

JUS PRIVATUM

12

Curt Wolfgang Hergenröder

Zivilprozessuale Grundlagen
richterlicher Rechtsfortbildung



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 12

Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung

von

Curt Wolfgang Hergenröder



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hergenröder, Curt W.:

Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung / von Curt Wolfgang Hergenröder. – Tübingen: Mohr, 1995

(Jus privatum; 12)

ISBN 3-16-146389-7

NE: Ius privatum

978-3-16-158024-6 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1995 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde von Typographic in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Meiner
Carmen Silvia

Vorwort

Die richterliche Rechtsbildung gehört seit jeher zu den Mysterien, aber auch Lieblingskindern der Jurisprudenz. In der Praxis eine kaum in Frage gestellte Selbstverständlichkeit, ist sie nach wie vor Grundproblem der Methodenlehre und Gegenstand reger verfassungsrechtlicher Erörterung. Von meinem langjährigen Lehrer, Herrn Prof. Dr. *Hugo Seiter*, stammt die Anregung, einer bislang kaum beleuchteten Seite der Thematik nachzugehen: nämlich der Frage, welchen Stellenwert Gerichtsverfassungs- und Prozeßrecht bei der richterlichen Weiterbildung des Rechts einnehmen. Jegliche Fortbildung des Rechts durch den Richter findet ja unabweislich im Rahmen eines konkreten gerichtlichen Verfahrens statt!

Hugo Seiter sollte seinen Habilitanden nur noch kurze Zeit begleiten können, dann wurde er für immer abberufen. In dieser Situation gab mir Herr Prof. Dr. *Heckelmann* die Möglichkeit, die Arbeit an seinem Lehrstuhl weiterzuführen. Hierfür, und daß er mir ungeachtet seiner starken beruflichen Belastung als Universitätspräsident und später als Innensenator immer mit Rat und Tat zur Seite gestanden hat, möchte ich mich an dieser Stelle ganz herzlich bedanken. Gerne erinnere ich mich in diesem Augenblick auch an den seinerzeitigen Beistand der Herren Prof. Dres. *Konzen*, *Schirmer*, *von Stebut* und *Zöllner*. Daß die Freie Universität Berlin zudem ihre Bleibezusage aufrecht erhielt und mir die Habilitationsstelle erhalten blieb, sehe ich auch heute noch keineswegs als selbstverständlich an.

Frau Prof. Dr. *Renate Käppler* hat mir in den Jahren der Entstehung der Arbeit stets die Möglichkeit zu einem freundschaftlichen Gedankenaustausch gegeben. Für seine Anteile an der endgültigen Fassung des Buches gebührt weiter meinem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. *Hinz*, aufrichtiger Dank. Ihm sowie Herrn Prof. Dr. *Wähler* habe ich zudem für ihr Engagement im Verfahren zu danken.

Meine Kolleginnen und Kollegen der Berliner Jahre, die Damen und Herren Dres. *Martin Franzen*, *Ursula Hantl-Unthan*, *Martin Kleinschmitt* sowie *Bettina Rickert* werde ich in bester Erinnerung behalten.

Berlin/Greifswald/Würzburg,
im Februar 1995

Curt Wolfgang Hergenröder

Inhaltsübersicht

| | |
|---|--------|
| Vorwort | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXXIII |
| § 1 Einführung und Problemstellung..... | 1 |

1. Kapitel

Richterliche Rechtsfortbildung als normatives Prinzip in Gerichtsverfassung und Prozeß

| | |
|--|-----|
| <i>1. Abschnitt: Gerichtlicher Stufenbau und Instanzenzug</i> | 19 |
| § 2 Erste Instanz und Weiterbildung des Rechts | 19 |
| § 3 Rechtsgestaltung durch externe Vorlagepflichten | 32 |
| <i>2. Abschnitt: Rechtsfortbildung im Rechtsmittelrecht.....</i> | 52 |
| § 4 Gesetzliche Beschränkungen des Zugangs zu den Rechtsmittel- instanzen | 52 |
| § 5 Verfahrensprivilegierung und Rechtsmittelsystem | 72 |
| <i>3. Abschnitt: Besondere Spruchkörper zur Rechtsfortbildung</i> | 88 |
| § 6 Die gerichtsverfassungsrechtliche Institution der Großen Senate | 88 |
| § 7 Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes .. | 107 |

2. Kapitel

Methodische und verfassungsrechtliche Direktiven der Rechtsgestaltung im Prozeß

| | |
|--|-----|
| <i>1. Abschnitt: Die richterliche Entscheidung zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsfortbildung</i> | 125 |
| § 8 Funktion und Verständnis der richterlichen Rechtsfortbildung in der Methodenlehre und im Prozeßrecht..... | 125 |
| § 9 Richterliche Rechtsfeststellung als Rechtsfortbildung | 149 |
| <i>2. Abschnitt: Rechtsfortbildender Richterspruch und Grundgesetz.....</i> | 168 |
| § 10 Die Weiterbildung des Rechts im Prozeß als Verfassungspflicht .. | 168 |
| § 11 Strukturprinzipien der rechtsprechenden Gewalt und Richter- recht..... | 187 |
| § 12 Verfassungsrechtliches Rechtsverweigerungsverbot und Auf- gabenstellung des Zivilprozesses..... | 213 |

3. Kapitel

Zivilprozessuale Parteiherrschaft und rechtsfortbildende Entscheidung

| | |
|---|-----|
| <i>1. Abschnitt: Möglichkeiten und Grenzen der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen</i> | 239 |
| § 13 „Negative Präjudizien“ als Prozeßziel | 239 |
| § 14 Die Durchbrechung der Dispositionsbefugnis der Parteien über das Verfahren | 260 |
| § 15 Die Verhinderung von Grundsatzentscheidungen als prozessuale Arglist | 276 |
| <i>2. Abschnitt: Verfahrensbeteiligung und Rechtsbildung</i> | 291 |
| § 16 Rechtliches Gehör und richterliche Hinweispflichten | 291 |
| § 17 Möglichkeiten und Grenzen einer Disposition der Parteien über die Rechtsfindung | 312 |

4. Kapitel

Rechtsfortbildungstatsachen im Zivilprozeß

| | |
|--|-----|
| <i>1. Abschnitt: Soziale Wirklichkeit und Rechtsbildung</i> | 329 |
| § 18 Rechtstatsachen und Normsetzung | 329 |
| § 19 Rechtsfortbildungstatsachen im richterlichen Entscheidungsprozeß | 348 |
| <i>2. Abschnitt: Die verfahrensrechtliche Behandlung von Rechtsfortbildungstatsachen</i> | 369 |
| § 20 Zum Stand in Rechtsprechung und Lehre | 369 |
| § 21 Die Maßgeblichkeit der Untersuchungsmaxime für Rechtsfortbildungstatsachen | 386 |
| § 22 Beweisverfahren und rechtstatsächliche Risikoverteilung | 408 |
| <i>3. Abschnitt: Rechtsfortbildungstatsachen in der Revisionsinstanz</i> | 433 |
| § 23 Revisibilität und Ermittlungskompetenz | 433 |

5. Kapitel

Weiterbildung des Rechts und Prozeßkosten

| | |
|---|-----|
| § 24 Rechtsfortbildende Entscheidung und individuelle Kostenlast .. | 451 |
| § 25 Die Freistellung der Parteien von Kosten der Rechtsermittlung .. | 463 |

6. Kapitel

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

| | |
|----------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 489 |
| Sachregister | 521 |

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Abkürzungsverzeichnis XXXIII

§ 1 Einführung und Problemstellung 1

I. Gesetzgebung, Prozeß und Richterrecht 1

1. Rechtsfortbildung und Prozeßgesetzgebung 1

2. Rechtsprechung als Rechtsschöpfung und Ersatzgesetzgebung. 3

3. Recht als Ergebnis arbeitsteilig organisierter Entscheidungsleistungen von Gesetz und Präjudiz. 5

II. Gerichtliches Verfahren und Rechtsfortbildung 8

1. Rechtsfortbildung als Prozeßergebnis und Prozeßziel 8

2. Gerichtsverfassung und Prozeßordnungen als Grundlage der Entscheidungsfindung 10

3. Die syllogistische Einzelstreitbereinigung als Leitidee des Prozesses. 12

III. Der Zivilprozeß als geeigneter Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung? 13

1. Prozessuale Vorgaben und Weiterbildung des Rechts 13

2. Gang der Darstellung 15

1. Kapitel

Richterliche Rechtsfortbildung als normatives Prinzip in Gerichtsverfassung und Prozeß

1. Abschnitt: Gerichtlicher Stufenbau und Instanzenzug 19

§ 2 Erste Instanz und Weiterbildung des Rechts 19

I. Die Zuständigkeit der Kammer bei grundsätzlicher Bedeutung der Sache 19

1. Aufgabenverteilung zwischen Einzelrichter und Kammer 19

2. § 348 Abs. 1 Nr. 2 ZPO als Besetzungsregel bei Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung. 20

| | | |
|------|---|----|
| II. | Die Konzentration von Verfahren auf eines unter mehreren sachlich und örtlich zuständigen Gerichten | 21 |
| | 1. Konzentrationsermächtigungen im Prozeßrecht | 21 |
| | 2. Rechtseinheit und Verfahrenskonzentration | 22 |
| III. | Zuständigkeitsverlagerungen im Instanzenzug | 23 |
| | 1. Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Landgerichts zur Eröffnung des Rechtsmittelzuges an den Bundesgerichtshof | 23 |
| | 2. Die Verlagerung der Berufung gegen Entscheidungen des Amtsgerichts an das Oberlandesgericht | 24 |
| IV. | Die erstinstanzliche Zuständigkeit der obersten Gerichtshöfe des Bundes | 24 |
| | 1. Abweichungen vom gesetzlichen Regelmodell eines mehrstufigen Instanzenzuges | 24 |
| | 2. Der Verzicht auf den Rechtsmittelzug als Instrument der Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung | 27 |
| | 3. Die grundsätzliche Bedeutung der Sache als Voraussetzung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Verkürzung des Rechtswegs | 29 |
| V. | Zuständigkeitsabreden der Parteien aus Gründen der Rechtsfortbildung | 29 |
| VI. | Folgerungen | 31 |
| § 3 | Rechtsgestaltung durch externe Vorlagepflichten | 32 |
| I. | Die Pflicht zur Abgabe des Verfahrens an ein übergeordnetes Gericht bei beabsichtigter Abweichung in einer Rechtsfrage | 32 |
| | 1. Die externe Vorlegungspflicht in § 28 Abs. 2 FGG und § 79 Abs. 2 GBO | 32 |
| | 2. Abgabepflichten im Gerichtsverfassungsrecht | 34 |
| | 3. Verfassungsrechtliche Vorlagepflichten | 36 |
| II. | Die Vorlage an ein übergeordnetes Gericht wegen Divergenz und Rechtsgrundsätzlichkeit | 37 |
| | 1. Der Rechtsentscheid in Mietsachen | 37 |
| | a) Pflicht zur Vorlage bei beabsichtigter Abweichung sowie grundsätzlicher Bedeutung | 37 |
| | b) Rechtsfortbildung durch Rechtsentscheid in einem Zwischenverfahren | 40 |
| | c) Die Rolle der Parteien im Rechtsentscheidsverfahren | 41 |
| | 2. Straf- und verwaltungsprozessuale Vorlagen wegen Divergenz und Rechtsgrundsätzlichkeit | 42 |
| III. | Das Recht zur Vorlage im Wehrverfahrensrecht | 44 |
| | 1. § 18 Abs. 4 WBO | 44 |
| | 2. § 36 Abs. 6 WDO | 44 |

| | |
|--|----|
| IV. Vorlagerechte und -pflichten im europäischen Verfahrensrecht . . . | 45 |
| 1. Die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs in den Europaverträgen | 45 |
| 2. Das Vorabentscheidungs- und Divergenzverfahren gem. Art. 2 ff. EuGVÜ-Auslegungsprotokoll | 46 |
| V. Externe Abgabepflichten und Vorlagerechte als Instrument der Rechtsgestaltung | 48 |
| 1. Grundlagen des Systems der externen Vorlage | 48 |
| 2. Entscheidungserheblichkeit und mittelbare Bindungswirkung der Präjudizien | 49 |
| 3. Europäisches Prozeßrecht und einheitliche Rechtsfortbildung . | 51 |
| | |
| 2. Abschnitt: Rechtsfortbildung im Rechtsmittelrecht | 52 |
| § 4 Gesetzliche Beschränkungen des Zugangs zu den Rechtsmittel- instanzen | 52 |
| I. Die „grundsätzliche“ Bedeutung der Rechtsfrage als Grundpfeiler des Rechtsmittelrechts | 52 |
| 1. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels wegen Rechtsgrundsätz- lichkeit | 52 |
| a) Grundsatzberufung | 52 |
| b) Grundsatzrevision | 54 |
| c) Grundsatzbeschwerde | 55 |
| 2. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „grundsätzlichen Bedeu- tung“ | 56 |
| a) Einheit und Fortbildung des Rechts als maßgebliche Aus- legungskriterien | 56 |
| b) Klärungsfähigkeit, Klärungsbedürftigkeit, Entscheidungs- erheblichkeit der Rechtsfrage | 58 |
| 3. Zur unterschiedlichen Ranghöhe der grundsätzlichen Bedeu- tung im Rechtsmittelrecht | 59 |
| II. Die Eröffnung einer weiteren Instanz wegen Divergenz | 59 |
| 1. Die Abweichung in einer Rechtsfrage als Rechtsmittelgrund . . | 59 |
| a) Divergenzberufung | 59 |
| b) Divergenzrevision | 61 |
| c) Divergenzbeschwerde | 62 |
| 2. Die Abweichung von der Entscheidung eines anderen Spruch- körpers | 63 |
| a) Der Begriff der „Abweichung“ | 63 |
| b) Divergenz in einer „Rechtsfrage“ | 64 |
| 3. Beruhen der Entscheidung auf der Rechtsfrage | 65 |
| III. Die Zulassung eines Rechtsmittels aus Gründen der „Fortbildung des Rechts“ | 65 |
| 1. Die Prozeßordnungen | 65 |
| 2. Der Zulassungsgrund der „Fortbildung des Rechts“ | 66 |

| | |
|---|----|
| a) Äußerungen des Gesetzgebers | 66 |
| b) Meinungsstand in der Literatur | 67 |
| IV. Rechtsmittel zur „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ | 69 |
| 1. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als Rechtsmittelvoraussetzung | 69 |
| 2. Ausgleich bzw. Vermeidung von Divergenzen als Leitbild | 69 |
| V. Fazit | 71 |
| | |
| § 5 Verfahrensprivilegierung und Rechtsmittelsystem | 72 |
| I. Parteiherrschaft im und überindividuelles Interesse am Rechtsmittelverfahren | 72 |
| 1. Die Reduktion der Parteiherrschaft durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen | 72 |
| 2. Die Rechtsmittelzulassung als Ausdruck des überindividuellen Interesses am Verfahren | 73 |
| 3. Die Notwendigkeit einer Beschwer des Rechtsmittelklägers | 75 |
| 4. Vergleich mit der Rolle der Parteien bei der externen Vorlage | 75 |
| II. Das prozessuale Verhältnis zwischen Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsfortbildung | 76 |
| 1. Rechtseinheit und Rechtsfortbildung als Leitideen des Rechtsmittelzugangs | 76 |
| 2. Die Divergenz als Unterfall der „grundsätzlichen Bedeutung“ der Sache? | 78 |
| 3. Die Rechtsmittelzulässigkeit wegen Divergenz als Instrument zur Rechtsfortbildung | 79 |
| III. Die Kanalisierung des Rechtsmittelzugangs als Verfahrensselektion und -privilegierung | 81 |
| 1. Ausgangspunkt: Der Ausschluß ausländischen Rechts aus der Revisibilität | 81 |
| 2. Die Beschränkung der revisionsrichterlichen Prüfung auf die Rechtsfrage | 82 |
| 3. Aktuelle Folgerungen aus dem jüngsten Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege | 83 |
| 4. Normativ privilegiertes Verfahren und Recht der Parteien auf eine „gerechte“ Entscheidung | 85 |
| IV. Ergebnis | 87 |
| | |
| 3. Abschnitt: Besondere Spruchkörper zur Rechtsfortbildung | 88 |
| § 6 Die gerichtsverfassungsrechtliche Institution der Großen Senate | 88 |
| I. Das historische Streben nach Rechtseinheit und Rechtsanwendungsgleichheit | 88 |
| 1. Die Entwicklung bis zu den Reichsjustizgesetzen | 88 |

| | |
|--|-----|
| 2. Das Problem der Einheit der Rechtsprechung innerhalb des Reichsgerichts | 89 |
| 3. Die Einbeziehung der Rechtsfortbildung in das Ausgleichsverfahren | 90 |
| II. Die Großen Senate bei den obersten Gerichtshöfen des Bundes .. | 92 |
| 1. Dogmengeschichtliche Entwicklung | 92 |
| 2. Die Neuregelung durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17.12.1990 | 94 |
| 3. Die Plenarentscheidung nach § 16 BVerfGG | 95 |
| III. Anrufungsvoraussetzungen | 96 |
| 1. Divergenzvorlage | 96 |
| a) Die beabsichtigte Abweichung von der Entscheidung in einer Rechtsfrage | 96 |
| b) Das Anfrageverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung | 97 |
| 2. Rechtsfortbildungsvorlage | 98 |
| a) Grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage | 98 |
| b) Erforderlichkeit zur Rechtsfortbildung | 99 |
| c) Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung | 100 |
| 3. Verhältnis zwischen Divergenzvorlage und Rechtsfortbildungsvorlage | 101 |
| IV. Besondere Verfahrensvorschriften für die Rechtsfortbildung? | 101 |
| 1. Entscheidung nur über die Rechtsfrage | 101 |
| 2. Fakultative mündliche Verhandlung und Parteirechte im Verfahren | 102 |
| 3. Anhörung des Generalbundesanwalts | 104 |
| 4. Kosten | 104 |
| 5. Ergebnis: Rechtsfortbildung im „normalen“ Verfahren | 104 |
| V. Die Besetzung der Großen Senate | 105 |
| VI. Fazit | 106 |
| | |
| § 7 Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes .. | 107 |
| I. Entstehungsgeschichte | 107 |
| 1. Die Rechtseinheit zwischen den verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten als Problem der Rechtssicherheit | 107 |
| 2. Das Oberste Bundesgericht im Sinne von Art. 95 GG a.F. | 107 |
| 3. Das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes | 108 |
| II. Gemeinsamer Senat und Weiterbildung des Rechts | 109 |
| 1. Die Voraussetzungen für die Anrufung des Gemeinsamen Senates | 109 |
| 2. Der Gemeinsame Senat als Rechtsfortbildungsinstanz | 111 |
| III. Besondere Verfahrensvorschriften | 112 |
| 1. Das Verfahren vor dem Gemeinsamen Senat | 112 |
| 2. Die Zusammensetzung des Gemeinsamen Senates | 114 |

| | |
|---|-----|
| 3. Parteirechte im Verfahren und rechtliches Gehör | 114 |
| 4. Kosten | 115 |
| IV. Ausblick: Das normativ privilegierte Gerichtsverfahren als Vehikel richterlicher Rechtsschöpfung | 116 |
| 1. Der Gemeinsame Senat als hierarchische Spitze im pyrami- dalen Aufbau der deutschen Gerichtsbarkeit | 116 |
| 2. Die institutionelle Absicherung der höchstrichterlichen Rechts- fortbildungsaufgabe | 117 |
| 3. Das rechtsschöpferische Präjudiz als Gerichtsverfassung und Prozeß immanentes Leitbild | 119 |
| 4. Fazit | 121 |

