

FLORIAN LOYAL

Ungeschriebene
Korrekturinstrumente
im Zivilprozeßrecht

Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen

Mohr Siebeck

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen

Band 125



Florian Loyal

Ungeschriebene
Korrekturinstrumente
im Zivilprozeßrecht

Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben

Mohr Siebeck

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

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

DOI 10.1628/978-3-16-156074-3

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

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany

Für Sarah, Malin und Henna

Vorwort

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

Tübingen, im Juli 2017

Florian Loyal

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis XXV

Einleitung 1

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

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

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

§ 3. Skizzen zur Begriffs- und Dogmengeschichte 57

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

§ 4. Abgrenzung zwischen Generalklauseln und gleichnamigen
konkreten Normen 83

§ 5. Dogmatische und methodische Kritik ungeschriebener
Generalklauseln 89

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

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

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

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

Teil 4: Analyse und Kritik einzelner Regelbildungen

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1

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

§ 1. Gegenstand der Untersuchung – Konstitution von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . .	9
I. Empirische Positivität der Regelungen als Ausgangspunkt der Untersuchung	9
II. Empirisch-normative Dialektik ungeschriebener Normen . .	12
§ 2. Empirische Begriffe Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht	15
I. Treu und Glauben im Prozeßrecht	15
1. Treu und Glauben	16
a) Gesetzliche Regelung im BGB und heutiger Anwendungsbereich	16
b) Struktur, Inhalt und Funktion der Regelung von Treu und Glauben	18
aa) Sprachliche Bedeutung des Begriffsnamens	19
bb) Strukturelle Grenzen gängiger „Konkretisierungen“	19
cc) Offenheit als Zweck der Generalklausel	21
dd) Umfassende Anwendbarkeit und umfassender Gehalt	22
2. Struktur, Inhalt und Funktion der Regelung von Treu und Glauben im Prozeßrecht	26
3. Deontisches Vorverständnis von Treu und Glauben im Prozeßrecht	26

II.	Rechtsschutzbedürfnis	29
1.	Normtext des Rechtsschutzbedürfnisses – sprachliche Konstitution ungeschriebener Regelungen	29
2.	Begriffsexension und vorläufige intentionale Interpretation – Anwendungsmuster des Rechtsschutz- bedürfnisses	34
a)	Nutzenkontrolle	34
b)	Erforderlichkeitskontrolle	35
c)	Verhältnismäßigkeits- und Effizienzkontrolle – Auflösung von Rechtsschutzkonkurrenzen	36
d)	Deontische Verhaltens- und Motivkontrolle	37
e)	Objektive Ordnungsgesichtspunkte des Prozeßrechts	38
3.	Allgemeiner Begriff Rechtsschutzbedürfnis	41
a)	Keine einheitlichen Wertungsgrundlagen und Regelungsstrukturen	41
b)	Sprachliche Bedeutung des Begriffsnamens als Ausgangspunkt	41
c)	Rechtsschutzbedürfnis als Verweisungsbegriff	43
III.	Überschneidungen zwischen Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis	44
IV.	Form der Regelungen	47
V.	Zusammenfassende Einordnung der Funktion und Struktur	51
VI.	Folgerungen für die Rechtsvergleichung	54
§ 3.	Skizzen zur Begriffs- und Dogmengeschichte	57
I.	Gesetzesmaterialien	58
1.	Rechtsschutzbedürfnis	58
2.	Treu und Glauben	59
II.	Ideengeschichtliche Gründe für das Fehlen der Regelungen in der ZPO	61
III.	Wandlung der Begriffe und ihrer Anwendung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	63
1.	Rechtsschutzbedürfnis	63
2.	Treu und Glauben	70
IV.	Rechtsschutzbedürfnis als Ausdruck totalitärer Ideologien?	71
V.	Vom wissenschaftlichen Begriff zur Norm in der Lehre vom Rechtsschutzanspruch	76
VI.	Allgemeine Wandlungen der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisses	78

