditionelle Legitimationsgrundlage der höchstrichterlichen Instanz bildet.³ Durch die Rechtsvereinheitlichung werden die Kohärenz der Rechtsordnung, die Gleichbehandlung aller Rechtsunterworfenen und damit letztlich auch der Rechtsfrieden sichergestellt.

Neben die Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung tritt jedoch in immer stärkerem Maße eine zweite öffentliche Funktion der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung, nämlich die Fortentwicklung des Rechts.⁴ Selbstverständlich erscheint dies für den Bereich des *common law*, in dem die Rechtsprechung seit jeher eine zentrale Rechtsquelle bildet. Aber auch in Deutschland hat das klassische Bild, nach dem die Gerichte das Recht lediglich aus Kodifikation und System ableiten, nicht aber selbst rechtssetzend tätig werden, seit langem seine Strahlkraft eingebüßt. So findet sich bereits im Jahresbericht des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1967 die Formulierung, dass immer nur das Maß, nicht aber das Ob eines Richterrechts in

¹ Siehe Peter Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz (Schriften zum Prozeßrecht 38), zgl. Diss. iur. Erlangen-Nürnberg 1973/74, Berlin 1975, S. 58 f.; Erich Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960, S. 6.

² Überblick zum Instanzenzug in England bei Colin Manchester/David Salter, Exploring the Law. The Dynamics of Precedent and Statutory Interpretation, 4. Aufl., London 2011, 1-016, und zum Instanzenzug in den USA bei Daniel John Meador, Appellate Courts in the United States, 2. Aufl., St. Paul, Minn. 2006, S. 99 ff.

³ Ernst-Walter Hanack, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit. Eine prozeßrechtliche Studie, zgl. Habil. Marburg 1961, Hamburg 1962, S. 7 ff.; Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 6 ff.

⁴ Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis (Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts 7), Frankfurt am Main 1970, S. 174 ff.; Hans-Jürgen Papier, Justizgewährungsanspruch, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 2. Aufl., Heidelberg 2001, § 153 Rdnr. 17; Franz-Jürgen Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Aufl., München 2012, Einl. Rdnr. 149 ff.

Frage stehen könne⁵. Für den Bereich des Zivilrechts hat die normbildende Funktion des Bundesgerichtshofs durch die Prozessreform der Jahre 2001/02 zudem auch einen formalen Niederschlag gefunden, indem § 543 ZPO die Erforderlichkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung ausdrücklich als einen möglichen Grund der Revisionszulassung anführt.

Die Ursache für diesen Bedeutungszuwachs der Normbildung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist darin zu sehen, dass die Legislative in modernen und komplexen Gesellschaften immer häufiger an ihre personellen, fachlichen oder auch politischen Leistungsgrenzen stößt.⁶ Hierdurch entsteht ein Regelungsvakuum, das die Judikative aufgreifen muss. In diesem Zusammenhang handelt es sich somit um eine ganz spezielle Ausprägung des übergeordneten Problemkreises gerichtlicher oder außergerichtlicher Konfliktlösung. Es geht hier nicht darum, dass ein parteibezogener Konflikt, der an sich der Entscheidungshoheit der Zivilgerichte zuzuordnen wäre, durch die Beteiligten auf alternative Streitbeilegungsmechanismen verlagert wird. Vielmehr geht es quasi umgekehrt darum, dass eine allgemeinbedeutsame Normbildung, die man traditionellerweise der gesetzgeberischen Tätigkeit zuordnen würde, durch die Zivilgerichte vorgenommen wird.

Mag der Befund einer stetig zunehmenden Normbildung durch die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung auch unstrittig sein, so verbleibt aber doch die Frage, in welcher Art und Weise und in welchen Grenzen sich die höchstrichterliche Rechtsprechung ihrer gestaltenden Funktion annimmt: Versucht sie auch in dem Bereich, der über die bloße Rechtsanwendung hinausgeht, möglichst die klassischen Formen rechtsprechender Tätigkeit zu wahren? Oder führt der Umstand, dass die Gerichte in diesem Bereich eine gesetzgebungsähnliche *Funktion* wahrnehmen, dazu, dass sie sich auch typischer *Mittel* einer rechtspolitischen Beurteilung bedienen?

