FLORIAN LOYAL

# Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht

*Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*

Mohr Siebeck

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen

Band 125

Florian Loyal

# Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht

## Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben

Mohr Siebeck

*Florian Loyal*, geboren 1981; 2001–2006 Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen; seit 2006 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Tübingen; 2011 Promotion und Zweite juristische Staatsprüfung; 2017 Habilitation.

ISBN 978-3-16-155722-4 / eISBN 978-3-16-156074-3
DOI 10.1628/978-3-16-156074-3

ISSN 0082-6731 / eISSN 2569-4529 (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Printed in Germany

*Für Sarah, Malin und Henna*

# Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Habilitationsschrift angenommen. Besonders danken möchte ich Herrn Professor Dr. Thomas Finkenauer, M.A., der meinen akademischen Werdegang und meine Forschungen seit vielen Jahren großzügig unterstützt. Ferner danke ich Herrn Professor Dr. Wolfgang Marotzke für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Auch allen anderen Professoren und vielen Mitarbeitern der Tübinger Fakultät bin ich für ihre Unterstützung und Anteilnahme zu Dank verpflichtet. Namentlich hervorheben möchte ich Herrn Professor Dr. Gottfried Schiemann, der mir nicht nur in den ersten Semestern meines Studiums das Zivilrecht beibrachte, sondern auch in jüngster Zeit immer wieder mit Rat und Tat zur Seite stand.

Tübingen, im Juli 2017 Florian Loyal

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis . . . . . XXV

Einleitung . . . . . 1

*Teil 1*: *Empirische Gestalt der Regelungen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht*

§ 1. Gegenstand der Untersuchung – Konstitution von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . 9

§ 2. Empirische Begriffe Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 15

§ 3. Skizzen zur Begriffs- und Dogmengeschichte . . . . . 57

*Teil 2*: *Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als inhaltsoffene Normen („Generalklauseln")*

§ 4. Abgrenzung zwischen Generalklauseln und gleichnamigen konkreten Normen . . . . . 83

§ 5. Dogmatische und methodische Kritik ungeschriebener Generalklauseln . . . . . 89

*Teil 3*: *Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als konkrete Sachregelungen – allgemeine Grundlagen*

§ 6. Sachliche, teleologische und ethische Grundlagen der konkreten Regelbildungen und Entscheidungen . . . . . 121

§ 7. Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht . . . . . 145

§ 8. Normative Grundlagen der Regelungen . . . . . 175
§ 9. Schranken ungeschriebener Korrekturinstrumente . . . . . 241

*Teil 4: Analyse und Kritik einzelner Regelbildungen*

§ 10. Zweck- und Motivkontrolle zwischen Teleologie, Konsequentialismus und Deontologie . . . . . 293
§ 11. Geschützte Rechtsschutzinteressen und Statthaftigkeit der Verfahren – „Nützlichkeit" des Verfahrens . . . . . 317
§ 12. Rechtlich angestrebte Rechtsschutzwirkungen – „Erforderlichkeit" des Verfahrens . . . . . 325
§ 13. Verhältnismäßigkeit und Effizienz des Verfahrens – Rechtsschutzkonkurrenzen . . . . . 345
§ 14. Regelbildungen unter Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 387
§ 15. Dogmatische Ausgestaltung und Rechtsfolgen der Normen zum Rechtsschutzbedürfnis und zu Treu und Glauben . . . . . 419
§ 16. Fazit und Zusammenfassung . . . . . 453
Literaturverzeichnis . . . . . 465
Stichwortverzeichnis . . . . . 487

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . . V

Inhaltsübersicht . . . . . IX

Abkürzungsverzeichnis . . . . . XXV

Einleitung . . . . . 1

*Teil 1*: *Empirische Gestalt der Regelungen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht*

§ 1. Gegenstand der Untersuchung – Konstitution von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . 9
I. Empirische Positivität der Regelungen als Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . . 9
II. Empirisch-normative Dialektik ungeschriebener Normen . . 12

§ 2. Empirische Begriffe Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 15
I. Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 15
1. Treu und Glauben . . . . . 16
a) Gesetzliche Regelung im BGB und heutiger Anwendungsbereich . . . . . 16
b) Struktur, Inhalt und Funktion der Regelung von Treu und Glauben . . . . . 18
aa) Sprachliche Bedeutung des Begriffsnamens . . . . . 19
bb) Strukturelle Grenzen gängiger „Konkretisierungen“ . . . . . 19
cc) Offenheit als Zweck der Generalklausel . . . . . 21
dd) Umfassende Anwendbarkeit und umfassender Gehalt . . . . . 22
2. Struktur, Inhalt und Funktion der Regelung von Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 26
3. Deontisches Vorverständnis von Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 26

II. Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 29
1. Normtext des Rechtsschutzbedürfnisses – sprachliche Konstitution ungeschriebener Regelungen . . . . . 29
2. Begriffsextension und vorläufige intensionale Interpretation – Anwendungsmuster des Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 34
a) Nutzenkontrolle . . . . . 34
b) Erforderlichkeitskontrolle . . . . . 35
c) Verhältnismäßigkeits- und Effizienzkontrolle – Auflösung von Rechtsschutzkonkurrenzen . . . . . 36
d) Deontische Verhaltens- und Motivkontrolle . . . . . 37
e) Objektive Ordnungsgesichtspunkte des Prozeßrechts . 38
3. Allgemeiner Begriff Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 41
a) Keine einheitlichen Wertungsgrundlagen und Regelungsstrukturen . . . . . 41
b) Sprachliche Bedeutung des Begriffsnamens als Ausgangspunkt . . . . . 41
c) Rechtsschutzbedürfnis als Verweisungsbegriff . . . . . 43
III. Überschneidungen zwischen Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 44
IV. Form der Regelungen . . . . . 47
V. Zusammenfassende Einordnung der Funktion und Struktur 51
VI. Folgerungen für die Rechtsvergleichung . . . . . 54

§ 3. Skizzen zur Begriffs- und Dogmengeschichte . . . . . 57
I. Gesetzesmaterialien . . . . . 58
1. Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 58
2. Treu und Glauben . . . . . 59
II. Ideengeschichtliche Gründe für das Fehlen der Regelungen in der ZPO . . . . . 61
III. Wandlung der Begriffe und ihrer Anwendung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . . . 63
1. Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 63
2. Treu und Glauben . . . . . 70
IV. Rechtsschutzbedürfnis als Ausdruck totalitärer Ideologien? 71
V. Vom wissenschaftlichen Begriff zur Norm in der Lehre vom Rechtsschutzanspruch . . . . . 76
VI. Allgemeine Wandlungen der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 78

## *Teil 2: Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als inhaltsoffene Normen („Generalklauseln")*

§ 4. Abgrenzung zwischen Generalklauseln und gleichnamigen konkreten Normen . . . . . 83
I. Keine inhaltliche Argumentation für und gegen die Generalklausel . . . . . 84
II. Kritik an Unbestimmtheit und Vielgestaltigkeit von Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 86
III. Mehrdeutigkeit der „Einheit der Rechtsordnung" . . . . . 87

§ 5. Dogmatische und methodische Kritik ungeschriebener Generalklauseln . . . . . 89
I. Keine inhaltliche Deduktion aus den Generalklauseln . . . . . 89
II. Keine sinnvolle dogmatische Funktion der ungeschriebenen Generalklauseln . . . . . 91
III. Ungeschriebene Generalklauseln als Ursache unzureichender Diskussionen . . . . . 92
IV. Ursprüngliche gesetzespositivistische Funktion der Generalklausel – Entbehrlichkeit ungeschriebener Generalklauseln . . . . . 93
V. Dogmatische Verselbständigung und unbefriedigende Entscheidungen . . . . . 96
VI. Überschießende Konstitution von Generalklauseln . . . . . 97
VII. Methodische Begründung ungeschriebener Generalklauseln 98
1. Gewohnheitsrechtliche Begründung ungeschriebener Generalklauseln . . . . . 99
2. Planwidrige Regelungslücke – Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als Regelung von Ausnahmen . . . . . 101
3. Methodische Erfassung der extensiven Anwendung des § 242 BGB . . . . . 102
4. Induktionen und Analogien . . . . . 105
a) Konkrete Regelungen und allgemeiner Begriff . . . . . 106
b) Schlüsse von konkreten Regelungen auf die Zulässigkeit bestimmter Regelungs- und Wertungstypen . . . . . 107
c) Besondere Regelungen des „rechtlichen Interesses" in der ZPO . . . . . 107
aa) Analogie oder Umkehrschluß? . . . . . 108
bb) Begründung einer Generalklausel durch Analogie zu Vorschriften mit begrenztem Anwendungsbereich . . . . . 110

cc) Besondere Funktionen des „rechtlichen Interesses“ in den speziellen Vorschriften . . . . . 110
(1) Nebenintervention gemäß § 66 ZPO . . . . . 110
(2) Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO . . . . . 111
(3) Klage wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung, § 259 ZPO . . . . . 111
dd) Zusammenfassung . . . . . 112
VIII. Ungeschriebene Generalklauseln als verdeckte Methodenregeln . . . . . 113
1. Generalklauseln als Ermächtigung zu Rechtsfortbildungen . . . . . 113
a) Normative Probleme . . . . . 113
b) Mißverständnisse und Fehlanreize . . . . . 114
2. Gleichbehandlung von materiellem Recht und Prozeßrecht . . . . . 116
IX. Zusammenfassung . . . . . 117

*Teil 3*: *Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als konkrete Sachregelungen – allgemeine Grundlagen*

§ 6. Sachliche, teleologische und ethische Grundlagen der konkreten Regelbildungen und Entscheidungen . . . . . 121
I. Allgemeines zum Zweck ungeschriebener Normen . . . . . 121
II. Fehlendes Interesse oder überwiegendes Gegeninteresse als Rechtfertigung der Rechtsschutzschranken? . . . . . 124
III. Schutz von Allgemeinheit und Gegner – konsequentialistische Begründung der Regelungen . . . . . 126
IV. Korrekturen des Verfahrensverlaufs . . . . . 127
V. Eigenständige prozeßrechtliche Wertungen . . . . . 128
VI. Deontische Grundlagen der Regelbildung . . . . . 130
1. Gemengelage deontischer und konsequentialistischer Normgrundlagen . . . . . 130
2. Widersprüche zur materiellrechtlichen Vorentscheidung . 132
VII. Konkurrenz verschiedener Sachgesichtspunkte . . . . . 134
VIII. Nachteile der Allgemeinheit und des Gegners durch Prozesse 136
1. Allgemeininteressen . . . . . 136
a) Kosten für den Staatshaushalt . . . . . 137
b) Nachteile für andere Rechtsschutzsuchende – Funktionsfähigkeit des Zivilprozesses . . . . . 139
c) Ideelle Nachteile des Staats oder der Allgemeinheit . . . 141

d) Nachteile der Regelungen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 142
2. Nachteile des Gegners . . . . . 143

§ 7. Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht . . . . . 145
I. Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht . 146
1. Ausgangspunkt: Gegenstand des materiellen Rechts . . . . 146
2. Irrelevanz des umstrittenen Prozeßzwecks für die Abgrenzungsfrage . . . . . 147
3. Vom materiellrechtlichen „Sollen" zum prozessualen „Sein" – funktionaler Bezug des Prozeßrechts zum materiellen Recht . . . . . 148
4. Die besondere dogmatische Funktion und Struktur des Prozeßrechts in Abgrenzung zum materiellen Recht – Zuordnung von subjektiven Rechten und Pflichten zum materiellen Recht . . . . . 149
5. Prozeßrecht als öffentliches Recht . . . . . 152
6. Prozeßrecht als verfahrensbezogene Handlungsanweisung an das Gericht . . . . . 153
II. Zuordnung der Regelungen zum Prozeßrecht oder materiellen Recht – Abgrenzung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit . . . . . 153
1. Systematische Neutralität der Zwecke und Wertungsgrundlagen . . . . . 156
2. Bezug zum im Prozeß geltend gemachten („streitgegenständlichen") materiellen Recht . . . . . 157
a) Allgemeiner materiellrechtlicher Bezug des Rechtsschutzgrundes und der §§ 256 I, 259 ZPO . . . . 157
b) Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 162
3. Rechtsschutzbedürfnis als Teil der Sachprüfung und -entscheidung . . . . . 163
4. Doppelfunktionale Betrachtung des „Rechtsmißbrauchs" 165
5. Dogmatische Unterordnung des Prozeßrechts unter das materielle Recht? . . . . . 171
6. Sachgründe für die Auflösung der Konkurrenz . . . . . 171
a) Streng- oder Freibeweisverfahren . . . . . 172
b) Unterschiedliche Reichweite der Rechtskraft . . . . . 172
aa) Sperrwirkung . . . . . 172
bb) Präjudizielle Wirkung . . . . . 173

