

JULIAN PHILIPP RAPP

# Revision, Kassation, Final Appeal

*Jus Privatum*

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 274





Julian Philipp Rapp

# Revision, Kassation, Final Appeal

Letztinstanzliche Zivilverfahren zwischen  
Individualrechtsschutz und Rechtsfortbildung

Mohr Siebeck

*Julian Philipp Rapp*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg; 2013 Erste Juristische Prüfung; 2015 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2017 Master of Laws (LL.M.), University of Cambridge (Trinity College); 2017–18 Anwaltliche Tätigkeit in einer Revisionskanzlei am Bundesgerichtshof; 2018 Promotion; 2023 Habilitation; derzeit Privatdozent.  
orcid.org/0000-0002-0778-4173

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 530230571

ISBN 978-3-16-162776-7 / eISBN 978-3-16-162777-4

DOI 10.1628/978-3-16-162777-4

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

© Julian Philipp Rapp.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

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

Printed in Germany.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als schriftliche Habilitationsleistung angenommen. Sie befindet sich auf dem Bearbeitungsstand Februar 2023. Für die Thematik besonders relevante Rechtsprechung und Gesetzesvorhaben – insbesondere die Umsetzung der EU-Verbandsklagenrichtlinie sowie die Regierungsentwürfe zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim BGH und des Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland – konnten bis August 2023 berücksichtigt werden.

An erster Stelle möchte ich meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), für die nunmehr 15jährige Betreuung und vertrauensvolle Begleitung durch das Universum der Juristerei bedanken, welche ich zunächst als studentischer und wissenschaftlicher Mitarbeiter, dann als Doktorand und schließlich als Habilitand erfahren durfte. Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Frau Victoria Marini hat es freundlicherweise unternommen, die Arbeit Korrektur zu lesen. Bedanken möchte ich mich ferner bei Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, LL.M. (Cantab.), sowie dem Team des Verlags Mohr Siebeck für die exzellente Betreuung bis zur Drucklegung.

Großen Dank schulde ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft, welche die Veröffentlichung der Arbeit in dieser Form durch eine großzügige Publikationsbeihilfe ermöglicht hat (Projektnummer: 530230571). Worte des Dankes möchte ich schließlich der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg im Breisgau e. V. – an dieser Stelle sei insbesondere ihr Vorsitzender, Herr Professor Dr. Karl-Reinhard Volz, genannt – für die Auszeichnung mit dem Albert-Bürklin-Forschungspreis 2023 sowie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg für die Auszeichnung der Arbeit mit dem Rudolf-Haufe-Nachwuchsförderpreis 2023 aussprechen.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie – *heri, hodie, semper*.

Freiburg im Breisgau, im August 2023

Julian Rapp



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI

## Teil I

### Vom Zweck des Revisionsverfahrens

§1 Prolegomena .....	3
§2 Historische Entwicklungslinien .....	18
§3 Die Revisionszwecke im geltenden Recht .....	74
§4 Die Entfaltung der Revisionszwecke im Verfahren .....	129

## Teil II

### Die Stellung und Arbeitsweise des Revisionsgerichts

§5 Die Stellung des Revisionsgerichts im Justizsystem .....	171
§6 Richter- und Anwaltpersönlichkeit am BGH .....	203
§7 Über den Stil und die Veröffentlichungspraxis höchstrichterlicher Entscheidungen .....	224

## Teil III

### Die Revisionszwecke im Rechtsvergleich

§8 Revision, Kassation, <i>final appeal</i> , <i>writ of certiorari</i> .....	263
§9 Das französische Kassationsmodell .....	276
§10 Das <i>appeal</i> -Modell im englischen Recht .....	313
§11 Das <i>certiorari</i> -Verfahren im US-amerikanischen Recht .....	338
§12 Vergleichende Bewertung .....	377

## Teil IV

### Die Effektivität des Revisionsverfahrens de lege lata et ferenda

§13 Die Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts .....	391
§14 Der Schutz vor einer Überlastung des Revisionsgerichts .....	464

Teil V  
Bewertung

§15 Epilegomena .....	493
Literaturverzeichnis .....	501
Verzeichnis ausländischer Urteile .....	544
Sachverzeichnis .....	557

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXV

## Teil I

### Vom Zweck des Revisionsverfahrens

§1 Prolegomena .....	3
I. <i>Courts of last resort</i> .....	3
1. Wesen und Funktion des Revisionsrechts .....	5
a) Individual- und Allgemeininteresse .....	5
b) Rechtsvergleichende Divergenzen .....	6
aa) Divergierende Selektionsmodelle .....	6
bb) Rückwirkung auf das materielle Recht und Verfahrensrecht .....	8
2. <i>Iustitia semper reformanda</i> .....	9
a) Eine multipolare Konfliktlage .....	9
b) Die ‚Flucht aus der Revision‘ .....	11
c) Zielkonflikte .....	12
II. Vom Zweck dieses Buches .....	13
1. Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung .....	13
2. Gang der Darstellung .....	16
§2 Historische Entwicklungslinien .....	18
I. Die Anfänge im Alten Reich .....	18
1. Appellation zum Reichskammergericht .....	20
a) Funktion .....	20
b) Bedeutung des Verfahrens .....	21
c) Fortwirkung des Appellationsprozesses .....	23
2. Die Überprüfung von Entscheidungen des Reichskammergerichts .....	25
a) Funktion .....	25
b) Entstehung der Revision .....	26
c) Bewertung .....	28
3. Revisionsmodelle in den Territorialstaaten .....	28
a) Grundsatz .....	28
aa) Revision als „letzte Übersehung“ .....	29
bb) Substituierende Revision bzw. Oberappellation .....	30

b)	Preußen .....	31
aa)	Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung .....	31
bb)	Innovation durch Entscheidungsbegründung .....	32
cc)	Unter französischem Einfluss .....	34
c)	Hannover .....	37
d)	Bayern .....	38
aa)	Der <i>Codex Juris Bavaricii Judiciarü</i> .....	38
bb)	Die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869 .....	39
e)	Zwischenergebnis .....	40
4.	Bewertung .....	41
II.	Eine Höchstgerichtsbarkeit im Deutschen Bund .....	42
1.	Machterhalt in den Territorialstaaten .....	42
2.	Die Entstehung des Bundes-Oberhandelsgerichts .....	43
III.	Nach der Reichsgründung .....	45
1.	Vom ROHG zum Reichsgericht .....	45
2.	Der Erlass der Reichs-CPO .....	48
a)	Historisches Meinungsbild zum Ursprung der Revision als 'Rechtsberufung' .....	49
aa)	Ideologisches Umfeld .....	49
bb)	Positionierung der Wissenschaft .....	51
b)	Eine 'romanisierte' Oberappellation oder 'germanisierte' Kassation ..	52
aa)	Prüfungsrahmen und -kompetenz des Höchstgerichts .....	53
bb)	Verfahrensausgestaltung .....	54
c)	Institutionelle Stellung des Revisionsgerichts .....	56
c)	Die Determinierung des Revisionszwecks .....	57
aa)	Rechtsvereinheitlichung .....	57
bb)	Individualrechtsschutz .....	58
IV.	Die Fortentwicklung im 20. Jahrhundert .....	60
1.	Weimarer Republik .....	60
2.	Niedergang und Neubeginn .....	61
a)	Der Untergang des Reichsgerichts .....	61
b)	Ein neuer Rechtsrahmen für die Bundesjustiz .....	63
c)	Verfassungsrechtliche Einhegung .....	64
d)	Die Neuordnung des Revisionsrechts 1950 .....	65
e)	Die (fehlgeschlagene) Einführung einer Annahmerevision .....	66
V.	Das ZPO-Reformgesetz 2001 .....	68
1.	Defizite des seinerzeit bestehenden Zugangsmodells .....	68
2.	Neuordnung des Zugangsverfahrens .....	68
3.	Jüngere Reformen .....	70
VI.	Ergebnis .....	72
§3	Die Revisionszwecke im geltenden Recht .....	74
I.	Verfassungs- und europarechtliche Einhegung .....	74
1.	Ein Grundrecht auf Revision? .....	74
a)	Grundsatz .....	74
aa)	Keine subjektiv-rechtliche Verfassungsgarantie .....	75
bb)	Kein Rechtsschutz gegen den Richter .....	76
b)	Institutionelle Bestandsgarantie eines Revisionsgerichts .....	76

c)	Folgen für die Ausgestaltung des Zugangs zum Revisionsgericht . . . . .	78
aa)	Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers . . . . .	78
bb)	Keine gleichheitswidrige Ausgestaltung des Revisionszugangs . . .	79
cc)	Keine außerordentlichen Rechtsbehelfe bei nicht eröffneter Instanz . . . . .	81
d)	Zugangsschutz bei einer eröffneten Instanz . . . . .	83
aa)	Keine Verhinderung des Zugangs zum Revisionsgericht . . . . .	83
bb)	Verfassungsrechtliche Absicherung . . . . .	85
cc)	Das Gebot der Rechtsmittelklarheit . . . . .	86
dd)	Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Überprüfung . . . . .	87
e)	Zwischenergebnis . . . . .	89
2.	Anspruch auf Rechtsmittel aus supranationalem Recht? . . . . .	89
a)	Art. 6 Abs. 1 EMRK . . . . .	89
aa)	Kein Instanzenzug vorgegeben . . . . .	90
bb)	Besonderheiten letztinstanzlicher Verfahren . . . . .	91
b)	Recht der Europäischen Union . . . . .	92
c)	Zwischenergebnis . . . . .	92
II.	Die Determinierung der Revisionszwecke . . . . .	93
1.	Eine literarische Bestandsaufnahme . . . . .	94
2.	Die Zuordnung der Revisionszwecke de lege lata . . . . .	96
a)	Die Neuordnung durch das ZPO-RG . . . . .	97
b)	Ausgestaltung als Parteirechtsmittel . . . . .	99
c)	Rechtsmittelzulassung und Prüfungskompetenz im öffentlichen Interesse . . . . .	101
d)	Wesen und Funktion der Nichtzulassungsbeschwerde . . . . .	103
e)	Ein ‚Parteirechtsmittel im öffentlichen Interesse‘ . . . . .	103
aa)	Doppelfunktionalität . . . . .	103
bb)	Konkurrenzverhältnis zu anderen Prozesszwecken . . . . .	105
3.	Die funktionale Zweigliedrigkeit des Rechtsmittelsystems . . . . .	105
a)	Wandlungen des Berufungsrechtszugs . . . . .	105
b)	Komplementäraspekte zwischen Berufung und Revision . . . . .	106
aa)	Verfahrensparallelität . . . . .	106
bb)	Entscheidungsgrundlage . . . . .	107
cc)	Urteilsfindung . . . . .	111
c)	Bewertung . . . . .	111
4.	Zwischenergebnis . . . . .	112
III.	Rechtstatsächliche Feststellungen zum Revisionsverfahren . . . . .	113
1.	Der Geschäftsanfall . . . . .	113
a)	Revisionsverfahren . . . . .	113
aa)	Das Verhältnis der Verfahrensarten . . . . .	113
bb)	Verfahrensbeendigung . . . . .	115
cc)	Revisionseinlegungsquote . . . . .	115
b)	Das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde . . . . .	117
aa)	Erfolgsaussichten . . . . .	117
bb)	Zulassungsquote als Steuerung der Arbeitsauslastung? . . . . .	118
c)	Rechtsbeschwerden . . . . .	120
d)	Zwischenergebnis . . . . .	121
2.	Ursachen: Der Einfluss des Kostenrechts auf das Revisionsverfahren . . .	121
a)	Bedeutung des Kostenrechts im Revisionsverfahren . . . . .	122

	b) Reformbedarf? .....	123
	3. Die vor dem BGH behandelten Sachmaterien .....	125
	a) Grundsatz .....	125
	b) Bewertung .....	126
IV.	Ergebnis .....	127
§4	Die Entfaltung der Revisionszwecke im Verfahren .....	129
I.	Die Funktion des Revisionszulassungsverfahrens .....	129
	1. Zulassungsgrund der Grundsatzbedeutung .....	130
	a) Klärungsbedürftigkeit und Klärfähigkeit .....	130
	b) Allgemeinbedeutung .....	131
	c) Entscheidungserheblichkeit und Ergebnisrelevanz .....	132
	2. Zulassungsgrund der Rechtsfortbildung .....	133
	3. Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung .....	134
	a) Rechtssatzdivergenz .....	134
	b) Rechtsanwendungsfehler .....	136
	aa) Schwerwiegende Rechtsfehler .....	136
	bb) Offensichtlichkeit des Rechtsfehlers? .....	137
	cc) Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr .....	137
	dd) Bewertung .....	138
	c) Verfahrensgrundrechte und Willkürverbot .....	139
	aa) Grundsatz .....	139
	bb) Bedeutung im Revisionszulassungsverfahren .....	140
	d) Absolute Revisionsgründe .....	141
	e) Entscheidungserheblichkeit und Ergebnisrelevanz .....	142
	4. Pflicht zur Begründung der Zulassungsentscheidung? .....	143
	a) Verfassungsrechtliche Einhegung .....	143
	b) Rechtstatsächliche Rechtfertigung .....	144
	5. Die beschränkte Revisionszulassung .....	145
	6. Bewertung des Revisionszulassungsverfahrens .....	147
	a) Eine verdeckte Zugriffsrevision? .....	147
	b) Differenzierung zwischen materiellen und prozessualen Fehlern .....	147
	c) Verfassungsrechtliche Überfrachtung des Revisionsrechts .....	149
	7. Zwischenergebnis .....	151
II.	Die zulassungsfreie Revision .....	151
	1. Kollektiver Rechtsschutz .....	151
	2. Der BGH als Commercial Court? .....	152
	a) RegE eines Justizstandort-Stärkungsgesetzes .....	152
	b) Bewertung .....	153
III.	Prüfungsmaßstab und Konzentration des Prozessstoffs .....	155
	1. Der Prüfungsmaßstab des Revisionsgerichts .....	155
	a) Die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage .....	155
	aa) Keine absoluten Abgrenzungsparameter .....	155
	bb) Funktionale Differenzierung .....	156
	b) Umfassende Rechtskontrolle .....	157
	c) Limitierte Tatsachenkontrolle .....	158
	2. Die Konzentration des Prozessstoffs .....	160
	a) Darlegungsanforderungen bei Sach- und Verfahrensrügen .....	160
	b) Das zivilprozessuale Subsidiaritätsprinzip .....	163

	c) Ergebniskausalität – absolute Revisionsgründe .....	164
IV.	Verfahrensbeendigung: Konfirmation, Kassation oder Reformation .....	165
	1. Grundsatz .....	165
	2. Bindungswirkung der Entscheidung .....	166
V.	Ergebnis .....	168

## Teil II

### Die Stellung und Arbeitsweise des Revisionsgerichts

§5	Die Stellung des Revisionsgerichts im Justizsystem.....	171
I.	Revisionsgericht und Bundesverfassungsgericht.....	171
	1. Revision und Nichtzulassungsbeschwerde als ‚präsumtive Verfassungsbeschwerde‘ .....	172
	a) Angleichung des Prüfungsmaßstabs .....	172
	b) Bedeutung der Anhörungsrüge .....	173
	2. Richterliche Rechtsfortbildung.....	174
	3. Rechtseinheit .....	175
	a) Grundsatz .....	175
	b) Großer Senat und Vereinigte Große Senate .....	176
	4. Bewertung .....	178
II.	Revisionsgericht und EuGH.....	179
	1. Vorabentscheidungsersuchen gem. Art. 267 AEUV .....	179
	2. Die Bedeutung des BGH .....	179
	a) Vorlagepflicht .....	180
	b) Verfassungsmäßige Absicherung.....	181
	3. Bewertung .....	183
III.	Revisionsgericht und EGMR .....	183
	1. Bedeutung der EMRK für das Zivilverfahrensrecht .....	183
	2. Rückwirkung auf das Revisionsrecht.....	185
IV.	Das Verhältnis zwischen den obersten Bundesgerichten .....	186
	1. Der Gemeinsame Senat als Austrägalinstanz .....	186
	2. Rechtstatsächliche Bedeutung .....	186
	3. Bewertung .....	188
V.	Revisionsgericht und Instanzgerichtsbarkeit .....	188
	1. Faktische Präjudizialität revisionsgerichtlicher Entscheidungen.....	188
	2. Nichtzulassungsbeschwerde als disziplinierendes Korrektiv.....	190
	3. Selbstbindung des Revisionsgerichts? .....	191
	a) Grundsatz .....	192
	b) Ausnahmen .....	193
	4. Bewertung .....	193
VI.	Revisionsgericht und (Bundes-)Gesetzgeber .....	194
	1. Das BGH als Innovationsmotor .....	194
	2. Die Korrektur gesetzgeberischer (Fehl-)Entscheidungen .....	197
	3. Bewertung .....	197
VII.	Revisionsgericht und Öffentlichkeit .....	198
	1. Bedeutung .....	198

2.	Reichweite der Medienöffentlichkeit . . . . .	199
a)	Rechtsvergleichende Gegenüberstellung . . . . .	199
b)	Umsetzung de lege lata et ferenda . . . . .	200
VIII.	Ergebnis . . . . .	202
§ 6	Richter- und Anwaltpersönlichkeit am BGH . . . . .	203
I.	Sozialisierung der Richterschaft am BGH . . . . .	203
1.	Rechtstatsächlicher Befund . . . . .	204
a)	Quis iudicabit? . . . . .	204
b)	Persönliche Homogenität der Richterschaft . . . . .	206
c)	Fachliche Homogenität der Richterschaft . . . . .	208
2.	Die Bedeutung des Richterwahlverfahrens . . . . .	209
a)	Entwicklung . . . . .	209
b)	Ablauf . . . . .	210
c)	Bewertung . . . . .	211
3.	Rückwirkungen auf das revisionsgerichtliche Verfahren . . . . .	213
II.	Die Rechtsanwaltschaft beim BGH . . . . .	214
1.	Bedeutung . . . . .	214
a)	Ursprung und Funktion . . . . .	214
b)	Rechtsvergleichende Perspektive . . . . .	216
2.	Rechtstatsächlicher Befund . . . . .	217
3.	Rechtfertigung für eine spezialisierte Anwaltschaft . . . . .	219
a)	Verfassungsrechtliche Einhegung . . . . .	219
b)	Anforderungen für die Wahl . . . . .	220
c)	Bewertung . . . . .	221
4.	Folgen für das revisionsgerichtliche Verfahren . . . . .	222
III.	Ergebnis . . . . .	223
§ 7	Über den Stil und die Veröffentlichungspraxis höchstrichterlicher Entscheidungen . . . . .	224
I.	Die Begründung von Revisionsurteilen . . . . .	224
1.	Formaler Aufbau . . . . .	225
2.	Syllogistischer Stil der Entscheidungsfindung . . . . .	226
3.	Bewertung . . . . .	227
a)	Blutleere Literaturfriedhöfe? . . . . .	227
b)	Pleonastischer Begründungs- und Zitierstil . . . . .	228
c)	Hypertrophe Leitsatzkultur . . . . .	230
4.	Die Entscheidungslänge . . . . .	231
II.	Die inhaltliche Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur . . . . .	233
1.	Hierarchie gerichtlicher Entscheidungen . . . . .	233
2.	Bedeutung der rechtswissenschaftlichen Literatur . . . . .	234
a)	Grundsatz . . . . .	234
b)	Rechtsvergleichende Beobachtungen . . . . .	235
3.	Auseinandersetzung mit ausländischen Judikaten . . . . .	236
a)	Bedeutung der Rechtsvergleichung . . . . .	236
b)	Rechtstatsächlicher Befund . . . . .	238
c)	Bewertung . . . . .	239

4. Exkurs: Zitierung von Revisionsentscheidungen durch ausländische Gerichte .....	240
III. Die Publikation von Revisionsentscheidungen .....	243
1. Die Pflicht zur Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen ...	243
a) Verfassungsrechtlicher Rahmen .....	243
b) Die Veröffentlichungspraxis an den Bundesgerichten .....	245
2. Verfügbarkeit in Datenbanken .....	246
3. Die amtliche Sammlung .....	248
4. Rechtsvergleichende Bewertung .....	249
a) Frankreich .....	249
b) Vereinigtes Königreich .....	250
aa) Veröffentlichungspraxis .....	250
bb) Umfang der <i>Law Reports</i> .....	251
c) USA .....	253
aa) US Supreme Court und Courts of Appeals .....	253
bb) State Courts .....	254
cc) Bewertung .....	256
5. Vergleichende Gegenüberstellung .....	257
a) Rechtsvergleichende Bruchlinien .....	257
b) Verbesserungspotenziale im deutschen Recht .....	258
IV. Ergebnis .....	259

### Teil III

#### Die Revisionszwecke im Rechtsvergleich

§8 Revision, Kassation, <i>final appeal</i> , <i>writ of certiorari</i> .....	263
I. Ein <i>Caveat</i> zur Rechtsvergleichung .....	263
1. Divergierende Funktionskonzepte .....	263
2. Divergierende Größe und Fallbelastung .....	265
3. Ein Ausschluss der Prozessrechtsvergleichung? .....	266
II. Rechtsvergleichender Überblick	
zu den Höchstinstanzen in Zivilsachen .....	267
1. Revision(sähnlich) .....	267
2. Kassation(sähnlich) .....	270
3. Appeal-Modelle .....	272
III. Zwischenbewertung .....	274
§9 Das französische Kassationsmodell .....	276
I. Historische Entwicklungslinien .....	276
1. Ursprünge .....	276
a) Royale Vorrechte in Frankreich .....	276
b) Die Entwicklung der Kassationsidee .....	278
c) Die Kassation (auch) als Parteirechtsbehelf .....	279
2. Die Gründung des Tribunal de Cassation .....	281
a) <i>Cour régulatrice du droit</i> .....	281
b) Institutionelle Stellung .....	283

	3. Festigung der Cour de Cassation als <i>Haute juridiction</i> .....	286
	4. Struktureller Fortbestand im 20. Jahrhundert .....	288
II.	Das Wesen des <i>pourvoi en cassation</i> .....	289
	1. Grundsatz .....	289
	2. Verfassungsrechtliche Absicherung .....	290
	3. Verhältnis zwischen <i>pourvoi en cassation</i> und <i>appel</i> .....	291
	4. Rechtstatsächliche Bedeutung und Perspektiven .....	292
III.	Ablauf des Verfahrens .....	294
	1. Verfahrenseinleitung .....	294
	2. Kassationsgründe .....	295
	a) Differenzierung zwischen Rechts- und Tatfrage .....	295
	b) Begründungspflichten der Parteien .....	296
	c) Die einzelnen <i>cas d'ouverture à cassation</i> .....	297
	aa) Bedeutung .....	297
	bb) Einzelheiten .....	298
	3. Verfahrensgang .....	300
	a) Grundsatz .....	300
	b) <i>Chambre mixte</i> und <i>Assemblée plénière</i> .....	302
	c) Die Funktion des <i>Procureur général près la Cour de cassation</i> .....	303
IV.	Die Kassationsbeschwerde im öffentlichen Interesse .....	304
	1. Die Kassationsbeschwerde „dans l'intérêt de la loi“ .....	304
	2. Die Kassationsbeschwerde „pour excès de pouvoir“ .....	305
V.	Verfahrensbeendigung .....	306
	1. <i>Cassation totale ou partielle</i> .....	306
	2. <i>Cassation sans renvoi</i> .....	307
VI.	Begründungsstil .....	308
	1. Grundsatz .....	308
	2. Reformperspektiven .....	309
VII.	Bewertung .....	310
§ 10	Das <i>appeal</i> -Modell im englischen Recht .....	313
I.	Historische Entwicklung .....	313
	1. Ursprünge .....	313
	a) Die Entstehung der Royal Courts .....	313
	b) Die Stellung des House of Lords .....	314
	c) Die Festigung des Instanzenzugs .....	315
	2. Die Reform durch die <i>Judicature Acts</i> .....	316
	a) Vereinheitlichungstendenzen .....	316
	b) Rechtsnatur des <i>appeal</i> .....	317
	3. Die Entwicklung im 20. Jahrhundert .....	319
	4. Die Woolf-Reformen .....	320
	a) Reduktion des Instanzenzugs .....	320
	b) Stärkung der rechtsfortbildenden Funktion .....	321
II.	Die Rechtsmittelzwecke <i>de lege lata</i> .....	322
III.	First appeals .....	323
	1. <i>Permission to appeal</i> .....	323
	2. Zulassungsverfahren .....	324
	3. Entscheidung über die Zulassung .....	325
	4. Entscheidungskompetenz .....	325

IV.	Second und third appeals .....	327
1.	Second appeal zum Court of Appeal .....	327
2.	Second oder third appeal zum UK Supreme Court .....	328
a)	Zulassungskriterien .....	329
b)	Zulassungsverfahren .....	331
c)	Mündliche Verhandlung .....	332
d)	Entscheidungskompetenz .....	333
e)	Begründungsstil .....	333
V.	Bewertung .....	335
1.	Rechtsmittelverständnis im englischen Recht .....	335
2.	Verfahrensausgestaltung .....	337
§ 11	Das <i>certiorari</i> -Verfahren im US-amerikanischen Recht .....	338
I.	Historische Entwicklung der Bundesgerichtsbarkeit .....	338
1.	Die Anfänge .....	339
2.	Expansion im 19. Jahrhundert .....	340
3.	Strukturveränderungen durch den Certiorari Act 1925 .....	341
a)	Von „obligation“ zu „discretion“ .....	342
b)	Ein gewandeltes Funktionsverständnis .....	342
c)	Deciding to decide .....	344
4.	Jüngere Entwicklungen .....	345
II.	Der <i>writ of certiorari</i> vor dem US Supreme Court .....	346
1.	Verfahrensrechtliches Grundraster .....	346
a)	Die Appellationsinstanz als <i>court of error</i> .....	346
b)	Verstärkte Normbildungstendenzen der intermediären Instanz .....	348
c)	Einfluss auf das Funktionsverständnis des US Supreme Court .....	349
2.	Entscheidungsfaktoren .....	351
a)	Supreme Court Rule 10 .....	351
b)	Verfahrenssteuerung .....	352
c)	Erfolgsfaktoren .....	353
aa)	Horizontale Divergenz ( <i>circuit split</i> ) .....	353
bb)	Vertikale (Abweichungs-)Divergenz .....	354
cc)	Die (verfassungsrechtliche) Bedeutung der Rechtsfrage .....	355
dd)	Die Beteiligung des Solicitor General .....	357
ee)	Die Erfolgsaussichten in der Sache .....	357
ff)	Der Ausschluss von Tatfragen und Einzelwertungen .....	358
gg)	Keine Korrektur einfacher Rechtsfehler .....	359
3.	Der Einfluss des Auswahlverfahrens .....	360
a)	ifp und paid cases .....	360
b)	Bedeutung der law clerks .....	361
c)	Die Zulassungsentscheidung .....	362
d)	Inhalt der Zulassungsentscheidung .....	363
4.	Zulassungsquote .....	364
5.	Entscheidungsart .....	366
a)	Summary disposition .....	366
b)	GVR order .....	367
c)	Oral argument und Entscheidung .....	367
6.	Entscheidungsstil .....	368
7.	Ergebnis .....	370

a) Stellenwert der Individualgerechtigkeit .....	370
b) Supreme Court Agenda Setting .....	372
III. Supreme Courts in den US-Bundesstaaten .....	373
1. New York .....	374
2. Kalifornien .....	375
3. Ergebnis .....	375
§ 12 Vergleichende Bewertung .....	377
I. Divergierende Rechtstraditionen .....	378
1. Grundsatz .....	378
2. Ursprünge .....	379
3. Prozessuale Funktionsdivergenzen .....	380
4. Prozessuale Funktionskonvergenzen .....	381
5. Rechtsanwendungsgleichheit .....	382
6. Entscheidungsstil .....	383
II. Rechtsvereinheitlichung des Rechtsmittelrechts? .....	384
1. Grundsatz .....	384
2. Model European Rules of Civil Procedure .....	385
3. Bewertung .....	387

## Teil IV

### Die Effektivität des Revisionsverfahrens de lege lata et ferenda

§ 13 Die Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts .	391
I. Die Flucht aus der Revision .....	391
1. Ursachen und Konsequenzen .....	392
a) Der Dieselskandal als Blaupause .....	392
b) Zivilprozessuale Strukturdefizite .....	393
c) Konsequenzen für die kollektive Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess	394
aa) Überschneidungen .....	394
bb) Ineffiziente Verfahrensführung .....	396
cc) Beschränkte Entlastungseffekte .....	397
2. Die Beschränkung der Dispositionsmaxime de lege lata .....	398
a) Bisherige gesetzgeberische Maßnahmen .....	398
aa) Anerkenntnisurteil auf Antrag des Klägers .....	399
bb) Revisionsrücknahme mit Einwilligung des Beklagten .....	400
b) Bewertung .....	401
aa) Begrenzte Anreize im Individualprozess .....	401
bb) Verfahrensverzögerung .....	402
3. Kompensationsmittel des Revisionsgerichts praeter legem .....	403
a) Veröffentlichung von (internen) Hinweisbeschlüssen .....	403
b) Veröffentlichung interner Voten als Fachbeiträge .....	405
c) Hinweise im Instanzenzug .....	405
aa) Zurückverweisungsbeschlüsse gem. § 544 Abs. 9 ZPO .....	406
bb) Obiter dicta und ‚Segelanweisungen‘ .....	406
4. Urteilsbegründung trotz vorzeitiger Verfahrensbeendigung? .....	408

a)	Grundsatz .....	408
b)	Erweiterung bei Anerkenntnis, Verzicht und Erledigung? .....	409
c)	Erweiterung bei Rechtsmittelrücknahme? .....	410
aa)	Sicherung der Revisionszwecke .....	410
bb)	Keine schützenswerten Parteibelange .....	411
cc)	Überschreiten des richterlichen Mandats? .....	411
d)	Die Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim BGH .....	412
aa)	Grundstruktur .....	412
bb)	Defizitäre Ausgestaltung .....	413
e)	Bewertung .....	414
5.	Zwischenergebnis .....	414
II.	Die Stärkung des instanziiellen Zugangs	
	zum Revisionsgericht .....	415
1.	Die Sprungrevision ( <i>revisio per saltum</i> ) .....	415
a)	Ausgangslage .....	415
b)	Rechtsvergleichende Bewertung .....	416
aa)	Leapfrogging im Vereinigten Königreich .....	417
(1)	Leapfrogging zum Court of Appeal .....	417
(2)	Leapfrogging zum UK Supreme Court .....	418
(3)	Bewertung .....	419
bb)	Sprungrevision in den USA .....	419
(1)	Certiorari before judgment .....	419
(2)	Bundesstaaten .....	420
(3)	Bewertung .....	420
c)	Reform des §566 ZPO? .....	421
2.	Musterverfahren .....	422
a)	Erscheinungsformen von Musterprozessen .....	422
b)	Der Status quo im geltenden Recht .....	423
aa)	Zivilprozess .....	423
bb)	Verwaltungsprozess .....	424
c)	Rechtsvergleichende Bewertung .....	424
aa)	Group litigation order .....	425
bb)	Financial markets test case scheme .....	425
cc)	(Faktische) <i>test cases</i> im Verfahrensrecht .....	427
d)	Umsetzung de lege ferenda .....	428
aa)	Vorteile eines Musterverfahrens .....	428
bb)	Zulässigkeit einer Verfahrensaussetzung .....	429
cc)	Bewertung .....	431
3.	Vorlageverfahren .....	431
a)	Grundsatz .....	431
b)	Rechtshistorische und -vergleichende Erscheinungsformen .....	432
aa)	Frankreich .....	433
(1)	Saisine pour avis .....	433
(2)	Question prioritaire de constitutionnalité .....	434
(3)	Bewertung .....	435
bb)	Niederlande .....	435
cc)	Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH .....	437
dd)	Vorabentscheidungsverfahren zum EGMR .....	437
ee)	Vereinigte Staaten von Amerika .....	438

	(1) Entscheidungsvorlage zum US Supreme Court .....	438
	(2) Certified question-Verfahren der Federal Courts .....	440
	(3) Interlocutory appeals .....	442
	c) Bisherige Erfahrungen in Deutschland .....	444
	aa) Rechtsentscheid gem. § 541 ZPO a. F. ....	444
	bb) Vorlageverfahren de lege lata .....	445
	d) Die Einführung eines Vorlageverfahrens de lege ferenda .....	446
	aa) Mögliche Verfahrensausgestaltung .....	447
	bb) Vorteile .....	448
	cc) Verfassungs- und zivilprozessuale Zulässigkeit .....	450
	(1) Überschreitung des richterlichen Mandats? .....	450
	(2) Fehlendes kontradiktorisches Element der Rechtsfindung ....	451
	(3) Verstoß gegen die Dispositionsmaxime? .....	451
	e) Bewertung .....	452
	4. Zwischenergebnis .....	452
III.	Die Entkopplung von Streitentscheidung und Normbildung .....	454
	1. Eine Revision dans l'intérêt de la loi? .....	454
	a) Rechtsvergleichender Befund .....	454
	b) Bisherige Erfahrungen in Deutschland .....	455
	aa) Zivilprozess .....	455
	bb) Verwaltungsprozess .....	456
	c) Legitimation in Deutschland .....	457
	2. Advisory opinions oder Auslegungsrichtlinien im Zivilprozess? .....	458
	a) Advisory opinions .....	459
	aa) Kanada .....	459
	bb) Völkerrechtliche Ebene .....	459
	cc) Erfahrungen in Deutschland .....	460
	b) Auslegungsrichtlinien .....	461
	c) Bewertung .....	462
IV.	Ergebnis .....	463
§ 14	Der Schutz vor einer Überlastung des Revisionsgerichts .....	464
I.	<i>Supreme Courts under pressure</i> .....	464
II.	Die Reduktion revisibler Entscheidungen .....	465
	1. Funktion der <i>summa appellabilis</i> .....	465
	a) Rechtfertigung .....	466
	b) Reformüberlegungen: <i>de minimis non curat praetor</i> .....	468
	2. Einführung einer Zulassungsberufung .....	469
	a) Vergleich zum Verwaltungsprozess .....	469
	b) Übertragbarkeit auf den Zivilprozess? .....	471
	3. Anfechtbarkeit von Beschlüssen gem. § 522 Abs. 2 ZPO .....	472
	a) Status quo .....	472
	b) Bewertung .....	473
	c) Abschaffung von § 522 Abs. 3 ZPO? .....	473
	4. Zwischenergebnis .....	475
III.	Die Reform des Zulassungsverfahrens .....	475
	1. Pflicht zur stärkeren Konzentration des Prozessstoffs .....	475
	a) Problemlage .....	475
	aa) USA .....	476

bb) Vereinigtes Königreich .....	477
b) Übertragung auf das deutsche Recht? .....	477
2. Missbrauchsgebühren bei offensichtlich aussichtslosen Verfahren .....	478
a) Rechtsvergleichende Bestandsaufnahme .....	479
aa) Frankreich .....	479
bb) USA .....	479
b) §34 Abs.2 BVerfGG .....	480
c) Bewertung .....	481
3. Erleichterte Zurückverweisung der Sache im Erfolgsfalle .....	482
4. Zwischenergebnis .....	482
IV. Das Mündlichkeitsprinzip im Revisionsverfahren .....	483
1. Grundsatz .....	483
2. Durchbrechungen im Revisionsrechtszug .....	484
3. Rechtsvergleichender Überblick .....	486
4. Folgerungen für das Revisionsgericht .....	486
V. Erweiterung des Revisionsgerichts .....	488
VI. Ergebnis .....	489