II. Kriterien zur Identifizierung einer politisch-gesellschaftsgestaltenden Rechtsprechungstätigkeit

Dieser Frage kann in dem vorliegenden Rahmen selbstverständlich nur höchst selektiv nachgegangen werden. Ein erstes Problem besteht in diesem Zusammenhang bereits darin, das maßgebliche Beurteilungskriterium für die aufgeworfene Frage zu finden. Wonach beurteilt sich, ob ein höchstrichterliches Urteil, das neue normative Vorgaben mit Wirkung für die gesamte Rechtsgemeinschaft entwickelt, noch als Ausdruck einer juristisch-rechtsprechenden oder schon als Ausdruck einer politisch-gesellschaftsgestaltenden Tätigkeit verstanden werden kann? Ist eine solche Unterscheidung überhaupt mit hinreichender Aussagekraft möglich oder sind die diesbezüglichen Übergänge nicht vielmehr notwendig fließend?

1. Inhalt von Urteilsbegründungen

Ein auf den ersten Blick naheliegendes Abgrenzungskriterium wäre eine Analyse der Begründungen von Urteilen, die bedeutsame Rechtsfortbildungen vornehmen. Soweit sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Begründung derartiger Judikate im Wesentlichen auf die Konkretisierung anerkannter rechtlicher Prinzipien oder auf eine argumentative Anbin-

⁵ BGH, NJW 1967, 816.

⁶ Für Deutschland: Wolfgang Zeidler, Betrachtungen über die Innovationsfähigkeit der Rechtspflege am Beispiel der preußischen Justizgeschichte. Festvortrag aus Anlaß der hundertjährigen Wiederkehr der Errichtung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts am 20. November 1975, in: DÖV 1975, S. 797-804 (801); für das common law: Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Mass. [u.a.] 1988, S. 4 f.

dung an rechtssystematische Zusammenhänge stützt, könnte dies dafür sprechen, dass sich die Tätigkeit der obersten Gerichte weiterhin klar von politischen Entscheidungen legislatorischer Natur abgrenzen lässt. Sofern sich die Urteile in ihrer Begründung hingegen verstärkt auf soziale Interessen, Folgenanalysen oder auch ökonomische Aspekte beziehen, wäre dies ein Indiz für ein verstärktes *social engineering* durch die obersten Gerichte.

Eine Anwendung dieses Abgrenzungskriteriums könnte beispielsweise zu der Einschätzung führen, dass die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung im *common law* in weitaus stärkerem Maße als eine politisierte Gewalt agiert als beispielsweise der Bundesgerichtshof in Deutschland. Der Stil der Urteilsbegründungen des Bundesgerichtshofs ist in der Tradition des 19. Jahrhunderts auch heute noch eindeutig rechtswissenschaftlich-systematisch geprägt.⁷ Folgenerwägungen oder Analysen sozialer Wirkungszusammenhänge finden sich demgegenüber in den Urteilsbegründungen nur höchst selten, selbst soweit es um bedeutsame richterliche Normbildungen geht, etwa im Haftungs- oder Gesellschaftsrecht. Anders ist dies in den höchstrichterlichen Entscheidungen aus dem Bereich des *common law*. Im Rahmen des dort vorherrschenden diskursiven Begründungsstils finden so genannte *policy-considerations* einen fruchtbaren Nährboden, wobei allerdings anzumerken ist, dass dies für England in einem geringeren Maße zutrifft als für die USA.⁸