§ 8. Normative Grundlagen der Regelungen . . . . . 175
I. Versteckte Regelung der Reichweite des Rechtsschutzes durch das Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 176
II. Versteckte Integration von Interessenbewertungen durch ungeschriebene Generalklauseln am Beispiel der „Prozeßökonomie“ . . . . . 178
III. Bedeutung der Teleologie für die Gesetzeskorrektur . . . . . 179
1. „Rechtsmißbrauch“ zwischen Teleologie und Deontologie 180
2. Grenzen der teleologischen Korrektur am Beispiel der „Erschleichung“ und „mißbräuchlichen“ Wahl von Gerichtsständen . . . . . 183
3. „Prozeßzweck“ und Rechtsschutzschranken . . . . . 188
a) Gegenstand der Zweckbestimmung . . . . . 190
b) „Prozeßzwecke“ . . . . . 190
c) Methodische Funktion der Teleologie bei den Rechtsschutzschranken . . . . . 193
d) Normzweck und weitere Rechtsfolgen . . . . . 196
e) Inhaltliche Grenzen bei der Ableitung von Rechtsschutzschranken aus dem „Prozeßzweck“ . . . . 197
aa) Unpräziser „Prozeßzweck“ und fehlender Ableitungszusammenhang zwischen Zweck und Mittel . . . . . 197
bb) Unbegründete Klagen . . . . . 198
cc) Verschiedene Rechtsschutzmöglichkeiten . . . . . 199
dd) „Unnötige“ Verfahren . . . . . 200
IV. „Prozeßrechtsverhältnis“ und „Sonderverbindung“ . . . . . 200
1. „Prozeßrechtsverhältnis“ als Versuch einer begrifflichen Durchdringung des Prozeßrechts . . . . . 201
2. Pflichten und Rechte als Elemente des „Prozeßrechtsverhältnisses“ – Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht . . . . . 201
3. „Prozeßrechtsverhältnis“ als Gegenstand von Treu und Glauben . . . . . 203
4. Begründung von Rechtsfolgen aus dem „Prozeßrechtsverhältnis“ . . . . . 204
5. „Sonderverbindung“ als Voraussetzung von Treu und Glauben – Prozeß als „Sonderverbindung“ . . . . 206
a) Gesetzliche Grundlage der „Sonderverbindung“ als Voraussetzung von Treu und Glauben . . . . . 207
b) „Sonderverbindung“ als sachliche Grundlage von Rechtsfolgen . . . . . 208

c) „Sonderverbindung“ und universelle Anwendbarkeit von Treu und Glauben . . . . . 209
d) „Sonderverbindung“ zwischen Partei und Staat . . . . . 210
6. Folgerungen für das Prozeßrecht – Differenzierungen beim Maßstab der Korrekturen . . . . . 211
V. Treu und Glauben zwischen Partei und Gericht . . . . . 214
VI. Institutioneller Gehalt des Justizgewähranspruchs als Schranke . . . . . 217
VII. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit des Rechtsschutzes . . 219
VIII. Folgenabwägung als Grundlage der „Prozeßökonomie“ . . . 221
1. Mögliche Funktionen der ökonomischen Betrachtung . . . 221
2. Normative Bedeutung der „Prozeßökonomie“ – materielle Interessenabwägung . . . . . 222
IX. Vorentscheidungen des materiellen Privatrechts . . . . . 224
1. Materielle Wirkungen des Prozeßrechts als Ausgangspunkt für die Korrekturinstrumente . . . . . 224
2. „Wechselwirkungen“ zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht . . . . . 224
a) Zwingende äußere rechtstheoretische Trennung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht . . . . . 225
b) Unterscheidung zwischen funktionaler Trennung und Inhalt . . . . . 227
3. Treu und Glauben als Mittel zur Integration von materiellrechtlichen Wertungen am Beispiel rechtswidrig erlangter Beweismittel . . . . . 228
4. Zu begründende Rechtsfolgen . . . . . 230
5. Gründe für die Übernahme von materiellrechtlichen Regelungen in das Prozeßrecht . . . . . 231
a) „Dienende“ Funktion des Prozeßrechts . . . . . 231
b) Ausübung materieller Privatrechte im Prozeß – Wirkungen des streitgegenständlichen Rechts im Prozeß . . . . . 232
c) Schutz der Grundrechte des Gegners . . . . . 234
6. Konkrete materiellrechtliche Wertungen für die Prozeßabweisung . . . . . 235
a) Keine Analogien zu Generalklauseln und deren „Konkretisierungen“ . . . . . 235
b) § 1004 BGB . . . . . 237
c) § 226 BGB . . . . . 238
7. Materiellrechtliche Wertungen für die Kostenlast . . . . . 238
X. Regelungslücken im europäischen Einheitsrecht . . . . . 239

§ 9. Schranken ungeschriebener Korrekturinstrumente . . . . . 241
I. Vorrang der gesetzgeberischen Entscheidung . . . . . 242
1. Lückenerfordernis? . . . . . 242
2. Vorrang nur von Vorschriften, die Ausfluß von Treu und Glauben sind? . . . . . 243
3. Vorrang des Zwecks der Gesetzesnorm vor der ungeschriebenen Regelung . . . . . 244
4. Vorrang der teleologischen Rechtsfortbildung . . . . . 245
II. Überschneidungen mit speziellen ungeschriebenen Zulässigkeitsregelungen . . . . . 248
III. Korrekturresistente Normen des Prozeßrechts . . . . . 251
1. Rechtssicherheit im Prozeßrecht . . . . . 251
a) Unterschiedliche Perspektiven der Rechtssicherheit im Prozeßrecht . . . . . 251
b) Vertrauen auf die Geltung des Prozeßrechts . . . . . 252
c) Allgemeininteressen an der Förmlichkeit des Prozeßrechts . . . . . 254
2. Politische Wertungen im internationalen Prozeßrecht . . . 254
3. Besondere Arten von Rechtssätzen . . . . . 255
a) Formvorschriften und Fristen . . . . . 255
b) Vereinfachende Typisierungen . . . . . 255
aa) Zuständigkeitsvorschriften . . . . . 256
bb) Prozeßfähigkeit . . . . . 256
4. Amtsprüfung und fehlende Dispositionsbefugnis – Selbstbindung durch „arglistiges“ Verhalten . . . . . 257
5. Durch „Arglist“ verursachte Unzulässigkeit der Prozeßhandlung . . . . . 259
IV. Staatliche Kosten und richterliche Kompetenz . . . . . 261
V. Wertung des § 765a ZPO . . . . . 263
1. Gründe für die Unterschiede im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren . . . . . 263
2. § 765a ZPO als Vorbild auch für das Erkenntnisverfahren 265
VI. Wertung des § 93 ZPO . . . . . 267
1. Vorrang des § 93 ZPO bei nicht veranlaßter Klage . . . . . 267
2. § 93 ZPO als Argument für die generelle Nichtexistenz oder den beschränkten Schutzzweck des Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 268
VII. Justizgrundrechte . . . . . 270
1. Allgemeiner Justizgewähranspruch . . . . . 270
a) Normative Grundlage des allgemeinen Justizgewähranspruchs . . . . . 270
b) Wirkungsweise des Justizgewähranspruchs . . . . . 271

c) Verletzung des Justizgewähranspruchs durch die Regelung des Rechtsschutzbedürfnisses und vergleichbare Korrekturinstrumente . . . . . 272
d) Mehrere Rechtsschutzmöglichkeiten . . . . . 273
aa) Kein Anspruch auf ein bestimmtes Verfahren . . . . 273
bb) Verzögerungen und Mehrkosten . . . . . 274
e) „Nutzlose" Rechtsschutzbegehren . . . . . 275
f) „Unnötige" Rechtsschutzbegehren . . . . . 277
g) „Mißbräuchliche" Rechtsschutzbegehren . . . . . 277
2. Anspruch auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 I 2 GG . . . . . 278
a) Rechtsschutzbedürfnis als absolute Schranke für „nutzlose", „unnötige" oder sonst in sich mißbilligte Rechtsschutzbegehren . . . . . 279
b) Rechtsschutzbedürfnis als Zuständigkeitsregelung im Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG . . . . . 280
c) „Forum non conveniens" und Art. 101 I 2 GG . . . . . 281
d) Prüfung der ungeschriebenen Norm . . . . . 283
e) Fehlende gesetzliche Regelung . . . . . 283
f) „Gewohnheitsrecht", „Richterrecht" und „Rechtsfortbildungen" als Regelung des „gesetzlichen" Richters? . . . . . 285
g) Auflösung von Rechtsschutzkonkurrenzen durch Gesetzesauslegung . . . . . 287
h) „Mißbräuchliche" Richterablehnung . . . . . 288

## *Teil 4: Analyse und Kritik einzelner Regelbildungen*

§ 10. Zweck- und Motivkontrolle zwischen Teleologie, Konsequentialismus und Deontologie . . . . . 293
I. Abgrenzung verschiedener Regeln . . . . . 295
II. Handlungszweck und Normzweck . . . . . 298
III. Ethische Grundlagen . . . . . 300
IV. Praktische Einwände . . . . . 301
V. Zweckstaffelungen und Zweckmehrheiten . . . . . 302
1. Übereinstimmung von subjektivem Zweck und Normzweck . . . . . 302
2. Ausschluß „unlauterer" Zwecksetzungen . . . . . 303
VI. Prozeßtaktik und Normzweck . . . . . 304
VII. Motiv- und Zweckkontrolle bei mißbilligten objektiven Wirkungen . . . . . 304

VIII. Subjektiver „Rechtsmißbrauch“ und generelle Gesetzeskorrektur . . . . . 308
1. „Mißbräuchliche“ Richterablehnung . . . . . 309
2. „Scheinprozesse“ . . . . . 310
3. „Mißbräuchliche“ Anfechtungsklagen . . . . . 312
4. „Mißbräuchliche“ Gerichtsstandswahl . . . . . 313
5. „Erschleichung“ der Zuständigkeit nach § 23 ZPO . . . . . 314

§ 11. Geschützte Rechtsschutzinteressen und Statthaftigkeit der Verfahren – „Nützlichkeit“ des Verfahrens . . . . . 317
I. Regelung der geschützten Rechtsschutzinteressen . . . . . 317
1. Grundsatz: Regelung der geschützten Interessen durch das materielle Recht . . . . . 317
2. Rechtsschutzbegründung durch das Feststellungsinteresse 318
II. „Nutzlosigkeit“ des Verfahrens und ihre dogmatische Erfassung . . . . . 321

§ 12. Rechtlich angestrebte Rechtsschutzwirkungen – „Erforderlichkeit“ des Verfahrens . . . . . 325
I. Rechtlich angestrebte Rechtsschutzwirkungen am Beispiel eines bestehenden Vollstreckungstitels . . . . . 326
1. Rechtskraft als rechtlich angestrebtes Ziel des Prozesses . . 327
2. Konkrete Erforderlichkeit der Rechtskraft . . . . . 328
3. Wertung des § 256 I ZPO – Subsidiarität der Feststellungsklage? . . . . . 329
4. Darlegungs- und Beweislast – Ungleichbehandlung von Vollstreckbarkeit und Rechtskraft . . . . . 330
5. Wertungswidersprüche zur fehlenden Vollstreckungsmöglichkeit . . . . . 331
6. Probleme einer Einzelfallbetrachtung . . . . . 334
7. Interessen des Beklagten . . . . . 336
8. Interessen der Allgemeinheit . . . . . 337
II. Außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten . . . . 339
1. Selbsthilfe . . . . . 339
2. Verwertbare Sicherheiten . . . . . 340
3. Aufrechnung . . . . . 341
III. Regelung der Konkurrenz materieller Rechte durch die „Erforderlichkeit“ des Rechtsschutzes . . . . . 342

§ 13. Verhältnismäßigkeit und Effizienz des Verfahrens – Rechtsschutzkonkurrenzen . . . . . 345
I. Bedeutung der Abstraktionshöhe der Norm . . . . . 347
II. Vorrang des Gesetzes bei Rechtsschutzkonkurrenzen . . . . . 348

1. Ergänzende Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses . . . . 348
2. Axiomatische Verselbständigung des Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 349
3. Grenzen formaler Konkurrenzregeln am Beispiel der Spezialität . . . . . 350
4. Grenzen der Auslegung und deren Abgrenzung vom Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 351
5. Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB . . . . . 353
6. Grundsätzliche Wahlfreiheit als objektive Konkurrenzregel – Erheblichkeitsschwelle für die Anwendung der Generalklausel . . . . . 354
7. Weitergehende methodische Bedenken gegen eine Regelung von Rechtsbehelfskonkurrenzen durch das Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 356
a) Rechtsbehelfskonkurrenz als gesetzlicher Normalfall – Ausnahmefunktion des Rechtsschutzbedürfnisses . . . 356
b) Rechtsschutzbedürfnis und (hypothetischer) Wille des Gesetzgebers . . . . . 357

III. Probleme eines Effizienzvergleichs . . . . . 357
1. Bestimmung des konkreten Rechtsschutzziels . . . . . 357
a) Vom Prozeßantrag verschiedene Endziele . . . . . 358
b) Vermengung von materiellem Recht und Prozeßrecht . . 360
c) Schwierigkeiten der Bestimmung des Rechtsschutzziels unabhängig vom konkreten Antrag – Unterstellungen und Bevormundung . . . . . 364
2. Vergleich der Wirkungen der Verfahren . . . . . 366
a) Abstrakt-normative Unmöglichkeit eines Effizienzvergleichs von Rechtsbehelfen . . . . . 366
b) Unbestimmte Wertungsbegriffe in Rechtsprechung und Literatur . . . . . 367
c) Vollstreckungsfähigkeit und Rechtskraft . . . . . 368
d) Abstriche bei Aufklärung und Kompetenz . . . . . 369
aa) Unterschiede in der zur Prüfung und Entscheidung berufenen Person . . . . . 370
bb) Unterschiede im Prüfungsumfang . . . . . 370
e) Billigung der geringeren Verfahrenswirkungen durch den Gesetzgeber? . . . . . 371
3. Prognose über den konkreten Rechtsschutzbedarf . . . . . 372
a) Prognose über den wahrscheinlichen Rechtsschutzbedarf im konkreten Fall . . . . . 372
b) Keine Nachteile der Allgemeinheit durch die Sachprüfung bei klarer Tatsachen- und Rechtslage . . . 373

c) Obliegenheit des Gegners zum Anerkenntnis bei klarer Tatsachen- und Rechtslage . . . . . 375
4. Unklare und problematische Kriterien für die Effizienzbewertung . . . . . 376
a) Effizienzkriterien und materieller Geltungsgrund . . . . 377
aa) „Billiger“ . . . . . 378
bb) „Einfacher“ . . . . . 379
cc) „Schneller“ . . . . . 380
b) Unterschiedliche Bedeutung der Kriterien für die verschiedenen Schutzobjekte . . . . . 381
c) Maßstab der Verhältnismäßigkeit . . . . . 381
5. Effizienzvergleich zwischen Prozeßabweisung und Durchführung des Verfahrens . . . . . 381
IV. De minimis non curat praetor . . . . . 382