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

§ 4. Abgrenzung zwischen Generalklauseln und gleichnamigen konkreten Normen	83
I. Keine inhaltliche Argumentation für und gegen die Generalklausel	84
II. Kritik an Unbestimmtheit und Vielgestaltigkeit von Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis	86
III. Mehrdeutigkeit der „Einheit der Rechtsordnung“	87
§ 5. Dogmatische und methodische Kritik ungeschriebener Generalklauseln	89
I. Keine inhaltliche Deduktion aus den Generalklauseln	89
II. Keine sinnvolle dogmatische Funktion der ungeschriebenen Generalklauseln	91
III. Ungeschriebene Generalklauseln als Ursache unzureichender Diskussionen	92
IV. Ursprüngliche gesetzespositivistische Funktion der Generalklausel – Entbehrlichkeit ungeschriebener Generalklauseln	93
V. Dogmatische Verselbständigung und unbefriedigende Entscheidungen	96
VI. Überschießende Konstitution von Generalklauseln	97
VII. Methodische Begründung ungeschriebener Generalklauseln	98
1. Gewohnheitsrechtliche Begründung ungeschriebener Generalklauseln	99
2. Planwidrige Regelungslücke – Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben als Regelung von Ausnahmen	101
3. Methodische Erfassung der extensiven Anwendung des § 242 BGB	102
4. Induktionen und Analogien	105
a) Konkrete Regelungen und allgemeiner Begriff	106
b) Schlüsse von konkreten Regelungen auf die Zulässigkeit bestimmter Regelungs- und Wertungstypen	107
c) Besondere Regelungen des „rechtlichen Interesses“ in der ZPO	107
aa) Analogie oder Umkehrschluß?	108
bb) Begründung einer Generalklausel durch Analogie zu Vorschriften mit begrenztem Anwendungsbereich	110

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

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

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

d) Nachteile der Regelungen Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht	142
2. Nachteile des Gegners	143
§ 7. Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht	145
I. Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht	146
1. Ausgangspunkt: Gegenstand des materiellen Rechts	146
2. Irrelevanz des umstrittenen Prozeßzwecks für die Abgrenzungsfrage	147
3. Vom materiellrechtlichen „Sollen“ zum prozessualen „Sein“ – funktionaler Bezug des Prozeßrechts zum materiellen Recht	148
4. Die besondere dogmatische Funktion und Struktur des Prozeßrechts in Abgrenzung zum materiellen Recht – Zuordnung von subjektiven Rechten und Pflichten zum materiellen Recht	149
5. Prozeßrecht als öffentliches Recht	152
6. Prozeßrecht als verfahrensbezogene Handlungsanweisung an das Gericht	153
II. Zuordnung der Regelungen zum Prozeßrecht oder materiellen Recht – Abgrenzung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit	153
1. Systematische Neutralität der Zwecke und Wertungsgrundlagen	156
2. Bezug zum im Prozeß geltend gemachten („streitgegenständlichen“) materiellen Recht	157
a) Allgemeiner materiellrechtlicher Bezug des Rechtsschutzgrundes und der §§ 256 I, 259 ZPO	157
b) Rechtsschutzbedürfnis	162
3. Rechtsschutzbedürfnis als Teil der Sachprüfung und -entscheidung	163
4. Doppelfunktionale Betrachtung des „Rechtsmißbrauchs“	165
5. Dogmatische Unterordnung des Prozeßrechts unter das materielle Recht?	171
6. Sachgründe für die Auflösung der Konkurrenz	171
a) Streng- oder Freibeweisverfahren	172
b) Unterschiedliche Reichweite der Rechtskraft	172
aa) Sperrwirkung	172
bb) Präjudizielle Wirkung	173

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

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

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

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

Teil 4: Analyse und Kritik einzelner Regelbildungen

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

VIII. Subjektiver „Rechtsmißbrauch“ und generelle Gesetzeskorrektur	308
1. „Mißbräuchliche“ Richterablehnung	309
2. „Scheinprozesse“	310
3. „Mißbräuchliche“ Anfechtungsklagen	312
4. „Mißbräuchliche“ Gerichtsstandswahl	313
5. „Erschleichung“ der Zuständigkeit nach § 23 ZPO	314
§ 11. Geschützte Rechtsschutzinteressen und Statthaftigkeit der Verfahren – „Nützlichkeit“ des Verfahrens	317
I. Regelung der geschützten Rechtsschutzinteressen	317
1. Grundsatz: Regelung der geschützten Interessen durch das materielle Recht	317
2. Rechtsschutzbegründung durch das Feststellungsinteresse	318
II. „Nutzlosigkeit“ des Verfahrens und ihre dogmatische Erfassung	321
§ 12. Rechtlich angestrebte Rechtsschutzwirkungen – „Erforderlichkeit“ des Verfahrens	325
I. Rechtlich angestrebte Rechtsschutzwirkungen am Beispiel eines bestehenden Vollstreckungstitels	326
1. Rechtskraft als rechtlich angestrebtes Ziel des Prozesses . .	327
2. Konkrete Erforderlichkeit der Rechtskraft	328
3. Wertung des § 256 I ZPO – Subsidiarität der Feststellungsklage?	329
4. Darlegungs- und Beweislast – Ungleichbehandlung von Vollstreckbarkeit und Rechtskraft	330
5. Wertungswidersprüche zur fehlenden Vollstreckungsmöglichkeit	331
6. Probleme einer Einzelfallbetrachtung	334
7. Interessen des Beklagten	336
8. Interessen der Allgemeinheit	337
II. Außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten	339
1. Selbsthilfe	339
2. Verwertbare Sicherheiten	340
3. Aufrechnung	341
III. Regelung der Konkurrenz materieller Rechte durch die „Erforderlichkeit“ des Rechtsschutzes	342
§ 13. Verhältnismäßigkeit und Effizienz des Verfahrens – Rechtsschutzkonkurrenzen	345
I. Bedeutung der Abstraktionshöhe der Norm	347
II. Vorrang des Gesetzes bei Rechtsschutzkonkurrenzen	348

