

Das Recht und seine Durchsetzung

Herausgegeben von
STEFAN GRUNDMANN
und JAN THIESSEN

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

108

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

108



Das Recht und seine Durchsetzung

Rechtsdurchsetzung im Vergleich der Zeiten,
Rechtsordnungen und Theorien

Herausgegeben von
Stefan Grundmann und Jan Thiessen

Mohr Siebeck

Stefan Grundmann: geboren 1958, Dr. iur., Dr. phil., Dr. h.c., LL.M. (Berkeley), ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Er ist Präsident der European Law School (Berlin/London/Paris/Rome/Amsterdam/Athens/Lisbon/Madrid), der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und Ehrenpräsident der Society of European Contract Law sowie geschäftsführender Herausgeber der European Review of Contract Law und der (deutschen und englischen) Lehr- und Handbuchreihe Ius Communitatis.

Jan Thiessen: geboren 1969, Dr. iur., ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Juristische Zeitgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-3-16-163915-9 / eISBN 978-3-16-163916-6
DOI 10.1628/978-3-16-163916-6

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2026 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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: SatzWeise, Bad Wünnenberg.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland

www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Mit diesem Band publizieren wir endlich die Vorträge, die in der Arbeitssitzung der Fachgruppe Grundlagen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf deren 36. Tagung am 15. September 2017 in Basel gehalten wurden.

Der Band schließt einen Kreis, den wir im letzten Jahrzehnt eröffnet haben. Die von uns herausgegebenen Sammelbände zu den Tagungen der Fachgruppe haben stets Rechtsgeschichte und Rechtstheorie zusammengeführt (Marburger Tagung 2013: Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich – *Law in the Context of Disciplines*, Mohr Siebeck 2015; Bayreuther Tagung 2015: Religiöse Werte im Recht. Tradition, Rezeption, Transformation, Mohr Siebeck 2017; Greifswalder Tagung 2019: Von formaler zu materialer Gleichheit. Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie, Mohr Siebeck 2021; *From formal to material equality. Comparative perspectives from history, plurality of disciplines and theory*, Intersentia 2023). „Rechtsdurchsetzung im Vergleich der Zeiten, Rechtsordnungen und Theorien“ behandelt einen Prüfstein des Rechts, wie er aussagekräftiger kaum sein könnte: Recht ist, was als Recht durchgesetzt wird. Schon die *Iustitia* trägt – neben der Waage – bekanntlich ein Schwert. Wer wann mit welchen Mitteln wessen Recht durchsetzte, behandelt dieser Band vom Kognitionsverfahren der römischen Kaiserzeit (Ulrike Babusiaux) über das Rechtsmittelverfahren und die Rechtskraftdurchbrechung des römisch-kanonischen Mittelalters (Susanne Lepsius und Andreas Thier) bis hin zu gegenwärtigen Tendenzen der privaten und kollektiven Rechtsdurchsetzung durch einen *Private Advocate General* (Heike Schweitzer und Kai Woeste), durch *Self-enforcing Contracts* (Fernando Gómez Pomar) und durch Kollektivklagen (Burkhard Hess). Ob private Interessen durch ‚obrigkeitliche‘ Verfahren oder ob öffentliche Interessen durch *Private* durchgesetzt werden, changiert im historischen Verlauf ebenso stark wie die dafür angebotenen theoretischen Erklärungsmuster.

Wir danken der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, die einmal mehr Tagung und Publikation ermöglicht hat. Vor allem aber danken wir sehr herzlich den Autorinnen und Autoren des Bandes, die allzu

lange darauf warten mussten, ihre Vorträge gedruckt zu sehen. Für die redaktionelle Begleitung an der Berliner Fakultät danken wir Elisabeth Bach, Lilly Paeßens und Rita Schmidt. Für die wie immer harmonische Zusammenarbeit danken wir dem ‚Hausverlag‘ der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Mohr Siebeck in Tübingen, und zwar besonders Julia-Caroline Scherpe-Blessing und Silja Verena Meister in Programmleitung und Lektorat sowie in der Herstellung Dominika Zgolik.

Den Band widmen wir dem Andenken unserer Kollegin Heike Schweitzer (1968–2024).