§ 14. Regelbildungen unter Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 387
I. Gegenstand von „Rechtsmißbrauch“ und „Verwirkung“ im Prozeßrecht . . . . . 387
II. Treu und Glauben als Grundlage von Verhaltenspflichten . . 392
III. „Verbot“ oder „Unmöglichkeit“, sich auf Umstände und Verfahrensrecht zu „berufen“ . . . . . 394
IV. Allgemeinere Regelungen unter Treu und Glauben . . . . . 395
1. „Verbot widersprüchlichen Verhaltens“ am Beispiel der „Pingpong-Einrede” . . . . . 396
2. Vertrauensschutz . . . . . 401
a) Änderung und Rücknahme von Prozeßhandlungen – Gesetz, Vertrauen und Vertrauensschutz . . . . . 402
b) Rechtsinformationen und Tatsachenaussagen . . . . . 403
c) Vorrang des Prozeßvertrags . . . . . 404
d) Prozeßrecht als Regelung des Streits und Mißtrauens . . 405
e) Vertrauensschutz gegenüber dem Gericht . . . . . 406
V. Konkrete Regeln unter Treu und Glauben . . . . . 406
1. „Arglistig“ herbeigeführter Rechtsmittelverzicht . . . . . 407
2. „Rechtsmißbräuchlich“ beantragte öffentliche Zustellung 408
3. Materiellrechtliche Lage und formelle Vollstreckungsvoraussetzungen . . . . . 409
4. Prozeßverträge . . . . . 411
5. „Rechtsmißbräuchliche“ Kostenfestsetzungsanträge . . . . 413
6. „Treuwidrige“ Geltendmachung der Formwidrigkeit eines Prozeßvergleichs . . . . . 416
VI. Zusammenfassende Bewertung . . . . . 417

§ 15. Dogmatische Ausgestaltung und Rechtsfolgen der Normen zum Rechtsschutzbedürfnis und zu Treu und Glauben . . . . . 419
I. Einführung der Regelungen und der für sie bedeutsamen Tatsachen in den Prozeß . . . . . 419
1. Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . . 420
2. Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 422
3. Abweichende Regelung in § 765a ZPO . . . . . 422
4. Einführung der Tatsachen in den Prozeß . . . . . 425
5. Allgemeininteressen als Grund für die Berücksichtigung von Amts wegen . . . . . 425
II. Geeignetheit und Erforderlichkeit der Rechtsfolgen . . . . . 428
1. Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als Prozeßvoraussetzungen oder Prozeßhindernisse . . . . 428
a) Vorverständnis . . . . . 428
b) Begriff der Prozeßvoraussetzung und seine Bedeutung 429
c) Rechtsfolgen – überschießende Verknüpfung von Prozeßabweisung und Kostenlast . . . . . 430
2. Sachentscheidung trotz fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses oder Verstoßes gegen Treu und Glauben – Kostenabwälzung als ausreichende Rechtsfolge . . . . . 431
a) „Rechtsschutzanspruch", „Rechtsschutzvoraussetzungen" und „bedingte" Prozeßvoraussetzungen – zur Dogmen- und Begriffsgeschichte . . . . . 432
b) Teleologische Gründe für Sachentscheidungen trotz fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 435
c) Stattgebende Entscheidung trotz fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 437
aa) Kostenlösung bei feststehender Begründetheit . . . 437
bb) Anerkenntnisurteil trotz fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses . . . . . 441
d) Prognoseentscheidung . . . . . 443
e) Kostenlösung in anderen Fällen . . . . . 444
aa) Nicht durch den Prozeßkostenersatz ausgeglichene Nachteile . . . . . 444
bb) Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls . . 445
f) Fälle von nicht nur ökonomisch mißbilligten Rechtsschutzbegehren . . . . . 446
3. Alternative Rechtsfolgen bei den Rechtsschutzkonkurrenzen . . . . . 447
a) Ermäßigung der Gerichtsgebühren . . . . . 447

b) Verweisung gemäß § 281 ZPO analog . . . . . 447
4. Zusammenfassende Erwägungen zur Dogmenbildung beim Rechtsschutzbedürfnis . . . . . 448
III. Rechtsmittel wegen fehlerhafter Anwendung ungeschriebener Korrekturinstrumente . . . . . 449
1. Fehler bei der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisses als rechtsmittelbewehrte Verfahrensfehler . . . . . 449
2. Zweckwidrige Wirkungen im Rechtsmittelverfahren . . . . 450
3. Beschränkung der Rechtsmittel . . . . . 451

§ 16. Fazit und Zusammenfassung . . . . . 453
I. Allgemeine Schlußbemerkungen . . . . . 453
II. Zusammenfassung der Einzelergebnisse . . . . . 458

Literaturverzeichnis . . . . . 465

Stichwortverzeichnis . . . . . 487

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| a. F. | alte Fassung |
| a. M. | am Main |
| AAWW | Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften – philosophisch-historische Klasse |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AG | Amtsgericht |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis |
| AK-BGB | Alternativkommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| AktG | Aktiengesetz |
| AnfG | Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz) |
| Anm. | Anmerkung(en) |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| AP | Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis |
| ArbG | Arbeitsgericht |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| B/L/A/*Hartmann* | Baumbach/Lauterbach/Albers/*Hartmann* |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts |
| BB | Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| BeckOGK-BGB | Beck-Online-Großkommentar, BGB |
| BeckOK-BGB | Beck'scher Online-Kommentar, BGB |
| BeckOK-GBO | Beck'scher Online-Kommentar, GBO |
| BeckOK-ZPO | Beck'scher Online-Kommentar, ZPO |
| BeckRS | Elektronische Entscheidungsdatenbank von beck-online |
| Begr. | Begründer |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BonnKomm | Bonner Kommentar zum Grundgesetz |
| BT-Dr. | Drucksachen des Deutschen Bundestages |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |

| | |
|---|---|
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| CPO | Civilprozeßordnung |
| DB | Der Betrieb |
| DDR | Deutsche Demokratische Republik |
| dems. | demselben |
| dens. | denselben |
| ders. | derselbe |
| DGVZ | Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung |
| dies. | dieselbe |
| Diss. | Dissertation |
| DJZ | Deutsche Juristen-Zeitung |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| DRiG | Deutsches Richtergesetz |
| DWiR | Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche |
| EMRK | Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| ErfurterKomm | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht |
| ERPL | European Review of Private Law |
| etc. | et cetera |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuGVVO | Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EzR | Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie |
| f., ff. | folgende |
| FamRZ | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| FG | Festgabe |
| FGPrax | Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| Fn. | Fußnote(n) |
| FS | Festschrift |
| GBO | Grundbuchordnung |
| GG | Grundgesetz |
| GKG | Gerichtskostengesetz |
| Großkomm-AktG | Aktiengesetz. Großkommentar |
| Gruchot | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRURInt | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil |
| GRUR-RR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungs-Report |
| GS | Gedächtnisschrift |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| Habil. | Habilitationsschrift |
| HdbIZVR | Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts |
| HessStGH | Staatsgerichtshof des Landes Hessen |

| | |
|---|---|
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| Hk-BGB | Nomos-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar |
| HKK | Historisch-kritischer Kommentar zum BGB |
| Hk-ZPO | Nomos-Kommentar, Zivilprozessordnung, Handkommentar |
| HRG | Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte |
| hrsg. | herausgegeben |
| Hrsg. | Herausgeber |
| Hrsgg. | Herausgeber (Plural) |
| IHK | Industrie- und Handelskammer |
| IZVR | Internationales Zivilverfahrensrecht |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JBl. | Juristische Blätter |
| JR | Juristische Rundschau |
| JURA | Juristische Ausbildung |
| jurisPK-BGB | juris Praxiskommentar BGB |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| KG | Kammergericht Berlin |
| KölnerKomm-AktG | Kölner Kommentar zum Aktiengesetz |
| KV | Kostenverzeichnis |
| LG | Landgericht |
| LM | Lindenmaier/Möhring – Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MünchKomm-AktG | Münchener Kommentar zum Aktiengesetz |
| MünchKomm-AnfG | Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz |
| MünchKomm-BGB | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| MünchKomm-ZPO | Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung |
| NdsRpfl | Niedersächsische Rechtspflege |
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| NK-BGB | Nomos-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch |
| Nr. | Nummer |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NVwZ-RR | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht |
| NZFam | Neue Zeitschrift für Familienrecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht |
| NZM | Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht |
| OGH | Oberster Gerichtshof |

| | |
|---|---|
| ÖJZ | Österreichische Juristen-Zeitung |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGZ | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen |
| pr. | principio |
| PWW | Prütting/Wegen/Weinreich |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RG | Reichsgericht |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| RGSt | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn. | Randnummer(n) |
| RNotZ | Rheinische Notar-Zeitschrift |
| Rpfleger | Der Deutsche Rechtspfleger |
| S. | Seite(n) |
| SchiedsVZ | Zeitschrift für Schiedsverfahren |
| Sp. | Spalte(n) |
| StPO | Strafprozeßordnung |
| SZ (Rom. Abt.) | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung |
| u.a. | und andere |
| UmwG | Umwandlungsgesetz |
| UrhG | Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| v. | von |
| VersR | Versicherungsrecht |
| vgl. | vergleiche |
| VIZ | Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| ZGS | Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZS | Zivilsenat |
| zugl. | zugleich |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |
| ZUM-RD | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Rechtsprechungsdienst |
| ZWE | Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozess/Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß |

# Einleitung

Die ZPO enthält keine allgemeinen Vorschriften zu „Rechtsschutzbedürfnis" und „Treu und Glauben".[1] Dennoch ist heute fast allseits anerkannt, daß derartige Regelungen im Zivilprozeßrecht als ungeschriebene Normen gelten.[2] Das Rechtsschutzbedürfnis wird als eine generelle Zulässigkeitsvoraussetzung für Klagen und sonstige Rechtsschutzanträge aufgefaßt. Es soll Rechtsschutzbegehren abwehren, die „nutzlos", „unnötig" oder aus anderen Gründen (etwa wegen unlauterer Motive des Rechtsschutzsuchenden) zu mißbilligen sind.[3] Treu und Glauben fungiert als allgemeiner Maßstab für prozessuale Vorgänge. Die theoretische und praktische Bedeutung dieser Vorschriften ist enorm. Es gibt kaum ein prozeßrechtliches Problem, für dessen Lösung nicht auch ein Rückgriff auf das Rechtsschutzbedürfnis oder Treu und Glauben vorgeschlagen wird. Man übertreibt deshalb wohl nicht, wenn man diese Normen zu den wirkmächtigsten Regelungen des Zivilprozeßrechts zählt. Um so bemerkenswerter und auch problematischer ist es, daß bei ihnen so vieles unklar ist. Denn der Konsens, der in Rechtsprechung und Literatur zum Rechtsschutzbedürfnis und zu Treu und Glauben im Prozeßrecht weitgehend besteht, bezieht sich zunächst nur auf die sehr abstrakte Aussage, daß es überhaupt diese Vorschriften gibt. Soweit es hingegen um Detailfragen geht, etwa die konkrete Formulierung der Normen, ihre Zwecke, die Abgrenzung zwischen ihnen und die von ihnen erfaßten Fälle, trifft man auf die unterschiedlichsten Auffassungen.

Ein Grund für die Schwierigkeiten beim Rechtsschutzbedürfnis und bei Treu und Glauben im Prozeßrecht ist, daß es sich um ungeschriebene Normen handelt. Deshalb ist schon fraglich, wie sich die Normen mangels Gesetzestexts überhaupt inhaltlich konstituieren, woraus man also ihren konkreten Tatbe-

---

[1] § 765a ZPO ermöglicht es immerhin, daß eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung daraufhin überprüft wird, ob sie „eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist".

[2] Vgl. etwa schon 1918 RGZ 91, 390, 397 f.: „Daß aber ein Rechtsschutzinteresse jeder Klage zugrunde liegen muß, ist in der Rechtslehre und auch in der Rechtsprechung anerkannt"; ferner 1941 *de Boor*, Gerichtsschutz, 53: „heute jedenfalls hat sich der Gedanke des Rechtsschutzbedürfnisses ganz allgemein durchgesetzt"; zu Treu und Glauben im Prozeßrecht vgl. etwa die apodiktische Aussage in *BGH*, NJW 1978, 426. Es gibt aber auch immer wieder kritische Stimmen; zum Rechtsschutzbedürfnis etwa *Allorio*, ZZP 67 (1954), 321 ff.; *Pohle*, FS Lent, 195 ff.; *Fasching*, Rn. 741 ff.; *Schumann*, FS Fasching, 439 ff.; Stein/Jonas/*Roth*, vor § 253 Rn. 133 ff.; zu Treu und Glauben im Prozeßrecht jüngst *Prütting*, FS Stürner, 455 ff.; *Paulus*, Rn. 330.