1. Ergänzende Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses	348
2. Axiomatische Verselbständigung des Rechtsschutzbedürfnisses	349
3. Grenzen formaler Konkurrenzregeln am Beispiel der Spezialität	350
4. Grenzen der Auslegung und deren Abgrenzung vom Rechtsschutzbedürfnis	351
5. Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB	353
6. Grundsätzliche Wahlfreiheit als objektive Konkurrenzregel – Erheblichkeitsschwelle für die Anwendung der Generalklausel	354
7. Weitergehende methodische Bedenken gegen eine Regelung von Rechtsbehelfskonkurrenzen durch das Rechtsschutzbedürfnis	356
a) Rechtsbehelfskonkurrenz als gesetzlicher Normalfall – Ausnahmefunktion des Rechtsschutzbedürfnisses	356
b) Rechtsschutzbedürfnis und (hypothetischer) Wille des Gesetzgebers	357
III. Probleme eines Effizienzvergleichs	357
1. Bestimmung des konkreten Rechtsschutzziels	357
a) Vom Prozeßantrag verschiedene Endziele	358
b) Vermengung von materiellem Recht und Prozeßrecht	360
c) Schwierigkeiten der Bestimmung des Rechtsschutzziels unabhängig vom konkreten Antrag – Unterstellungen und Bevormundung	364
2. Vergleich der Wirkungen der Verfahren	366
a) Abstrakt-normative Unmöglichkeit eines Effizienzvergleichs von Rechtsbehelfen	366
b) Unbestimmte Wertungsbegriffe in Rechtsprechung und Literatur	367
c) Vollstreckungsfähigkeit und Rechtskraft	368
d) Abstriche bei Aufklärung und Kompetenz	369
aa) Unterschiede in der zur Prüfung und Entscheidung berufenen Person	370
bb) Unterschiede im Prüfungsumfang	370
e) Billigung der geringeren Verfahrenswirkungen durch den Gesetzgeber?	371
3. Prognose über den konkreten Rechtsschutzbedarf	372
a) Prognose über den wahrscheinlichen Rechtsschutzbedarf im konkreten Fall	372
b) Keine Nachteile der Allgemeinheit durch die Sachprüfung bei klarer Tatsachen- und Rechtslage	373

c)	Obliegenheit des Gegners zum Anerkenntnis bei klarer Tatsachen- und Rechtslage	375
4.	Unklare und problematische Kriterien für die Effizienzbewertung	376
a)	Effizienzkriterien und materieller Geltungsgrund	377
aa)	„Billiger“	378
bb)	„Einfacher“	379
cc)	„Schneller“	380
b)	Unterschiedliche Bedeutung der Kriterien für die verschiedenen Schutzobjekte	381
c)	Maßstab der Verhältnismäßigkeit	381
5.	Effizienzvergleich zwischen Prozeßabweisung und Durchführung des Verfahrens	381
IV.	De minimis non curat praetor	382
§ 14.	Regelbildungen unter Treu und Glauben im Prozeßrecht	387
I.	Gegenstand von „Rechtsmißbrauch“ und „Verwirkung“ im Prozeßrecht	387
II.	Treu und Glauben als Grundlage von Verhaltenspflichten	392
III.	„Verbot“ oder „Unmöglichkeit“, sich auf Umstände und Verfahrensrecht zu „berufen“	394
IV.	Allgemeinere Regelungen unter Treu und Glauben	395
1.	„Verbot widersprüchlichen Verhaltens“ am Beispiel der „Pingpong-Einrede“	396
2.	Vertrauensschutz	401
a)	Änderung und Rücknahme von Prozeßhandlungen – Gesetz, Vertrauen und Vertrauensschutz	402
b)	Rechtsinformationen und Tatsachenaussagen	403
c)	Vorrang des Prozeßvertrags	404
d)	Prozeßrecht als Regelung des Streits und Mißtrauens	405
e)	Vertrauensschutz gegenüber dem Gericht	406
V.	Konkrete Regeln unter Treu und Glauben	406
1.	„Arglistig“ herbeigeführter Rechtsmittelverzicht	407
2.	„Rechtsmißbräuchlich“ beantragte öffentliche Zustellung	408
3.	Materiellrechtliche Lage und formelle Vollstreckungs- voraussetzungen	409
4.	Prozeßverträge	411
5.	„Rechtsmißbräuchliche“ Kostenfestsetzungsanträge	413
6.	„Treuwidrige“ Geltendmachung der Formwidrigkeit eines Prozeßvergleichs	416
VI.	Zusammenfassende Bewertung	417

