

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: Jus 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 Käßler* 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

1. Abschnitt: Gerichtlicher Stufenbau und Instanzenzug	19
§ 2 Erste Instanz und Weiterbildung des Rechts	19
§ 3 Rechtsgestaltung durch externe Vorlagepflichten	32
2. Abschnitt: Rechtsfortbildung im Rechtsmittelrecht.....	52
§ 4 Gesetzliche Beschränkungen des Zugangs zu den Rechtsmittel- instanzen	52
§ 5 Verfahrensprivilegierung und Rechtsmittelsystem	72
3. Abschnitt: Besondere Spruchkörper zur Rechtsfortbildung	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

1. Abschnitt: Die richterliche Entscheidung zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsfortbildung.....	125
§ 8 Funktion und Verständnis der richterlichen Rechtsfortbildung in der Methodenlehre und im Prozeßrecht.....	125
§ 9 Richterliche Rechtsfeststellung als Rechtsfortbildung	149
2. Abschnitt: Rechtsfortbildender Richterspruch und Grundgesetz.....	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 Parteien 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 Rechtsverweigerungsverbots	172
4. Rechtsstaatsprinzip und richterliche Pflicht zur Rechtsfortbildung 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 „willkürlichen“ Mißachtung der Vorlagepflicht	178
c) Bundesverfassungsgerichtliches Willkürkriterium und Zweck der Vorlagepflichten	179
3. Die Nichtzulassung eines Rechtsmittels als Verfassungsverstoß?	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. Zulassung von Rechtsmitteln	182
b) Richterliches Ermessen bei der Grundsatzvorlage?	183

III. Die verfassungsrechtliche Anerkennung der „rechtsetzenden“ Rolle des Richters	185
1. Rechtssatzbildung 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 Richterrecht	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 richterlicher Rechtsbildung	194
a) Keine präsumptive Verbindlichkeit „außerprozessualer Präjudizien“	194
b) Das obiter dictum als nicht divergenzfähiger Annex der syllogistischen 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 Leistungsfähigkeit des Prozeßrechts	204
a) Funktionsfähigkeit des Rechtssystems durch Gewaltenteilung	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. Verzichtsurteil 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 Beschwer	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: Verfahrensbeteiligung und Rechtsbildung	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

1. Abschnitt: Soziale Wirklichkeit und Rechtsbildung	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. Normtatsachen 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
 <i>2. 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 Verbraucherprozeß- recht?	394
3. Beweislastfragen	396
4. Fazit	397
IV. Folgerungen für die prozessuale Heranziehung von Rechtsfort- bildungstatsachen	397
1. Ausgangspunkt: Die Verhandlungsmaxime als untauglicher Ansatz	397
a) Gleichsetzung von Rechtsfortbildungs- und Subsumtions- statsachen?	397
b) Rechtstatsachen und ideologischer Hintergrund des Verhand- lungsgrundsatzes	398
c) Folgerungen aus der technischen Begründung des Beibrin- gungsgrundsatzes	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 Verfü- gung?	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 Risiko- zuweisung bei der richterlichen Rechtsbildung	428
1. Folgerungen aus Gerichtsverfassung und Prozeßrecht	428

2. Immanente Grenzen der Rechtsfortbildung und rechtstattsächliches „Beweismaß“	429
3. Volles rechtstattsächliches Beweismaß bei der Umbildung des Rechts	430
4. Rechtsneubildung	431
V. Ergebnis: Das Prozeßrecht als mögliche Funktionsgrenze richterlicher 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 Erfahrungssätzen 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. Falschberücksichtigung von legislative facts?	439
a) Verfassungswidrigkeit der Entscheidung unmittelbar?	439
b) Verfassungswidrigkeit des richterlichen Rechtsbildungsvorgangs	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 Revisionsinstanz	441
2. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen in der Revisionsinstanz	443
a) Ausgangspunkt: Die revisionsrechtliche Behandlung von normkonkretisierenden Erfahrungssätzen	443
b) Revisionszweck und höchstrichterliche Normbildung	444
c) Notwendigkeit eines „einheitlichen Rechtsfortbildungsvorgangs“	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.; *Wyduckel*, 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) bedectes 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 (80 ff.); zum Ganzen auch *Gielen*, Diss., S. 54 ff.; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, S. 221 ff.

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 (190 f.); vgl. zur Entstehungsgeschichte der Vorlagepflichten und ihrem zeitgenössischen Hintergrund auch schon *Schultzenstein*, ZZP 18 (1893), S. 88 (92 ff.).

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. 1681 ff. 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*, ZRP 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 Rechtens 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 Rüdig, 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. 97ff.

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

²³ Von den sog. „Unterhaltsschlüsseln“ 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 vornherein 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 mehren 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 *Öhlinger/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. 633 ff.

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; *Kriele*, 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. 37 ff. Einen Sonderfall betreffen die sogenannten „Nichtanwendungserlasse“ des Bundesministers der Finanzen bezüglich einzelner Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, vgl. hierzu näher *Lang*, DRiZ 1992, S. 365 ff.; *Rüfner*, DRiZ 1992, S. 457 (459 ff.).

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*, AfP 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, BGBl. 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 Judikate 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*, *Simitis*, *D. Simon* und *H. Simon* zum Thema „Gesetzesflut – Gesetzesperfektionismus“ auf der Schlußveranstaltung des 53. DJT 1980, Sitzungsberichte Bd. II, Q 5ff.

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 erkennt 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 Rechtssatz.

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 *Pawłowski*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 Verfahrensart

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 *rechtsfürsorgliche* 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*, ZJP 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, vorgesetzlichen 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.