Bei näherer Betrachtung entbehrt das Kriterium des Stils und des Inhalts der Urteilsbegründungen jedoch einer hinreichenden Abgrenzungskraft für die Frage, in welchem Maße die Rechtsprechung durch ihre rechtsfortbildende Tätigkeit politisch-gesellschaftsgestaltend agiert. Spätestens seit der Diskussion um die Rolle der Topik im Recht⁹ sowie um das Phänomen des richterlichen Vorverständnisses¹⁰ ist allgemein bekannt, dass im Bereich der Rechtsprechung häufig eine Diskrepanz zwischen der Entscheidungsfindung bzw. Entscheidungsmotivation einerseits und der Entscheidungsbegründung andererseits besteht. Der bloße Rückgriff auf die Urteilsbegründung erlaubt somit keinen sicheren Rückschluss auf das Maß, in dem ein Gericht sich als eine gesellschaftsgestaltende Gewalt begreift und als solche agiert. So wirft beispielweise eine Habilitationsschrift jüngerer Datums den Richtern des Bundesgerichtshofs vor, sich häufig so genannter Topoi verdeckter richterlicher Rechtsfortbildungen zu bedienen und hierdurch Normbildungen mit weitreichenden politischen Implikationen als bloße Rechtsanwendungen zu bemänteln.¹¹ Im Einzelnen soll dieser Vorwurf hier nicht weiter kommentiert werden. Er illustriert jedoch das Risiko der begrenzten Aussagekraft des Inhalts von Urteilsbegründungen für die Rolle und das Selbstverständnis der Rechtsprechung.

2. Institutionelle Rahmenbedingungen der Informationsverarbeitung: „Legislative Facts“

Im Folgenden möchte ich daher eine andere Perspektive auf die Frage einnehmen, in welchem Maß die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung politisch-gesellschaftsgestaltend agiert. Diese Perspektive wendet den Blick von den Urteilsinhalten als den Produkten der Recht-

⁷ Günter Hager, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen 2009, 4/185.

⁸ Vgl. Felix Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht (Jus Privatum 155)*, zgl. Habil. Freiburg im Breisgau 2010, Tübingen 2010, S. 152 ff. und 223 ff.

⁹ Grundlegend Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, zgl. Habil. Mainz 1953, München 1953.

¹⁰ Grundlegend Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970.

¹¹ Christian Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht (Jus Privatum 123)*, zgl. Habil. Bayreuth 2006, Tübingen 2007, S. 227 ff.

sprechung hin zu dem institutionellen Rahmen des Prozesses, in dem diese Produkte entstehen.¹²

Sofern die höchstrichterliche Rechtsprechung zielgerichtet Gesellschaftsgestaltung betreiben will bzw. soll, bedarf sie hierzu einer Vielzahl von Informationen, die über den bloßen Sachverhalt des zur Entscheidung anstehenden Falls und rein juristische Fähigkeiten hinausgehen. Erforderlich ist vielmehr die Kenntnis ökonomischer, sozialer oder politischer Zusammenhänge, damit durch eine rechtsfortbildende Tätigkeit ein erfolgreiches *social engineering* betrieben werden kann. Derartige Informationen werden in der deutschen Literatur typischerweise als Rechtsfortbildungsstatsachen bezeichnet,¹³ während im englischen Sprachraum der wohl anschaulichere Terminus „*legislative facts*“¹⁴ vorherrscht, der auch im Folgenden verwendet werden soll.

Ein gutes Beispiel für die Nutzbarmachung derartiger Informationen durch die Judikative bildet der amerikanische Fall *Southern Cotton Oil v. Anderson*,¹⁵ den der *Supreme Court* Floridas im Jahr 1920 zu entscheiden hatte. Hier war zu beurteilen, ob Kraftfahrzeuge eine so große Gefahrenquelle bilden, dass den jeweiligen Halter eine verschuldensunabhängige Haftung für Schadensfolgen aus Unfällen trifft. Über diese Frage bestand zum damaligen Zeitpunkt aufgrund des noch wesentlich weniger dichten Kraftfahrzeugverkehrs Streit. Das Gericht bejahte die Frage und damit eine verschuldensunabhängige Haftung unter Rückgriff auf umfangreiche Unfallstatistiken – ein frühes Beispiel der Verwertung von *legislative facts*.

Soll oder will ein oberstes Gericht in systematischer Weise Gesellschaftsgestaltung betreiben, ist somit ein institutioneller Rahmen erforderlich, der es den obersten Gerichten erlaubt, in hinreichendem Maße *legislative facts* zu erheben und nutzbar zu machen.¹⁶ Insbesondere muss das Gericht in der Lage sein, den klassischen Zwei-Parteien-Charakter des Rechtsstreits zu durchbrechen und Positionen und Stellungnahmen relevanter Interessengruppen zu verwerten, die von der beabsichtigten richterlichen Normbildung betroffen sind. Denn es kann keineswegs in allen Fällen darauf vertraut werden, dass das Vorbringen der unmittelbaren Prozessparteien ein ausgewogenes Bild der relevanten sozialen Wirkungszusammenhänge vermittelt.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden kurz skizziert werden, welche Mittel der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland, in den USA und in England zur Verfügung stehen, um Rechtsprobleme als soziale Konflikte von gesamtgesellschaftlicher Tragweite wahrzunehmen.