Teil V  
Bewertung

§15 Epilegomena .....	493
I. Vom Zweck des Revisionsverfahrens .....	493
II. Die Stellung und Arbeitsweise des Revisionsgerichts .....	495
III. Die Revisionszwecke im Rechtsvergleich .....	496
IV. Die Effektivität des Revisionsverfahrens de lege lata et ferenda .....	499

Literaturverzeichnis .....	501
----------------------------	-----

Verzeichnis ausländischer Urteile .....	544
---	-----

I. EGMR .....	544
II. EuGH .....	545
III. Frankreich .....	545
IV. USA .....	547
V. Vereinigtes Königreich .....	553
VI. Andere .....	556

Sachverzeichnis .....	557
-----------------------	-----



## Abkürzungsverzeichnis

A./A.2d/A.3d	Atlantic Reporter (first/second/third series)
A.D./A.D.3d	New York's Appellate Division Reports (first/third series)
a. F.	alte Fassung
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AC	Appeal Cases, Law Reports
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADR	Alternative Dispute Resolution
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aff' d	affirmed
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung
AJ Contrat	Actualité Juridique Contrat
AJDA	Actualité Juridique: Droit Administratif
AktG	Aktiengesetz
ALI	American Law Institute
ALLER	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht/ Australian Law Reports
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Pol. Science	American Journal of Political Science
Am. Pol. Sci. Rev.	American Political Science Review
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ARB	Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Ariz. St. L. J.	Arizona State Law Journal
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Art.	Artikel/article
AsylG	Asylgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDiszG	Bundesdisziplinalgesetz
BeckEuRS	Beck-Rechtsprechung Europa
BeckOK GG	Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz
BeckOK GVG	Beck'scher Online-Kommentar Gerichtsverfassungsgesetz
BeckOK VwGO	Beck'scher Online-Kommentar Verwaltungsgerichtsordnung
BeckOK ZPO	Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Bekl.	Beklagte/r
BerGer.	Berufungsgericht
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, die nicht in der amtlichen Sammlung des BFH veröffentlicht werden
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgerichtsgesetz (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHReport	Schnelldienst zur Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BNotO	Bundesnotarordnung
BOHG	Bundes-Oberhandelsgericht
BOHGE	Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts
BPatG	Bundespatentgericht
BPO	Bürgerliche Prozessordnung
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BT-PlenProt.	Plenarprotokolle des Bundestags

Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
BusLR	Business Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
C. J.	Chief Justice
C. J. Q.	Civil Justice Quarterly
C. O. J.	Code de l'Organisation Judiciaire
C. P. C.	Code de procédure civile / Codice di procedura civile
C. P. L. R.	Civil Practice Law and Rules
C. P. R.	Civil Procedure Rules
Cal. C. C. P.	California Code of Civil Procedure
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal.App. 4th	California Courts of Appeal Cases, 4 <sup>th</sup> edition
Cam. L. J.	Cambridge Law Journal
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
Cass. ass. plén.	Cour de Cassation, Assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de Cassation, Chambre mixte
Cass. req.	Cour de Cassation, Chambre des requêtes
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
CE	Conseil d'État
cert. den.	certiorari denied
Ch.	Chancery Division, Law Reports / chapter
Cir.	Circuit
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Civ. 1re/2e/3e	Première/deuxième/troisième Chambre civile
Civ.	Chambre civile
CLR	Commonwealth Law Reports
CMR	Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com.	Commercial
Common L. Rev.	Common Law Review
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Cornell Law Q.	Cornell Law Quarterly
CPO	Civilprozeßordnung (1877)
D.	Recueil Dalloz

D. C.	District of Columbia
D. C.Cir.	District of Columbia Circuit
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DC	Décision du Conseil constitutionnel
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Dig.	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (vor 1941).
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRpfl	Deutsche Rechtspflege
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Ehrengabe
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELI	European Law Institute
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alii
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRCh	Europäische Grundrechte-Charta
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland
EWCA Civ	Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division)
EWHC (Admin)/ (Comm)	High Court (England and Wales) (Administrative/ Commercial Court)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
F./F.2d/F.3d	Federal Reporter (first/second/third Series)
f./ff.	folgend(e)
F.App'x	Federal Appendix
F.Cas.	Federal Cases

F. R. A. P.	Federal Rules of Appellate Procedure
F. R. C. P.	Federal Rules of Civil Procedure
F. R. D.	Federal Rules Decisions
F.Supp.	Federal Supplement
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fed. Cir.	Federal Circuit
Fed. Prac. & Prod.	Federal Practice and Procedure
FG	Finanzgericht
FGG a. F.	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (a. F.)
FGO	Finanzgerichtsordnung
fhi	forum historiae iuris
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
G.	Gesetz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GBL	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Genossenschaftsgesetz
GenTG	Gentechnikgesetz
Geo. L. J.	The Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GmS OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
GO	Geschäftsordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungssammlung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVR order	grant, vacate, remand order
GVRZ	Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H. L. (Cas)	House of Lords (Cases)
H. R.	House of Representatives
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal

HGB	Handelsgesetzbuch
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
ICLR	Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
ifp	in forma pauperis
IGH	Internationaler Gerichtshof
Ind. L. Rev.	Indiana Law Review
InsO	Insolvenzordnung
Int. Ed.	International Edition
Int'l J. Legal Info.	International Journal of Legal Information
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRB	IP-Rechtsberater
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
iSd/iSv	im Sinne des/von
iVm	in Verbindung mit
J. Appellate Practice and Process	Journal of Appellate Practice and Process
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Soc. P. T. L.	Journal of the Society of Public Teachers of Law
J.	Judge/Justice/Journal
J. R.	Judicial Review
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP S	Juris-Classeur périodique, édition sociale
JMBL	Justizministerialblatt
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K. B.	King's Bench (law reports)
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
King's L. J.	King's Law Journal
Kl.	Kläger/in
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
L.Ed./L.Ed.2d	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition (first/second series)
L. J.	Lord Justice/Law Journal
L. Q. R.	Law Quarterly Review
L. R.	Law Reports
LG	Landgericht
li.	linke(r)
LM/LMK	Lindenmaier-Möhring
M. L. R.	The Modern Law Review

mAnm	mit Anmerkung
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MERCP	Model European Rules of Civil Procedure
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MMR	Multimedia und Recht
Mont. L. Rev.	Montana Law Review
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommFamFG	Münchener Kommentar zum FamFG
MünchKommStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MünchKommVVG	Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz
MünchKommZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.	note
N. C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N. E./N. E.2d	North Eastern Reporter (first/second series)
N. W./N. W.2d	North Western Reporter (first/second series)
N. Y./N. Y.2d	New York Reports (first/second series)
N. Y. L. J.	New York Law Journal
N. Y. S./N. Y. S.2d	New York Supplement (first/second series)
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NLJ	New Law Journal
No.	number/numéro
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NRS	National Reporting System
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NY App. Div.	New York Supreme Court, Appellate Division
NY Ct. App.	New York State Court of Appeals
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZB	Nichtzulassungsbeschwerde
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
obs.	observation
OGH	(Österreichischer) Oberster Gerichtshof
OGHG	Bundesgesetz über den obersten Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
P./P.2d	Pacific Reporter (first/second series)
Pa. Bar Ass'n Q.	Pennsylvania Bar Association Quarterly
PatAnwO	Patentanwaltsordnung
PatG	Patentgesetz
PD	practice direction(s)
PKH	Prozesskostenhilfe
PM	Pressemitteilung
Procédures	Revue procédures
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Prot.	Protokoll
PUAG	Untersuchungsausschussgesetz
Pub.L.	Public Law
Q. B.	Queen's Bench, Law Reports
R. S. C.	Revised Statutes of Canada
r+s	Recht und Schaden
RA	Reichsabschied
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
RAO	Rechtsanwaltsordnung (1878)
rapp.	rapporteur
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RdW	Recht der Wirtschaft
re.	rechte/r
Rec. Ass'n N. Y. City	Record of the Association of the Bar of the City of New York
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RegE	Regierungsentwurf
RePro	Revista de Processo
Rev	Revue
RevGer.	Revisionsgericht
RFH	Reichsfinanzhof
RG proc.	Revue Générale des procédures
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RiWG	Richterwahlgesetz
RKG	Reichskammergericht
RKGO	Reichskammergerichtsordnung
RM	Reichsmark
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichs-Oberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RRa	Reiserecht aktuell
Rs.	Rechtssache
RsprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RuP	Recht und Politik
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite/Satz/siehe
S. C. A.	Supreme Court Act (Kanada)
S. C. C.	Supreme Court Cases (Kanada)
S. C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S. C. R.	Supreme Court Rules (UK/USA)
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S. E.	South Eastern Reporter (first series)
S. I.	Statutory Instrument
S. W.	South Western Reporter (first series)
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
schwZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung
sec.	section
ser.	series
SFr.	Schweizer Franken
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
So.	Southern Reporter (first series)
Soc.	Chambre Sociale, Cour de Cassation
Somm.	Sommaire
Sp.	Spalte
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	United States Statutes at Large
StBG	Steuerberatergesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Stra.	Strange's King's Bench Reports
StuW	Steuer und Wirtschaft
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
Sup. Ct. Econ. Rev.	Supreme Court Economic Review
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Thomas Jefferson L. Rev.	Thomas Jefferson Law Review
Tit.	Titel
Tz.	Textziffer
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Richmond L. Rev.	University of Richmond Law Review
U. S.	United States Supreme Court Reports
U. S. C.	United States Code
UAbs.	Unterabsatz
UCLA J. of Int. L. and For. Affairs	University of California, Los Angeles, Journal of International Law and Foreign Affairs
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles, Law Review
UKHL	House of Lords of the United Kingdom

UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UKPC	Privy Council of the United Kingdom
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UKSC PD	Supreme Court of the United Kingdom, Practice Direction
UmwG	Umwandlungsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
Utrecht L. Rev.	Utrecht Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Var.	Variante
VDuG	Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz
VerfO	Verfahrensordnung
VersR	Versicherungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Österreich)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Virginia J. of Int'l. L.	Virginia Journal of International Law
VO	Verordnung
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Volksrepublik
VRUG	Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof (Österreich)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
W. B. R.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
WarnRspr	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen des Reichsgerichts
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZChinR	Zeitschrift für chinesisches Recht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO-RG	ZPO-Reformgesetz
ZRG (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM(-RD)	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (– Rechtsprechungsdienst)
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZP Int	Zeitschrift für Zivilprozess International. Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht



Est modus in rebus, sunt certi denique fines,  
quos ultra citraque nequit consistere rectum.

*Horaz Sermones I 1 106–107*



*Teil I*

Vom Zweck des Revisionsverfahrens



# §1 Prolegomena

## I. Courts of last resort

Die Kontrolle und Korrektur richterlicher Entscheidungen durch eine übergeordnete Instanz ist als rechtsstaatliche Errungenschaft nahezu jedem Rechtssystem der Welt inhärent.<sup>1</sup> Für eine institutionalisierte Gerichtsorganisation ist dabei wesensprägend, dass an deren pyramidalen Spitze ein oder mehrere Höchstgerichte thronen,<sup>2</sup> die als Bundesgerichtshof, Oberster Gerichtshof, Cour de Cassation, Court of Appeal oder Supreme Court nicht nur zur letztverbindlichen Entscheidung über individuelle Rechtsstreitigkeiten, sondern auch zur Fortbildung des Rechts – in vielen Staaten mit präjudizieller Wirkung – befugt und berufen sind.<sup>3</sup> Nach *Baron Neuberger of Abbotsbury*, Präsident des UK Supreme Court (2012–2017), sind *Courts of last resort* daher durch eine Aufgabendichotomie gekennzeichnet:

„The function of any supreme court is authoritatively to clarify and develop the law, and to correct errors and inconsistencies in decisions of lower courts. The supreme court of any country is therefore a public affirmation of that country’s commitment to the rule of law in its widest sense, and to access to justice in its most significant form.“<sup>4</sup>

Diese – historisch tief verwurzelte<sup>5</sup> – Funktionsbelegung, welche sich insbesondere im (gesetzlich meist restringierten) Zugang zum Höchstgericht widerspiegelt,<sup>6</sup> bringt zugleich einen wesensimmanenten Widerspruch des Rechtsmittelverfahrens zum Vorschein: Zwar dient der Zivilprozess als Parteiverfahren vorrangig der Durchsetzung subjektiver Rechte und der Verwirklichung von Individualge-

---

<sup>1</sup> *Herzog/Karlen*, Attacks on judicial decisions, in: Cappelletti (Hrsg.), International Encyclopedia of comparative law, Vol. XVI, Rn. 8–135; s. ferner *Platto* (Hrsg.), Civil appeal procedures worldwide, passim. Zur Frage, ob es sich insoweit um die Gewährung von Rechtsschutz gegen den Richter handelt, vgl. *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 255 ff., sowie noch sub §3. I. 1.

<sup>2</sup> Bildlich zur Dreistufigkeit des Zivilprozesses nach dem ZPO-RG: BT-Drs. 14/4722, S. 62 ff.; aus rechtsvergleichender Perspektive *Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 31 ff.

<sup>3</sup> Zu den in Deutschland bestehenden Besonderheiten aufgrund einer aus dem Instanzenzug ausgegliederten Verfassungsgerichtsbarkeit nach österreichischem Modell vgl. *Tushnet*, Comparative Constitutional Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 1225, 1244 ff.

<sup>4</sup> *Neuberger*, Foreword, in: Wijffels/van Rhee (Hrsg.), European Supreme Courts: A Portrait through History, S. 7.

<sup>5</sup> Zur historischen Entwicklung ausführlich sub §2.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu die rechtsvergleichende Analyse sub §§ 8 ff.

rechtigkeit.<sup>7</sup> Die Funktion eines Höchstgerichts ist indes (auch, überwiegend oder nahezu ausschließlich) an einem vom Individualrechtsstreit emanzipierten öffentlichen<sup>8</sup> bzw. überindividuellen<sup>9</sup> und zukunftsbezogenen Interesse ausgerichtet, indem grundlegende Rechtsfragen geklärt, das Recht fortgebildet und die einheitliche Rechtsanwendung durch die Untergerichte gewährleistet werden. Vor dem Court of last resort sind das privatnützige Anliegen der unterlegenen Prozesspartei zur Fehlerkorrektur und das Interesse der Allgemeinheit an der Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen daher untrennbar miteinander verwoben:<sup>10</sup> Durch Individualrechtsstreitigkeiten wird das Recht fortgebildet, was wiederum reflexiv auf die jeweilige Streitentscheidung zurückwirkt. Nach *Benjamin Cardozo* sind (fehlerhafte) Einzelfallentscheidungen dabei nur „the algebraic symbols from which the court is to work out the formula of justice.“<sup>11</sup>

Die divergierenden Rechtsmittelzwecke zur Streitentscheidung und Normbildung stehen in einem – auch verfassungsrechtlich bedeutsamen<sup>12</sup> – Spannungsverhältnis,<sup>13</sup> da bei einem vornehmlich im öffentlichen Interesse agierenden Höchstgericht die Richtigkeitsgewähr im Einzelfall zunehmend in den Hintergrund tritt.<sup>14</sup> Vice versa kann ein letztinstanzliches Gericht, das zur Korrektur jedes Rechtsfehlers verpflichtet ist, seine Aufgabe zur Rechtsfortbildung in Form von *grands arrêts* nur eingeschränkt wahrnehmen, was wiederum das abstrakte Interesse des Rechtsschutz suchenden Individuums an einer funktionsfähigen und entwicklungs offenen Justiz sowie an der Fortentwicklung der Gesamtrechtsordnung berührt. Höchstgerichte als ‚Diener zweier Herren‘ sehen sich in ihrer Funktionszuweisung daher oftmals zwischen *Skylla* und *Charybdis* gefangen, wobei ein ideales Rechtsmittelsystem, das den Interessen der Parteien *und* der Öffentlichkeit in gleichem Maße gerecht wird, schon aufgrund begrenzter personeller und sächlicher Justizressourcen unmöglich ist. Dementsprechend muss der Gesetzgeber eine

<sup>7</sup> BVerfGK 18, 105 Rn. 20 mwN; umfassend zum Verhältnis zwischen Individualrechtsschutz und Rechtsfortbildung im Prozessrecht: *Damaška*, *The Faces of Justice*, S. 88 ff.

<sup>8</sup> Grundlegend zum Begriff *Viotto*, *Das öffentliche Interesse*, S. 15 ff.

<sup>9</sup> Hierzu *Thiere*, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, S. 4.

<sup>10</sup> *Maultzsch*, *Streitentscheidung und Normsetzung durch den Zivilprozess*, S. 266; zuvor (mit teils abweichendem Ansatz) schon *Paulus* ZJP 1958, 188, 196 („unaufhebbare Antinomie“).

<sup>11</sup> *Cardozo*, *The Jurisdiction of the Court of Appeals of the State of New York*, S. 11; s. auch *Kern* RePro 228, ano 39, fevereiro 2014, S. 15, 21 („Public interests‘ are, or should be, the sum of weighted private interests which an individual may not fully appreciate in his or her particular situation, but which on a larger scale are prerequisites for a coherent society.“).

<sup>12</sup> Ausführlich sub § 3.I. und § 5.I. Zwei der bislang fünf Plenarentscheidungen des BVerfG (§ 16 BVerfGG) zielten unmittelbar auf die Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems der ZPO ab: BVerfGE 54, 277 ff. (zur verfassungskonformen Auslegung von § 554b ZPO aF [Annahmerevision]) und BVerfGE 107, 395 ff. (zur fachgerichtlichen Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör [basierend auf §§ 545–547 ZPO aF]).

<sup>13</sup> Vgl. *Schwinge*, *Grundlagen des Revisionsrechts*, S. 33 ff. A priori widersprüchlich ist die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache und die rechtsfehlerfreie Entscheidung im Einzelfall dagegen nicht, da diese durch die ‚richtige‘ Rechtsfortbildung auch korrekt entschieden wird (ähnlich *Ball* FS Musielak, S. 27; BT-Drs. 14/4722, S. 66).

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 66.

Wertentscheidung durch eine möglichst optimale Gewichtung und Zuordnung der widerstreitenden Verfahrenszwecke treffen.<sup>15</sup>

## 1. Wesen und Funktion des Revisionsrechts

### a) Individual- und Allgemeininteresse

Auch der Erisapfel des deutschen Revisionsrechts, welches zuletzt im Jahr 2001 eine grundlegende Reform erfahren hat,<sup>16</sup> ist die „alte wie neue Frage nach Sinn und Zweck des Rechtsmittels der Revision“.<sup>17</sup> Dient die III. Instanz vorrangig den Interessen der Parteien oder wird bzw. sollte die Rechtsschutz suchende Partei für den Revisionsrechtszug im öffentlichen Interesse mediatisiert und – wie *Calamandrei* es formulierte – zu einem ‚Vehikel‘ für das Gemeininteresse (*strumento della utilità collettiva dello Stato*<sup>18</sup>) funktionalisiert werden? Nach *Friedrich Stein* bedient sich der Staat für jedes Verfahren vor dem Höchstgericht „des Parteiegoismus zur Erreichung seiner höheren Ziele, ohne dass die Partei sich dieses öffentlichen Dienstes bewusst wird“,<sup>19</sup> obwohl in den Worten des ehemaligen Präsidenten des BGH, *Gerd Pfeiffer* (1977–1987), der einzelne kein Interesse daran hat, „die Klärung juristischer Grundsatzfragen zu finanzieren“.<sup>20</sup>

In der Modellvorstellung des deutschen Gesetzgebers soll das Revisionsgericht jedoch ausschließlich bei rechtsgrundsätzlichen Fragen, die im Allgemeininteresse eine höchstrichterliche Entscheidung erfordern, unmittelbar angerufen werden können (vgl. § 543 Abs. 2 ZPO), da nur eine Revision, die sich in erster Linie an den Auswirkungen einer Entscheidung auf die Allgemeinheit orientiert, dem Höchstgericht „eine maximale Wirkungsbreite“ sichert.<sup>21</sup> Damit scheint der Individual-

<sup>15</sup> Ähnlich *Kern* RePro 228, ano 39, fevereiro 2014, S. 15, 17 („a continuum between private purpose and public purpose“).

<sup>16</sup> Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG) v. 27.07.2001, BGBl. I 1887.

<sup>17</sup> *Geiß* (Festvortrag, in: ders./Lange [Hrsg.], 100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch – 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 25, 26) bemerkte dazu: „Tief ist der Brunnen der Vergangenheit des Diskurses über diese Thematik und vielfach ausgeschöpft in den Argumenten für und gegen den jeweiligen Standpunkt. Gelehrsamkeit und Scharfsinn selbst werden Neues dazu nicht mehr erfinden.“ Vgl. ferner *Henke*, Die Tatfrage, S. 191.

<sup>18</sup> Vgl. *Calamandrei*, Opere giuridiche (Volume VII – La Cassazione civile [parte seconda]), sub 64 (S. 135): „E il privato che ricorre in Cassazione stimolato dal proprio interesse individuale, si fa, pur senza saperlo, strumento della utilità collettiva dello Stato, il quale, in cambio di questo servizio che il ricorrente presta al raggiungimento di uno scopo pubblico, gli concede, coll’annullare nell’interesse della legge la sentenza basata su un errore di diritto, la possibilità di ottenere, in una ulteriore trattazione del merito, una nuova sentenza favorevole al suo interesse individuale.“

<sup>19</sup> *Stein/Juncker*, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, S. 301. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine amtswegige Urteilkontrolle in der Regel wenig effektiv ist (vgl. näher *Cabrillo/Fitzpatrick*, The Economics of Courts and Litigation, S. 66ff., sowie noch sub § 13. III. 1.).

<sup>20</sup> *Pfeiffer* NJW 1999, 2617, 2618.

<sup>21</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 66 re.Sp. Diese Ausgestaltung des Zugangs zur höchsten Instanz ist keine Besonderheit des Zivilverfahrensrechts. Alle obersten Gerichtshöfe sollen vorrangig Fragen grundsätzlicher Bedeutung klären (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG,

rechtsschutz augenscheinlich hinter die Funktionszwecke des Revisionsverfahrens im öffentlichen Interesse zurückzutreten. Ein näherer Blick offenbart jedoch – wie nachfolgend gezeigt werden soll – ein differenziertes Bild. Denn trotz des prima facie klar formulierten Funktionsauftrags des Gesetzgebers an das Höchstgericht liegen gesetzgeberische Wunschvorstellungen und die justizielle Realität sowie bisweilen sybillinisch formulierte, legislative Zielvorgaben und deren verfassungsrechtliche Einhegung teilweise weit auseinander.<sup>22</sup>

## b) Rechtsvergleichende Divergenzen

### aa) Divergierende Selektionsmodelle

Auch eine rechtsvergleichende Einbettung des Zivilverfahrensrechts fördert bei der Determinierung der janusköpfigen Rechtsmittelzwecke mehr Schatten als Licht zutage: Obschon sich nahezu alle Justizsysteme in westlicher Rechtstradition mit dem gleichen Zielkonflikt konfrontiert sehen – Individual- und Kollektivinteressen letztinstanzlich in ein möglichst ‚optimales‘ Verhältnis zu setzen – und die Dichotomie zwischen *private purpose* and *public purpose* letztlich in allen Rechtsordnungen vorhanden ist,<sup>23</sup> haben sich diametral entgegengesetzte Modelle zu dessen Auflösung entwickelt, die tief in der jeweiligen Rechtstradition verwurzelt sind und – trotz gemeinsamer Wertvorstellungen – seit Jahrzehnten jeder Rechtsvereinheitlichung zu trotzen scheinen.

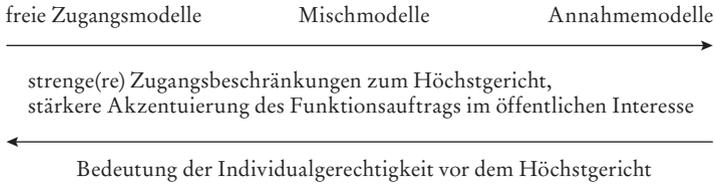
Obwohl privatnützige Zwecke aufgrund des adversatorischen Charakters des Zivilverfahrens immer zu einem gewissen Grad existent sein werden, haben alle Höchstgerichte einen zukunftsgerichteten Funktionsauftrag im öffentlichen Interesse. Je restriktiver der Zugang zum Höchstgericht dabei ausgestaltet ist – im Extremfall obliegt die Annahme allein dem freien Ermessen des *iudex ad quem* –, desto mehr tritt jedoch der Gedanke des Individualrechtsschutzes zugunsten der Rechtsfortbildungsfunktion in den Hintergrund. Bei einer Grobkartierung des französischen Kassations-, des englischen *appeal*- und des US-amerikanischen *certiorari*-Modells als Referenzrahmen<sup>24</sup> lassen sich dabei drei Verfahrensstrukturen (freie Zugangs-, Misch- und Annahmemodelle) detektieren (Abb. 1).<sup>25</sup>

§132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, §160 Abs. 2 Nr. 1 SGG, §115 Abs. 2 Nr. 1 FGO); BGH und BFH haben zudem das Recht fortzubilden (§543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 1 ZPO, §115 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 FGO). Zudem soll eine einheitliche Rechtsprechung gesichert (§543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 ZPO, §115 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 FGO) bzw. Divergenzen in den unteren Instanzen bereinigt werden (§132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, §72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, §160 Abs. 2 Nr. 2 SGG).

<sup>22</sup> Ausführlich noch sub §3.III.

<sup>23</sup> Umfassend *Jolowicz*, Managing Overload in Appellate Courts – ‚Western Countries‘, in: Wedekind (Hrsg.), Justice and Efficiency, S. 71, 74ff.; *ders.*, General Report, in: Yessiou-Faltsi (Hrsg.), The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, S. 37, 39ff. Vgl. aus jüngerer Zeit zudem *van Rhee/Fu*, Introduction, in: dies. (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 1, 5.

<sup>24</sup> Ausführlich zum Rechtsvergleich sub §§8ff. Zur Rechtslage in den nordischen Ländern vgl. *Øyrehagen Sunde*, From Courts of Appeal to Courts of Precedent – Access to the Highest Courts in the Nordic Countries, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China



*Abb. 1:* Divergierende Selektionsmodelle.

Kassationsmodelle ermöglichen einen nahezu unbeschränkten Zugang zum Höchstgericht, z. B. zur französischen Cour de Cassation oder – mit nuancierten Unterscheidungen – zur italienischen Corte Suprema di Cassazione. Die Parteien können dabei mit der Behauptung der Rechtsverletzung (*violazione o falsa applicazione di norme di diritto*)<sup>26</sup> eine Überprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung erreichen; ein Beschwerdewert oder eine Zulassung durch den iudex a quo ist nicht notwendig. Der ungehinderte Zugang zum Höchstgericht legt damit einen starken Fokus auf die Verwirklichung individueller Privatrechte und auf die umfassende Realisierung einer inner- und intra-instanziellen Rechtsanwendungsgleichheit, läuft indes Gefahr, richtungsweisenden Entscheidungen zur Rechtsfortbildung in der Überfülle der für die Fortentwicklung der Rechtsordnung ‚unbedeutenden‘ Verfahren nicht die gebührende Aufmerksamkeit schenken zu können.

Diametral entgegengesetzt finden sich ermessensabhängige Annahmemodelle zum Höchstgericht, wofür das *certiorari*-Verfahren vor dem US Supreme Court paradigmatisch herangezogen werden kann: Die Annahme des Rechtsmittels wird in das freie Ermessen des Höchstgerichts gestellt, welches davon sehr sparsam Gebrauch macht („Writs of certiorari are matters of grace.“<sup>27</sup>). Die Verwirklichung subjektiver Rechte und der Schutz der Individualgerechtigkeit als Fundament einer liberalen Privatrechtsordnung werden damit zugunsten eines ermessenslenkenden öffentlichen Interesses in den Hintergrund gedrängt. Das Höchstgericht ist in der Ausübung seiner rechtsprechenden Tätigkeit frei und kann die Fallselektion aktiv als Instrument zur Gestaltung der Privatrechtsordnung (*agenda setting*) nutzen,<sup>28</sup> wohingegen der einzelne Rechtsstreit allein als Blaupause dient, um gesamtgesellschaftliche Entwicklungen zu adressieren.

and the West, S. 53 ff.; für das Recht der osteuropäischen Staaten vgl. *Bobek* 57 Am. J. Comp. L. 33 (2009).

<sup>25</sup> Dabei sind auch strukturelle Angleichungen der verschiedenen Modelle möglich; so weist etwa das – historisch an das französische Recht angelehnte – Kassationsmodell in den Niederlanden inzwischen deutliche Ähnlichkeiten zum Revisionsmodell auf (näher *Verkerk/van Rhee*, The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: van Rhee/Fu [Hrsg.], *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 77, 84).

<sup>26</sup> Art. 360 Abs. 1 Nr. 3 Codice di procedura civile.

<sup>27</sup> *Wade v. Mayo* 334 U.S. 672, 680 (1948).

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Sommer*, *Supreme Court Agenda Setting – Strategic Behavior during case selection*, S. 1 ff.; *Flemming*, *Tournament of Appeals – Granting judicial review in Canada*, S. 1 ff. (für das kanadische Recht) sowie noch sub § 11. II. 7. b).

Das deutsche Revisionsmodell nimmt *prima vista* eine vermittelnde Position zwischen diesen Kontrapunkten ein: Auf Ebene der Berufungsinstanz erfolgt eine Vorselektion zugunsten rechtsgrundsätzlicher Fragen durch den *iudex a quo*, im Übrigen eine Entscheidungskontrolle durch den *iudex ad quem* im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde (vgl. §§ 543, 544 ZPO).<sup>29</sup> Die höchstinstanzlich rügefähigen Rechts- und Verfahrensfehler (*errores in procedendo et iudicando*) sind indes beschränkt,<sup>30</sup> sodass nicht jede Fehlentscheidung (im Sinne eines Widerspruchs zu geltendem materiellen oder Verfahrensrecht) zu einer Aufhebung der Entscheidung führen muss. Ein solches Mischmodell kann dabei sowohl in anderen europäischen Staaten mit Revisionstradition<sup>31</sup> als auch im common law-Rechtskreis identifiziert werden, da auch der Zugang zum UK Supreme Court,<sup>32</sup> entweder ein *leave to file an appeal* des *iudex a quo* oder eine *permission* durch den *iudex ad quem* erfordert.

#### *bb) Rückwirkung auf das materielle Recht und Verfahrensrecht*

Der Ausgestaltung des Court of last resort kommt dabei erheblicher Einfluss auf die Architektur der jeweiligen Privatrechtsordnung zu: Während bei einem niederschweligen Zugang auch Rechtsgebiete mit typischerweise kleinem Streitwert höchstrichterlich adressiert und vereinheitlicht werden können, stehen bei einem selektiv agierenden Höchstgericht, dessen Anrufung meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist, grundrechtssensible oder wirtschaftlich bedeutsame Materien im Vordergrund, wohingegen die privatrechtsfortbildende Funktion in der Breite auf die intermediäre Instanz verlagert wird. Der Ausfall höchstrichterlicher Präjudizien – insbesondere in sozial bedeutsamen Bereichen wie dem Verbraucher-, Miet- und Arbeitsrecht – kann insoweit zu einer Versteinierung der Rechtsordnung führen, da von der Judikative keine Impulse zur Fortentwicklung des Rechts mehr ausgehen können. Zudem kann eine höchstrichterlich ungeklärte Rechtslage die individuelle Rechtsdurchsetzung deutlich erschweren und mit besonderem Nachdruck alternative Rechtsdurchsetzungsmechanismen – gerade im Bereich von Streu- und Massenschäden – notwendig machen.<sup>33</sup>

Die Stellung des Höchstgerichts hat zudem bedeutsame innerprozessuale Konsequenzen: Je enghaschiger das Höchstgericht eine Kontrolle über das Prozessverhalten in der Vorinstanz ausübt, desto eher kann eine Partei mit der Rüge der Verletzung prozessualer Normen mit Erfolg durchdringen. Dies wird im stark verfassungsrechtlich präformierten deutschen Revisionsrecht offenbar, in dessen Rahmen die Verletzung prozessrechtlicher Bestimmungen regelmäßig die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung begründet.<sup>34</sup> Zieht es das

<sup>29</sup> Teilweise entscheidet auch der *iudex a quo* allein über die Zulassung, vgl. z. B. § 70 FamFG.

<sup>30</sup> Dazu noch sub § 4. I. 3. b) und c).

<sup>31</sup> Näher sub § 8. II. 1.

<sup>32</sup> Näher sub § 10. IV. 2.

<sup>33</sup> Zu den einzelnen Mechanismen vgl. insbesondere noch sub § 13. II.

<sup>34</sup> Näher sub § 4. I. 3. c).

Höchstgericht – wie etwa der UK und US Supreme Court<sup>35</sup> – dagegen vor, der Vorinstanz einen weitreichenderen Entscheidungsspielraum zu belassen, prozessuale Fragen nur im Ausnahmefall zu beantworten und sich auf Präjudizien des materiellen Rechts zu konzentrieren, wird die Bedeutung des Verfahrensrechts als Rechtsmaterie mit einem eigenständigen Gerechtigkeitswert „durch Verfahren“<sup>36</sup> nicht unerheblich abgeschwächt und den Unter- und Mittelinstanzen ein weitreichender Freiraum bei der Verfahrensführung zuerkannt.<sup>37</sup>

## 2. Iustitia semper reformanda

### a) Eine multipolare Konfliktlage

Die großen Umbauten des Prozessrechts – nicht zuletzt durch das ZPO-Reformgesetz 2001,<sup>38</sup> mit dem der Zivilprozess „bürgernäher, effizienter und transparenter“<sup>39</sup> gestaltet werden sollte –, die seit Jahrzehnten andauernde Diskussion um die Stärkung der alternativen Streitbeilegung, die Rolle der Verbraucherrechtsdurchsetzung sowie die Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse<sup>40</sup> zeigen die rechtspraktische Bedeutung des Zivil- und des Revisionsverfahrens im Besonderen für einen modernen Rechtsstaat schlaglichtartig auf. Es wäre daher verfehlt, die Bedeutung des Revisionsgerichts auf die Antinomie zwischen Individualrechtsschutz und Rechtsfortbildung zu reduzieren. In der geltenden Rechtsordnung beschränkt sich die Stellung des Bundesgerichtshofs als zivilprozessuales Letztgericht nicht auf einen *locus amoenus*, in dem frei von den Zwängen des Tatrichters über grundsätzliche Rechtsfragen räsoniert werden kann. Denn anders als seine historischen Vorgänger und Pendant im common law-Rechtskreis<sup>41</sup> ist der BGH nicht allein Supervisionsinstanz über die nachgeordneten Instanzen, son-

<sup>35</sup> Näher sub § 10. IV. 2. und § 11. II. 2. c); s. speziell zur Kontrolle von Ermessensentscheidungen im englischen Recht: *Andrews*, On Civil Processes, Rn. 15.74 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren, S. 148.