2. Kapitel

Methodische und verfassungsrechtliche Direktiven der Rechtsgestaltung im Prozeß

| | |
|---|-----|
| <i>1. Abschnitt: Die richterliche Entscheidung zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsfortbildung</i> | 125 |
| § 8 Funktion und Verständnis der richterlichen Rechtsfortbildung in der Methodenlehre und im Prozeßrecht | 125 |
| I. Ausgangspunkt: Das Modell des Justizsyllogismus | 125 |
| 1. Subsumtion des „Untersatzes“ unter den „Obersatz“ als metho- dische und prozessuale Idealvorstellung | 125 |
| 2. Verfahrensablauf und Justizsyllogismus | 127 |
| a) Notwendige Voraussetzungen der Klageschrift | 127 |
| b) Die mündliche Verhandlung | 128 |
| c) Die Beweisaufnahme | 129 |
| d) Der regelmäßige Inhalt des Urteils | 130 |
| 3. Prozessualer Tatbestand und richterliche Entscheidung | 131 |
| a) Der Sachverhalt als Untersatz des Syllogismus | 131 |
| b) Der festgestellte Tatbestand als fiktive „zivilprozessuale Wahrheit“ | 132 |
| II. Gesetzesvollzug, Auslegung und Rechtsfortbildung als Arbeits- begriffe der Methodenlehre | 133 |
| 1. Das Ideal als reale Fiktion: Der reine Gesetzesvollzug | 133 |
| 2. Die Auslegung des Gesetzes | 134 |
| a) Interpretation durch Auslegung | 134 |
| b) Auslegung und Prozeßrecht | 136 |
| 3. Rechtsfortbildung als methodische Fortsetzung der Auslegung | 137 |
| a) Strukturelle Unterschiede zwischen Auslegung und Rechts- fortbildung | 137 |
| b) Die verschiedenen Formen der Rechtsfortbildung | 139 |

| | |
|--|-----|
| c) Insbesondere: Richterliche Rechtsetzung durch „Ersatzgesetzgebung“ | 140 |
| aa) Richterliche „Ersatzgesetzgebung“ als Rechtsfortbildung oder Rechtsbildung? | 140 |
| bb) „Ersatzgesetzgebung“ und Zivilprozeß | 141 |
| 4. Ergebnis: „Rechtsfortbildung“ als methodischer Arbeitsbegriff | 142 |
| a) „Aufgabe“ der juristischen Methodenlehre | 142 |
| b) Richterliche Weiterbildung des Rechts und Grenzen der Methode | 143 |
| III. Der Rechtsfortbildungsbegriff im teleologischen und systematischen Zusammenhang des Gerichtsverfassungs- und Prozeßrechts | 143 |
| 1. Das normativ privilegierte Verfahren als Ausdruck der Ergebnisoffenheit der juristischen Methode | 143 |
| a) Die methodische Unvermeidbarkeit divergierender Entscheidungen | 143 |
| b) Rechtsneubildung als notwendige Voraussetzung von Divergenz und Rechtsgrundsätzlichkeit | 144 |
| 2. Funktionale Anforderungen an einen prozessualen Rechtsfortbildungsbegriff | 145 |
| a) Unbeachtlichkeit methodischer Arbeitsbegriffe | 145 |
| b) Bedeutung der Rechtsneubildung für die Gesamtrechtsordnung | 146 |
| c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Rechtsneubildung? | 147 |
| 3. Fazit | 148 |
| IV. Ergebnis | 148 |
| § 9 Richterliche Rechtsfeststellung als Rechtsfortbildung | 149 |
| I. Die prozessuale Konkretisierung der richterlichen Rechtsfortbildungsaufgabe | 149 |
| 1. Syllogistische Einzelstreitbereinigung als Regelfall | 149 |
| 2. Die Institutionalisierung der Rechtsfortbildung als Ausdruck ihrer einfachrechtlichen Anerkennung | 150 |
| 3. Inhaltliche Determinierung der richterlichen Rechtsfortbildungsaufgabe? | 151 |
| II. Rechtsfortbildung im Prozeß und Geschlossenheitsfiktion der Rechtsordnung | 152 |
| 1. Rechtsverweigerungsverbot und lückenloses Recht | 152 |
| 2. Geschlossenheitsdogma und richterliche Rechtsfortbildung | 153 |
| III. Prozessuale Rechtserkenntnis als materielle Rechtsverwirklichung? | 154 |
| 1. Rechtsverwirklichung im Prozeß nach der Kreationstheorie | 154 |
| 2. Notwendige Allgemeinheit und außerprozessualer Geltungsanspruch des Rechts | 156 |

| | |
|--|-----|
| IV. Funktionale Betrachtung des Prozesses und Rechtsfortbildungswirkung der Entscheidung | 157 |
| 1. Rechts„feststellung“ durch das richterliche Urteil | 157 |
| 2. Die Feststellung streitigen Rechts zwischen den Parteien als Aufgabe des Zivilprozesses schlechthin? | 159 |
| 3. Rechtsfortbildung als Folge der Auseinandersetzung der Par- teien im Prozeß | 160 |
| V. Die Ergebnisoffenheit des Prozeßrechts | 163 |
| 1. Richterliche Neutralität und Ergebnisoffenheit | 163 |
| 2. Materielle Rechtslage und Parteistellung im Prozeß | 164 |
| 3. Parteiverantwortung und Prozeßverlauf | 165 |
| 4. Prozeßbeendigung und streitige Entscheidung | 165 |
| VI. Folgerungen für die weitere Untersuchung | 166 |
| | |
| 2. Abschnitt: Rechtsfortbildender Richterspruch und Grundgesetz | 168 |
| § 10 Die Weiterbildung des Rechts im Prozeß als Verfassungspflicht .. | 168 |
| I. Die formelle Pflicht des Richters zur Streitentscheidung im Einzelfall | 168 |
| 1. Rechtsprechende Gewalt und richterliche Entscheidung | 168 |
| 2. Justizgewährungsanspruch und Entscheidungszwang des Richters | 169 |
| 3. Art. 20 Abs. 3 GG als Grundlage des Rechtsverweigerungs- verbots | 172 |
| 4. Rechtsstaatsprinzip und richterliche Pflicht zur Rechtsfort- bildung im Prozeß | 174 |
| II. Normativ privilegiertes Verfahren und gesetzlicher Richter | 176 |
| 1. Das rechtsfortbildende Präjudiz im Lichte von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG | 176 |
| 2. Die Nichtvorlage als Entzug des gesetzlichen Richters | 177 |
| a) Die Schutzwirkung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Hinblick auf Vorlagepflichten | 177 |
| b) Die bundesverfassungsgerichtliche Formel einer „willkür- lichen“ Mißachtung der Vorlagepflicht | 178 |
| c) Bundesverfassungsgerichtliches Willkürkriterium und Zweck der Vorlagepflichten | 179 |
| 3. Die Nichtzulassung eines Rechtsmittels als Verfassungsver- stoß? | 180 |
| a) Einräumung der Nichtzulassungsbeschwerde | 180 |
| b) Kein Rechtsmittel gegen die Nichtzulassung | 181 |
| 4. Gesetzlicher Richter und Handlungsermessen | 182 |
| a) Kein richterliches Ermessen bei der Annahme bzw. Zulas- sung von Rechtsmitteln | 182 |
| b) Richterliches Ermessen bei der Grundsatzvorlage? | 183 |

| | |
|--|-----|
| III. Die verfassungsrechtliche Anerkennung der „rechtsetzenden“ Rolle des Richters | 185 |
| 1. Rechtsatzbildung im abstrakten Zwischenverfahren | 185 |
| 2. Der rechtsetzende Richter als „gesetzlicher Richter“ i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG | 186 |
| 3. Fazit | 186 |
| § 11 Strukturprinzipien der rechtsprechenden Gewalt und Richter- recht | 187 |
| I. Kompetenzielle Direktiven richterlicher Rechtsfortbildung | 187 |
| 1. Der rechtsfortbildende Richterspruch als notwendiger Ausfluß eines rechtshängigen Verfahrens | 187 |
| 2. Richterliche „Rechtsbildung“ außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens | 189 |
| a) Das Anfrageverfahren als gesetzliche Ausnahme | 189 |
| b) „Faktische“ Ausnahmen der Verfahrensbindung | 189 |
| 3. Obiter dicta | 191 |
| a) Appellentscheidungen | 191 |
| b) Fallübergreifende Aussagen | 192 |
| c) Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen | 193 |
| 4. Entscheidungserheblichkeit als kompetenzielle Grenze richter- licher Rechtsbildung | 194 |
| a) Keine präsumptive Verbindlichkeit „außerprozessualer Präjudizien“ | 194 |
| b) Das obiter dictum als nicht divergenzfähiger Annex der sylogistischen Einzelstreitbereinigung | 195 |
| c) Fazit | 196 |
| II. Die funktionelle Aufteilung zwischen Gesetzgeber und Richter bei der Gestaltung der Rechtsordnung | 197 |
| 1. Der verfassungsrechtliche Gewaltenteilungsgrundsatz als Organisationsprinzip | 197 |
| a) Normsetzungsprärogative des Gesetzgebers und richterliche Rechtsgestaltung | 197 |
| b) Legislative Korrektur von Richterrecht | 198 |
| 2. Bundesverfassungsgerichtliche „Wesentlichkeitstheorie“ und rechtsfortbildende Entscheidung | 199 |
| a) Die Alleinzuständigkeit des Parlaments in grundlegenden normativen Bereichen | 199 |
| b) Wesentlichkeitstheorie und Richterrecht | 201 |
| 3. Gewaltenteilungsgrundsatz als Funktionsprinzip und Lei- stungsfähigkeit des Prozeßrechts | 204 |
| a) Funktionsfähigkeit des Rechtssystems durch Gewalten- balancierung | 204 |
| b) Einzelfallentscheidung und Gesamtrechtsordnung – Geschlechtsänderung durch richterliches Urteil? | 205 |
| c) Zwischenergebnis | 206 |

| | | |
|------|---|-----|
| III. | Materielle Anforderungen an die richterliche Rechtsfortbildungsaufgabe und Zivilprozeß | 207 |
| 1. | Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz | 207 |
| a) | Pflicht zur Rechtsprechung in den Grenzen der Gesamtrechtsordnung | 207 |
| b) | Das Phänomen der „unausfüllbaren“ Lücken | 208 |
| 2. | Funktionsgrenzen des Prozeßrechts als Rechtsfortbildungsgrenzen? | 209 |
| a) | Nochmals: BGHZ 57, S. 63 | 209 |
| b) | Wandel der Normsituation und prozessuale Erkenntnismöglichkeiten | 210 |
| 3. | Struktur des Zivilprozesses und Rechtsfortbildungsaufgabe des Richters | 211 |
| IV. | Ergebnis | 212 |
| § 12 | Verfassungsrechtliches Rechtsverweigerungsverbot und Aufgabenstellung des Zivilprozesses | 213 |
| I. | Die Verfassungspflicht zur Rechtsfortbildung im Spannungsfeld verschiedener Verfahrenszwecke | 213 |
| 1. | Entscheidungszwang und normativ privilegiertes Verfahren ... | 213 |
| 2. | Wirkung des gerichtlichen Verfahrens und Weiterbildung des materiellen Rechts | 214 |
| II. | Die Doppelfunktion des „klassischen“ Zivilprozesses | 215 |
| 1. | Der Zivilprozeß als Verfahren zur Verwirklichung subjektiver Privatrechte | 215 |
| a) | Schutz materieller Anspruchsberechtigungen | 215 |
| b) | Friedens- und Ordnungszweck | 217 |
| c) | Rechtsgewißheit und Rechtssicherheit | 217 |
| 2. | Öffentliche Zwecke | 218 |
| a) | Bewährung des objektiven Rechts | 218 |
| b) | Abstrakter Rechtsfortbildungszweck | 219 |
| 3. | Die unmittelbare Verfolgung überindividueller Interessen im Zivilprozeß als Ausnahme | 221 |
| a) | Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft zur Wahrung öffentlicher Interessen | 221 |
| b) | Die Verbandsklage zum Schutze von Gruppeninteressen ... | 221 |
| III. | Verfassungsrechtliche Rangordnung der Prozeßzwecke? | 222 |
| 1. | Parteiinteresse im und öffentliches Interesse am Zivilprozeß als Leitprinzipien der Prozeßrechtsentwicklung | 222 |
| 2. | Das Problem der Abwägung verschiedener Prozeßzwecke | 223 |
| 3. | Aufgabenstellung des zivilgerichtlichen Verfahrens und Grundgesetz | 225 |
| a) | Verfassungsrechtlicher Vorrang des Individualschutzes als Prozeßzweck? | 225 |
| b) | Rechtsfortbildung und prozessuale Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers | 226 |

| | |
|--|-----|
| IV. Subjektive Interessen im und öffentliche Interessen am Zivil- prozeß – eine Analyse | 227 |
| 1. Das Interesse der Parteien im Rechtsstreit | 227 |
| a) Entscheidung über einen abgeschlossenen Sachverhalt in den Grenzen der Rechtskraft | 227 |
| b) Entscheidung über einen abgeschlossenen Sachverhalt mit rechtsgestaltender Wirkung für die Zukunft | 228 |
| 2. Öffentliches Interesse am Prozeß als Institution und konkreter Rechtsstreit | 229 |
| a) Bewährung des bereits „erkannten“ Rechts | 229 |
| b) Schöpfung neuen Rechts | 229 |
| 3. Die Abstraktion des Rechtsfortbildungsinteresses vom Partei- interesse | 230 |
| V. Prozeßmaximen und Rechtsfortbildung | 232 |
| 1. Die Verfahrensgrundsätze als Leitprinzipien der Prozeßrechts- ordnung | 232 |
| 2. Prozeßmaximen und Privatautonomie | 233 |
| 3. Grenzen der Parteiautonomie im Zivilprozeß | 235 |
| VI. Folgerungen für die weitere Untersuchung | 236 |

