

2001 abgeschlossenen Kommentierung zwar noch nicht zugrunde gelegt ist, durch ergänzende Verweisungen der Kommentierung des EuGVÜ aber angefügt ist. Besonders ausführlich ist die Kommentierung richtigerweise bei der Erfassung von Art. 16 EuGVÜ. Da die Abweichungen gering sind, ist die Kommentierung insoweit auch heute noch heranzuziehen. Das gilt insbesondere dort, wo schwierigere Gerichtsstände zu prüfen sind, wie z.B. der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs<sup>14</sup> und darin etwa insbesondere die Gerichtsstände der Gewährleistungs- und Interventionsklage oder auch der Widerklage<sup>15</sup>. Man wird der Kommentierung in diesem Abschnitt sicher aber noch gerechter werden, wenn ihr Hauptanliegen in der Darstellung des Rechts der Gerichts- und insbesondere Schiedsgerichtsvereinbarungen gesehen wird. Mit sorgsamer Beobachtung auch der Spruchpraxis findet sich hier eine umfängliche und umfassende Kommentierung; selbst die mögliche Drittwirkung der Schiedsvereinbarung ist in der letzten Randnummer (Rz. 305) berücksichtigt.

6. Wie eingangs apostrophiert liegt eine umfassende, »große« Kommentierung zum Internationalen Schuldvertragsrecht vor. Die Autoren und die Bandredaktion haben mit der dreizehnten Bearbeitung einen Band vorgelegt, der den Benutzerkreis zufriedenstellen und erfreuen kann. Die Rechts- und Meinungsfrage ist stets sorgsamst aufbereitet, ebenso ist stets auch die Aussage vorhanden, wie die Anwendung aussehen soll. Die Ergebnisse werden in der Benutzung durch die Praxis und die anderen Kommentierungen des Gebiets deutlich.

Freiburg/Breisgau

GERHARD HOHLOCH

*Diedrich, Frank: Präjudizien im Zivilrecht.* (Zugl.: Rostock, Univ., Habil.-Schr., 2003/04.) – (Hamburg:) Kovač (2004). LXV, 549 S. (Studien zum Zivilrecht. Bd. 1.)

Der Verfasser hat mit den Präjudizien im Zivilrecht für seine von der Universität Rostock 2003 angenommene Habilitationsschrift ein weites Thema gewählt, zumal er es mutig nicht mit einem Untertitel einschränkt. So nimmt man die Arbeit, deren Textgestaltung vielleicht etwas sorgfältiger hätte ausfallen können, mit Spannung in die Hand. Das Buch behandelt das deutsche Recht, unter Einschluss römischer und sonstiger historischer Wurzeln sowie einer ökonomischen Analyse (S. 17–391), aber auch das US-amerikanische Common Law (393–490) und interessanterweise das italienische Recht (491–521). Abschließend wird kurz die Frage aufgeworfen, inwieweit die Klärung der Präjudizienfrage Voraussetzung für eine Zivilprozessrechtsharmonisierung in Europa ist. Es erweist sich also das Interesse gerade des Rechtsvergleichers an dem Werk als berechtigt, nicht zuletzt deshalb, weil sich in der Tat beim Gemeinschaftsrecht ganz neue Methodenfragen auf tun,<sup>1</sup> für welche die Vergleichung nationaler Rechtsansätze hilfreich sein kann.

<sup>14</sup> Siehe *Staudinger (-Hausmann)* Anh. II zu Art. 27–37 EGBGB Rz. 139ff.

<sup>15</sup> *Staudinger (-Armbrüster)* Anh. II zu Art. 27–37 EGBGB Rz. 143, 144–146.

<sup>1</sup> Dazu jüngst etwa *Langenbacher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, hrsg. von *ders.* (2005) 25–66.