Berlin im September 2025

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

<i>Stefan Grundmann und Jan Thiessen</i>	
Rechtsdurchsetzung im Vergleich der Zeiten, Rechtsordnungen und Theorien – die Kernlinien	1
<i>Ulrike Babusiaux</i>	
Zur Konkurrenz von Formularverfahren und <i>cognitio extra ordinem</i> in der römischen Kaiserzeit	29
<i>Susanne Lepsius</i>	
Funktionen und Institutionen des Rechtsmittelverfahrens im römisch-kanonischen Prozeßrecht – ein Detailblick in die spätmittelalterliche Rechtspraxis	67
<i>Andreas Thier</i>	
Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungen im römisch- kanonischen Prozess	125
<i>Fernando Gómez Pomar</i>	
Self-enforcing Contracts: Implications for Theory and Comparative Contract Law	143
<i>Burkhard Hess</i>	
Theorie und Rechtsvergleichung der Kollektivklagen	173
<i>Heike Schweitzer † und Kai Woeste</i>	
Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?	201

Rechtsdurchsetzung im Vergleich der Zeiten, Rechtsinstrumente und Theorien – die Kernlinien

Stefan Grundmann und Jan Thiessen

I. Einleitung

Rechtsdurchsetzung ist zentraler Anspruch von Recht (unter den beiden Hauptsymbolen der *Iustitia* das Schwert), sie ist unverzichtbare Wirkvoraussetzung. Für das heute überwiegend geteilte Konzept von *Max Weber* ist sie sogar essentielles Begriffsmerkmal für Recht seit Anbeginn.¹ Dies gilt jedenfalls seit den Zeiten des römischen Rechts, die vorliegend als Ausgangspunkt gewählt werden. Rechtsdurchsetzung kann freilich *viele Formen* annehmen, die sehr unterschiedliche Fragen aufwerfen, die auch in den unterschiedlichsten gesellschaftswissenschaftlichen, philosophischen oder verhaltensbezogenen Disziplinen facettenreich beleuchtet wurden. Zugleich rufen diese vielen Formen – für verschiedene in unterschiedlicher Weise – jeweils auch sehr vielfältige Grundfragen auf den Plan. So mögen in der Frage, ob eine Regulierung von öffentlichen Gütern wie der Wettbewerbsfreiheit auch private Akteure unmittelbar begünstigen und berechtigen soll, ontologische Ansätze einerseits und utilitaristische Ansätze andererseits un-

¹ Bahnbrechend: *M. Weber*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1967, S. 76f. (ursprünglich „Entwicklungsbedingungen des Rechts“: *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss einer verstehenden Soziologie, 1922, MWG I/22 3, S. 274 ff.), der das Recht ausdrücklich von anderen sozialen Ordnungssystemen abgrenzt, wobei ein nur im Recht existierender, der Rechtsdurchsetzung dienender institutionalisierter „Zwangsapparat“ als Differenzierungskriterium dient; zum Gewaltmonopol des Staates im Rahmen der Rechtsdurchsetzung siehe auch *M. Weber*, Politik als Beruf, in: Geistige Arbeit als Beruf – Vier Vorträge vor dem Freistudentischen Bund, 1919; hierzu ferner auch *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft a. a. O., Kap. 1 §17; zur Diskussion, ob Recht autoritative, idR staatliche, supra- oder internationalrechtliche Durchsetzung durch Zwang voraussetzt: vgl. die Beiträge in: M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat, Tübingen 2019 (besonders zur *Weber'schen* These, Recht setzte ein staatliches Gewaltmonopol voraus, dort *M. Mohler*, Gewaltmonopol/Garantiefunktion des Staates, in: M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat, Tübingen 2019, S. 77–100).

terschiedliche Argumentationslinien nahelegen. Und so mag für die Frage, ob Durchsetzung durch selbstverwirklichende Instrumente (etwa in „self-executing contracts“) zu fördern sei bzw. ob und an welcher Stelle Grenzen zu setzen seien, auf die Unterscheidung zwischen prozeduralen und inhaltlichen Gerechtigkeitstheorien zu rekurrieren sein, zudem mag eine strikte Grenze in Grundgehalten der Verfassung zu suchen sein. In all dem drängt sich ein Vergleich zwischen Instrumenten und zugrundeliegenden Theorien auf.