[3] Zum Anwendungsbereich näher unter § 2.II.

stand und ihre Rechtsfolgen ableiten kann. Das ist ein generelles, jedoch kaum beachtetes Problem ungeschriebener Normen, das hier exemplarisch näher beleuchtet werden soll.[4] Wie stets bei ungeschriebenen Normen stellt sich auch beim Rechtsschutzbedürfnis und bei Treu und Glauben im Prozeßrecht die drängende Frage nach der methodischen und dogmatischen Begründung ihrer Geltung.[5] Es ist vielleicht ein Indiz für die Schwierigkeit einer derartigen Ableitung, daß die Literatur sie eher selten versucht und die Praxis wohl gänzlich auf entsprechende Erörterungen verzichtet.

Daneben wirft vor allem der Bestimmtheitsgrad der hier untersuchten Begriffe und Normen einige Fragen auf. Unter den Ausdrücken „Rechtsschutzbedürfnis" und „Treu und Glauben" lassen sich nämlich Vorschriften ganz unterschiedlicher Abstraktionshöhe identifizieren.[6] Auf der höchsten Abstraktionsstufe ist bei den Normen zu Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben sogar zweifelhaft, ob sie überhaupt einen bestimmten Inhalt haben und haben sollen.[7] Sie lassen sich insofern den Generalklauseln zuordnen. Offenbar hat man sich bei ihnen von Gesetzesvorschriften wie § 242 BGB inspirieren lassen, die teilweise auch im Zusammenhang mit ihrer methodischen und dogmatischen Begründung genannt werden. Jedoch besteht bei den hier untersuchten Regelungen gerade die Besonderheit, daß sie ungeschrieben sind. Es stellt sich deshalb die bisher wohl übersehene Frage, ob sich das Konzept der geschriebenen Generalklauseln, die ursprünglich als (formale) *gesetzliche* Legitimationsgrundlage für inhaltlich nicht unmittelbar vom Gesetz vorbestimmte Entscheidungen entwickelt wurden, überhaupt sinnvoll auf den Bereich des außergesetzlichen Rechts übertragen läßt.[8] Jedenfalls muß man sich bewußt sein, daß ungeschriebene Generalklauseln funktional in den Bereich der außergesetzlichen Rechtsfindung führen.[9] Das wird durch ihre übliche Einordnung als einfache Sachnormen verdeckt.

Unter den Namen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht finden sich aber nicht nur Generalklauseln, sondern auch ganz konkret formulierte Normen, etwa daß eine Klage unzulässig ist, wenn schon ein vollstreckbarer Titel über den eingeklagten Anspruch existiert. Man faßt derartige Regelbildungen als „Konkretisierungen" und „Anwendungen" der ungeschriebenen Generalklauseln auf. Jedoch fragt sich rechtstheoretisch und methodisch, welcher Zusammenhang zwischen den Generalklauseln und den gleichnamigen konkreten Normen besteht, ob diese also aus jenen abgeleitet werden können

---

[4] Hierzu unter § 1.
[5] Hierzu etwa unter § 5.VII und § 8.
[6] Näher hierzu unter § 4.
[7] Hierzu etwa unter § 2.I (Treu und Glauben) und § 2.II.3 (Rechtsschutzbedürfnis).
[8] Hierzu unter § 5.IV.
[9] Hierzu etwa unter § 5.VIII.

und müssen.[10] Von der Beantwortung dieser Frage hängt auch ab, ob die ungeschriebenen Generalklauseln überhaupt eine sinnvolle methodische und dogmatische Funktion haben. Vielleicht lassen sich nämlich die speziellen Normen ohne die Generalklauseln begründen, ausgestalten und anwenden.

Unabhängig von den rechtstheoretischen und methodischen Fragen ist für eine konsistente und überzeugende Ausgestaltung und Anwendung der Normen zum Rechtsschutzbedürfnis und zu Treu und Glauben ausreichende Klarheit über ihre konkreten Zwecke und sachliche Rechtfertigung erforderlich.[11] Die Praxis legt hierüber aber meistens keine Rechenschaft ab. Dabei erscheint gerade dann, wenn – wie hier – die methodische und dogmatische Legitimation einer Norm zweifelhaft ist, die materielle Begründung besonders wichtig. Auch die Literatur schweigt häufig zu diesen Fragen oder es besteht keine Einigkeit. So ist etwa umstritten, ob das Rechtsschutzbedürfnis nur die Allgemeinheit („das Gericht") oder auch den Prozeßgegner vor mißbilligten Verfahren schützen soll, was Auswirkungen auf die nähere Ausgestaltung und Anwendung der Vorschrift haben kann.[12] Häufig geht man auch von ungeprüften Prämissen aus. Zum Beispiel wird regelmäßig ohne weiteres vorausgesetzt, daß alle Gerichtsprozesse mit (finanziellen) Nachteilen für die Allgemeinheit verbunden sind, obwohl dies angesichts des Gebührensystems in manchen Fällen zweifelhaft ist.[13] Wenig geklärt ist auch die ethische Grundlegung der hier untersuchten Normen, weil man in deren Diskussion und Anwendung gleichermaßen Elemente der Deontologie und des Konsequentialismus identifizieren kann.[14] Dabei stellt sich die generelle Frage, inwiefern die Deontologie, bei der eine Handlung oder Zwecksetzung als solche (unabhängig von ihren Folgen) sittlich mißbilligt wird, ein sachgemäßes Konzept für das Zivilprozeßrecht ist.

Auf der dogmatischen Ebene ist zunächst die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht von Bedeutung, die beim Rechtsschutzbedürfnis und bei Treu und Glauben seit jeher Schwierigkeiten bereitet.[15] Ein weiteres Problem ist, daß die „Konkretisierungen" von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben häufig einen sehr dezisionistischen Charakter haben, was methodisch und dogmatisch unbefriedigend ist. Deshalb stellt sich die Frage, welche normativen Vorentscheidungen jedenfalls mittelbar für die (inhaltliche) Legitimation dieser ungeschriebenen Normen von Belang sein können.[16] Hier kommen prozeßrechtliche Erwägungen zum „Prozeßzweck" und zum „Prozeßrechtsverhältnis" ebenso in Betracht wie Vorschriften des Verfassungsrechts

---

[10] Hierzu unter § 5.
[11] Näher hierzu unter § 6.
[12] Hierzu unter § 6.III.
[13] Hierzu unter § 6.VIII.1.a).
[14] Näher hierzu etwa unter § 6.VI.
[15] Hierzu unter § 7.
[16] Hierzu unter § 8.

(zum Beispiel die Grundrechte) und des materiellen Privatrechts (etwa die §§ 226, 823 ff., 1004 BGB). Als potentielle Schranken insbesondere des Rechtsschutzbedürfnisses sind neben den generellen Grenzen einer außergesetzlichen Rechtsfindung (etwa dem Vorrang gesetzgeberischer Wertungen) vor allem die verfassungsrechtlichen Ansprüche auf Justizgewähr und auf den gesetzlichen Richter zu beachten.[17]

Bei der Untersuchung und Kritik der einzelnen Regelbildungen und „Fallgruppen"[18] kann aufgrund der extensiven Anwendung von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben keine Vollständigkeit angestrebt werden. Im Vordergrund stehen deshalb die „Konkretisierungen" und „Anwendungen", an denen sich die wichtigsten Regelungsgedanken und -strukturen exemplarisch darlegen lassen. Dabei soll auch verdeutlicht werden, welche grundsätzlichen Entscheidungen über die Reichweite des Rechtsschutzes und die Ausgestaltung des Prozeßrechts hier jeweils getroffen werden.

Ein weiteres Feld, das einer näheren Betrachtung bedarf, sind die Rechtsfolgen der hier untersuchten Normen.[19] So tendieren Literatur und Rechtsprechung etwa zur pauschalen Prozeßabweisung als Folge des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses. Es fragt sich aber, ob die Prozeßabweisung in manchen Fällen nicht überschießend und zweckwidrig ist. Alternative Rechtsfolgen, wie etwa eine bloße Kostenabwälzung oder eine Verweisung des Verfahrens an andere Gerichte, sind in Deutschland bislang kaum erwogen worden.

Die bisherigen Andeutungen zeigen die enorme Komplexität der Rechtsinstitute Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht. Es geht hier einerseits um die grundlegende methodische Frage, auf welchem Weg notwendig erscheinende Korrekturen und Ergänzungen des geschriebenen Prozeßrechts vorgenommen werden können. Daneben betreffen das Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben aber auch den Inhalt dieser Korrekturen, also ganz konkrete Sachfragen des Zivilprozeßrechts. Gerade diese spezifische Verbindung der abstrakten methodischen Ebene mit der konkreten Sachregelung ist von grundsätzlichem Interesse. Eine isolierte Betrachtung des Rechtsschutzbedürfnisses oder von Treu und Glauben im Prozeßrecht ist dabei schon deshalb nicht sinnvoll, weil in Literatur und Rechtsprechung zwischen beiden Normen nicht einheitlich abgegrenzt wird.[20] Außerdem bestehen zwischen beiden Regelungen weitgehende strukturelle, funktionelle und inhaltliche Überschneidungen, weshalb es zweckmäßig ist, beide Institute insofern auch gemeinsam zu erörtern.

Die Vielschichtigkeit des Untersuchungsgegenstands führt zwangsläufig zu einer differenzierten Betrachtung und Bewertung. Insbesondere ist die gängige

---

[17] Näher hierzu unter § 9.
[18] Hierzu unter §§ 10 ff.
[19] Hierzu unter § 15.
[20] Hierzu unter § 2.III.

Frage, ob Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben gültige Vorschriften des Zivilprozeßrechts sind, zu pauschal gestellt. Man kann nämlich die mit diesen Ausdrücken bezeichneten Generalklauseln als solche – etwa aus methodischen Gründen – ablehnen und dennoch die ihnen zugeordneten speziellen Normen („Konkretisierungen") akzeptieren. Generell gelten für diese beiden Normgruppen ganz unterschiedliche methodische, dogmatische und sachliche Erwägungen. Ein wesentliches Ziel dieser Untersuchung ist es deshalb, zunächst die scheinbaren Einheiten, Selbstverständlichkeiten und vorschnellen Pauschalierungen im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzbedürfnis und mit Treu und Glauben im Prozeßrecht aufzubrechen. Erst dann ist es möglich, die richtigen Fragen im richtigen Zusammenhang zu stellen. Der thematische und methodische Bogen, den diese Untersuchung dabei spannt, ist weit. Er reicht von der empirisch-historischen Begriffs- und Normbestimmung[21] über die rechtstheoretische Analyse und Kritik der ungeschriebenen Generalklauseln[22] bis zur Erörterung der sachlichen Grundlagen und der Dogmatik der speziellen Vorschriften[23]. Dennoch kann hier keine Vollständigkeit erreicht werden. Das gilt insbesondere für die historische Betrachtung, die Probleme der außergesetzlichen Rechtsfindung und die uferlose Kasuistik.

[21] Teil 1.
[22] Teil 2.
[23] Teile 3–4.

Teil 1

# Empirische Gestalt der Regelungen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht

# § 1. Gegenstand der Untersuchung – Konstitution von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht

## I. Empirische Positivität der Regelungen als Ausgangspunkt der Untersuchung

Gegenstand dieser Untersuchung sind die Regelungen „Rechtsschutzbedürfnis" und „Treu und Glauben im Prozeßrecht". Auf den ersten Blick mutet diese Themenstellung nicht ungewöhnlich oder problematisch an, sondern eher naheliegend. Immerhin scheint es sich hierbei um in Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannte Begriffe und Normen zu handeln. Sieht man etwas genauer hin, so tauchen aber grundsätzliche Fragen zu dieser Themenstellung auf, die gleichermaßen den Gegenstand und den Zweck der Untersuchung betreffen.

Bei einer rechtsdogmatischen Untersuchung, die sich mit dem geschriebenen Recht beschäftigt, ist der Gegenstand der Untersuchung normalerweise einfach und klar zu bestimmen – er liegt in einer Norm, die durch den Gesetzestext formuliert wird. So kann man etwa untersuchen, was eine „Pflichtverletzung" gemäß § 280 I BGB oder eine „Aufwendung" im Sinne von § 670 BGB ist. Durch die Benennung der Gesetzesnorm ist der Gegenstand eindeutig bestimmt. Aus der Kodifizierung der Norm ergibt sich auch ohne weiteres deren rechtliche Geltung. Der Gesetzes*text* ist hierbei ein in seiner Existenz und rechtlichen Gültigkeit unbestrittener „positiver" Fixpunkt für die Untersuchung, mag ihm auch aus sprachtheoretischer Sicht kein feststehender Inhalt zukommen.[1] Aussagen über den Gesetzestext, die Norm und die in ihr enthaltenen Begriffe sind grundsätzlich beschreibend, nicht präskriptiv gemeint. Man sagt hier nicht, was auf welche Weise geregelt sein *sollte*, sondern was in welcher Form vom Gesetz(-geber) geregelt *ist*.[2] Deshalb ist auch ohne weiteres die Aussage möglich, ein Gericht wende die Gesetzesnorm falsch an oder ein Autor verstehe sie falsch.

---

[1] Eingehend zur Geltung und den „Bedeutungen" des Normtexts *Müller/Christensen*, Rn. 185 ff.

[2] Zum präskriptiven oder beschreibenden Gehalt dogmatischer Aussagen vgl. nur *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in: EzR, Rn. 9 f.; *Bumke*, JZ 2014, 641, 646 ff. Eine andere Frage ist, ob nicht objektiv wegen mehrerer möglicher Bedeutungen des Texts am Schluß eine festsetzende Entscheidung für eine Bedeutung erforderlich ist; so *Müller/Christensen*, Rn. 186.