Mit der faktischen Bindungswirkung hat der Verfasser einen Klassiker<sup>2</sup> aufgegriffen, der zwei Umstände der gegenwärtig zu verzeichnenden Konvergenz<sup>3</sup> zwischen den beiden großen Rechtskreisen widerspiegelt: Zum einen der Aufstieg des Fallrechts in den Ländern mit einer Zivilrechtskodifikation<sup>4</sup> und umgekehrt die steigende Bedeutung von Gesetzen in den Rechtssystemen des Common Law (im Fall von Großbritannien und Irland etwa als Folge des Gebotes zur klaren Umsetzung der Richtlinien des Gemeinschaftsrechts),<sup>5</sup> aber auch von Uniform Codes, Restatements und Vergleichbarem. Auffallend ist dabei die zentrale Bedeutung des innovativen und lückenfüllenden Richterrechts, insbesondere in denjenigen Rechtsordnungen, die trotz alternder Kodifikationen im Zivilrecht den gewandelten Rechts- und Sozialgegebenheiten eines Verfassungsstaates gerecht werden wollen<sup>6</sup> und hierzu – wie etwa im Deliktsrecht – den Weg über die judikative Ausformung von Generalklauseln einschlagen.<sup>7</sup>

Ein Fallrechtsdenken, das über das Gleichbehandlungsgebot von Art. 3 GG<sup>8</sup> weit hinausgeht, wird in Deutschland auch durch die Methode der Selbstreferenz gefördert, wie sie von den höheren Gerichten in Form der Orientierung an ihren vormaligen Entscheidungen praktiziert wird; sie ist bei den niederen Instanzen

<sup>2</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup> (1995) 252ff.; zur Fallnormtheorie *Fikentscher*, Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht, in: Die Bedeutung von Präjudizien im französischen und deutschen Recht, hrsg. von *Blaurock* (1985) 11–23; zur kontinentalen Richterrechtsbindung *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts<sup>4</sup> (1990) 267ff.

<sup>3</sup> *Rösler*, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung: JuS 1999, 1186–1191 (1187f.) (Folge 2); *ders.*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung (2004) 257f. Die Konvergenz konkret ebenfalls bejahend *Wagner-Döbler*, Präjudizien in deutschen, englischen und US-amerikanischen Gerichtsentscheidungen, Ein quantitativer Vergleich: *RabelsZ* 59 (1995) 113–127; mit ähnlichem statistischem Fokus und eine Präjudizienbindung in Deutschland bereits annehmend *Lundmark*, *Stare decisis* (vor dem Bundesverfassungsgericht): *Rechtstheorie* 1997, 315–345; weiter *Cappelletti*, The judicial Process in comparative perspective (1989) 146ff. An der Konvergenz demgegenüber zweifelnd *Lepsius*, Buchbesprechung von Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de siècle* (1997): *RabelsZ* 63 (1999) 378–382 (382).

<sup>4</sup> Dazu im Zusammenhang mit § 313 BGB, der als einst richterrechtlich etabliertes Institut und als nachträgliche Risikozuweisung per Richterspruch die schöpferische und praktische Bedeutung des Zivilrichters besonders augenscheinlich macht; rechtstheoretisch *Rösler*, Die Geschäftsgrundlagenstörung nach der Schuldrechtsreform: *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS)* 2003, 383–391 (384f.); vgl. *ders.*, Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage: *JuS* 2004, 1058–1062 (1058) (Folge 1); *JuS* 2005, 120–125 (125) (Folge 3).

<sup>5</sup> Zu den Friktionen *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex: *AcP* 200 (2000) 445–492.

<sup>6</sup> Anhand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts *Gounalakis/Rösler*, Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß, Eine vergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht der Ehre (1998) 80ff.

<sup>7</sup> Etwa *Rösler*, Haftungsgründe und -grenzen für fahrlässiges Verhalten, Die Idee einer juristischen Kausalität im englischen und deutschen Deliktsrecht (1999) 116ff.