Nochmals schwieriger wird dieser Vergleich, wenn er nicht nur horizontal – zwischen Instrumenten, zugrundeliegenden Theorien, ggf. auch zwischen verschiedenen Rechtsordnungen und ihrer spezifischen Affinität zu dem einen oder anderen Instrument oder Ansatz – durchgeführt wird, sondern auch vertikal, das heißt im historischen Längsschnitt. Dann wird im Ablauf der Epochen – an historisch, ggf. auch entwicklungsgeschichtlich zentralen Einschnitten – die Frage danach gestellt, welches Konzept von Rechtsdurchsetzung zu beobachten ist. Dies ist ggf. idealerweise auch im Hinblick darauf zu sehen, welcher Rechtsbegriff zugrunde gelegt und verwirklicht wurde. Dies ist der Gegenstand der historischen Sequenz von drei Beiträgen, die an die vorliegende Einleitung und Grundlegung unmittelbar anschließt. Angesichts der Bedeutung des römischen Rechts für das heutige Rechtsdenken in Europa lag es nahe, von diesem und von der besonderen Bedeutung gerade von Rechtsdurchsetzungsformen im römischen Recht auszugehen, namentlich im Kaiserreich mit seinen Rechtsveränderungen. Nicht weniger nahe lag dann der vertiefte Blick auch auf die Ausbildung von Rechtsdurchsetzungskonzepten ab dem hohen Mittelalter, d. h. für die Ausbildung einer nachantiken Rechtskultur in Europa. Für die Rechtsdurchsetzung sind dann zentral einerseits die Rechtsmittelverfahren in ihrer Breite und Abdeckung und andererseits die Rechtskraft, die aus der Entscheidung erwächst, und deren mögliche Einschränkungen – so der zweite und der dritte Beitrag der historischen Sequenz. Gerade auch dem kanonischen Recht kommt hierbei eine besonders prägende Rolle zu.

Auf dieser ersten Sequenz baut eine zweite auf. In der Tat unternimmt es der vorliegende Band – und das vorliegende Generalreferat zu diesem –, die drei Analysen rechtshistorischen Zuschnitts zu exemplarischen Epochen/Zeitpunkten und Entwicklungen zu verbinden mit drei Analysen unterschiedlicher spezifischer Rechtsdurchsetzungsinstrumente. Diese sind sämtlich solcher Gestalt, dass sie die Diskussion in der unmittelbaren Gegenwart der vergangenen Jahre in beson-

derem Maße geprägt haben und dass jedes von ihnen Fragen von großer rechtstheoretischer Vielfalt und Fächerbreite aufwirft.

Folglich verhält sich der erste Hauptteil (nach dem Generalreferat), der historisch-rechtsvergleichende Teil zentral zu der Frage, wie Rechtsdurchsetzung im Lichte des jeweils zeitgenössisch anerkannten Rechtsbegriffs zu sehen ist. Gegenstand sind hierfür zuerst das Kognitionsverfahren in der römischen Kaiserzeit,² sodann das Rechtsmittelverfahren im römisch-kanonischen Prozessrecht des Spätmittelalters³ und schließlich die Rechtskraft und ihre Durchbrechungen im romanisch-kanonischen Prozess.⁴ Damit sind das spätantike und spätmittelalterliche weltliche und geistliche (Prozess-)Recht erfasst. Umgekehrt beschäftigt sich der zweite Hauptteil mit theoretisch-vergleichenden Reflexionen zu aktuellen Themen der privaten und der kollektiven Rechtsdurchsetzung. Dies betrifft nacheinander die sog. self-enforcing contracts (in primär disziplinenvergleichender Sicht),⁵ die Kollektivklagen (in primär theoretisch-rechtsvergleichender Sicht),⁶ und den sog. private advocate general (in primär disziplinenvergleichender Sicht).⁷

Letztlich beschäftigen sich die drei rechtshistorischen Beiträge vor allem mit der Klärung der dauerhaften Verbindlichkeit der Rechtsdurchsetzung zwischen den Parteien, nämlich der Flexibilisierung von Form und Verfahren im Prinzipat (*Babusiaux*), der Ausbildung der *appellatio* als Kontrolle auch der Obrigkeit in Lucca als Prototyp einer oberitalienischen mittelalterlichen Stadt (*Lepsius*) und der Formulierung von Grundsatz und Ausnahmen der Rechtskraft entlang kirchlicher Bedürfnisse (*Thier*), die drei modernen dann mit automatischer Individualrechtsdurchsetzung (*Gomez Pomar*), Bündelung in der Kollektiv- oder Massenklage (*Hess*) und der Rückführung auf das Individualverhältnis auch in Marktsituationen, die eigentlich so anonym und

² U. Babusiaux, Zur Konkurrenz von Formularverfahren und *cognitio extra ordinem* in der römischen Kaiserzeit, unten Kapitel 2.