¹² Umfassender hierzu aus deutscher Sicht bereits Curt Wolfgang Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung* (Jus Privatum 12), zgl. Habil. Berlin 1995, Tübingen 1995; Peter Lames, *Rechtsfortbildung als Prozesszweck. Zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts* (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht 9), zgl. Diss. iur. Freiburg im Breisgau 1992/93, Tübingen 1993, sowie aus Sicht des common law Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington, D.C. 1977; Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago [u.a.] 1994 und Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty. An institutional Theory of legal Interpretation*, Cambridge, Mass. [u.a.] 2006; rechtsvergleichend: Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*.

¹³ Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 329 ff.

¹⁴ Erstmals Kenneth C. Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, in: *Harvard Law Review* 55 (1942), S. 364, 402-410.

¹⁵ 86 So. 629 (Fla. 1920).

¹⁶ Eingehender aus rechtsvergleichender Sicht bereits Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, S. 392 ff.

a) Deutschland

Für den Bundesgerichtshof ist in diesem Zusammenhang zunächst festzuhalten, dass die gemäß § 559 ZPO bestehende Bindung des Revisionsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nach allgemeiner Meinung nicht für *legislative facts* gilt.¹⁷ Der Bundesgerichtshof ist somit befugt, derartige Informationen erstmals zu erheben und besitzt insoweit auch eine eigene Ermittlungskompetenz, das heißt, er ist nicht an eine Beibringung durch die Parteien gebunden.

Allerdings schafft das einschlägige Prozessrecht keine günstigen Rahmenbedingungen für die konkrete Erhebung von *legislative facts* in einem Revisionsverfahren. Eine Hinzuziehung oder Beiladung einschlägiger gesellschaftlicher Interessengruppen ist im Revisionsrecht nicht vorgesehen. Insbesondere hilft in diesem Zusammenhang das Institut der Nebenintervention nicht weiter, da es ein unmittelbares rechtliches Interesse an dem Ausgang des jeweiligen Rechtsstreits voraussetzt, wozu das Interesse an einem günstigen Präjudiz nicht gerechnet wird.¹⁸

Weiterhin denkbar wäre die Durchführung von Sachverständigenanhörungen; doch enthält die Zivilprozessordnung für die Revisionsinstanz insoweit keine Regelungen, da die Beweiserhebung ja an sich den Tatsacheninstanzen vorbehalten ist. Dies hindert insbesondere eine finanzielle Entschädigung von Sachverständigen, die vor dem Bundesgerichtshof tätig werden.¹⁹ Daher haben Sachverständigenanhörungen des Bundesgerichtshofs über *legislative facts* bisher nur in vereinzelt Fällen stattgefunden.²⁰

Folglich können *legislative facts* regelmäßig nur durch ein außerprozessual erworbenes Wissen der Richter in die Entscheidungsfindung des Bundesgerichtshofs einfließen. Eine maßgebliche Grundlage hierfür bildet die Spezialisierung der Bundesrichter durch ihre Eingliederung in Senate mit bestimmten Zuständigkeiten.²¹ Dies ermöglicht es ihnen, neben einer besonderen rechtlichen Expertise in den jeweiligen Materien auch systematisch Kenntnisse über die wirtschaftlichen, sozialen und rechtspolitischen Zusammenhänge dieser Materien zu erwerben.

Ein Grundproblem dieser Art der Information über *legislative facts* besteht jedoch darin, dass es sich – in Anknüpfung an einen durch Friedrich Stein geprägten Topos – um so genanntes *privates Wissen* der Richter handelt.²² Kennzeichen eines solchen Wissens ist, dass es informell und außerhalb konkreter Prozessverfahren erworben wird. Es steht damit in einem

¹⁷ Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 433 ff. m.w.N.