<sup>37</sup> Für den englischen Zivilprozess konstatierte Lord *Collins* (in *Re Coles v. Ravenshear* [1907] 1 K. B. 1 (CA) at [4]) etwa: „Although I agree that a Court cannot conduct its business without a code of procedure, I think that the relation of rules of practice to the work of justice is intended to be that of handmaid rather than mistress, and the Court ought not to be so far bound and tied by rules, which are after all only intended as general rules of procedure, as to be compelled to do what will cause injustice in the particular case.“ Dagegen *Jacob* (The Fabric of English Civil Justice, S. 63 ff.), wonach „the true relation between substantive and procedural law should be redefined in terms of the primacy of substantive law and the supremacy of procedure. [...] The supremacy of procedure is the practical way of securing the rule of law, for the law is ultimately to be found and applied in the decisions of the courts in actual cases.“ Vgl. zum deutschen Recht *Boehmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, S. 95 („dienende Funktion“); selbst der BGH (NJW 1960, 1947, 1948) konstatierte Anfang der 1960er Jahre: „Die Verfahrensbestimmungen der Prozessordnungen sind nur Hilfsmittel für die Verwirklichung oder Wahrung von Rechten; [...]“.

<sup>38</sup> BGBl. 2001 I 1887.

<sup>39</sup> So die erklärte Zielsetzung des ZPO-RG, vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 1.

<sup>40</sup> Vgl. jüngst *Bruns* NJW 2018, 2753 ff.

<sup>41</sup> Dazu noch sub § 2 I.–III. und §§ 10, 11.

dern in einen Justizverbund aus nationalen und supranationalen Gerichten eingebunden.<sup>42</sup>

Das Revisionsverfahren adressiert dabei eine multipolare Konfliktlage: Es ist einerseits – trotz mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie – tief verwoben in den kontinuierlich wachsenden Kanon des europäischen Privatrechts und den Dialog zwischen EuGH und EGMR. Teilweise wird das Revisionsgericht gar in eine Mediatorenrolle zwischen dem europäischen und dem deutschen Gesetzgeber bei der (defizitären) Umsetzung europäischer Vorgaben in nationales Recht gedrängt.<sup>43</sup> Andererseits nimmt das Revisionsrecht heute mehr denn je auch eine quasi-verfassungsprozessuale Filterfunktion wahr, indem der Zugang zur Individualverfassungsbeschwerde bereits auf fachgerichtlicher Ebene limitiert wird („vorgelagertes Verfassungsrecht“).<sup>44</sup>

Wie die Rechtsordnung insgesamt, befindet sich dabei auch das Zivilprozessrecht in einem steten Wandel begriffen, was sich nicht nur in den seit Jahren sinkenden Eingangszahlen<sup>45</sup> und einer personellen Unterbesetzung der Ziviljustiz,<sup>46</sup> sondern auch in den geänderten gesellschaftlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen zeigt. Das Revisionsrecht wird zu einem Brennglas für diese Transformationsprozesse: Zivilverfahren werden komplexer, umfangreicher und internationaler, insbesondere mit Blick auf die tiefgreifende europarechtliche Durchdringung weiter Teile des Privatrechts und die Notwendigkeit einer Rechtsklärung im Mehrebenensystem. Der kollektive Rechtsschutz und die Verbraucherrechtsdurchsetzung nehmen stetig an Bedeutung zu<sup>47</sup> und haben sich zu Stolpersteinen für die Ziviljustiz entwickelt, da bislang keine adäquate Antwort auf die damit verbundenen Herausforderungen gefunden werden konnte. Der Justizstandort Deutschland für

<sup>42</sup> Dazu noch sub § 5. I.–V.

<sup>43</sup> Dazu noch sub § 5. VI. 2.

<sup>44</sup> Dazu noch sub § 5. I. 1.

<sup>45</sup> S. hierzu Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistischer Bericht: Zivilgerichte [2022] (online <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-zivilgerichte-2100210227005.html> [22.08.2023]): Zwischen 2005 und 2020 ist bei den Amtsgerichten ein Rückgang der Neuzugänge von 1.400.724 auf 852.907 Verfahren zu verzeichnen; vor den Landgerichten von 424.525 auf 366.296 (nur Streitige Zivilverfahren). Umfassend zur Entwicklung *Meller-Hanich/Höland/Nöbre et al.*, Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html?nn=110490) [22.08.2023]); *Greger* MDR 2023, 810 ff.

<sup>46</sup> Vgl. zum „Pakt für den digitalen Rechtsstaat“: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2022/0927\\_Pakt\\_Rechtsstaat.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2022/0927_Pakt_Rechtsstaat.html) [22.08.2023].

<sup>47</sup> Dazu *Bruns*, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, S. 1 ff.; *Meller-Hannich*, Gutachten A zum 72. DJT, A 1 ff.; *dies./Gsell*, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagenrichtlinie – Gutachten über die Umsetzung der europäischen Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher (RL [EU] 2020/1828) ins deutsche Recht, S. 1 ff. ([https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04\\_vzbv\\_verbandsklagen-rl\\_gutachten\\_gsell\\_meller-hannich.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen-rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf) [23.08.2023]); sowie die RL EU/2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 409/1.

in- und ausländische Unternehmen steht zunehmend in Konkurrenz zu alternativen Streitbeilegungsmodellen<sup>48</sup> in Form ausländischer Fora, ADR und des Schiedsverfahrensrechts. Gleichzeitig bleibt die Ressource ‚Mensch‘ – nicht erst seit der beginnenden Pensionierungswelle in vielen Bundesländern und einem verstärkten Konkurrenzkampf um junge Rechtsassessoren – weiterhin ein knappes Gut.

b) *Die ‚Flucht aus der Revision‘*

Das den Schöpfern der CPO 1877 vorschwebende Revisionsmodell eines Parteirechtsmittels im Individualinteresse mit unbeschränktem Zugang zum Revisionsgericht<sup>49</sup> entspricht daher angesichts der Komplexität der Rechtsfindung nicht mehr umfassend den heutigen Gegebenheiten und Bedürfnissen. Das Revisionsrecht des 21. Jahrhunderts sieht sich – wie ausgeführt – vielmehr mit einer ganzen Reihe von Herausforderungen konfrontiert. Inwieweit wird der BGH seiner Aufgabe zur Rechtsfortbildung im öffentlichen Interesse gerecht? Kann der Zivilprozess das Phänomen von Massen- und Sammelklagen adäquat adressieren?<sup>50</sup> Und bildet der deutsche Zivilprozess einen attraktiven Justizstandort im internationalen Wettbewerb?

Der Zugang zum Revisionsgericht nimmt bei diesen Funktionszuweisungen eine Schlüsselrolle ein: Einerseits muss dem – einer kontradiktorischen Entscheidung wesensimmanenten – Gedanken der richtigen Streitentscheidung im Einzelfall und dem Justizgewährleistungsanspruch<sup>51</sup> in letzter Instanz soweit als möglich Rechnung getragen werden. Andererseits haben Judikate aus Karlsruhe heute mehr denn je Bedeutung für die Lebenswirklichkeit von Millionen von Bürgern, wenn über grundsätzliche Rechtsfragen im Miet-, Kauf-, Familien- oder Erbrecht entschieden wird. Inwieweit der BGH dabei zum *hidden lawmaker* avanciert,<sup>52</sup> mag man unterschiedlich bewerten. Die überindividuelle Bedeutung des Revisionsgerichts zur Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen im öffentlichen Interesse – und umso mehr: die Abwesenheit einer höchstrichterlichen Entscheidung – ist nicht erst seit dem sog. Abgasskandal<sup>53</sup> – deutlich in das Bewusstsein der Rechtswissenschaft gerückt.<sup>54</sup>

Denn angesichts schwer prognostizierbarer Erfolgsaussichten bei höchstrichterlich ungeklärter Rechtslage und veritabler Kostenrisiken<sup>55</sup> nehmen Parteien immer häufiger a limine davon Abstand, das Revisionsgericht zur Klärung rechtsgrundsätzlicher Verfahren anzurufen. Teilweise verzichtet die zweitinstanzlich unterlegene Partei sogar bewusst auf die Anrufung der nachfolgenden Instanz, um die

<sup>48</sup> Zu den aktuellen Bemühungen zur Einführung von Kammern für internationale Handelsachen vgl. *Podszun/Rohner* NJW 2019, 131 ff. mwN sowie noch sub § 4. II. 2. a).

<sup>49</sup> Dazu noch § 2. III. 2.

<sup>50</sup> Näher sub § 13.

<sup>51</sup> Zum Verhältnis zwischen Justizgewährleistungsanspruch und Rechtsschutzanspruch vgl. *Musielak/Voit*, Einl. Rn. 6ff. mwN.

<sup>52</sup> Dazu noch sub § 5. VI.

<sup>53</sup> Dazu etwa *Heese* NZV 2019, 273 ff.; *ders.* JZ 2019, 429 ff.

<sup>54</sup> Vgl. jüngst *Vofß* JZ 2020, 286; *Klingbeil* GVRZ 2019, 14 Rn. 8.

<sup>55</sup> Ausführlich noch sub § 3. III. 2.

Signalwirkung einer für sie nachteilhaften Grundsatzentscheidung durch das Revisionsgericht zu unterbinden (*negatives Präjudiz*), da es für sie ökonomisch sinnvoller ist, den geltend gemachten Anspruch im Einzelfall zu erfüllen und durch die höchstrichterlich weiterhin ungeklärte Rechtslage Folgeverfahren zu verhindern.<sup>56</sup> Einem marktrationalen Verhalten entsprechend haben insbesondere Unternehmen oftmals kein Interesse an einer höchstrichterlichen Entscheidung, wenn sie „das Zwielficht der ungeklärten Rechtslage nutzen können, um ihre wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen“, wodurch Verbrauchern ihre Rechtsverwirklichung erschwert und eine Vielzahl berechtigter Forderungen nicht geltend gemacht wird.<sup>57</sup>

Die Funktionsfähigkeit des Höchstgerichts zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen hängt damit maßgeblich vom Willen und der finanziellen Ausdauer der Parteien ab,<sup>58</sup> wobei die Verhinderung von Grundsatzentscheidungen durch das Revisionsgericht eine zunehmende Belastung für die Ziviljustiz darstellt,<sup>59</sup> welche teilweise Jahre auf ein klärendes Judikat durch den BGH warten muss. Der sog. Abgasskandal zeigt diese Konfliktlage exemplarisch auf: Erst nach fünf Jahren erging ein erstes Judikat durch den BGH; auch acht Jahre nach Bekanntwerden der Manipulationsvorwürfe sind noch immer tausende Zivilklagen in den Instanzen und am BGH anhängig und Fragen des materiellen und des Prozessrechts ungeklärt.<sup>60</sup> Dies hat nicht nur erhebliche volkswirtschaftliche Konsequenzen, sondern schädigt auch das Vertrauen der Bevölkerung in die Ziviljustiz sowie deren Funktionsfähigkeit und bindet erhebliche Justizressourcen.<sup>61</sup>

### c) Zielkonflikte

Eine zufriedenstellende Antwort auf die aufgeworfenen Problemfelder wurde bislang indes noch nicht gefunden.<sup>62</sup> Deren Adressierung wird vielmehr erschwert, weil sich das Revisionsgericht auch auf der Ebene der beteiligten Akteure diametral entgegengesetzten Interessen ausgesetzt sieht. Während die Parteien vorrangig an einer schnellen und kostengünstigen Korrektur eines aus ihrer Sicht fehlerhaften Berufungsurteils interessiert sind, hat die Allgemeinheit hinsichtlich einer korrekten Entscheidung im Einzelfall nur ein nachrangiges, dafür aber ein abstraktes Interesse an der schnellen Entscheidung bedeutsamer Rechtsfragen.

<sup>56</sup> Bereits *Rüfner DRiZ* 1992, 457.

<sup>57</sup> *Klingbeil GVRZ* 2019, 14 Rn. 8; *Piontek r+s* 2016, 335.

<sup>58</sup> Wobei eine unternehmerisch handelnde Partei bevorzugt wird, weil diese die Verfahrenskosten als Betriebsausgaben von der Steuer absetzen kann, vgl. BFH BStBl. II 1988, 431.

<sup>59</sup> Mitte 2021 wurde am BGH ein Hilfssenat zur Bewältigung der nicht enden wollenden Verfahrensflut im sog. Abgasskandal errichtet (vgl. PM Nr. 141/2021 v. 22.07.2021; zur gerichtsverfassungsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Hilfsspruchkörpern näher *Jacob NJW* 2021, 2708 ff.).

<sup>60</sup> Vgl. PM Nr. 156/2020 v. 09.12.2020: Der Verhandlungstermin gegen die Daimler AG (VI ZR 314/20 – Thermofenster) wurde aufgehoben, da der klagende Fahrzeugkäufer die Revision zurückgenommen hat; Gleiches konnte in den Verfahren VI ZR 813/20 und VI ZR 268/20 beobachtet werden (vgl. PM Nr. 43/2021 v. 25.02.2021).

<sup>61</sup> Gleicher Befund bei *Laukemann ZJP* 2021, 67 mwN.

<sup>62</sup> Zu Reformvorschlägen de lege ferenda noch sub § 13 und § 14.

Der Gesetzgeber wiederum möchte die Kosten für die Ziviljustiz gering halten und den Zugang zum Höchstgericht so ausgestalten, dass sich die Bundesjustiz idealiter selbst finanziert.<sup>63</sup> Aus verfassungsgerichtlicher Perspektive dient das fachgerichtliche Verfahrensrecht wiederum als Bugschutz, um die konstant hohe Auslastung durch Individualverfassungsbeschwerden zu lindern.<sup>64</sup> Die Revisionsrichterschaft fürchtet dagegen die Überlastung des Gerichts<sup>65</sup> und möchte nur mit den umfassend aufbereiteten Fällen konfrontiert werden, die sie für entscheidenswert hält. Die Anwaltschaft am BGH hat (auch) finanzielle Eigeninteressen an der Ausgestaltung des Revisionsverfahrens<sup>66</sup> und sieht deren Rechtsstaatlichkeit bei jeder Zulassungsbeschränkung in Gefahr.<sup>67</sup> Die rechtswissenschaftliche Forschung wiederum stellt sich teilweise mit Verve gegen die Entscheidungspraxis des Revisionsgerichts: Während die rechtsfortbildende Funktion von der einen Seite ob ihrer fehlenden Rücksicht auf rechtswissenschaftliche Erkenntnisse kritisiert wird, erblicken andere Autoren darin dogmatisch überbordende, sich in argumentativen Quisquilien verlierende Urteile, mit denen die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten werden.<sup>68</sup>

## II. Vom Zweck dieses Buches

### 1. Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung

Vor diesem Hintergrund erscheint eine nähere Untersuchung von Wesen und Funktion des Revisionsgerichts sowohl aus prozessrechtsdogmatischer und rechtshistorischer als auch rechtsvergleichender Perspektive gewinnbringend. Seit

<sup>63</sup> Die exponierte Bedeutung dieses Umstandes verwundert, wenn man die geringen Kosten des BGH in den Blick nimmt: 2022 hat dieser 52,6 Mio. EUR an Gesamtausgaben verursacht, konnte über Gerichtsgebühren jedoch 19,8 Mio. EUR erwirtschaften, sodass die Kosten des Steuerzahlers bei etwa 38 Mio. EUR lagen (vgl. Bundeshaushaltsplan 2022 – Einzelplan 07 – Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, Kapitel 0713 [S. 34]). Diese Kosten sind im Verhältnis zu anderen Posten des Bundeshaushalts von nachrangiger Bedeutung (vgl. *Vultejus* FS Blankenburg, S. 589, 595 ff.; wohl aA *Faupel* DRiZ 2000, 312, 320 ff.).

<sup>64</sup> Dazu noch sub § 5. I. 1.

<sup>65</sup> Jüngst etwa *Brückner/Gubling/Menges* (DRiZ 2017, 200), wonach der Beschwerdewert gem. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderlich sei, „um den hohen rechtsstaatlichen Standard der deutschen Ziviljustiz dauerhaft zu erhalten“ und deren Entfall „die paradoxe Folge [hätte], dass sich der Rechtsschutz in Zivilsachen signifikant verschlechtern würde“ (aaO).

<sup>66</sup> Vgl. hierzu z. B. *Nassall* NJW 2012, 113 ff.; *Winter* NJW 2016, 922 ff.; *ders.*, Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: Gsell/Hau (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher*, S. 37 ff. (wonach die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde „auch gemessen an den Absichten des Gesetzgebers ein Misserfolg“ sei); *von Mettenheim* NJW 2004, 1511 ff.; *Raeschke-Kessler* AnwBl. 2004, 321 ff.; zuvor schon *Büttner*, *Berufung und Revision*, S. 19 ff.; *ders.*, Gutachten A zum 65. DJT, A 89 ff.

<sup>67</sup> Mit befremdlichem Verweis auf Kant etwa *von Mettenheim* (NJW 2004, 1511, 1513), wonach durch die ZPO-Reform 2001 „elementare ethische Grundsätze so krass verletzt“ würden, dass die derzeitige Rechtslage an den NS-Staat erinnere; dem überzeugend erwidern *Sendler* NJW 2004, 2068, 2069.

<sup>68</sup> Umfassend zur Kritik an der Entscheidungsbegründung noch sub § 7. I. und II.

Erlass der CPO 1877 sind dabei nach Schätzungen des Verfassers wenigstens 80 deutschsprachige Monografien und eine vielfache Zahl unselbstständiger Beiträge erschienen, die sich vorrangig mit der Ausgestaltung des zivilprozessualen Revisionsverfahrens auseinandersetzen (Lehrbücher und Kommentarliteratur nicht eingeschlossen), was *Henke*<sup>69</sup> schon 1968 zu der spitzen Bemerkung veranlasste, „eine gewisse Lust zum spekulativen Denken und am Bau juristischer Systeme“ habe dazu beigetragen, „dass die deutsche Lehre eine entmutigend große Zahl an Schriften über das Problem der Revision“ hervorgebracht habe.<sup>70</sup> Dazu kommt die in ihrem Umfang kaum überblickbare Literatur zum Rechtsmittelverfahren in ausländischen Rechtsordnungen, insbesondere zu den hier referenzierten Rechtsmittelmodellen in Frankreich, England und den USA, weshalb eine monographisch-vergleichende Untersuchung den Leser schon zu Beginn in seiner Erwartung enttäuschen muss, jeder einzelnen Literaturstimme kompilierend Gehör zu schenken.<sup>71</sup>

Möchte man der beachtlichen Sammlung an kumuliertem Wissen eine weitere, vorrangig prozessrechtsdogmatische und -vergleichende Monografie hinzufügen und dabei nicht beim Status quo der geltenden Rechtslage verharren, sondern auch dem Versuch einer Fortentwicklung des Revisionsverfahrens aus rechtsvergleichender Perspektive nachgehen, erscheint dies jedoch aus (wenigstens) vier Gründen gerechtfertigt:

1. Die letzten grundlegend-dogmatischen Bearbeitungen von *Henke* (Die Tatfrage, 1966), *Weyreuther* (Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, 1971), *Gilles* (Rechtsmittel im Zivilprozess, 1972), *Gottwald* (Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975) und *Prütting* (Die Zulassung der Revision, 1977) wurden vor etwa 50 Jahren veröffentlicht.<sup>72</sup> Die großen Lehrbücher zum Revisionsrecht von *Schwinge* und *May* sind zuletzt 1960<sup>73</sup> bzw. 1997<sup>74</sup> erschienen. Auch die meisten rechtsvergleichenden Arbeiten zur Thematik – sofern solche überhaupt existieren – liegen schon viele Jahre

<sup>69</sup> ZZP 1968, 196, 200.

<sup>70</sup> Ein Werk wie *Erich Schwinges* Monografie ‚Grundlagen des Revisionsrechts‘ (1. Aufl. 1935, 2. Aufl. 1960), welche die Grundstrukturen des zivil- und strafprozessualen Verfahrens unter Einschluss rechtsvergleichender Bezüge auf knapp 270 Seiten abhandelt, erscheint heutzutage undenkbar.

<sup>71</sup> Zutreffend schon *Kern RePro* 228, ano 39, fevereiro 2014, 15, 16: „[...] it is hardly possible to say something completely new on the role of the Supreme Court [...] it is impossible to process or even cite all the relevant literature. For these reasons, talking about the role of the Supreme Court is a very difficult task.“

<sup>72</sup> Aus jüngerer Zeit sind die folgenden Monografien zu nennen: *Traut*, Der Zugang zur Revision in Zivilsachen (2006) sowie *Nassall*, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision (2018); s. ferner *Linnenbaum*, Probleme der Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (1986).

<sup>73</sup> Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960.

<sup>74</sup> Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (ZPO, ArbGG, VwGO, SGG, FGO), 2. Aufl. 1997.

zurück,<sup>75</sup> insbesondere die Arbeit von *Ferrand* (Cassation française et révision allemande, 1993).<sup>76</sup> Eine umfassende rechtsvergleichende Untersuchung zum Zugang zu den zivilrechtlichen Höchstgerichten unter Einschluss des romanischen Kassationsmodells existiert dabei ebenso wenig wie eine primärquellenorientierte Ausarbeitung des Revisionsrechts in europa-, verfassungs- und zivilprozessrechtlicher Perspektive.<sup>77</sup> Ebenso fehlt im Acquis der rechtswissenschaftlichen Forschung eine zeitgenössische Bearbeitung, die sich mit dem Entscheidungsstil und der Publikationspraxis höchstrichterlicher Entscheidungen sowie deren Auswirkungen auf die Rechtsfindung und -rezeption im deutschen Recht auseinandersetzt.<sup>78</sup>

2. Wesen und Funktion sowie die Herausforderungen des Revisionsrechts haben sich in den letzten Dekaden ebenso grundlegend gewandelt wie die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die Einbindung des Revisionsgerichts in den Justizverbund zwischen EuGH, EGMR und BVerfG. Dies macht eine Evaluierung des Revisionsverfahrens und der Stellung des Revisionsgerichts im Gefüge des Verfassungsstaats notwendig. Dabei hat der seit Erlass der CPO 1877 bestehende Grundkonflikt zwischen Individual- und Kollektivinteressen bzw. Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess<sup>79</sup> in den letzten Jahren durch Fragen der kollektiven Rechtsdurchsetzung, des europarechtlich determinierten Verbraucherschutzes und der Digitalisierung der Justiz eine neue Akzentuierung erfahren, die eine Analyse der institutionellen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Revisionsrechts notwendig macht, zumal da die Kritik an der Ausgestaltung des Revisionsverfahrens *de lege lata* auch über 20 Jahre nach der ZPO-Reform 2001 nicht abreißt.<sup>80</sup>

3. In vielen Bereichen des Privatrechts ist die schnelle Entscheidung rechtsgrundsätzlicher Fragen essenziell, um die Entwicklungen in einer vernetzten, technisierten und auch schnelllebigen Gesellschaft adäquat adressieren zu können. Folglich

<sup>75</sup> Vgl. insbesondere den Sammelband Wedekind (Hrsg.), *Justice and Efficiency – the 8<sup>th</sup> World Conference on Procedural Law – General reports and discussions* (1988); Jolowicz/van Rhee (Hrsg.), *Recourse against Judgments in the European Union* (1999), sowie Jolowicz, *On Civil Procedure*, S. 74ff. Für eine aktuellere Analyse im strafrechtlichen Rechtsschutzverfahren vgl. *Marshall* 22 Duke J. Comp. & Int'l L. 1 (2011). S. ferner in Ansätzen schon *Bernhard* ZaöRV 1966, 269ff.

<sup>76</sup> Ausnahme ist der 2021 erschienene Sammelband von Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), *Supreme Courts Under Pressure*, sowie van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West: Adjudication at the Service of Public Goals* (2017).

<sup>77</sup> Als letzte monographisch umfassende Arbeit unter Einschluss des deutschen, französischen und italienischen Rechts dürfte *Calamandrei* Werk *La Cassazione Civile* (1920) gelten.

<sup>78</sup> Dazu noch ausführlich sub §7.

<sup>79</sup> Dazu grundlegend *Maultzsch*, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess* (2010) sowie *Hergenroder*, *Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung* (1995). Der (innere) Prozess der Rechtsfortbildung durch das Höchstgericht soll im Rahmen dieser Untersuchung weitgehend ausgeklammert werden, ebenso der verfassungsrechtliche Stellenwert von Präjudizien in Deutschland oder das Verhältnis zwischen Richter- und Gesetzesrecht.

<sup>80</sup> Jüngst mit deutlicher Kritik wieder *Greger* FS Roth, S. 275ff., wonach der Zivilprozess von den Reformzielen „weiter entfernt denn je“ sei (aaO, S. 282).

stellt das systematische oder systemimmanente Ausbleiben höchstrichterlicher Entscheidungen als negatives Präjudiz ein seit Jahren wachsendes Problem im Zivilprozess dar.<sup>81</sup> Ob insbesondere die kollektive Rechtsdurchsetzung bei der effektiven Behandlung von Massen- und Streuschäden eine partielle Entkopplung von Streitentscheidung und Normbildung notwendig macht und welche legislativen Gegenmaßnahmen *de lege lata* und *ferenda* zur Diskussion stehen, sollte daher – gerade vor dem Hintergrund einer verstärkten legislativen Tätigkeit des Gesetzgebers in diesem Feld – einer umfassenden Bewertung unterzogen werden.<sup>82</sup>

4. Das geltende Revisionsrecht muss schließlich auch mit Blick auf die Effizienz der Verfahrensausgestaltung<sup>83</sup> und die Effektivität der Rechtsdurchsetzung kritisch in den Blick genommen werden: Wird das Revisionsgericht seiner individualschützenden Funktion noch gerecht, ohne überindividuelle Interessen aus dem Blick zu verlieren? Eine verfahrensökonomische Ausgestaltung des Revisionsverfahrens ist dabei Kernfrage des Prozessrechts,<sup>84</sup> weil Rechtsmittel und Rechtsbehelfe in vernünftiger Relation zur Bedeutung der Streitigkeit und der Allokation von Justizressourcen stehen sollten.<sup>85</sup> Ein ‚Mehr‘ an Rechtsmitteln geht dabei nicht zwangsläufig mit einem ‚Mehr‘ an Rechtsschutz einher, da nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung „jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende“ finden muss<sup>86</sup> (*expedit rei publicae ut sit finis litium*).

## 2. Gang der Darstellung

Zur Adressierung dieser Themenkomplexe widmet sich der erste Teil der Arbeit einer grundlagenorientierten Analyse zu den Zwecken des geltenden Revisionsverfahrens. Nach einer Untersuchung der historischen Entwicklungslinien zur Funktion einer zivilgerichtlichen Höchstgerichtsbarkeit im deutschen Rechts-

<sup>81</sup> Vgl. *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 102f., 306f., zu einer Rechtsfrage zur Rechtsnachfolge bei einer Personenhandelsgesellschaft, bei der der BGH 20 Jahre auf ein geeignetes Revisionsverfahren zur Rechtsklärung warten musste. In England dauerte es ca. 230 Jahre, bis nach Erlass des *Landlord and Tenant Act* 1709 (c. 18) eine Frage zum Vermieterpfandrecht entschieden werden konnte (*Hickman v. Potts* [1940] 1 K. B. 29; näher *Maultzsch* aaO, S. 307). Nach *Devlin* (Samples of Lawmaking, S. 14) gilt: „half a century is not an unreasonable estimate of the time that is likely to elapse before a doubtful point is settled.“

<sup>82</sup> Vgl. § 13. I.–III.

<sup>83</sup> Kritisch zum verfahrensrechtlichen Effizienzkriterium *Bruns* ZZZP 2011, 29ff.

<sup>84</sup> Vgl. etwa die Begründung der Bundesregierung zum ZPO-RG (BT-Drs. 14/4722, S. 1) sowie die Analyse bei *Bar Niv/Safra* 2 Review of Law & Economics 381 ff. (2006).

<sup>85</sup> Gerade die US-Wissenschaft hat dazu bereits eine umfassende Diskussion angestoßen, z. B. *Songer/Segal/Cameron* 38 Am. J. Pol. Science 673 (1994); *Cameron/Segal/Songer* 94 Am. Pol. Sci. Rev. 101 (2000); *Shavell* 24 J. of Legal Stud. 379 (1995); *ders.* 35 J. Legal Stud. 1 (2006); *ders.* 39 J. Legal Stud. 63 (jeweils zu den US Federal Courts). Vgl. zudem die darauf aufbauende Analyse des deutschen Rechts bei *Wagner*, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Bork et al. (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, S. 157 ff.

<sup>86</sup> BVerfG NJW 2003, 1924; zuvor bereits BVerfGE 1, 433, 437.

kreis (§2) wird den Rechtsmittelzwecken aus verfassungsrechtlicher, prozessrechtsdogmatischer und rechtstatsächlicher Perspektive nachgespürt (§3). Darauf aufbauend wird die Realisierung der Rechtsmittelzwecke de lege lata analysiert, wobei ein besonderes Augenmerk auf das Revisionszulassungsverfahren, den Prüfungsrahmen des Revisionsgerichts und dessen Verhältnis zur intermediären Berufungsinstanz gelegt wird (§4). Im zweiten Teil schließt sich eine Untersuchung zu Stellung und Arbeitsweise des Revisionsgerichts an. Zum einen wird dabei das Verhältnis des BGH im Justizsystem und vornehmlich die Beziehung zu EuGH, EGMR und BVerfG untersucht (§5). Zum anderen werden die am Revisionsverfahren beteiligten Akteure – die Richterschaft und Anwaltschaft am BGH – und ihre funktionale Bedeutung bei der Rechtsfindung erörtert (§6), ehe auf den Stil und die Veröffentlichungspraxis höchstrichterlicher Entscheidungen und deren Bedeutung für die Rechtsentwicklung eingegangen wird (§7). Der dritte Teil der Untersuchung ist vorrangig einer Analyse der Revisionszwecke im Rechtsvergleich gewidmet. Dabei wird die Funktionalität des Revisionsverfahrens dem französischen Kassations- (§9), dem englischen *appeal*- (§10) und dem US-amerikanischen *certiorari*-Modell (§11) gegenübergestellt und Funktionskonvergenzen und -divergenzen vergleichend herausgearbeitet (§§8, 12). Der letzte Teil der Arbeit widmet sich den derzeitigen Herausforderungen des Revisionsverfahrens de lege lata et ferenda und möchte einen Blick auf die zukünftige Entwicklung des Revisionsrechts werfen. Dabei wird sowohl den Möglichkeiten zur Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts aus rechtsvergleichender Perspektive (§13) als auch Modellen zur verfahrensrechtlichen Effektivierung (§14) nachgegangen. Die Untersuchung schließt mit einer Bewertung der gefundenen Ergebnisse (§15).

## §2 Historische Entwicklungslinien

Die Entstehung einer Höchstgerichtsbarkeit im deutschen Rechtskreis und die damit einhergehende Herausbildung des Revisionsrechts zeigt, dass sich manche Grundstrukturen des geltenden Revisionsmodells in der rechtshistorischen Entwicklung weit zurückverfolgen lassen, obschon dessen Ursprünge mannigfaltig und auch in der rechtshistorischen Forschung noch nicht abschließend geklärt sind. Die Existenz des Phänotyps ‚Rechtsmittel‘ ist dabei beinahe so alt wie die Entstehung des Rechts selbst.<sup>1</sup> Spätestens seit Augusteischer Zeit können erstinstanzliche Urteile mittels *appellatio* oder *provocatio* von einer höheren Instanz überprüft werden.<sup>2</sup> Während diese Ergebniskorrektur über Jahrhunderte hinweg ausschließlich der Individualgerechtigkeit diene und in institutioneller Hinsicht noch nicht den Anforderungen einer unabhängigen dritten Gewalt genügte – meist erfolgte die Anrufung des Kaisers als obersten Gerichtsherrn im Wege eines Gnadengesuchs –, setzte sich der Gedanke der objektiven Rechtsdurchsetzung und Rechtsfortbildung durch eine höchstrichterliche Entscheidung erst mit der Etablierung eines institutionell unabhängigen Justizsystems und eines (meist dreistufigen) Instanzenzugs<sup>3</sup> beginnend ab dem 16. Jahrhundert durch.<sup>4</sup>

### I. Die Anfänge im Alten Reich

Nimmt man den dem Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation zugeschriebenen Rechtskreis zum Ausgangspunkt, konnte sich – nicht zuletzt aufgrund der partikularistisch-zersplitterten Struktur des Staatsgebiets – zunächst noch keine Höchstgerichtsbarkeit im modernen Sinne oder ein diese flankierendes Verfahrensrecht entwickeln. Im ding-genossenschaftlichen germanischen Prozess war ein Instanzenzug vollkommen unbekannt; eine Überprüfung des einmal gefundenen Urteils durch eine legitimatorisch übergeordnete Instanz war nicht vorgesehen, da der Fall assoziativ nach tradierten, mündlichen Rechtsregeln aus der Mitte der Gerichtsversammlung heraus entschieden wurde.<sup>5</sup> Dem germanischen Prozess wohn-

<sup>1</sup> Herzog/Karlen, Attacks on judicial decisions, in: Cappelletti (Hrsg.), International Encyclopedia of comparative law, Vol. XVI, Rn. 8–135.

<sup>2</sup> Einzelheiten bei Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, § 75 (zum klassischen Kognitionsverfahren), § 95 (zum nachklassischen Verfahren).

<sup>3</sup> Zu den Voraussetzungen: Weitzel, Instanzenzug, in: HRG, Bd. II, Sp. 1264.

<sup>4</sup> Diese Dichotomie wurde teilweise bis in die Neuzeit bestritten; vehement noch gegen eine Grundsatzrevision protestierend z. B. Arndt NJW 1962, 1660, 1662 („Narzissmus der Justiz“).