3. Kapitel Zivilprozessuale Partei herrschaft und rechtsfortbildende Entscheidung

| | |
|---|-----|
| <i>1. Abschnitt: Möglichkeiten und Grenzen der Verhinderung von Grund- satzentscheidungen</i> | 239 |
| § 13 „Negative Präjudizien“ als Prozeßziel | 239 |
| I. Die Weiterbildung des Rechts im Prozeß als Folge individueller Rechtsschutzgewährung | 239 |
| 1. Der Prozeßbetrieb der Parteien als Grundvoraussetzung richterlicher Tätigkeit | 239 |
| 2. Rechtsschutzbedürfnis als Sachurteilsvoraussetzung | 240 |
| 3. Die richterliche Bindung an die Anträge | 241 |
| II. Das „negative Präjudiz“ als legitimer Ausfluß der Dispositions- maxime? | 242 |
| 1. Verhinderung der Entscheidung in der Revisionsinstanz | 242 |
| 2. Verhinderung einer Entscheidung des Großen Senats | 244 |
| 3. Dispositionsmaxime und Rechtsfortbildungszweck im nor- mativ privilegierten Verfahren | 245 |
| III. Beendigungsmöglichkeiten des Verfahrens durch eine Partei | 247 |
| 1. Anerkenntnis und Verzicht | 247 |
| a) Rechtsnatur und Rechtsfolgen | 247 |
| b) Anspruch der Gegenpartei auf Entscheidung in der Sache? .. | 247 |
| c) Das obiter dictum im Anerkenntnis- bzw. Verzichts Urteil als möglicher Ausweg | 248 |

| | |
|--|---------|
| 2. Rücknahme der Klage/des Rechtsmittels | 248 |
| 3. Säumnis im Rechtsmittelverfahren | 249 |
| a) Säumnis des Rechtsmittelklägers | 249 |
| b) Säumnis des Rechtsmittelbeklagten | 250 |
| 4. Einseitige Erklärung der Erledigung der Hauptsache | 250 |
| IV. „Einverständliche“ Erledigungsarten | 250 |
| 1. Einverständliche Klage- und Rechtsmittelrücknahme | 250 |
| a) Klagerücknahme | 250 |
| b) Berufungs-, Revisionsrücknahme | 251 |
| 2. Beiderseitige Säumnis | 251 |
| 3. Beiderseitige Erledigung der Hauptsache | 252 |
| 4. Prozeßvergleich | 253 |
| V. Erledigung in Zwischenverfahren | 254 |
| 1. Rechtsentscheidungsverfahren | 254 |
| a) Zulässigkeit eines Rechtsentscheids trotz Erledigung der Hauptsache | 254 |
| b) Prozessuale Überholung und Entscheidungserheblichkeit .. | 255 |
| 2. Externe Vorlage in Auslieferungssachen | 256 |
| 3. Externe Vorlage gem. § 121 Abs. 2 GVG | 257 |
| 4. Verfahren vor den Großen Senaten, Vereinigten Großen Senaten sowie dem Gemeinsamen Senat | 257 |
| VI. Folgerungen für die weitere Untersuchung | 258 |
| § 14 Die Durchbrechung der Dispositionsbefugnis der Parteien über das Verfahren | 260 |
| I. Ausschluß der Parteiherrschaft kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung | 260 |
| 1. Staatliche Einflußnahme auf das Verfahren | 260 |
| a) Der Staat als Prozeßpartei | 260 |
| b) Staatlicher „Zwang“ zur Klage | 260 |
| 2. Ausschluß der Disposition über das Verfahrensende | 261 |
| a) Ausschluß der einseitigen Beendigung | 261 |
| b) Ausschluß der einverständlichen Beendigung | 262 |
| 3. Durchbrechung der richterlichen Antragsbindung | 262 |
| a) Kosten | 262 |
| b) § 308 a ZPO | 263 |
| 4. Fazit | 263 |
| II. Die Diskussion im „Verbraucherprozeßrecht“ | 263 |
| 1. Prozeßmaximen und überindividueller Rechtsschutz | 263 |
| 2. Parteidisposition über das Verfahrensende | 265 |
| 3. Rechtsschutzbedürfnis und Beschwerde | 266 |
| 4. Richterliche Antragsbindung | 266 |
| III. Parteiautonome Prozeßabreden | 267 |
| 1. Musterprozeßabrede und einverständliche Verfahrensbeendi- gung | 267 |

| | |
|---|---------|
| 2. Ausschluß von Anerkenntnis und Verzicht | 268 |
| IV. Fortführung des Verfahrens trotz prozessualer Überholung im Verfassungsgerichtsprozeß | 269 |
| 1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 269 |
| 2. Meinungsstand im Schrifttum | 271 |
| 3. Fazit | 272 |
| V. Die Unbeachtlichkeit der Prozeßhandlungen bei Arglist | 272 |
| 1. Treu und Glauben im Zivilprozeß | 272 |
| 2. Schutzrichtung des zivilprozessualen Arglistverbots | 273 |
| VI. Zwischenergebnis | 274 |
| § 15 Die Verhinderung von Grundsatzentscheidungen als prozessuale Arglist | 276 |
| I. Normative Privilegierung als Ausdruck des überindividuellen Interesses am Verfahren | 276 |
| 1. Rechtsfortbildungszweck des Verfahrens und Dispositionsbe- fugnis der Parteien | 276 |
| 2. Das öffentliche Interesse am Richterspruch | 276 |
| II. Parteiinteresse und Ausgestaltung des Verfahrens | 278 |
| 1. Rechtsschutzgewährung als Staatsaufgabe | 278 |
| 2. Kenntnis der Parteien von der „Privilegierung“ ihrer Streitsache | 279 |
| 3. Die richterliche Pflicht zur nichtstreitigen Bereinigung des Rechtsstreits in jeder Lage des Verfahrens | 281 |
| III. Absolute und relative Schranken der Dispositionsbefugnis über das Verfahrensende | 282 |
| 1. Rechtsmißbrauch als unabdingbare Grenze der Parteifreiheit .. | 282 |
| a) Verfahrensbeendigende Prozeßhandlung und Rechtsschutz- bedürfnis | 282 |
| b) Das „negative Präjudiz“ als rechtsmißbräuchliches Prozeß- ziel | 283 |
| 2. Das öffentliche Interesse an der Rechtsfrage als relative Grenze der Dispositionsbefugnis | 284 |
| 3. Tatsächliche Entscheidungsreife | 285 |
| a) Subsumtionstatsachen | 285 |
| b) Rechtsfortbildungstatsachen | 285 |
| IV. Ergebnis: Die „systemimmanente“ Einschränkung der Parteidis- position über das Verfahren als angemessener Lösungsweg | 286 |
| 1. Die Unabhängigkeit der normativen Privilegierung des Ver- fahrens vom Parteiwillen | 286 |
| 2. Keine gesetzliche Durchbrechung der Dispositionsmaxime aus Gründen der Rechtsfortbildung | 288 |
| 3. Die Verwirklichung des öffentlichen Interesses an einer Ent- scheidung in der Sache durch das geltende Prozeßrecht | 288 |
| V. Fazit | 290 |

| | |
|---|-----|
| 2. Abschnitt: <i>Verfahrensbeteiligung und Rechtsbildung</i> | 291 |
| § 16 Rechtliches Gehör und richterliche Hinweispflichten | 291 |
| I. Verfassungsrechtliche Grundlagen | 291 |
| 1. Rechtliches Gehör als Ausfluß von Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip | 291 |
| 2. Inhalt der verfassungsrechtlichen Verbürgung | 292 |
| 3. Art. 103 Abs. 1 GG und einfaches Zivilverfahrensrecht | 293 |
| II. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bei richterlicher Fortbildung des Rechts | 294 |
| 1. Der Anspruchsinhalt im Lichte des Justizsyllogismus | 294 |
| 2. Richterliches Recht und richterliche Pflicht zum Rechts- gespräch | 295 |
| a) Anspruch der Parteien auf Kenntnis der Überlegungen des Gerichts? | 295 |
| b) Die ablehnende Haltung von Rechtsprechung und Lehre ... | 296 |
| 3. Demokratieprinzip und Mitwirkung der Parteien bei der Rechtsfortbildung | 297 |
| 4. Rechtsfortbildung als „Überraschung“ der Parteien | 298 |
| a) Überraschungsentscheidung und Verwirklichung der Menschenwürde im Prozeß | 298 |
| b) Rechtsfortbildung als Grundlage der normativen Privilegie- rung von Verfahren | 299 |
| III. Präjudizienwirkung und Inhaber des Anspruchs auf rechtliches Gehör | 300 |
| 1. Anspruchsberechtigung und materielle Betroffenheit | 300 |
| 2. Erstreckung des rechtlichen Gehörs auf durch Präjudizien mittelbar Betroffene? | 301 |
| 3. Leistungsfähigkeit des Zivilprozesses und normative Regelung der Drittbeteiligung | 302 |
| 4. Tatsächliche Einflußnahmemöglichkeiten Dritter auf die richterliche Rechtsentwicklung | 303 |
| IV. Richterliche Hinweispflichten bei rechtsfortbildenden Entschei- dungen | 304 |
| 1. Richterliche Aufklärung und rechtliches Gehör | 304 |
| 2. Die richterliche Hinweispflicht bezüglich „Rechtsfortbildungs- tatsachen“ | 306 |
| a) Ansätze im Schrifttum | 306 |
| b) §§ 139 Abs. 1, 278 Abs. 3 ZPO als mögliche Rechtsgrund- lage | 307 |
| c) Ergebnis: Notwendigkeit einer Differenzierung nach der Quelle der Rechtsfortbildungstatsachen | 308 |
| 3. Parteidispositionen über das Verfahren als Folge richterlicher Hinweispflichten | 309 |
| a) Mutmaßliches Prozeßergebnis und Dispositionsmaxime im Verbandsklageverfahren | 309 |

| | |
|---|-----|
| b) Gewährung rechtlichen Gehörs und Dispositionsbefugnis der Parteien | 310 |
| V. Fazit | 311 |
| § 17 Möglichkeiten und Grenzen einer Disposition der Parteien über die Rechtsfindung | 312 |
| I. Beibringungsgrundsatz und Entscheidungsgrundlage | 312 |
| 1. Parteiherrschaft über den Sachverhalt und Prinzip der „formalen“ Wahrheit | 312 |
| 2. Einverständlicher Parteivortrag und richterliche Fortbildung des Rechts | 313 |
| 3. Bindung des Gerichts an übereinstimmenden Tatsachenvortrag und prozessuale Wahrheitspflicht | 314 |
| 4. Präjudizien und „Schein-Präjudizien“ als Prozeßziel | 316 |
| a) Kollusives Zusammenwirken der Parteien als „Schein- prozeß“ | 316 |
| b) Die Typik des Scheinprozesses | 317 |
| 5. Die Unzulässigkeit von Scheinprozessen | 318 |
| a) Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses | 318 |
| b) Grundsatz der Amtsprüfung | 319 |
| c) Scheinpräjudizien und „negative“ Präjudizien als zu miß- billigende Prozeßziele | 319 |
| 6. Ergebnis | 320 |
| II. Erfahrungssätze im Spannungsfeld zwischen Rechts- und Tat- frage | 320 |
| 1. Begriff und Standort im Syllogismus | 320 |
| 2. Unbeachtlichkeit einverständlichen Parteivortrags | 321 |
| III. „Jura novit curia“ und einverständliche Parteierklärungen in Rechtsfragen | 321 |
| 1. Die grundsätzliche Unbeachtlichkeit der Rechtsansichten der Parteien | 321 |
| 2. Zivilprozeßrecht und Rechtsgewißheit | 323 |
| 3. Rechtsfortbildungszweck des Prozesses und richterliches Rechtsfortbildungsmonopol | 325 |
| IV. Fazit | 326 |

4. Kapitel

Rechtsfortbildungstatsachen im Zivilprozeß

| | |
|--|-----|
| <i>1. Abschnitt: Soziale Wirklichkeit und Rechtsbildung</i> | 329 |
| § 18 Rechtstatsachen und Normsetzung | 329 |
| I. Ausgangspunkt: Richterliche Regelwerke ohne rechtstatsächliche Grundlage | 329 |

| | |
|---|-----|
| 1. Die „Kampfquotenentscheidungen“ des Bundesarbeitsgerichts vom 10.6.1980 | 329 |
| 2. Die Beschlüsse des Großen Senats des Bundessozialgerichts vom 12.9.1969 zur Beurteilung von Berufs- und Erwerbsunfähigkeit | 331 |
| 3. Richterrechtsetzung auf ungesicherter Tatsachengrundlage und fehlende normative Wertungen | 334 |
| II. Die Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse als Grundlage der Gesetzgebung | 336 |
| 1. Soziale Wirklichkeit und staatliche Normsetzung | 336 |
| 2. Grenzen der Aufklärbarkeit und politische Entscheidung | 337 |
| 3. Der Stellenwert der Rechtstatsachenforschung in der Gesetzgebungswissenschaft | 339 |
| 4. Erkenntnismöglichkeiten der Legislative | 341 |
| III. Normerzeugung, Rechtstatsachen und Verfassung | 342 |
| 1. Die Erhebung von Rechtstatsachen durch die Legislative als Verfassungspflicht | 342 |
| 2. Prognoseentscheidungen und Erfolgskontrolle | 343 |
| 3. Inneres Gesetzgebungsverfahren und Folgen unterbliebener Aufklärung | 345 |
| IV. Fazit | 347 |
| | |
| § 19 Rechtsfortbildungstatsachen im richterlichen Entscheidungsprozeß | 348 |
| I. Generelle Tatsachen im Justizsyllogismus | 348 |
| 1. Die (Subsumtions)Tatsache in Abgrenzung zur Rechtsfrage ... | 348 |
| 2. Rechtsfortbildungstatsachen als generelle Tatsachen | 349 |
| 3. Zivilprozessualer Tatsachenbegriff und legislative facts | 350 |
| II. Methodenlehre und Rechtsfortbildungstatsachen | 351 |
| 1. Normstatsachen als vernachlässigtes methodisches Problem ... | 351 |
| a) Das Schweigen der „traditionellen“ Methodenlehre | 351 |
| b) Die Ignoranz der höchstrichterlichen Zivilrechtsjudikatur .. | 353 |
| 2. Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz | 354 |
| a) Immanente Grenzen der Rechtsfortbildung | 354 |
| b) Wertende Rechtserkenntnis auf der alleinigen Grundlage des positiven Normenbestandes | 355 |
| 3. Rechtstatsachen als notwendiger Bestandteil des juristischen Entscheidungsprozesses | 357 |
| a) Richterliche Wertung als Dezisionismus | 357 |
| b) Normkonkretisierung und -fortbildung durch Rechtstatsachen | 358 |
| 4. Grenzen der Verwertbarkeit von Rechtstatsachen | 360 |
| a) Funktionelle Schranken | 360 |
| b) Materielle Einwände | 361 |

| | | |
|------|---|-----|
| III. | Rechtstatsächliche Aufklärungspflichten als Ausfluß methoden- gerechter Rechtsfortbildung | 363 |
| 1. | „Was schuldet der zur Rechtsfortbildung verpflichtete Richter?“ | 363 |
| 2. | Institutionelles Prozeßrecht und Rechtseinheit | 365 |
| 3. | Rechtsfortbildungsaufgabe des Richters und instrumentelle Ausgestaltung des zivilprozessualen Verfahrens | 366 |
| IV. | Folgerungen für die weitere Untersuchung | 367 |
| | | |
| 2. | <i>Abschnitt: Die verfahrensrechtliche Behandlung von Rechtsfort- bildungstatsachen</i> | 369 |
| § 20 | Zum Stand von Rechtsprechung und Lehre | 369 |
| I. | Die prozessuale Sonderstellung des Bundesverfassungsgerichts .. | 369 |
| 1. | Das Bundesverfassungsgericht als Tatsacheninstanz | 369 |
| 2. | Inquisitionsmaxime und funktioneller Auftrag der Verfassungs- gerichtsbarkeit | 370 |
| II. | Rechtstatsachen in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes | 371 |
| 1. | Bundesarbeitsgericht | 371 |
| 2. | Bundesfinanzhof | 372 |
| 3. | Bundesgerichtshof | 373 |
| 4. | Bundessozialgericht | 374 |
| 5. | Bundesverwaltungsgericht | 375 |
| 6. | Ergebnis | 376 |
| III. | Meinungsstand in der Literatur | 376 |
| 1. | Rechtstatsachen als Tatsachen i.S.d. Beweisrechts der Zivil- prozeßordnung | 376 |
| 2. | Rechtstatsachen und Untersuchungsgrundsatz | 378 |
| 3. | Beschränkung auf die Beweismittel der Zivilprozeßordnung? .. | 379 |
| 4. | Revisibilität genereller Tatsachen | 380 |
| 5. | Erhebung von Normtatsachen durch die Revisionsgerichte ... | 381 |
| IV. | Rechtsfortbildungstatsachen und innere Systematik des Zivil- prozeßrechts | 382 |
| 1. | Richterliche Rechtskenntnis als Grundlage der Urteilsfindung . | 382 |
| 2. | Rechtsfragen als Beweisthema | 383 |
| 3. | Fazit | 385 |
| | | |
| § 21 | Die Maßgeblichkeit der Untersuchungsmaxime für Rechtsfort- bildungstatsachen | 386 |
| I. | Durchbrechungen der Verhandlungsmaxime und ihre instrumen- telle Ausgestaltung | 386 |
| 1. | Exterritorialität | 386 |
| a) | Grenzen der deutschen Gerichtsbarkeit und Untersuchungs- grundsatz | 386 |

| | |
|--|-----|
| b) Beweislast und anzuwendende Beweisregeln | 386 |
| 2. Erfahrungssätze | 387 |
| a) Der Erfahrungssatz als Bestandteil des Rechtssatzes | 387 |
| b) Amtsermittlungsgrundsatz und Freibeweisverfahren | 388 |
| c) Beweislast | 388 |
| 3. Ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht, Satzungen | 389 |
| a) Rechtsfrage als Beweisthema und Amtsermittlungsgrundsatz | 389 |
| b) Richterliches Ermessen und Freibeweis | 390 |
| c) Beweislast | 391 |
| II. Prüfung von Amts wegen | 392 |
| 1. Anwendungsbereich | 392 |
| 2. Verbleibender Einfluß der Parteien | 392 |
| 3. Beweisverfahren und Beweislast | 393 |
| III. Besonderheiten im „Verbraucherprozeßrecht“ | 394 |
| 1. Verbandsklage und Beibringungsgrundsatz | 394 |
| 2. Inquisitionsmaxime und Freibeweis im Verbraucherprozeßrecht? | 394 |
| 3. Beweislastfragen | 396 |
| 4. Fazit | 397 |
| IV. Folgerungen für die prozessuale Heranziehung von Rechtsfortbildungstatsachen | 397 |
| 1. Ausgangspunkt: Die Verhandlungsmaxime als untauglicher Ansatz | 397 |
| a) Gleichsetzung von Rechtsfortbildungs- und Subsumtionsstatsachen? | 397 |
| b) Rechtstatsachen und ideologischer Hintergrund des Verhandlungsgrundsatzes | 398 |
| c) Folgerungen aus der technischen Begründung des Beibringungsgrundsatzes | 400 |
| 2. Die Inquisitionsmaxime als gebotene Alternative | 401 |
| a) Keine Bindung des Gerichts an den Parteivortrag bezüglich Rechtsfortbildungstatsachen | 401 |
| b) Recht der Parteien auf Einbringung genereller Fakten | 402 |
| 3. Verpflichtung des Gerichts zur Beweiserhebung von Amts wegen | 402 |
| V. Grenzen richterlicher Aufklärungspflichten | 403 |
| 1. Pflicht zur Entscheidung des Rechtsstreits innerhalb angemessener Zeit | 403 |
| 2. Insbesondere: Rechtsfortbildung durch einstweilige Verfügung? | 404 |
| a) Wettbewerbsrecht | 404 |
| b) Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 404 |
| c) Arbeitskampfrecht | 405 |
| 3. Einstweiliger Rechtsschutz und Rechtstatsachen | 406 |
| VI. Ergebnis | 407 |