Sachregister

- Abgabepflichten s. Vorlagerechte und -pflichten
Abweichung s. Rechtsprechungsdivergenz
AGB-Kontrollverfahren 264ff., 309f., 395ff.
– Eingangszuständigkeit 28, 266
– Einstweiliger Rechtsschutz 404
– Richterliche Inhaltskontrolle 266
– Streitwertbemessung 457f.
– Urteilstwirkungen 12
– Verfahrenskonzentration 22
– Zuständigkeitsverlagerung 23
Alltagstheorien, richterliche 353
amicus curiae 304, 380
Anerkenntnis 131, 261
– Anerkenntnisurteil 247
– Kosten 284, 457
– Musterprozeß 268f.
– Sachentscheidung 247f.
Anfechtungsklage, räuberische 254
Anfrageverfahren s. Große Senate
Antragsgrundsatz 233, 235, 241f., 365, 482
– Durchbrechung 262f.
Arbeitnehmerhaftung 244f.
Arbeitskampfrecht
– Aussperrung 7, 155f., 329ff., 366, 432
– Einstweiliger Rechtsschutz 405
– Großer Senat des Bundesarbeitsgerichts 7
– Klagerecht der Verbände 156
– Kurzarbeit 242f.
– richterliche Ersatzgesetzgebung 3, 179, 331, 432
– staatliche Neutralitätspflicht 7, 27f.
– Warnstreikjudikatur 155
Arglist, prozessuale 272ff., 281, 282ff., 311, 482, 483
– Amtsprüfung 272
– Einrede 251
– Scheinprozeß 317
– Schutzrichtung 273f.
Aufklärungspflicht, richterliche 163, 483
– als Ausfluß rechtlichen Gehörs 304ff.
– bei Rechtsfortbildungstatsachen 306ff.
Ausländisches Recht 322, 415
– Beweis 389ff.
– Ermittlung 81f., 384, 389ff., 466f.
– Keine Revisibilität 81, 478
– Keine Vorlagepflicht 33
– Untersuchungsgrundsatz 389f.
Auslegung 134ff.
– Auslegungsmethoden 135f.
– und Prozeßrecht 136f.
Auslegungsverbote
– gesetzliche 1f., 6, 477
Auslieferungssachen 42f., 256f.
Bagatellverfahren 131, 190
Behauptungs- und Beweislast 165, 312
Beibringungsgrundsatz 12, 133, 149, 483
– Durchbrechungen 211f., 386ff., 403
– Geltung für Rechtsfortbildungstatsachen 377, 397ff., 484
– ideologische Begründung 313, 398ff., 485
– im Verbraucherprozeßrecht 264f.
– technische Begründung 313, 400f., 485
Beschwer 75, 241, 266
Besetzungsregel, prozessuale
– bei grundsätzlicher Bedeutung 20
Beweisaufnahme 129f.
Beweislast 366, 386f., 388f., 391f., 393
– bei Rechtsfortbildungstatsachen 378, 416ff., 485
– dogmatische Grundlagen 424f.
– im Verfassungsgerichtsprozeß 422f.
– im Verwaltungsgerichtsprozeß 423f.
– objektive 417, 419, 420f., 421f., 422
– subjektive 420
– Substituierbarkeit 425f.
Beweismaß 426, 427f., 428ff.
Beweisrecht (s. auch Freibeweis)
– Förmlichkeit des Verfahrens 410f.
– Strengbeweis 411
– Zuschnitt auf Subsumtionstatsachen 366, 411
brute facts s. Subsumtionstatsachen
Bundesarbeitsgericht

- als Ersatzgesetzgeber 3, 140f.
- als Erste Instanz 26f.
- Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen 371f.
- Bundesfinanzhof 26
 - Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen 372
- Bundesgericht, oberstes 108f.
- Bundesgerichtshof 26
 - Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen 373
 - Rechtsentscheidungsverfahren 40
 - Transsexuellenentscheidung 205f., 209f.
- Bundessozialgericht
 - als erste Instanz 26ff.
 - Berufs- und Erwerbsunfähigkeit 331ff., 366, 432
 - Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen 374f.
- Bundesverfassungsgericht (s. auch Verfassungsgerichtsprozeß)
 - als Tatsacheninstanz 369f.
 - Fortbildung des Grundgesetzes 3
 - Plenarentscheidung 95f.
 - und richterliche Rechtsfortbildung 370f.
 - Wesentlichkeitstheorie 199ff.
- Bundesverwaltungsgericht
 - als erste Instanz 26
 - Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen 375f.
- common law
 - Präjudiziencharakter 5f.
 - und kontinentaleuropäisches Rechtssystem 5f.
- Demokratieprinzip 297f., 303
- Dispositionsmaxime 12, 234, 240, 482
 - Einschränkungen 261f., 286ff.
 - Geltung für Rechtsfortbildungstatsachen 377
 - im Verbraucherprozeßrecht 264f., 288, 309f.
 - Rechtsmißbrauch 282ff.
 - richterliche Aufklärungspflicht 310f.
 - und Justizsyllogismus 132
 - und Rechtsfortbildung 245f., 278ff.
 - und Revisionsinstanz 87, 240
- Divergenz s. Rechtsprechungsdivergenz
- Ehesachen 72, 221, 303, 386
- Einstweilige Verfügung, Anordnung
 - Rechtsfortbildung durch 404f.
- Regelungsverfügung 165
- und Rechtsfortbildungstatsachen 406f., 485
- Einzelrichter 19ff.
- Entschädigungssachen 69
- Entscheidung, richterliche (s. auch Urteil)
 - Drittbetroffenheit 142
 - Entscheidungszwang 169ff., 480
 - nach Aktenlage 251f.
 - Rechtsfeststellung 157f.
 - Rechtsfortbildungswirkung 157ff.
 - Streitscheidung 13, 50, 120, 125ff., 149, 214f.
- Entscheidungsreife 285ff.
- EntschlieÙung, richterliche 191, 195, 290
- Erfahrungssätze
 - Begriff 320, 387
 - Beweislast 388
 - Beweiswert 435
 - Beweiswürdigung 434f., 436
 - Divergenzfähigkeit 64
 - Freibeweis 388, 415
 - Geltung der Untersuchungsmaxime 379, 388, 485
 - Geständnisfähigkeit 321
 - in der Revisionsinstanz 443f.
 - Kosten 466
 - Revisibilität 434f., 437ff.
 - Standort im Syllogismus 320f., 387
 - Verhältnis zu Rechtsfortbildungstatsachen 374, 376, 388
- Erledigung der Hauptsache
 - beiderseitige 252f.
 - einseitige 250
- Ersatzgesetzgebung, richterliche (s. auch Bundesarbeitsgericht) 3, 297, 432
 - Begriff 140f.
 - Gewaltenteilung 8
 - Kosten 465f.
 - richterliches Selbstverständnis 7
 - und legislativer Handlungsbedarf 5
 - und Prozeßrecht 14f., 141, 357, 432
 - Willkür 209
- Europäischer Gerichtshof 45ff.
- Europäisches Verfahrensrecht
 - EuGVÜ-Auslegungsprotokoll 46f.
 - Rechtsverweigerungsverbot 46
 - Vorlagerechte und -pflichten 45ff., 51
- Evokationsrecht 113, 188
- Exterritorialität 396f.
- Familiensachen 72, 221, 261f.
- Fangprämie 28, 317f.
- Feststellungen, soziologische 335