<sup>8</sup> – welches im Spannungsverhältnis mit dem Leitbild der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 I GG) steht.

fraglos vorbildgebend. Dem kasuistischen Denkansatz kommt ferner die Leitsatztechnik allgemein als auch die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 BVerfGG) im Besonderen entgegen.<sup>9</sup> Eine gewisse Rolle spielen dabei auch die Informationsmedien, die einen besseren Zugriff auf Urteilsbegründungen erlauben und den Drang zur Vollständigkeit fördern.<sup>10</sup> Zudem bietet ein Präzedenzfall schlicht Bequemlichkeitsvorzüge, wie schon *James I* festgestellt haben soll: »Reason is too large. Find me a precedent and I will accept it.«<sup>11</sup>

*Diedrich* macht sich für eine institutionalisierte, beschränkte Präjudizienbindung und sinnigerweise für eine einheitliche Publikationspraxis der Obergerichte stark,<sup>12</sup> was mehr Rechtssicherheit durch erhöhte Transparenz, Vorhersehbarkeit und Konsistenz richterlichen Entscheidens mit sich bringen soll (12f.). Das bisherige methodische Leugnen bzw. die wissenschaftliche Nichtbeachtung einer faktischen Bindungswirkung sei falsch, zumal sie verdecke, dass die Richterschaft im Sinne eines vorausseilenden Gehorsams die höhere Rechtsprechung ganz überwiegend beachte. Dies erfolge zum einen aus Karrieregründen und zum anderen aus der Effizienzüberlegung heraus, dass die Einlegung von Rechtsmitteln bei Nichtbeachtung der obergerichtlichen Rechtsprechung die Prozesskosten und Arbeitsbelastung der Gerichte unnötig erhöht, zumal die Gerichtsgebühren die Kosten der Justiz nicht decken (4ff.). Zuzustimmen ist *Diedrich* insofern, als eine weitere Ungereimtheit in der Möglichkeit des Anwalts- und Notarregresses besteht, die bei Unkenntnis einer geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung droht (9).

*Diedrich* beginnt seine Untersuchung mit dem Rechtsquellencharakter der obergerichtlichen Zivilrechtsjudikatur im deutschen System (17ff.). Er differenziert hierbei das Richterrecht von der Präjudizienbindung: Während Ersteres das Problem der Kompetenz des Richters zur Rechtsfortbildung im Spannungsverhältnis zum demokratisch geschaffenen Gesetzesrecht kennzeichne,<sup>13</sup> sei die hier entscheidende Frage der Präjudizienbindung unabhängig von der zugrunde liegenden Rechtsquellenart, also der Einordnung als Gesetzes-, Gewohnheits- oder Richterrecht (18f.). Die traditionelle, im Wesentlichen seit der Rezeption des *Corpus Iuris Civilis* unveränderte Rechtsquellenlehre des deutschen Zivilrechts erkennt Richterentscheide nicht als Rechtsquelle an. *Diedrich* stellt dies auf S. 23–80 in historischer Entwicklung dar. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, der Dualismus zwischen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht habe die Diskussion beherrscht und den Blick auf die zentrale Bedeutung des Richterrechts verstellt. Erst wenn rechtsfortbildendes Fallrecht durch Praxis und allgemeine Akzeptanz – auch im Sinne des Art. 20 III GG – zu Gewohnheitsrecht erstarke, könne es eine

<sup>9</sup> Darauf weist auch *Diedrich*, S. 9, 108f., hin.

<sup>10</sup> *Heldrich*, 50 Jahre Rechtsprechung des BGH, Auf dem Weg zu einem Präjudizienrecht?: ZRPoL. 2000, 497–500 spricht daher von Präjudizienkult in Rechtsausbildung und Berufspraxis.

<sup>11</sup> Zitiert nach *Postema*, Some Roots of Our Notion of Precedent, in: Precedent in Law, hrsg. von *Goldstein* (1987) 9–33 (9).

<sup>12</sup> Siehe auch *Huff*, Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte: NJW 1997, 2651–2653.

<sup>13</sup> So wie es auch in Art. 20 III GG (»Gesetz und Recht«) angelegt ist.