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

b) Verweisung gemäß § 281 ZPO analog	447
4. Zusammenfassende Erwägungen zur Dogmenbildung beim Rechtsschutzbedürfnis	448
III. Rechtsmittel wegen fehlerhafter Anwendung ungeschriebener Korrekturinstrumente	449
1. Fehler bei der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisses als rechtsmittelbewehrte Verfahrensfehler	449
2. Zweckwidrige Wirkungen im Rechtsmittelverfahren	450
3. Beschränkung der Rechtsmittel	451
§ 16. Fazit und Zusammenfassung	453
I. Allgemeine Schlußbemerkungen	453
II. Zusammenfassung der Einzelergebnisse	458
Literaturverzeichnis	465
Stichwortverzeichnis	487

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

Einleitung

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

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

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

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

³ Zum Anwendungsbereich näher unter § 2.II.

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

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

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

⁴ Hierzu unter § 1.

⁵ Hierzu etwa unter § 5.VII und § 8.

⁶ Näher hierzu unter § 4.

⁷ Hierzu etwa unter § 2.I (Treu und Glauben) und § 2.II.3 (Rechtsschutzbedürfnis).

⁸ Hierzu unter § 5.IV.

⁹ Hierzu etwa unter § 5.VIII.

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

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

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

¹⁰ Hierzu unter § 5.

¹¹ Näher hierzu unter § 6.

¹² Hierzu unter § 6.III.

¹³ Hierzu unter § 6.VIII.1.a).

¹⁴ Näher hierzu etwa unter § 6.VI.

¹⁵ Hierzu unter § 7.

¹⁶ Hierzu unter § 8.

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

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

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

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

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

¹⁷ Näher hierzu unter § 9.

¹⁸ Hierzu unter §§ 10 ff.

¹⁹ Hierzu unter § 15.

²⁰ Hierzu unter § 2.III.

Frage, ob Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben gültige Vorschriften des Zivilprozeßrechts sind, zu pauschal gestellt. Man kann nämlich die mit diesen Ausdrücken bezeichneten Generalklauseln als solche – etwa aus methodischen Gründen – ablehnen und dennoch die ihnen zugeordneten speziellen Normen („Konkretisierungen“) akzeptieren. Generell gelten für diese beiden Normgruppen ganz unterschiedliche methodische, dogmatische und sachliche Erwägungen. Ein wesentliches Ziel dieser Untersuchung ist es deshalb, zunächst die scheinbaren Einheiten, Selbstverständlichkeiten und vorschnellen Pauschalierungen im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzbedürfnis und mit Treu und Glauben im Prozeßrecht aufzubrechen. Erst dann ist es möglich, die richtigen Fragen im richtigen Zusammenhang zu stellen. Der thematische und methodische Bogen, den diese Untersuchung dabei spannt, ist weit. Er reicht von der empirisch-historischen Begriffs- und Normbestimmung²¹ über die rechtstheoretische Analyse und Kritik der ungeschriebenen Generalklauseln²² bis zur Erörterung der sachlichen Grundlagen und der Dogmatik der speziellen Vorschriften²³. Dennoch kann hier keine Vollständigkeit erreicht werden. Das gilt insbesondere für die historische Betrachtung, die Probleme der außergesetzlichen Rechtsfindung und die uferlose Kasuistik.

²¹ Teil 1.

²² Teil 2.

²³ Teile 3–4.

Teil 1

Empirische Gestalt der Regelungen Rechtsschutzbedürfnis
und Treu und Glauben im Prozeßrecht

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

I. Empirische Positivität der Regelungen als Ausgangspunkt der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Stichwortverzeichnis