| | |
|--|-----|
| § 22 Beweisverfahren und rechtstatsächliche Risikoverteilung..... | 408 |
| I. Richterliche Rechtsbildung und prozessuale Formenstrenge | 408 |
| 1. Nicht beweisbedürftige Rechtsfortbildungstatsachen | 408 |
| a) Offenkundigkeit gem. § 291 ZPO | 408 |
| b) Entscheidung aufgrund eigener Sachkunde und Wissen- schaft nach § 114 GVG | 409 |
| 2. Die Förmlichkeit des Beweisverfahrens als zivilprozessuale Regel | 410 |
| 3. Der Freibeweis | 411 |
| 4. Die Feststellung einer Verkehrsauffassung im Wettbewerbs- prozeß als Prüfstein | 413 |
| II. Richterliches Ermessen bei der Gewinnung von Rechtsfortbil- dungstatsachen | 414 |
| 1. Gesetzgeberisches und richterliches Normbildungsverfahren .. | 414 |
| 2. Folgerungen aus dem Rechtsgedanken der §§ 26 BVerfGG, 293 ZPO sowie der Behandlung von Erfahrungssätzen..... | 415 |
| 3. Ergebnis: Pflichtgemäßes Ermessen bei der Verfahrenswahl.... | 415 |
| III. „Beweislastverteilung“ bei Rechtstatsachen? | 416 |
| 1. Ansätze der Problemerkfassung..... | 416 |
| a) Maßgeblichkeit des Eingriffscharakters der Norm (Hanau).. | 417 |
| b) Dogmatische Lösung (Dreher, Lames) | 417 |
| c) Beweisbedürftigkeit der Abweichung von bereits erkanntem Recht (Seiter) | 417 |
| d) Stellungnahme | 418 |
| 2. Grundlagen der Beweislastverteilung im Zivil-, Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsprozeß | 420 |
| a) Objektive und subjektive Beweislast im Zivilprozeß..... | 420 |
| b) Die objektive Beweislast im Verfahren vor den Verwaltungs- gerichten | 421 |
| c) Verfassungsgerichtsprozeß und Beweislast | 422 |
| 3. Dogmatische Grundlagen der Beweislast | 424 |
| a) Voraussetzungen und Wesen einer Entscheidung nach Grundsätzen der Beweislast | 424 |
| b) Rechtsanwendung und Beweislosigkeit | 424 |
| c) Substituierbarkeit der Beweislastregeln? | 425 |
| 4. Prozessuale Risikoverteilung und rechtstatsächliches non liquet..... | 426 |
| a) Unübertragbarkeit zivilprozessualer Beweislastregeln | 426 |
| b) Konfliktregelung über das Beweismaß bzw. die richterliche Schätzung? | 427 |
| c) Methodische Ersatzlösungen anderer Art? | 428 |
| IV. Abgestuftes Beweismaß und zivilprozessuale Risikozuweisung bei der richterlichen Rechtsbildung | 428 |
| 1. Folgerungen aus Gerichtsverfassung und Prozeßrecht..... | 428 |

| | |
|--|-----|
| 2. Immanente Grenzen der Rechtsfortbildung und rechtstat- sächliches „Beweismaß“ | 429 |
| 3. Volles rechtstatsächliches Beweismaß bei der Umbildung des Rechts | 430 |
| 4. Rechtsneubildung | 431 |
| V. Ergebnis: Das Prozeßrecht als mögliche Funktionsgrenze richter- licher Rechtsfortbildung | 432 |
| | |
| 3. Abschnitt: Rechtsfortbildungstatsachen in der Revisionsinstanz | 433 |
| § 23 Revisibilität und Ermittlungskompetenz | 433 |
| I. Revisibilität genereller Tatsachen | 433 |
| 1. Rechtsfortbildungstatsachen als Vorfrage und Voraussetzung der Richterrechtsnorm | 433 |
| 2. Vergleich mit der revisionsrechtlichen Behandlung von Erfah- rungssätzen und Generalklauseln | 434 |
| a) Erfahrungssätze | 434 |
| b) Generalklauseln | 435 |
| 3. Zur Notwendigkeit einer Verfahrensrüge | 436 |
| a) Mißachtung genereller Tatsachen als Verfahrensmangel i.S. des § 561 Abs. 2 ZPO? | 436 |
| b) Rechtsfortbildungstatsachen zur Gewinnung des Obersatzes im juristischen Syllogismus | 437 |
| c) Generelle Tatsachen als Grundlage von Erfahrungssätzen im Rahmen der Beweismwürdigung | 437 |
| 4. Verfassungswidrigkeit von Richterrecht bei Nicht- bzw. Falsch- berücksichtigung von legislative facts? | 439 |
| a) Verfassungswidrigkeit der Entscheidung unmittelbar? | 439 |
| b) Verfassungswidrigkeit des richterlichen Rechtsbildungsvor- gangs | 440 |
| 5. Ergebnis | 440 |
| II. Möglichkeit und Grenzen der Erhebung von legislative facts in der Revisionsinstanz | 441 |
| 1. Der Prozeßstoff in der Revisionsinstanz | 441 |
| a) Grundsatz: Keine tatsächlichen Ermittlungen durch die Revisionsgerichte | 441 |
| b) Ausnahmsweise tatrichterliche Befugnisse der Revisions- instanz | 441 |
| 2. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung von Rechtsfort- bildungstatsachen in der Revisionsinstanz | 443 |
| a) Ausgangspunkt: Die revisionsrechtliche Behandlung von normkonkretisierenden Erfahrungssätzen | 443 |
| b) Revisionszweck und höchstrichterliche Normbildung | 444 |
| c) Notwendigkeit eines „einheitlichen Rechtsfortbildungsvor- gangs“ | 444 |

| | |
|---|-----|
| 3. Begrenzung der Ermittlungspflicht durch die sog. „Leistungsmethode“? | 445 |
| 4. Beschränkung der Ermittlungen auf die Revisionsinstanz? | 447 |
| 5. Ergebnis | 447 |
| III. Fazit | 448 |

5. Kapitel

Weiterbildung des Rechts und Prozeßkosten

| | |
|--|-----|
| § 24 Rechtsfortbildende Entscheidung und individuelle Kostenlast .. | 451 |
| I. Die Kostenlast im Zivilprozeß | 451 |
| 1. Der (Miß)Erfolg im Prozeß als Anknüpfungspunkt der Pflicht zur Kostentragung | 451 |
| 2. Der Schutz subjektiver Rechte als ratio der zivilprozessualen Kostenverteilung | 452 |
| 3. Kritik an der geltenden Kostenregelung im Zivilprozeß | 453 |
| II. Kostenrechtliches Erfolgsprinzip und Richterrecht | 454 |
| 1. Die Fragwürdigkeit des geltenden Kostenrechts bei richterlicher Rechtsfortbildung | 454 |
| 2. Reformüberlegungen | 456 |
| a) Initiative des Bundesgerichtshofs | 456 |
| b) Das Thema auf dem 51. Deutschen Juristentag | 456 |
| c) Sozialisierung der Kosten | 456 |
| 3. Die Diskussion im Verbraucherprozeßrecht | 457 |
| a) Prozeßkostenentlastung in Musterverfahren | 457 |
| b) Streitwertbemessung im AGB-Kontrollverfahren | 458 |
| III. Folgerungen aus dem Verfassungsgerichtsprozeß | 458 |
| 1. Gerichtskosten | 458 |
| a) Grundsatz: Kostenfreiheit des Verfahrens | 458 |
| b) Ausnahme: § 34 Abs. 2 – 6 BVerfGG | 459 |
| 2. Außergerichtliche Kosten | 459 |
| a) Grundsatz: Keine Kostenerstattung | 459 |
| b) Ausnahme: § 34a BVerfGG | 460 |
| IV. Änderung der Kostenverteilung bei rechtsfortbildenden Entscheidungen de lege lata? | 460 |
| 1. Denkbare Alternativen | 460 |
| 2. Die Kostenregelung in den Zwischenverfahren | 461 |
| 3. Methodische Direktiven der Kostenproblematik | 462 |
| V. Ergebnis | 462 |
| § 25 Die Freistellung der Parteien von Kosten der Rechtsermittlung .. | 463 |
| I. Problemstellung: Rechtsfortbildungskosten als erstattungspflichtige „Prozeßkosten“? | 463 |

| | |
|--|-----|
| II. Die Diskussion im Schrifttum | 463 |
| 1. Kosten der Konkretisierung von Generalklauseln (Göbel) | 463 |
| 2. Subsumtionskosten als Rechtswegsperre (Hopt) | 464 |
| 3. Rechtsfortbildungstatsachen als Bestandteil des Obersatzes im Syllogismus (Jost, Wank, Hirte) | 464 |
| 4. Rechtsfortbildung als Ersatzgesetzgebung (E. Schmidt, Seiter, G. Schneider) | 465 |
| 5. Teleologische Reduktion des § 11 Abs. 1 GKG bei Normtat- sachen und Erfahrungssätzen (Lames) | 466 |
| 6. Folgerungen | 467 |
| III. Die Kostenregelung in vergleichbaren prozessualen Lagen | 468 |
| 1. Kosten der Beweiserhebung von Amts wegen | 468 |
| 2. Kosten bei der Ermittlung ausländischen Rechts | 468 |
| a) Die Sonderregelung in Art. 3 Abs. 1, 15 des „Übereinkom- mens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht“ vom 7.6.1968 | 468 |
| b) Sonstige Kosten | 469 |
| 3. Kosten rechtstatsächlicher Erhebungen im Wettbewerbs- bzw. Verbraucherprozeß | 470 |
| 4. Fazit | 471 |
| IV. Rechtsermittlungskosten im Lichte der Verfassung | 471 |
| 1. Justizgewähranspruch und Rechtsverweigerungsverbot als Ausgangspunkt | 471 |
| 2. Die analoge Anwendung von § 8 Abs. 1 GKG als gebotener Ausweg | 472 |
| 3. Die Pflicht zur Tragung der Anwaltsgebühren als Konsequenz des Anspruchs auf rechtliches Gehör | 472 |
| V. Ergebnis | 473 |

6. Kapitel

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

| | |
|----------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 489 |
| Sachregister | 521 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|--|
| abgedr. | abgedruckt |
| a.E. | am Ende |
| a.F. | alte Fassung |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AK | Alternativkommentar |
| | |
| Bd. | Band |
| Bl. | Blatt |
| | |
| cc | code civil |
| chap. | chapitre |
| | |
| DAngVers | Die Angestelltenversicherung |
| DAJV | Deutsch-Amerikanische Juristenvereinigung |
| DJ | Deutsche Justiz |
| DR | Deutsches Recht |
| DRpfl. | Deutsche Rechtspflege |
| DRV | Deutsche Rentenversicherung |
| DWW | Deutsche Wohnungswirtschaft |
| | |
| Einl. | Einleitung |
| EU | Europäische Union |
| | |
| f(f). | folgende |
| FG | Festgabe/Freundesgabe |
| | |
| GemS | Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes |
| GrünhutsZ | Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von C. S. Grünhut |
| GS | Gedächtnisschrift/Großer Senat |
| GSZ | Großer Senat für Zivilsachen |
| | |
| IG | Industriegewerkschaft |
| | |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| | |
| liv. | livre |
| LS | Leitsatz |
| | |
| MünchKomm | Münchener Kommentar |
| | |
| OGB | Oberste Gerichtshöfe des Bundes |

| | |
|--------------|---|
| P. | page |
| RegE | Regierungsentwurf |
| RehaAnglG | Rehabilitations-Angleichungsgesetz |
| RpflEntlG | Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege |
| RpflVereinfG | Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz |
| Rs. | Rechtssache |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| RV | Rentenversicherung |
| SGb | Die Sozialgerichtsbarkeit |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs |
| Sp. | Spalte |
| Stenoprot. | Stenoprotokoll |
| T. | Tome |
| WM | Wertpapiermitteilungen/Wohnungswirtschaft und Mietrecht |

Darüber hinaus wird verwiesen auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., 1993.

§ 1 Einführung und Problemstellung

I. Gesetzgebung, Prozeß und Richterrecht

1. Rechtsfortbildung und Prozeßgesetzgebung

a) Die Existenz und Verbindlichkeit von Richterrecht hängt untrennbar mit der Rolle des Richters, aber auch des Rechts in einer bestimmten staatlichen oder überstaatlichen Ordnung zusammen. Versteht man die Funktion des Richters im Sinne einer strengen Gewaltenteilung mit *Montesquieu* lediglich als „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“¹, so sind jeglicher Rechtsschöpfung durch die Gerichte von vorneherein entsprechende Grenzen gesetzt. Der Richter wäre bloßer „Diener der Gesetze“, sein Urteil „macht das Rechtsgesetz in concreto“². Veränderungen des Rechts im Sinne einer Verbesserung oder Weiterbildung würden dem Richter nicht nur untersagt sein, sondern ihrerseits eine Rechtsverletzung darstellen. Aus diesem Gesichtspunkt heraus sind auch die vornehmlich Ende des 18. Jahrhunderts erlassenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu verstehen, die zur Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung der Gesetze den Gerichten auferlegten, bei Interpretations- und Auslegungsfragen einer Norm die Sache dem Gesetzgeber bzw. einer eigens dafür errichteten „Gesetzeskommission“ vorzulegen (sog. *référé législatif*)³. Gefordert war also jener „vollkommene Syllogismus“, den *Beccaria*⁴ zum Leitbild der Rechtsanwendung erhoben hatte. Freilich spielte zumindest in Preußen auch ein bestimmtes Mißtrauen gegenüber der Dritten Gewalt eine

¹ *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, T. 1, liv. XI, chap. 6, p. 171; zum dogmengeschichtlichen Hintergrund dieser Aussage zuletzt *Smid*, Rechtsprechung, S. 12 ff.; *Wjduckel*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, S. 247 (260 ff.). Dahingestellt sei an dieser Stelle die Frage, ob diese Aussage überhaupt jemals den tatsächlichen Verhältnissen entsprach, dagegen etwa *Dütz*, ZZP 87 (1978), S. 360 (366 f.); *Larenz*, Methodenlehre, S. 366 f.; *Sendler*, DVBl. 1988, S. 828 (829 f. mwN).

² So *Gönnner*, Teutsches Landrecht, 1804, § 300, S. 473; vgl. auch *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, S. 31; *Grolmann*, Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung I, 1798, S. 80.

³ Zu nennen sind namentlich das kurfürstliche Mandat zur Publikation der reformierten sächsischen Process- und Gerichtsordnung von 1724, vgl. *Paulus*, ZZP 71 (1958), S. 188 f.; die Königl. Cabinetts-Ordre vom 14.4.1780 in Preußen, dazu *R. Fischer*, Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, H 7 f.; die §§ 24 – 27 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches *Josephs II.* von 1786, siehe *Conrad*, FS von Weber, S. 56 (68 ff.) sowie das französische Gesetz vom 24.8.1790, hierzu *Schumann*, ZZP 81 (1968), S. 79 (81 f.); zum absolutistischen Hintergrund näher *Pawlowski*, Methodenlehre, S. 283 ff. (Rn. 643 ff.).

⁴ Vgl. *Beccaria*, Abhandlungen über Verbrechen und Strafen, Erster Teil, 1798, S. 80.

nicht unerhebliche Rolle für die genannten Einschränkungen der richterlichen Befugnisse⁵. Mit den entsprechenden Vorschriften wurde also versucht, auf verfahrensrechtlichem⁶ Wege – Gebot der Vorlage an eine Instanz außerhalb der Gerichtsbarkeit – eine Auslegung und Fortbildung des Rechts durch die Gerichte selbst zu verhindern und die Rechtseinheit durch die Exekutive bzw. Legislative unmittelbar sichern zu lassen. Die Weiterbildung des Rechts im Prozeß sollte also durch das Prozeßrecht selbst verhindert werden.

b) Den entsprechenden legislativen Bemühungen war allerdings kein dauerhafter Erfolg beschieden. Im Gegenteil erwuchs aus ihrem Geist die Vorschrift des Art. 4 code civil, der eine ausdrückliche Festschreibung des Rechtsverweigerungsverbotens enthält⁷, das auch im deutschen Recht ungeschrieben gilt und den Richter zur Rechtsfortbildung im Prozeß geradezu verpflichtet⁸. Der Prozeßgesetzgeber des 19. Jahrhunderts erkannte diese Konsequenz mittelbar dadurch an, daß er über die Statuierung prozessualer Vorlagepflichten (§ 136 GVG, § 79 Abs. 2 S. 1 GBO, § 28 Abs. 2 S. 1 FGG) divergierende Entscheidungen vermeiden helfen wollte und dadurch die Rechtseinheit zu sichern suchte⁹. Die zwischenzeitlich zutage getretene Bedeutung des Richterrechts war dann ausschlaggebend dafür, daß im Nationalsozialismus der Staatsanwaltschaft als berufener Vertreterin des öffentlichen Interesses die Befugnis zur generellen Mitwirkung in allen bürgerlichen Rechtssachen eingeräumt wurde, „um die vom Standpunkt der Volksgemeinschaft im Verfahren und bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Umstände geltend zu machen“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 StAG¹⁰)¹¹.

c) Der Rechtsfortbildungsaufgabe des Richters tragen Gerichtsverfassung und Prozeßordnungen aber auch in ihrer heutigen Gestalt durch eine Vielzahl vornehmlich institutioneller Regelungen Rechnung¹², wofür aus jüngerer Zeit etwa die Einführung eines Rechtsentscheids in Mietsachen (§ 541 ZPO) beredtes Zeugnis ablegt. Und so kennzeichnet der bekannte Ausspruch von *Gamill-*

⁵ Deutlich *Otto von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I, § 18 V. Zahlreiche weitere Nachweise bei *Schumann*, ZZP 81 (1968), S. 79 (86 mit Fn. 30); vgl. auch *Hesselberger*, FS Kellermann, S. 153 (154).