- Feststellungsklage
 - negative 164
 - FGG-Verfahren
 - Vorlagepflicht 33f.
 - Folgenorientierung, richterliche 141
 - Freibeweis 379, 387, 390f., 411ff.
 - Gemeinsamer Senat 107ff., 479 (s. auch
 - Rechtsprechungsdivergenz, Vorlage)
 - Anrufungsvoraussetzungen 109ff.
 - Besetzung 114
 - Bindungswirkung der Entscheidung 114
 - dogmengeschichtliche Entwicklung 107ff.
 - Kosten 115f.
 - mündliche Verhandlung 115
 - prozessuale Überholung 257f.
 - Verfahren 112ff., 479
 - Generalbundesanwalt 47, 104, 113, 221
 - Generalklausel 4, 133, 236, 364, 404, 435
 - Divergenzfähigkeit 64
 - Revisibilität 435
 - richterliche 4
 - generelle Tatsachen (s. auch Rechtsfortbildungstatsachen)
 - als Grundlage von Erfahrungssätzen 437ff.
 - Gerichtsverfassung
 - und Rechtsfortbildung 10
 - Gerichtsverfassungsrecht 10
 - Abgabepflichten 34ff.
 - Gesetzeskommission 1, 173, 477
 - Gesetzeslücken 138f.
 - unausfüllbare 208f.
 - Gesetzesvollzug 133ff., 157, 199
 - Gesetzgeber
 - Erkenntnismöglichkeiten 341f.
 - Normsetzungsprärogative 197f., 338
 - Gesetzgebungsauftrag 188
 - Gesetzgebungsverfahren
 - Erfolgskontrolle 344f.
 - Erhebung von Rechtstatsachen 342ff.
 - experimentelle Gesetzgebung 344
 - inneres 345ff., 440
 - Methodik 343
 - Nachbesserungspflicht 344f.
 - Prognoseentscheidungen 343ff.
 - verfassungsrechtliche Anforderungen 342ff., 484
 - Gesetzgebungswissenschaft
 - Bedeutung der Rechtstatsachenforschung 339ff., 484
 - Sachverständige 340f.
 - Gesetzlicher Richter 227
 - bei richterlicher Rechtsetzung 186
 - bundesverfassungsgerichtliche Willkürformel 178ff., 479, 481
 - im Rechtsmittelrecht 80, 180ff.
 - und Handlungsermessen 182ff.
 - und Rechtsfortbildungsvorlage 98f.
 - unterlassene Vorlage als Verstoß 177ff.
 - verfassungsrechtliche Grundlagen 176f.
 - Gewaltenteilung
 - als Funktionsprinzip 204ff.
 - als Organisationsprinzip 197ff.
 - und Richterrecht 8, 197ff.
 - Verhinderung der Entscheidung 244f.
 - Gewohnheitsrecht 389ff.
 - Gleichheitssatz, verfassungsrechtlicher 29
 - Große Senate 15, 25, 88ff., 479 (s. auch
 - Vorlage)
 - Anfrageverfahren s. Vorlagerechte
 - Anrufungsvoraussetzungen 96ff.
 - Besetzung 105f.
 - Bindungswirkung der Entscheidung 101
 - dogmengeschichtliche Entwicklung 88ff., 92ff.
 - Entscheidungswirkungen 102
 - Geltung der Dispositionsmaxime 244ff., 311
 - Kosten 104
 - mündliche Verhandlung 102ff.
 - prozessuale Überholung 257f.
- Grund, sachlicher
- als richterliche Generalklausel 4f.
- Grundbuchsachen
- Vorlagepflicht 33f.
- Grundsätzliche Bedeutung
- Ausschluß des Instanzenzugs 29, 289
 - Begriff 20, 56ff., 146f.
 - gerichtliche Zuständigkeit 19ff.
 - Parteiinteresse 229
 - Rechtsmittelrecht 53ff., 56ff., 62, 67f., 77, 79f.
 - tatsächliche (wirtschaftliche) Bedeutung 20, 57
 - und Rechtseinheit 56f., 77
 - und Rechtsfortbildung 56f., 77, 146f., 150, 429
 - unterschiedliche Ranghöhe 59, 80, 98f.
 - Vorlage 39, 43, 98f.
- Grundsatzentscheidungen s. Präjudizien
- Handelsbräuche 349, 409f., 485
- Hinweispflicht, richterliche s. Aufklärungspflicht
- Horror pleni 96, 117