- Abstammungsklage 75
actio 77, 147, 158; *siehe auch* Aktienrecht
actio nata 76, 161
aequitas 61
Akteneinsicht 58, 108–110
Aktienrecht 68; *siehe auch* actio
Allgemeininteresse 46f., 72–74, 128,
136–143, 191f., 210f., 215f., 254, 257f.,
261–263, 265, 269, 299, 337–339,
425–428, 439–442
Amtsprüfung 32, 123, 127, 171, 257–259,
310f., 419–428
Anerkenntnis 267–270, 310f., 328,
336–338, 375f., 441, 446
Anfechtung 15, 252, 407f.
Anfechtungsgesetz 310–312
Anfechtungsklage, aktienrechtliche 145,
167, 170, 295, 312f., 447
Ankerklage 186f.
Anwaltsprozeß 258
Arbeitsgerichtsverfahren 168
Arglistinrede 27, 57, 71, 395, 409, 412;
siehe auch exceptio doli
Aufgebotsverfahren 360, 364
Aufrechnung 341f.
Aufwertungsrechtsprechung 74, 244
Auslegung 17, 24, 34, 49, 62, 69, 74, 79,
89, 104, 113f., 122, 208, 245, 280, 287,
348–353, 355–357
– historische, *siehe* Entstehungsgeschichte
– objektive 103f., 122
– ~sverbot 62
– teleologische, *siehe* Normzweck
– Wortlautgrenze 10, 30
Außentheorie 387, 421

Bagatellgrenze 222, 346f., 382–386
Bagatellverfahren 18, 347
Bedingung 181

Befangenheit, *siehe* Richterablehnung
Begriffsjurisprudenz 74
Begründetheit 32, 38, 40f., 55, 97, 155,
162–165, 171f., 198f., 304–306, 309,
323, 373f., 435–441
Beibringungsgrundsatz 73
Beschwer 108, 248, 250
Bestimmtheitsgebot 90
Bestimmungskauf 36
Beweis
– Frei~ 172
– ~last 32, 301, 330f., 333, 351, 373, 375,
400, 404
– ~mittel, rechtswidrig erlangtes 106,
134–136, 226, 228–231
– Streng~ 172
– ~verfahren, selbständiges 58, 108–110
bona fides 59–61, 63, 74, 420f.
Brüssel Ia-Verordnung, *siehe* EuGVVO
Bucheinsicht 359–361, 365

Darlegungslast 32, 67, 330f., 333, 351,
373, 375, 400, 404
De minimis non curat praetor 382–386
Definition 20
– explikative 14
– extensionale 20, 34, 83, 90f.
– intentionale 20f., 34, 83
– nominale 19
– stipulative 13, 20, 42, 91
Deliktsrecht 17, 23, 98, 129, 145, 150–152,
168, 170, 174, 208f., 213f., 224, 226,
228, 230f., 235, 237, 239, 247, 251, 257,
394, 411
Deontologie 26–29, 35, 37f., 44, 46, 73f.,
107, 130–133, 182, 243, 277, 301, 307f.,
395
Dezision 99, 102, 104, 136, 175, 177
Didaktik 92
Dienstvertrag 332f., 362f.