¹⁸ Vgl. Hans-Jörg Schultes, Münchener Kommentar ZPO, Band 1, 3. Aufl., München 2008, § 66 Rdnr. 8.

¹⁹ Heribert Hirte, Der *amicus-curiae*-Brief. Das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, in: ZZP 104 (1991), S. 11-66 (53).

²⁰ Siehe Maultzsch, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 401 f.

²¹ Robert Fischer, Das Entscheidungsmaterial in seiner Bedeutung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: ders./Arlin M. Adams/Wolfgang Sperl/William R. Cornish, Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Welche sozialen Konflikte kommen vor die staatliche Gerichtsbarkeit, insbesondere die obersten Gerichte? Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung anlässlich der Deutsch-Österreichischen Tagung für Rechtsvergleichung in München vom 17. - 20. September 1975 (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 80), Frankfurt am Main 1976, S. 11 (13); Wilfried Schlüter, Das *obiter dictum*. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln 29), zgl. Habil. Münster (Westfalen) 1972, München 1973, S. 32; Gerhard Schneider, Die Heranziehung und prozeßrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte, Diss. iur. Köln 1993, S. 100; Rolf Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Schriften zur Rechtstheorie 74), zgl. Diss. iur. Köln 1976/77, Berlin 1978, S. 159.

²² Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893, S. 74 ff.

latentem Spannungsverhältnis zu den Leitgedanken eines unparteilichen und transparenten Verfahrens sowie zum Gebot des rechtlichen Gehörs.²³ Gleichwohl stellt es ein prägendes Stilelement des deutschen Prozessrechts dar, dass die Erhebung von *legislative facts* tendenziell von dem formalen Verfahrensablauf abgesondert wird. Dies setzt einer offenen und systematischen gesellschaftsgestaltenden Tätigkeit des Bundesgerichtshofs gewisse Grenzen. In jedem Fall aber verlagert es derartige Phänomene gleichsam in einen Graubereich, der sich im Hintergrund des offiziellen Prozessablaufs abspielt.

b) USA

Ein ganz anderes Bild findet sich in diesem Zusammenhang in den USA. Im Unterschied zum deutschen Recht hält das amerikanische Prozessrecht gerade für den *Supreme Court* als oberste Instanz weitreichende Möglichkeiten bereit, um Interessengruppen an dem Verfahren als Informationsquellen zu beteiligen und auf dieser Grundlage *legislative facts* zu erheben. Eine herausragende Rolle spielt dabei das Institut des *amicus curiae*.²⁴ Bei diesem „Freund des Gerichts“ handelt es sich um einen Dritten, der nicht Partei des Rechtsstreits ist, aber dem Gericht im Wege eines Schriftsatzes – eines so genannten *amicus curiae brief* – Informationen zur Verfügung stellt, die aus seiner Sicht bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden sollten.²⁵ Grundgedanke des Rechtsinstituts ist somit eine gewisse Durchbrechung des strengen Parteibezugs in Prozessen, die in ein allgemeinverbindliches Präjudiz von großer Tragweite münden.

Während der *amicus curiae* im historischen Ausgangspunkt ein neutraler Berater des Gerichts war und häufig durch öffentliche Stellen wie den *Attorney General* verkörpert wurde,²⁶ treten seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts verstärkt private und nicht-staatliche Interessenverbände als *amici curiae* auf, denen es häufig nicht um eine neutrale Beratung des Gerichts, sondern um die Beeinflussung der Entscheidungsfindung in einer ihnen günstigen Richtung geht.²⁷ Die Schwelle für die Zulässigkeit einer solchen Beteiligung liegt dabei nach den einschlägigen *Supreme Court Rules* und der Gerichtspraxis außerordentlich niedrig. Kommentatoren sprechen von einer „*open door policy*“ des *US Supreme Court* hinsichtlich der Beteiligung Dritter an rechtspolitisch bedeutsamen Verfahren.²⁸ Dies betrifft natürlich in erster Linie verfassungsrechtliche Streitigkeiten, aber auch zivilrechtliche Verfahren mit einer großen Breitenwirkung, wie z.B. haftungs- oder wirtschaftsrechtliche Verfahren. In derartigen Fällen kann die Summe der *amici curiae*, die sich mit separaten oder gemeinsamen Stellungnahmen an dem Prozess beteiligen, ohne Weiteres die Zahl von 100 überschreiten.²⁹

Es ist offensichtlich, dass sich der institutionelle Entscheidungsfindungsmodus des *US Supreme Court* in derartigen Verfahren relativ weit von der Struktur eines klassischen parteibezogenen Gerichtsverfahrens entfernt und durch ein quasi-politisches Forum ersetzt wird, das

²³ Hanns Prütting, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, S. 305 ff. (318).