Freilich ist auch der Gesetzestext nicht mehr als ein Ausgangspunkt, weil die Worte des Gesetzes nur ein Bruchteil dessen ausmachen, was man als Teil des „geschriebenen" Rechts versteht. Auch dieses erhält seinen vollen Gehalt erst durch die *ungeschriebene* Dogmatik und Kasuistik, welche die einzelnen Vorschriften konkretisieren, systematisieren und somit ihren Gehalt erst anschaulich und für die praktische Rechtsanwendung brauchbar machen.[3] Aber auch für diese Dogmatik haben der Gesetzestext und dessen Systematik als *gesetzliche* Positivierungen eine überragende Bedeutung.[4] Das gilt insbesondere dann, wenn man die Grenze zwischen der Gesetzesauslegung und der nur unter engen Voraussetzungen zulässigen „Rechtsfortbildung" am möglichen Wortsinn des Gesetzestextes festmacht.[5]

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht sind nicht gesetzlich geregelt. Es handelt sich hierbei also allenfalls um „ungeschriebene" Normen. Somit fehlt ein Gesetzestext als fester Ausgangspunkt, der die Geltung der Norm begründet, zumindest teilweise deren Inhalt festlegt und auch den Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen eindeutig bestimmt. Wie konstituiert sich dann aber eine ungeschriebene Norm und wird als Gegenstand einer wissenschaftlichen Untersuchung hinreichend bestimmbar? Oder anders gefragt: Was ist das Referenzobjekt von Aussagen über „Treu und Glauben im Prozeßrecht" und das „Rechtsschutzbedürfnis"?

Soweit nicht das Gesetz die Bedeutung und die Geltung von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben begründet, müssen diese anders konstituiert werden. Das führt zum unübersichtlichen Bereich außergesetzlicher Normbildung mit empirischen und normativen Aspekten.[6] Daß es an einem Gesetzestext fehlt, bedeutet nicht, daß eine Norm nicht positiviert ist, nicht existiert. Recht kann auch in einem weiteren Sinne „positiv" sein, nämlich immer dann, wenn eine (von sachlicher und rechtlicher Begründung unabhängige) „positive Existenz" besteht.[7] Diese entsteht etwa dadurch, daß Menschen die Geltung

[3] Zu dieser Funktion der Dogmatik vgl. nur *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1, 15 ff.; HKK/*Zimmermann*, vor § 1 Rn. 22 f.; *Bumke*, JZ 2014, 641, 643, 645; *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in: EzR, Rn. 7 ff.; *Hesselink*, 214; historisch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 514 ff. Dem entsprechen funktional auch die Fallnormtheorien, nach denen der Fall nicht anhand der (abstrakten) Gesetzesnorm entschieden wird, sondern erst nach einer konkretisierten „Fallnorm" (*Fikentscher*, Methoden IV, 206 f. und *passim*) bzw. einer erst durch den Richter im konkreten Fall erzeugten Norm (*Müller/Christensen/Sokolowski*, 31 f. und *passim*; namentlich zu Generalklauseln *Müller*, 84 ff.).

[4] Selbst die Fallnormtheorien und sprachkritischen Ansätze behaupten nicht, daß der Gesetzestext ohne Bedeutung sei; vgl. etwa *Fikentscher*, Methoden IV, 220: „Bestätigungshilfe unter mehreren" für die „Fallnormen"; *Müller*, 85: „Signalwirkung des Normtexts".

[5] So die wohl herrschende Meinung, vgl. nur *Bydlinski*, Methodenlehre, 441, 467 ff. m. w. N. zum Streitstand.

[6] Allgemein hierzu etwa *Esser*, Grundsatz; zur Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht neuerdings *Metzger*, 74 ff.

[7] *Röhl/Röhl*, 291; zur Positivierung durch Dogmatik *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 103. – Vgl. auch *Hegel*, § 212; *Binder*, 136: „Die Bedeutung seiner Positivität besteht nur darin, daß es der

von Normen behaupten oder nach ihnen handeln.[8] Auch Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht sind insofern positiviert, als ihnen Rechtsprechung und Literatur Geltung zusprechen und sie praktisch anwenden.[9] In dieser positiven Existenz werden sie zum tauglichen Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung. Ferner kann man hier von einer empirisch-sozialen „Geltung" der Norm sprechen.[10]

Die empirisch-soziale Positivität der ungeschriebenen Normen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht ist auch der Ausgangspunkt für die gängige wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesen Regelungen. Die Autoren knüpfen an Geltungsaussagen in Rechtsprechung und Literatur an oder jedenfalls an ein aus solchen Aussagen gebildetes Vorverständnis. Dieses Vorgehen ist ähnlich „positivistisch" wie die Anknüpfung an den Gesetzestext bei geschriebenen Normen. Aus den mannigfaltigen Geltungsaussagen und Entscheidungen abstrahiert man dann ohne weiteres *einheitliche* Normen (oder „Rechtsfiguren", „Rechtsinstitute", „Rechtsprinzipien" etc.), über die man pauschale Aussagen macht. Die Abstraktion einer einheitlichen Norm geschieht etwa immer dann, wenn gesagt wird, *das* Rechtsschutzbedürfnis oder *der* Grundsatz von Treu und Glauben sei von der herrschenden Meinung anerkannt, aus bestimmten Gründen problematisch etc. Schon jede Überschrift, die die Begriffe „Rechtsschutzbedürfnis" oder „Treu und Glauben" enthält, setzt einen einheitlichen Gegenstand voraus oder suggeriert ihn zumindest. Das ist aber problematisch, weil Ausgangspunkt für die Bestimmung des Gegenstands der Erörterung eigentlich unzählige empirische Geltungsaussagen und Entscheidungen sind. Deshalb kommt es beim Rechtsschutzbedürfnis und bei Treu und Glauben zu dem Phänomen, daß zwar auf der allgemeinsten sprachlichen und begrifflichen Ebene ein Konsens besteht, aber viele *konkrete* Inhalte und Anwendungen, die jenen Regelungen zugesprochen werden, umstritten sind.[11] Hier deutet sich nicht nur der grundlegende rechtstheoretische Unterschied zwischen der Generalklausel und deren „Anwendungen" und „Konkretisierungen" an.[12] Es zeigt sich auch, daß keine einheitliche Vorstellung von der Extension der Normen Rechtsschutzbedürfnis

---

Allgemeinheit des bloßen Begriffes und der Subjektivität der bloßen Meinung entrückt ist […] Der Begriff des Rechts und die aus ihm zu entwickelnden begrifflichen Bestimmungen haben Geltung im Sinne ihrer begrifflichen Notwendigkeit; die Geltung des positiven Rechts ist von anderer Art".

[8] *Röhl/Röhl*, 291; zur Positivierung von „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" durch Anerkennung *Metzger*, 74 ff. m. w. N.

[9] Sprachphilosophisch betrachtet handelt es sich dabei um einen „Sprechakt"; vgl. *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387, 430; *dens.*, AcP 216 (2016), 866, 873.

[10] Zur Abgrenzung von der „normativen" Geltung etwa *Larenz*, Methodenlehre, 195 f.; zur empirisch-sozialen Geltung als Existenzform des Rechts *Zippelius*, Wesen, 14 f.

[11] Vgl. etwa zum Rechtsschutzbedürfnis nur die Kasuistik bei Stein/Jonas/*Roth*, vor § 253 Rn. 133 ff.

[12] Näher hierzu unter § 4.

und Treu und Glauben besteht. Gleiches gilt für die den Regelungen zugrundeliegenden Wertungen und Zwecksetzungen.[13] Empirisch gibt es also überhaupt keine einheitliche Regelung. Problematisch sind deshalb die üblichen *beschreibenden* Aussagen, die genau dies suggerieren. Das Problem dabei ist, daß der konkrete Inhalt der Normen offenbleibt; und zwar nicht erst deshalb, weil „Rechtsschutzbedürfnis" und „Treu und Glauben" auf der höchsten Abstraktionsstufe unbestimmte Begriffe sind (und sein sollen),[14] sondern weil schon auf etwas gedeutet wird („*das* Rechtsschutzbedürfnis"), das es *als solches* – nämlich als einheitliche Norm – nicht gibt.

## II. Empirisch-normative Dialektik ungeschriebener Normen

Die Auseinandersetzung mit dem Rechtsschutzbedürfnis oder Treu und Glauben im Prozeßrecht bleibt aber häufig nicht auf empirisch-beschreibende Aussagen beschränkt, sondern versucht auch eine methodische und dogmatische Grundlegung und Kritik der überkommenen Regelungen.[15] Diese Vermengung des empirisch-positiven Gegenstands der Untersuchung mit der Frage nach dem normativ begründeten „richtigen" Gehalt ist nicht unproblematisch. Sobald man versucht, die empirisch erkannte Regelung auch normativ zu stützten, entsteht eine ganz eigenartige Dialektik von empirischen und normativen Faktoren bei der Konstitution der Norm.[16] Zwar ist es möglich, die Vereinbarkeit der positiven (wenn auch ungeschriebenen) Norm mit anderen Normen zu überprüfen, etwa anerkannten Methodenregeln, Sätzen der wissenschaftlichen Dogmatik oder dem Gesetz. Eine rationale Kritik ist auch im Hinblick auf mögliche Sacherwägungen denkbar, etwa wirtschaftliche Überlegungen.[17] Mit normativen und sachlichen Erwägungen läßt sich aber wohl niemals zwingend nur *eine* bis in jede Einzelheit vorbestimmte ungeschriebene Norm begründen.[18] Das lehrt schon die Rechtsvergleichung. Dafür sind etwa die Methodenregeln viel zu unscharf. Insbesondere dogmatisch-konstruktive Fragen sind

---

[13] Vgl. hierzu etwa unter § 6.III.

[14] Hierzu näher unter § 2.I.1.b) und § 2.II.3.

[15] Vgl. hierzu allgemein *Larenz*, Methodenlehre, 193 f.

[16] Die Frage, inwiefern die Entstehung und Anwendung ungeschriebener Normen auf willentlichen Setzungen oder deduktiven Vorgängen beruht, wird vor allem zum „Gewohnheitsrecht" diskutiert; einen historischen Überblick hierzu gibt *Jan Schröder*, in: Rechtswissenschaft in der Neuzeit, 547 ff.

[17] Vgl. hierzu auch die These von *Picker*, JZ 1984, 153, 158, daß „Richterrecht" nicht formal gelte, sondern sich material aus der überzeugenden Lösung des Falls legitimiere und von einer immer neuen Betätigung seiner sachlichen Richtigkeit abhänge.

[18] Vgl. in anderem Zusammenhang *Bydlinski*, Methodenlehre, 504 ff., der bei einem derartigen *„non liquet"* eine rechtliche Bindung an Präjudizien annimmt. Vgl. ferner *Kriele*, 286 f. Damit gelangt man auch an die Grenzen einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung", wie sie *Larenz*, Methodenlehre, 426 ff. postuliert.

häufig nicht zwingend zu beantworten, schon weil entsprechende Mittel austauschbar sein können. Für den hier untersuchten Bereich zeigt sich das etwa bei der Fungibilität einer materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Regelung der Schikane.[19] Außerdem beruht es schon auf einer Dezision, wenn Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als Generalklauseln aufgefaßt werden, da auch verschiedene Einzelregelungen denkbar wären. Die Konstitution der ungeschriebenen Norm beruht also immer in sehr weitreichendem Maße auf einer Dezision, die sich hier aus der angedeuteten uneinheitlichen Empirie zu Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht ergibt. Ferner muß man sich stets bewußt sein, daß die empirische Wirkung der Normen (insbesondere in der Rechtsprechung) häufig nicht von normativen Begründungen abhängt. Das führt letztlich zu zwei unterschiedlichen, unvereinbaren Normkonstitutionen: einer empirischen und einer normativen;[20] wobei letztere – wie gezeigt – selbst nicht völlig ohne dezisionistisch-empirische Elemente auskommt.

Für den Bereich der *empirischen* Konstitution der Regelungen ist der Unterschied zwischen beschreibenden und präskriptiven Aussagen zu beachten. Soweit sich die positive Geltung des ungeschriebenen Rechtssatzes aus den einzelnen Normaussagen und -anwendungen ergibt, kann diese „Setzung" – wie auch die Setzung durch den Gesetzgeber – als solche nicht richtig oder falsch sein. Die gleichen Erwägungen gelten für Begriffsfragen. Wenn etwa Aussagen über den (nicht autoritativ festgelegten) Begriff Rechtsschutzbedürfnis eine stipulative[21], festsetzende Definition enthalten, kann diese nicht richtig oder falsch sein, sondern allenfalls unzweckmäßig.[22] Das hat insbesondere für Abgrenzungsfragen Bedeutung. So ist etwa eine Zuordnung von Fällen entweder zum Rechtsschutzbedürfnis oder zu Treu und Glauben („Rechtsmißbrauch") nicht richtig oder falsch, es sei denn, sie widerspricht eigenen Prämissen. Problematisch ist deshalb die häufige Aussage, daß jemand *das* Rechtsschutzbedürfnis „falsch" verstehe oder anwende.[23] Hier liegt allenfalls ein Widerspruch zum *eigenen* Verständnis des Kritikers vor. Anders ist es, wenn die Normaussagen beschreibenden Charakter haben; dann können sie auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden. Das gilt auch dann, wenn die Normaussage auf einen sachlichen oder dogmatischen Ableitungszusammenhang verweist. Dann ist sie keine dezisionistische Setzung, sondern abhängig von der Richtigkeit des Argu-

---

[19] Näher hierzu unter § 7.II.4.