- Dogmatik 10, 51, 77, 91–93, 175 f., 201, 204, 418, 448 f.
- dolus praesens 132, 165–174
- dolus praeteritus 132, 168
- Drittwiderrspruchsklage 40, 228, 320–322, 409–411
- Effizienz 36 f., 178 f., 199, 222 f., 250, 254, 256, 345–382; *siehe auch* Verhältnismäßigkeit
- Ehe 75, 333
- Eigentumsgarantie 234 f.
- Einlassungslast 143 f., 203
- Einzelfallgerechtigkeit 22 f., 215, 251, 254–256, 428, 447
- Entscheidungsbegründung 91 f., 97 f.
- Entstehungsgeschichte
- Rechtsschutzbedürfnis 57–59, 61–69, 71–79, 101 f.
 - Treu und Glauben 17, 27, 57, 59–63, 70 f., 101–103, 180 f., 207
- Erforderlichkeit des Verfahrens 35 f., 43, 200, 213 f., 238 f., 267, 277, 279 f., 325–343
- Erkenntniskritik 89 f.
- Erledigungserklärung, beidseitige 252
- Ethik, *siehe* Deontologie *und* Konsequentialismus
- EuGVVO 186 f., 255, 313, 462
- Europarecht 23, 239 f., 455
- exceptio doli 15, 17, 60 f., 63, 180 f., 387, 413, 420 f.; *siehe auch* Arglistenrede
- Exterritorialität 171, 231, 318, 320, 362, 383
- Fallgruppen, *siehe* Generalklausel, Konkretisierung *und* Treu und Glauben, Konkretisierung
- Fälligkeit 111 f., 160
- Fallnorm 10, 97, 119, 396
- Feststellungsinteresse, *siehe* Feststellungsklage
- Feststellungsklage 58, 64, 67 f., 108–112, 158, 160–162, 171, 177, 228, 268 f., 318–320, 329 f., 334, 372, 378, 380, 382, 431, 436, 450 f.
- Folgenbetrachtung, *siehe* Konsequentialismus
- Förmlichkeit des Verfahrens 117, 241 f., 251, 264, 266
- Formvorschrift 86, 255, 388, 395, 416 f.
- forum non conveniens 86, 134, 278, 281–283, 287
- forum shopping 186, 278, 286, 297 f., 300
- Freirechtsschule 94
- Frist 216, 255, 276, 336, 391, 451
- Funktionswandel 63–71, 78 f., 104
- Geistesgeschichte 61–63
- Gemeinwohl, *siehe* Allgemeininteresse
- Generalklausel 11, 16–18, 26, 29, 41, 50 f., 53–55, 62 f., 69, 74, 77 f., 83–118, 175, 178, 180, 182 f., 209, 235 f., 244–247, 286, 355 f., 363
- Konkretisierung 11, 19–22, 26, 83 f., 87, 89 f., 96, 119, 249, 253, 286, 291–417
- Gerichtsgebühren 126, 137 f., 261, 263, 378 f., 444 f., 447; *siehe auch* Prozesskostenlast
- Gerichtsstand 70 f., 183–188, 252, 256
- deliktischer 185 f., 300, 313
 - des Vermögens 134 f., 184 f., 313–315
 - des Vertrags 185
 - dinglicher 185
 - Erschleichen 183, 197, 293 f., 307, 314 f.
 - Miet- oder Pachträume 185
 - Wahl 186, 278, 284, 286, 293, 297, 306 f., 313 f., 426
- Geschäftsfähigkeit 156, 183, 256 f.
- Geschäftsgrundlage 358–361, 363, 365, 421
- Gesetzesauslegung, *siehe* Auslegung
- Gesetzeskorrektur, *siehe* Rechtsfortbildung
- Gesetzeslücke, *siehe* Regelungslücke
- Gesetzestext, *siehe* Normtext
- Gesetzesumgehung 183
- Gesetzgebung 24 f., 33, 52 f., 100, 110 f.
- Gestaltungsklage 112
- Gewohnheitsrecht 12, 30, 99–101, 103, 285, 289
- Gläubigerbenachteiligung 294, 302, 310–312
- Grundbuchberichtigung 68, 79, 346, 357, 360 f., 369, 371–376
- Grundrechte 219–221, 234 f.; *siehe auch* Justizgewähranspruch *und* Richter, gesetzlicher
- Hypothekenbrief 69

- Ideengeschichte 61
 Ideologie 71–76
 Individualismus 61, 191
 Induktion 105–107
 Innentheorie 181, 241, 387, 421
 Interesse, öffentliches, *siehe* Allgemeininteresse
 Interessenabwägung 24f.
- Justizgewähranspruch 125, 191, 195, 203, 217f., 270–277, 383, 389–391
- Kalumnieneide 57
 Klage
 – auf künftige Leistung 58, 108, 111f., 158, 160, 177
 – ~änderung 402
 – ~befugnis, *siehe* Prozeßführungsbe-
 fugnis
 – ~recht, materielles 148, 158, 194
 – ~rücknahme 71, 252, 346, 360, 363f.,
 371f., 375, 378f., 396f., 402
 Klauselklage 346, 372
 Kodifikation 30, 52, 93–96
 Konkurrenz, *siehe* Rechtsschutzkonkur-
 renz
 Konsequentialismus 27, 35f., 46, 73f.,
 126f., 130–132, 293, 300, 307f.
 Kostenfestsetzung 346, 355, 370, 413–416
- Legalismus 61, 93–95, 101, 103, 113
 Leistungsbestimmung 342f., 353f.
 Liberalismus 61–63, 71f., 191
- Mahnverfahren 451
 Methodik 12, 27, 93–95, 98–118,
 193–196, 245, 356f., 418
 Mieterhöhung 234
 Mietnomaden 140f.
 Moral 28, 73, 107, 308
 Motivkontrolle 37f., 44, 69, 73–75,
 130–133, 182, 293–315, 447
 Mutwilligkeit 75, 108
- Nachlaßpfleger 360, 364
 Nationalsozialismus 71–76
 Nebenintervention 58, 64, 108–112, 232
 Nichtbestreiten 310–312
- Norm
 – ~konstitution 10–14, 30, 47–51, 57,
 195f.
 – positive, *siehe* Positivität
 – ~text 9f., 18f., 29–34, 53
 – ungeschriebene 10–14, 30, 47–51
 – ~zweck 12, 34, 50, 53, 121–124, 126f.,
 179–200, 246f., 296–300, 304; *siehe*
auch Prozeßzweck
 Nützlichkeit des Verfahrens 34f., 43f.,
 213, 238f., 275f., 279f., 317–323
- Pandektenwissenschaft 74
 Parteidisposition 257–260, 310f.
 Pfändung 40, 380
 Pfändungspfandrecht 228
 Pfändungsschutz 157, 171, 231, 320, 383,
 410
 Pingpong-Einrede 396–400
 Positivismus 61, 63, 70f., 74, 93–95, 105,
 108, 113, 179, 208
 Positivität 10f., 99
 – empirisch-soziale 11f., 13, 30f., 123,
 175
 Präklusion 254, 397, 402, 451
 Prävention 439f.
 Prinzip 48–51, 53, 105, 110, 178, 396, 406
 Privatstrafklage 64–67
 Prozeß
 – ~abweisung 32, 98, 114, 125f., 154,
 381f., 430f., 435–445, 447–449
 – ~fähigkeit 156, 183, 232, 256–258, 260
 – ~führungsbefugnis 158f., 248, 389, 435
 – ~grundsatz 49
 – ~hindernis, *siehe* ~voraussetzung
 – ~kostenhilfe 108
 – ~kostenlast 58f., 125f., 144, 154, 230,
 267–270, 274f., 331, 336, 375, 413–416,
 430, 437–447, 452; *siehe auch* Gerichts-
 gebühren *und* Kostenfestsetzung
 – ~leitung 117, 258, 424
 – ~ökonomie 35, 130, 178f., 199,
 221–223, 345–386
 – ~pflicht 150–155, 201–203, 394
 – ~rechtsverhältnis 71, 76, 200–214, 414,
 429; *siehe auch* Sonderverbindung
 – ~sicherheit 79, 346, 350f., 353f., 356f.,
 369–372, 374f.
 – ~standschaft, gewillkürte 67, 75, 108,
 112, 248