über die Prozessparteien hinausgehende Bindungswirkung entfalten (78). Dabei streift *Diedrich* die bekannte These,<sup>14</sup> moderne Gesetzgebungsverfahren seien zu schwerfällig, um Einzelfallgerechtigkeit in der sich rasch ändernden Rechtswirklichkeit zu gewährleisten (76f.).

Hiernach verortet *Diedrich* die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen, die nicht notwendig auf dem Status gewohnheitsrechtlich bindenden Richterrechts beruht, im historischen, gesetzlichen und dogmatischen Gesamtzusammenhang (81–250). Er verweist hier u.a. darauf, dass es eine faktische Präjudizienbindung seit dem Mittelalter bis Mitte des 19. Jahrhunderts aufgrund der deutschen Rechtszersplitterung gegeben habe, eine Tatsache, der auch das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 nicht wirksam entgegenzutreten konnte. Das im Zusammenhang mit der Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches im Jahre 1869 eingerichtete Bundesoberhandelsgericht und ab 1879 das Reichsgericht habe die Wahrung der Rechtseinheit durch interne, unveröffentlichte Präjudizienbücher sichergestellt (93–103). Gegenwärtig verzeichnet *Diedrich* eine mittelbare gesetzliche Bindungswirkung, indem die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung den zentralen Grund für die Zulassung von Berufung (§ 511 II und IV ZPO) und Revision (§ 541 II 1 ZPO) bietet (20). Ähnlich wirkt in der Tat die Divergenz- und Grundsatzvorlage nach § 132 GVG (126–165). Zumindest sei allgemein eine »präsumtive Verbindlichkeit« anerkannt,<sup>15</sup> welche die »Begründungslast« für diejenigen Gerichte und Parteien erhöhe, die von dieser Linie abzuweichen versuchten. *Diedrich* fasst zusammen: Langsam werde den Präjudizien der Charakter einer Rechtsquelle sui generis beigemessen (250).

Nachdem *Diedrich* noch das »Ob und Wie« der Publikationspraxis der deutschen Obergerichte aufschlüsselt (251–277), kommt er auf die ökonomische Nutzentheorie des Rechts<sup>16</sup> zu sprechen. Im Vorwort hat er bereits erklärt, die Vorherrschaft einer »angeblich notwendigen Effizienz der Justiz« sei das »Nebenprodukt eines generell den Staat beherrschenden Krämerdenkens«. Notfalls müssten eben mehr Richterstellen eingerichtet werden. Doch auf S. 279–305 klingen *Diedrichs* Anmerkungen über die ökonomische Analyse des Rechts freundlicher. So erkennt er die kostensenkende Wirkung einer Vorhersehbarkeit richterlichen Entscheiders dann auch unumwunden an.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Bereits *Kübler*, Kodifikation und Demokratie: JZ 1969, 645–651, dessen Argument des »Altern[s] der Kodifikationen« auch in BVerfG 14. 2. 1973, BVerfGE 34, 269 (288) (»Soraya«) Verwendung fand. Zur De- und Rekodifizierung auch Rösler (oben N.3) 241 ff., 269 ff.

<sup>15</sup> Zuvor bereits *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung<sup>2</sup> (1976) 248; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 510 f.

<sup>16</sup> Dazu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts<sup>4</sup> (2005) 1 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus – 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht* (2003); jüngst zu dem Themenkreis auch *Rittner*, Das Modell des homo oeconomicus und die Jurisprudenz: JZ 2005, 668–670 in seiner Erwiderung auf *Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics: JZ 2005, 216–224, der wiederum das Schlusswort in JZ 2005, 670 f. spricht.