³ S. Lepsius, Umfassender Rechtsschutz durch Rechtsmittelverfahren im romanisch-kanonischen Prozessrecht – ein Detailblick in die spätmittelalterliche Rechtspraxis, unten Kapitel 3.

⁴ A. Thier, Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungen im römisch-kanonischen Prozess, unten Kapitel 4.

⁵ F. Gómez Pomar, Self-enforcing Contracts: Implications for Theory and Comparative Contract Law, unten Kapitel 5.

⁶ B. Hess, Theorie und Rechtsvergleichung der Kollektivklagen, unten Kapitel 6.

⁷ H. Schweitzer/K. Woeste, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, unten Kapitel 7.

mediatisiert sind, dass solch eine Rückführung nicht nahelag bzw. lange angezweifelt wurde (*Schweitzer* und *Woeste*). In anderen Worten beschäftigen sich die letzten drei Beiträge mit der (teilweisen) Automatisierung der Rechtsdurchsetzung zwischen den Parteien (*Gomez Pomar*), mit der Massengesellschaft und Massenschäden und ihrer effizienteren Regulierung (*Hess*) und dann wieder zurück mit der Verbindung von Massenphänomen (Marktstruktur) und Individuum (*Schweitzer* und *Woeste*).

II. Historische Leitlinien – auf der Suche nach flexibler und verlässlicher Rechtsdurchsetzung

1. Historische Diskussionen als Vergleichsfolie zum geltenden Recht

Die drei rechtshistorischen Texte dieses Bandes tragen einen historischen Längsschnitt zum Ewigkeitsthema der Rechtsdurchsetzung bei, der vom römischen Prinzipat zum romanisch-kanonischen Mittelalter reicht. Jedem Beitrag ist ein spezifisches Regelungsproblem zugeordnet, das in der jeweiligen Epoche und im jeweiligen Rechtsregime als besonders drängend empfunden und deshalb von der Obrigkeit, Praxis und Wissenschaft der jeweiligen Zeit gelöst wurde. Im Rückblick erscheinen die historischen Lösungen als Vergleichsfolie für Diskussionen des geltenden Rechts.

Blickt man auf den zweiten Teil des Bandes und dort auf die beiden Beiträge, die sich mit „Self-enforcing contracts“⁸ und dem „Private Attorney General“⁹ beschäftigen, so ist damit ein Nebeneinander von privater Rechtsdurchsetzung und obrigkeitlicher Hilfe berührt, die auch historisch konkurrieren können, zugleich aber ein Nacheinander mit unterschiedlicher zeitlicher Abfolge beschrieben. Historisch geht die Tendenz von privater Selbsthilfe zu obrigkeitlichem Rechtsschutz als Teil des staatlichen Gewaltmonopols¹⁰, während heute gefragt wird, wie die hoheitliche Rechtspflege durch private Lösungen entlastet werden kann. Gegenüber dem dritten Beitrag zum geltenden Recht, demjenigen zu Kollektivklagen¹¹, fällt auf, dass historisch das Recht lange

⁸ *F. Gómez Pomar*, unten Kapitel 5.

⁹ *H. Schweitzer/K. Woeste*, unten Kapitel 7.

¹⁰ *P. Oestmann*, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, 2. Aufl. Köln u. a. 2021, S. 18 f.

¹¹ *Hess*, unten Kapitel 6.

Zeit nicht kollektiv, sondern individuell verfolgt wurde, wenngleich als Teil und im Interesse einer Rechtsgemeinschaft¹².

2. Vom Formular- zum Kognitionsverfahren

Wie Hürden bei der Rechtsdurchsetzung überwunden wurden, untersucht *Ulrike Babusiaux* in Kapitel 2, indem sie den Weg des römischen (Erb-)Rechts vom Formularverfahren zum Kognitionsverfahren nachzeichnet.¹³ Dabei löste das Kognitionsverfahren nicht schlechthin das Formularverfahren ab, sondern beide Verfahrensarten standen in Konkurrenz zueinander.