⁶ Zum Begriff des „Verfahrens-“ bzw. „Prozeßrechts“ sogleich unten § 1 II 2.

⁷ Art. 4 cc lautet: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“ Zum Ursprung dieser Bestimmung näher *Schumann*, ZZP 81 (1968), S. 79 (80ff.); zum Ganzen auch *Gielen*, Diss., S. 54ff.; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, S. 221ff.

⁸ Dazu ausführlich unten § 10 I 2, 3.

⁹ Wobei freilich der Justizsyllogismus als idealtypische Vorstellung des richterlichen Handelns im Vordergrund stand, in diesem Sinne *Paulus*, ZZP 71 (1958), S. 188 (190f.); vgl. zur Entstehungsgeschichte der Vorlagepflichten und ihrem zeitgenössischen Hintergrund auch schon *Schultzenstein*, ZZP 18 (1893), S. 88 (92ff.).

¹⁰ StAG vom 15.7.1941, RGBl. I S. 383.

¹¹ Dazu näher *Hofherr*, Staatliche Organe, S. 51 ff, 56 ff.; vgl. auch *Barth*, DR 1941, S. 1681ff. Zum Richterrecht im Nationalsozialismus im übrigen grundlegend *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, passim.

¹² Vgl. im einzelnen §§ 2 – 7.

*scheg*¹³: „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal“ nach wie vor treffend die Bedeutung des Richterrechts in unserer Rechtsordnung. Denn jene wird maßgeblich durch die Gerichte gestaltet. Den rechtsfortbildenden Präjudizien der obersten Gerichtshöfe des Bundes kommt – wenigstens in der Rechtspraxis – kaum weniger Gewicht zu als den Normen des positiv gesetzten Rechts. In besonderem Maße gilt dies auch für die – unter den Voraussetzungen des § 31 BVerfGG gesetzsgleich bindenden – Judikate des Bundesverfassungsgerichts, dessen Aufgabe auch die Auslegung und Fortbildung des Grundgesetzes ist¹⁴.

2. Rechtsprechung als Rechtsschöpfung und Ersatzgesetzgebung

a) Beschränkte sich die richterliche Rechtsfortbildung dabei über lange Zeit hinweg im Sinne der traditionellen Methodenlehre auf das Ausfüllen von einzelnen Lücken im Gesetz, so hat sich seit einiger Zeit eine neue Funktion des Richterrechts herausgebildet. In Bereichen, in denen gesetzliche Bestimmungen weitgehend fehlen bzw. den Bedürfnissen des modernen Verkehrs nicht mehr Rechnung tragen¹⁵, sind die Gerichte als „Ersatzgesetzgeber“¹⁶ an die Stelle des untätigen Parlaments getreten. So führte im Leasingrecht erst die Rechtsprechung zu einem in den Grundzügen abgeschlossenen kodifikationsähnlichen System¹⁷. Hervorstechendes Beispiel für diese Ersatzgesetzgebung ist freilich das Arbeitskampfrecht, das auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG im wesentlichen durch Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts geschaffen wurde und weiterhin gestaltet wird. Gerade die Arbeitsgerichtsbarkeit scheut sich dabei keineswegs, durch feste Zahlenschlüssel¹⁸ – also quantitative Legal-

¹³ AcP 164 (1965), S. 385 (445); zuletzt in diesem Sinne *Rüthers*, FS Molitor, S. 297 (307). Der Kritik von *Sendler*, DVBl. 1988, S. 828 (839), an diesem Terminus ist freilich zuzugeben, daß er in der Tat „tragigverhangen“ klingt.

¹⁴ *Heußner*, FG Söllner, S. 94 (99); zum bundesverfassungsgerichtlichen Richterrecht ferner *Dichgans*, FS Geiger, S. 945 (948 ff.); *G. Hoffmann*, FS Wolf, S. 183 ff. (insbes. 211 ff.); *W. Schmidt*, FG Söllner, S. 504 (510 ff.).

¹⁵ Letzterer Grund wird immer wieder für die Rechtsfortbildung im Bereich des BGB angeführt: Was im Jahre 1900 rechtspolitisch zeitgemäß war, muß im ausgehenden 20. Jahrhundert nicht mehr angemessen sein, vgl. nur *Mayer-Maly*, JZ 1981, S. 801 ff.; *Pawlowski*, ZZZP 80 (1967), S. 345 (386); *dens.*, AcP 160 (1960), S. 210 ff. Damit korrespondiert die These, zur Normalität der demokratisch verfaßten Industriegesellschaft gehöre der bloß fragmentarische und periodische Charakter ihrer Gesetze, in diesem Sinne *A. Arndt*, NJW 1963, S. 1273 (1276); *Kühler*, JZ 1969, S. 645 (651). Weitere Ursachen des Vordringens von Richterrecht nennt *Raiser*, ZRP 1985, S. 111 (114).

¹⁶ Vgl. nur *Bachof*, in: Tradition und Fortschritt im Recht, S. 177. Die von diesem noch rhetorisch gestellte Frage: „Der Richter als Gesetzgeber?“ stellt sich für *Jobs*, DB 1982, S. 2081, schon nicht mehr („Das Bundesarbeitsgericht als ‚Ersatzgesetzgeber‘“); in letzterem Sinne ferner *Friauf*, RdA 1986, S. 188 (192); *Hill*, Jura 1986, S. 286 (290); *Lerche*, NJW 1987, S. 2465 (2471 f.); *Peter*, RdA 1985, S. 337 (338); *Reuß*, AuR 1971, S. 353; *Scholz*, DB 1972, S. 1771 (1772); *ders.*, FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 511 (518).

¹⁷ Vgl. *Brunotte*, DRiZ 1990, S. 396 (397).

¹⁸ Vgl. etwa die Rechtsprechung des BAG zur Aussperrung (E 33, S. 140; 185; 195), zu Rückzahlungsklauseln bei Gratifikationen (E 13, S. 129; 38, S. 178) sowie zum Verfall von Versorgungsanwartschaften (E 24, S. 177).

definitionen¹⁹ – „Richtlinien“ aufzustellen, die weit über den Anlaßfall hinausgehen²⁰. Aber auch in anderen Bereichen der Zivilrechtsordnung wie etwa bei der Bemessung der Minderung der Vergütung in Reisevertragssachen²¹, der Haftungsabwägung nach §§ 9, 17 StVG, § 13 HaftPflG, § 254 BGB²² sowie insbesondere der Berechnung des Kindesunterhalts²³ ist die „Tabellarrechtsprechung“ im Vordringen²⁴.

b) Einen wesentlichen Anreiz bzw. sogar ein Muß für richterliche Rechtsfortbildung stellen überdies seit jeher die zahlreichen offenen Tatbestände, unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln dar²⁵, ohne welche die moderne Gesetzgebung nicht mehr auskommt. „Die Kommentare erst zeigen die Wahrheit: Daß hier die Norm nicht interpretativ aus dem Prinzip gefunden, sondern durch judizielle Synthese geschaffen wird. Erst die Kasuistik teilt uns mit, was Rechtsens ist“, so die treffende Analyse bei *Esser*²⁶. Insofern hat die jahrzehntealte These *Hedemanns* von der „Flucht des Gesetzgebers in die Generalklausel“²⁷ auch im ausgehenden 20. Jahrhundert nichts von ihrer Aktualität eingebüßt. Im Gegenteil muß man feststellen, daß sich auch die Judikatur zunehmend „reicherlicher Generalklauseln“ bedient; als Beispiel mag hier nur der „sachliche Grund“ in der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung dienen²⁸, den der Gesetzgeber selbst punktuell etwa in § 18 Abs. 1 S. 2 BErzGG als

¹⁹ Zu deren methodischen Voraussetzungen näher *Rittner*, GS Rödiger, S. 74 (75); zum praktischen Vorkommen schlechthin *Wank*, Begriffsbildung, S. 100ff.

²⁰ Sehr kritisch zu dieser Entwicklung *Neuner*, Rechtsfindung contra legem, S. 60ff.; *Schlüchter*, Präjudizien, S. 119; *Söllner*, RdA 1985, S. 328 (333 ff.); *Wieacker*, JZ 1963, S. 175 f.

²¹ Vgl. die „Frankfurter Tabelle“, abgedruckt in NJW 1985, S. 113 ff. Dazu näher *Tempel*, NJW 1985, S. 97 ff.

²² Dazu die „Hamburger Quotentabelle“ bei *Bursch/Jordan*, VersR 1985, S. 512 (519 ff.); vgl. auch die Quotentabelle bei *Krumholz/Paul/Brüseken*, NZV 1988, S. 168 (169 ff.) sowie *Grüneberg*, Haftungsquoten bei Verkehrsunfällen, passim.

²³ Von den sog. „Unterhaltungsschlüsseln“ ist an erster Stelle die „Düsseldorfer Tabelle“ zu nennen (abgedruckt in NJW 1992, S. 1367 mit dem Stand 1.7.1992). Teilweise wird wiederum die sog. „Nürnberger Tabelle“ für maßgeblich gehalten, zum Ganzen näher *Kalsbach*, Diss., S. 6 f.; *Köhler*, FS Rebmann, S. 569 (575).

²⁴ Zu den damit angesprochenen „außerprozessualen Präjudizien“ auch noch unten § 11 I 2b.

²⁵ Vgl. *Diederichsen*, FS Wieacker, S. 325 (326); *Esser*, Vorverständnis, S. 150f.; *Hilger*, RdA 1981, S. 6 (7); *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 63f.; *dens.*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, S. 435 (436); *Teubner*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Weiss (Hrsg.), Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, S. 13 ff. Aus rechtsvergleichender Sicht hierzu *Hauser*, FS Schwab, S. 197 (198).

²⁶ Vorverständnis, S. 151.

²⁷ Vgl. *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklausel, – Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, S. 58. Bereits damals sprach Hedemann von den Generalklauseln als „offengelassener Gesetzgebung“.

²⁸ Seiner bedarf bsp. derjenige Arbeitgeber, der einen Arbeitsvertrag entgegen der ständigen Rechtsprechung befristen möchte (grundlegend BAGE 10, S. 65), der den Abschluß eines Vorruhestandsvertrages mit seinem Arbeitnehmer ablehnen will (BAG APNr. 7 zu § 2 VRG, LS 2), der eine Bewerberin nach der Schwangerschaft fragt (BAG NZA 1993, S. 933, 934), aber auch ein Arbeitnehmer, der anläßlich eines Betriebsübergangs im Widerspruch zur Judikatur des BAG auf seinen Lohn verzichten will (BAGE 58, S. 176).

Ausnahmetatbestand anerkannt hat. Die Institutionalisierung des „sachlichen Grundes“ erlaubt der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung die Abkehr von einer richterrechtlichen Regel im Einzelfall, ohne die Grundsatzrechtsprechung des BAG in Frage stellen zu müssen²⁹. Formulierungen dieser Art lassen freilich erkennen, daß es auch den Gerichten unmöglich ist, alle Fallgestaltungen mittels eines richterrechtlichen Regelwerkes von vorneherein zu erfassen.

c) Bei dieser Entwicklung konnte es nicht ausbleiben, daß in der Literatur die Frage aufgeworfen wurde, ob denn für den Gesetzgeber überhaupt ein „Handlungsbedarf“ bestehe, seinerseits regelnd in die entsprechenden Rechtsgebiete einzugreifen, wenn doch die richterliche Ersatzgesetzgebung weit flexibler und schneller etwa notwendige Änderungen durchsetzen könne³⁰. Im Gesellschaftsrecht mehrten sich die Stimmen³¹, welche dem Richterrecht sogar den generellen Vorzug vor dem Gesetzesrecht einräumen wollen. Überhaupt wird der genannte Gesichtspunkt der „Flexibilität“, also der Möglichkeit des jederzeitigen Abgehens von einer bestimmten Rechtsprechung, als Vorzug des Richterrechts gegenüber dem Gesetzesrecht gerühmt³²; der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Judikatur wird insoweit allerdings zumeist übersehen³³. Umgekehrt werden freilich auch die Gefahren einer „Verkrustung“ des Richterrechts heraufbeschworen³⁴.

3. Recht als Ergebnis arbeitsteilig organisierter Entscheidungsleistungen von Gesetz und Präjudiz

a) Vor dem skizzierten Hintergrund ist auch die Feststellung zu sehen, daß sich der angloamerikanische Rechtskreis mit seinem an Präjudizien orientierten common-law-system sowie das kontinentaleuropäische Rechtssystem immer mehr annähern, zumal unter dem common-law umgekehrt zunehmende Ge-

²⁹ Mit Recht rügt *Lieb*, Arbeitsrecht, § 4 VI 1, daß der „sachliche Grund“ zu einer kaum noch überschaubaren Kasuistik ohne erkennbare Systematik geführt habe; insoweit kritisch auch *Hergenröder*, AR-Blattei (D) „Betriebsinhaberwechsel: Entsch. 74“ unter 2c.

³⁰ So etwa *Benda*, RdA 1986, S. 143 (144f.); *ders.*, Eigentumspositionen, S. 230. Dagegen zutreffend *Seiter*, Staatsneutralität, S. 98f., 337f.; *ders.*, RdA 1986, S. 165 (168ff.); kritisch auch *Raiser*, JZ 1989, S. 405 (406f.).

³¹ Dazu etwa *Kübler*, FS Stimpel, S. 3 (10ff.); zum Produkthaftungsrecht zuletzt *Hommelhoff*, FS Rittner, S. 165 (182).

³² Vgl. nur *Dieterich*, FS Herschel (1982), S. 37 (48). Dem Gesetzgeber werden im Gegensatz dazu Korrekturmöglichkeiten seiner Gesetzgebung auf lange Sicht weitgehend abgesprochen, so etwa *Herzog*, FS Simon, S. 103 (111); ähnlich *Dichgans*, FS Geiger, S. 945 (946).

³³ Zu den praktischen Konsequenzen einer so verstandenen „flexiblen“ Rechtsprechung für die Rechtssicherheit *Rüthers*, Die offene Arbeitsgesellschaft, S. 84ff.; vgl. auch *Herschel*, JZ 1967, S. 727 (736); *Schirmer*, SGB 1980, S. 413 (421f.); *R. Schmidt*, VersR 1983, S. 178 ff.

³⁴ *Scholz*, DB 1987, S. 1192 (1197); vgl. auch *Öblinger/Stelzer*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, S. 409 (419f.).

setzungstendenzen sichtbar werden³⁵. Wie vor allem *Esser*³⁶ deutlich gemacht hat, läßt sich als allgemeines Merkmal beider Rechtssysteme das richterliche Bestreben feststellen, im Rahmen längerer Entscheidungsketten Rechtsgrundsätze herauszuarbeiten. Durch Kasuistik entstehen also neue Rechtsprinzipien. Insoweit erscheint es fraglich, ob der vermeintliche Gegensatz zwischen Gesetzesrecht und Richter- bzw. „Präjudizien“ recht in Wahrheit besteht oder es sich bei beiden Modellen nicht nur um die jeweils äußersten Pole desselben Regelungsmodells handelt. Richtiger scheint es zu sein, das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der gemeinsamen Verwirklichung des Rechts i.S. einer Arbeitsteilung und Kooperation zu deuten³⁷. Das Scheitern materiellrechtlicher Kodifikationen mit universalem Regelungsanspruch sowie die mißglückten Beispiele prozessualer Auslegungsverbote bestätigen diese Annahme. Die Erzeugung von *Recht* ist in der modernen Gesellschaft ein Ergebnis arbeitsteilig organisierter Entscheidungsleistungen³⁸, sie vollzieht sich im Gesetzgebungsverfahren *und* im Prozeß.

b) Im Normalfall bewirkt die faktische³⁹ Bindung der Instanzgerichte und auch der staatlichen Behörden an die Rechtsprechung des betreffenden obersten Bundesgerichts, daß sich die Rechtspraxis sehr schnell auf die ersatzgesetzgeberische Tätigkeit der obersten Bundesgerichte einstellt und diese akzeptiert⁴⁰. So reicht es für den Rechtsanwalt nicht aus, daß er das *Gesetz* kennt: Er muß auch die oberstgerichtliche Rechtsprechung seinem Vorgehen zugrundelegen, ansonsten droht ihm bei Prozeßverlust der Regreß seiner

³⁵ Vgl. näher *Paulus*, ZZP 71 (1958), S. 188 (212f.); *von Simson*, Der Staat, Bd. 16 (1977), S. 75 ff.; *Schlüchter*, Präjudizien, S. 1 ff. In diesem Sinne einer Ähnlichkeit beider Rechtskreise auch schon *Baur*, JZ 1953, S. 326 (329); *Larenz*, FS Schima, S. 247f. *Zöllner*, AcP 188 (1988), S. 85 (87f.), deutet diese Entwicklung als Folge eines „Hangs zur Kasuistik“ der deutschen Jurisprudenz.

³⁶ Grundsatz und Norm, S. 242 – 326, insbes. 284ff.