- Informativprozeß s. Scheinprozeß
- Inquisitionsmaxime s. Untersuchungsgrundsatz
- Instanzenzug
 - Abweichung 24ff.
 - Ausschluß 25, 27ff.
 - Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 226f.
 - Rechtsweggarantie 29
 - Zuständigkeitsverlagerungen 23ff.
- iura novit curia 321ff., 378, 382, 389, 402
- Justizgewährungsanspruch 169ff., 278, 471
- Justizsyllogismus
 - der Rechtsfolgebestimmung 125ff., 231, 383, 479
 - generelle Tatsachen 348ff., 426f., 436
 - in Zwischenverfahren 185f.
 - Obersatz 186, 231, 364
 - rechtliches Gehör 294f.
 - Trennung zwischen Rechts- und Tatfrage 348f.
 - und Verfahrensablauf 127ff.
 - Untersatz 131f., 231
- Kassationsverfahren, abstraktes 85
- Kindschaftssachen 386
 - Zuständigkeitsverlagerung 24
- Klage
 - rechtsfremde 162
 - Zwang zur Klage 233, 260f.
- Klageschrift 129
- Klagrücknahme 248f., 250f.
 - Einwilligung des Beklagten 261
 - Klagrücknahmeversprechen 251
- Kompensationsrechtsprechung
 - zum Nutzungsausfall 335
- Kosten 262f., 279 (s. auch Rechtsfortbildungskosten)
 - Ausländisches Recht 466f., 468ff.
 - Begriff 451
 - bei Rechtsprechungsänderungen 164, 454f., 486
 - Beweiserhebung von Amts wegen 468f.
 - der Meinungsumfrage 416, 464
 - der Revision 86
 - des Rechtsentscheidungsverfahrens 42, 461
 - im Vorlageverfahren 104, 115f., 461
 - Kritik 453f.
 - rechtsfortbildende Entscheidung 451ff., 460ff.
 - Reformüberlegungen 456
 - Risiko 160
 - Streitwertbegünstigung 457f.
 - Subsumtionskosten als Rechtswegsperre 464
 - syllogistische Einzelstreitbereinigung 465f.
 - Verfassungsgerichtsprozeß 458ff.
 - Verteilung 451ff.
 - Zwischenverfahren 461f.
- Kreationstheorie 155ff.
- Landgericht
 - Ausschließliche Zuständigkeit 23
 - Kammerentscheidung 19ff., 289
- Landesarbeitsgericht 25f.
- Landessozialgericht 25f.
- Legaldefinition, quantitative 3f., 330
- legislative facts s. Rechtsfortbildungstat-sachen
- Leitsatz, richterlicher 277f.
 - als abstrakter Rechtssatz 9
 - als Prozeßziel 9
- Menschenwürde 291, 298f.
- Methodenlehre 133ff.
 - Aufgabe 142
 - Ergebnisoffenheit 143
 - Grenzen der Methode 143
- mündliche Verhandlung 128f.
 - Gemeinsamer Senat 115
 - Großer Senat 102ff.
- Musterprozeß 57, 141f., 164, 267ff., 298, 304, 316, 400, 402, 446, 472, 481
 - Beendigung 268f.
 - Interessenlage 75, 228f., 231
 - Massenklage 304
 - Musterprozeßabrede 30, 267ff., 302
 - rechtstatsächliche Risikoverteilung 419
- Nationalsozialismus 2, 90f.
- Neutralität, richterliche 10, 163, 297
- Neutralität, staatliche
 - im Arbeitskampf 7
- Eingangszuständigkeit des BSG 27f.
- non-liquet 171
 - in rechtstatsächlicher Hinsicht 365, 397, 426ff., 485
- Normenkontrollverfahren
 - Ausschluß der Revision 43
 - konkretes 37
- Normsetzung, staatliche
 - Folgenorientierung 337
 - politische Zielsetzung 338f.
 - Prognose 337
 - soziale Wirklichkeit als Grundlage 336ff.