In einem großen Abschnitt kommt *Diedrich* auf Beispiele für faktische Präjudizienbindung in der Rechtspraxis zu sprechen (307–391). Er greift sich zwei bekannte Beispiele zu richterrechtlich entwickelten Anspruchsgrundlagen heraus: zum einen das contra legem (§§ 253, 847 BGB a. F.) gewährte Schmerzensgeld bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>18</sup> (307–321) sowie zum anderen die persönliche Haftung des Geschäftsführers und die Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter einer GmbH<sup>19</sup> (322–344). Diese stellt er der faktischen Präjudizienbindung bei der insoweit zumeist ergebnisorientierten Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht, insbesondere der rechtlichen Einordnung neuer Vertragstypen wie Leasing und Franchise gegenüber (345–385). Zudem werden hier mit dem »Nachschlüssel Diebstahl« in der Kfz-Kaskoversicherung sowohl Beweisfragen des Versicherungsvertragsrechts als auch die Sittenwidrigkeit der Angehörigenbürgschaft nach § 138 I BGB erörtert. Abschließend behandelt *Diedrich* die Anwalts- und Notarhaftung bei Unkenntnis höchstrichterlicher Rechtsprechung, der er zutreffend den Effekt einer indirekten Präjudizienbindung zuschreibt (385–390).

Erklärtermaßen versucht *Diedrich* nachfolgend anhand des US-amerikanischen und italienischen Rechts die Möglichkeiten auszuloten, de lege ferenda eine Präjudizienbindung auf dem Gebiet des Privatrechts anzunehmen. Spannend ist natürlich der Vergleich zum angloamerikanischen Rechtskreis, obwohl die andere Ausbildung insbesondere in der Methodik des stark tatsachenbezogenen »case distinguishing« und die Unterschiede zur deutschen Subsumtionstechnik, welche eben den Unterschied zwischen Lebenssachverhalt und Norm betonen,<sup>20</sup> keine einfache Übertragung oder Gleichsetzung erlauben. Niemals würde man die kontinentale Rechtsentwicklung so beschreiben, wie es *Ronald Dworkin* für das Common law mit seiner narrativen Analogie zum Kettenroman getan hat, bei welchem ein Richter jeweils ein Kapitel zur Gesamt(rechts)geschichte beisteuert.<sup>21</sup>

*Diedrich* betont nachfolgend die Besonderheiten des US-amerikanischen Common law. Das seit 1925 bestehende und rechtsmittellose Annahmeverfahren des U.S. Supreme Court (»writ of certiorari«), bei dem nur etwa 150 Fälle pro Gerichtsjahr angenommen werden,<sup>22</sup> stärkt seinen Einfluss bei der einheitli-

<sup>18</sup> BGH 14. 2. 1958, BGHZ 26, 349 = NJW 1958, 827 (»Herrenreiter«); 19. 9. 1961, BGHZ 35, 363 = NJW 1961, 2059 (»Ginsengwurzel«); siehe auch oben N. 6.

<sup>19</sup> Ein erforderliches wirtschaftliches Eigeninteresse des Geschäftsführers im Sinne der culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II und III, 241 II BGB) wurde im Fall der Prospekthftung (BGH 24. 4. 1978, BGHZ 71, 284 = NJW 1978, 1625; 22. 3. 1982, BGHZ 83, 222 = NJW 1982, 1514) und bei Gebrauchtwagenhändlern (BGH 21. 1. 1975, BGHZ 63, 382 = NJW 1975, 642; 28. 1. 1981, BGHZ 79, 281 = NJW 1981, 922) angenommen. Daneben wird eine deliktsrechtliche Haftung bejaht. Zur Durchgriffshaftung etwa BGH 29. 11. 1956, BGHZ 22, 226 = NJW 1957, 181.

<sup>20</sup> Daher zurückhaltend bei einer Präjudizienwirkung im deutschen Recht kurz *Rösler*, Umgang mit dem Präjudizienrecht: JuS 2000, 1040.

<sup>21</sup> *Dworkin*, Law's Empire (1986) 228ff.; siehe weiter *Langenbacher*, Zur Rolle des Richters in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie: Rechtstheorie 1994, 392–411 (406ff.).