³⁷ In diesem Sinne etwa *Coles*, Folgenorientierung, S. 96 f.; *Dieterich*, RdA 1986, S. 2 (4); *Fikentscher*, Methoden, Bd. IV, S. 331 ff.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 240; *ders.*, in: *Achterberg* (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, S. 435 (436f.); *Kissel*, NJW 1982, S. 1777 (1779); *Meyer-Cording*, Rechtsnormen, S. 69f.; *Meier-Hayoz*, JZ 1981, S. 417 (421); *Raiser*, ZRP 1985, S. 111 (116); *H.P. Schneider*, Richterrecht, S. 33; *Zweigert*, Verhandlungen des 51. DJT, Bd. II, K 4. Zu den Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft näher *Wank*, DVBl. 1989, S. 633ff.

³⁸ *Krawietz*, in: *Achterberg* (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, S. 517 (526); *Pawłowski*, Methodenlehre, S. 206 (Rn. 454).

³⁹ Vgl. nur *R. Fischer*, Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, H 19; *Kriete*, Rechtsgewinnung, S. 262; aus rechtsvergleichender Sicht hierzu *Hauser*, FS Schwab, S. 197 (199). Dazu ferner die Beiträge von *Fikentscher*, *Badura* und *Hünerfeld*, in: *Blaurock* (Hrsg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, S. 11; 49; 105.

⁴⁰ Vgl. *Hilger*, FS Larenz (1973), S. 109 (112). Instruktiv zur Praxis des im Sozialrecht tätigen Anwalts *J. Plagemann*, NJW 1986, S. 2082; hinsichtlich des Gesellschaftsrechts *Clausen*, GmbH 1987, S. 37ff. Einen Sonderfall betreffen die sogenannten „Nichtanwendungserlasse“ des Bundesministers der Finanzen bezüglich einzelner Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, vgl. hierzu näher *Lang*, DRiZ 1992, S. 365ff.; *Rüfner*, DRiZ 1992, S. 457 (459ff.).

Mandantschaft⁴¹. Umgekehrt kann das Vertrauen in eine bestimmte höchstrichterliche Rechtsprechung zu einem nicht zu vertretenden Rechtsirrtum führen⁴². Vor diesem Hintergrund wird die schon angedeutete These um so verständlicher, daß die deutsche Rechtsordnung von einem „faktischen Präjudiziensystem“ geprägt sei⁴³ bzw. Elemente des *case-law* in das System des *codified law* integriert würden⁴⁴.

c) Die Richterschaft selbst ist sich ihrer ersatzgesetzgeberischen Rolle durchaus bewußt. So lassen Auftritte von Bundesrichtern in der Fachöffentlichkeit durchaus Schlüsse auf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu. Umgekehrt ist es keineswegs selten, daß Richter, die an einer rechtsfortbildenden Entscheidung beteiligt waren, diese gegen Kritik verteidigen sowie Interpretationen und Auslegungsdirektiven nachliefern⁴⁵. So hat etwa *Dieterich*⁴⁶ die Nichtanrufung des Großen Senats beim Bundesarbeitsgericht durch den Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts in der berühmten Aussperrungsentscheidung vom 10.6.1980⁴⁷ mit der Begründung (nachträglich) gerechtfertigt, die Kritiker der Nichtvorlage⁴⁸ übersähen entweder die Vorteile der Offenheit einer neuen Rechtsprechung oder die „Risiken“ der Anrufung des Großen Senats. In der Entscheidung selbst findet sich dazu übrigens kein Satz. Bemerkenswert ist schließlich, wenn ein Richter des Bundessozialgerichts im Hinblick auf ein von ihm verfaßtes Urteil dieses Gerichts⁴⁹ zur Neutralitätspflicht iSd § 116 AFG ausführt, Stellungnahmen der Literatur zu dieser Entscheidung seien für die zukünftige Weiterentwicklung des Rechts und der Rechtspre-

⁴¹ Vgl. nur BGH NJW 1958, S. 825; 1979, S. 877; 1993, S. 3323; dazu ferner *Hansens*, NJW 1992, S. 1353 (1354). Diese Rechtsfolge gilt bemerkenswerterweise auch bei Unkenntnis hinsichtlich der Unterhaltsschlüssel, so OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, S. 1047 (1048: „Düsseldorfer Tabelle“).

⁴² BGH NJW 1974, S. 1903 (1905); zuletzt in diesem Sinne BAG NZA 1993, S. 500. Zur mitunter zweifelhaften Reichweite dieses Vertrauensschutzes aber jüngst BGH NJW 1993, S. 3323

⁴³ Dazu näher *Birk*, in: Roellecke (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, S. 340 (354); *Esser*, Vorverständnis, S. 184ff.; *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 243ff.

⁴⁴ In diesem Sinne *Hassold*, JR 1985, S. 96 (98), unter Verweis auf die Arbeit von *Fikentscher*, Methoden des Rechts, 5 Bde., 1975–1977.

⁴⁵ Vgl. beispielhaft hierzu etwa die Stellungnahmen von *Dieterich*, FS Herschel (1982), S. 37ff. und *G. Müller*, DB 1982, Beil. 16, S. 18f., jeweils im Hinblick auf die Aussperrungsurteile des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juni 1980 (BAGE 33, S. 140; 165), an denen beide Richter maßgeblich beteiligt waren. In der Tendenz ähnlich auch *Dieterich*, RdA 1982, S. 329 (330). Kritisch hierzu etwa *Rüthers*, FS Rebmann, S. 77 (90); *Seiter*, AP 1985, S. 186 (187 mit Fn. 7).

⁴⁶ FS Herschel (1982), S. 37 (48).

⁴⁷ BAGE 33, S. 140.

⁴⁸ In Frage stand die Abweichung vom Beschluß des Großen Senats vom 21.4.1971, BAGE 23, S. 292. Einen Verstoß gegen § 45 Abs. 2 S. 1 ArbGG bejahten *Adomait*, NJW 1984, S. 773; *Rüthers*, Anm. zu BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 37 (Bl. 424 z 15); *ders.*, Die offene Arbeitsgesellschaft, S. 87; *E. Wolf*, Aussperrung, S. 388; im Ergebnis auch *Lieb*, DB 1980, S. 2188; *ders.*, DB 1984, Beil. 12, S. 6.

⁴⁹ BSGE 40, S. 190 (zur Neutralität iSd § 116 Arbeitsförderungsgesetz vom 25.6.1969, BGBI. I S. 582). Hierzu näher *Seiter*, Staatsneutralität, S. 64ff., 169f.

chung nur hilfreich, wenn sie Aussagegehalt und Tendenz des Urteils zur Grundlage der Überlegungen machten⁵⁰. *Seiter*⁵¹ hat hierzu treffend bemerkt, dies klinge so, als „würde ein selbst ernannter Sprecher eines obersten Bundesgerichts dem Gesetzgeber von vornherein Grenzen aufzeigen, wenn dieser es wagen sollte, eine Regelung zu treffen, die nicht den bundessozialgerichtlichen Neutralitätsvorstellungen entspricht„. Aus der *Last* der Rechtsfortbildung ist eine *Lust* geworden, so die plastische Formulierung von *Rüthers*⁵².

II. Gerichtliches Verfahren und Rechtsfortbildung

1. Rechtsfortbildung als Prozeßergebnis und Prozeßziel

a) Insoweit zeichnet sich ein prozessual beachtliches Verständnis des Verhältnisses zwischen Legislative und Judikatur ab, das mit dem herkömmlichen Bild der Gewaltenteilung nicht mehr viel gemein hat. Die Rechtsprechung übernimmt zumindest partiell die Funktionen des Parlaments als originäre Aufgabe, sie wird eben (ersatz)gesetzgeberisch tätig. Auf den ersten Blick ist diese Erscheinung nur zeitgemäß. Der Gesetzgeber, dem ohnehin ständig der Vorwurf der „Normenflut“ sowie des „Gesetzesperfektionismus“ gemacht wird⁵³, kann sich zurückziehen, die näher am tatsächlichen Geschehen stehende Rechtsprechung springt in die Bresche. Der Richter wird vom „law-finding-judge“ zum „law-making-judge“ mit den damit verbundenen rechtstheoretischen Konsequenzen⁵⁴. Vielfach läßt den Gerichten aber ein untätiger, also politisch handlungsunfähiger bzw. -unwilliger Gesetzgeber gar keine andere Wahl als selbst die Rolle des Gesetzgebers auszufüllen. Manche Urteile etwa des Bundesarbeitsgerichts⁵⁵ oder des Bundessozialgerichts⁵⁶ betonen ausdrück-

⁵⁰ Vgl. *Gagel*, NZA 1985, S. 793, der beklagt, daß der sogenannte „*Franke-Erlass*“ sich über die „Leitentscheidung“ des BSG (vgl. die vorige Note) hinwegsetze, zudem das Urteil in der öffentlichen Diskussion nicht auftauche. Vgl. dazu etwa *Raiser*, NZA 1986, S. 113 ff.

⁵¹ Vgl. *Seiter*, Staatsneutralität, S. 168.

⁵² FS Rebmann, S. 77 (80).

⁵³ Vgl. hierzu etwa *Vogel*, JZ 1979, S. 321 ff.; *Zweigert*, Verhandlungen des 51. DJT, Bd. II, K 7ff. sowie die Referate von *Bülow*, *Maassen*, *Simittis*, *D. Simon* und *H. Simon* zum Thema „Gesetzesflut – Gesetzesperfektionismus“ auf der Schlußveranstaltung des 53. DJT 1980, Sitzungsberichte Bd. II, Q 5 ff.

⁵⁴ Vgl. nur – in der Tendenz unterschiedlich – *Herzog*, FS Sendler, S. 17 (23 ff.), sowie *Zöllner*, ZfA 1990, S. 337 (349 f. unter weiterem Hinweis auf die Freirechtsschule); zu dieser nur *Larenz*, Methodenlehre, S. 59 ff.

⁵⁵ Ein gutes Beispiel geben bereits die Leitsätze von BAGE 24, S. 177: „1. ... 2. Wegen der mit dieser Rechtsansicht verbundenen sozialen Härten und Unbilligkeiten stellt der Senat im Wege der Rechtsfortbildung folgenden Rechtssatz auf:

a) Einem Arbeitnehmer, der mehr als zwanzig Jahre einem Betrieb angehört hat und dem vor dem 65. Lebensjahr vom Arbeitgeber ordentlich gekündigt wird, bleibt die bis zu seinem Ausscheiden erdiente Versorgungsanwartschaft erhalten.

b) ...“ (Hervorhebung vom Verf.)

⁵⁶ Beispielhaft BSG vom 16.11.1972, NJW 1973, S. 671 (672): „Der Senat verkennt dabei nicht, daß in der gesetzlichen Rentenversicherung eine Massenhaftigkeit von Sachverhal-

lich, daß die entscheidenden Senate ganz bewußt über den Einzelfall hinaus Regelungen für die Zukunft und für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen treffen wollten. Primäres Ergebnis wenn nicht sogar unmittelbares Ziel des Prozesses ist in diesen Fällen der richterliche Leitsatz als abstrakter Rechtsatz.

b) Hinzu kommt, daß eine Korrektur entsprechender Regelwerke durch die Legislative selbst die Ausnahme von der gängigen Praxis ist⁵⁷. Weit häufiger wird im Gegenteil in neuen Gesetzesvorhaben die durch die Rechtsprechung geschaffene Situation später normativ festgeschrieben⁵⁸. Insoweit sei aus jüngerer Zeit nur auf das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁵⁹ sowie das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung⁶⁰ verwiesen. Damit korrespondiert, daß der Gesetzgeber die Rechtsprechung nicht selten bewußt Vorarbeit für künftige Gesetzgebungsvorhaben leisten läßt⁶¹ bzw. die Durchsetzung gesetzgeberischer Vorstellungen auch ohne ausdrückliche Normierung erwartet⁶². Der Prozeß als staatlich institutionalisiertes Streitschlichtungsverfahren dient in diesen Fällen also über die bloße Konfliktlösung weit hinausgehenden Zwecken, nämlich der Richterrechtsetzung im öffentlichen Interesse. Grundprinzipien wie das Zweiparteiprinzip oder die Grenzen subjektiver und objektiver Rechtskraft verlieren vor diesem Hintergrund als systemtragende Leitlinien des Zivilprozesses an Bedeutung bzw. werden in den Hintergrund gedrängt.

ten für die Rechtsprechung Anlaß sein kann, sowohl zur Erleichterung der praktischen Rechtsanwendung als auch aus Gründen der Rechtssicherheit Maßstäbe mit festen Zeit- und Zahlenbegriffen zu entwickeln.“ Vgl. zur Quantifizierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch das BSG näher *Hauelsen*, NJW 1973, S. 641 ff.

⁵⁷ Im Bereich der befristeten Arbeitsverträge, die trotz § 620 Abs. 1 S. 1 BGB nur ausnahmsweise von der Rechtsprechung anerkannt werden (vgl. grundlegend BAGE 10, S. 65), hat der Gesetzgeber zuletzt durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26.4.1985 (BGBl. I S. 710) sowie das Verlängerungsgesetz vom 22.12.1989 (BGBl. I S. 2406) die durch die Judikatur geschaffene Rechtslage wenigstens für einen gewissen Zeitraum eingeschränkt.

⁵⁸ Vgl. nur *R. Fischer*, Verhandlungen des 52. DJT, H 25; *dens.*, Weiterbildung des Rechts, S. 21. Instruktiv insoweit auch die Vorbemerkungen des RegE zu §§ 32 a, 32 b GmbHG im Rahmen der GmbH-Novelle (BGBl. 1980 I S. 836), vgl. BT-DruckS 8/1347, S. 38 f.

⁵⁹ AGB-Gesetz vom 9.12.1976, BGBl. I S. 3317. Dazu statt aller *Th. Raiser*, ZRP 1985, S. 111 (112).

⁶⁰ BetrAVG vom 19.12.1974, BGBl. I S. 3610. Hierzu *Hilger*, RdA 1981, S. 6 (7).

⁶¹ Vgl. für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung *Blomeyer*, BetrAV 1979, S. 78; *Hilger*, RdA 1981, S. 1 (6 f.); im Hinblick auf das Reisevertragsrecht *Tonner*, AcP 189 (1989), S. 123 (124 ff.); für das VwVfG *Sendler*, FS Juristische Gesellschaft zu Berlin, S. 753 (770); dazu ferner *Hesselberger*, FS Kellermann, S. 153 (160); *Roellecke*, in: *Roellecke* (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, S. 1 (17 ff.). *Hill*, Jura 1986, S. 286 (290), betont, daß dieser Weg immer dann sinnvoll sein könne, wenn das vorhandene Material für eine abstrakte gesetzliche Entscheidung noch nicht reif sei.

⁶² Eine solche Erwartungshaltung kann sich freilich auch in einer Unzufriedenheit des Gesetzgebers mit der Ausführung seiner Zielvorgaben durch die Judikatur manifestieren, so im Falle der Rechtsprechung zu dem durch die UWG-Novelle 1986 eingeführten § 6 d und e UWG (BGBl. I S. 1169) sowie dem durch die 5. GWB-Novelle neugefaßten § 26 Abs. 4 und 5 GWB (BGBl. I 1989, S. 2486). Im konkreten Falle führte diese Kritik zu der „Drohung“ mit einer erneuten Novellierung („Reparatur-Novelle“), vgl. näher *Wrage-Molkenthin*, WuW 1990, S. 402 ff.

2. Gerichtsverfassung und Prozeßordnungen als Grundlage der Entscheidungsfindung

a) Richterliche Rechtsfortbildung setzt schon dem Namen nach das Tätigwerden der Gerichte in einer bestimmten Angelegenheit voraus, auch wenn die Weiterbildung des Rechts naturgemäß nicht auf die Rechtsprechung beschränkt ist. Vielmehr wird man die Aufgabe der Bildung neuen Rechts mit *Pawlowski*⁶³ als der ganzen Rechtsorganisation aufgetragen anzusehen haben. Den äußeren Rahmen, in welchem der Richter Recht spricht⁶⁴ bzw. es in bestimmten Fällen erst selbst „macht“⁶⁵, gibt dabei zunächst die Gerichtsverfassung mit ihren für die Rechtsprechung als der dritten Gewalt charakteristischen Strukturen und Prinzipien vor⁶⁶. Hierzu zählen zunächst Organisationsregeln hinsichtlich des Aufbaus der Gerichtsbarkeit wie gerade § 132 GVG und § 1 RsprEinhG, die aus Gründen der Rechtseinheit und -fortbildung besondere Spruchkörper institutionalisieren. Das Gerichtsverfassungsrecht statuiert aber auch Qualifikationsregeln und schafft die Voraussetzungen für richterliche Unabhängigkeit und Neutralität. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung von besonderem Interesse sind weiter bestimmte Rechtsprechungsgrundsätze, die die Stellung der Rechtsprechung zum Bürger betreffen wie insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör iSv Art. 103 Abs. 1 GG.

b) Die gerichtliche Entscheidungsfindung selbst beruht auf einem mehr oder weniger formalisierten Verfahren, je nachdem um welche Verfahrensort

⁶³ Methodenlehre, S. 79 (Rn. 155), 206 (Rn. 454). Nach *Smid*, *Rechtserkenntnis*, S. 74, sei es eine Folge der Privatautonomie, daß zunächst die Parteien die Kompetenz zur Rechtsetzung und Rechtsfortbildung hätten, den Gerichten obliege lediglich die „Reformulierung“ des von den Parteien gestalteten Rechts; vgl. auch *Coles*, *Folgenorientierung*, S. 186f. Das von *Smid* genannte Beispiel des „Leasingvertrages“ macht freilich deutlich, daß diese Auffassung voraussetzt, daß der richterlichen Entscheidung auch eine solche Rechtsgestaltung zugrunde liegt. Das wird vielfach nicht der Fall sein, man denke nur an Ansprüche aus Gefährdungshaftung und Delikt. Dessen ungeachtet können vor allem Behörden durch eine ständige Verwaltungspraxis ebenfalls rechtsfortbildend tätig sein. Auch Verbänden kommt insoweit vor allem im Bereich des Arbeits- und Wirtschaftsrechts eine gewisse Bedeutung zu. Zumindest faktische Verbindlichkeit entfaltet allerdings im Regelfall nur die richterliche Rechtsfortbildung.