Wie so oft im Erbrecht ging es auch hier darum, den Erblasserwillen, die Interessen der Erben und öffentliche Belange in Einklang zu bringen. Formale Legate, die im Formularverfahren durchzusetzen waren, trafen auf ein Bedürfnis nach flexiblen Gestaltungsoptionen. Einen Ausweg hierfür bot der Fideikommiss. Anders als im verbreiteten Verständnis des späten 19. Jahrhunderts handelt es sich bei den römischen Fideikommissen nicht allein um Anordnungen für das Familiengut, wie sie bei Entstehung des BGB als Ausnahme zum dortigen Erbrecht fortgeschrieben wurden¹⁴, sondern allgemeiner um jede Anordnung, mit welcher der Nachlass oder Teile davon einem oder mehreren Erben zu treuen Händen anvertraut wurden. Der Formmangel der Fideikommission begründete jedoch ein Rechtsdurchsetzungsproblem, weil die Fideikommission im Formularverfahren zunächst nicht anerkannt wurden. Obwohl ursprünglich Fideikommissionen also nur bei Konsens aller Beteiligten zum Erfolg führten, wurden sie zunehmend angeordnet und boten in der Wahrnehmung der Rechtsunterworfenen mehr als ein Funktionsäquivalent zum formalen Legat.

Für den Senat und den *princeps* ergab sich aus den Erwartungen der römischen Bürger das Regelungsproblem, die Durchsetzung der Fideikommission zu gewähren, zu verwehren oder selbst in die Gestaltungen einzugreifen, wobei das politisch gewünschte Ergebnis – etwa Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft – entweder durch Anreize oder durch Zwang zu erreichen versucht wurde. Senat und *princeps* passten die Institute an die veränderten Bedürfnisse an, so dass nicht nur die Erblasser erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten hatten, sondern Konsuln

¹² P. Oestmann (Fn. 10), S. 291.

¹³ Zum Folgenden U. Babusiaux, unten Kapitel 2.

¹⁴ Art. 59 EGBGB.

und Prätor erweiterte Auslegungsoptionen bekamen, um auf die Besonderheiten des Falls zu reagieren. Formalisierung traf auf Ermessen. Dass das Kognitionsverfahren dem Formularverfahren den Rang ablief, beruhte aber vor allem darauf, dass Kläger diesen Weg gingen, um ihr Recht durchzusetzen.

Für die methodische Frage, welche rechtliche Lösung sich in welchem Kontext für ein gegebenes Regelungsproblem als tragfähig erweist, setzt *Babusiaux* auf Georg Simmels „Soziologie der Konkurrenz“.¹⁵ Im rechtlichen Kommunikationsprozess zeigte sich, welches Verfahren die Rechtsunterworfenen favorisierten, indem sie entsprechende Klagen einbrachten und so der Obrigkeit Gelegenheit gaben, einer befriedigenden und deshalb befriedenden Lösung einen neuen rechtlichen Rahmen zu geben. Ein funktionierendes Rechtssystem war eine Prestigefrage für die Obrigkeit, deren moralische Maßstäbe von den Rechtsunterworfenen umso eher akzeptiert wurden, als diese ihre Rechtspositionen durchsetzen konnten.

3. Rechtsschutz durch Rechtsmittel

Justiz befriedet einen Konflikt nicht immer deshalb, weil die getroffene Entscheidung besonders gerecht wäre, sondern oft genug allein deshalb, weil sie das letzte Wort in einem Rechtsstreit spricht. Wer aber das letzte Wort spricht, hängt vom Justizaufbau ab. In Kapitel 3 entfaltet *Susanne Lepsius* anhand des von ihr erschlossenen reichhaltigen Fallmaterials aus Lucca [r]echtsstaatlich fast modern anmutende Charakteristika eines besonderen Justizapparats [...] aus dem Spätmittelalter“.¹⁶

Im *ius commune* entwickelten Legisten und Kanonisten die *appellatio* zum „Rechtsmittel schlechthin“. Es entstand eine professionelle Bürokratie gut ausgelasteter Institutionen, Organisationen und Routinen, die sachliche wie personelle Ausstattung und neue Medien in Gestalt von Registern und Akten verlangten, um im Rahmen ihrer Zuständigkeit und in angemessener Verfahrensdauer die erwünschte Wirkung im gesamten geographischen Geltungsbereich zu entfalten.