[20] *Bydlinski*, Methodenlehre, 504 ff. gelangt hier insofern zu einer Synthese, als er das empirische Element mit normativer Kraft versieht.

[21] Bei der stipulativen Definition wird die Bedeutung eines Worts (Begriffnamens) festgesetzt, und zwar ohne Rücksicht auf einen bisherigen Gebrauch des Worts; vgl. *Gupta*, Definitions, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 1.3.

[22] Hierzu allgemein *Klug*, 92 f., 107.

[23] Exemplarisch Staudinger-Symposion 1998/*Werner*, 48, 51; *Fleck*, JR 2008, 441, 442.

ments.[24] Im Einzelfall kann es schwierig sein, beschreibende von präskriptiven Aussagen zu unterscheiden. Häufig ist etwa, daß der Ausgangspunkt einer Definition zwar ein vorausgesetzter Sprachgebrauch ist, im Ergebnis aber eine bestimmte Bedeutung festgesetzt wird.[25] Die Normkonstitution geschieht auch nie vollständig autonom durch eine Person, sondern stets in einem fortlaufenden Kommunikationsprozeß. Von Bedeutung kann also auch sein, wie eine fremde Aussage verstanden wird, mag dieses Verständnis auch falsch sein. Deshalb und auch aufgrund von anderen Umständen kann eine beschreibende Aussage präskriptive Bedeutung erlangen, insbesondere wenn sie von einer Autorität stammt, etwa einem Obergericht.

[24] Vgl. wieder *Binder*, 136 (Zitat oben in Fn. 7); zur Geltung dogmatischer Sätze auch *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in: EzR, Rn. 15.

[25] Hierzu *Klug*, 107 f. am Beispiel der Verbrechensdefinition im Strafgesetzbuch der DDR. Das entspricht wohl auch der „explikativen Definition"; vgl. *Gupta*, Definitions, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 1.5.

# § 2. Empirische Begriffe Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht

## I. Treu und Glauben im Prozeßrecht

Die ZPO kennt jedenfalls für das Erkenntnisverfahren keine allgemeine Regelung zu „Treu und Glauben", „gute Sitten", „Rechtsmißbrauch", „Arglist" etc. Nur im Vollstreckungsrecht gibt es mit § 765a ZPO eine allgemeine Vorschrift, die den Maßstab der „guten Sitten" enthält. Jene Begriffe haben auch keine eigenständige prozeßrechtliche Tradition.[1] Wenn sie heute von Rechtsprechung und Literatur als Inhalt von ungeschriebenen Regelungen des Zivilprozeßrechts postuliert werden, beruht dies vollständig auf Anleihen beim materiellen Recht, nämlich der zu § 242 BGB entwickelten Dogmatik. Das betrifft nicht nur die Terminologie. Auch die zur materiellrechtlichen Norm von Treu und Glauben entwickelten konkreteren Regelungen wie etwa das „Verbot widersprüchlichen Verhaltens" oder die „Verwirkung" werden auf das Prozeßrecht übertragen,[2] wenn auch nicht stets ohne weiteres. Die Regelung von Treu und Glauben reiht sich damit ein in eine lange Tradition begrifflicher und konstruktiver Anleihen des Zivilprozeßrechts beim materiellen Privatrecht. Zu diesen gehören etwa auch noch das „Prozeßrechtsverhältnis"[3], der „Rechtsschutzanspruch"[4] und generell die Vorstellung von prozeßrechtlichen (subjektiven) Rechten und Pflichten. Es ist nicht überraschend, daß man bei der erst spät (etwa ab der Mitte des 19. Jahrhunderts) einsetzenden wissenschaftlich-konstruktiven Durchdringung des Prozeßrechts auf aus dem materiellen Recht bekannte Begriffe und Strukturen zurückgriff.[5]

---

[1] Auch die *exceptio doli* war nur eine prozeßrechtliche Einkleidung einer materiellrechtlichen Regelung.

[2] Exemplarisch hierfür *Zeiss*, Prozesspartei, 51 und *passim*; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 65 Rn. 50 ff.

[3] Vgl. *Nörr*, 108.

[4] Vgl. *Hagen*, 33.

[5] Hierzu allgemein *Nörr*, 108. Interessanterweise wird aber die Übernahme anderer Konstruktionen aus dem materiellen Privatrecht kategorisch abgelehnt, obwohl eine Anleihe in der Sache ebenfalls nahe liegt. Das gilt namentlich für die entsprechende Anwendung der §§ 119 ff. BGB auf Prozeßhandlungen. Daß darin ein Widerspruch zur Anwendung von Treu und Glauben liegen kann, weil dieser Grundsatz auch auf Irrtumsfälle angewendet wird, soll unter § 14.V.1 gezeigt werden.

Unklar bleibt häufig, welche methodische Bedeutung die Anlehnungen an das materielle Recht hat. Manche nennen zur Begründung von Treu und Glauben im Prozeßrecht einfach § 242 BGB.[6] Andere sprechen von einer Analogie zu dieser Vorschrift.[7] Wenn von einer Anwendbarkeit des „Grundsatzes" von Treu und Glauben oder eine Analogie zu diesem die Rede ist,[8] bleibt unklar, inwiefern hier an die Norm § 242 BGB oder an ein weitergehendes (materiellrechtliches oder universelles?) „Prinzip"[9] angeknüpft wird. Im zweiten Falle fragt sich wiederum, warum bei einem Grundsatz oder Prinzip eine Analogie nötig ist und wie eine solche zu konstruieren ist. Nicht nur das macht es schwierig, aus der gedanklichen und möglicherweise auch normativ-methodischen Anknüpfung an die materiellrechtliche Norm von Treu und Glauben Rückschlüsse auf das dadurch geprägte Verständnis der gleichnamigen Norm im Prozeßrecht zu ziehen. Auch die Konstitution der materiellrechtlichen Norm von Treu und Glauben selbst ist unklar, insbesondere wegen der heutigen generellen Auflösung der im Wortlaut des § 242 BGB liegenden Beschränkungen. Der Verweis auf das materielle Recht ist deshalb doppelt unklar: Es bleibt nicht nur offen, wie die Anknüpfung an das materielle Recht methodisch und dogmatisch zu verstehen ist, auch der Inhalt und die Form der materiellrechtlichen Norm ist ungeklärt. Wer wissen möchte, was Treu und Glauben im Prozeßrecht bedeutet, kommt nicht umhin zu klären, wie die gleichnamige materiellrechtliche Norm strukturiert ist.

## *1. Treu und Glauben*

### *a) Gesetzliche Regelung im BGB und heutiger Anwendungsbereich*

Es wird häufig behauptet, daß die ZPO *abweichend vom BGB* keine umfassende Generalklausel zu Treu und Glauben kenne.[10] Die Aussage, daß *das BGB* solche Generalklauseln enthalte (insbesondere § 242 BGB), ist dabei wohl nicht

---

[6] *BVerfG*, NJW 2002, 2456 (wobei der Standpunkt des Gerichts fraglich bleibt); BGHZ 50, 191, 196; *BGH*, NJW 1978, 426; NJW 2015, 2965, 2966; *Siebert*, 125; *E. Schneider*, MDR 1968, 711; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 65 Rn. 50 f.; HK-ZPO/*Saenger*, Einführung Rn. 124; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 109 ff.; Zöller/*Vollkommer*, Einleitung Rn. 56; *Griebeling*, 66. Es bleibt teilweise offen, ob fremde oder eigene Auffassungen wiedergegeben werden.

[7] *Konzen*, 238 und *passim*; ebenso wohl *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, Rn. 288.

[8] So etwa RGZ 102, 217, 222; 154, 299, 303 und die daran anknüpfende dauernde sprachliche Übung des *BGH*, etwa BGHZ 20, 198, 206; 69, 37, 43; *BGH*, NJW 1978, 426 (wo aber auch § 242 BGB genannt wird); NJW 1994, 1351, 1352; aus der Literatur *Baumgärtel*, ZZP 69 (1956), 89, 90; MünchKomm-ZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 36; *Lüttringhaus*, ZZP 127 (2014), 29; referierend *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 18.

[9] So Stein/Jonas/*Brehm*, vor § 1 Rn. 222: „allgemeines Rechtsprinzip".

[10] *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2000, 1522; *Zeiss*, Prozesspartei, 14, 17; *A. Blomeyer*, § 30 IX pr. (S. 178); *Lüttringhaus*, ZZP 127 (2014), 29; vgl. auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 18.

nur deskriptiv, sondern auch präskriptiv gemeint,[11] denn sie suggeriert einen Widerspruch zwischen Privatrecht und Prozeßrecht sowie dessen Zurückbleiben in dieser Frage, welches auszugleichen sei.[12] Freilich wird dabei übergangen, daß das geschriebene Recht des BGB in dieser Frage wenig mit der wissenschaftlichen Lehrmeinung und praktischen Rechtsanwendung zu tun hat. Die Gesetzesverfasser beabsichtigten noch eine funktional differenzierte, beschränkte Regelung von Treu und Glauben. Das Gesetz enthält mit den §§ 157, 138, 226, 242, 826 BGB *mehrere* allgemeine Vorschriften, die Treu und Glauben, gute Sitten und „Rechtsmißbrauch" regeln. Sie sind jeweils auf einer anderen Ebene der bürgerlichrechtlichen Systematik angesiedelt. Nach § 157 BGB soll Treu und Glauben die Auslegung von *Verträgen* mitbestimmen. Hier geht es um die *Entstehung* und den *Inhalt* von *vertraglichen* Pflichten. § 242 BGB gilt hingegen für alle Schuldverhältnisse, regelt aber nur die *Art der Leistungsbewirkung* durch den *Schuldner*. Die Gesetzesverfasser sprachen sich ausdrücklich dagegen aus, auch außerhalb von Verträgen die Entstehung und den Inhalt der Verpflichtung nach Treu und Glauben zu bestimmen.[13] Eine Begrenzung der *Ausübung* von subjektiven Rechten durch den *Gläubiger* sieht nur § 226 BGB vor, der zwar für alle Rechte gilt, jedoch sehr enge Voraussetzungen hat.[14] § 826 BGB ist nur eine Sanktionsnorm mit ebenfalls sehr engen Voraussetzungen. Die Übernahme der gemeinrechtlichen *exceptio doli generalis* lehnten die Gesetzesverfasser ausdrücklich ab.[15] Später hat man nach und nach diese differenzierte Systematik aufgegeben, alle Beschränkungen des Anwendungsbereichs in § 242 BGB ignoriert und Treu und Glauben zu einem alle Verhältnisse und Normen erfassenden Korrekturinstrument ausgebaut.[16] Mit dem BGB oder gar den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers hat das freilich nichts mehr zu tun.[17]

---

[11] Zur Unterscheidung *Bumke*, JZ 2014, 641, 646 f.

[12] Vgl. auch *A. Blomeyer*, § 30 IX pr. (S. 178).

[13] Protokolle, in: Mugdan II, 522.

[14] § 226 BGB gelangte erst über die Beratungen des Reichstags in das BGB; *Jakobs/Schubert*, Allgemeiner Teil 2, 1172 f.

[15] Protokolle, in: Mugdan I, 796 f., wo auch noch das später durch den Reichstag eingeführte Schikaneverbot des § 226 BGB abgelehnt wurde. Nicht ganz klar ist insofern aber der Verweis auf die Funktion des § 359 des ersten Entwurfs. Offenbar gingen manche Kommissionsmitglieder davon aus, daß der „Rechtsmißbrauch" – zumindest teilweise – auch durch den späteren § 242 BGB geregelt sei. Zur insofern diffusen Entstehungsgeschichte des BGB vgl. auch HKK/*Haferkamp*, § 242 Rn. 47 ff.

[16] Vgl. nur Erman/*Böttcher/Hohloch*, § 242 Rn. 1; jurisPK-BGB/*Pfeiffer*, § 242 Rn. 29; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 2. – Dazu, daß die Voraussetzung einer „Sonderverbindung" nur noch eine scheinbare Beschränkung ist, vgl. unter § 8.IV.5.a).

[17] Vgl. auch *Gernhuber*, JuS 1983, 764: „weniger von der Legislative gesetzt als von der Rechtsprechung entfaltet"; *Koziol*, AcP 212 (2012), 1, 56 zu § 242 BGB: „keine ‚geborene' Generalklausel"; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 33. Zum Umgang mit dem Gesetz auch HKK/*Haferkamp*, § 242 Rn. 61. Zu der historisch zufälligen und von der Absicht der Gesetzesverfasser unabhängigen Einordnung von Normen als Generalklausel *Auer*, Materialisierung, 102 ff.; hierzu auch Staudinger/*Honsell*, 2013, Einleitung Rn. 71.

Die in ihrem Anwendungsbereich und ihren möglichen Rechtsfolgen nicht mehr eingeschränkte Generalklausel Treu und Glauben ist also eine ungeschriebene Norm, die freilich – was für das Verständnis von Aussagen über Treu und Glauben wichtig ist – in der Regel ohne weiteres mit „§ 242 BGB" bezeichnet wird. Bedenkt man, daß die ZPO mit den §§ 495a, 721, 765a für abgegrenzte Bereiche Normen enthält, die mit den genannten Vorschriften des BGB strukturell und inhaltlich vergleichbar sind, unterscheiden sich BGB und ZPO in ihrem *Text* weniger stark, als gemeinhin suggeriert wird.