⁶⁴ Von der *Rechtsprechung* zu scheiden sind diejenigen Fälle, in denen dem Richter *rechtsfürsorgerische* Tätigkeiten übertragen sind, also bsp. im FGG-Verfahren. Zur Abgrenzung dieser beiden Funktionskreise nunmehr umfassend *Smid*, *Rechtsprechung – Zur Abgrenzung von Rechtsfürsorge und Prozeß –*, 1990; *ders.*, *Rechtserkenntnis*, S. 44ff. Von der „schlichtenden“ Funktion des Richters spricht in diesem Zusammenhang *Dütz*, *ZZP* 87 (1978), S. 361 (369).

⁶⁵ So ausdrücklich *Wiedemann*, *Anm.*, AP Nr. 9 zu § 75b HGB (Bl. 352: „Recht wird eben nicht mehr aus den Gesetzen, vorgeseztlichen Prinzipien oder sachlogischen Strukturen erkannt..., es wird gemacht“); dagegen *E. Wolf*, *GS* Bruns, S. 221 (228 mit Fn. 21). Damit ist bereits die Frage aufgeworfen, ob der Richter das Recht „vorfindet“ und es nur anwendet oder aber Recht erst durch das Urteil gestaltet bzw. im Einzelfall konkretisiert wird, dazu näher unten § 9 II – IV.

⁶⁶ Dazu näher *Schilken*, *Gerichtsverfassungsrecht*, Rn. 1; *M. Wolf*, *Gerichtsverfassungsrecht*, S. 2f., 5f.

es sich handelt bzw. welcher Rechtsweg für das konkrete Begehren gegeben ist – eben dem „Prozeß“. Beginn, Ablauf und Ende desselben wiederum determinieren die verschiedenen Prozeßordnungen⁶⁷. Der Begriff des damit angesprochenen Verfahrens- bzw. Prozeßrechts und seine Abgrenzung zu materiellen Rechtssätzen wird allerdings nicht einheitlich definiert⁶⁸. So rechnet *Arwed Blomeyer*⁶⁹ zum (Zivil)Verfahrensrecht alle Normen, „die ein Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist“. In der Sache ähnlich subsumieren *Rosenberg/Schwab/Gottwald*⁷⁰ unter den Begriff des Prozeßrechts „diejenigen Einrichtungen und Voraussetzungen der Zivilrechtspflege, die Art, Formen und Wirkungen des Rechtsschutzes und das Verfahren zu seiner Erlangung zum Gegenstand“ haben. Für die vorliegende Untersuchung soll diese Definition des Verfahrensrechts ungeachtet der insoweit bestehenden Kritik⁷¹ Richtlinie sein. Ein bedeutsamer substantieller Unterschied zum materiellen Recht ist an dieser Stelle allerdings noch zu nennen: Prozeßrecht ist seiner Natur nach auf Rechtsgewißheit ausgerichtet, das Gerichtsverfahren ist notwendigerweise ergebnisoffen, auch wenn das Ziel des Prozesses – sei es im Wege eines Urteils, sei es durch Vergleich – der Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses bzw. der Durchsetzung des materiellen Rechts dient⁷².

c) Den Prozeßordnungen kommt im Hinblick auf die richterliche Tätigkeit damit eine Bedeutung zu, die der des materiellen Rechts nicht nachsteht. Denn um eben dieses materielle Recht anzuwenden, auszulegen und fortzubilden, bedürfen die Gerichte der Mittel, die ihnen die Prozeßordnungen an die Hand geben. Die Verfahrensordnungen sind also das Werkzeug des Richters, mit welchem er die für seine Entscheidung notwendigen Grundlagen findet. Sie dienen „der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen“⁷³. Nun wird der Richter durch die prozessualen

⁶⁷ Die „Prozeß“ordnungen enthalten allerdings auch materielles Recht, vgl. nur §§ 76 Abs. 2, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 3, 945 ZPO. Umgekehrt finden sich in vielen materiellen Gesetzen Bestimmungen prozessualen Inhalts, so im BGB etwa §§ 407 Abs. 2, 2039. Ausschlaggebend hierfür sind reine Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers.

⁶⁸ Dabei wird vorausgesetzt, daß eine Trennung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht durchgehend möglich ist, dazu nur *Häsemeyer*, AcP 184 (1984), S. 140 (141, 166f.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 1 V; *Schönke/Kuchinke*, Zivilprozeßrecht, § 2 (S. 4 f.).

⁶⁹ *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 1 II, S. 3; ähnlich *Henckel*, Prozeßrecht, S. 7ff., 21, 25. Materielles Recht sind dieser Auffassung nach diejenigen Normen, welche ein Verhalten in Lebensbereichen regeln, in denen sich Rechtssubjekte unmittelbar begegnen ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans.

⁷⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 1V 1.

⁷¹ Vgl. nur *Arens*, AcP 173 (1973), S. 250 (252); *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, S. 52.

⁷² In diesem Sinne *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), S. 141 (149 f.); vgl. ferner *Pawlowski*, ZZZ 80 (1968), S. 345 (368). Dazu im übrigen noch unten § 9 V.

⁷³ So die Formulierung in BVerfGE 42, S. 64 (73); dagegen *E. Wolf*, GS Bruns, S. 221 (231); zum Ganzen auch *Mühl*, GS Bruns, S. 145 (146ff.).

Vorschriften aber auch in seiner Freiheit eingeengt. Dies gilt insbesondere für das zivilgerichtliche Verfahren mit seiner Dispositionsmaxime und dem Beibringungsgrundsatz. Lassen die Prozeßordnungen – gegebenenfalls in ihrer Auslegung und Fortbildung durch die Gerichte selbst⁷⁴ – eine gewisse richterliche Maßnahme nicht zu, so soll sie dem Gericht verschlossen bleiben, auch wenn sie zur Sicherung einer „gerechten“ Entscheidung unumgänglich wäre⁷⁵.

3. Die syllogistische Einzelstreitbereinigung als Leitidee des Prozesses

a) Bei der Fortbildung des Rechts trifft der Richter zwar immer eine auch den konkreten Einzelfall betreffende Entscheidung⁷⁶. Diese wird allerdings – soweit es sich um ein veröffentlichtes Urteil letztinstanzlicher Gerichte handelt⁷⁷ – regelmäßig in ihrem rechtlichen Aussagegehalt für eine Vielzahl von künftigen Fällen Bestand haben. Eine gesetzliche Ausprägung hat diese Konsequenz im AGB-Gesetz gefunden, wo zum einen § 18 S. 1 dem obsiegenden Kläger die Möglichkeit der Veröffentlichung der Urteilsformel auf Kosten des Beklagten einräumt⁷⁸, zum anderen § 19 dem verurteilten Verwender das Recht gibt, eine Vollstreckungsgegenklage i.S.d. § 767 ZPO auf eine ihm günstige *nachträgliche* Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zu stützen⁷⁹. Betroffen wird jede Entscheidung aber unabdingbar im Rahmen eines konkreten gerichtlichen Verfahrens; das Gericht kann nicht ohne Klage bzw. Antrag Recht sprechen, die Parteien beherrschen nach der Konzeption der Zivilprozeßordnung Beginn und Ende seiner Tätigkeit.

b) Nun sind Rechtsprechung und Legislative verschiedene Komponenten des sozialen Rechtsstaates, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Entsprechend ihrer Funk-

⁷⁴ Zum Problem der Weiterbildung von Verfahrensrecht unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes näher *Baumgärtel*, Anm., AP Nr. 1-3 zu § 45 ArbGG 1953 (Bl. 749); *ders.*, ZJP 86 (1973), S. 353 (372); *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, S. 39ff.

⁷⁵ So ausdrücklich *Wichmann*, AuR 1988, S. 77 (78).

⁷⁶ Werden richterliche Leitsätze außerhalb konkreter Gerichtsverfahren veröffentlicht wie etwa die Unterhaltstabellen der Oberlandesgerichte, so spricht das nur scheinbar gegen diese These. Denn erst durch die Umsetzung in gerichtlichen Verfahren läßt sich insoweit von Richter„recht“ sprechen, vgl. auch noch unten § 11 I.

⁷⁷ Nicht veröffentlichte Beschlüsse und Urteile entfalten keine „Außenwirkung“, determinieren allenfalls die Entscheidungsfindung des betreffenden Spruchkörpers in künftigen Fällen. Zu Grundlagen und Praxis der Veröffentlichung näher *Kramer*, ZRP 1976, S. 84ff.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 43ff.; rechtsvergleichend insoweit *Hauser*, FS Schwab, S. 197 (207f.). Speziell zur Leitsatzbildung *Herschel*, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 201ff.; *Heusinger*, Rechtsfindung, S. 182ff.; *Rethorn*, Kodifikationsgerechte Rechtsprechung, passim; *Uhlig*, DRiZ 1974, S. 75ff.

⁷⁸ Ergänzt wird § 18 AGB-Gesetz durch die in § 20 angeordnete Mitteilungspflicht der Gerichte hinsichtlich entsprechender Verfahren sowie die diesbezügliche Registerführung durch das Bundeskartellamt, vgl. zum Ganzen auch *Reinel*, Verbandsklage, S. 67ff.

⁷⁹ Zur Bedeutung dieser Bestimmung für die prozessuale Dogmatik auch *Gaul*, FS Beitzke, S. 997ff.; *Göbel*, Prozeßzweck der AGB-Klage, S. 139ff.; *Grunsky*, GS Rödiger, S. 325ff.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 35ff., 47; *Reinel*, Verbandsklage, S. 87ff.

tion sind sie institutionell, personell und sachlich unterschiedlich ausgestattet. Nicht umsonst weist auch das Bundesverfassungsgericht darauf hin, daß staatliche Entscheidungen möglichst von denjenigen Organen getroffen werden sollen, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen⁸⁰. Hinsichtlich des Gesetzgebers wird allgemein unterstellt, daß er zur Durchführung seiner verfassungsgemäßen Aufgaben funktionell in der Lage ist⁸¹. Ebensovienig wird die Eignung der Gerichte zur Streitentscheidung im Einzelfall angezweifelt, sieht man einmal von eher soziologisch begründeten Angriffen ab, denen allerdings ein anderes Richterbild zugrunde liegt⁸². Hält man sich aber die Rolle des Richters als „Partner“ des Gesetzgebers bei der Rechtsschöpfung vor Augen, stellt sich die Frage, ob die ihm gegebenen Möglichkeiten ihn zur Ausfüllung dieser Rolle auch befähigen. Denn die Prozeßordnungen dienen wie gesehen in erster Linie dazu, dem Richter die Entscheidung in einem konkret bestimmten Fall zu ermöglichen, sich vornehmlich also den Tatsachenstoff zu verschaffen, der für die Subsumtion unter die gesetzlichen bzw. richterrechtlichen Normen unumgänglich ist.

III. Der Zivilprozeß als geeigneter Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung?

1. Prozessuale Vorgaben und Weiterbildung des Rechts

a) Die Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur zur Funktion, den Grenzen und der Natur der richterrechtlichen Rechtsfortbildung sind kaum mehr überschaubar⁸³. Demgegenüber existiert noch keine grundlegende⁸⁴ Untersu-

⁸⁰ BVerfGE 68, S. 1 (86f.).

⁸¹ Vgl. nur *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 154ff.; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 48. Zu den daraus folgenden methodischen Konsequenzen im Hinblick auf die Bindung des Richters an das Gesetz *Pawłowski*, Methodenlehre, S. 181ff. (Rn. 383ff.), insbes. S. 242 (Rn. 548). Hierzu im übrigen noch unten § 18 II.

⁸² Dies machen Schlagwörter wie die These vom Richter als „Sozialingenieur“, „Sozialarzt“ bzw. „Sozialgestalter“ sowie Forderungen nach dem „politischen Richter“ schon begrifflich deutlich, in diesem Sinne etwa *Rasehorn*, in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, S. 45ff.; *ders.*, JZ 1970, S. 575f.; *Wassermann*, in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, S. 15ff.; *ders.*, Der politische Richter, S. 22ff. und passim; vgl. zum Ganzen näher *Dütz*, ZZP 87 (1974), S. 361 (380ff.); *Schönfeld*, Verhandlungsmaxime, S. 63ff.; *Smid*, Rechtserkenntnis, S. 29ff.

⁸³ Vgl. nur die Auswahlbibliographie von *Buttler*, in: Roellecke (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, S. 403ff. (bis 1982). Ferner die Nachweise bei *Picker*, JZ 1988, S. 1 mit Fn. 1ff.

⁸⁴ Ins Bewußtsein gerückt wurde das Problem wohl erst von *Seiter*, FS Baur, S. 573ff.; vgl. ferner *Hirte*, ZZP 104 (1991), S. 11 (41ff.), *Prütting*, FS 600 Jahre Universität zu Köln, S. 305ff.; *E. Schmidt*, FS Wassermann, S. 807ff.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 154ff. Aus jüngster Zeit hierzu nunmehr aber die Freiburger Dissertation von *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck (1993) sowie die Kölner Dissertation von *G. Schneider*, Die Heranziehung und prozeßrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte (1993).

chung der Frage, welchen Stellenwert Gerichtsverfassungs- und Prozeßrecht bei der Rechtsfortbildung einnehmen, wobei zunächst interessiert, inwieweit die Befugnis zu richterlicher Rechtsschöpfung in den genannten Rechtsgebieten verankert ist. Insoweit geht es nicht zuletzt auch um die Möglichkeit einer Legitimation der richterlichen Rechtsfortbildung durch das Gerichtsverfassungs- und Prozeßrecht. Denkt man an die Bedeutung, die das Richterrecht insbesondere in der Form der richterlichen Ersatzgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland wie auch anderen Staaten gewonnen hat, so ist es darüber hinaus von Interesse zu fragen, ob denn die verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen sowie das prozessuale „Handwerkszeug“⁸⁵, die „Krücke zur Findung des materiellen Rechts“⁸⁶, das dem Richter für seine rechtsfortbildende Tätigkeit in prozessualer Hinsicht zur Verfügung steht, ausreichend ist. Dieses Handwerkszeug wird, wie schon angedeutet, durch die Bestimmungen des Verfahrensrechts determiniert. Beschränken diese die richterliche Handlungsfreiheit schon im Hinblick auf einen einzelnen Streitfall, so liegt – jedenfalls auf den ersten Blick – die Vermutung nahe, daß ihre Eignung für die Rechtsfortbildung noch weit weniger gegeben ist⁸⁷. Dies wiederum könnte für die Zulässigkeit einer richterlichen Weiterbildung des Rechts schlechthin von Bedeutung sein.

b) Insoweit interessiert vor allem, ob eine richterliche Ersatzgesetzgebung als vollendetste Form des Richterrechts unter den Bedingungen des konkreten gerichtlichen Verfahrens und den Rahmenbedingungen des Gerichtsverfassungs- und Prozeßrechts überhaupt möglich ist, oder ob, wie es als erster in dieser Deutlichkeit *Baur*⁸⁸ formuliert hat, dem „Quasigesetzgeber nicht die Regulative des Gesetzgebers fehlen“⁸⁹. Gerade da, wo die Weiterbildung des Rechts

⁸⁵ Die Begriffsbildung erfolgt insoweit in Anlehnung an *Esser*, JZ 1975, S. 555: „juristisches Handwerkszeug“, dort allerdings bezogen auf die juristische Methodenlehre als Anleitung für das Vorgehen des Richters in materiellrechtlicher Hinsicht, vgl. auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 78: „Methodenlehre als Handwerkslehre“.

⁸⁶ So *Eyermann/Fröhler*, VwGO, Einl. Rn. 7; vgl. auch RGZ 141, S. 347 (350: „Zweckmäßigkeitnorm“).

⁸⁷ Vgl. etwa *Picker*, JZ 1988, S. 62 (72); *Wank*, RdA 1987, S. 129 (155).

⁸⁸ In: *Baur*, Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht, S. 194 (201); vgl. auch *dens.*, JZ 1957, S. 193 (196); *dens.*, in: *summum ius, summum iniuria*, S. 97 (100).