<sup>5</sup> Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 15.

te daher noch die Vorstellung der Einstufigkeit der Rechtsfindung inne, die einen formalen Instanzenzug ausschloss. Eine Ergebniskorrektur erfolgte vielmehr dadurch, dass jedermann das gefundene Urteil „schelten“ konnte (sog. *Urteilsschelte*), um so ein neues Verfahren vor der Gerichtsversammlung selbst zu erreichen.<sup>6</sup>

Dies änderte sich erst, als die Appellatio durch die Rezeption des gelehrten Rechts zunächst in den kanonischen und seit ca. dem 15. Jahrhundert auch in den weltlichen Prozess Eingang fand.<sup>7</sup> Mit dem 1495 auf dem Reichstag zu Worms errichteten Reichskammergericht (RKG) und dem um 1497/1498 als Pendant gegründeten Reichshofrat (RHR) am Sitz des Kaisers<sup>8</sup> wurde eine institutionelle Gerichtsbarkeit für das gesamte Regnum Teutonicum geschaffen, die als höchstgerichtlicher Duopol fungierte, da ein Verfahren meist wahlweise vor einem der beiden Gerichte anhängig gemacht werden konnte.<sup>9</sup> Das RKG, welches die längste Zeit seiner Existenz in Speyer und Wetzlar residierte,<sup>10</sup> entschied dabei nicht nur über Streitigkeiten zwischen Reichsunmittelbaren und in Landfriedenssachen, sondern war zudem höchstes Appellationsgericht gegen Entscheidungen der Territorialgerichte und der Landesherrn (Untertanenprozess).<sup>11</sup>

Auch in den landesherrlichen Territorien setzte sich im Hochmittelalter langsam ein mehrstufiger Gerichtsaufbau durch, an dessen Spitze ein Obergericht/Oberhof stand, welches von den Parteien nach Anrufung des Appellationsgerichts als intermediäre Instanz (sofern diese existierte) mit der Letztentscheidung betraut werden konnte.<sup>12</sup> Erste Spuren einer Revision im modernen Sinne lassen sich daher bereits in die Blütezeit des Alten Reiches zurückverfolgen, auch wenn diese Aussage mit dem Caveat versehen werden muss, dass sich sowohl begrifflich als auch inhaltlich lange Zeit keine genaue Abgrenzung und inhaltliche Konturierung der einzelnen Rechtsmittel herauskristallisieren konnte, weil in den Gerichtssystemen der Territorialstaaten noch die nach modernem Verständnis elementaren Voraussetzungen für ein unabhängiges und hierarchisch gegliedertes Gerichtssystem fehlten.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 99ff.; s. auch ders., Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 2ff.

<sup>7</sup> Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 16; Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 105f., 109f.; ders., Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 1ff.

<sup>8</sup> Zu beiden Gerichten: Smend, Das Reichskammergericht; Gschließer, Der Reichshofrat (jeweils passim).

<sup>9</sup> Kroeschell/Cordes/Neelsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 279. S. ferner zu dem 1235 im Mainzer Reichslandfrieden etablierten Hofrichter sowie zum 1415 erstmals urkundlich erwähnten Königlichen Kammergericht: Buschmann NJW 1979, 1966f. mwN.

<sup>10</sup> Kroeschell/Cordes/Neelsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 277: Damit etablierte sich bereits eine deutsche Sondertradition, wonach das Höchstgericht – anders in den meisten europäischen Staaten – nicht in unmittelbarer räumlicher Nähe zu Parlament und Regierung residiert.

<sup>11</sup> Einzelheiten bei Kroeschell/Cordes/Neelsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 277f. mwN.

<sup>12</sup> Einzelheiten bei Weitzel, Instanzenzug, in: HRG Bd. II, Sp. 1263, 1265.

<sup>13</sup> Näher Weitzel, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9f.

## 1. Appellation zum Reichskammergericht

### a) Funktion

Das RKG fungierte als letztinstanzliche und reichsübergreifende Appellationsinstanz gegen Urteile der territorialstaatlichen Gerichte.<sup>14</sup> Die rechtsgeschichtliche Forschung geht dabei davon aus, dass sich die Appellation auf Reichsebene um 1450 in Deutschland endgültig durchsetzen konnte, wobei die Beeinflussung und Überformung der germanischen Urteilsschelte in den Territorialstaaten durch den römisch-kanonisch inspirierten Appellationsgedanken den wesentlichen Entwicklungsimpuls bildete.<sup>15</sup> Bereits die Reichskammergerichtsordnung (RKG) 1495 setzt die Appellation als bekanntes Rechtsmittel voraus,<sup>16</sup> welche in Zivilrechtsstreitigkeiten grundsätzlich nur gegen ein Urteil des jeweiligen höchsten Territorialgerichts zulässig war.<sup>17</sup> Dabei bestand weitgehend Appellationsfreiheit, weil nach der RKG 1555 „hierfür keyner gezwungen werden soll, sich des appellirens zu enthalten oder von gethaner appellation abzustehen“.<sup>18</sup>

Die Appellation zum RKG hatte Suspensiv- und Devolutiveffekt und zielte auf eine Überprüfung des ergangenen Urteils in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht ab.<sup>19</sup> Damit steht sie dem Rechtsmitteltyp der Berufung als *de novo*-Verfahren noch bedeutend näher als dem modernen Revisionsprozess. Jedoch kristallisierte sich im Appellationsprozess vor dem RKG schon früh die Unterscheidung zwischen prozessuellem und materiellrechtlichem Mangel heraus, die sich bis heute im Revisionsrecht der ZPO wiederfindet:<sup>20</sup> Während das wegen falscher Gesetzesanwendung fehlerhafte Urteil (*Iniquität*) grundsätzlich mit der Appellation angreifbar war, musste die auf einem wesentlichen Verfahrensmangel oder grober Rechtsverletzung beruhende Nichtigkeit der Entscheidung (*Nullität*) mit der Nullitätsbeschwerde (Nullitätsquerel, *querela nullitatis*) angegriffen werden, weil das Urteil in diesem Fall aus sich selbst heraus „null und nichtig“ war.<sup>21</sup> Erst allmählich

<sup>14</sup> *Döbring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, S. 1.

<sup>15</sup> *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 109f., 125, 130f. mwN.

<sup>16</sup> Einzelheiten bei *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 238f. mwN.; *Broß*, Untersuchungen zu den Appellationsbestimmungen der Reichskammergerichtsordnung von 1495, S. 10.

<sup>17</sup> *Weitzel*, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 11. Das RKG sollte daher gem. § 13 RKG 1495 keine Appellation annehmen, „die nit gradatim geschehen wär, das ist an das nechst ordentlich Obergericht“.

<sup>18</sup> RKG 1555 Teil II Tit. 28, § 2 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 205).

<sup>19</sup> Einzelheiten bei *Weitzel*, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 11.; *Broß*, Untersuchungen zu den Appellationsbestimmungen der Reichskammergerichtsordnung von 1495, S. 38f. mwN.

<sup>20</sup> Dazu noch sub § 4. I. 3. b).

<sup>21</sup> *Endemann*, Das Deutsche Zivilprozeßrecht, S. 937 ff. („Eine mit solchem Mangel behaftete Sentenz war nur der äußere Schein einer solchen. Auf materielle Gültigkeit hatte sie so wenig Anspruch, wie ein anderer contractus injustus.“); *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans

ging die Nullität als ein Begründungselement in der Appellation auf, auch wenn die Nullitätsbeschwerde (wohl) weiterhin als eigenständiges Rechtsmittel erhalten blieb.<sup>22</sup>

Bemerkenswert bei den frühen Vorläufern des höchstgerichtlichen Verfahrens ist zudem der – noch immer anzutreffende (vgl. § 542 Abs. 1 ZPO) – Grundsatz, dass Interlokute (Zwischen- und Nebenentscheidungen) nach § 24 RKG 1495 nur dann eigenständig angreifbar waren, wenn diese einem Endurteil gleichkamen oder eine eigenständige Beschwer aufwiesen.<sup>23</sup> Auch entwickelte sich schon früh der Gedanke einer Beschwerdesumme (*summa appellabilis* bzw. *summa gravaminis*) als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Appellation<sup>24</sup> sowie die Schriftlichkeit des Verfahrens heraus (vgl. § 14 RKG 1495).

### b) Bedeutung des Verfahrens

Ob die Entwicklung der Appellation zum RKG ein prozessrechtlich bedeutender Fortschritt war, wird rechtshistorisch noch immer uneinheitlich beantwortet. Kurz nach Gründung des RKG war dessen Überlastung bereits sprichwörtlich bekannt,<sup>25</sup> weshalb die Reichsgesetzgebung der nächsten Jahrzehnte bemüht war, „die Justitia an unserm Kayserl. Cammer=Gericht mit Abkürzung deß verzüglichen procedirens zu befördern“<sup>26</sup> und damit „der Justitien an berühmtem [...] Cammer=Gericht [...] einmal auß dem Grund zu helffen“.<sup>27</sup> Die Überlastung des Höchstgerichts war jedoch ein immer wiederkehrendes Problem; der junge Johann Wolfgang von Goethe schilderte nach seinem Besuch des RKG im Jahr 1772 in einer oftmals zitierten Darstellung:

---

Reichskammergericht, S. 46. S. umfassend zur historischen Entwicklung *Skedl*, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung, S. 1 ff.

<sup>22</sup> Einzelheiten bei *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 47 ff. Zum Verhältnis zwischen Nullitätsbeschwerde und Appellation s. *ders.*, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 14.

<sup>23</sup> Näher *Broß*, Untersuchungen zu den Appellationsbestimmungen der Reichskammergerichtsordnung von 1495, S. 53 ff. mwN; *Weitzel*, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 12.

<sup>24</sup> Dazu *Schildt*, Das Reichskammergericht als oberste Rechtsmittelinstanz im Reich, in: Auer/Ortlieb (Hrsg.), Appellation und Revision im Europa des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit, S. 67, 68 f.; weiterführend *Renaud*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 528 ff.; *Endemann*, Das Deutsche Zivilprozeßrecht, S. 898 f.; *Weitzel*, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 11.

<sup>25</sup> Vgl. RA 1570 § 43 (nachgewiesen bei *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 114), wonach „eine solch grosse Menge Rechtlicher Sachen, an ermeldtem unserm Cammer=Gericht anhängig, so auch je länger je mehr zunehmen, daß dieselbige [...] zuletzt sich selbst stöcken, und also die bedrangte Partheyen zu Erlangung gebührlichen Rechts, gantz beschwerlich kommen werden mögen“.

<sup>26</sup> RA 1570 § 2 (nachgewiesen bei *Mencke*, o. Fn. 25).

<sup>27</sup> RA 1570 § 44 (nachgewiesen bei *Mencke*, o. Fn. 25).

„ein ungeheurer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da die siebzehn Assessoren nicht einmal im Stande waren, das Laufende wegzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich angehäuft, jährlich konnten sechzig abgetan werden, und das Doppelte kam hinzu. Auch auf die Visitatoren wartete keine geringe Anzahl von Revisionen, man wollte ihrer funfzigtausend zählen. Überdies hinderte so mancher Mißbrauch den Gerichtsgang; als das Bedenklichste aber von allem erschienen im Hintergrunde die persönlichen Verbrechen einiger Assessoren.“<sup>28</sup>

Erheblich abgeschwächt wurde die Appellationsfunktion des RKG im Alten Reich zudem durch *privilegia de non appellando*,<sup>29</sup> die es insbesondere den kurfürstlichen Landesherrn<sup>30</sup> gestatteten, eine landeseigene Höchstgerichtsbarkeit zu etablieren, welche die Zuständigkeit des RKG als Rechtsmittelinstanz in der Regel verdrängte.<sup>31</sup> Das Kammergericht in Berlin oder das Bayerische Oberste Landesgericht sind noch existierende Beispiele dieser Landes-Appellationsgerichte.<sup>32</sup> Dabei existierten nicht limitierte Appellations-Befreiungen (*privilegium de non appellando illimitatum*), die regelmäßig nur den Kurfürsten und einigen besonders bedeutsamen Landesherrn zustanden,<sup>33</sup> sowie limitierte, die entweder bestimmte Streitsachen von der Appellation ausnahmen oder deren Zulässigkeit an eine Beschwerdesumme (*summa gravaminis*) knüpften.<sup>34</sup> Bei Fällen der Justizverweigerung (*iustitia denegata*) und der Rechtsverzögerung (*iustitia protracta*) konnte das RKG dagegen auch bei Bestehen eines Appellationsprivilegs weiter angerufen werden.<sup>35</sup>

Die Gerichtsverfassung des Alten Reiches war damit von zwar existierenden Zentralgerichten (Reichskammergericht und Reichshofrat) geprägt, welche allerdings nicht wenige Kompetenzen an die partikularen Territorialgerichte abgeben mussten. Damit grenzt sich die deutsche Rechtsentwicklung z. B. von der eng-

<sup>28</sup> Goethe, Dichtung und Wahrheit, 12. Buch; näher Heusinger, Vom Reichskammergericht, seinen Nachwirkungen und seinem Verhältnis zu den heutigen Zentralgerichten, S. 21 f. Eine ähnliche Kritik findet sich bei Hegel, Die Verfassung des Deutschen Reichs, S. 48 ff.

<sup>29</sup> Umfassend Lück, Appellationsprivilegien als Gestaltungsfaktoren der Gerichtsverfassung im Alten Reich, in: Auer/Ortlieb (Hrsg.), Appellation und Revision im Europa des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit, S. 53 ff. mwN.

<sup>30</sup> Die Goldene Bulle von 1356 gewährte sämtlichen Kurfürsten das *privilegium de non evocando et de non appellando* (Einzelheiten bei Kern, Die Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, S. 15).

<sup>31</sup> Näher Fischer JZ 2010, 1077, 1078 f., und Diestelkamp, Rechtsfälle aus dem Alten Reich, S. 28. Diese nahmen nach 1495 schnell zu: 1654 gab es keinen bedeutenden Reichsstand, der kein *privilegium* innehatte (Einzelheiten bei Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 36 ff.).

<sup>32</sup> Fischer JZ 2010, 1077, 1079; dem Kammergericht war indes noch das Oberappellationsgericht in Berlin übergeordnet.

<sup>33</sup> Weitzel, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 12.

<sup>34</sup> Weitzel, Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., S. 9, 12; umfassend Eisenhardt, Die kaiserlichen Privilegien de non appellando (passim).

<sup>35</sup> Näher Jessen, Der Einfluss von Reichshofrat und Reichskammergericht auf die Entstehung und Entwicklung des Oberappellationsgerichts Celle, S. 89 f. mwN.

lischen Gerichtsverfassung ab, in der sich eine zentrale Gerichtsbarkeit am Sitz des Königs bis zur *curia regis* (1066) zurückverfolgen lässt.<sup>36</sup>

### c) Fortwirkung des Appellationsprozesses

Obschon durch den Appellationsprozess vor dem RKG ein Grundstein für ein Rechtsmittelsystem nach modernem Verständnis gelegt wurde, sollte dieses den Untergang des Alten Reiches nicht überdauern (dazu sogleich). Jedoch hatte das kammergerichtliche Verfahren Einfluss auf die spätere Rechtsentwicklung, da sich das Rechtsmittelverfahren in der RKG nach und nach durch Rechtsmittel- und Präklusionsfristen, eine Appellationssumme sowie eine interne Gerichtsorganisation formalisierte.<sup>37</sup> Da von allen Richtern am RKG ein juristisches Studium gefordert wurde,<sup>38</sup> setzte zudem früh eine Professionalisierung des richterlichen Berufsstands ein. Damit ging auch die – den deutschrechtlichen Rechtsprechungsdiskurs noch immer prägende<sup>39</sup> – Einbindung der Jurisprudenz in die höchst-richterliche Rechtsfindung einher, etwa durch *Consilia* (Rechtsgutachten zu anhängigen Streitigkeiten) und *Responsen* der Juristenfakultäten.<sup>40</sup> Diese Form der Aktenversendung hatte sich schon im frühen 16. Jahrhundert etabliert<sup>41</sup> und dauerte teilweise bis zum Erlass der Reichsjustizgesetze fort.<sup>42</sup>

Dennoch war die Idee einer systematisierenden oder vereinheitlichenden Fortentwicklung des Rechts durch das RKG noch nicht vorhanden, nicht zuletzt, weil zu den Entscheidungen zwar interne Voten existierten, die Urteile als *arcana sive secreta* selbst jedoch kraft hoheitlicher Autorität nicht begründet wurden.<sup>43</sup> Der Erlass begründeter Entscheidungen als Kernaufgabe der rechtsprechenden Ge-

<sup>36</sup> Dazu *Carter*, A History of English Legal Institutions, S. 34 ff.; *Baker*, An Introduction to English Legal History, S. 17 ff., 37 ff., 135 ff.; sowie noch sub § 10. I.

<sup>37</sup> Einzelheiten bei *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 34 f. mwN. Seit der Mitte des 15. Jahrhunderts finden sich Appellationssummen auch in den Territorialstaaten, die den Zugang an die Hofgerichte beschränkten (vgl. *ders.*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 253 mwN).

<sup>38</sup> *Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, S. 19 f.: Die RKG forderte auch von den adligen Beisitzern eine juristische Ausbildung.

<sup>39</sup> Näher dazu sub § 6. I. 1. und § 7. II. 2.

<sup>40</sup> *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 291; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, S. 50 ff. mit Einzelheiten zur Unterscheidung zwischen Gutachten und Urteilen.

<sup>41</sup> *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 291; *Dawson*, The Oracles of the Law, S. 200 f. Auch in personeller Hinsicht zeigten sich reiche Querverbindungen: Benedikt Carpzov war nicht nur Rechtsprofessor, sondern auch Richter am Schöppenstuhl und am Oberhofgericht in Leipzig (zur Person: Jerouschek/Schild/Gropp [Hrsg.], Benedict Carpzov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen, S. 1 ff.).

<sup>42</sup> Einzelheiten bei *Bülow*, Das Ende des Aktenversendungsrechts, S. 1 ff.; *Falk*, Entscheidungsfindung durch Aktenversendung – ein besonders objektives Gerichtsverfahren?, in: *Bongartz/Denzler/Katzer/Stodolkowitz* (Hrsg.), Feder und Recht: Schriftlichkeit und Gerichtswesen in der Vormoderne, S. 87 ff.

<sup>43</sup> Näher *Gehrke*, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur, S. 25 mwN; *Fischer* JZ 2010, 1077, 1078; *ders.* JuS 1995, 654, 655; *Heusinger*, Vom Reichskammergericht, seinen Nachwirkungen und seinem Verhältnis zu den heutigen Zentralgerichten, S. 25; *Sellert*, Prozessgrundsätze

walt (und des Höchstgerichts im Besonderen) konnte damit noch nicht gewährleistet werden.<sup>44</sup> Dieses Manko für die Rechtsentwicklung im Alten Reich wurde nur dadurch etwas abgemildert, dass ehemalige Assessoren des Gerichts (zunächst private) Nachschlagewerke publizierten, welche die Rechtsprechung des Gerichts zusammenfassten.<sup>45</sup> Diese trugen entscheidend zur Rezeption der Rechtsprechung bei und legten einen weiteren Grundstein für die heutige Symbiose zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung.<sup>46</sup>

Ganz aufgewogen werden konnte das Fehlen öffentlich zugänglicher Entscheidungsbegründungen damit indes nicht,<sup>47</sup> da von Mitgliedern höherer Gerichte autorisierte Entscheidungssammlungen erst im 18., (teil-)amtliche Entscheidungssammlungen, welche die „Gründe der Erkenntnisse“ wiedergeben, meist erst im 19. Jahrhundert vorzufinden sind.<sup>48</sup> Vielmehr überzog bis Mitte des 18. Jahrhunderts die Auffassung, dass weder nach römischem noch nach kanonischem Recht eine Mitteilung der Entscheidungsgründe an die Parteien erfolgen musste.<sup>49</sup> Die Verbreitung höchstrichterlicher Rechtsprechung hat sich damit wesentlich zögerlicher durchgesetzt als z. B. die Law Reports im Vereinigten Königreich, die seit dem Jahr 1220 Urteile dokumentieren.<sup>50</sup> Auch in Frankreich sind die ersten privaten Urteilssammlungen (Recueils d'arrêts) mit den *Questiones* von Jean Lecoq schon seit dem 14. Jahrhundert belegt und waren im 16. Jahrhundert flächendeckend verbreitet.<sup>51</sup>

---

und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, S. 358 ff.

<sup>44</sup> Vgl. nur *Bruns*, Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen – Nobile Officium oder Rechtspflicht?, in: Tichý et. al. (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 471 ff.

<sup>45</sup> Näher *Press*, Das Reichskammergericht in der deutschen Geschichte, S. 41; *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 290f. Bedeutendste Beispiele sind die „Singularium Observationum Iudicii Imperialis Camerae centuriae quator“ (1563) von *Joachim Mynsinger von Frundeck* (1514–1588), die 1578 erschienene Entscheidungssammlung „Practicae Observationes“ von *Andreas Gail* (1526–1587) sowie *Adrian Gylmanns* „Symphorema supplicationum pro processibus super omnibus ac singulis Imperii Romani constitutionibus in supremo Camerae Imperialis Auditorio impetrandis“ (1601) (näher *Gehrke*, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur, S. 11 ff.; *Fischer* JZ 2010, 1077, 1078; *Schlosser*, Europäische Rechtsgeschichte, S. 152).

<sup>46</sup> Näher *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 290.

<sup>47</sup> *Heusinger*, Vom Reichskammergericht, seinen Nachwirkungen und seinem Verhältnis zu den heutigen Zentralgerichten, S. 25f.

<sup>48</sup> *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 291, sowie weiterführend *Mohnhaupt* FS Distelkamp, S. 403 ff.

<sup>49</sup> Näher *Gehrke*, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur, S. 31.

<sup>50</sup> *The English Reports* vereinigen Entscheidungen englischer Obergerichte zwischen 1220 und 1866 in 178 Bänden. Erste Entscheidungssammlungen sind die sog. *Year Books*, die in einer zusammenhängenden Serie den Zeitraum zwischen 1289 und 1535 abdecken (näher *Kiralfy*, *Potter's Outlines of English Legal History*, S. 25f.). Seit 1865 werden Entscheidungen in den *Law Reports* des ICLR (The Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales) veröffentlicht (näher *Dawson*, *The Oracles of the Law*, S. 9ff., 50ff., 65ff.).

<sup>51</sup> Einzelheiten bei *Müßig*, Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England, in:

## 2. Die Überprüfung von Entscheidungen des Reichskammergerichts

### a) Funktion

Obwohl das RKG konzeptionell als Höchstgerichtsbarkeit auf Reichsebene funktionierte, setzte sich bald eine – für letztinstanzliche Gerichte atypische und letztlich auch im Widerspruch zur RKGO 1495 stehende – (weitere) Überprüfungsmöglichkeit von dessen Urteilen durch.<sup>52</sup> Anknüpfend an das römische Recht war zunächst eine *supplicatio* als Bittschrift an den Kaiser zur Überprüfung der Urteile des Kammergerichts möglich.<sup>53</sup> Daraus (und insbesondere, weil von den Parteien immer wieder die Qualität der Urteile bemängelt wurde<sup>54</sup>) entwickelte sich die sog. *Reichskammergerichtsvisitation*, eine jährlich vorgesehene Evaluierung des Gerichts durch Vertreter der Reichsstände und des Kaisers in Form einer Kommission aus Gelehrten.<sup>55</sup> Funktional nahmen diese bald eine quasi-rechtsprechende Tätigkeit wahr und konnten bei einer Beschwerde die Akten erneut durchsehen und in der Sache entscheiden.<sup>56</sup>

Im 16. Jahrhundert verstetigte sich die Visitation; im Reichsabschied 1532 wurde ein zunächst als *Supplikation* bezeichnetes Rechtsmittel gegen Urteile des RKG zugelassen, das an die Visitation zu richten war.<sup>57</sup> Damit konnte eine außerordentliche Kontrolle kammergerichtlicher Entscheidungen erreicht werden.<sup>58</sup> Es trat zunächst neben die Syndikatsklage, eine auf das römische Recht zurückgehende Schadensersatzklage gegen den erkennenden Richter, der absichtlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Urteil gefällt hatte.<sup>59</sup> Dabei führte man mit dem Begriff der Supplikation das kaiserliche Bittgesuch nach römischem Recht (*supplicatio*)

---

Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, S. 19, 30; *Dauchy*, *Cours souveraines et genèse de l'Etat*, in: Diestelkamp (Hrsg.), *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit*, S. 45–72, 68f.: Dabei handelte es sich jedoch meist noch um eine Beschreibung des Parteivorbringens.

<sup>52</sup> *Kirschvink*, *Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich*, S. 23 ff.

<sup>53</sup> *Renaud*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts*, S. 526f.; *Endemann*, *Das Deutsche Zivilprozeßrecht*, S. 934; *Weitzel*, *Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht*, in: Czeghun et al. (Hrsg.), *Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V.*, S. 9, 16.

<sup>54</sup> Zu den Hintergründen *Mencke*, *Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, S. 1 ff. mwN. Dies lag insbesondere an der unzureichenden Besetzung des Gerichts und der schlechten Besoldung der Richter, vgl. *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2, S. 278.

<sup>55</sup> Umfassend zu den komplexen Einzelheiten der Visitation *Mencke*, *Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, S. 1 ff.

<sup>56</sup> *Kirschvink*, *Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich*, S. 35 ff. mwN; s. auch *Mencke*, *Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, S. 13 ff.

<sup>57</sup> RA 1532 Tit. 3 § 17 (Text bei *Kirschvink*, *Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich*, S. 49f.). Erste Anzeichen eines revisionsähnlichen Überprüfungsverfahrens finden sich bereits im RA 1512, vgl. *Mencke*, *Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, S. 52.

<sup>58</sup> *Endemann*, *Das Deutsche Zivilprozeßrecht*, S. 935.

<sup>59</sup> Vgl. *Mencke*, *Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert*, S. 51 mwN, 126f. (Fn. 709): Die Syndikatsklage hatte in den seltensten Fällen Erfolg, da der Kläger erhebliche Beweisprobleme hatte, zumal alle Gerichtsmitglieder zur Geheimhaltung verpflichtet waren.

terminologisch fort,<sup>60</sup> weil das Verfahren noch immer einem royalen Gnadenakt nahestand.<sup>61</sup> Es zeigten sich jedoch schon erste Strukturen eines justizförmlichen Verfahrens: Das Rechtsmittel war auf eine rechtliche Überprüfung des Urteils anhand der Akten beschränkt (da „allein aus den [...] Actis auf die Nichtigkeit oder unrechtmäßige Beschwerd der Urtheil gehandelt werden“ soll<sup>62</sup>) und verbot das Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismittel (kein *beneficium novorum*).<sup>63</sup>

### b) Entstehung der Revision

Eine (partiell) stärkere Trennung zwischen Syndikatsklage und dem – nunmehr auch *Revision* genanntem – Rechtsbehelf gegen reichskammergerichtliche Entscheidungen lässt sich in der RKGÖ 1555<sup>64</sup> verorten. Nach Teil III Tit. 53 („Von revision und besichtigung der acta [...]“) ist die Revision zur Visitationskommission – im Gegensatz zur Syndikatsklage – nur zulässig, sofern

„solch nichtigkeit oder Ungerechtigkeit erstgespröchner urtheyl nit auß betrug oder argelist, sonder alleyn auß übersehen, unfließ, unwissenheyt oder irrsall der procurator oder richter gevolgt [...]“,<sup>65</sup>

mithin eine Rechtsverletzung – in Abgrenzung zu einem vom Richter vorsätzlich herbeigeführten Fehlurteil – geltend gemacht wird.<sup>66</sup> Die Syndikatsklage gegen den Richter war daneben weiterhin möglich, wenn sich dieser z. B. der Bestechlichkeit schuldig gemacht oder sonst befangen geurteilt hatte.<sup>67</sup>

Die RKGÖ 1555 sah damit ein Anfechtungsverfahren gegen kammergerichtliche Urteile durch sog. *Revisoren*<sup>68</sup> vor, welches mit dem heutigen Revisionsverfahren insoweit vergleichbar ist (vgl. § 559 Abs. 1 ZPO), als lediglich der Akteninhalt der Vorinstanzen Verfahrensgegenstand<sup>69</sup> und neues Tatsachenvorbringen durch die Beschränkung auf „nichts newes, sonder alleyn die irrsall und ableynung

<sup>60</sup> Einzelheiten bei *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 50f. (insbesondere Fn. 279).

<sup>61</sup> Vgl. *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 55f.

<sup>62</sup> RA 1532 Tit. 3 § 17 (nachgewiesen bei *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 51); vgl. auch *Sellert*, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, S. 375.

<sup>63</sup> *Hülle*, Supplikation, in: HRG, Bd. V, Sp. 91; Einzelheiten zum Verfahren bei *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 50ff.

<sup>64</sup> Die Bestimmungen zur Revision waren teilweise schon in der RKGÖ 1548 eingearbeitet; vgl. zu den im Einzelnen streitigen Details *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 91f.

<sup>65</sup> RKGÖ 1555 Teil III Tit. 53, § 5 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 277).

<sup>66</sup> *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 85.

<sup>67</sup> Vgl. RKGÖ 1555 Teil III Titel 53, § 6 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 277).

<sup>68</sup> Diese mussten nicht notwendigerweise identisch mit den *Visitoren* sein, vgl. die teilweise umstrittenen Einzelheiten bei *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 85f.

<sup>69</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 17, S. 66ff.; *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 87.

derselben fürbringen und keynem theyl weyther oder mehr schriften“ ausgeschlossen war.<sup>70</sup> Da die Urteilsgründe des Kammergerichts jedoch nur ausnahmsweise schriftlich festgehalten und auch dann nur gerichtsintern verwahrt, nicht jedoch den Parteien mitgeteilt wurden,<sup>71</sup> war die Begründung des Rechtsmittels durch den Revidenten naturgemäß erschwert. Die Urteilsüberprüfung durch die Visitationskommission<sup>72</sup> beschränkte sich daher meist darauf, ob das Kammergericht das Recht auf den in den Akten festgehaltenen Sachverhalt korrekt angewendet und dabei keinen Rechtsfehler begangen hatte.<sup>73</sup>

Das Verfahren wurde zunächst nur zögerlich genutzt, erlebte jedoch gegen Ende des 16. Jahrhunderts eine erste Blütezeit,<sup>74</sup> auch wenn die Revision am RKG einen schlechten Ruf genoss, da die Kommissionen regelmäßig mit anderen Aufgaben überlastet waren.<sup>75</sup> Die Verfahrensausgestaltung war zudem komplex und folgte noch keinen einheitlichen Regeln.<sup>76</sup> Erste Elemente eines modernen Rechtsmittelsystems verfestigten sich jedoch weiter, etwa die Zulässigkeitsprüfung durch den iudex a quo, die Einführung einer Revisionssumme (*summa appellabilis*) und eine die Rechtskraft hemmende Einlegungsfrist.<sup>77</sup> Auch der Devolutiv- und Suspensiveffekt als Kernelement eines Rechtsmittels im engeren Sinne kristallisierte sich klarer heraus.<sup>78</sup> Dem geltenden Rechtsmittelrecht vergleichbar (vgl. §§ 538, 561 ff. ZPO), stand am Ende des Verfahrens entweder eine das angefochtene Urteil bestätigende (konfirmierende) oder reformierende Entscheidung; die Kommission sollte

„solliche urtheyl, so sie gerecht erfunden, widerumb confirmiren und bekreftigen oder, so ichtzit durch die urtheyler übersehen und geirrt oder söllich urtheyl sunst nichtig oder dem rediten nit gemeß were, reformiren“.<sup>79</sup>

Dabei stand der Gedanke der Verwirklichung von Individualgerechtigkeit noch ganz im Vordergrund: Mangels Veröffentlichung der Urteilsgründe hatten die Un-

<sup>70</sup> RKG 1555, Teil III Tit. 53 §3 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 276).

<sup>71</sup> Vgl. Sellert, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, S. 358 ff., 362 ff., 367.

<sup>72</sup> Zum Verfahren vgl. Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 566 f.

<sup>73</sup> Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 109.

<sup>74</sup> Mencke, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 127 f. Das erste nach Erlass der RKG 1555 eingelegte Revisionsverfahren betraf den Streit zwischen dem Markgrafen Johannes von Brandenburg-Küstrin und den Brüdern von Borck, welches ab 1559 die Visitationen beschäftigte und 1576 durch Vergleich beendet wurde (Mencke, aaO).

<sup>75</sup> Vgl. Sellert, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, S. 377 mwN.

<sup>76</sup> Einzelheiten bei Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 21 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>77</sup> Einzelheiten bei Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 88 ff. mwN. Vgl. auch RKG 1555 Teil III Tit. 53, §2 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 276) zum sog. *Sukkumbenzgeld*.

<sup>78</sup> Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 113 ff.

<sup>79</sup> RKG 1555, Teil III Tit. 53 §4 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 276 f.).

tergerichte keine Möglichkeit, sich in zukünftigen Verfahren daran zu orientieren.<sup>80</sup> Auch eine rechtsvereinheitlichende Funktion war dem Prozess noch völlig fremd.

### c) Bewertung

Ein früher Vorläufer des modernen Revisionsrechts zeigt sich bezeichnenderweise weniger bei der Appellation zum Reichskammergericht als de novo-Verfahren und stärker bei der Überprüfung höchstrichterlicher Entscheidungen selbst im Wege der Supplikation/Revision durch die Visitationskommission. Erste Wesensmerkmale für ein letztinstanzliches Rechtsmittel, wie die Beschränkung des Tatsachenstoffs auf den Akteninhalt, zeichneten sich dabei ab. Überwiegend wurde die Revision als außerordentlicher Rechtsbehelf angesehen, da die RKG 1555 an anderer Stelle („daß von urtheylen deß keyserlichen cammergerichts nicht appellirt oder supplicirt werden möge“)<sup>81</sup> anordnete, dass

„[...] von den urtheylen, am keiserlichen cammergericht ergangen und außgesprochen, keyn theyl weyter zu appelliren oder zu supplicirn macht haben soll“, andererseits „aber ey niche parthey sich durch die urtheyl deß keiserlichen cammergerichts beschwert zu sein vermeint, der sol gegen cammerrichter und beisitzern den weg der gemeinen recht und hernach gesetzter Ordnung von der revision und syndicat fürzunemen zugelassen und vorbehalten sein.“

Die Revision gegen Entscheidungen des RKG war damit ein *remedium extraordinarium*, das vom Souverän lediglich „ex benignitate et gratia“ und „contra regulas juris communis et ordinarii“<sup>82</sup> gewährt wurde.

## 3. Revisionsmodelle in den Territorialstaaten

### a) Grundsatz

Die Rezeption des römisch-gelehrten Prozesses führte im Laufe des 15. Jahrhunderts auch in den Territorialstaaten des Alten Reichs zur Etablierung eines Instanzenzugs.<sup>83</sup> Bereits die RKG 1495 setzte auf Landesebene einen – zwei- oder dreistufigen – Instanzenzug mit der Appellation als zentralem Rechtsmittel voraus.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 112. Auch nach dem damaligen Rechtsverständnis kam den Revisionsurteilen eine solche Aufgabe nicht zu: Nach der *dubia camerilia* (1595) sollte „in puncto juris dubio Revisio nit statt haben“ (Dub. 122 §10, Ludolff [Hrsg.], *Corpus Juris Cameralis*, S. 520).