Die *appellatio* verknüpfte die Funktionen, welche heute Berufung und Revision getrennt erfüllen. Sie konnte gleichermaßen gegen End-

¹⁵ G. Simmel, Soziologie der Konkurrenz, hier zitiert nach Rüdiger Kramme/ Angela Rammstedt/Otthein Rammstedt (Hrsg.), Georg Simmel. Aufsätze und Abhandlungen. 1901–1908, Band 1, Frankfurt a. M. 1995, S. 221–246.

¹⁶ Zum Folgenden S. Lepsius, unten Kapitel 3.

urteile oder Zwischenverfügungen gerichtet werden. Durch seine Formalisierung, die klare Zuständigkeiten einer übergeordneten Instanz vorsah, unterschied sich das Verfahren in Oberitalien von der Urteilschelte nördlich der Alpen. Groß war aber auch der Gegensatz zu konsensualen Schiedsverfahren – so groß, dass *Lepsius* hier von einem „Clash der Kulturen in der Art der rechtlichen Konfliktbearbeitung“ spricht.

Soweit keine *privilegia de non appellando* galten, erhöhte die Möglichkeit der Appellation den Druck auf die erstinstanzlichen Richter, da diese, wenn sie von der Appellationsinstanz korrigiert wurden, im äußersten Fall persönlich für den Schaden hafteten, welche die zu unrecht unterlegende Partei aufgrund der erstinstanzlichen Entscheidung erlitten hatte. Dass es in späterer Zeit eines Spruchprivilegs bedurfte, legt nahe, dass die Haftung der Richter keine lediglich hypothetische war. Die Korrektur der Ausgangsentscheidung lag nicht allein im Interesse der Rechtsunterworfenen, sondern kennzeichnete die Justiz als Instrument der Herrschaftsausübung und Herrschaftskontrolle innerhalb der Obrigkeit. Die Wahrung von Kompetenzen im Rechtsmittelverfahren betraf also handfeste Macht- und Hierarchiefragen.

Bemerkenswert ist demgegenüber, dass die *appellatio* auch (oder sogar vornehmlich) gegen administrative Entscheidungen der Obrigkeit erhoben werden konnte, die sich damit einer Art „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ *avant la lettre* aussetzte. Der historische Rechtsvergleich offenbart hier „Alternativmodelle [...] zu der klaren Unterscheidung von Justiz- und Administrativverfahren“, wie sie aus dem 19. Jahrhundert bekannt ist. Die rechtsförmige Überprüfung des Handelns von Amtsträgern zeigte Vorboten einer rechtsstaatlichen Sicherung des inneren Friedens in einer Gesellschaft. Um diese Aufgaben zu erfüllen, bedurften die Appellationsrichter einer hohen Professionalität und Neutralität.

4. Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung

Dass Gerichte nicht immer das letzte Wort in einem Rechtsstreit haben, wird nicht allein durch die Existenz von Rechtsmitteln belegt, sondern gleichermaßen durch die Lehre der Rechtskraft und ihrer Durchbrechung, die *Andreas Thier* in Kapitel 4 anhand des kanonischen Prozessrechts der Mittelalters untersucht.¹⁷ Sollte die Lehre der *res indicata*

¹⁷ Zum Folgenden *A. Thier*, unten Kapitel 4, unter II. und III., hier in Beziehung gesetzt zu *S. Lepsius*, unten Kapitel 3.

einen bestimmten Konflikt einer erneuten gerichtlichen Behandlung entziehen, sei es durch die ursprünglichen Parteien, sei es durch weitere mutmaßlich Betroffene, so gab es von diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen.

Wie *Thier* am Beispiel der in allen Zeiten eine Sonderrolle einnehmenden Schiedsgerichtsurteile zeigt, war mit Durchbrechungen der Rechtskraft eine Art Garantie des rechtlichen Gehörs verbunden. Dabei ging es nicht allein um das Interesse an einer gerechten Einzelfallentscheidung, sondern auch um originäre Belange der Kirche, so etwa, wenn die Rechtskraft der Entscheidung das Seelenheil einer Prozesspartei gefährdet oder gar eine Sünde perpetuiert hätte. Das Eingeständnis der Sündhaftigkeit wurde so gewissermaßen ins Prozessrecht verlängert.