- Normtatsachen s. Rechtsfortbildungstat-
sachen
- Oberlandesgericht
- als Berufungsinstantz 24
 - Eingangszuständigkeit 25f., 266
- Oberste Gerichtshöfe des Bundes
- Erstinstanzliche Zuständigkeit 26ff.
- Oberverwaltungsgericht
- Eingangszuständigkeit 26
- Obiter dictum 49, 58, 65, 70, 191ff., 251,
257, 258
- Ankündigung von Rechtsprechungsän-
derungen 193f., 455
 - Appellentscheidungen 191f.
 - Divergenzfähigkeit 195f., 478, 481
 - Fallübergreifende Aussagen 192f.
 - im Anerkenntnis- und Verzichtsurteil
248, 289
 - im Versäumnisurteil 249
 - Zulässigkeit 195f.
- Ordnungswidrigkeitenverfahren 66f.
- Parteiautonomie, prozessuale 233f.
- Schranken 235f.
- Parteien
- Disposition über das Recht 235, 312ff.
 - Parteiinteresse 227ff., 240, 278ff.
 - Parteistellung 164f.
 - Parteiverantwortung 165
 - Parteivorbringen, verspätetes 165
- Persönlichkeitsrecht, allgemeines 356
- Präjudizien
- außerprozessuale 191, 194f., 481
 - Bedeutung 3, 119f.
 - Bindungswirkung 6, 7, 49f., 120, 231,
365
 - case law 7
 - common law 5f.
 - entscheidungsleitende 65
 - negatives 239, 283ff., 319f.
 - präsumptive Verbindlichkeit 189, 199,
429
 - rechtliches Gehör 301f.
 - Scheinpräjudiz 319f.
 - und Vorlagepflichten 118f., 186
 - Verhinderung von 239ff., 276ff., 482
- Präjudiziengesetze 88f.
- Prorogation 29f., 286, 317, 477
- Prozeß
- als Rahmen richterlicher Rechtsfortbil-
dung 13ff., 204ff.
 - Aufgabe 159f., 215ff., 225ff.
 - Drittbeteiligung 302ff.
 - Eignung zur Ersatzgesetzgebung 14f.,
141f., 357
 - nichtstreitige Bereinigung 281f., 324
 - normative Privilegierung 81ff., 116ff.,
213f., 230, 286ff.
 - Öffentliches Interesse 85ff., 120, 158,
218ff., 224, 229f., 276f., 283f.
 - Parteiinteresse 227ff., 278ff.
 - Rechtsfeststellung 159f.
 - Richterrechtsetzung 9
 - Streitschlichtungsverfahren 9
 - syllogistische Einzelstreitbereinigung
13, 50, 120, 125ff., 149, 477, 478, 481
 - überindividuelles Interesse 221f.
 - Ziel 11
- Prozeßbetrieb der Parteien 239f.
- Prozeßkosten s. Kosten
- Prozeßmaximen (s. auch Beibringungs-
grundsatz, Dispositionsmaxime) 232ff.
- Bedeutung 232f.
 - Begriff 232
 - und Privatautonomie 233f.
- Prozeßökonomie 20, 219, 310, 414, 445
- und Freibeweis 412
- Prozeßrecht
- Aufgabe 11, 159f.
 - Begriff 11
 - Ergebnisoffenheit 163ff., 323f., 479,
480
 - Leitprinzipien der Entwicklung 222f.
 - rechtliches Gehör 293f.
 - syllogistische Einzelstreitbereinigung
149ff.
 - und Rechtsfortbildung 11ff., 145f.,
150ff., 209ff.
 - und Rechtungsgewißheit 11
- Prozeßrechtsverhältnis 279
- Prozeßvergleich 159, 214, 262, 281f., 290
- Musterprozeß 268
 - Protokollierung 253
 - Rechtsmißbrauch 254, 262, 290
- Prozeßzwecke 158, 213, 481
- Abwägung 223ff.
 - Bewährung des objektiven Rechts
218f., 223, 229, 481
 - Friedens- und Ordnungszweck 217
 - Rechtsfortbildungszweck 219f., 223,
230f., 280, 325, 481
 - Rechtsgewißheit, Rechtssicherheit 217f.
 - Schutz subjektiver Rechte 215f., 325,
481
 - verfassungsrechtliche Rangordnung
222ff.
- Prüfung von Amts wegen 392ff.

- Recht
 - Allgemeinheit 156f.
 - als bloßes Entscheidungsprogramm 155
 - außerprozessuale Existenz 154ff., 324, 479
 - Begriff 74f.
 - lückenloses 152ff., 324, 479
 - richterliche Bindung 173
 - Wiedergabe durch den Richter 149
 - Zustandekommen 6
- Rechtliches Gehör 10, 163, 227, 285, 291ff., 323
 - Anspruchsberechtigung 300ff.
 - bei Rechtsfortbildung 294ff., 483
 - Rechtsfortbildungstatsachen 306ff.
 - Rechtsgespräch mit den Parteien 295ff., 306, 323
 - richterliche Aufklärungspflicht 304ff.
 - verfassungsrechtliche Grundlagen 291ff.
 - vor dem Gemeinsamen Senat 115
 - und Zivilverfahrensrecht 293f.
- Rechtsanwendung
 - als Rechtsbildung 126
- Rechtsanwendungsgleichheit (s. auch Rechtseinheit)
 - und Richterrecht 77, 79f., 88f., 230, 365, 477
- Rechtsauffassung
 - der Parteien 159, 483
- Rechtsbegriff, unbestimmter 133, 436
 - richterliche Rechtsfortbildung 4, 331
- Rechtseinheit (s. auch Rechtsanwendungsgleichheit)
 - und politische Einheit 51, 88, 477
 - und Rechtsmittelrecht 56, 63, 69f., 76f., 143, 434
 - Verfahrenskonzentration 22
 - Vorlagepflichten 2, 32, 35, 40, 88ff., 107ff.
 - Zuständigkeitsverlagerung 23
- Rechtsentscheid in Mietsachen 2, 24, 37ff., 59, 85, 146, 447
 - Divergenzfähigkeit 38f.
 - Grundsätzliche Bedeutung 39
 - Kosten 42, 255
 - prozessuale Überholung 254ff.
 - Rechtssatz 41, 50, 120, 185
 - Rolle der Parteien 41f.
 - Verfahrenskonzentration 22
- Rechtsfortbildung (s. auch Ersatzgesetzgebung, Präjudiz, Prozeß, Rechtsbegriff, Rechtseinheit, Rechtsfortbildungstatsachen, Richterrecht) 137ff.
 - als Prozeßzweck 219f., 229f., 325
 - als Rechtsmittelgrund 65ff., 77, 143, 434, 444, 479
 - Arbeitsbegriff der Methodenlehre 142f., 479
 - Aufgabe der Parteien 160ff.
 - außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens 189ff.
 - Demokratieprinzip 297f.
 - durch Rechtsentscheid 40
 - einfachrechtliche Anerkennung 99f., 150ff., 176, 479
 - funktionaler Begriff 145f., 479
 - Geltung der Dispositionsmaxime 245f.
 - Gerichtsverfassung 10, 145
 - Geschlossenheitsdogma 153f.
 - Gesetzlicher Richter 186
 - im Prozeß 10, 188, 239f., 414
 - kompetenzielle Direktiven 187ff., 481
 - Lückenfüllung 138f., 208f., 230
 - materielle Anforderungen 207ff.
 - methodengerechte 363f.
 - prozessuales Verhalten der Parteien 160, 228f., 242ff., 312ff.
 - rechtliches Gehör 294ff.
 - Rechtsfortbildungsmonopol, richterliches 325
 - Rechtsfortbildungsvorgang, einheitlicher 444f.
 - rechtstatsächliche Aufklärungspflichten 363ff.
 - und Prozeßgesetzgebung 1ff., 104f., 414, 477
 - und Rechtsmittelrecht 56f., 76f., 434
 - und Vorlage 98ff., 111f., 143
 - Verfahrenskonzentration 21ff., 288f., 477
 - verfassungsrechtliche Vorgaben 139f., 152, 168ff., 176ff., 207ff., 354, 439f., 479
 - Verhältnis zur Auslegung 137f.
 - Verzicht auf Rechtsmittelzug 27ff., 289, 477
 - Vorwirkungen künftigen Rechts 208
 - Zuständigkeitsregelungen 19ff., 188, 477
 - Zuständigkeitsverlagerung 23ff., 477
- Rechtsfortbildungsaufgabe
 - prozessuale Konkretisierung 149ff., 185
 - richterliche 19, 28, 160ff., 213, 479
 - und Prozeßstruktur 211f.
- Rechtsfortbildungskosten 42, 486 f.
 - als Gesetzgebungskosten 46, 465
 - Anwaltsgebühren 466, 472, 486 f.