<sup>81</sup> RKG 1555, Teil III Tit. 51 (nach Laufs [Hrsg.], Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, S. 274).

<sup>82</sup> *Bender*, De revisione actorum et sententiarum in augustissimo imperialis camerae judicio pronuntiatarum, S. 11 ff. (nachgewiesen bei *Mencke*, Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert, S. 87).

<sup>83</sup> *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 99 ff., 106 ff., 128 ff., 298 ff.

<sup>84</sup> *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 298: Die Landesherren hatten hier aber ein großes Ermessen – in kleineren Territorien gab es nur eine Instanz, teilweise auch mehr als drei.

Dies ging mit der zunehmend gefestigten staatsrechtlichen Stellung des jeweiligen Landesherrn als oberstem Richter einher, aus dessen Person sich die rechtsprechende Gewalt über seine Untertanen ableitete.<sup>85</sup> Schwert und Gericht symbolisierten die Autorität des Landesherrn,<sup>86</sup> welcher damit seinen Machtanspruch sowohl nach innen (gegenüber der rechtsunterworfenen Bevölkerung) als auch nach außen (gegenüber der Kaiserkrone) festigen konnte.

aa) *Revision als „letzte Übersehung“*

Dabei entwickelten sich zunächst partikularrechtliche Revisionsmodelle, die ergänzend neben die Appellation an die Reichsgerichte traten.<sup>87</sup> Auch diese haben ihren Ursprung in an den Landesherrn als obersten Gerichtsherrn gerichtete Gnadengesuche, an den sich die Parteien im Rahmen eines außerordentlichen Rechtsbehelfs wenden konnten, um ein Urteil kraft landesherrlicher Gerichtsgewalt außer Kraft zu setzen.<sup>88</sup> Ausgangspunkt war wiederum die aus dem römischen Recht entlehnte *supplicatio*/Supplik als (formlose) Bitte an den Landesherrn, welche sich im Laufe der Zeit zu einem (außerordentlichen) Rechtsmittel institutionalisierte.<sup>89</sup>

Dieses sich vornehmlich im 16. Jahrhundert entwickelnde Revisionsmodell schloss sich als „letzte Übersehung“ an die territorialstaatliche Appellation an.<sup>90</sup> Es unterschied sich prozessual noch nicht wesentlich von der Appellation und wurde daher häufig als Oberappellation bezeichnet,<sup>91</sup> wobei sich jedoch auch auf territorialer Ebene bald der Grundsatz herauskristallisierte, dass die Revision nicht auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden kann (kein *beneficium novorum*).<sup>92</sup> Der Schutz privater Rechte stand dabei noch immer im Mittelpunkt der Rechtsfindung; eine (quasi-)präjudizielle Wirkung höchstgerichtlicher Entscheidungen scheiterte bereits daran, dass judikative Begründungspflichten noch nicht existierten.<sup>93</sup> Die Nomenklatur des Hoch- und Spätmittelalters erwies sich zudem als uneinheitlich und verwirrend, da der Begriff der ‚Revision‘ in den partikula-

<sup>85</sup> Döhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, S. 3.

<sup>86</sup> Vgl. Sachsenspiegel (Landrecht) I 1; näher Roellecke, Über die richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: ders. (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, S. 1 f.

<sup>87</sup> Einzelheiten bei Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 289 f.

<sup>88</sup> Einzelheiten bei Hülle ZRG (GA) 1973, 194, 197 f.

<sup>89</sup> Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 287 f.

<sup>90</sup> Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 290 mit Verweis auf Eisenhardt, Das kurkölnische Oberappellationsgericht, in: Wolffram (Hrsg.), Recht und Rechtspflege in den Rheinlanden (1819–1969), S. 31, 45.

<sup>91</sup> Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 289.

<sup>92</sup> Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 289 mwN. Nach Schwinge (Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 7 f.) bestand jedoch aufgrund der Zersplitterung der deutschen Territorialstaaten bis ins 19. Jahrhundert hinein kein Bedürfnis nach einer strikten Trennung zwischen Rechts- und Tatfrage, weil das Zuständigkeitsgebiet der Höchstgerichte in räumlicher Hinsicht noch überschaubar war.

<sup>93</sup> Näher Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, S. 88 ff. mwN.

ren Rechten teilweise auch für eine erneute Verhandlung vor dem erkennenden Gericht im Sinne einer Wiederaufnahme des Verfahrens bzw. eines *retrial* verwendet wurde, sofern die ordentliche Appellation zur höheren Instanz nicht zur Verfügung stand.<sup>94</sup> Terminologisch entspricht insoweit der *recours en révision* im französischen Zivilprozess (vgl. Art. 593 ff. C. P. C.) einer Restitutionsklage nach modernem Verständnis der ZPO (vgl. § 580 ZPO).

*bb) Substituierende Revision bzw. Oberappellation*

Zu Beginn des 17. Jahrhunderts erlebte die territoriale Höchstgerichtsbarkeit eine erste Blütezeit: Mit dem Deputations-Abschied von 1600 wurde die Appellationssumme für eine Anrufung des RKG auf 300 Gulden festgesetzt und dafür den Territorialstaaten die Einführung eines dreistufigen Instanzenzugs mit der – noch immer keiner einheitlichen Nomenklatur folgenden<sup>95</sup> – Revision bzw. Oberappellation zur Höchstinstanz vorgeschrieben, damit die Parteien auch bei Verfahren, in denen eine Anrufung des Kammergerichts nicht mehr möglich war, eine höchstrichterliche Überprüfung des Urteils erreichen konnten.<sup>96</sup> Charakteristisch war insoweit, dass die Revision nicht primär auf die Abänderung der ergangenen Entscheidung, sondern eine inhaltliche Prüfung derselben abzielte.<sup>97</sup> Die territoriale Revision entfaltete indes – im Gegensatz zur Appellation – keinen Devolutiv-effekt, wurde im Übrigen jedoch noch weitgehend parallel zur Appellation entschieden.<sup>98</sup>

Dieses – als Substitut für die reichsrechtliche Appellation zum RKG – eingerichtete Rechtsmittel gewann erheblich an Bedeutung, da es auch beim Appellationsausschluss durch ein *privilegium de non appellando* eingriff<sup>99</sup> und eine Neuvergabe dieses kaiserlichen Privilegs von der Existenz eines *judicium revisorium*, d. h. einer gleichwertigen Revisions- bzw. Ober-Appellationsinstanz in den Territorialstaaten, abhängig gemacht wurde.<sup>100</sup> Da die *privilegia* für die Landesherrn von

<sup>94</sup> Vgl. *Renaud*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 565 ff. (aaO, S. 570: „Nach dem Sprachgebrauche einzelner Landesgesetzgebungen bezeichnet übrigens der Ausdruck ‚Revision‘ nicht ein eigenes, nicht devolutives und die Appellation ersetzendes Rechtsmittel, sondern ist derselbe bald für die Oberappellation, bald für die processualische Restitution oder für die Nichtigkeitsklage gegen Urtheile des höchsten Gerichts wegen offener Gesetze-Verletzung gebraucht.“); *Endemann*, Das Deutsche Zivilprozeßrecht, S. 935 f.; *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 773 f.

<sup>95</sup> Im sächsischen Recht war beispielsweise der Begriff ‚Leuteratio‘ gebräuchlich (s. hierzu *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 780).

<sup>96</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 163 f. Zur Stärkung der eigenen Landeshoheit waren dem viele Territorialstaaten bereits zuvor freiwillig nachgekommen; vgl. z. B. zur Entwicklung in Sachsen *Blaschke* ZRG (GA) 1967, 329 ff.

<sup>97</sup> Näher *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 660, 664: Dabei gewann insbesondere das Verfahren der Aktenversendung an die juristischen Fakultäten erheblich an Bedeutung (*Wetzell*, aaO, S. 773 ff.).

<sup>98</sup> *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 779.

<sup>99</sup> *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 289, 291.

<sup>100</sup> *Eisenhardt*, Entstehung, Entwicklung und Bedeutung der kaiserlichen privilegia de non appellando, in: Gilissen (Hrsg.), Consilium Magnum 1473–1973, S. 319, 338; *ders.* ZGR (GA) 1969,

erheblicher Bedeutung hinsichtlich der Festigung ihrer Landeshoheit waren, weil damit große Teile der Gerichtsgewalt im eigenen Territorium verblieben, konnten die territorialen Höchstgerichte ihre Stellung zulasten des reichskammergerichtlichen Verfahrens weiter ausbauen.<sup>101</sup> Bayern richtete etwa bereits 1625 das sog. Revisorium als territoriales Höchstgericht ein.<sup>102</sup>

Der Unterschied zwischen reichsrechtlich angeordneter und außerordentlicher Revision kraft landesherrlicher Gerichtsgewalt wurde jedoch oftmals im Unklaren gelassen.<sup>103</sup> Auch Umfang und Wesen dieser noch stark an die Appellation angelehnten Revision divergierten in den Territorialstaaten erheblich,<sup>104</sup> wobei insbesondere das Recht in Preußen, Hannover und Bayern bedeutsame Nachwirkungen über den Untergang des Alten Reichs hinaus haben sollte.

## b) Preußen

### aa) Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung

Preußen konnte sich durch ein umfassendes *privilegium de non appellando* (1702/1746) der Jurisdiktionsgewalt des RKG weitgehend entziehen.<sup>105</sup> Als territoriales Höchstgericht fungierte zunächst das preußische Ober-Appellationsgericht in Berlin, das 1782 vom Preußischen Obertribunal abgelöst wurde.<sup>106</sup> Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung (AGO) vom 06.07.1793 kodifizierte dabei als eine der ersten (deutschsprachigen) Gesamtkodifikationen das geltende Zivilverfahrensrecht (und sollte damit auch für die weitere Rechtsentwicklung eine entscheidende Bedeutung haben.) Die Revision als Rechtsmittel zum Höchstgericht war als Rechts- und Tatsacheninstanz strukturell noch an die ordentliche Appellation (Rechtsmittel zu den intermediären Instanzen) angelehnt,<sup>107</sup> jedoch von einer Beschwerdesumme abhängig.<sup>108</sup> Sie trug daher auch den Namen zweite oder

75, 89 f., 93 ff.; Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 291; Diestelkamp, Rechtsfalle aus dem Alten Reich, S. 28. S. ferner Kern, Die Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, S. 30.

<sup>101</sup> Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 164 f.

<sup>102</sup> Dazu sogleich sub § 2. I. 3. d) aa).

<sup>103</sup> Weitzel, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 291; vgl. zudem Lenel, Badens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung unter Markgraf Karl Friedrich 1738–1803, S. 150 ff. zur badischen Revisionsordnung vom 10.06.1748.

<sup>104</sup> Einzelheiten bei Jäger, Von dem Rechtsmittel der Revision und Actenversendung, S. 75 f., 81 ff., 119 ff. Gleiches gilt für die als Revision, *Supplikation* oder *Leuteratio* bezeichneten, außerordentlichen Rechtsbehelfe, mit denen sich die Parteien auch dann, wenn ihnen der Weg zu den Reichsgerichten eigentlich offenstand, für eine verfahrensabschließende Entscheidung an den jeweiligen Landesherrn wenden konnten (Einzelheiten bei Kirschvink, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 168 f.).

<sup>105</sup> Sonnenschmidt, Geschichte des königlichen Ober-Tribunals zu Berlin, S. 3 f. mwN; Kern, Die Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, S. 43, mit umfassenden Einzelheiten.

<sup>106</sup> Näher Kern, Die Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, S. 45 (auch zum Kammergericht). Die Besonderheiten des teilweise weiterhin geltenden gemeinen Rechts sollen vorliegend unberücksichtigt bleiben.

<sup>107</sup> Vgl. AGO 1793, I, 15. Tit., § 1.

<sup>108</sup> Einzelheiten bei AGO 1793, I, 15. Tit., § 2.

Oberappellation,<sup>109</sup> für die neben dem Obertribunal auch die Oberlandesgerichte zuständig waren.<sup>110</sup> Daneben existierte weiterhin die gemeinrechtliche Nullitätsklage bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln.<sup>111</sup>

Es zeigten sich jedoch erste Eigenheiten des letztinstanzlichen Verfahrens. Bedeutsam war insbesondere der strenge Begründungszwang der Revision; in der AGO 1793 heißt es: „Eine bloß in allgemeinen Ausdrücken abgefaßte Angabe, [...], muß in den Revisionsanmeldungen nicht zugelassen werden.“<sup>112</sup> Neue Tatsachen und Beweismittel waren in dritter Instanz ebenfalls nicht zulässig; Entscheidungsgrundlage vielmehr der erst- und zweitinstanzliche Prozessstoff.<sup>113</sup> Das Ober-Appellationsgericht konnte jedoch reformatorisch oder kassatorisch entscheiden und die Sache an das Ausgangsgericht zurückverweisen, wenn ein entscheidungserheblicher Umstand nicht ausreichend ermittelt wurde.<sup>114</sup>

#### bb) Innovation durch Entscheidungsbegründung

Die mit einfacher Stimmenmehrheit getroffene Revisionsentscheidung<sup>115</sup> erging zunächst noch begründungslos,<sup>116</sup> da man so einen Beitrag zum Rechtsfrieden leisten und der unterlegenen Partei keinen weiteren Anknüpfungspunkt für Kritik an der Entscheidung liefern wollte.<sup>117</sup> Zudem fürchtete der Gesetzgeber, eine Begründungspflicht könne der Autorität und dem Ansehen des Höchstgerichts – welches sich aus dem Jurisdiktionsanspruch des Souveräns ableitete – Schaden zufügen.<sup>118</sup> Retrospektiv erwies sich dieser Gedanke indes als kontraproduktiv: Die fehlende

<sup>109</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 176.

<sup>110</sup> Näher *Henke*, Die Tatfrage, S. 197.

<sup>111</sup> Näher *Schubert* ZRG (GA) 2007, 167, 169 f.

<sup>112</sup> AGO 1793, I, 15. Tit., § 5 S. 2.

<sup>113</sup> AGO 1793, I, 15. Tit., § 10: „Auf neue Thatsachen oder neue Beweismittel, welche in den beiden ersten Instanzen gar nicht vorgekommen sind, darf der Revisionsrichter keine Entscheidung gründen, sondern er muß diese lediglich nach der in erster und zweiter Instanz ausgemittelten Lage der Sache abfassen; wenn auch von den Parteien, bei Anmeldung der Revision, oder in ihren Rechtsausführungen, neue Thatsachen oder Beweismittel angebracht worden wären.“ Das Vorbringen neuer Tatsachen war damit zwar grundsätzlich ausgeschlossen (kein *beneficium novorum*), jedoch ließ die AGO 1793 noch weitreichende Ausnahmen für die Berücksichtigung von *nova* zu (näher *Schubert* ZRG [GA] 2007, 167, 170 mwN; *Henke*, Die Tatfrage, S. 196 f.).

<sup>114</sup> Vgl. AGO 1793, I, 15. Tit., § 8; Einzelheiten bei *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 178 ff.

<sup>115</sup> Vgl. AGO 1793, I, 15. Tit., § 7.

<sup>116</sup> AGO 1793, I, 15. Tit., § 22 („Bei Revisionserkenntnissen bedarf es nicht der Beifügung von Entscheidungsgründen.“); von *Caemmerer*, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, in: Ansprachen aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 03.10.1975, S. 21, 22.

<sup>117</sup> *Seynsche*, Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin, S. 325. Die rechtsfortbildende Funktion des Höchstgerichts wurde dadurch beschränkt, dass ungeklärte Rechtsfragen einer Gesetzeskommission vorgelegt werden mussten (näher *Kern*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, S. 46).

<sup>118</sup> von *Caemmerer*, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, in: Ansprachen aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 03.10.1975, S. 21, 22.

Begründung der Rechtsmittelentscheidungen führte zu Rechtsunsicherheit und zu einer Erhöhung der Verfahren, da den Untergerichten Leitentscheidungen zur Anwendung des Rechts fehlten.<sup>119</sup>

Während bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts noch der individualschützende Charakter des Prozesses im Vordergrund stand,<sup>120</sup> setzte sich daher in den 1820er Jahren in der Politik und Rechtswissenschaft der Gedanke durch, dass ein Höchstgericht auch der Rechtsvereinheitlichung in den Unterinstanzen und der Rechtsfortbildung dient.<sup>121</sup> *Savigny* regte dazu die Errichtung eines besonderen Gerichtshofs zur „ausdehnende[n] und einschränkende[n] Auslegung“ an.<sup>122</sup> Mit Kabinettsorder vom 19.07.1832<sup>123</sup> wurde – gegen heftigen Widerstand der Richterschaft – verfügt, dass das Preußische Obertribunal seine Entscheidung begründen und damit eine Leitbildfunktion für die nachgeordneten Gerichte einnehmen müsse.<sup>124</sup> Die richterliche Begründungspflicht ist dabei eine unmittelbare Konsequenz der geistesgeschichtlichen Entwicklung im Zeitalter der Aufklärung, mit der staatliches Handeln durch die Judikative rational erklärbar gemacht werden soll.<sup>125</sup> Auch dem Gedanken, dass eine Rechtsordnung durch richterliche Rechtsfortbildung fortentwickelt werden kann, wurde damit erstmals – wenn auch noch verhalten – zum Durchbruch verholfen.

<sup>119</sup> *Seynsche*, Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin, S. 325, 328; *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 182f.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 8f.

<sup>120</sup> Nach *Grolman* (Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen, S. 98) war „der Endzweck eines jeden gerichtlichen Verfahrens [...] daß jeder bey seinem, ihm von dem Staate garantierten Rechte, durch die richterliche Hülfe geschützt werde“.

<sup>121</sup> *Hülle* ZRG (GA) 1973, 194, 211. Zuvor bestimmte schon die preußische AGO 1793 (13. Titel – Von Abfassung und Publikation der Erkenntnisse), dass Entscheidungsgründe sorgfältig abzufassen sind und von den Parteien eingesehen werden können. Vgl. zur allmählichen Einführung einer Begründungspflicht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts *Günzl*, Eine andere Geschichte der Begründungspflicht, S. 31 ff.; *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, S. 20ff.

<sup>122</sup> System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, S. 329f.

<sup>123</sup> Allerhöchste Kabinettsorder vom 19. April 1832, den Geschäftsbetrieb des Geheimen Ober-Tribunals und die Ausfertigung der Revisions-Erkenntnisse mit den Entscheidungsgründen, betreffend (Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten [1832], S. 192f.), sub 8: „Alle Revisionserkenntnisse, ohne Unterschied der Gerichtshöfe, von welchen sie ergehen, sollen mit Entscheidungsgründen versehen, mit diesen ausgefertigt und den Parteien publiziert werden.“ Vgl. dazu auch *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VI, S. 372.

<sup>124</sup> Einzelheiten bei *Fischer* JZ 2010, 1077, 1079 mwN; *Kirchner* FS Faller, S. 503, 508. Auf Reichsebene erklärte Art. 5 des Bundesbeschlusses v. 03.08.1820, dass im Austrägalverfahren vor der Bundesversammlung „jederzeit die vollständigen Entscheidungsgründe beigefügt werden müssen“ (vgl. *Brinkmann*, Ueber die richterlichen Urtheilsgründe nach ihrer Nützlichkeit und Nothwendigkeit, S. 43f.; *Sellert*, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, S. 367; *Kotulla*, Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Alten Reich bis Weimar [1495–1934], § 26 Rn. 1445).

<sup>125</sup> Vgl. *Brink*, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, S. 28 mwN; *Kischel*, Die Begründung, S. 26 ff. (auch zum ideengeschichtlichen Hintergrund).

Nur vier Jahre später wurde den Senaten des Obertribunals aufgegeben, ein „Präjudizienbuch“ zur Sicherung der Rechtseinheit und der Rechtsanwendungsgleichheit zu führen.<sup>126</sup> Dies legte, wie *Fischer* herausgearbeitet hat,<sup>127</sup> den Grundstein zur Einführung von offiziellen Entscheidungssammlungen,<sup>128</sup> die einen wesentlichen Innovationsschub für die weitere Rechtsentwicklung gaben: Letztinstanzliche Urteile konnten umfassend rezipiert, systematisiert und durch die Wissenschaft auf ihre Überzeugungskraft und Schlüssigkeit hin überprüft werden. In Seufferts Archiv<sup>129</sup> werden etwa seit 1847 die Entscheidungen der obersten Gerichte der deutschen Staaten systematisch gesammelt. Nicht zuletzt aufgrund des nationalstaatlichen Partikularismus und der Rechtszersplitterung war die Wirkkraft der Judikate über den einzelnen Territorialstaat hinaus jedoch überschaubar und es war mehrheitlich noch Aufgabe der Pandektenwissenschaft, Einiges aus der Rechtszersplitterung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts herauszuarbeiten.<sup>130</sup>

### cc) Unter französischem Einfluss

Nahm die bisherige Rechtsentwicklung ihren Ursprung in der Rezeption des römischen Rechts und des gemeinen Prozessrechts, hatten die Napoleonischen Reformen zu Beginn des 19. Jahrhunderts nachhaltigen Einfluss auf das Recht Preußens. Die Einwirkung des französischen Kassationsrechts – mit dem man in den linksrheinischen Gebieten überwiegend gute Erfahrung gemacht hatte<sup>131</sup> – mündete 1819 in der Errichtung des *Rheinischen Revisions- und Kassationshofs* in Berlin als oberstem Gerichtshof für die preußischen Rheinprovinzen, welcher neben das Preußische Obertribunal trat.<sup>132</sup> Zwar konnte sich dabei der 1826 von der Revisionsdeputation erhobene Vorschlag, das Preußische Obertribunal ganz

<sup>126</sup> Allerhöchste Kabinettsorder vom 1. August 1836, die Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen betreffend (Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten [1836], S. 218f.). S. umfassend zu den Präjudizienbüchern in Bayern, Hannover und Preußen: *Schultzenstein ZZP* 1893, 88, 92 ff.

<sup>127</sup> *Fischer JZ* 2010, 1077, 1079; *ders. JuS* 1995, 654, 655.

<sup>128</sup> Vgl. z. B. Obertribunalsräte (Hrsg.), *Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, Berlin 1837–1879*, 83 Bände; Seligo/Kuhlmeyer/Wilke (Hrsg.), *Die Präjudicien des Geheimen Obertribunals (zu Berlin) seit ihrer Einführung im Jahre 1832 bis zum Schlusse des Jahres 1848*, nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet, und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, 1849; *Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals, Berlin 1851–1880*; *Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals, Berlin 1884–1895*, 4 Bände; *Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober-Tribunals, Berlin 1856–1857*, 22 Bände; *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, Berlin 1857–1879*, 100 Bände.

<sup>129</sup> J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

<sup>130</sup> *von Caemmerer, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof*, in: *Ansprachen aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 03.10.1975*, S. 21, 22.

<sup>131</sup> Vgl. *Seynsche, Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin*, S. 151 f.

<sup>132</sup> Vgl. hierzu das Gesetz, das Kassations-Verfahren in Civilsachen bei dem Rheinischen Revisions- und Kassationshofe betreffend v. 18.10.1843, *Gesetzsammlung für die preußischen Staaten* 1843, S. 334; s. auch *Gross JZ* 2023, 719, 720: 1852 wurde der Rheinische Revisions- und

zu einem Kassationshof nach französischem Vorbild umzugestalten, nicht durchsetzen,<sup>133</sup> da sich in der preußischen Rechtswissenschaft – namentlich bei Feuerbach<sup>134</sup> – kritische Stimmen gegen die Übernahme des ‚französischen Systems‘ zeigten. 1833 führte der preußische Gesetzgeber jedoch die deutlich an die rheinische Kassationsbeschwerde angelehnte<sup>135</sup> *Nichtigkeitsbeschwerde* ein,<sup>136</sup> mit der die parallel fortbestehende (gemeinrechtliche) Revision in ihrer Bedeutung erheblich abgeschwächt wurde.<sup>137</sup>

Die Anlehnung an das französische Kassationsrecht ist dabei klar im Gesetzestext zu verorten: Die Nichtigkeitsbeschwerde sollte nur gegen Entscheidungen zulässig sein, „gegen welche die Gesetze kein ordentliches Rechtsmittel zulassen“,<sup>138</sup> war mithin – dem *pourvoi en cassation*<sup>139</sup> vergleichbar – ein außerordentlicher Rechtsbehelf. Wie der Kassationsrekurs hatte sie zwar Suspensiv-, aber nur einen eingeschränkten Devolutiveffekt.<sup>140</sup> Die Nichtigkeitsbeschwerde war in allen Zivilsachen statthaft, wenn „das angefochtene Urtheil einen Rechtsgrundsatz verletzt“, wobei dieser „auf einer *ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes* beruhen, oder aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze hervorgehen“ kann (*ius in thesi*) bzw. gegen „eine wesentliche Prozessvorschrift“ (*essentialia processus*) verstößt.<sup>141</sup> Diese Definition der Rechtsverletzung – welche teilweise eine wörtliche Übersetzung des im damaligen Kassationsrecht verwendeten Begriffs der „contravention expresse à la loi“ darstellt<sup>142</sup> – kommt noch heute im Revisionsrecht (vgl. § 546 ZPO) zum Ausdruck. Der Gedanke eines wesentlichen Verfahrensmangels als eigenständiger Aufhebungsgrund im Parteiinteresse war dagegen noch an die gemeinrechtliche *querela nullitatis* angelehnt.<sup>143</sup> Nach *Schwinge* war die preußische Nichtigkeitsbeschwerde insoweit ein „Zwitterding“ zwischen französischer Kassation und ge-

---

Kassationshof durch die Vereinigung mit dem preußischen Obertribunal aufgelöst und lebte dort in Gestalt des „Rheinischen Senats“ fort.

<sup>133</sup> Einzelheiten bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 8 ff.; s. ferner *Schubert ZRG* (GA) 2007, 167, 170.

<sup>134</sup> *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. II, S. 94 ff., 276 ff.

<sup>135</sup> *Seynsche*, Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin, S. 341 ff., 352 ff.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 11 f.

<sup>136</sup> Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14.12.1833, Gesetzsammlung für die preußischen Staaten 1833, S. 302; zur Entwicklung näher *Schubert ZRG* (GA) 2007, 167, 170 ff. mwN.

<sup>137</sup> Vgl. die Verordnung vom 14.12.1833 (o. Fn. 136), §§ 1, 2 (auch zur sog. Difformität der Vorinstanzen als Zulässigkeitsvoraussetzung).

<sup>138</sup> § 4 der Verordnung vom 14.12.1833 (o. Fn. 136); s. ferner *Seynsche*, Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin, S. 351.

<sup>139</sup> Vgl. noch ausführlich sub § 9. II. 1.

<sup>140</sup> Einzelheiten bei *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 185.

<sup>141</sup> § 4 Nr. 1 und 2 der Verordnung vom 14.12.1833 (o. Fn. 136, Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>142</sup> Siehe noch sub § 9. I. 2. a); Details zum Text bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 13 (insbesondere Fn. 27).

<sup>143</sup> *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 14, 23: „Diese zwiespältige Natur lebt in der an die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde getretenen Revision weiter und sie ist die Erklärung für viele Widersprüche, die zwischen den beiden Revisionsarten bestehen.“

meinrechtlichen Rechtsbehelfen,<sup>144</sup> was auch der in der damaligen Rechtswissenschaft überwiegend vertretenen Ansicht entsprach.<sup>145</sup>

Flankierend sah § 5 der Verordnung von 1833 eine enumerative Liste von Fallkonstellationen vor, bei denen eine Verletzung wesentlicher Prozessvorschriften anzunehmen war, etwa „wenn der Implorant nicht gehört“ wurde oder „ein Richter, welcher an der Entscheidung Theil genommen hat, bei dem Rechtsstreite selbst persönlich betheiltigt [...] ist“ – auch hier zeigen sich schon Parallelen zum geltenden Recht (§ 547 ZPO, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 i. V. m. Art. 103 Abs. 1 GG). Das Rechtsmittelgericht war zudem auf die Kontrolle der formrichtig vorgebrachten Rügen beschränkt; eine sua sponte-Befugnis zur Korrektur rechtsfehlerhafter Entscheidungen bestand nicht,<sup>146</sup> ebenso erfolgte keine de novo-Wiederholung des vorinstanzlichen Verfahrens. Dieser strenge – im französischen Kassationsrecht noch immer vorzufindende<sup>147</sup> – und in der Rechtspraxis rigide gehandhabte Formalismus, welcher sich entscheidend vom gemeinrechtlichen Prozessdenken abhob, erwies sich jedoch zugleich als größter Kritikpunkt an der Nichtigkeitsbeschwerde, weil das Rechtsmittel aus rein formalen Gründen zurückgewiesen werden konnte, was weder der Rechtseinheit noch den Parteiinteressen diene.<sup>148</sup> Im Erfolgsfalle „vernichtete“ das Obertribunal „das angefochtene Erkenntnis“ und entschied entweder in der Sache selbst (Reformation) oder verwies das Verfahren zur weiteren Sachverhaltsermittlung an die Unterinstanz zurück (Kassation).<sup>149</sup>

Weiter gestärkt wurde auch der mit der französischen Revolution eingeführte<sup>150</sup> Begründungs- und Publikationszwang höchstgerichtlicher Entscheidungen. Das „mit den Entscheidungsgründen abgefaßte Erkenntnis“ musste „für jede der Partheien und für das Gericht, bei welchem das Rechtsmittel angebracht worden,

<sup>144</sup> Details bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 13, sowie oben sub § 2. I. 1. a): Darin zeigt sich auch, dass das preußische Recht noch streng zwischen prozessualen und materiellrechtlichen Verstößen differenzierte.

<sup>145</sup> Einzelne Nachweise bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 14, 23 (insbesondere Fn. 78).

<sup>146</sup> Vgl. Verordnung vom 14.12.1833 (o. Fn. 136), § 16 (Entscheidung „nur über die angegebenen Beschwerdegründe“); s. ferner Ziff. 8 der Instruktion des preußischen Justizministers v. 07.04.1839 (Gesetzsammlung für die preußischen Staaten 1833, S. 139): „Die Entscheidung erfolgt nur über die angegebenen Beschwerdepunkte. Wollte man darüber hinausgehen, so würde in allen Fällen eine vollständige Beurtheilung der ganzen Sache eintreten müssen, und das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde in das einer Revision umgewandelt werden.“ Nach *Henke* (Die Tatfrage, S. 200) wies die Konstruktion der Nichtigkeitsbeschwerde daher eine „unentschiedene Mischung zwischen öffentlichen und privaten Interessen“ auf.

<sup>147</sup> Zu den einzelnen Kassationsgründen vgl. noch sub § 9. III. 2.

<sup>148</sup> Näher *Henke*, Die Tatfrage, S. 201 mwN. Dieser Umstand wurde in der Praxis durch eine restriktive Auslegung des Begriffs der Gesetzesverletzung verstärkt, welche der Nichtigkeitsbeschwerde eine „Art Professoren-Tätigkeit“ zuwies (vgl. *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 24f.).

<sup>149</sup> Verordnung vom 14.12.1833 (o. Fn. 136), § 17. Wollte ein Senat bei seiner Entscheidung von einem Rechtsgrundsatz des Obertribunals abweichen, konnte das Plenum angerufen werden (vgl. Kabinettsorder v. 01.08.1836, Gesetzsammlung für die preußischen Staaten 1836, S. 218).

<sup>150</sup> Vgl. noch sub § 9. I. 3.

ausgefertigt“ werden.<sup>151</sup> Dies hatte maßgeblichen Einfluss auf die Herstellung der Rechtseinheit im preußischen Staatsgebiet, was von zeitgenössischen Beobachtern besonders positiv hervorgehoben wurde.<sup>152</sup> Durch die Nichtigkeitsbeschwerde trat die rechtsfortbildende und rechtsvereinheitlichende Funktion des Höchstgerichts stärker in den Vordergrund; diese hatte vorrangig „den Zweck zu verhindern, daß ein unrichtiges Rechtsprinzip aufkomme“.<sup>153</sup>

### c) Hannover

Eine andere Entwicklung zeichnete sich in Hannover ab: Mit dem Oberappellationsgericht in Celle verfügte das Kurfürstentum ab 1711 über ein zentrales Höchstgericht mit einer eigenen Prozessordnung (1713), das sich institutionell und verfahrensrechtlich noch eng an die höchsten Reichsgerichte und den gemeinen Prozess anlehnte.<sup>154</sup> Dies änderte sich, als Hannover ab 1803 unter französisch-westfälische Herrschaft gelangte und die bis dahin geltende Oberappellationsordnung außer Kraft gesetzt wurde.<sup>155</sup> Auch dieser Rechtszustand währte jedoch nur kurz: Anders als in Preußen wurde das französische Recht im Königreich Hannover zunächst wieder durch den gemeinen Prozess ersetzt.<sup>156</sup> Der dreistufige Instanzenzug endete auch in der Restaurationszeit mit der gemeinrechtlichen Oberappellation, welche die erstinstanzliche Appellation im Wesentlichen replizierte;<sup>157</sup> die Oberappellationsordnung von 1713 wurde mit geringen Änderungen wieder eingeführt.<sup>158</sup>

Größere Reformbewegungen brachte erst die Bürgerliche Prozessordnung (BPO) von 1850,<sup>159</sup> welche das Gedankengut des französischen Rechts wäh-

<sup>151</sup> Verordnung vom 14.12.1833 (o. Fn. 136), § 25.

<sup>152</sup> *Silberschlag* AcP 1868, 119, 124 f. („Nur dadurch, daß gegen die Entscheidungen aller Gerichte zweiter Instanz das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt und die Entscheidung dadurch an ein einziges höchstes Gericht gebracht werden kann, ist es möglich zu verhüten, daß sich nicht von den 20 oder 30 Gerichten zweiter Instanz [...] jedes eine eigene Rechtsansicht bildet, [...]“); vgl. auch *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 14. Insgesamt eine Abschaffung der Revision zugunsten der Kassation befürwortend: *Bähr*, Preußisches Jahrbuch 1868 (Bd. 22), S. 621 ff., insbesondere S. 633.

<sup>153</sup> Rescript des preußischen Justizministers vom 28.07.1835, Juristische Zeitung für die Königlich-Preußischen Staaten, 1835, S. 847. In einem späteren Verordnungsentwurf zur Reform der Nichtigkeitsbeschwerde kommt die Differenzierung „zwischen solchen Fragen, welche für die Gerechtigkeitspflege im Allgemeinen Bedeutung haben, und solchen [...], deren Interesse sich auf den Einzelfall beschränkt“, noch deutlicher zum Ausdruck (vgl. Justiz-Ministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege 1860, S. 281, 285 [zu dem „Entwurfe über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen“]).