Die Durchbrechung der Rechtskraft konnte im kanonischen Prozess ebenso ein Funktionsäquivalent zur Nichtigkeitsbeschwerde bilden wie die *appellatio* im weltlichen Prozess. In allen Fällen trat die Sicherheit durch eine einmal getroffene Entscheidung in einen noch heute vertrauten Gegensatz zur Gerechtigkeit im Einzelfall, die durch einen erneuten Prozess – durch Rechtsmittel oder nach Ablehnung der Rechtskraft – angestrebt werden konnte.

War die Kirche seit dem Frühmittelalter der Bewahrer der Schriftlichkeit, so verwundert es nicht, dass gerade zum kanonischen Prozessrecht frühzeitig eine Art Handbuchliteratur entstand. Für den kanonischen wie für den weltlichen Prozess ist zu beobachten, dass das mit dem römischen Recht assoziierte aktionenrechtliche Denken insoweit überwunden wurde, als das materielle Recht vom Prozessrecht früh getrennt betrachtet wurde und die *causa petendi* den Klagegrund bestimmte, die Klageart also nicht im Vordergrund stand. Dies zeigt, dass der lange verbreitete ‚Dreischritt‘ vom römischen Recht über die Pandektistik zum BGB zu kurz greift und das mittelalterliche Recht verkannt wird, wenn vornehmlich das 19. Jahrhundert wahrgenommen wird als Zeit, die materielles Recht und Prozessrecht getrennt habe.¹⁸

¹⁸ B. Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, S. 3: „Für das heutige Rechtsbewußtsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte.“ Weitreichende historisch-rechtsvergleichende Schlüsse unter Einbeziehung des Mittelalters zieht J. Buchheim, Actio, Anspruch, subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, Tübingen 2017, S. 30ff.

III. Theoretische Leitlinien – auf der Suche nach multipler und effektiverer Rechtsdurchsetzung

1. Grundfrage: Kernbeispiele der jüngeren Rechtsdurchsetzungsdiskussion mit theoretisch besonders facettenreicher Prägung

Wenn Kernüberlegungen von *Max Weber* – als einem Gründungsvater interdisziplinärer Betrachtung von Recht und Rechtsdurchsetzung – dahingehend zusammengefasst werden können, dass eine Tendenz zu konstatieren sei hin zu zunehmender Ausdifferenzierung, Technisierung und auch Effektivierung des Rechtsbefehls und damit auch der Rechtsdurchsetzung,¹⁹ so bildet das nur den Ausgangspunkt, gleichsam die heute wohl weitgehend konsentierende Generaltendenz. Die entscheidende Frage im vorliegenden Kontext ist – darauf aufbauend – eine zweifache. Welche Instrumente der Rechtsdurchsetzung stehen in der unmittelbaren Gegenwart besonders im Fokus der Diskussion und zugleich für die bei *Max Weber* betonte Generaltendenz einer stets voranschreitenden prozesshaften Effektivierung (*Aktualität*)? Und welche Analyseinstrumente und Erklärungsansätze für diese haben sich heute entwickelt – ungleich breiter als noch in der klassischen Rechtssoziologie eines *Max Weber*, über diesen hinausgehend, also namentlich pluralistisch in der rechtstheoretischen Umschau in die Nachbardisziplinen²⁰ und auch ungleich stärker in die Mikrostrukturen ausdifferen-

¹⁹ Bahnbrechend hierzu die Überlegungen zu (finaler, materieller und formaler) Ratioanlität bei *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1922, Kap. 2 §9; vgl. prägnante Zusammenfassung zur Idee und ihrer Wirkgeschichte bei *M. Renner* in: S. Grundmann/H. Micklitz/M. Renner, *New Private Law Theory – a Pluralist Approach*, Cambridge 2021, Kapitel 2; zu diesem Bild zunehmender Ausdifferenzierung, aber auch Technisierung moderner Gesellschaften – und namentlich auch rechtlicher Instrumente und Prozesse – vgl. breiter heute etwa *M. Mölders/J.-F. Schrape*, Neue Irritationspotentiale in der „digitalen Gesellschaft“ – Synchronisation zwischen Medien, Politik und Recht, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 37 (2017), 239–265; konkret zur *Weberschen* These, dass Spezialisten notwendige Voraussetzung für einen Rationalisierungsprozess sind, vgl. *J. Flood*, *Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14 (2007), 35–66, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=949553> (letzter Abruf: 8. Januar 2025).