- Begriff 463
- Justizgewähranspruch 471
- keine Überbürdung auf die Parteien 471 f., 486
- Rechtsfortbildungstatsachen (s. auch soziale Wirklichkeit) 285 f., 396, 484
- als generelle Tatsachen 349 f.
- Begriff 350
- Beweislast(verteilung) 353, 378, 416 ff., 426 ff., 485
- Beweismaß, abgestuftes 428 ff.
- Beweisverfahren 414 ff.
- Demoskopie 354, 379, 403, 414, 416, 485
- Erfahrungssätze, Verhältnis zu 374 f.
- Erhebbarkeit durch die Revisionsgerichte 381 f., 441 ff.
- Freibeweis 379, 485
- Grenzen der Verwertbarkeit 360 f., 414
- Hearing 416, 485
- in der Methodenlehre 351 ff.
- Maßgeblichkeit des Untersuchungsgrundsatzes 308, 378 f., 401 ff., 403, 485
- Normkonkretisierung durch 358 ff.
- offenkundige 408 f., 485
- Präklusion 402
- prozessuale Behandlung 378 ff.
- rechtliches Gehör 285 f., 409, 416
- Revisibilität 380 f., 433 ff.
- richterliche Hinweispflicht 306 ff.
- Säumnis 401 f.
- Statistik 354, 416
- und Beibringungsgrundsatz 397 ff., 484
- und einstweiliger Rechtsschutz 406 f., 485
- und Justizsyllogismus 350 f., 360, 366, 383 f., 437, 484
- Verfahrensrüge, Notwendigkeit einer 436 ff., 486
- Verfassungsverstoß bei Nichtzugrundelegung 439 f., 484, 486
- Zukunftsbezogenheit 351
- Rechtsfrage (s. auch Tatfrage)
- Begriff 36, 64, 348 f.
- Entscheidungserheblichkeit 33 f., 58, 65, 97, 112, 194 ff.
- generelle Tatsachen 383
- Klärungsbedürftigkeit 58
- Klärungsfähigkeit 58
- Parteidisposition über 312 ff., 321 ff.
- präjudizielles Rechtsverhältnis 322
- revisionsrichterliche Prüfung 83 f., 376, 433
- Verallgemeinerungsfähigkeit 20, 57
- Rechtsgespräch s. rechtliches Gehör
- Rechtshilfe in Strafsachen
- Richtervorlage 42 f.
- Rechtskraft 9, 120, 141, 227, 231, 234, 279
- Rechtskrafterstreckung 228
- Rechtsmißbrauch s. Arglist, prozessuale
- Rechtsmittel 52 ff., 72 ff. (s. auch Revisibilität, Revisionsinstanz)
- Annahmerevision 54, 434
- Ausschuß 25
- Bindungswirkung der Zulassung 53 f.
- Divergenzberufung 38, 59 f., 478
- Divergenzbeschwerde 62 f.
- Divergenzrevision 61 f.
- Gesetzlicher Richter und Handlungsermessens 182 f.
- Grundsatzberufung 52 ff.
- Grundsatzbeschwerde 55 f.
- Grundsatzrevision 54 f.
- Mangel im Verfahren 74
- Nichtzulassung als Verfassungsverstoß 180 ff.
- Nichtzulassungsbeschwerde 54, 60, 73, 146, 180 f.
- Sprungrevision 30, 55, 62, 268
- Streitwertrevision 54
- Zulassungsvoraussetzungen 25, 53, 54, 61 f., 65 ff., 72 f.
- zur Fortbildung des Rechts 66 ff., 77, 434
- zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung 69 f., 77
- Zuständigkeitsverlagerung 24
- Rechtsmittelrecht 15
- Antragsgrundsatz 72, 287
- Leitideen 76 f.
- Reduktion der Parteiherrschaft 72 f.
- Rechtsmittelzulassung und überindividuelles Interesse 73 f.
- Verfahrensprivilegierung 81 ff., 85, 177, 213 f.
- Rechtsmittelrücknahme 248 f., 250 f.
- Rechtsneubildung
- Bedeutung für die Gesamtrechtsordnung 146 f.
- bei Divergenzvorlagen 36, 144
- Rechtsanwendungsgleichheit 80, 144
- volles rechtstatsächliches Beweismaß 430 f.
- Vorlagerechte 48, 429, 478
- wirtschaftliche Betrachtungsweise 147
- Rechtsnorm
- als Entscheidungsprogramm 127
- Rechtsordnung
- Geschlossenheitsfiktion 152 ff.