### *b) Struktur, Inhalt und Funktion der Regelung von Treu und Glauben*

Einigkeit besteht darüber, daß es sich bei Treu und Glauben in der heutigen Deutung um eine „Generalklausel" handelt. Das ist freilich ein schillernder Begriff, den das Gesetz nicht kennt und dessen Definition deshalb allenfalls ordnenden, didaktischen Wert hat.[18] Im übrigen sagt man, daß Treu und Glauben ein extrem „unbestimmter", „allgemeiner", „abstrakter", „wertungsoffener" Maßstab sei,[19] unter den nicht „einfach", „direkt" oder „ohne weiteres" subsumiert werden könne.[20] Umstritten ist, ob Treu und Glauben (oder „§ 242 BGB") selbst überhaupt ein bestimmter Gehalt zuzusprechen ist, der die Entscheidungen determiniert.[21] Die Auswertung der Literatur zu dieser Frage ist schwierig,

---

[18] Zu den Definitionsbemühungen *Auer*, Materialisierung, 126 ff., die Generalklauseln nicht anhand von normimmanenten Kriterien, sondern nach ihrer historischen Verwendung identifizieren möchte; ähnlich schon *Teubner*, 115; zur Begriffsgeschichte auch HKK/*Haferkamp*, § 242 Rn. 26 mit Fn. 184.

[19] Zur – häufig vernachlässigten – Unterscheidung zwischen „Vagheit", „Abstraktheit" und „Allgemeinheit" einer Norm instruktiv *J. Schmidt*, in: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 231, 235 mit Fn. 7–9.

[20] Exemplarisch *Wieacker*, Präzisierung, 10 ff.; *Canaris*, Lücken, 26 f.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 I (S. 126); *Bydlinski*, in: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 189, 197 f.; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 32; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 4; referierend Staudinger/*J. Schmidt*, 1995, § 242 Rn. 126; rechtsvergleichend *Hesselink*, 198.

[21] Das verneinen etwa *Hedemann*, Generalklauseln, 66 ff.; *Ehrlich*, 230 ff.; *Esser*, JZ 1956, 555, 557; *ders.*, Grundsatz, 150; dezidiert auch Staudinger/*J. Schmidt*, 1995, § 242 Rn. 133 ff.; zustimmend *Rüßmann*, AcP 186 (1986), 291, 294 f.; in der Sache ebenso AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 5; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 836 ff.; *Rüthers*, NJW 1998, 1433; *Röhl/Röhl*, 60; *Koziol*, AcP 212 (2012), 1, 56; so auch zum Teil die historische Bewertung von HKK/*Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 89; wohl auch *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 525, 530, 537, 563; MünchKomm-BGB/*Baldus*, Vor § 985 Rn. 71; *Zimmermann/Whittaker*, in: Good Faith in European Contract Law, 7, 31; vgl. auch *Zeiss*, Prozesspartei, 17; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 31 II 12 (S. 725); *Rüthers*, AöR 113 (1988), 268, 276; MünchKomm-BGB/*Roth*, 4. Aufl., § 242 Rn. 5; *Flume*, § 16, 3 a (S. 309); weitere Nachweise bei HKK/*Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 1 Fn. 8; zur *exceptio doli generalis* RGZ 85, 108, 117; zum „Rechtsmißbrauch" *Mader*, 80; unentschlossen Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 5; anders etwa *Esser*, Grundsatz, 51: „stets, auch bei der sog. ‚Generalklausel', gibt der Rechtssatz für angebbare Fallgruppen eine Weisung, mit größerem oder kleinerem diskretionären Raum für den Richter"; *Engisch*, 240 f.: „gewisse Richtlinien und Grenzen"; *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 I (S. 126); *ders.*, Methodenlehre, 292; *ders.*, Richtiges Recht, 86; *Fikentscher/Heinemann*, Rn. 206 f.; *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 134;

weil viele Autoren sich nicht festlegen oder die Aussagen häufig unklar, zu pauschal oder unbegründet bleiben.[22] Das liegt wohl auch daran, daß die Frage grundlegende rechtstheoretische Probleme der Normstruktur und -funktion tangiert, die gemeinhin wenig beachtet werden und vielfach auch ungeklärt sind. So sind etwa Norm und Normtext entgegen verbreiteter Auffassung nicht identisch,[23] was die Frage aufwirft, welche weiteren Faktoren den Inhalt der Norm bestimmen. Auf die Klärung dieser grundlegenden Fragen kommt es für diese Untersuchung aber nicht entscheidend an.

aa) Sprachliche Bedeutung des Begriffsnamens

Die (allgemein-)sprachliche Bedeutung des Begriffsnamens „Treu und Glauben" führt zu keiner inhaltlichen Konkretisierung des Begriffs. Sie ist offenbar ohne jede Bedeutung für Verständnis und „Anwendung" der Vorschrift.[24] Ansätze zu Wortlautinterpretationen in Kommentaren haben den Charakter von Pflichtübungen. Sie gehen gerade nicht vom allgemeinen Sprachsinn aus, der etwa im Falle von „Glauben" auch sämtliche Fragen der Religion umfaßt, sondern von einem fertigen Vorverständnis des spezifischen juristischen Sinns von „Treu und Glauben" und sind deshalb zirkulär.[25] Treu und Glauben ist ein technischer Begriff, der nicht sprachlich durch seine Bezeichnung expliziert wird, sondern dessen Inhalt allenfalls durch eine Nominaldefinition bestimmt wird.

bb) Strukturelle Grenzen gängiger „Konkretisierungen"

Die überwiegende Auffassung geht in diesem Zusammenhang davon aus, daß Treu und Glauben zwar einen offenen Tatbestand habe, jedoch durch verschiedene Methoden konkretisiert und damit seine Anwendung rationalisiert und kontrolliert werden könne.[26] Für die hier im Mittelpunkt stehende metho-

---

*Zöllner*, NJW 1999, 3240, 3241 f.; *Heinrich*, 327, 334; offen *Canaris*, Lücken, 27 f.: „mindestens teilweise gesetzliche Wertungen nicht vorhanden"; wohl ähnlich PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme*, § 242 Rn. 2. *Müller*, 87 hält es in seltenen Fällen für möglich, zumindest negativ Entscheidungen als nicht von § 242 BGB gedeckt anzusehen, wobei seine Aussagen zum Normtext des § 242 BGB („Faktoren wie Voraussehbarkeit, Gegenseitigkeit, Kontinuität") und zu den anderen Generalklauseln ein erhebliches Vorverständnis aufzeigen.

[22] Vgl. etwa *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 I (S. 126): „Gewisse Vorstellungen über das, was ‚Treu und Glauben' entspricht oder nicht, hat jedermann".

[23] Hierzu etwa *Mahlmann*, § 25 Rn. 1.

[24] Staudinger/*J. Schmidt*, 1995, § 242 Rn. 136 ff.; MünchKomm-BGB/*Roth/Schubert*, 6. Aufl., § 242 Rn. 5, 9; Erman/*Böttcher/Hohloch*, § 242 Rn. 12; *Dette*, 25; anders *M. Stürner*, 390; wohl auch Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 3.

[25] *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 I (S. 125) behauptet, „Treu und Glauben" bedeute nach seinem „Wortsinn", daß man sich „so verhalten soll, wie es von einem redlich Denkenden erwartet werden kann". Es ist aber offensichtlich, daß diese Deutung den Rahmen einer rein sprachlichen Interpretation schon lange überschreitet.

[26] Solche Konkretisierungen versuchen etwa *Wieacker*, Präzisierung, 17 ff.; *Bydlinski*, in: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 189 ff.; eine eingehende Analyse und Kritik hierzu

disch-dogmatische Bedeutung der Norm Treu und Glauben ist dabei vorrangig von Interesse, was diese „Konkretisierungen" für den Begriff Treu und Glauben bedeuten. Hierbei hilft es, wenn man nicht die insofern wenig präzisen juristischen Ausdrücke und Begriffe (etwa „Fallgruppen") verwendet, sondern die Begriffe der allgemeinen (philosophischen) Begriffslehre. Die gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auf vergleichbare Begriffe übertragen, etwa das Rechtsschutzbedürfnis.

Der Inhalt eines Begriffs wie Treu und Glauben kann durch eine Definition rational erfaßbar gemacht werden. Die Arten von Definitionen können dabei ganz unterschiedlich sein. Auf die Abgrenzung zwischen festsetzenden (präskriptiven) und beschreibenden Definitionen wurde schon an früherer Stelle eingegangen.[27] Beide Formen finden sich auch bei der „Konkretisierung" von Generalklauseln. So kann etwa die Aufzählung von Kasuistik als „Fälle von" Treu und Glauben eine bloße Beschreibung der Rechtspraxis sein. In ihr kann aber zugleich eine präskriptive Festsetzung in dem Sinne liegen, daß die Zuordnung bestimmter Fälle zur Generalklausel als richtig und damit geltend postuliert wird.

Im übrigen ist zwischen intensionalen und extensionalen Definitionen zu unterscheiden.[28] Intensionale Definitionen von Treu und Glauben, die über die Nennung ebenso unklarer Begriffe wie etwa „allgemeines Gebot redlichen Verhaltens" hinausgehen, gibt es nicht.[29] Üblich ist es deshalb, extensionale Definitionen von Treu und Glauben oder dem Rechtsschutzbedürfnis zu geben, also die Vorgänge („Fälle") zu nennen, die unter den Begriff (die Regelung) fallen. Juristen nennen das „Fallgruppenbildung".[30] Niemand behauptet aber, daß schon alle Fälle von Treu und Glauben benannt seien oder dies auch nur möglich sei.[31] Eine vollständige extensionale Definition von Treu und Glauben ist deshalb nicht möglich. Rein extensional ist die Fallgruppenbildung auch nur dann, wenn sie sich in einer Aufzählung wirklicher Fälle erschöpft, also lediglich Sachverhalte wiedergibt.[32] Juristische Fall*gruppen*bildung bleibt hierbei aber häufig nicht stehen, da sie abstrakte Merkmale herausarbeitet, die verschiedenen Fällen gemeinsam sind. Diese Merkmale können für die *jeweilige* Fallgruppe zu

findet sich bei AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 2 ff.; *J. Schmidt*, in: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 231 ff.; *Auer*, Materialisierung, 144 ff.; rechtsvergleichend *Hesselink*, 198 ff.

[27] § 1.

[28] Intensionale Definitionen bestimmen die Bedeutung eines Begriffs. Extensionale Definitionen nennen Referenzobjekte des Begriffs.

[29] Vgl. auch *Larenz*, Richtiges Recht, 87; *Auer*, Materialisierung, 204; *Koziol*, AcP 212 (2012), 1, 56.

[30] Vgl. nur AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 2; *Zimmermann/Whittaker*, in: Good Faith in European Contract Law, 7, 31.

[31] Vgl. nur *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 539 f.

[32] Für das Rechtsschutzbedürfnis vgl. etwa Stein/Jonas/*Roth*, vor § 253 Rn. 146 f., 149.

einer intensionalen Definition bzw. abstrakten Regel führen.[33] Ganz entscheidend ist aber, daß sie nicht zu einer intensionalen Definition des allgemeinen Begriffs führen, da gerade nicht alle Fälle, die unter die Norm fallen (sollen), *dieses* Merkmal aufweisen.

Als weiteres Mittel zur „Konkretisierung" von Treu und Glauben dienen Aussagen über die Funktion dieser Norm.[34] Sie sind zunächst ebenfalls rein empirisch,[35] weil sie aus der Praxis abstrahiert werden.[36] Außerdem enthalten sie nur formale Aussagen dazu, welche allgemeinen Wirkungen potentielle Entscheidungen haben können, sagen aber nichts zu deren zulässigen Inhalten. So ergibt sich etwa aus der „Konkretisierungsfunktion", die die Modifizierung der Pflichten im Schuldverhältnis meint, nichts dazu, nach welchem Maßstab diese Konkretisierung erfolgen soll. Ferner sind die „Funktionen" dogmatisch wenig präzise.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die gängigen „Konkretisierungen" von Treu und Glauben schon aufgrund ihrer Methode nicht zu einer vollständigen Definition des Begriffs führen können. Insbesondere begründen sie keine intensionale Definition des allgemeinen Begriffs.

### cc) Offenheit als Zweck der Generalklausel

Treu und Glauben wird unter anderem der Zweck zugesprochen, eine Anpassung des Rechts an wandelnde Bewertungen und Verhältnisse zu ermöglichen.[37] Treu und Glauben *soll* also überhaupt nicht abschließend definiert werden, weil damit ein fester, unwandelbarer Maßstab verbunden wäre.

Auch die heute überwiegend anerkannte „Ermächtigung" des Richters durch Treu und Glauben zu Rechtsfortbildungen[38] setzt begrifflich voraus, daß die Maßstäbe für diese Rechtsfortbildung nicht in Treu und Glauben selbst enthalten sind. Besonders deutlich wird das, wenn man § 242 BGB als eine „Delega-

---

[33] Vgl. AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 2; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 40: „Fallgruppennorm".

[34] So insbesondere *Wieacker*, Präzisierung, 20 ff.; vgl. sonst nur Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 5 ff. Ähnliche Gliederungen nach Funktionen finden sich nach *Hesselink*, 200 ff. auch in zahlreichen anderen europäischen Ländern.

[35] Rechtsvergleichend hierzu *Hesselink*, 199.

[36] Staudinger/*J. Schmidt*, 1995, § 242 Rn. 124 f.; *Auer*, Materialisierung, 164.