<sup>154</sup> *Boetticher*, Die Justizorganisation im Königreich Hannover, S. 68 f. mwN.

<sup>155</sup> Details bei *Boetticher*, Die Justizorganisation im Königreich Hannover, S. 76 ff.

<sup>156</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 186; *Boetticher*, Die Justizorganisation im Königreich Hannover, S. 84.

<sup>157</sup> Näher zur Verfahrensausgestaltung *Jessen*, Der Einfluss von Reichshofrat und Reichskammergericht auf die Entstehung und Entwicklung des Oberappellationsgerichts Celle, S. 157 ff. mwN.

<sup>158</sup> *Boetticher*, Die Justizorganisation im Königreich Hannover, S. 84.

<sup>159</sup> Zitiert nach o. N., Allgemeine bürgerliche Proceß-Ordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850, Stade 1860.

rend der französisch-westfälischen Herrschaft wieder aufgriff<sup>160</sup> und die weitere Rechtsentwicklung über den Norddeutschen (Vor-)Entwurf zur CPO<sup>161</sup> nicht unerheblich beeinflussen sollte. Diese sah in §§431–443 BPO eine prozessuale Nichtigkeitsbeschwerde als außerordentlichen Rechtsbehelf vor, mit der ein abschließender Katalog von Nichtigkeitsgründen (§431 BPO) geltend gemacht werden konnte, welche eine gewisse Ähnlichkeit zu den heutigen absoluten Revisionsgründen (§ 547 ZPO) haben (u. a. fehlerhafte Besetzung des Gerichts, Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters usw.). Eine allgemeine Rechtskontrolle des Urteils nach gemeinrechtlichem Vorbild war dagegen nicht mehr vorgesehen.<sup>162</sup> Vielmehr griff der Gesetzgeber Gedanken sowohl der Kassationsbeschwerde als auch der *querela nullitatis* auf, mit der allein (unheilbare) Verfahrensmängel geltend gemacht werden konnten.<sup>163</sup>

Gem. § 433 BPO war bei Beschwerden gegen Entscheidungen der Obergerichte oder des Oberappellationsgerichts selbst der dortige *Kassationssenat* zuständig. Auch erfolgte in der Regel keine eigene Sachentscheidung, sondern eine „Vernichtung“ der Entscheidung sowie des Verfahrens und eine Zurückverweisung an das vorinstanzliche Gericht (§ 440 BPO) nach französischem Modell. Da die Nichtigkeitsbeschwerde – weil sie allein eine verfahrensrechtliche Kontrolle statuierte – nicht zur Vereinheitlichung des materiellen Rechts beitrug, sah § 443 BPO ferner eine – an die Kassationsbeschwerde „dans l'intérêt de la loi“<sup>164</sup> angelehnte – *Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes* vor. Danach konnte der Oberstaatsanwalt gegen jedes gesetzwidrige Urteil eine nicht fristgebundene Nichtigkeitsbeschwerde zum Kassationssenat erheben, wobei die Rechtsmittelentscheidung in Form einer *cassation platonique* allein objektive Wirkung ohne Einfluss auf die Rechtsstellung der Parteien hatte.

#### d) Bayern

##### aa) Der Codex Juris Bavaricii Judiciarii

Nachdem dem Herzogtum (später Kurfürstentum) Bayern 1620 ein umfassendes *privilegium de non appellando* verliehen worden war, wurde 1625 das Revisorium als letztinstanzliches Gericht auf Landesebene eingerichtet,<sup>165</sup> welches 1809 vom

<sup>160</sup> Näher *Mittermaier* AcP 1850, 119ff.; nach *Boetticher* (Die Justizorganisation im Königreich Hannover, S. 246) diente zudem die Genfer Prozessordnung von 1820 als Vorbild bei den Reformen. Welchen Einfluss das reformierte preußische Recht hatte, wird dagegen nicht ausführlich diskutiert.

<sup>161</sup> Dazu *Hellwig* AcP 1878, 78, 110f., sowie noch sub § 2. III. 2. b) cc).

<sup>162</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 188f. mwN.

<sup>163</sup> Näher dazu *Leonhardt*, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, S. 263f.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 14f.

<sup>164</sup> Näher dazu sub § 9. IV. 1.; nach *Leonhardt* (Das Civilprocessverfahren des Königreichs Hannover, S. 169) wurde davon indes nur selten Gebrauch gemacht.

<sup>165</sup> Dazu *Walch*, Die Verfassungsgeschichte des Revisoriums in München, S. 9ff. Die vorherigen *privilegia* waren meist auf eine bestimmte Appellationssumme beschränkt, vgl. *ders.*, aaO, S. 3f. mwN.

Oberappellationsgericht als territoriale Höchstgerichtsbarkeit in München beerbt wurde.<sup>166</sup> Die Appellation zum Reichskammergericht wurde durch die *revisio* zum Revisorium abgelöst.<sup>167</sup> Im 1753 erlassenen Codex Juris Bavaricii Judiciarii waren daher sowohl das Rechtsmittel der Appellation als auch das der Revision schon bekannt. Jedoch bestimmte Abschnitt XV §13 des Codex<sup>168</sup> ausdrücklich die strukturelle Gleichartigkeit beider Rechtsmittel:

„Zwischen der Appellation, und Revision soll [...] eine durchgängige Gleichheit sein, ausgenommen, daß über die Revisions=Erkenntnuß keine weitere Appellation, oder Super-Revision mehr Platz greift.“

Die bayerische Revision war somit noch eine zweite (Ober-)Appellation, die grundsätzlich den allgemeinen Verfahrensregeln des Codex Juris Bavaricii Judiciarii folgte. Inhaltlich waren beide Rechtsmittel Bestandteil eines „mehrstufigen gemeinrechtlichen Rechtsmittelsystems“, das teilweise sogar noch Anklänge an die germanische Urteilsschelte aufwies, da die Appellation auch von Dritten, die durch die Entscheidung beschwert waren, eingelegt werden konnte.<sup>169</sup>

Dabei wurden die Revisionsentscheidungen von bis zu sechs voneinander unabhängig agierenden Oberappellationssenaten getroffen, was oftmals zu divergierenden Entscheidungen führte.<sup>170</sup> Nach dem *Gesetz über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse* musste bei divergierenden Entscheidungen daher die Plenarversammlung angerufen werden.<sup>171</sup> Diese sollte im öffentlichen Interesse an der Rechtsfortbildung tätig werden und „auch für künftige völlig gleichgelagerte Fälle die Natur eines Präjudizes“ haben, wobei die Entscheidung im Regierungsblatt öffentlich bekannt zu machen war.<sup>172</sup>

#### bb) Die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869

War der gemeinrechtliche Rechtsmittelgedanke damit in Bayern noch bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts vorherrschend, brachte die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1869,<sup>173</sup> welche sich wiederum inhaltlich

<sup>166</sup> Formal wurde das Revisorium bereits 1803 durch die *Oberste Justizstelle für Bayern und Neuburg* abgelöst (Einzelheiten bei *Walch*, Die Verfassungsgeschichte des Revisoriums in München, S. 120 ff. mwN).

<sup>167</sup> *Walch*, Die Verfassungsgeschichte des Revisoriums in München, S. 13 f.

<sup>168</sup> Zitiert nach *o. N.*, Codex Juris Bavaricii Judiciarii De Anno M.DCC.LIII, S. 111. Zu den Vorläuferregelungen, insbesondere das seit 1625 mögliche *beneficium revisionis* an den Landesherren, vgl. *Walch*, Die Verfassungsgeschichte des Revisoriums in München, S. 13 ff. mwN.

<sup>169</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 193 f.

<sup>170</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 196 mit weiteren Einzelheiten.

<sup>171</sup> Gesetz über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 17.11.1837, Bayerisches GBl. 1837, Nr. 3, Sp. 105 ff.

<sup>172</sup> Art. III und IV des G. v. 17.11.1837 (o. Fn. 171). Titel VIII §2 der bayerischen Verfassung v. 18.05.1818 sah dabei eine umfassende Begründungspflicht vor („Alle Gerichtsstellen sind verbunden, ihren Urtheilen Entscheidungsgründe beyzufügen.“). S. ferner zur ähnlichen Entwicklung im sächsischen Rechtskreis *Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, S. 52 mwN.

<sup>173</sup> G. v. 09.06.1869, Gesetzblatt für das Königreich Bayern 1869, Sp. 1233 ff.

stark an das französische Recht anlehnte, eine grundlegende Verfahrensumgestaltung mit sich. Im Anschluss an die Berufung konnte die beschwerte Partei nur noch das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde einlegen.<sup>174</sup> Diese war auf eine Rechtsfehlerkontrolle beschränkt: Gem. Art. 788 der Prozessordnung von 1869 konnten Entscheidungen der intermediären Instanz sowohl wegen Verfahrensverstößen als auch wegen einer „Verletzung, falschen Auslegung oder unrichtigen Anwendung einer Rechtsregel“ (Nr. 7) angefochten werden. Ein de novo-Verfahren war dagegen nicht mehr vorgesehen, da Tatsachenfragen in der Nichtigkeitsinstanz grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt wurden (vgl. Art. 791 f. der Prozessordnung von 1869), womit die neue Funktion des Höchstgerichts als Rechtskontrollinstanz über die nachgeordneten Gerichte unterstrichen wurde.

Prüfungsmaßstab der nicht zulassungsgebundenen Nichtigkeitsbeschwerde waren sowohl Bestimmungen des materiellen als auch des Prozessrechts, weshalb diese – ihrem französischen Vorbild entsprechend – insbesondere der Wahrung der Rechtseinheit diene.<sup>175</sup> Sie konnte auch gegen erstinstanzliche Entscheidungen erhoben werden, gegen die die Berufung nicht eröffnet war,<sup>176</sup> und von einem nicht am Prozess beteiligten Dritten eingelegt werden, sofern dieser von den Urteilswirkungen betroffen war (Art. 789 der Prozessordnung). Im Erfolgsfalle „vernichtete“ der Gerichtshof die Entscheidung und verwies das Verfahren an die Vorinstanz zurück.<sup>177</sup>

#### e) Zwischenergebnis

Die Etablierung einer Höchstgerichtsbarkeit und eines diese flankierenden Prozessrechts auf Reichs- bzw. Bundesebene sah sich mit dem Problem konfrontiert, dass sich in den Territorialstaaten ganz unterschiedliche Revisions-, Kassations-, Appellations- sowie Mischmodelle herausbildeten, deren räumlicher Geltungsbereich auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt war. Dementsprechend kann weder auf Reichs- noch auf territorialer Ebene von einem einheitlichen Ursprung des Revisionsrechts gesprochen werden. Gewisse Parallelen zeigt die rechtshistorische Entwicklung in Preußen, Hannover und Bayern jedoch insoweit, als die gemeinrechtliche Oberappellation, welche letztlich den Prozess als *novum iudicium* vor einer höheren Instanz teilweise oder vollständig wiederholte, im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts an Einfluss verlor und Gedanken des französischen Kassationsrechts in Form einer Kassations- bzw. einer an diese angelehnten Nichtigkeitsbeschwerde stetig an Bedeutung zunahm.<sup>178</sup> Dabei wurden wesensprä-

<sup>174</sup> *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 197 mwN.

<sup>175</sup> Näher dazu *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 197 f.

<sup>176</sup> Einzelheiten bei *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 199 mwN; zum französischen Recht noch ausführlich sub § 9. II. 1. ff.

<sup>177</sup> Näher Art. 814, 815 der Prozessordnung 1869 (o. Fn. 173).

<sup>178</sup> Das Rechtsmittel der Kassation konnte sich auch in Württemberg, Braunschweig und Oldenburg durchsetzen; näher *Schubert* ZRG (GA) 2007, 167, 169 mwN.

gende Elemente des Napoleonischen Rechts (strenge Differenzierung zwischen Rechts- und Tatfrage, Beschränkung des Verfahrens auf eine Rechtsfehlerkontrolle, ‚Vernichtung‘ des fehlerhaften Urteils, objektiv-rechtliche Funktion des Verfahrens zur Wahrung der Rechtseinheit) mit denjenigen des gemeinen Prozesses (Appellationssumme, Etablierung enumerativer Nichtigkeitsgründe, Sachentscheidungsbefugnis des Höchstgerichts) vermischt, sodass sich – wenn auch noch verhalten – erste Elemente eines eigenständigen Revisionsprozesses herausbildeten.

#### 4. Bewertung

Die historischen Wurzeln des Revisionsrechts im Alten Reich sind mannigfaltig; welchen Einfluss sie auf die weitere Entwicklung hatten, lässt sich auch unter Zugrundelegung neuerer rechtshistorischer Analysen zur Rechtsprechungstätigkeit des RKG und der territorialen Höchstgerichte jedoch nur schwer bestimmen. Als gesichert kann gelten, dass sich zu Beginn der frühen Neuzeit sowohl auf Reichsebene als auch auf Ebene der Territorialstaaten ein Rechtsmittel zum jeweiligen Höchstgericht etablierte, das sich als vorrangiges Institut der Rechtsfehlerkontrolle (*revisio prioris instantiae*) von der gemeinrechtlichen Appellation abhob. Korrelierend zu dieser Entwicklung nahmen die Höchstgerichte beginnend ab dem späten 18. Jahrhundert nicht nur eine individualschützende Funktion wahr, sondern widmeten sich – insbesondere durch den Erlass begründeter Entscheidungen – vermehrt auch der Rechtsfortbildung und der Sicherung der Rechtseinheit.

Dennoch sollte die dargestellte Entwicklung der vorgenannten Rechtsmittellmodelle nicht zu einem historisch-idealisierten Blick verleiten. Nach *Weitzel* ist insbesondere zu beachten, dass

„[...] Rechtsmittel im weitaus größten Teil ihrer Geschichte sowohl in ihrer Entstehung als auch in ihrer Fortentwicklung Instrumente zur Gewinnung, Ausübung und Erhaltung politischer Herrschaft gewesen sind. Sie entstanden und entwickelten sich im Wesentlichen nur dann und so fort, wenn und wie dies nach der konkreten historischen Situation zur Begründung oder Erhaltung ihrer herrschaftsbezogenen Funktion erforderlich erschien.“<sup>179</sup>

Der Untergang des RKG und der damit in Verbindung stehenden Institutionen nach Niederlegung der Kaiserkrone durch Franz II. (1806) spricht somit gegen einen nachwirkenden Einfluss des kammergerichtlichen Verfahrens auf die Entwicklung der CPO 1877,<sup>180</sup> zumal da bis zur Errichtung des Bundes-Oberhandelsgerichts und zur Verabschiedung der Reichsjustizgesetze kein unmittelbarer Rechtsnachfolger auf Reichs- bzw. Bundesebene existierte.

<sup>179</sup> *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 355.

<sup>180</sup> Vgl. *Renaud*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 569: „Die reichsgesetzliche Revision [...] hat mit der Auflösung des deutschen Reichs jede practische Geltung verloren, [...]“

Andererseits überdauerten Grundgedanken des gemeinen Prozesses und der Appellation in den Rechtsmittelmodellen der Territorialstaaten<sup>181</sup> oftmals auch nach dem Untergang des Alten Reiches, wohingegen insbesondere die unter französischem Einfluss stehenden Länder – u. a. Preußen, Hannover und Bayern – sich durch Einführung einer Nichtigkeitsbeschwerde am Napoleonischen Recht neu ausrichteten. Der Gesetzgeber des Deutschen Bundes und später des Deutschen Reichs sah sich folglich mit einer unübersichtlichen *Mélange* ganz unterschiedlicher Rechtskonzepte konfrontiert, aus der sich das Revisionsrecht der CPO 1877 herauskristallisierte.

## II. Eine Höchstgerichtsbarkeit im Deutschen Bund

### 1. *Machterhalt in den Territorialstaaten*

Die deutsche Rechtsentwicklung war daher – im Gegensatz zum englischen und französischen Recht<sup>182</sup> – lange Zeit von der Abwesenheit eines die Rechtsordnung vereinheitlichenden Höchstgerichts geprägt.<sup>183</sup> Nach Ende der Napoleonischen Kriege konnte sich im 1815 gegründeten Deutschen Bund noch keine Bundesgerichtsbarkeit etablieren, da die Mitglieder des Staatenbundes zur Sicherung der eigenen Justizhoheit verhindern wollten, dass eigene Entscheidungsbefugnisse zugunsten einer Bundesgerichtsbarkeit verkleinert und damit der Weg zu einem Bundesstaat geebnet würde.<sup>184</sup> Ohne die für einen Bundesstaat charakteristische, eigenständige Bundesgerichtsbarkeit wurde damit auch eine Rechtsvereinheitlichung auf Bundesebene unmöglich gemacht.

Die Deutsche Bundesakte forderte jedoch, dass in den einzelnen Partikularstaaten ein dreistufiger Gerichtsaufbau eingerichtet wird.<sup>185</sup> Sofern noch nicht ge-

<sup>181</sup> Vgl. *Renaud*, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 569: „Dagegen hat sich ein der reichsgesetzlichen Revision particularrechtlich nachgebildetes Rechtsmittel unter dem Namen ‚Revision‘ oder ‚Supplication‘ oder auch ‚Restitution‘ (remedium ordinarium restitutionis im Gegensatz zu remedium extraordinarium restitutionis) in einzelnen Landesgesetzgebungen erhalten, und zwar bald als ein Rechtsmittel gegen unterinstanzliche Urtheile, welche nicht zur Appellation erwachsen, bald als ein solches, welches an die Stelle der Oberappellation tritt, wo es an der hierzu nöthigen Summe fehlt oder selbst bei Vorhandensein dieser Summe unter stillschweigendem Verzicht auf die Oberberufung.“

<sup>182</sup> Umfassend zu den verschiedenen Bemühungen zur Errichtung einer Höchstgerichtsbarkeit *Müller-Kinet*, Die höchste Gerichtsbarkeit im deutschen Staatenbund 1806–1866, S. 14 ff.

<sup>183</sup> Zur dortigen Entwicklung vgl. noch sub. § 9. I. und § 10. I.

<sup>184</sup> *Fischer* JZ 2010, 1077, 1079 mwN.

<sup>185</sup> Vgl. Art. XII der Bundesakte v. 08.05.1815: „(1) Diejenigen Bundesglieder, deren Besitzungen nicht eine Volkszahl von 300,000 Seelen erreichen, werden sich mit den ihnen verwandten Häusern oder andern Bundesgliedern, mit welchen sie wenigstens eine solche Volkszahl ausmachen, zu Bildung eines gemeinschaftlichen obersten Gerichts vereinigen. (2) In den Staaten von solcher Volksmenge, wo schon jetzt dergleichen Gerichte dritter Instanz vorhanden sind, werden jedoch diese in ihrer bisherigen Eigenschaft erhalten, [...]“ Einzelheiten bei *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1: Reform und Restauration 1789 bis 1830, S. 618; *Döhring*, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, S. 31 f.

schehen, trat dabei in den meisten Staaten an die Stelle der Reichsgerichte (RKG, RHR) ein Landes-Obergericht.<sup>186</sup> Diese Oberappellationsgerichte konnten ihren Einfluss im 19. Jahrhundert teilweise über die jeweiligen Landesgrenzen hinaus ausbauen und verfestigen, etwa das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht für die vier freien Städte Bremen, Frankfurt am Main, Hamburg und Lübeck.<sup>187</sup> Während dabei der gemeine Prozess in manchen Staaten auch nach 1806 noch Grundlage für das Zivilverfahren bildete,<sup>188</sup> hatte das Napoleonische Recht – neben dem Code Napoléon auch der Code de procédure civile – insbesondere auf die preußische, hannoveraner und bayerische Gesetzgebung erheblichen Einfluss<sup>189</sup> und blieb in den linksrheinischen Gebieten auch nach Abzug der französischen Truppen in Kraft.<sup>190</sup>

## 2. Die Entstehung des Bundes-Oberhandelsgerichts

Allerdings verfügte der Deutsche Bund nach dem Untergang des RKG über kein gemeinsames Höchstgericht, was von Politik und Wissenschaft bald als hinderlich angesehen wurde. Bereits Wilhelm v. Humboldt erhob daher – erfolglos – auf dem Wiener Kongress die Forderung nach einem gesamtdeutschen Gericht.<sup>191</sup> Da sich auch die Frankfurter Nationalversammlung 1848/1849 nicht auf einen obersten Appellationshof für Zivil- und Strafsachen einigen konnte,<sup>192</sup> verblieb es bis kurz vor Gründung des Deutschen Reichs 1871 bei der unbeschränkten Eigenständigkeit der territorialen Justizsysteme. Die Rufe nach der Errichtung eines rechtsvereinheitlichenden Obergerichts wurden jedoch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer lauter. Bereits der 1. Deutsche Juristentag (1860) verlautbarte, „zu einer Einheit in der Rechtsanwendung [könne] nur ein höchster Gerichtshof führen“.<sup>193</sup> Dieser Gedanke wurde vom 4. Deutschen Juristentag (1863) vor dem Hin-

<sup>186</sup> *Eisenhardt*, Entstehung, Entwicklung und Bedeutung der kaiserlichen privilegia de non appellando, in: Gilissen (Hrsg.), *Consilium Magnum 1473–1973*, S. 319, 338.

<sup>187</sup> Art. XII Abs. 3 der Bundesakte vom 08.05.1815 gestattete es den vier Städten, ein gemeinsames Obergericht zu errichten; umfassend *Polgar*, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1879) und seine Richterpersönlichkeiten, 2007 (passim).

<sup>188</sup> Vgl. *Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. 1, S. 130 (Fn. 2).

<sup>189</sup> Gleiches gilt für Baden, vgl. näher *Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. 1, S. 133 ff.

<sup>190</sup> Einzelheiten bei *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, S. 125 ff.; *Boetticher*, Die Justizorganisation im Königreich Hannover nach 1848 und ihre Ausstrahlungskraft auf die Staaten des Deutschen Bundes und das Reich bis 1879, S. 36 ff.

<sup>191</sup> *Heusinger*, Vom Reichskammergericht, seinen Nachwirkungen und seinem Verhältnis zu den heutigen Zentralgerichten, S. 28.

<sup>192</sup> Einzelheiten bei *Schubert*, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877), S. 154 f.

<sup>193</sup> Verhandlungen des 1. DJT 1860, S. 330; s. ferner S. 66 ff., 278 ff. Bemerkenswert ist insoweit die Anlehnung an das französische Kassationsrecht: „Das Rechtsmittel letzter Instanz bringt nicht die Sache in ihrer Totalität, sondern neben Kompetenzüberschreitungen und gewissen Procedurfehlern nur die behauptete fehlerhafte Anwendung und Auslegung des Gesetzes mit Ausschluss der tatsächlichen Würdigungen des zweiten Richters zur Entscheidung des für ein größeres Gebiet bestimmten höchsten Gerichtshofes“ (*Waldeck*, in: aaO, S. 36).

tergrund der – maßgeblich vom Deutschen Zollverein initiierten – Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung (1848) und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB, 1861) bekräftigt, welcher erklärte,

„dass zur Wahrung der durch Einführung eines deutschen Handels- und Wechselrechts gewonnenen Rechtseinheit die Errichtung eines gemeinsamen obersten Gerichtshofes für ganz Deutschland ein dringendes Bedürfnis ist.“<sup>194</sup>

Die Entwicklung zu einem Höchstgericht mit Letztentscheidungskompetenz nahm daher nicht im Verfassungs-, sondern im Handelsrecht ihren Ursprung. Nachdem auch die Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26.06.1867 kein letztinstanzliches Gericht auf Bundesebene vorsah,<sup>195</sup> setzte sich – nicht zuletzt durch die positiven Effekte durch Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung und des ADHGB<sup>196</sup> – auf politischer Ebene die Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Rechtsanwendung und der Errichtung eines Höchstgerichts durch, um den Handel zu begünstigen und „als Gegengewicht gegen die Gefahr einer abweichenden Entwicklung des einheitlichen Rechts durch die Praxis und Judikatur“<sup>197</sup> zu fungieren. Dazu wurde 1869 das Bundes-Oberhandelsgericht (BOHG) mit Sitz in Leipzig gegründet.<sup>198</sup>

War dieses 1870 konstituierte Höchstgericht zunächst noch auf handelsrechtliche Streitigkeiten ausgerichtet,<sup>199</sup> fand schrittweise eine Erweiterung auf bürgerliche Rechtsmaterien statt, auch wenn der Schwerpunkt der zivilrechtlichen Rechtsprechungstätigkeit noch in den Territorialstaaten verblieb.<sup>200</sup> Die semi-amtliche Entscheidungssammlung (BOHGE/ROHGE)<sup>201</sup> mit über 2.500 Entscheidungen

<sup>194</sup> Verhandlungen des 4. DJT 1863, Bd. II, S. 126 ff., 211 f. Ähnliche Forderungen wurden auch in den Verhandlungen des 5. DJT 1864, Bd. II, S. 148, und des 6. DJT 1867, Bd. II, S. 52, erhoben. Schließlich forderte auch der 1. Deutsche Handelstag (Verhandlungen des 1. Deutschen Handelstages 1861, S. 110), es möge „ein gemeinsamer oberster deutscher Gerichtshof zur Erhaltung der Einheit und gemeinsamen Fortbildung des deutschen Handelsrechts ins Leben treten“.

<sup>195</sup> Winkler, Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht, S. 19; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, S. 380 mwN.

<sup>196</sup> Diese wurden durch Gesetz v. 05.06.1869 (Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 379 ff.) zu Bundesgesetzen erhoben.

<sup>197</sup> Hänel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, S. 744.

<sup>198</sup> Gesetz, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen v. 12.06.1869 (Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 201). Einzelheiten dazu bei Laufs JuS 1969, 256 ff.; Buschmann NJW 1979, 1966, 1969; näher zum Gesetzgebungsverfahren Schubert, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877), S. 140 ff.

<sup>199</sup> Vgl. § 1 des G. v. 12.06.1869 (vorherige Fn.): „Für Handelssachen wird ein für alle Staaten des Norddeutschen Bundes gemeinsamer oberster Gerichtshof errichtet, dessen Zuständigkeit sich über das gesammte Bundesgebiet erstreckt und welcher die Benennung ‚Bundes-Oberhandelsgericht‘ führt.“

<sup>200</sup> Einzelheiten bei Hänel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, S. 201.

<sup>201</sup> Diese wurde zunächst als Beiheft zu der von Levin Goldschmidt begründeten Zeitschrift ZHR veröffentlicht (näher Fischer JZ 2010, 1077, 1081) und beinhaltete etwa 20 % der Rechtsprechungstätigkeit des BOHG. Daneben existierte eine interne „Sammlung Sämmtlicher Erkenntnisse des Reichs-Oberhandelsgerichts“, die indes nur noch in Fragmenten erhalten ist (näher Winkler, Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht, S. 89, 100). Zudem wurde bei den

ermöglichte es jedoch, dass die Judikate des BOHG vermehrt in den Partikularstaaten rezipiert wurden und einen bedeutsamen Einfluss auf die weitere Gesetzgebung im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts hatten.<sup>202</sup> Die rechtsfortbildende und rechtsvereinheitlichende Funktion des Höchstgerichts trat damit auf Bundes- bzw. Reichsebene erstmals deutlich in Erscheinung.<sup>203</sup>

Ein entscheidendes Wirkhindernis war jedoch die noch immer bestehende Zersplitterung des Verfahrensrechts: Das BOHG hatte keine eigenständige Verfahrensordnung, sondern applizierte die Prozessordnung desjenigen Territorialstaats, in dem die Streitigkeit ihren Anfang nahm und sah sich insoweit dem Vorwurf ausgesetzt, ein

„Allerweltsgerichtshof [zu sein], der heute nach dem lübischen Prozess, morgen nach dem preußischen, übermorgen nach hessischem und dann wieder einmal nach sächsischem verfahren soll.“<sup>204</sup>

Das BOHG war insoweit – je nach prozessualer Ausgestaltung in den Gliedstaaten – entweder als Tatsachen- oder als Rechtsrügeinstanz tätig<sup>205</sup> und nahm nach § 12 BOHG-Gesetz<sup>206</sup> zunächst nur eine sog. *Substitutionsrechtsprechung* wahr: Es trat an die Stelle des jeweiligen obersten Gerichtshofs im Territorialstaat mit derjenigen Zuständigkeit und verfahrensrechtlichen Kompetenz, welche diesem nach dem jeweiligen Partikularrecht zukam.<sup>207</sup>

### III. Nach der Reichsgründung

#### 1. Vom ROHG zum Reichsgericht

Mit der Reichsgründung 1871 und der Entstehung des deutschen Nationalstaats nach Ende des deutsch-französischen Kriegs stellte sich die Frage nach einer Höchstgerichtsbarkeit mit umfassender Jurisdiktionsgewalt erneut mit besonderer Dringlichkeit. Jedoch erfolgte zunächst nur eine Umbenennung des Bundes- in Reichs-Oberhandelsgericht (ROHG) ohne institutionelle oder verfahrensrecht-

---

Senaten des ROHG ein Präjudizienbuch „über die bei Erledigung der einzelnen Sachen erfolgten Entscheidungen zweifelhafter oder wichtiger Rechtsfragen“ etabliert (durch G. v. 11.04.1877, RGBl. 415).

<sup>202</sup> S. näher hierzu § 9 des vom Bundesrat genehmigten Regulativs (abgedruckt in BOHGE 2, 7 ff.; nachgewiesen bei *Schubert*, Die deutsche Gerichtsverfassung [1869–1877], S. 151).

<sup>203</sup> Bei Divergenzen innerhalb des BOHG musste die Rechtsfrage dem Plenum des Gerichts vorgelegt werden, vgl. § 9 des G. v. 12.06.1869 (o. Fn. 198).

<sup>204</sup> Abgeordneter *Zehmen* am 10.04.1869 im Reichstag (Zitat nachgewiesen bei *Laufs* Jus 1969, 256, 258).

<sup>205</sup> *Fischer* JZ 2010, 1077, 1080; *Winkler*, Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht, S. 66 f.

<sup>206</sup> S. Fn. 198.

<sup>207</sup> *Winkler*, Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht, S. 52 f.; damit wurde auch das Institut der Aktenversendung an juristische Fakultäten auf Bundesebene endgültig aufgegeben.

liche Veränderung;<sup>208</sup> die Errichtung eines Reichsgerichts als vollwertiges Höchstgericht ließ weiter auf sich warten. Neben einer geographischen Zuständigkeits-erweiterung – etwa auf das Reichsland Elsass-Lothringen – vergrößerte sich die inhaltliche Zuständigkeit des ROHG durch den Erlass neuer Reichsgesetze zunächst nur graduell, z. B. auf das Gebiet des geistigen Eigentums.<sup>209</sup> Erst zum 01.10.1879 wurde das ROHG in das Reichsgericht (RG) überführt,<sup>210</sup> womit zum ersten Mal ein einheitliches Revisionsgericht mit einer eigenen Prozessordnung<sup>211</sup> für das gesamte Reichsgebiet bestand.<sup>212</sup>

Dem war ein langer Streit zwischen den Gliedstaaten des Deutschen Reichs über die institutionelle Stellung und geographische Lage des RG vorausgegangen.<sup>213</sup> Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte das Gericht – in den Worten von dessen ersten Präsidenten *von Simson* – vorrangig „die Gemeinsamkeit des Rechtslebens“ im Reich zeigen und ein Zeugnis der „unbedingten Justizhoheit des Reiches“ darstellen.<sup>214</sup> Mit der Reichsgründung hatte die – bislang noch hinter den Individualrechtsschutz zurücktretende – rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Funktion des Höchstgerichts damit noch einmal an Bedeutung gewonnen. Auch der Senatspräsident des RG *Lobe* betonte,

„daß die Aufgabe eines jeden höchsten Gerichtshofes sein muß, im Interesse der Allgemeinheit die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zu wahren und das Recht fortzubilden [...]“<sup>215</sup>

Dabei bestand jedoch die Schwierigkeit, dass sich das – zunächst aus fünf Zivil- und drei Strafsenaten bestehende – RG und die überwiegend aus Preußen stammende Richterschaft<sup>216</sup> auf materiellrechtlicher Ebene bis zum Erlass des BGB mit einer Vielzahl an partikularen Rechten konfrontiert sah, insbesondere mit dem

<sup>208</sup> Vgl. BOHGE 2, 448 f.; näher erläutert bei *Fischer* JZ 2010, 1077, 1081.

<sup>209</sup> Einzelheiten bei *Haenel*, Deutsches Staatsrecht, S. 201; *Fischer* JZ 2010, 1077, 1080. Durch die Bestellung des BOHG zum obersten Gerichtshof für Elsass und Lothringen (G. v. 14.06.1871, RGBl. 315) fungierte das Gericht bis zum Erlass der Reichs-CPO auch als Kassationshof (z. B. in ROHGE VIII, 53; XI, 74; XI, 76; XI, 116; Einzelheiten bei *Gross* JZ 2023, 719, 720).

<sup>210</sup> Vgl. § 14 EGGVG 1877 („Die am Tage des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes bei dem Reichs-Oberhandelsgerichte anhängigen Sachen gehen in der prozessualistischen Lage, in welcher sie sich befinden, auf das Reichsgericht über.“); weiterführend *Fischer* JZ 2010, 1077, 1083. Die Kontinuität zeigte sich insbesondere darin, dass die Mehrheit der Richter am ROHG auch am RG weiter tätig war (Einzelheiten bei *Wadle* JuS 1979, 841 f. mwN).

<sup>211</sup> Dazu sogleich sub § 2. III. 2.

<sup>212</sup> Dabei knüpfte das RG in weitem Umfang an die Rechtsprechung des ROHG an. Vgl. zur Kontinuität der Rechtsprechung von ROHG und RG: *Bergfeld*, Die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zum ADHGB und ihr Einfluss auf die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts zum BGB, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, S. 625 ff.

<sup>213</sup> Einzelheiten bei *Müller*, Die Hüter des Rechts, S. 31 ff. mwN.

<sup>214</sup> Zitiert nach *Müller*, Die Hüter des Rechts, S. 15.

<sup>215</sup> *Lobe*, Die innere Organisation des Reichsgerichts, Hinsichtlich der Rechtsprechung, in: ders. (Hrsg.), Fünfzig Jahre Reichsgericht, S. 19.