²⁰ Vgl. zu einer in diesem Sinne pluralistischen Rechtstheorie, die im letzten Jahrzehnt zunehmend an Bedeutung gewann, speziell im deutschsprachigen Schrifttum, jeweils ihre zentrale Bedeutung postulierend: *M. Auer*, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie – Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*, 2018; S. Grundmann/H. Micklitz/M. Renner (vorige Fn.) und schon vergleichbar *dies.*, *Privatrechtstheorie*, 2015; S. Grundmann, *Pluralistische Privatrechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie*

ziert, also mit mikroanalytischem Methodenapparat unterlegt²¹ (*Inhalt und Relevanz von Interdisziplinarität hierfür*)?

Bei solch einem Zuschnitt der Kernfrage(n) erscheinen einige in den letzten Dekaden umfangreich und methodisch facettenreich diskutierte Instrumente als herausragend. Diese zentralen Phänomene von besonderer Gestaltung der Rechtsdurchsetzung werden beispielhaft, durchaus jedoch als paradigmatisch herausgegriffen. Sie zählen zu denen, in denen sich die aufgeworfenen Kernfragen in besonderem Maße materialisieren. Die Selbstdurchsetzung durch rechtsgestaltenden Zuschnitt, der erste Fokus, bildet geradezu den Paradefall von prozedural effektiver Rechtsdurchsetzung – auf den ersten Blick gänzlich ohne Notwendigkeit eigener Rechtsdurchsetzung, auf einen zweiten Blick jedoch auch behaftet mit der Problematik, dass dadurch Kautelen, insbesondere Rechtsstaats-Kautelen wegfallen können, die einer Rechtsdurchsetzung im Falle der Bemühung von klassischen Rechtsbehelfen, etwa im Prozess, entgegenstehen würden (hierzu unten 2. – auch zum Theorienstrauß, der sich zu diesem Instrument verhält). Einen zweiten Paradefall von prozedural effektiver Rechtsdurchsetzung bildet ein Instrument, in dem zwar nicht auf Erleichterung/Automatisierung der Durchsetzung kraft Gestaltung, wohl aber durch Bündelung gesetzt wird (also durch Masse, „Economies of Scale“). Die Rede ist von Kol-

als normativem Desiderat („normativer Pluralismus“), RabelsZ 86 (2022), 364; Ph. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität: Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, 2017, passim, bes. S. 132ff., 221ff., insb. 255ff. und spezifisch 384ff. (zu den Gerechtigkeitstheorien) sowie 624ff. (zu den Verfassungswerten); aber auch etwa D. Markovits/A. Schwartz, Plural Values in Contract Law – Theory and Implementation, Theoretical Inquiries in Law (Theor.Inq. Law) 20 (2019) 571.

²¹ Vgl. nur zur zunehmenden Bedeutung der Mikroanalyse – ansetzend am individuellen Verhalten oder der individuellen Relation – in Institutionenökonomik, Struktursoziologie und den Verhaltenswissenschaften als drei für die hier erörterten Fragen besonders zentralen Disziplinen: Standardansatz und -kurs in den Wirtschaftswissenschaften, etwa R. Frank/E. Cartwright, Microeconomics and Behaviour, 2. Aufl. 2016; sowie Th. Scheff, Microsociology – Discourse, Emotion, and Social Structure, Chicago 1994; grundlegend etwa O. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 22 Journal of Law & Economics 233 (1979); W. Powell, Neither Market nor Hierarchy – Network Forms of Organization, 12 Research in Organizational Behaviour 295 (1990); D. Kahneman/A. Tversky, Judgment under Uncertainty – Heuristics and Biases, 185 Science 1124 (1974); dies., Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, 47 Econometrica 263 (1979). Zusammenfassung zu den jeweiligen Analyse Rahmen und ihrer Wirkgeschichte bei S. Grundmann in: S. Grundmann/H. Micklitz/M. Renner (oben Fn. 19), Kapitel 3, 11 und 17.