<sup>22</sup> Zur Arbeitsbelastung beim EuGH vgl. *Rösler*, Zur Zukunft des Gerichtssystems der EU – Entwicklungstendenzen des EuGH zum Supreme Court Europas: ZRPol. 2000, 52–57.

chen Fortentwicklung des Bundesrechts weiter. Ähnlich weite Ermessensspielräume finden sich auch bei den obersten Gerichten der einzelnen Bundesstaaten. Diese Freiheiten sind nur aufgrund des fehlenden Konzepts des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 I GG möglich (439), so dass folgender Satz von *Oliver Wendell Holmes, Jr.* (1841–1935) verständlicher wird: »[C]onstitutional law like other mortal contrivances has to take some chances, and [it is enough if] in the great majority of instances [...] justice will be done.«<sup>23</sup>

Nach Einschätzung von *Diedrich* sind die Unterschiede des US-amerikanischen Rechts gleichwohl nicht derart gravierend wie allgemein angenommen (428, ähnlich bereits 304f.). Insbesondere eröffne die Unterscheidung zwischen »ratio decidendi« und »obiter dictum«, das »distinguishing (at law or at fact)«, das »overruling« als auch das schlichte Übersehen von Entscheidungen gewisse Flexibilität, um vom Grundsatz der stare decisis abzuweichen (429). Dennoch sei vorrangig das Gesetzesrecht für rasche Rechtsänderungen geeignet (416). Interessanterweise spricht *Diedrich* auch die selektive Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen durch »non-publication-« und »non-citation-rules« der bundesstaatlichen Berufungsgerichte (Federal/Circuit Courts of Appeal) an. Allerdings seien Auswahlkriterien für veröffentlichungswürdige Fälle, von denen es insgesamt jährlich etwa 60.000 Entscheidungen gebe, oftmals nur sehr vage. Das Ziel des Aussortierens unwichtiger Entscheidungen sei unerreich geblieben – nicht zuletzt infolge elektronischer Datenbanken und des Bekanntwerdens von unveröffentlichten Entscheidungen, welche im Sinne einer »persuasive authority« einen »secret body of law« bilden (490).

Anhand der Präjudizienverwaltung der Leitsatzstelle (»Ufficio del massimario e del ruolo«) bei dem italienischen »Corte suprema di cassazione« wird sodann die Bedeutung der Verfahrenstechnik für eine faktische Leitsatzbindung in einem System ohne dogmatisch vorgeschriebene Präjudizienbindung aufgezeigt. Auf dreißig Seiten gibt *Diedrich* Auskunft über den Aufbau der italienischen Zivilgerichtsbarkeit und die Präjudizienbindung. Zwar gebe es im italienischen Zivilrecht keine Bindung wie im angloamerikanischen Rechtskreis. Aber die Leitsätze (»massime«) des Kassationshofes würden faktisch eine verbindliche Wirkung auf die nachgeordneten Gerichte ausüben. Die Zuständigkeit der Verwaltungsstelle zur Formulierung der damit praktisch in Gesetzesnähe rückenden Leitsätze erachtet *Diedrich* als gewaltenteilungsproblematisch: Die Exekutive erlange Einfluss auf genuin der Judikative zugewiesene Aufgaben (519f.). Warum *Diedrich* – über Italien, Deutschland und England hinaus – andere Rechtsordnungen der Gemeinschaft, deren besondere Bedeutung auch wegen der im Abschlusskapitel besprochenen europäischen Methodik auf der Hand liegt, nicht streift, bleibt indes offen.

Im letzten, teils zusammenfassenden Abschnitt (523–549) regt *Diedrich* de lege ferenda zur Anerkennung einer präsumtiven Verbindlichkeit obergerichtlicher Präjudizien an (528). Ein erster Schritt dazu sei prinzipiell mit der Neuregelung des Revisionsrechts zum 1. 1. 2002 erfolgt (§ 543 ZPO; S. 530f.). Bezüglich der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung äußert *Diedrich*, die Gestaltung des Gerichtswesens und des Prozessrechts sei »wesentlich wichtiger für eine einheitliche

<sup>23</sup> *Blinn v. Nelson*, 222 U.S. 1 (7) (1911).