<sup>216</sup> Details bei *Buschmann* NJW 1979, 1966, 1970 mwN.

preußischen ALR, dem rezipierten Napoleonischen und dem gemeinen Recht.<sup>217</sup> Insoweit war die rechtsvereinheitlichende Aufgabe des RG vor Inkrafttreten des BGB zwar mehrheitlich noch auf das jeweilige Partikulargebiet beschränkt,<sup>218</sup> wobei landesrechtliches Privatrecht teilweise auch über das Jahr 1900 hinaus fortgalt. Dennoch war die rechtsfortbildende Funktion des RG bald sichtbar,<sup>219</sup> wobei das Plenum des RG bzw. die Vereinigten Zivil- und Strafsenate mit der letztverbindlichen Klärung einer Rechtsfrage befasst werden konnten, was die rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Funktion des Höchstgerichts abermals hervorhob.<sup>220</sup>

Aufgrund der stark zunehmenden Zahl an revisionsrechtlichen Entscheidungen im wirtschaftlich prosperierenden Umfeld der Gründerjahre verfeinerte sich auch die systematisch-wissenschaftliche Rezeption der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Neben die 173 Bände<sup>221</sup> umfassende Entscheidungssammlung RGZ, welche knapp 15.000 Revisionsentscheidungen zwischen 1879 und 1945 in sich vereinigte,<sup>222</sup> traten bald Nachschlagewerke, die auch die nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckten Judikate wiedergeben, insbesondere Warneyers Jahrbuch.<sup>223</sup> Eine wissenschaftlich-dogmatische Aufarbeitung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung erfolgte insbesondere durch den seit 1897 erschienenen Kommentar von Planck, den 1898 erstmals veröffentlichten Kommentar von Staudinger und den seit 1910 verlegten Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGRK).<sup>224</sup> Diese intensive wissenschaftliche Aufarbeitung verstärkte die im deutschen Recht besonders enge Verbindung zwischen Rechtswissenschaft und höchstrichterlicher Rechtsprechung.<sup>225</sup>

<sup>217</sup> Näher *Wadde* JuS 1979, 841, 843: Dem II. Zivilsenat war das französische Recht, dem III. der größte Teil der gemeinrechtlichen Sachen, dem IV. und V. preußisches Recht und dem I., II. und III. Zivilsenat die bisherigen Aufgaben des ROHG zugewiesen.

<sup>218</sup> Vgl. dazu insbesondere die Kaiserliche Verordnung betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 28.09.1879 (RGBl. 1879, 299), auch zu den Ausnahmen.

<sup>219</sup> Umfassend zur Rechtsprechung des RG im 19. Jahrhundert: *Möller*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, S 48 ff.

<sup>220</sup> Einzelheiten bei *Buschmann* NJW 1979, 1966, 1970 f. mwN.

<sup>221</sup> Band 173 war nur noch in Teilen erschienen (umfassend dazu *Barnert* JZ 2012, 114 ff.).

<sup>222</sup> Dies sind etwa 10 % der insgesamt gefällten Entscheidungen (vgl. *Ostler* NJW 1995, 23). Seit 1921 sind auch die Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich enthalten.

<sup>223</sup> Vgl. Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist (WarnRspr) (1908–1943); daneben existierte ein umfassendes, allerdings nur für den internen Gebrauch bestimmtes Nachschlagewerk in Form eines Präjudizienbuches; vgl. dazu *Warneyer*, Das Nachschlagewerk, in: Lobe (Hrsg.), Fünfzig Jahre Reichsgericht, S. 53 f.

<sup>224</sup> Umfassend *Ostler* NJW 1995, 23, 24 mwN.

<sup>225</sup> Vgl. hierzu die sechsbändige Festgabe Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), 1929.

## 2. Der Erlass der Reichs-CPO

Die Reichsgründung 1871 schuf die verfassungsrechtlichen Grundlagen für ein vereinheitlichtes Revisionsverfahren.<sup>226</sup> Maßgeblich beeinflusst wurde die Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts der CPO 1877 durch den preußischen Justizminister Leonhardt, welcher der Justizkommission im Reichstag vorsaß.<sup>227</sup> Dabei herrschten schon während der Vorarbeiten zur Reichs-CPO Uneinigigkeiten über die Qualifikation und den Ursprung der Revision, die nach Ansicht des Reichsgesetzgebers

„als ein auf die rechtliche Beurtheilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, als eine frei gestaltete revisio in iure konstruiert [ist]. Der Revisionsrichter hat zu prüfen, ob das angefochtene Urtheil auf einer Gesetzesverletzung beruht und bei dieser Prüfung das im Urtheil festgestellte Sachverhältniß zum Grunde zu legen, sofern nicht in dem Verfahren, welches zur Feststellung des Sachverhältnisses geführt hat, eine Gesetzesverletzung gerügt wird.“<sup>228</sup>

In den Gesetzesmaterialien wird die Revision dabei als „eine neue Rechtsbildung“ bzw. „ein wie die Berufung freigestaltetes, jedoch auf die rechtliche Würdigung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel“ charakterisiert,<sup>229</sup> wobei das

„Rechtsmittel als ‚Revision‘ bezeichnet [wird], weil man einen besseren Ausdruck nicht zu finden vermochte. Den [...] Begriff der ‚Nichtigkeitsbeschwerde‘ wollte man meiden, weil er zu sehr an den Kassationsrekurs des französischen Rechts erinnert, mit diesem aber der Sache und den Formen nach vollständig gebrochen werden sollte.“<sup>230</sup>

<sup>226</sup> Umfassend zur historischen Entwicklung des Revisionsrechts in der CPO 1877: *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 58–80; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, S. 7–54; *Henke*, Die Tatfrage, S. 195–225; *Kaempfe*, Der Zugang zum Revisionsgericht in Zivilsachen, S. 1 ff. und passim; *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 22–46.; *ders.*, Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, in: FS der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, S. 305 ff.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 1. Aufl., S. 6–26; *Traut*, Der Zugang zur Revision in Zivilsachen, S. 15–30.

<sup>227</sup> Zum Gesetzgebungsverfahren *Schubert* ZRG (GA) 2007, 167, 175 ff. mwN; *Möhring/Nirk*, Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 305, 316.

<sup>228</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 141 f.

<sup>229</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142; s. hierzu auch *Fels*, Revisionsrecht und Sonderrecht, S. 4 ff.

<sup>230</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142; kritisch zu dieser Formulierung bereits *Grünberg*, Die Revision im Zivil- und Strafprozess de lege lata und de lege ferenda, S. 6 f. Vgl. auch *Hahn/Stegemann*, aaO, S. 363: „Trotz mancher Uebereinstimmung und Aehnlichkeit der Revision mit verwandten Rechtsmitteln bleiben stets erhebliche Abweichungen bestehen. [...] Will man überhaupt durch Vergleichung argumentiren, so bezeichnet man die Revision am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung.“

a) *Historisches Meinungsbild zum Ursprung der Revision als ‚Rechtsberufung‘*  
 aa) *Ideologisches Umfeld*

Diese starken Abgrenzungsbemühungen zum französischen Recht und zu den davon beeinflussten partikularen Rechten können angesichts der vorstehend nachgezeichneten Entwicklung nicht überzeugen und sind vorrangig mit Blick auf antifranzösische Tendenzen in der Mitte des 19. Jahrhunderts und vor dem Hintergrund des deutsch-französischen Krieges 1870/1871 sowie einer erstarkenden deutsch-nationalstaatlichen Identitätsbewegung erklärbar.<sup>231</sup> Denn in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde dem französischen Kassationsrecht in Deutschland in großem Maße Bewunderung entgegengebracht.<sup>232</sup> Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion war das französische Zivilrecht – im Gegensatz zum englischen und US-amerikanischen – sehr präsent, etwa durch die zwischen 1870 und 1907 erschienene Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht. Gleiches gilt für das französische Kassationsrecht,<sup>233</sup> wobei sich der Diskurs jedoch noch am Vorabend der Reichsjustizgesetze auf die Appellation als „das wichtigste Rechtsmittel“ konzentrierte.<sup>234</sup>

Entscheidenden Anteil an der Ablehnung französischen Gedankenguts hatte auch der vorerwähnte preußische Justizminister Leonhardt, der sich in seinen 1865 erschienenen Beträgen *Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland* mit Verve gegen das Kassationsmodell sowie die ihr nachgebildete Nichtigkeitsbeschwerde wandte und diesen Duktus auch in die Gesetzesmaterialien einbrachte<sup>235</sup> – obwohl

<sup>231</sup> Mit Blick auf diejenigen Autoren, welche den Kassationsgedanken aufgrund ihres französischen Ursprungs ablehnten, vgl. *Waldeck*, Die Nichtigkeitsbeschwerde, S. 22: „Wollen wir Tüchtiges und Gutes in unserem Justizorganismus und unserem Verfahren herabsetzen, weil es aus Frankreich stammt, so ist das wohl eine sehr bedenkliche Art, gegen Frankreich zu rüsten.“

<sup>232</sup> Z. B. *Waldeck*, Die Nichtigkeitsbeschwerde, S. 30ff.; *Mittermaier*, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, S. 140. S. ferner *Bähr*, Verhandlungen des 10. DJT, S. 98 ff.; *Paraquin*, Die französische Gesetzgebung, I. Rechtsgeschichtliche Einleitung und Gerichtsorganisation, S. 16 ff., 106 ff. (zur Gesetzgebung während und nach der Revolution, insbesondere aaO, S. 22 [„Mit gerechtem Stolz darf der Franzose auf seine Gesetzgebung blicken, die in der Harmonie des Ganzen noch nirgends ihresgleichen gefunden hat ...“]); *Jonas*, Studien aus dem Gebiete des französischen Civilrechts und Civilprozeßrechts, S. 285 ff. Weitere Nachweise bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 39 f.

<sup>233</sup> *Bähr*, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß, S. 6 ff.; *von Bar* (Das deutsche Civilprozeßrecht, 2. Aufl., S. 66) merkte mit Blick auf das französische Kassationsrecht an: „Doch hat sich dieses Rechtsmittel vortrefflich bewährt, um einerseits die Rechtseinheit in dem großen Lande praktisch zu erhalten, andererseits aber doch den einzelnen Gerichten die nöthige Freiheit der Entscheidung zu belassen und die Entscheidungen des Kassationshofs einen hohen wissenschaftlichen Werth behaupten zu lassen.“ S. ferner *Jonas*, Studien aus dem Gebiete des französischen Civilrechts und Civilprozeßrechts (passim); *von Harrasowsky*, Die Rechtsmittel im Civilproceße nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, S. 21 ff.; *Frey*, Der Gerichtssaal 1851, 114 ff.; *Rauter* Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes 1830, 245 ff.; sowie die weiteren Nachweise bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 39 (Fn. \*).

<sup>234</sup> Vgl. etwa *Endemann*, Das Deutsche Zivilprozeßrecht, S. 889 ff.

<sup>235</sup> Vgl. *Leonhardt*, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, S. 178 ff., insbesondere S. 193 f. Explizit auch *ders.*, aaO, S. 2: „Es würde sehr zu bedauern sein, wenn französisches Recht

der preußische Gesetzgeber noch fünf Jahre zuvor verlautbarte, dass sich das französische Recht bewährt habe und der dortige Kassationshof ein „ungewöhnlich großes Ansehen genieße“.<sup>236</sup> Schließlich wurde von zeitgenössischen Beobachtern befürchtet, die – häufig vom französischen Recht beeinflussten – territorialstaatlichen Prozessgesetzgebungen könnten eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts auf Reichsebene verhindern.<sup>237</sup> Nach *Schwinge*<sup>238</sup> wurde der Begriff der (gemeinrechtlichen) ‚Revision‘ als Kontrapunkt zur ‚Nichtigkeitsbeschwerde‘ im preußischen Zivilprozess<sup>239</sup> daher bewusst in den Gesetzesmaterialien verwendet, um die französischen Ursprünge des Verfahrens zu überdecken.

Die mehr als ein halbes Jahrhundert andauernde Rezeptionsphase des französischen Kassationsdenkens in Deutschland konnte jedoch auch der Reichsgesetzgeber nicht verbergen, welcher an anderer Stelle in den Gesetzgebungsmaterialien zugestand:

„So viel muß man unbedenklich einräumen, daß, wie manche andere französische Institution, auch der französische Prozeß in den letzten Jahrzehnten mittelbar eine anregende, heilsame Rückwirkung auf die Entwicklung des deutschen Verfahrens geübt hat.“<sup>240</sup>

Geradezu verwundert zeigte sich der Reichsgesetzgeber zudem (wohl insbesondere mit Blick auf die Rechtslage in Preußen, Hannover und Bayern), dass das französische Kassationsrecht trotz divergierender Gerichtsstrukturen auch 60 Jahre nach dem Wiener Kongress als Rechtsimplantat in vielen Partikularrechten fortgalt:

„Daß neuere deutsche Gesetze den zur Aburtheilung der neueren Nichtigkeitsbeschwerde berufenen Behörden eine ganz andere staatsrechtliche Stellung, wie sie der Kassationshof einnimmt, anwies, sich dennoch aber von den Vorschriften des von seiner Grundlage

---

das deutsche Recht verdrängen sollte und damit die deutsche Rechtswissenschaft der Rechtsgeschichte und der Jurisprudenz Frankreichs verfiel; [...]“ S. ferner auch die Ausführungen bei *ders.*, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland. Zweiter Beitrag: eine vergleichende Kritik der Grundprincipien des Entwurfs einer Civilprocessordnung für den preußischen Staat, S. 237 ff. Umfassend zu Leonhardts Bedeutung im Gesetzgebungsverfahren *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 24, 40.

<sup>236</sup> Vgl. Motive zum Preußischen Gesetz-Entwurf v. 20.05.1860, Preußisches JMBL. 1860, 281.

<sup>237</sup> Einzelheiten bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 40 mwN, sowie schon sub § 2. I. 3. b)–d). Speziell für das bayerische Recht vgl. *Arnold*, Die Umgestaltung des Civilprocesses in Deutschland, S. 280 ff.

<sup>238</sup> Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 19 ff. mwN (mit Verweis auf die divergierende Begriffsverwendung in den einzelnen Territorialstaaten und die Vorentwürfe). *Henke* (ZZP 1996, 135, 150 [Fn. 116]) sieht den Begriff dagegen in Tradition zur reichskammergerichtlichen *revisio actorum*, was jedoch sehr fraglich ist, weil das reichskammergerichtliche Verfahren in den Vorarbeiten und Gesetzesmaterialien zur CPO 1877 an keiner Stelle thematisiert wird. Die Gefahr einer begrifflichen Verwechslung konnte zudem mit Blick darauf entstehen, dass auch für die wiederholte Prüfung einer Entscheidung durch dasselbe Gericht der Begriff der Revision noch geläufig war (vgl. z. B. *Bülow/Braun*, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, S. 244; *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, S. 69 f.).

<sup>239</sup> Oben sub § 2. I. 3. b) cc).

<sup>240</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 115.

losgelösten Kassationsrekurses nicht frei machen konnten, wird immer eine auffallende Erscheinung in der Geschichte der deutschen Gesetzgebung bleiben.“<sup>241</sup>

### bb) Positionierung der Wissenschaft

Vor diesem ideologisch aufgeladenen Hintergrund positionierte sich die Rechtswissenschaft zum Ursprung der Revision schon früh differenzierter. *Bähr* konstatierte 1885,

„[d]er Sache nach [sei] dieses auf die Rechtsfrage beschränkte Rechtsmittel im Wesentlichen dasselbe, wie die im preußischen Proceß wohlbekannte Nichtigkeitsbeschwerde dritter Instanz.“<sup>242</sup>

In seiner 1871 erschienenen Schrift *Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß* verdeutlichte er zudem, dass nur eine Beschränkung der Zuständigkeit des Höchstgerichts nach französischem Vorbild es ermöglicht, diesem „in seinem Inneren eine Organisation zu geben, welche in Wahrheit eine einheitliche Rechtsprechung erzeugt“.<sup>243</sup> Auch nach *Weismann*<sup>244</sup> ist „unverkennbares Vorbild“ der Revision die „Kassation des französischen Rechts“. *Wach* betonte mit Blick auf die in den 1870er Jahren diskutierten Rechtsmittelalternativen ebenso die Notwendigkeit eines Verfahrens,

welches verwandt dem französischen Kassationsrekurs, der preußischen und gemeinrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde, das jus in thesi seinem reinen Inhalt nach aufrecht zu erhalten und zur richtigen Anwendung zu bringen hat, also in der That abgesehen von unheilbaren Fehlern in procedendo die prinzipiell mißverständliche Anwendung des Gesetzes beseitigen soll. Nur eine revisio des verletzten Gesetzes in abstracto nicht eine Revision der konkreten Beurtheilung erfüllt den Zweck der Erhaltung der Rechtseinheit und läßt sich praktisch durchführen.“<sup>245</sup>

Daher wurden die Wurzeln des Revisionsrechts überwiegend in der Preußischen AGO (1793) sowie der – vom Napoleonischen Recht inspirierten – Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14.12.1833 verortet.<sup>246</sup>

Diese Ansicht war jedoch schon bei und kurz nach Erlass der Reichsjustizgesetze nicht unumstritten. *Gaupp* charakterisierte die Revision etwa vorrangig

<sup>241</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142.

<sup>242</sup> Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1885 (Bd. 23), S. 339, 353. Für eine zeitgenössische Abhandlung des zivil- und strafprozessualen Revisionsrechts s. ferner *Stabl* AcP 1884, 94 ff.; *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts für den akademischen und praktischen Gebrauch, S. 713 ff.; *Planck*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, S. 506 ff.

<sup>243</sup> *Bähr*, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß, S. 6 ff., 17 ff.

<sup>244</sup> ZZP 1886, 169, 172.

<sup>245</sup> *Wach*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1873, 88, 104.

<sup>246</sup> So etwa *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 6.; ähnlich *von Bar*, Das deutsche Civilprozeßrecht, 2. Aufl., S. 68; s. schon oben sub §2.I.3.b).

als „eine auf die Nachprüfung des angefochtenen Urteils im Rechtspunkte beschränkte Oberberufung.“<sup>247</sup> Auch *Wach* positionierte sich in seinen Vorträgen über die Reichs-Civilprozessordnung<sup>248</sup> neu und qualifizierte die Revision nunmehr als „eine auf die Nachprüfung des angefochtenen Urteils im Rechtspunkte beschränkte, gemeinrechtliche Appellation“. Teilweise kritisierte die deutsche Rechtswissenschaft auch die als dem französischen Recht zu weitreichend nachempfundene Ausgestaltung des Revisionsrechts. *Sonnenschmidt* forderte etwa, „den ganzen französischen Kassationskram und Ballast über Bord zu werfen“, wobei unverständlich sei, weshalb „so ängstlich an dem Erfordernisse der Gesetzesverletzung für die Begründung der Revision festgehalten“ werde.<sup>249</sup> Das Konzept einer *revisio in iure* sei vielmehr ein „Eindringen der französischen Kassationsidee in den deutschen Civilprozess“, welche „als unbedingt verwerflich bezeichnet werden muss“.<sup>250</sup>

b) Eine ‚romanisierte‘ Oberappellation oder ‚germanisierte‘ Kassation

Angesichts der breiten Rezeption des Kassationsgedankens in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist eine Beeinflussung der CPO 1877 durch das französische Recht klar erkennbar. Jedoch erfolgte – anders als dies teilweise in den partikularen Rechten beobachtet werden konnte – keine unbesehene Übernahme. Vielmehr ist das Rechtsmittel der Revision tatsächlich eine neue Rechtsbildung und hybride Mischung aus der französischen Kassationsbeschwerde (bzw. der daran angelehnten Nichtigkeitsbeschwerde) sowie der gemeinrechtlichen Oberappellation und Revision. Auch der ehemalige Reichsgerichtspräsident *Walter Simons* qualifizierte die „deutsche Revision“ daher als „Mittelding zwischen zweiter Berufung und Kassation“.<sup>251</sup>

<sup>247</sup> *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, S. 68 f., der jedoch auch Ähnlichkeiten zum Kassationsrekurs zugesteht.

<sup>248</sup> *Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung: Gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879, S. 284 f. Danach ist die Revision „ein originelles Rechtsmittel. Sie hat unter den Rechtsmitteln des früheren Partikularrechts viel Verwandtes, aber nichts, was ihr gleich ist. Sie ist eine auf die Nachprüfung des angefochtenen Urteils im Rechtspunkte beschränkte, gemeinrechtliche Appellation. Sie ist *revisio in iure*, nicht *in facto*. Die Rechts-, nicht die Tatfrage soll nochmaliger Prüfung unterzogen werden können. Auf der prinzipiellen Scheidung beider beruht die Möglichkeit der Revision [...]. Das Rechtsmittel bezweckt nicht die Aufstellung von Rechtsanschauungen, abstrakten Rechtssätzen, sondern die Nachprüfung und eventuelle Aenderung der Entscheidung in der Sache selbst. Daher dient es nicht nur der Rechtseinheit, sondern zugleich der konkreten gerechten Rechtsprechung.“ In ähnlicher Weise sind auch die Ausführungen bei *Schmidt* (Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 562) zu verstehen.

<sup>249</sup> ZZZ 1880, 421, 423.

<sup>250</sup> *Sonnenschmidt* ZZZ 1880, 421, 423.

<sup>251</sup> *Simons*, Das Reichsgericht, in: Magnus (Hrsg.), Die höchsten Gerichte der Welt, S. 3, 21, wonach sich aus den Vorarbeiten zu den Reichsjustizgesetzen ergebe, dass man mit der Revision „weniger den Interessen der Parteien an einer gründlichen Verhandlung des Rechtsstreits dienen [wollte], als den Interessen des gesamten Volkes an der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, der Grundlage der Rechtseinheit.“ S. ferner *Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung: Gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879, S. 284 f. Vgl. aus französischer Perspektive den Befund bei *Ferrand*, Cassation française et révision allemande, S. XVI: „L’historique des

## aa) Prüfungsrahmen und -kompetenz des Höchstgerichts

Von der gemeinrechtlichen Oberappellation, die regelmäßig als (ordentliches) Appellationsverfahren mit dem Ziel eines *novum iudicium* ausgestaltet ist, unterscheidet sich die *revisio in iure* durch ihren spezifischen Prüfungsrahmen einer Rechtsverletzung (vgl. § 512 CPO 1877) und weist insoweit eine strukturelle Nähe zum Kassationsrekurs (vgl. Art. 604 C. P. C.) und zur preußischen Nichtigkeitsbeschwerde auf, welche auch schon die – nunmehr in § 513 CPO 1877 niedergelegten – absoluten Revisionsgründe kannte.<sup>252</sup>

Diese – von der Rechtswissenschaft teilweise mit Verve kritisierte<sup>253</sup> – strikte Trennung zwischen Rechts- und Tatfrage und die Beschränkung auf eine Nachprüfung *in iure* (vgl. § 524 S. 1 CPO 1877) kristallisierte sich in Deutschland insbesondere durch die – jeweils vom Napoleonischen Recht inspirierten – Gesetzesreformen in Bayern, Hannover und Preußen heraus (s. o.); der Begriff „Verletzung des Gesetzes“ ist eine wörtliche Übersetzung des Terminus „violation de la loi“ im französischen Kassationsrecht.<sup>254</sup> Nicht durchsetzen konnte sich dagegen das zu § 485 Abs. 1 des ersten Entwurfs der CPO diskutierte, gemeinrechtliche – und aus dem römischen Recht entlehnte – Konformitätsprinzip (*contra duae conformes*),<sup>255</sup> wonach eine Revision nur dann zulässig sein sollte, wenn der Urteilstenor der zweitinstanzlichen Entscheidung von dem des Erstgerichts abwich.<sup>256</sup>

Durch die Beschränkung des Prüfungsumfangs auf eine Rechtskontrolle ist die Revision entweder zurückzuweisen (vgl. § 526 CPO 1877) oder das Urteil aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§§ 527, 528

---

Cours et des recours révèle toutefois que le modèle français de la cassation – intervenu plus tôt que la révision allemande au sens actuel de cette voie de recours – a influencé celle-ci de façon notable.“

<sup>252</sup> Dazu schon sub § 2. I. 3. b) cc); vgl. zudem *Erythropel* ZJP 1881, 104, 106, 112: Anders als bei der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde wird jedoch nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Prozessvorschriften differenziert; entscheidend ist die Verletzung *einer* prozessualen Bestimmung. Nach *Schubert* (ZRG [GA] 2007, 167, 177) legten die Senate am RG den Begriff der Rechtsverletzung jedoch in unterschiedlicher Intensität aus, wobei Teile der Richterschaft die Dogmatik (insbesondere) der preußischen Vorläufer der Revision fortführten.

<sup>253</sup> Einzelheiten bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 21 mwN.

<sup>254</sup> S. bereits *Weismann* ZJP 1886, 169, 172, wonach „in der Geschichte der Kassation [...] die historischen Wurzeln unserer Revision gelegen“ sind. S. ferner *Bähr*, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß, S. 8; *ders.* (in: Verhandlungen des 10. DJT, S. 98, 100), der ausführte, dass die Revision „der französischen Cassation entspricht; d. h. ein Rechtsmittel, das die Verletzung des Gesetzes in abstracto zur Grundlage nimmt, dagegen alle Fragen concreter Rechtsanwendung (questiones facti) von sich ausschließt“.

<sup>255</sup> Vgl. z. B. noch die Preußische AGO 1793, bei der eine Revision nur zulässig war (bei einem Streitwert von unter 200 Thalern), wenn die Vorinstanzen widersprechende Urteile gefällt hatten (näher *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 23; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 229ff.; weiterführend *Schafft*, Selektion von Rechtsmittel durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, S. 72f.).

<sup>256</sup> Dieses Modell knüpfte wiederum an eine gemeinrechtliche Lehre an, wonach ein Rechtsmittel gegen die dritte gleichlautende Entscheidung in den Territorialstaaten ausgeschlossen ist (*exceptio trium conformium sententiarum*). Einzelheiten bei *Weitzel*, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, S. 300f.; s. ferner *Lames* Rechtsfortbildung als Prozesszweck, S. 95f.; *Endemann*, Das Deutsche Zivilprozessrecht, S. 898.

CPO 1877); das Revisionsverfahren ist damit keine Verfahrenswiederholung de novo als Phänotyp der gemeinrechtlichen Appellation (oder des appeal in Form eines *rehearing*<sup>257</sup>), sondern dient, wie auch in Frankreich,<sup>258</sup> der Supervision der nachgeordneten Gerichte und der Sicherung der Rechtseinheit. In Abgrenzung zum französischen Recht – der Cour de Cassation kam diese Befugnis zunächst noch nicht zu<sup>259</sup> – konnte das RG bei Entscheidungsreife jedoch auch eine eigene Sachentscheidung treffen (§528 Abs. 3 CPO 1877), obschon die Voraussetzungen dafür nur bei einem Bruchteil der Verfahren vorlagen und die kassatorische Entscheidung die reformatorische Verfahrensbeendigung erheblich überwog. Auch die Vertretung vor dem RG durch eine spezialisierte Anwaltschaft (vgl. §§ 98 ff. RAO 1878) findet mit den *Avocats auprès du Conseil d'État et de la Cour de Cassation* ein französisches Vorbild.<sup>260</sup>

#### bb) Verfahrensausgestaltung

Bei der Begründung des Rechtsmittels wählte der Gesetzgeber einen – die Revision noch immer (vgl. § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ZPO) prägenden – Mittelweg: Auf den strengen Formalismus des französischen Rechts (nach Vorbild der *moyens de cassation*<sup>261</sup>) sowie der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde wurde verzichtet.<sup>262</sup> Das Revisionsgericht ist nicht an die von einer Partei ordnungsgemäß dargelegten Rechtsmittelgründe gebunden. Vielmehr wird im Rahmen der zunächst nur optionalen (vgl. § 516 CPO 1877)<sup>263</sup> und seit 1905 verpflichtenden<sup>264</sup> Revisionsbegründung zwischen *error in procedendo* und *in iudicando* differenziert: Im Rahmen einer ‚freien‘ Revisionspraxis erfolgt nur die Kontrolle von nicht von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensfehlern ausschließlich auf eine entsprechende Rüge der Partei hin (*tantum devolutum, quantum appellatum*); im Übrigen reicht die Behauptung der Verletzung des materiellen Rechts. Das Verfahren vor dem RG war dabei stark vom – im französischen Prozessrecht tief verankerten – Prinzip der Mündlichkeit geprägt (vgl. §§ 520, 119 f. CPO 1877).

<sup>257</sup> Zur Entwicklung im englischen Recht vgl. noch sub § 10. I. 1. und 2.

<sup>258</sup> Vgl. dazu sub § 9. I. 2.

<sup>259</sup> Dazu noch sub § 9. V. 2.

<sup>260</sup> Dazu noch sub § 6. II. 1. a).

<sup>261</sup> Dazu noch sub § 9. III. 3.

<sup>262</sup> Vgl. etwa *Gaupp*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, S. 68 f., wonach die Revision „ein eigentümlich geartetes Rechtsmittel [ist], welches sich sowohl von dem Kassationsreurse des französischen Prozessrechts, als von der diesem mehr oder weniger nachgebildeten Nichtigkeitsbeschwerde der neueren Gesetzgebungsarbeiten wesentlich unterscheidet. Wenn sie auch mit diesen Institutionen insofern verwandt ist, als sie ein auf die rechtliche Beurteilung des Streits (*revisio in iure*) beschränktes Rechtsmittel darstellt, so ist sie doch andererseits des formalistischen Charakters jener Rechtsmittel entkleidet und erscheint vielmehr als eine auf die Nachprüfung des angefochtenen Urteils im Rechtspunkte beschränkte Oberberufung.“

<sup>263</sup> Weiterführend *von Kries*, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, S. 296 f.

<sup>264</sup> Vgl. G. v. 05.06.1905, RGBl. 536, zur Einführung von § 554 CPO aF.

Teilweise hat das Revisionsverfahren auch gleichermaßen Vorläufer im Kassationsrecht und in der gemeinrechtlichen Revision bzw. Ober-Appellation, ohne dass eine nähere rechtshistorische Zuordnung möglich wäre. Der Ausschluss der Geltendmachung neuer Ansprüche vor dem Höchstgericht, die Unzulässigkeit neuer Beweismittel und einer neuen Beweisverhandlung (kein *beneficium novorum*) sowie die Beschränkung des Verfahrens auf den vorinstanzlichen Akteninhalt sind prägende Charakteristika einer Höchstgerichtbarkeit, welche sich sowohl im deutschen als auch im französischen Rechtskreis im 18. und 19. Jahrhundert entwickelten.

Steht die Grundstruktur der Revision dem französischen Kassationsrekurs damit – insbesondere verglichen mit den Supreme Courts des common law – nahe, entwickelte sich das Revisionsverfahren gut 100 Jahre nach der Errichtung des Tribunal de Cassation jedoch vor einem anderen ideologischen und historischen Hintergrund und konnte sich dabei von vielen der historischen Eigenheiten des französischen Rechts befreien. Insbesondere wurde die Revision als ordentliches Rechtsmittel mit Suspensiveffekt (nur) gegen die Berufungsurteile der Oberlandesgerichte ausgestaltet (vgl. §507 CPO 1877) und steht – anders als der Kassationsrekurs, aber vergleichbar der bayerischen CPO von 1869<sup>265</sup> – nicht als *voie de recours extraordinaire* gegen jede Entscheidung offen, die nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angreifbar ist. Auch die Zulassungsbeschränkung in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche (1.500 RM, §508 Abs. 1 CPO 1877) weist als *summa appellabilis* bzw. „Erwachsenheitssumme“ eine gemeinrechtliche Prägung auf, die dem Grundsatz des französischen Kassationsmodells zur Sicherung einer absoluten Rechtsanwendungsgleichheit fundamental widerspricht.<sup>266</sup>

Schließlich wurde die Revision als reines Parteirechtsmittel ausgestaltet (vgl. §522 CPO 1877). Eine dem Kassationsrekurs vergleichbare Revision *dans l'intérêt de la loi* nach Hannoveraner Vorbild oder die Befugnis Dritter, Rechtsmittel zur Sicherung der Rechtseinheit einzulegen (nach dem Vorbild Bayerns), wurden nicht übernommen.<sup>267</sup> Die Revision ist als in die Hände der Parteien gelegtes Rechtsmittel ausgestaltet, weshalb sich auch Überlegungen zur Schaffung eines allein auf die Beantwortung abstrakter Rechtsfragen beschränkten Reichsrechtshofs, der in Divergenzfällen zwischen den Landesgerichten abstrakte Rechtsfragen klären und dabei als reines Vorlagegericht losgelöst von dem Verhalten der Parteien agieren sollte, im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen konnten.<sup>268</sup>

<sup>265</sup> Dazu schon sub §2. I. 3. d)bb).

<sup>266</sup> Zur *summa appellabilis* schon sub §2. I. 1. a) und 2. b); zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des *pourvoi en cassation* noch sub §9. III. 1. Auch hinsichtlich der Bindung des Berufungsgerichts ist man dem französischen Modell nicht gefolgt, vgl. *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 372.

<sup>267</sup> Vgl. sub §2. I. 3. c) und d)bb) sowie *Hellwig* (JW 1910, 305, 306) zum Vorschlag eines Kassationsrekurses „zwecks Rechtswahrung“.

<sup>268</sup> Einzelheiten bei *Schubert*, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877), S. 159f.; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, S. 84ff. Dabei sollte jedermann dem Rechtshof die Anregung zutragen können, über eine bestimmte Rechtsfrage zu entscheiden, wobei dem Rechtshof

## cc) Institutionelle Stellung des Revisionsgerichts

Abgrenzungskriterium zum französischen Recht ist weiterhin, dass dem RG eine institutionell andere Stellung als der Cour de Cassation zugewiesen wurde.<sup>269</sup> Es ist in Tradition der partikularen Oberhöfe und Ober-Appellationsgerichte als echtes Höchstgericht und nicht als Hilfsorgan der Legislative (un garde du corps des lois bzw. une sentinelle établie pour le maintien des lois<sup>270</sup>) ausgestaltet. Auch die Besonderheiten des französischen Begründungs- und Entscheidungsstils<sup>271</sup> hatten kaum Einfluss auf die deutsche Spruchpraxis, die mehrheitlich diejenige des BOHG/ROHG fortführte. Folglich war der Gesetzgeber auch insoweit um eine klare Abgrenzung zum französischen Recht bemüht:

„Der Kassationshof, *tribunal unique et sédentaire auprès du corps législatif*, ist ein Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staats, welches im öffentlichen Interesse richterliche Urtheile wegen der darin enthaltenen Gesetzesverletzung vernichtet. – Der Revisionshof ist ein Gericht, welches den Parteien Recht spricht und ein Privatinteresse schützt, indem es ein Urtheil aufhebt, wenn und insoweit es auf einer Gesetzesverletzung beruht, folgeweise Parteirechte schädigt.“<sup>272</sup>

Letztlich überzeugen kann diese streng antagonistische Gegenüberstellung jedoch nicht, da der Gesetzgeber an anderer Stelle ausdrücklich das öffentliche Interesse zur Einführung der Revisionsinstanz betonte, wonach insbesondere „die Beförderung der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung [...] den allgemeinen rechtfertigenden Grund für die Zulassung der Revision“ bildete.<sup>273</sup> Zudem ist zu beachten, dass sich die Cour de Cassation schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts von seiner historischen Funktion eines reinen Rechtskontrollorgans emanzipiert hatte und in wesentlichem Maße auch rechtsschöpfend tätig wurde.<sup>274</sup> Weismann<sup>275</sup> bemerkte daher pointiert:

---

ein Annahmeerlassen zukommen sollte (näher zur damaligen Diskussion bei Zeiler DRiZ 1914, 101 ff.).