²⁴ Grundlegend hierzu Samuel Krislov, *The Amicus Curiae Brief. From Friendship to Advocacy*, in: *Yale Law Journal* 72 (1963), S. 694-721 und Hirte, *Der amicus-curiae-Brief*, in: *ZZP* 104 (1991), S. 11.

²⁵ Peter E. Herzog/Delmar Karlen, *Attacks on Judicial Decisions*, in: Mauro Cappelletti (Hg.), *Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law*, Band XVI, Chapter 8, Tübingen [u.a.] 1982, Rdnr. 25.

²⁶ Krislov, *The Amicus Curiae Brief*, in: *Yale Law Journal* 72 (1963), S. 694, 699 ff.

²⁷ Krislov, *The Amicus Curiae Brief*, in: *Yale Law Journal* 72 (1963), S. 694, 702 ff.

²⁸ Hirte, *Der amicus-curiae-Brief*, in: *ZZP* 104 (1991), S. 21; Joseph D. Kearney/Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in: *University of Pennsylvania Law Review* 148 (2000), S. 743-855, 761 ff. m.w.N.

²⁹ Siehe etwa das Verfahren *Paterson v. McLean Credit Union*, 485 U.S. 617 (1988) und dazu Hirte, *Der amicus-curiae-Brief*, in: *ZZP* 104 (1991), S. 28.

eine Plattform für den Meinungskampf unterschiedlichster Interessenvertreter bietet. Hierdurch knüpft der institutionelle Rahmen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an das amerikanische Credo einer „*competitive society*“ an, in deren Rahmen sich durch einen offenen geistigen Wettbewerb letztlich die beste Lösung herauskristallisieren soll.³⁰

c) England

Ein gemischtes Bild zu den institutionellen Rahmenbedingungen der Erhebung von *legislative facts* findet sich schließlich in England. Getreu dem klassischen Bild eines adversarialen, parteibezogenen Zivilprozesses steht das englische Recht der Einbeziehung von *legislative facts* sowohl in der Form eines außerprozessual erworbenen richterlichen Spezialwissens als auch in der Form einer Öffnung des Verfahrens für multipolare Informations- und Meinungskämpfe skeptisch gegenüber.

So nimmt der englische Richter nach dem klassischen Verständnis keine aktiv-gestaltende, sondern eine eher passiv-beurteilende Rolle ein, indem er einen durch die Parteien vorgebrachten Konflikt moderierend entscheidet. Er ist kein Spezialist in bestimmten Rechts- und Wissensmaterien, sondern ein Generalist, der sich grundsätzlich auf die Verwertung der Informationen zu beschränken hat, die durch die Parteien in den einschlägigen prozessualen Formen vorgetragen werden.³¹ Eine derartige, zurückgenommene, richterliche Rolle steht einer gezielten Gesellschaftsgestaltung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung tendenziell entgegen.

Allerdings wird dieser Gesichtspunkt in England zunehmend kontrovers diskutiert. So hatte ein maßgebliches Gutachten im Vorfeld der englischen Zivilprozessreform des Jahres 1998 gefordert, auf eine stärkere Spezialisierung der Appellationsrichter hinzuwirken, damit diese zukünftig eine aktivere und stärker gestaltende Rolle einnehmen könnten.³² Hierbei wurde als Maßnahme auch vorgeschlagen, in geeigneten Fällen Spezialisten als zusätzliche Gerichtsmitglieder zuzulassen, um auf diesem Wege ein höheres Expertenwissen in präjudiziell bedeutsame Entscheidungen einfließen zu lassen. Obwohl sich diese Vorschläge in der Reform des Jahres 1998 noch nicht durchzusetzen vermochten, bleibt die Rolle, die eine fachliche Spezialisierung der Entscheidungsträger für die Verwertung von *legislative facts* in England zukünftig spielen wird, abzuwarten.