⁸⁹ In diesem Sinne mit unterschiedlicher Akzentuierung und Zielsetzung im einzelnen *Adomeit*, Rechtsquellenfragen, S. 49; *Arndt*, NJW 1963, S. 1273 (1276); *Birk*, in: *Roellecke* (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, S. 340 (367) = JZ 1974, S. 735 (742f.); *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung, S. 20; *Dütz*, ZZZP 87 (1978), S. 361 (393); *R. Fischer*, Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, H 23; *Gielen*, Diss., S. 112 ff.; *Grunsky*, Grundlagen, S. 13; *Haueisen*, NJW 1973, S. 641 (644 mit Fn. 47); *Herschel*, JZ 1967, S. 727 (736); *Hopt*, JZ 1975, S. 341 (348f.); *Lerche*, NJW 1987, S. 2465 (2467); *Meier-Hayoz*, JZ 1981, S. 417 (421); *Mayer-Maly*, RdA 1964, S. 441 (442); *ders.*, RdA 1970, S. 289 (292f.); *Moritz*, RdA 1977, S. 197 (202); *Picker*, JZ 1984, S. 153 (154ff.); *ders.*, JZ 1988, S. 62 (71); *Prütting*, FS 600 Jahre Universität zu Köln, S. 305 (317 ff.); *Raiser*, ZRP 1985, S. 111 (116); *H. P. Schneider*, Richterrecht, S. 32; *Schönfeld*, Verhandlungsmaxime, S. 148; *Schlüter*, obiter dictum, S. 21 ff., 173 ff.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 154 ff; *Westermann*, Richterliche Streitentscheidung, S. 32, 39. Ausdrücklich a.A. für bestimmte Rechtsfortbildungen im Gesellschaftsrecht *Kübler*, FS Stimpel, S. 3 (13); *Raiser*, ZRP 1985, S. 111 (116).

in erster Linie betrieben wird, nämlich in der Revisionsinstanz, sind dem Richter zudem weitgehende Beschränkungen bei der Beschaffung des Streitstoffs auferlegt. Die „Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz“⁹⁰ existiert nur in sehr geringem Umfange. Dies hat dazu geführt, daß etwa *Deutsch* die These aufgestellt hat, der unterinstanzliche Richter sei von den prozessualen Voraussetzungen her eher geeignet, das Recht fortzubilden, als die obersten Gerichtshöfe des Bundes⁹¹.

c) Umgekehrt spielt die Rechtsfortbildung in den Prozeßordnungen eine herausragende Rolle, so schon auf der Ebene der funktionellen und instanzliellen Zuständigkeit, bei der externen und internen Richtervorlage sowie – hiermit zusammenhängend – der Einrichtung besonderer Spruchkörper und vor allem auch im Rechtsmittelrecht. Zwischen Prozeß und Rechtsfortbildung besteht also eine Wechselwirkung eigener Art. Die damit aufgeworfene Frage des Verhältnisses und der wechselseitigen Abhängigkeit zwischen Prozeßrecht und Rechtsfortbildung zu klären, ist Zielsetzung der Arbeit. Untersuchungsgegenstand sind dabei jene Prozeßordnungen, in denen Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz herrschen, also der Zivilprozeß als „der Prozeß schlechthin“ sowie das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren. Wo es der Zusammenhang nahelegt, werden auch die anderen Verfahrensordnungen in die Untersuchung miteinbezogen.

2. Gang der Darstellung

Dabei wird zunächst die Fragestellung beleuchtet, inwieweit das Prozeßrecht der richterlichen Rechtsfortbildung normativ Beachtung schenkt und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben (1. Kapitel). Anschließend werden Grundprobleme der richterlichen Rechtsfortbildung unter spezifisch prozeßrechtlichen Aspekten erörtert (2. Kapitel). Im 3. Kapitel wird zu fragen sein, welche Folgen sich aus der Rechtsfortbildungsaufgabe des Prozesses für die Parteiherrschaft im Verfahren ergeben. Danach geht es um das dem Richter inhaltlich zur Verfügung stehende Instrumentarium (4. Kapitel). Das 5. Kapitel schließlich ist der Frage der Prozeßkosten im rechtsfortbildenden Verfahren gewidmet. Eine Zusammenfassung rundet die Untersuchung ab (6. Kapitel).

⁹⁰ Grundlegend hierzu *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz (1975). Vgl. im übrigen unten § 23 II.

⁹¹ Vgl. *Deutsch*, FS 275 Jahre OLG Celle, S. 391 (400); ähnlich *Weitnauer*, FS 25 Jahre BAG, S. 617 (619). Eine stärkere Einbindung der Oberlandesgerichte in die Rechtsfortbildungsaufgabe fordert auch *Zweigert*, Verhandlungen des 51. DJT, Bd. II, K 15.

1. Kapitel

Richterliche Rechtsfortbildung
als normatives Prinzip
in Gerichtsverfassung und Prozeß

1. Abschnitt

Gerichtlicher Stufenbau und Instanzenzug

Will man das Verhältnis zwischen Verfahrensrecht und richterlicher Rechtsfortbildung näher beleuchten, ist zunächst einmal zu ermitteln, inwieweit die Gerichtsverfassung sowie die Prozeßgesetze von der Weiterbildung des Rechts positiv Kenntnis nehmen. Einen normativen Ausdruck hat die rechtsfortbildende Tätigkeit des Richters in Zuständigkeitsregelungen und Vorlagepflichten, im Rechtsmittelrecht sowie bei der gerichtsverfassungsrechtlichen Institutionalisierung besonderer Senate der obersten Gerichtshöfe des Bundes gewonnen.

§ 2 Erste Instanz und Weiterbildung des Rechts

I. Die Zuständigkeit der Kammer bei grundsätzlicher Bedeutung der Sache

1. Aufgabenverteilung zwischen Einzelrichter und Kammer

Daß das Zivilprozeßrecht der Rechtsfortbildungsaufgabe der Gerichte¹ schon im Verfahren der Ersten Instanz Rechnung trägt, belegt § 348 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO. Die durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz neugefaßte Bestimmung² behält in rechtlich besonders schwierigen Fällen sowie in solchen „grundsätzlicher Bedeutung“ die Entscheidung der Kammer vor, verbietet also die im Regelfall geforderte Entscheidung durch ein Mitglied des Spruchkörpers als Einzelrichter³. Sofern sich die Grundsätzlichkeit der Streitsache erst nach der

¹ Dazu näher unten § 10 I.

² BGBl. 1993 I S. 50. Die nunmehrige Fassung des § 348 ZPO ist in Zusammenhang mit dem neuen § 21 g Abs. 3 S. 2 GVG zu sehen, wonach auch der Vorsitzende der Kammer in angemessenem Umfang als Einzelrichter tätig zu sein hat, vgl. auch *Zöller/Gummer*, GVG, § 21 Rn. 15, 17.

³ Nachdem die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter in § 348 Abs. 1 ZPO a.F. noch ins Ermessen der Kammer gestellt war („kann ... übertragen“), hatte der Gesetzentwurf des Bundesrats die originäre Zuständigkeit des Einzelrichters bei einem Streitwert bis DM 30.000.-- vorgesehen, vgl. BT-Drucks. 12/1217, S. 23 (zu § 348 ZPO). In Fällen grundsätzlicher Bedeutung wäre dieser gem. § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 des Entwurfs zur Übertragung auf die Zivilkammer verpflichtet gewesen, dazu kritisch *Grunsky*, AnwBl. 1991,

Befassung des Einzelrichters mit der Angelegenheit ergibt, ist dieser gem. § 348 Abs. 4 S. 1 ZPO zur Rückübertragung auf die Kammer berechtigt. Besondere „rechtliche Schwierigkeiten“ im genannten Sinne bestehen vor allem dann, wenn eine Rechtsfrage erstmals auftritt, aber auch, wenn sie – ohne grundsätzlicher Natur zu sein – von den Gerichten unterschiedlich beurteilt wird⁴. Das Tatbestandsmerkmal der „grundsätzlichen Bedeutung“ wiederum entspricht jedenfalls nach der seinerzeitigen Gesetzesbegründung seinem revisionsrechtlichen Inhalt in § 546 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO⁵. Dies setzt zunächst voraus, daß das in Frage stehende rechtliche Problem klärungsbedürftig und klärungsfähig ist. Darüber hinaus muß die zur Entscheidung stehende Rechtsfrage bezüglich einer unbekanntem Vielzahl von Fällen verallgemeinerungsfähig sein, was impliziert, daß die zu erwartende Entscheidung der Einheit und der Fortbildung des Rechts dient⁶. In der Literatur⁷ wird allerdings darauf hingewiesen, daß im Rahmen des § 348 Abs. 1 ZPO ein Verfahren auch wegen seiner *tatsächlichen* Bedeutung „grundsätzliche Bedeutung“ haben könne, was im Rechtsmittelverfahren ausgeschlossen sei. Praktisch spielt der Meinungsstreit keine Rolle, da wohl kein Fall denkbar ist, in welchem eine grundsätzliche Bedeutung nicht in dem weiteren Begriff der besonderen Schwierigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Art gem. § 348 Abs. 1 Nr. 1 ZPO enthalten ist⁸.

2. § 348 Abs. 1 Nr. 2 ZPO als Besetzungsregel bei Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung

Festzuhalten ist jedenfalls, daß § 348 Abs. 1 Nr. 2 ZPO von seiner ratio her eine prozessuale Besetzungsregelung für Angelegenheiten darstellt, die über die Regelung der Rechtsbeziehungen der Parteien hinausgehen. In Rechtsstreitigkeiten allgemeiner Bedeutung soll das Urteil auf eine möglichst breite Grundlage gestellt werden. Die Prozeßökonomie – schnellstmögliche Entscheidung durch den Einzelrichter⁹ – wird also zugunsten des ohne weiteres zu unterstel-

S. 545 (549 f.). Auf die Bedenken des Rechtsausschusses hin, der der Kammer ein Verfügungsrecht über die Streitsache vorbehalten wollte (vgl. BT-Drucks. 12/3832, zu § 348 ZPO), kam es dann zu der nunmehr geltenden Regelübertragung („soll in der Regel“) auf den Einzelrichter.

⁴ Zöller/Greger, ZPO, § 348 Rn. 5.

⁵ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 7/2769, S. 11f. Ebenso *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 348 Rn. 10; *Zöller/Greger*, ZPO, § 348 Rn. 7; *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, § 348 Rn. 17.

⁶ Dazu ausführlich unten § 4 I 2.

⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 110 II 1 b; *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, § 348 Rn. 17; *Zöller/Greger*, ZPO, § 348 Rn. 7.

⁸ In diesem Sinne schon *Prütting*, Zulassung der Revision, S. 211 ff.; zustimmend *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 110 II 1 b. Auf das Problem der unterschiedlichen „Ranghöhe“ der grundsätzlichen Bedeutung kommt es daher im Rahmen von § 348 Abs. 1 ZPO nicht an, vgl. dazu noch unten § 4 I 3.

⁹ Ganz deutlich in diesem Sinne die Begründung zum Entwurf eines RechtspflegeentlastungsG, BT-Drucks. 12/1217, S. 23 (zu § 348 ZPO); ebenso *Zöller/Greger*, ZPO, Vor § 348 Rn. 2.

lenden größeren Sachverstandes der Kammer als Kollegialorgan hintangestellt¹⁰. Eine ganz andere, hier nicht zu vertiefende Frage ist allerdings, ob sich das Tatbestandsmerkmal der „grundsätzlichen Bedeutung“ als solches für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Einzelrichter und Kammer eignet¹¹. Der Reformgesetzgeber des Jahres 1992 hat daran jedenfalls weiterhin angeknüpft. Daß es sich insoweit um keine Besonderheit des Zivilprozesses mehr handelt, beweisen die seit kurzem geltenden synonymen Bestimmungen der §§ 6 Abs. 1 Nr. 2 FGO¹² und 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VwGO¹³.

II. Die Konzentration von Verfahren auf eines unter mehreren sachlich und örtlich zuständigen Gerichten

1. Konzentrationsermächtigungen im Prozeßrecht

Eine Vielzahl prozessualer Bestimmungen räumt den Landesregierungen bzw. den durch diese ermächtigten Landesjustizverwaltungen die Möglichkeit ein, einem bestimmten Landgericht innerhalb mehrerer Landgerichtsbezirke die Alleinzuständigkeit für bestimmte Verfahren einzuräumen. Zu nennen sind hier etwa § 14 Abs. 2 AGBG, § 98 Abs. 1 AktG, § 89 Abs. 1 GWB, § 51 Abs. 2 PatG, § 105 Abs. 1 UrhG, § 30 S. 3 UmwG, § 27 Abs. 2 UWG sowie § 32 Abs. 2 WZG. Im Bereich des Verbraucherschutzrechts wird diese Konzentration von Verfahren auf ein bestimmtes erstinstanzliches Gericht damit begründet, daß auf diese Art und Weise die faktische Breitenwirkung verbraucherpolitisch bedeutsamer Gerichtsentscheidungen vergrößert werde¹⁴. Nach dem Gesetzeswortlaut selbst ist Sinn und Zweck der entsprechenden Bestimmungen die „sachliche Förderung“ oder „schnellere Erledigung“ der Verfahren (§ 28 Abs. 2 S. 1 AGBG, § 15 Abs. 2 S. 1 GeschmMG, § 32 Abs. 2 S. 1 WZG) sowie die Rechtspflege schlechthin (§ 105 Abs. 1 und 2 UrhG¹⁵), insbesondere die „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ (§ 98 Abs. 1 S. 2 AktG, § 89

¹⁰ In diesem Sinne *Prütting*, FS 600 Jahre Universität zu Köln, S. 305 (312); vgl. aber auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 22 I 2. Daß das Kollegialgericht dem Einzelrichter in der Qualität seiner Rechtsprechung überlegen sei, wurde schon vom GVG-Gesetzgeber Ende des letzten Jahrhunderts ohne weiteres unterstellt, dazu nur *Guilliard*, Diss., S. 14f.

¹¹ Insoweit kritisch *Lindemann*, FS Nirk, S. 595 (605); *Rottleuthner*, ZfRSoz. 1991, S. 232ff.; *Rottleuthner/Böhm/Gasterstadt*, Rechtsstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters, S. 35, 69, 90f. und öfters.

¹² Eingeführt durch das FGO-Änderungsgesetz vom 21.12.1992, BGBl. I S. 2109.

¹³ Eingeführt durch Rechtspflegeentlastungsgesetz vom 11.1.1993, BGBl. I S. 50.

¹⁴ *Gilles*, ZZP 98 (1985), S. 1 (27); ausführlich zu den Möglichkeiten einer Herbeiführung der erwünschten Breitenwirkung richterlicher Entscheidungen im AGB-Verfahren *Thiere*, Überindividuelle Interessen im Zivilprozeß, S. 315ff.; vgl. aber auch *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 43ff.

¹⁵ § 105 Abs. 2 UrhG sieht sogar die Konzentrationsermächtigung auf ein Amtsgericht für mehrere Amtsgerichtsbezirke vor, „wenn dies der Rechtspflege dienlich ist“.

Abs. 1 S. 1 GWB, § 30 S. 3 UmwG, § 27 Abs. 2 S. 1 UWG). In letzterer Hinsicht kann darüber hinaus auf § 229 Abs. 2 S. 1 BauGB, § 100 Abs. 2 S. 1 BRAO, § 93 GWB, § 8 S. 2 LwVG, § 34 S. 7 UmwG sowie insbesondere § 541 Abs. 2 ZPO für Mietsachen (Rechtsentscheidungsverfahren) hingewiesen werden, welche die Konzentrationsermächtigung auf ein bestimmtes Oberlandesgericht vorsehen¹⁶.

2. Rechtseinheit und Verfahrenskonzentration

Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, daß sich ohne die Monopolisierung der Eingangszuständigkeit beim Landgericht die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erreichen lasse¹⁷. Die Richtigkeit dieser These wird vor dem Hintergrund deutlich, daß die Zuständigkeit nur bestimmter Landgerichte (bzw. Amts- und Oberlandesgerichte) die Möglichkeit zur Schaffung von Spezialkammern eröffnet, was nicht nur äußerst sachkundige Spruchkörper nach sich zieht, sondern durch eben diese Konzentration auf *ein* bestimmtes Gericht zu einer einheitlichen Rechtsprechung und damit geordneten Rechtsfortbildung führt¹⁸. So wird denn auch im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum¹⁹ die Konzentrationsermächtigung in § 98 Abs. 1 S. 2 AktG damit begründet, daß die bei einer gerichtlichen Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats auftretenden schwierigen Rechtsfragen die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderten. Im Wirtschaftsrecht wiederum folgt diese Notwendigkeit aus der Grundsätzlichkeit der die Wirtschaftsverfassung betreffenden kartellrechtlichen Fragestellungen²⁰. Die Regelung in § 14 Abs. 2 AGBG ist dabei noch zusätzlich vor dem Hintergrund zu sehen, daß im Gesetzgebungsverfahren die Einführung einer erstinstanzlichen Zuständigkeit des Oberlandesgerichts aus eben diesem Gesichtspunkt der Rechtseinheit heraus diskutiert worden war²¹.

¹⁶ § 93 Abs. 2 GWB räumt weitergehend die Möglichkeit ein, im Wege staatsvertraglicher Regelung einem Oberlandesgericht bzw. obersten Landesgericht Zuständigkeiten für die Oberlandesgerichtsbezirke mehrerer Länder einzuräumen; ähnlich die Regelungen in § 100 Abs. 3, 4 BRAO sowie § 138 Abs. 2 S. 1 FlurbG.

¹⁷ In diesem Sinne für Wettbewerbsstreitsachen *Baumbach/Hefermehl*, UWG, § 27 Rn. 5; für AGB-Sachen entsprechend *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, § 14 Rn. 2; vgl. aber auch Paulus, ZZZ 71 (1958), S. 188 (199).

¹⁸ Vgl. nur *Immenga/Mestmäcker/Schmidt*, GWB, § 89 Rn. 1, § 93 Rn. 1; *MünchKomm/ Gerlach*, AGBG, § 14 Rn. 9; *Kissel*, GVG, § 23 c Rn. 1; § 121 Rn. 13; *Präve*, NJW 1993, S. 970 (973). Ebenso noch im Hinblick auf Art. III Abs. 2 des Dritten Gesetzes zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 5.6.1980 (BGBl. I S. 657) *Gnatzy*, Rechtsentscheid, S. 33 f. Die Bestimmung wurde durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.1990 inhaltlich unverändert in § 541 Abs. 2 ZPO übernommen, vgl. auch *Hansens*, NJW 1991, S. 953 (958).

¹⁹ *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 98 Anm. 5.

²⁰ BGHZ 31, S. 162 (167); 34, S. 53 (61); 67, S. 81 (91); v. *Gamm*, Kartellrecht, § 87 Rn. 1; *Präve*, NJW 1993, S. 970 (973).

²¹ Dazu sogleich unter § 2 IV 2a.