[37] *Rüthers*, Auslegung, 267; AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 5; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 3; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 836; Erman/*Böttcher/Hohloch*, § 242 Rn. 5; *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 518, 520, 521 f., 560; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 7; *Zimmermann/Whittaker*, in: Good Faith in European Contract Law, 7, 32; namentlich zu Treu und Glauben im Prozeßrecht *Baumgärtel*, ZZP 69 (1956), 89, 92.

[38] Vgl. nur *Heck*, § 4, 1 (S. 11 f.); *Ehrlich*, 230 f., 233; *Esser*, Grundsatz, 150; *Teubner*, 42; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 836; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 24 ff.; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 9; in diese Richtung auch *Wieacker*, Präzisierung, 15 f.; hierzu auch *Röthel*, 49 ff.; historisch-empirisch *Rüthers*, AöR 113 (1988), 268, 276; HKK/*Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 89; einschränkend Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 9; ablehnend *Fikentscher/Heinemann*, Rn. 199, 221; NK-BGB/*Krebs*, § 242 Rn. 8.

tionsvorschrift“,[39] eine „Kompetenznorm“,[40] ein „Stück offengelassener Gesetzgebung“[41] oder eine planmäßige „Gesetzeslücke“[42] bezeichnet.

Allgemein betrachtet ist die Unbestimmtheit und Offenheit der *Generalklausel* Treu und Glauben kein Problem, das es durch „Konkretisierung“ zu lösen gilt, sondern der ureigene Sinn jeder Generalklausel.[43] Sie soll gerade die nötige Flexibilität etwa für die „gerechte“ Entscheidung des Einzelfalls gewährleisten.[44] „Konkretisierung“ bedeutet nicht eine Verbesserung der Generalklausel, sondern deren Ablösung.[45] Jede durch „Konkretisierung“ gewonnene förmlich fixierte (ungeschriebene) Norm steht wieder unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben.[46] Jedenfalls für diese besondere „methodische Funktion“[47], die man wohl auch als das entscheidende Merkmal von Generalklauseln ansehen kann,[48] muß die Generalklausel inhaltlich offenbleiben. Die „rechtsändernde Kraft der Generalklauseln“,[49] die je nach aktueller Wertauffassung und „Zeitgeist“ anders gehandhabt wurde,[50] ist außerdem auch ein historisches Faktum.[51]

dd) Umfassende Anwendbarkeit und umfassender Gehalt

Neben dem Zweck der Regelung prägt auch der Anwendungsbereich den Begriff. Die Betrachtung der herrschenden praktischen „Anwendung“ von Treu

---

[39] *Heck*, § 4, 1 (S. 11 f.).

[40] *Röhl/Röhl*, 60; historisch HKK/*Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 89.

[41] So der vielfach zitierte Ausspruch von *Hedemann*, Generalklauseln, 58; übernommen etwa von *Rüthers*, Auslegung, 267; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 836; Staudinger/*Olzen/Looschelders*, 2015, § 242 Rn. 104; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 32.

[42] *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 836.

[43] Vgl. *Dölle*, FS Riese, 279, 290; Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 5; AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 5 ff.; *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 536, 539, 558 f.; eingehend *Auer*, Materialisierung, 138 ff., 166 ff. und *passim*; vgl. auch *Bydlinski*, in: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 189, 192; zum „Rechtsmißbrauch“ *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre, 345 f.

[44] Vgl. *Stammler*, 46; *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 536, 555 ff.

[45] *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 I (S. 127); *Gernhuber*, JuS 1983, 764; vgl. auch *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 539.

[46] Ausdrücklich BVerwGE 44, 294, 301; zur Relativität der Kasuistik *Wieacker*, Präzisierung, 16; vgl. auch *Gernhuber*, JuS 1983, 764; *Auer*, Materialisierung, 176. – Aus philosophischer Sicht *Anscombe*, Analysis 18 (Nr. 3, 1958), 69, 70: „But it is not theoretically possible to make provision in advance for the exception of extraordinary cases; for one can theoretically always suppose a further special context for each special context, which puts *it* in a new light“ (Hervorhebung im Original).

[47] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 524.

[48] Vgl. *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 524, 557, 560; *Auer*, Materialisierung, 138 ff., 175 f.; in diesem Sinne wohl auch AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 5.

[49] *Rüthers*, AöR 113 (1988), 268, 276.

[50] *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 836a f. und eingehend zur Zeit von 1933–1945 *Rüthers*, Auslegung, *passim*.

[51] Zu fundamentalen Umwälzungen der rechtlichen Grundwerte und Weltanschauungen *Rüthers*, NJW 2016, 2087 ff.

und Glauben zeigt, daß dieser Regelung in *allen Bereichen des Rechts*[52] umfassend die Aufgabe zugewiesen wird, den Grundkonflikt zwischen der formalen Fixierung des geschriebenen Rechts und der „richtigen" Entscheidung des Einzelfalls aufzulösen.[53] Insbesondere die bei Treu und Glauben angesiedelte[54] Lehre von der „unzulässigen Rechtsausübung" (oder vom „Rechtsmißbrauch") hat sich zu einem umfassenden Instrument zur einzelfallbezogenen Korrektur vertraglicher und gesetzlicher Regelungen entwickelt.[55] Auch die letzten überkommenen Beschränkungen, wie etwa das Erfordernis einer „Sonderverbindung", sind mit einer Ausdehnung auf „jeden sozialen Kontakt" praktisch wegdefiniert.[56]

Wenn aber Treu und Glauben in allen Bereichen und für alle Fälle die zur Korrektur (oder „Ergänzung") des positiven Rechts erforderlichen außergesetzlichen Maßstäbe liefern soll,[57] sind diese Maßstäbe und die hinter ihnen stehenden Wertungen umfassend und nicht mehr vom sonstigen Stoff des „richtigen" Rechts unterscheidbar.[58] Treu und Glauben ist dann eine Chiffre für „Gerechtigkeit" oder „Rechtsidee".[59] Dem entspricht die häufige Formulierung,

---

[52] Vgl. nur BGHZ 85, 39, 48; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 98; Staudinger/*Olzen/Looschelders*, 2015, § 242 Rn. 401; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 10.

[53] Vgl. nur NK-BGB/*Krebs*, § 242 Rn. 20, 63; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 203, 206; anders aber etwa *Fikentscher/Heinemann*, Rn. 199, 221. Hierzu auch unter § 2.V.

[54] Vgl. nur *Wieacker*, Präzisierung, 26 ff.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 II b (S. 132 ff.); für eine Ausgliederung des „institutionellen Rechtsmißbrauchs" hingegen Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 11 ff. Weitere, vor allem früher noch öfter bemühte gesetzliche Anknüpfungspunkte sind die §§ 226, 826 BGB (hierzu insbesondere *Siebert*, 106 ff.; vgl. auch HKK/*Haferkamp*, § 242 Rn. 69), denen aber heute neben § 242 BGB für den „Rechtsmißbrauch" keine Bedeutung mehr beigemessen wird. – Noch nicht ganz klar ist die Dogmatik des Unionsrechts. Teilweise stellt der EuGH eine Verbindung zwischen Treu und Glauben und dem „Rechtsmißbrauch" her, etwa im Urteil vom 8.5.2007 – T-271/04 Rn. 106. In anderen Entscheidungen wendet er das „Rechtsmißbrauchsverbot" ohne Bezug zu Treu und Glauben an. Vgl. hierzu auch *Grundmann*, in: General Clauses, 141, 147; *Klöpfer*, 118; *Stempel*, 66 ff. Auch die Literatur zum europäischen Prozeßrecht verwendet in aller Regel den Begriff des „Rechtsmißbrauchs" ohne Bezug zu Treu und Glauben, was an ihrer eher rechtssprechungspositivistischen Ausrichtung am EuGH liegen dürfte. – Zur abweichenden französischen Dogmatik *Klöpfer*, 45.

[55] Vgl. wieder Fn. 53 und MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 206: „Im Grundsatz erlaubt sie, jede atypische Interessenlage zu berücksichtigen, die ein Abweichen von dem ‚an sich' geltenden Recht in den Rechtsfolgen geboten erscheinen lässt"; ebenso Staudinger/*Olzen/Looschelders*, 2015, § 242 Rn. 216.

[56] Hierzu noch näher unter § 8.IV.5.c) mit Nachweisen.

[57] Treffend jurisPK-BGB/*Pfeiffer*, § 242 Rn. 12: „die Vorschrift enthält (auch) den noch unbekannten Teil des Zivilrechts".

[58] Vgl. auch Staudinger/*J. Schmidt*, 1995, § 242 Rn. 153 zu der These, „Treu und Glauben" verweise auf die allgemeinen Maßstäbe der sozialen Gerechtigkeit; *Hesselink*, 214. Dem entspricht auch die Aussage von jurisPK-BGB/*Pfeiffer*, § 242 Rn. 11, § 242 BGB sei „im Lichte der Wertungen der sonstigen Zivilrechtsordnung zu konkretisieren".

[59] Vgl. *Wieacker*, Präzisierung, 16: „*Maxime* gerechten Handelns" (Hervorhebung im Original); Staudinger/*Honsell*, 2013, Einleitung Rn. 71; *Hesselink*, 214; hiergegen Beck-OGK-BGB/*Kähler*, Stand: 15.4.2017, § 242 Rn. 214; ablehnend wohl auch *Fikentscher/Heinemann*, Rn. 199. Namentlich zu Treu und Glauben im Prozeßrecht *Dölle*, FS Riese, 279, 288:

Treu und Glauben greife dort ein, wo es zur „Vermeidung untragbarer, mit *Recht und Gerechtigkeit* schlechthin unvereinbarer Ergebnisse" erforderlich sei.[60] Der Maßstab für Treu und Glauben sind also „Recht und Gerechtigkeit"[61] und dieser Maßstab ist umfassend.[62] Das ist auch die zwangsläufige Folge der verbreiteten Aussage, das *gesamte Recht* stehe unter der Herrschaft von Treu und Glauben,[63] oder es genügte in der Sache, an Stelle der ergänzenden schuldrechtlichen Rechtssätze den Satz des § 242 BGB zu haben[64]. Wer alles „beherrscht", muß auch auf alles eine Antwort haben. Schon die Wertungen, die etwa bei der Konkretisierung von Pflichten aus dem Schuldverhältnis im ursprünglichen Anwendungsbereich des § 242 BGB zum Tragen kommen, umfassen alle Gesichtspunkte, die überhaupt zur Ausgestaltung von Schuldverhältnissen herangezogen werden können.[65] Der umfassende, mit dem „richtigen" Recht deckungsgleiche Gehalt von Treu und Glauben zeigt sich auch bei § 157 BGB: Die Auslegung *aller* Regelungen des Vertrags richtet sich nach Treu und Glauben, was voraussetzt, daß Treu und Glauben für alle Regelungsfragen eine Antwort hat.

Der umfassende Gehalt von Treu und Glauben zeigt sich auch an einem anderen Aspekt. Allgemeine Aussagen zum normativen Inhalt von Treu und Glauben (oder vom Rechtsschutzbedürfnis) laufen letztlich immer auf das Postulat einer umfassenden „Interessenabwägung" hinaus.[66] Diese ist aber nichts anderes als das Grundrezept aller Normsetzungen, etwa auch durch den Gesetzge-

„Gebote der Gerechtigkeit und Billigkeit haben im Raum der Rechtswelt grundsätzlich Anspruch auf Ubiquität". – Angesichts des Gleichlaufs der Begriffe Treu und Glauben und Gerechtigkeit ist es folgerichtig, daß man im materiellen öffentlichen Recht die Geltung von Treu und Glauben auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet. Nach *Kemmler*, 533 lassen sich jedoch nicht alle Anwendungen und Aussagen von Treu und Glauben mit dem Rechtsstaatsprinzip erklären.

[60] *BGH*, NJW 1958, 1772; NJW 1996, 3001 (Hervorhebung nicht im Original); Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 2.

[61] Vgl. auch Staudinger/*Olzen/Looschelders*, 2015, § 242 Rn. 121; *Weber*, JuS 1992, 631, 636; B/L/A/*Hartmann*, Einl. III Rn. 54. Die von MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 440 ff. aufgezählten Kriterien eines (objektiven) Rechtsmißbrauchs sind ebenfalls nichts anderes als allgemeine Gerechtigkeitskriterien. Bezeichnend ist auch die Aufforderung von *Larenz*, Schuldrecht I, § 10 I (S. 126), der Richter solle im Rahmen von Treu und Glauben sein Urteil an den „*allgemein geltenden Anforderungen der Gerechtigkeit*" ausrichten (Hervorhebung im Original). Vgl. auch *Heinrich*, 327: „Sämtliche sachlich aufschlußreichen rechtlichen Gesichtspunkte und Wertungen sind heranzuziehen".

[62] Zu den Schwierigkeiten einer intensionalen Definition von „Gerechtigkeit" vgl. nur *Ellscheid*, in: Einführung, 143, 160 ff.

[63] Exemplarisch BGHZ 85, 39, 48; 118, 182, 191; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 10; PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme*, § 242 Rn. 5; vgl. auch RGZ 85, 108, 117; in der Sache ebenso *Stammler*, 53.

[64] *Stammler*, 49; zustimmend Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 6; referierend *Wieacker*, Präzisierung, 22; hierzu auch *Hesselink*, 214.

[65] Das gilt auch für die *bona fides* im römischen Recht.

[66] *Stammler*, 43 ff.; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 50; NK-BGB/*Krebs*, § 242 Rn. 2, 15; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 221, 248 ff.; vgl. auch Staudinger/*Olzen/Looschelders*,