- ~strafe 57
- ~taktik 304
- ~vergleich 36, 40, 326, 335, 337–339, 416f.
- ~vertrag 71, 226, 404f., 411–413
- ~voraussetzung 31–33, 38, 49f., 121, 126f., 164, 420, 422, 425, 428–435, 448f.; *siehe auch* Rechtsschutzvoraussetzung
- ~zinsen 139
- ~zweck 73, 85, 147, 188–200, 221, 251, 296, 298–300, 303, 327f., 330f.

- Recht, subjektives 72, 77, 125, 132f., 146, 150–153, 191, 202f., 271, 383, 387–391
- Rechtsdogmatik, *siehe* Dogmatik
- Rechtsfortbildung 10–14, 21, 23, 27, 45, 51–54, 57, 64f., 98–118, 193–196, 241f., 245–247, 262, 286f., 349, 385f., 447f.
- Rechtsfrieden 73, 192, 216, 251, 299, 327, 331
- Rechtskraft 66, 78, 125, 172–174, 192f., 232, 248, 250f., 254, 327–332, 341f., 368f., 436
 - Durchbrechung 98, 226, 247, 251, 394
- Rechtsmißbrauch 17, 23, 27, 44–46, 53, 57, 60, 91, 96, 124f., 131–133, 155, 165–171, 180–183, 236, 238f., 241, 247, 272, 296, 308, 387–393, 395, 414–416, 435, 449; *siehe auch* dolus praesens und dolus praeteritus
- Rechtsmittel 143, 254, 321, 346, 426, 449–452
 - Rücknahme 252, 396
 - Verzicht 128f., 252f., 407, 426
- Rechtspfleger 370f., 374
- Rechtsschutzanspruch 76–78, 158, 162, 164, 189, 194f., 201, 389, 432–435, 437, 448
- Rechtsschutzkonkurrenz 36f., 43f., 79, 87, 124f., 178f., 199, 214, 222, 238f., 249f., 273–275, 280f., 284, 286–288, 345–382, 426, 439
- Rechtsschutzvoraussetzung 164, 432–435; *siehe auch* Prozeßvoraussetzung
- Rechtssicherheit 46, 51f., 62, 86f., 90f., 95, 98, 125, 173, 192f., 249, 251–253, 255, 257, 286f., 289, 327, 331
- Redlichkeitspflicht, *siehe* Treuepflicht

- Regelungslücke 57, 65, 101–104, 117, 242f., 245, 251
- Reichsgericht 35, 37, 43, 63–71, 74–76, 79
- Richter
 - ~ablehnung 128, 278, 285, 288–290, 305f., 309, 321
 - gesetzlicher 278–290
 - ~recht 113f., 209, 285–288
- Rücksichtnahmepflicht 84f., 210–212