Rechtsanwendung als fein elaborierte materiell-rechtliche Regeln« (545),<sup>24</sup> wobei freilich die Qualität der materiellen Rechtsnormen auch die Einheitlichkeit in der Fallanwendung beeinflusst. Der Verfasser begrüßt die Vereinheitlichung oder zumindest Angleichung von prozessualen Bestimmungen zur Durchsetzung materieller Ansprüche in der Europäischen Union (EU). Ähnlich wie für das deutsche Recht schlägt *Diedrich* auch für das fortentwickelte Gemeinschaftsprivatrecht – etwa per Modellgesetz – eine Präjudizienbindung mit einer Divergenzvorlagepflicht der erkennenden Gerichte in allen EU-Staaten an das jeweils zuständige Obergericht vor. Zudem könne eine generelle Divergenzvorlagepflicht sowie die Möglichkeit einer Grundsatzvorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) geschaffen werden, die auch das Problem der außerhalb des konkreten Verfahrens fehlenden Bindung der mitgliedstaatlichen Gerichte an die Urteile des EuGH beseitigen könne (547f.).<sup>25</sup>

*Diedrich* ist summa summarum das Verdienst zuzusprechen, sich mit der Präjudizienwirkung der praktisch wichtigsten offenen – auch die Wirkung des Gemeinschaftsrechts berührenden<sup>26</sup> – Fragestellung der kontinentalen Methodenlehre<sup>27</sup> gewidmet zu haben. Obwohl die rechtsvergleichenden Ausführungen und die gemeinschaftsrechtlichen Erträge gelegentlich detaillierter hätten ausfallen können, bleibt *Diedrichs* klar strukturierte Arbeit äußerst lesenswert, da sie nachvollziehbar und anregend am Dogma einer in Deutschland nicht existierenden Präjudizienbindung rüttelt – schließlich ließen sich weder rechtsfortbildende Gesetzesauslegung<sup>28</sup> noch die Überzeugungskraft von autoritativen Entscheidungen bisher jemals dauerhaft unterdrücken.

Hamburg

HANNES RÖSLER

<sup>24</sup> Vergleichbar, aber weiter gefasst mit rechtskulturellem Bezug *Rösler* (oben N.3) 245f.; zu den Gründen US-amerikanischer Rechtseinheit siehe Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, hrsg. von *Zimmermann* (1995).

<sup>25</sup> Zuvor hat sich *Diedrich* bereits auf S. 191–203 kritisch der Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des EuGH nach Art. 234 EG gewidmet.

<sup>26</sup> Zur Präjudizienwirkung und allgemein zum Mangel an Geschlossenheit der europäischen Methodik auch *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, Zur Notwendigkeit einer europäischen Gesetzgebungs- und Methodenlehre (1999).

<sup>27</sup> Wie *Diedrich* zutreffend auf S. 82 ausführt.

<sup>28</sup> *H.-J. Becker*, Kommentier- und Auslegungsverbot, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von *Erlar/E. Kaufmann* II (1978) Sp.963–974; *Miersch*, Der sogenannte *référé législatif*, Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert (2000); *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986). Die Auffassung *Montesquieus* (1689–1755), Gewaltenteilung sei ausschließlich möglich, sofern die Judikatur lediglich den Mund bilde, der das Gesetz streng nachspricht, ablehnend BVerfG 8. 4. 1987, BVerfGE 75, 223 (243) (»EuGH als gesetzlicher Richter«). Siehe darüber hinaus methodisch *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996); *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995) sowie das in Bern erschienene Werk *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, FS Walter, hrsg. von *Forstmoser/Honsell/Wiegand* (2004); zur Rechtsprechungsänderung die belgische Arbeit *Rorive*, Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge (2003).