- Rechtspflege-Entlastungsgesetz 19
 - Entwurf 67, 69, 83ff.
- Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz 23, 38, 94f., 105
- Rechtsschöpfung s. Rechtsfortbildung
- Rechtsschutzbedürfnis 75, 282f., 483
 - als Sachurteilsvoraussetzung 240f.
 - Scheinprozeß 317, 318f.
 - und Dispositionsmaxime 241
- Rechtsprechung, höchstrichterliche (s. auch Präjudizien)
 - Haftung bei anwaltlicher Unkenntnis 6f., 190
 - instanzrichterliche Bindung 6
 - Rechtsprechungsänderung, rückwirkende 194, 279
 - und Rechtspraxis 6f.
- Rechtsprechungsdivergenz
 - Begriff der „Abweichung“ 63f., 96f., 109f.
 - methodische Unvermeidbarkeit 143f.
 - Rechtsmittelzulässigkeit 59ff., 77, 79f.
 - und Rechtsfortbildung 36, 429
 - verfassungsrechtliche 36
 - Verhältnis zur Rechtsgrundsätzlichkeit 78ff.
 - Vorlagepflichten 32ff., 43, 429, 478
- Rechtssicherheit
 - und Instanzenzug 27ff.
 - und Rechtseinheit 107ff.
 - unterlassene Vorlage 179f.
- Rechtsstaatsprinzip
 - Gesetzlicher Richter 176f.
 - rechtliches Gehör 291
 - Rechtsverweigerungsverbot 173ff.
- Rechtstatsachenforschung 361
- Rechtsumbildung
 - rechtstatsächliche Wahrscheinlichkeit 432
 - Vorlagepflichten 48, 429, 478
- Rechtsverweigerungsverbot 2, 46, 79f., 202f., 325, 360f., 424, 471, 477, 479
 - Aufgabe des Zivilprozesses 213ff.
 - Entscheidungszwang 169ff., 355, 480
 - Lückenlosigkeit der Rechtsordnung 154f., 480
 - Rechtsanwendungsgleichheit 175
 - Rechtsgrundlage 172ff.
 - und einstweiliger Rechtsschutz 406
- Reichsgericht
 - Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung 89f.
- Reichsjustizgesetze 89
- Reisevertragssachen 4, 190
- Revisibilität
 - Ausschluß ausländischen Rechts 81f., 478
 - Beschränkung auf die Rechtsfrage 82f., 376, 433, 478
 - Verfahrensrüge 436ff., 441, 486
 - von Rechtsfortbildungstatsachen 380f., 433ff.
- Revisionsinstanz
 - Alleinzuständigkeit bezüglich Rechtsfortbildungstatsachen 447f., 486
 - als Tatsacheninstanz 15, 28, 82, 441ff.
 - Arbeitsbelastung und Rechtsmittelzulassung 182
 - Erhebung von Rechtsfortbildungstatsachen 381f., 441ff., 486
 - Leistungsmethode 445
 - Rechtsfortbildungsvorgang, einheitlicher 444f.
 - Revisionszweck 78f., 86f., 434, 444, 478
 - Verhinderung der Entscheidung 242ff., 311, 482
- Richterrecht (s. auch Ersatzgesetzgebung, Rechtsfortbildung)
 - aufgrund soziologischer Vermutung 334
 - fehlende Tatsachengrundlage 334
 - Gefahr der Verkrustung 5
 - Gründe 8
 - legislative Korrektur 198f.
 - Rechtsanwendungsgleichheit 77
 - Rechtsquellencharakter 146
 - Vertrauensschutz 5, 164, 194
 - Wesentlichkeitstheorie 201ff.
- Richtlinienentscheidungen 3f., 330, 331f.
- Sachverhalt s. Tatbestand
- Säumnis 165, 234
 - beiderseitige 251
 - im Rechtsmittelverfahren 249f.
 - Versäumnisurteil 131, 249, 262, 401f.
- Schätzung, richterliche 426, 427
- Scheinpräjudizien 319ff.
- Scheinprozeß 316ff., 483
- soziale Wirklichkeit
 - Grenzen der Aufklärbarkeit 337ff.
 - politische Entscheidung 338f.
- Sozialgerichtsbarkeit
 - Funktion 331
- Staat
 - als Prozeßpartei 260f.
- Staatsanwaltschaft
 - Befugnisse im Nationalsozialismus 2,
 - Ehe- und Familiensachen 72, 221, 260, 303