- Sachurteilsvoraussetzung, *siehe* Prozeßvoraussetzung
- Schadensersatz 134, 140f., 150, 152, 174, 213, 231, 237, 239, 247, 290, 335, 393f., 445; *siehe auch* Deliktsrecht
- Schädigungsabsicht, *siehe* Schikane
- Scheidungsklage 75
- Scheinprozeß 294f., 302, 310–312, 328
- Schiedsverfahren 129f., 397–400
- Schikane 13, 17, 46, 57, 60, 96, 131, 165–167, 213, 226, 238, 277, 294, 301, 303f., 306–308, 382, 384f., 447, 449
- Schuldverhältnis 84, 88, 115–117, 124, 201–205, 207, 213, 233
 - vorvertragliches 208
- Selbsthilfe 148, 195, 223, 271, 339f.
- Sicherheit 340f.; *siehe auch* Prozeßsicherheit
- Sittenwidrigkeit 1, 15, 17, 98, 155, 166, 209, 213f., 221, 239, 263–265, 311, 381, 423f., 450
- Sonderverbindung 23, 201, 205–214, 236f.; *siehe auch* Prozeßrechtsverhältnis
- Sozialismus 72
- Spezialität 248–250, 348, 350
- Sprachtheorie 9f., 30, 90
- Sprechakt 11
- Staatshaushalt 137f., 261–263
- Statthaftigkeit 158, 194
- Steuerungswirkung 138
- Strafverfahren 91f., 137, 181, 224, 272, 285, 288–290, 305f.
- Streiterledigung 192, 198, 327, 374f.
- Streithelfer 110
- Streitverkündung 232
- Subsumption 32, 36, 52, 84, 89f., 96, 103, 236, 350, 377, 396

- Teilklage 304, 306

- Teleologie, *siehe* Normzweck
 Torpedoklage 186f., 255, 394
 Totalitarismus 71–76
 Trennungsdogma 224–226
 Treu und Glauben
 – Entstehungsgeschichte 17
 – im materiellen Recht 16–25
 – Konkretisierung 19–22, 235f., 387–418
 – Wortlaut 19
 Treuepflicht 392–394
 Tu-quoque-Einwand 170
- Unbestimmtheit 12, 18, 22, 31, 33, 48,
 86f., 93, 98, 100, 177, 197, 235, 282
 Unmöglichkeit der Leistung 155
 Unterlassungsanspruch 35, 38–41, 43,
 64–68, 75, 124, 126, 151, 159f., 163,
 173f., 177, 198, 213, 224, 235, 237f., 412,
 446
 Urheberrecht 314
 Urkunde, vollstreckbare 36, 326, 335,
 338f.
 Urteilsberichtigung 346, 369
- Verhaltenssteuerung 439f.
 Verhältnismäßigkeit 36f., 44, 214,
 219–221, 223, 239, 266, 345–386, 423
 Verhandlungsgrundsatz 171, 420, 427
 Versäumnisverfahren 143, 149, 168, 190,
 239, 259, 310, 404f.
 Verschleppung des Verfahrens 288, 293,
 305f.
 Versicherung, eidesstattliche 359–361,
 365
 Vertragsanbahnung 208
 Vertragsstrafe 360
 Vertrauensschutz 46, 49, 128, 213, 216,
 252–254, 261, 390f., 395f., 399,
 401–406, 408
 Vertretung, gesetzliche 257f.
 Verwaltungsprozeß 217, 289, 318, 321,
 323
- Verweisung 447f.
 Verwirkung 47, 83, 85, 216, 235f.,
 388–391, 395f., 401
 Verzögerung des Verfahrens 137, 139f.,
 156, 254, 274, 290, 301
 Verzugszinsen 139f.
 Vollstreckung 35, 40, 47, 58f., 163, 302,
 346, 410f.
 – ~sabwehrklage 40, 320–323, 329, 331,
 334f., 336–338
 – ~serinnerung 58f., 321f., 346, 369, 376,
 378, 380, 382
 – ~sschutz 1, 15, 18, 47, 53, 108, 113, 143,
 213, 221, 228, 234, 263–266, 422–425
 – ~stittel 36, 78, 262, 277, 326–339, 436;
siehe auch Prozeßvergleich *und*
 Urkunde, vollstreckbare
 – ~stitelumschreibung 66–68, 79, 326,
 346, 371f.
 Vorvertrag 359, 361f., 365
- Wahrheitspflicht 73f., 106f., 142, 151,
 195, 427f.
 Wechselprozeß 70f.
 Wertrelativismus 63
 Wettbewerbsrecht 170, 278, 294, 297, 313
 Widerspruchsverbot 129, 229, 233, 235f.,
 259, 395–401, 412
 Wiederaufnahme 98, 247, 251
 Wiedereinsetzung 255
 Wortlautgrenze 10, 30
 Wucher 214, 266, 381
- Zuständigkeit, örtliche, *siehe* Gerichts-
 stand
 Zustellung, öffentliche 408f.
 Zwangsvollstreckung, *siehe* Vollstre-
 ckung
 Zweckkontrolle, *siehe* Motivkontrolle