Ein ähnlich gemischtes Bild ergibt sich in England auch für die Frage, inwieweit gesellschaftliche Interessengruppen an höchstrichterlichen Zivilverfahren beteiligt werden können, um dem Gericht auf diesem Wege ein besseres Bild über die einschlägigen ökonomischen, sozialen oder politischen Zusammenhänge zu geben. Dem klassischen Modell des adversarialen Prozesses als eines parteibezogenen Wettstreits entspricht eine solche Drittbeteiligung wiederum nicht.

Die neuen *Supreme Court Rules* aus dem Jahr 2009 haben jedoch insoweit einen gewissen Paradigmenwechsel bewirkt. Nach *Rule 26* kann in Verfahren vor dem *UK Supreme Court* jeder interessierte Dritte einen Antrag stellen, um als so genannter *intervener* – also als Intervenant – an dem Verfahren beteiligt zu werden und hierdurch Gelegenheit zu Stellungnahmen zu erhalten. Diese Möglichkeit betrifft neben Behörden und Nicht-Regierungsorganisationen auch private Interessenverbände. In der bisherigen Wirkungsge-

³⁰ Siehe Maultzsch, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 424 ff. m.w.N.

³¹ Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven [u.a.] 1986, S. 136 ff.; Patrick Devlin, *The Judge*, Oxford [u.a.] 1979, S. 37.

³² Sir Jeffery Bowman, *Report to the Lord Chancellor by the Review of the Court of Appeal (Civil Division)*, London 1997, Recommendation 34 und 37.

schichte dieser Regelung hat das Institut des *interveners* allerdings in zivilrechtlichen Streitigkeiten noch keine nennenswerte Rolle gespielt. Auch insoweit bleibt die weitere Entwicklung somit abzuwarten.

III. Fazit

Ich komme zum Schluss und darf meine Erwägungen kurz zusammenfassen: Die Fortbildung des Rechts und damit die konstitutive Setzung neuer Regelungen nimmt einen immer größeren Raum im Aufgabenspektrum der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung ein. Die Frage, inwieweit die obersten Gerichte dabei nach Art einer politisch-gesellschaftsgestaltenden Gewalt agieren, sollte nicht ausschließlich durch eine Analyse von Urteilsbegründungen beantwortet werden, da dies die begrenzte Aussagekraft derartiger Begründungen für das Selbstverständnis und die Rolle der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Gefüge der Staatsgewalten außer Acht lassen würde. Einen wichtigen Aspekt bildet vielmehr die Frage, ob es der jeweilige prozessual-institutionelle Rahmen den obersten Gerichten gestattet, effektiv auf so genannte *legislative facts* zuzugreifen, deren Kenntnis für eine gezielte Gesellschaftsgestaltung erforderlich ist. Hierfür stehen verschiedene Wege zur Verfügung: In den USA wird die Beteiligung gesellschaftlicher Interessengruppen über das Institut des *amicus curiae* in großem Umfang zugelassen und führt dazu, dass sich die betreffenden Verfahren durchaus einem politischen Meinungskampf annähern. In Deutschland steht hingegen für den Bundesgerichtshof das Modell eines außerprozessual erworbenen richterlichen Expertenwissens im Zentrum, das die Verwertung von *legislative facts* von der Bühne des offiziellen Prozessgeschehens tendenziell fernhält, damit sachlich aber nicht ausschließt. Das englische Recht steht schließlich im historischen Ausgangspunkt beider dieser Wege skeptisch gegenüber, öffnet sich aber Schritt für Schritt den geschilderten Ansätzen.

Bereits dieser Befund erlaubt bei aller gebotenen Vorsicht die Vermutung, dass die immer bedeutsamere Normbildungsfunktion der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung auch zu einem schrittweisen Wandel des Entscheidungsrahmens und der Entscheidungsmodi führt. Die Rechtsprechung wird sich dabei vermutlich stärker für eine gesetzgebungsähnliche Gesellschaftsgestaltung öffnen – wie auch immer man dies bewerten mag.