- Statuarrecht 389ff.
- Stufenbau, gerichtlicher 19ff., 116f.
- Subsumtion
 - Subsumtionsmodell, zivilprozessuales 13, 49, 265
- Subsumtionstatsachen 285
- Tabellarrechtsprechung 4, 189f.
- Tatbestand, zivilprozessualer
 - Herrschaft der Parteien 312f.
- Tatbestandsabschwächung, materielle 426, 428
- Tatfrage (s. auch Rechtsfrage) 36, 433
- Begriff 348f.
- Tatsachen (s. auch Rechtsfortbildungstatsachen)
 - allgemeinkundige 376
 - gerichtskundige 376
 - offenkundige 315, 376
- Überraschungsentscheidung 297, 298f., 483
- Unabhängigkeit, richterliche 10, 163, 227
- Unterhaltssachen
 - (Rechtsmittel)Zuständigkeit 24
 - Unterhaltsschlüssel 4, 189f., 195
- Unterlassungsanspruch 356
- Untersuchungsgrundsatz 235, 272, 319, 386, 388, 392f., 485
- Urteil
 - Begründungspflicht 130f.
 - Entscheidungsgründe 49
 - Inhalt 130f.
- Veränderung der Rechtsfolgen
 - und Beweislast 426, 428
- Verbandsklage s. Verbraucherprozeßrecht
- Verbraucherprozeßrecht 221f., 263ff., 394f., 482
 - Antragsbindung 266f.
 - Beibringungsgrundsatz 264f., 394ff.
 - Beschwer 266
 - Beweislast 396f.
 - Dispositionsmaxime 264f., 288, 309f.
 - Kosten 457f.
 - staatliche Klagebefugnis 265
 - Verbandsklage 160, 162, 221f., 225f., 228, 263f., 297f., 303, 481
 - Verfahrenskonzentration 21
 - Zuständigkeitsverlagerung 23
- Verfahren, gerichtliches s. Prozeß
- Verfahren, normativ privilegiertes 81ff., 85, 177, 213f., 230f., 286f., 383, 429, 433, 478
 - Kenntnis der Parteien 279f.
 - öffentliches Interesse 85, 212, 276ff., 478
 - rechtliches Gehör 299f.
 - und Dispositionsmaxime 243, 245f., 276
- Verfahrensgrundsätze s. Prozeßmaximen
- Verfahrenskonzentration 21ff., 69
- Verfahrensrecht s. Prozeßrecht
- Verfassungsgerichtsprozeß 36f., 369f.
 - Beweislast 422f.
 - Hearing 370
 - eingeschränkte Officialmaxime 270f.
 - Erhebung von Rechtsstatsachen 370f., 415
 - Kosten 458ff.
 - Normenkontrollverfahren 37, 270
 - öffentliches Interesse 270, 272
 - Organstreitverfahren 270
 - prozessuale Überholung 269ff., 288
 - Untersuchungsmaxime 370f.
- Verfassungsverständnis, zeitgemäßes 210f.
- Verhandlungsanspruch
 - zwischen Tarifparteien 171f.
- Verhandlungsgrundsatz s. Beibringungsgrundsatz
- Verkehrsanschauung 348
- Veröffentlichung
 - von Gerichtsentscheidungen 160
- Vertrauensschutz
 - durch Richterrecht 5, 164, 194
 - Rechtsirrtum 7
- Vertreter des öffentlichen Interesses 43, 271, 303
- Verwaltungsprozeßordnung 93f.
- Verzicht 131, 247, 261, 309
 - Kosten 284
 - Musterprozeß 268f.
 - Sachentscheidung 248
 - Verzichts Urteil 234, 247f.
- Vorlagerechte und -pflichten (s. auch Gemeinsamer Senat, Großer Senat, Rechtseinheit)
 - Anfrageverfahren 97f., 189, 194, 479
 - Einfluß der Parteien 47, 49, 103, 287, 478
 - Entscheidungserheblichkeit 33f., 37, 44, 49, 97, 112, 194ff., 255ff.
 - externe 15, 32ff., 48ff., 107ff., 254ff., 279, 477 f.
 - im europäischen Verfahrensrecht 45ff.
 - interne 15, 32, 88ff., 254ff., 279f.
 - Nichtvorlage als Verfassungsverstoß 177ff.
 - prozessuale Überholung 254ff.

- und Individualinteresse 32, 75f.
- und Rechtsgestaltung 49, 98ff., 113ff.
- Verfahrensprivilegierung 119ff.
- verfassungsrechtliche 36f.
- wegen Divergenz 2, 32ff., 96ff., 100
- wegen grundsätzlicher Bedeutung 39, 43, 98ff., 183ff., 195

- Wahrheit
 - zivilprozessuale (fiktive, formale) 132f., 159, 312
- Wahrheitspflicht, zivilprozessuale 317
 - und einverständlicher Parteivortrag 314ff.
- Wehrverfahrensrecht
 - Recht zur Vorlage 44f.
- Weiterbeschäftigungsanspruch, arbeitsvertraglicher 335
- Wertung, richterliche 355ff.
 - als Dezisionismus 357f.
- Wesentlichkeitstheorie, bundesverfassungsgerichtliche 199ff., 338, 481
- Wettbewerbsprozeß
 - Demoskopie 413, 416, 464
 - einstweiliger Rechtsschutz 404
 - Feststellung einer Verkehrsauffassung 413f.
 - Kosten 464, 470
- Zuständigkeit, gerichtliche
 - bei grundsätzlicher Bedeutung 19ff.
 - der Kammer 19ff.
 - Gesetzlicher Richter 177
 - parteiautonome Abreden 29f.
 - und Rechtsfortbildung 19ff.
- Zuständigkeitsverlagerung 23ff.
 - externe Vorlage 36
- Zwang zur Klage 233, 260f.
- Zweiparteienprinzip
 - im Zivilprozeß 9
- Zwischenverfahren
 - externe Vorlage 36, 189
 - interne Vorlage 101, 189
 - Kosten 461f.
 - prozessuale Überholung 254ff., 479
 - Rechtssatzbildung 185f.