<sup>269</sup> Dazu noch ausführlich sub § 9. I. 2. Auch unterschied sich das Verfahren vor dem RG insoweit von demjenigen vor dem französischen Kassationshof, als dieser im 19. Jahrhundert mit der Requettenkammer (*chambre des requêtes*) noch ein besonderes Annahmeverfahren kannte (vgl. dazu Gaupp, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, S. 69, sowie noch sub § 9. I. 4.).

<sup>270</sup> So die Aussage von Jean-Siffrein Maury vor der französischen Nationalversammlung (séance 9 nov. 1790, Archives parlementaires XX, S. 351).

<sup>271</sup> Dazu noch ausführlich sub § 9. VI.

<sup>272</sup> Hahn/Stegemann, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142; s. ferner zu den Vorüberlegungen im Norddeutschen Entwurf 1870: Hellwig AcP 1878, 78, 110f.; Boetticher, Die Justizorganisation im Königreich Hannover, S. 395 ff.

<sup>273</sup> Hahn/Stegemann, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142.

<sup>274</sup> Ausführlich noch sub § 9. I. 2. und 3.

<sup>275</sup> ZZP 1886, 169, 181. Vgl. zudem Bähr, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß, S. 15: „Die Kassation, soweit deren Erhebung den Parteien zwecks reeller Beseitigung des angefochtenen Urtheils zusteht, ist genau ebenso ein Rechtsmittel im Interesse der Parteien wie die ‚Revision‘ des Entwurfs.“ S. ferner Bar, Das deutsche Reichsgericht, S. 16; Grünberg, Die Revision im Zivil- und Strafprozess de lege lata und de lege ferenda, S. 7f.

„In der sonderbarsten Selbsttäuschung sind die Motive befangen, wenn sie meinen, es sei die Revision etwas von der Kassation völlig Verschiedenes. [...] Es ist unrichtig insbesondere der Gegensatz, dass die Kassation dem öffentlichen Interesse diene, die Revision aber Parteiinteressen zu schützen bestimmt sei.“

### c) Die Determinierung des Revisionszwecks

Korrelierend zur Ausgestaltung und den Wurzeln des Revisionsverfahrens wurden auch die Revisionszwecke im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert, insbesondere die Kontrapunkte zwischen der Gewährung von Individualrechtsschutz und der im Kollektivinteresse liegenden Entscheidung von Grundsatzfragen und der Sicherung der Rechtseinheit.<sup>276</sup>

#### aa) Rechtsvereinheitlichung

Der Reichsgesetzgeber suchte einen Kompromiss: Hauptzweck der Revision sollte die „tunlichst zu erstrebende Einheit des Rechts und der Rechtsprechung“<sup>277</sup> im öffentlichen Interesse sein – ein Umstand, der aufgrund der Rechtszersplitterung im Deutschen Reich besonders virulent war, musste das RG u. a. preußisches, rheinisches, badisches, sächsisches oder unkodifiziertes gemeines Recht anwenden. Das gemeine Recht galt dabei in 23, das ALR in drei und das französische Recht in sechs Bundesstaaten des Deutschen Reichs, wobei hierzu noch über 30 (bedeutendere) Partikularrechte traten.<sup>278</sup> Eine vergleichbare Rechtszersplitterung konnte im Prozessrecht beobachtet werden: Allein in den Gebieten sächsischen Rechts galten in der Mitte des 19. Jahrhunderts acht verschiedene Prozessordnungen.<sup>279</sup>

Vor diesem Hintergrund sollte dem RG eine besondere Stellung als „Hüter der Rechtseinheit“<sup>280</sup> zukommen, da es

„ein Staat, dessen Gebiet ein zu umfangreiches ist, als daß die Einsetzung eines einzigen Oberlandesgerichts zulässig wäre, für geboten oder doch für wünschenswerth erachten [muss], im Interesse der freilich nie vollständig zu erreichenden, aber doch thunlichst zu erstrebenden Einheit des Rechts und der Rechtsprechung eine dritte Instanz vor einem obersten Gerichtshofe zu gestatten. Wenn die Herbeiführung dieser Einheit auch vorzugsweise Aufgabe der Wissenschaft ist, so kann dieselbe durch den einen einzelnen Rechtsstreit bezielende richterlichen Spruch, wenngleich nicht direkt, so doch folgeweise gefördert werden.“<sup>281</sup>

<sup>276</sup> Vgl. insbesondere die Ausführungen des Abgeordneten *Struckmann*, in: *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 722 ff.

<sup>277</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 141 ff.; *Rocholl ZJP* 1887, 285 f. Der Rechtsfortbildung als eigenständiger Revisionszweck (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) kam dagegen noch eine nachrangige Bedeutung zu; diese wurde meist als Teilelement einer Sicherung der Rechtseinheit aufgefasst.

<sup>278</sup> *Mohnhaupt FS Distelkamp*, S. 403, 414 mwN.

<sup>279</sup> *Mohnhaupt FS Distelkamp*, S. 403, 414 f. mwN.

<sup>280</sup> *Sonnenschmidt ZJP* 1880, 421, 426.

<sup>281</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 141; kritisch hierzu *Planck*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, S. 506 f.

Nach *von Bar* verwirklichte sich in der Revision daher mit Nachdruck der „ursprünglich der französischen Kassation angehörende Gedanke der Aufrechterhaltung der Rechtseinheit“.<sup>282</sup> Der Erlass einer einheitlichen Reichs-CPO und die sich anschließende Kodifikation des materiellen Rechts zeichnete damit die rechtsvereinheitlichende Entwicklung nach, die sich in Frankreich durch die Gründung des Tribunal de Cassation und den Erlass des C. P. C. sowie des Code Civil rund 100 Jahre zuvor vollzogen hatte.<sup>283</sup> Die gegenteilige Ansicht *Gneists*, die Revision vorrangig am Maßstab des verletzten Parteiinteresses zu konstruieren, fand – insbesondere aufgrund der Gegenreden von *Bähr* und *Gaupp* – im Reichstag und im Justizausschuss dagegen keine Berücksichtigung.<sup>284</sup>

#### bb) Individualrechtsschutz

Trotz dieser Funktionszuweisen wollte der Gesetzgeber – wie ausgeführt – das RG als reines Parteiengericht in Tradition der gemeinrechtlichen Revision bzw. Oberappellation klarer vom französischen Kassationsrekurs abgegrenzt wissen,<sup>285</sup> ohne die nähere Unterscheidung indes im Detail darzulegen.<sup>286</sup> Die Revision sollte Parteirechtsmittel sein, wobei „die Beförderung der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung [... nur] den allgemeinen rechtfertigenden Grund für die Zulassung der Revision“ bildete.<sup>287</sup> Somit erfolgte kein steuernder Einfluss auf die Fallselektion oder eine Privilegierung von Verfahren mit Grundsatzbedeutung; der Zugang zur Revisionsinstanz wurde allein in die Hände der Prozessparteien gelegt.<sup>288</sup> Das öffentliche Interesse an der Rechtsvereinheitlichung war damit nach Ansicht des Gesetzgebers die treibende Kraft für die *institutionelle Etablierung* einer Höchstinstanz, wohingegen das Revisionsverfahren selbst als Parteirechtsmittel ohne ein besonderes Zulassungserfordernis durch den iudex a quo oder ad quem ausgestaltet war.<sup>289</sup> Die einleitend beschriebene<sup>290</sup> Doppelfunktionalität

<sup>282</sup> *von Bar*, Das deutsche Civilproceßrecht, 2. Aufl., S. 68 (kritisch mit Blick auf §511 CPO 1877).

<sup>283</sup> Vgl. noch sub §9. I. 2.

<sup>284</sup> Einzelheiten bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 22.

<sup>285</sup> Vgl. *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142f.

<sup>286</sup> Umfassend zum Streitstand aus damaliger Perspektive: *Bähr*, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilproceß, S. 6 (mit Verweis auf die Abgrenzung zum Kassationsrekurs): „Diese Äußerung der Motive ist nicht ganz leicht zu verstehen. Vergeblich sucht man nach einer Klarstellung, worin denn dieser so schroffe Gegensatz [zwischen Kassation und Revision, Anm. d. Verf.] liegen soll. Die in §. 14 der Motive aufgezählten Unterschiede betreffen nur Äußerlichkeiten, welche für das Wesen des Rechtsmittels ohne Belang sind.“); s. ferner *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 42.

<sup>287</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 142; vgl. zu den Vorüberlegungen im Norddeutschen Entwurf 1870 auch *Hellwig* AcP 1878, 78, 110f.

<sup>288</sup> *Maultzsch* Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 62.

<sup>289</sup> *Maultzsch* Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 62; *Sonnenschmidt* ZZP 1880, 421, 428f.: „Den Parteien, welche in ihren Rechtsstreitigkeiten in letzter Instanz Recht über Mein und Dein gesprochen haben wollen, liegt nur daran, dass solches auf eine sichere, gründliche und Vertrauen erweckende Weise geschieht. Für sie ist es indifferent, ob, wenn

wurde der Revision damit schon in die Wiege gelegt,<sup>291</sup> wobei die Zuordnung der Revisionszwecke durch den janusköpfigen Gesetzauftrag schon kurz nach Erlass der Reichsjustizgesetze zum Zankapfel der Prozessrechtswissenschaft wurde. *Wach* trat etwa der individualschützenden Funktion des Revisionsverfahrens klar entgegen und konstatierte 1904:

„Die höchste Aufgabe des Reichsgerichts ist die Erhaltung der Rechtseinheit. Das Interesse an der gerechten Entscheidung im Einzelfall tritt dagegen weit zurück. Man darf annehmen, dass für diesen Zweck zwei Instanzen ausreichen.“<sup>292</sup>

Ein deutlicher Bruch beim individualschützenden Zugang zum Revisionsgericht wurde jedoch durch die Entscheidung des Gesetzgebers provoziert, amtsgerichtliche Verfahren grundsätzlich vom Revisionsrechtszug auszuschließen (vgl. §507 CPO 1877; §135 GVG 1877), um eine Überlastung des RG zu verhindern.<sup>293</sup> Auch die Folgen einer wertmäßigen Beschränkung des Zugangs zum Revisionsgericht durch eine *summa revisibilis* (i. H. v. 1500 RM, §508 Abs. 1 CPO) gaben Anlass zur regen Diskussion, weil – nicht zu Unrecht – befürchtet wurde, dass „ein Reichsgericht nur für die Reichen“ geschaffen werde<sup>294</sup> und eine Wertgrenze generell als willkürlich empfunden wurde.<sup>295</sup> Konsequenz dieser Ausgestaltung war zudem, dass bestimmte Rechtsgebiete – nach *Gneist* sogar 95 % aller Verfahren<sup>296</sup> – einer Entscheidung durch das RG generell entzogen wurden,<sup>297</sup> insbesondere im Bereich des sozial besonders relevanten Arbeits-, Dienst- und Mietrechts.<sup>298</sup>

---

sie schließlich ihren Prozess gewonnen oder verloren haben, ein Reichsgesetz in der Vorinstanz verletzt worden ist oder nicht.“

<sup>290</sup> Oben sub § 1. I. 1.

<sup>291</sup> Vgl. z. B. schon *Wildhagen* DJZ 1908, 924 („Nach unserer ZPO. ist dem Rechtsmittel der Revision eine Doppelaufgabe zugewiesen: sie soll sowohl im öffentlichen Interesse der Förderung und Erhaltung der Rechtseinheit als auch zugleich dem Privatinteresse der Rechtssuchenden im einzelnen Streitfall dienen.“); *Weismann* ZZP 1886, 169, 181 f. („So erscheint noch heute in der Revision der ursprüngliche Charakter der Kassation insofern erhalten, als im Prinzip sie dem Schutz eines öffentlichen Interesses zu dienen bestimmt ist.“).

<sup>292</sup> *Wach* DJZ 1898, 5; *ders.* DJZ 1904, 1145 ff.; ähnlich auch *Silberschmidt*, Die deutsche Rechtseinheit, S. 25 f.; *Endemann*, Der deutsche Civilprozess, S. 442 („Die Hauptrücksicht, aus der man in diesem Umfang an einem Rechtsmittel dritter Instanz festgehalten hat, ist der Gedanke, daß es im Interesse der Rechtseinheit möglich sein muß, die Entscheidung der Rechtsfrage an die einheitliche Centralstelle der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung, an das Reichsgericht, zu bringen.“).

<sup>293</sup> Näher *Sommenschmidt* ZZP 1880, 421, 423.

<sup>294</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 721 ff., 729. Vgl. auch das berühmte Bonmot von *Anatole France*: „Das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit verbietet es Reichen wie Armen, unter Brücken zu schlafen, auf Straßen zu betteln und Brot zu stehlen“ (*Le lys rouge*, 1894).

<sup>295</sup> Näher noch sub § 14. II. 1.

<sup>296</sup> So die Aussage von *Gneist*, nachgewiesen bei *Rocholl* ZZP 1887, 285, 286.

<sup>297</sup> Näher bei *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 61.

<sup>298</sup> *Müller*, Die Hüter des Rechts, S. 52.

## IV. Die Fortentwicklung im 20. Jahrhundert

### 1. Weimarer Republik

Trotz aller Kritik zeigten die CPO 1877 und das RG zwischen 1877 und 1933 jedoch eine bemerkenswerte Resilienz gegenüber der Veränderung gesellschaftlicher und rechtlicher Rahmenbedingungen. Die Grundstrukturen des Revisionsverfahrens blieben nahezu unangetastet. Auch das RG hatte – trotz bereits zu Jahrhundertbeginn beklagter Überlastung<sup>299</sup> – die Umbruchbewegungen in der Weimarer Zeit in institutioneller Hinsicht gut überstanden<sup>300</sup> und die Zivilrechtsordnung durch ein verstärkt wahrgenommenes Mandat zur Rechtsfortbildung entscheidend mitgeprägt (insbesondere durch Leitentscheidungen zu Verkehrssicherungspflichten,<sup>301</sup> zum Wegfall der Geschäftsgrundlage<sup>302</sup> oder durch die ‚Aufwertungsrechtsprechung‘ während der Weltwirtschaftskrise<sup>303</sup>). Graduell erfolgte damit eine Funktionsverschiebung des Höchstgerichts dahingehend, sein Mandat zur Rechtsfortbildung und zur Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts mehr und mehr im öffentlichen Interesse wahrzunehmen.<sup>304</sup>

Mit dem starken Bevölkerungswachstum im ausgehenden Kaiserreich rückte zudem die Beschränkung des Zugangs der Parteien zum Revisionsgericht in den Vordergrund, indem der Beschwer dewert als Zugangsschranke stetig erhöht wurde,<sup>305</sup> obschon sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur zunehmend Kritik am Verfahren der Streitwertrevision formierte, weil diese nicht garantierte, dass rechtsgrundsätzliche Fragen auch in der Revisionsinstanz einer Entscheidung zugeführt werden.<sup>306</sup> 1924 fand erstmals die Idee einer Rechtsmittelzulassung durch den *iudex a quo* (in Ehesachen) Eingang in das Revisionsrecht.<sup>307</sup> Eine bedeutsame

<sup>299</sup> Dazu von *Jacobetzky* DJZ 1904, 326 ff.; zu den diskutierten Entlastungsmitteln vgl. *Schubert* ZRG (GA) 2007, 167, 183 ff.

<sup>300</sup> Näher hierzu *Schubert* FS Pannier, S. 181–191.

<sup>301</sup> RGZ 52, 373, 379.

<sup>302</sup> RGZ 103, 328, 332.

<sup>303</sup> RGZ 107, 78, 87. S. dazu *Goldschmidt* JW 1924, 245 ff. („Gesetzesdämmerung“).

<sup>304</sup> Vgl. z. B. die Gesetzesbegründung zur ZPO-Novelle 1905 bei JW 1904, 325 ff., sowie zur ZPO-Novelle 1910 bei JW 1910, 495 ff.

<sup>305</sup> Diese wurde 1905 auf 2.500 RM angehoben (G. v. 05.06.1905, RGBl. 1905, 536), im Jahr 1910 auf 4.000 RM (G. v. 22.05.1910, RGBl. 1910, 767 f.). S. umfassend *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, S. 239 ff., und *Schumann*, Recht auf Rechtsmittel, in: *Gilles* (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess, S. 267, 280 f., zur Entwicklung der Wertgrenzen seit dem Inkrafttreten der CPO 1877.

<sup>306</sup> *Schulz* (FS Wach, Bd. 1, S. 383 ff.) forderte bereits 1913 eine Zulassungsrevision, die nur in Betracht komme, wenn das Allgemeininteresse an der „richtigen und einheitlichen Anwendung und Fortbildung des Rechts“ tangiert sei. Vgl. zudem *Hellwig* (JW 1910, 305, 306), der sich für einen Kassationsrekurs dans l'intérêt de la loi einsetzte, sowie *Schoppe*, Revision und Kassation, S. 1 ff.; *Freitag*, Revision und Kassation, S. 33 ff., zur damaligen Diskussion zwischen Revision und Kassation. S. ferner *Fischer*, Revision und Revisionssumme in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Darstellung, S. 1 ff.

<sup>307</sup> Durch Teil I Kap. II Art. 1 Abs. 2 der VO zur Entlastung des Reichsgerichts vom 15.01.1924 (RGBl. I 29) war die Revision in Ehesachen an die Zulassung durch das zweitinstanzliche Gericht

Änderung des revisionsgerichtlichen Verfahrens brachte zudem der 1905 eingeführte Begründungszwang, welcher – aus damaliger Perspektive – eine „organische Umgestaltung des Rechtsmittels“ zur Folge hatte, weil die Erfolgsaussichten der Revision bis dahin allein in der mündlichen Verhandlung eruiert werden konnten.<sup>308</sup> Die Erfahrung der Reichsgerichtsräte hatte jedoch gezeigt, dass

„die jetzige Gestaltung des Rechtsmittels an schweren inneren Mängeln krankt und in dem Bestreben, die allzu große Formalisierung der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde zu vermeiden, über das Ziel hinausgeschossen und in das entgegengesetzte Extrem geraten ist.“<sup>309</sup>

Langsam gewann die Schriftlichkeit im Verfahren und die damit verbundene Konzentration des Prozessstoffs immer mehr an Bedeutung. Diese Entwicklung bereitete auch den Weg für die seit 1929 eröffnete Möglichkeit, über die Revision ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, wenn das Verfahren keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung hatte.<sup>310</sup> Damit trat die rechtsfortbildende Funktion des RG noch stärker den Vordergrund.<sup>311</sup>

## 2. Niedergang und Neubeginn

### a) Der Untergang des Reichsgerichts

Die Machtübernahme der Nationalsozialisten machte auch vor dem RG nicht halt, führte – wie im gesamten Justizsystem – zu einer vollständigen Gleichschaltung der Zivilrechtspflege<sup>312</sup> und schließlich im April 1945 zur Auflösung des Höchstgerichts.<sup>313</sup> Auch wenn eine fundamentale Umgestaltung des zivilprozessualen Revisionsrechts bis Kriegsende nicht realisiert werden konnte,<sup>314</sup> war die Nachkriegszeit von einer Rechtszersplitterung in den vier Besatzungszonen gekennzeichnet: Bereits kurze Zeit nach Kriegsende aufgegriffenen Überlegungen zu einer zeit-

---

gebunden; s. ferner Erster Teil Kap. II Art. 1 Abs. 2 der VO vom 14.06.1932, RGBl. I 285. Weitere Einzelheiten, auch zu den inflationsbedingten Besonderheiten zwischen 1922–1924, bei *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 24f. mwN.

<sup>308</sup> RGBl. 1905, S. 536; näher dazu *Müller* DJZ 1905, 719ff. Ein großer Entlastungseffekt stellte sich durch die Novelle jedoch nicht ein, vgl. näher *Schubert* ZRG (GA) 2007, 167, 168.

<sup>309</sup> *Hagens* DJZ 1903, 277ff. Die Qualität der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde als Rechtsmittel wurde bereits damals unterschiedlich bewertet (Einzelheiten bei *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 24 mwN).

<sup>310</sup> Eingeführt durch G. v. 08.02.1929, RGBl. I 19; die Regelung galt zunächst bis Ende 1932.

<sup>311</sup> *Féaux de la Croix* (DRpfl 1936, 238, 239) unterbreitete etwa den Vorschlag, das RG als Eingangsstanz für alle Verfahren, „die im Interesse des Gesamtwohls einer alsbaldigen Klärung bedürfen“, vorzusehen und damit eine schnelle höchstrichterliche Klärung ungeklärter Rechtsfragen zu erreichen (Hintergründe bei *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 25f. mwN).

<sup>312</sup> Vgl. G. v. 27.10.1933, RGBl. I 780 (Präambel): „Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewusst sein, dass die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient.“

<sup>313</sup> *Fischer* JZ 2010, 1077, 1086; ausführlich *Willoweit/Schlinker*, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, S. 338f.

<sup>314</sup> Umfassend zur Entwicklung *Kaul*, Geschichte des Reichsgerichts, Bd. 4 (passim).

nahen Wiedererrichtung des RG als Revisionsgericht für alle Besatzungszonen war kein Erfolg beschieden,<sup>315</sup> was nicht zuletzt auch daran lag, dass der große Teil der in Leipzig verbliebenen Reichsgerichtsräte von der sowjetischen Militäradministration verhaftet wurde und von den 38 ins KZ Buchenwald verbrachten Richtern nur vier überlebten.<sup>316</sup> Einzig in der britischen Zone konnte 1947 wieder eine gewisse Zentralisierung der Rechtsprechungstätigkeit durch den *Obersten Gerichtshof für die Britische Zone* (OGH-BZ) erreicht werden, der seine revisionsgerichtliche Tätigkeit bis zu Arbeitsaufnahme des BGH ausübte.<sup>317</sup> In diesem „kleinen Reichsgericht“ konnte der vom RG verkörperte Gedanke als Wahrer der Rechtseinheit das Kriegsende für drei Jahre überdauern.<sup>318</sup> In der französischen, amerikanischen und russischen Besatzungszone gab es dagegen kein einheitliches Höchstgericht.<sup>319</sup>

Erst durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz 1950<sup>320</sup> konnte der neu gegründete BGH seine Arbeit im Oktober desselben Jahres unter seinem ersten Präsidenten Hermann Weinkauff<sup>321</sup> aufnehmen. Als Revisionsgericht in Tradition des RG knüpfte der BGH dabei – nicht zuletzt aufgrund der teilweise personellen Kontinuität der Richterschaft<sup>322</sup> – an dessen rechtsprechende Tätigkeit an. Institutionell handelte es sich jedoch um keine Rechtsnachfolge, sondern eine justizielle Neugründung,<sup>323</sup> was sich auch in der räumlichen Neuorientierung (Karlsruhe statt Leipzig) bemerkbar machte, auch wenn die damalige Debatte in der jungen Bundesrepublik stark vom Kontinuitätsgedanken geprägt war.<sup>324</sup>

<sup>315</sup> Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945–1949, S. 304.

<sup>316</sup> Einzelheiten bei Glöckner FS Distelkamp, S. 421 ff. Der letzte Präsident des RG, Erwin Bumke, beging am 20.04.1945 in Leipzig Suizid.

<sup>317</sup> Dazu Ohlenroth, Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht, S. 9 ff. Zudem existierte das Deutsche Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet mit Sitz in Köln (näher hierzu Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 108).

<sup>318</sup> Vgl. die Würdigung bei Rüping NStZ 2000, 355 ff.

<sup>319</sup> Zur Rechtslage in den Besatzungszonen vgl. auch Prütting, Die Zulassung der Revision, S. 37 ff. mwN.

<sup>320</sup> Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts (BGBl. 1950 I 455).

<sup>321</sup> Dieser war Reichsgerichtsrat und zuletzt stellvertretender Vorsitzender des I. Zivilsenats am RG.

<sup>322</sup> Einzelheiten bei Buschmann, Das Reichsgericht – Ein Höchstgericht im Wandel der Zeit, in: Kern/Schmidt-Recla (Hrsg.), 125 Jahre Reichsgericht, S. 41, 49 f. mwN; umfassend Keim, Reichsgericht und Bundesgerichtshof, S. 1 ff.

<sup>323</sup> 1952 stellte der BGH klar, dass das Reichsgericht im Jahre 1945 aufgehört hatte zu existieren (BGHZ 6, 64 ff. mit Einzelheiten zur alliierten Gesetzgebung).

<sup>324</sup> Näher Schubert/Glöckner NJW 2000, 2971, mit Verweis auf die Ansprache des Staatssekretärs des BMJ, Walter Strauß, aus Anlass der 75. Wiederkehr des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des RG: „Genau so, wie unsere Bundesrepublik keine Neugründung, vielmehr eine nicht nur historische, sondern unmittelbar rechtliche Fortsetzung des Deutschen Reiches darstellt, [...] so sehen wir den BGH nicht als eine rechtshistorische Fortsetzung des RG an, sondern betrachten ihn als identisch mit dem RG.“

b) Ein neuer Rechtsrahmen für die Bundesjustiz

Obwohl der BGH als Revisionsgericht in vielen Bereichen die Traditionen des RG fortsetzte, war die Neugründung der Bundesjustiz von erheblichen Veränderungen und Brüchen begleitet. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus der Weimarer und NS-Zeit – insbesondere des 1927 errichteten und dem RG später angegliederten Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich<sup>325</sup> – plädierte man auf dem Herrenchiemseer Konvent für eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit, ließ jedoch offen, wie dies bewerkstelligt werden sollte: Einerseits wurde die Möglichkeit eines in den ordentlichen Instanzenzug eingebundenen Supreme Court nach Vorbild der USA, andererseits eine Anlehnung an das österreichische Modell mit einem institutionell eigenständigen Verfassungsgerichtshof, der neben das ordentliche Höchstgericht tritt, diskutiert.<sup>326</sup> Nicht zuletzt aufgrund kritischer Stimmen aus der Richterschaft – die überwiegend schon die Weimarer Jahre erlebt hatte – entschied man sich zu einer institutionellen Trennung zwischen oberstem Gerichtshof und Verfassungsgericht.<sup>327</sup>

In der Bonner Republik wurde der BGH damit zu keinem Verfassungsorgan, sondern – neben BAG, BFH, BSG und BVerwG als weitere oberste Gerichtshöfe – zu einem Teil der gem. Art. 95 Abs. 1 GG obligatorisch zu errichtenden Bundesgerichtsbarkeit.<sup>328</sup> An die institutionelle Stellung des RG konnte somit nicht mehr angeknüpft werden. Das Revisionsgericht bekam vielmehr einen neuen, im Vergleich zum RG diminuierten Zuschnitt: Im Zivilrecht wurde das Arbeitsrecht auf das nunmehr räumlich und personell selbstständige BAG ausgelagert, welches sich vom III. Zivilsenat des RG abgespalte, der bis 1945 als inkorporiertes Reichsarbeitsgericht fungierte.<sup>329</sup> Auch das öffentliche Recht fand keinen Eingang in den Zuständigkeitskanon des BGH, obwohl dieser punktuell einige dem Verwaltungsrecht zuzurechnende Zuständigkeiten, etwa im Kartellrecht<sup>330</sup> oder durch den Senat für Landwirtschaftssachen,<sup>331</sup> (noch immer) wahrnimmt.<sup>332</sup>

<sup>325</sup> Vgl. dazu Art. 108 der Weimarer Reichsverfassung iVm G. über den Staatsgerichtshof v. 09.07.1921 (RGBl. I 905).

<sup>326</sup> *Wesel*, Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, S. 50f. Der ehemalige Präsident des RG *Simons* (Das Reichsgericht, in: Magnus [Hrsg.], Die höchsten Gerichte der Welt, S. 3, 25ff.) strebte dagegen noch in Weimarer Zeit die Umstrukturierung des RG in einen Supreme Court nach Vorbild des anglo-amerikanischen Rechtskreises an.

<sup>327</sup> *Wesel*, Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, S. 50.

<sup>328</sup> Mangoldt/Klein/Starck/*Voßkuhle* Art. 95 Rn. 2; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 73 mwN.

<sup>329</sup> Einzelheiten bei *Gröniger* DRiZ 1978, 363 ff.; *Rau*, Das Reichsgericht als Reichsarbeitsgericht, in: Kern/Schmidt-Recla (Hrsg.), 125 Jahre Reichsgericht, S. 233 ff.

<sup>330</sup> Vgl. § 94 GWB; s. ferner § 107 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung und § 35 Abs. 4 des Gesetzes zur Demonstration der dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid (KSPG).

<sup>331</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen.

<sup>332</sup> Kraft Sachzusammenhangs ist das Revisionsgericht zudem im Recht der juristischen Berufe, insbesondere für Notar-, Anwalts-, Patentanwalts-, Wirtschaftsprüfer sowie Steuerberater- und Steuerbevollmächtigtensachen zuständig. Ferner ist der BGH als Dienstgericht des Bundes tätig, vgl. § 61 Abs. 1 sowie §§ 79, 80 DRiG. In engen Ausnahmefällen kommt dem Revisionsgericht auch

## c) Verfassungsrechtliche Einbegung

Die institutionelle Trennung zwischen oberstem Gerichtshof und Verfassungsgerichtsbarkeit erwies sich zudem als dogmatischer Quantensprung für das revisionsgerichtliche Verfahren. Dieses unterlag nunmehr selbst einem eigenständigen verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab durch das Grundgesetz.<sup>333</sup> Die Individualverfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen des Revisionsgerichts (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG) und die Richtervorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG führte dabei zu einer starken Einbindung der obersten Gerichtshöfe in den Verfassungsaufbau des Grundgesetzes. Dies zeigt sich besonders deutlich im Vergleich zu Österreich, wo mit dem Verfassungsgerichtshof (VfGH), dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH) und dem Obersten Gerichtshof (OGH) ebenfalls eine multiple Höchstgerichtsbarkeit existiert, wobei OGH (Art. 92 B-VG), VwGH (Art. 133 B-VG) und VfGH (als Primus inter Pares, Art. 137 B-VG) jedoch institutionell auf einer Stufe stehen und eine Anrufung des VfGH gegen Entscheidungen des OGH als *Court of last resort* im Zivilprozess nicht möglich ist.<sup>334</sup>

Weiterhin machte die starke Ausdifferenzierung der Bundesjustiz mit dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 Abs. 3 GG) eine besondere Ausgleichsinstanz für Divergenzen zwischen den einzelnen Gerichtszweigen notwendig. Rechtshistorisch handelt es sich dabei um das minimalistische Überbleibsel einer großen grundgesetzlichen Idee: Art. 95 GG sah in seiner Urfassung noch die Errichtung eines Obersten Bundesgerichts vor,<sup>335</sup> das als Superrevisionsinstanz über den nach Art. 96 GG a. F. zu errichtenden oberen Gerichtshöfen stehen sollte. Bereits bei der Verabschiedung des GG zeichneten sich jedoch erhebliche Bedenken hinsichtlich der Zweck- und Sinnhaftigkeit eines solchen Übergerrichts ab, nicht zuletzt, weil die Zahl der Meinungsverschiedenheiten zwischen den fünf Gerichtshöfen in den Anfangsjahren der Bonner Republik sehr überschaubar geblieben war. Der Bundesgesetzgeber entschloss sich daher 1968, diesen Verfassungsauftrag nicht mehr wahrzunehmen und ordnete Art. 95, 96 GG neu.<sup>336</sup> Als Relikt verblieb nur der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 Abs. 3 GG) als Austrägalinstanz.<sup>337</sup>

---

eine erstinstanzliche Zuständigkeit zu (vgl. § 201 Abs. 1 S. 2 GVG; § 155c Abs. 2 FamFG; § 30 S. 3 Stabilisierungsfondsgesetz), in Patentsachen teilweise auch als Berufungsinstanz (vgl. § 110 PatG).

<sup>333</sup> Dazu noch sub § 4. I. 3. c) und § 5. I. 1.

<sup>334</sup> Eine Anfechtung gerichtlicher Akte vor dem VfGH ist in der österreichischen Bundesverfassung nicht vorgesehen (*Kodek/Mayr* Zivilprozessrecht Rn. 1146). Lediglich eine Normenkontrollvorlage durch ein Gericht oder (seit 2015) auf Antrag einer Person ist möglich (vgl. Art. 89, 139, 140 B-VG; Einzelheiten bei *Kodek/Mayr* Zivilprozessrecht Rn. 1150).

<sup>335</sup> Art. 95 Abs. 1 GG aF lautete: „Zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts wird ein Oberstes Bundesgericht errichtet.“ Dazu Häberle (Hrsg.), *JöR nF*, Bd. 1 (1951/2010), S. 690ff.; *Fuchs* JZ 1953, 592ff.; zur Entstehungsgeschichte von Art. 95, 96 GG vgl. näher Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 Rn. 46ff.

<sup>336</sup> G. v. 18.06.1968, BGBl. I 657; näher *Wesel*, Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, S. 49f.

<sup>337</sup> G. v. 19.06.1968, BGBl. I 661. Zu den Vorläufern im alliierten Recht vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 108.

## d) Die Neuordnung des Revisionsrechts 1950

Der Bundesgesetzgeber wählte jedoch nicht nur in institutioneller, sondern auch in prozessualer Hinsicht teilweise einen Neuanfang.<sup>338</sup> Während die Verfahrensausgestaltung des Revisionsrechtszugs selbst kaum Veränderungen erfuhr, wurde der Zugang zum Revisionsgericht grundlegend neu geordnet. Gem. §§ 545 ff. ZPO 1950 fand die Revision gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Urteile nur noch statt, wenn die Revision entweder vom Berufungsgericht wegen Grundsatzbedeutung oder Divergenz zugelassenen wurde (§ 546 Abs. 2 ZPO 1950) oder – in vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten –, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 6.000 DM überschritt (§ 546 Abs. 1 ZPO 1950).<sup>339</sup> Prägendes Charakteristikum war daher eine Privilegierung rechtlich oder wirtschaftlich bedeutsamer Verfahren durch eine kombinierte Zulassungs- und Streitwertrevision,<sup>340</sup> mit der nach dem Willen des Gesetzgebers

„die Anrufung des Bundesgerichtshofes in erster Linie von einer besonderen Zulassung abhängig gemacht werden [soll ...]. Es wird damit das abstrakte Interesse der Gesamtheit an der Einheit und Entwicklung des Rechts dem Interesse des Einzelnen vorangestellt.“<sup>341</sup>

Die bei Gründung des RG favorisierte Wertrevision<sup>342</sup> erschien dagegen aufgrund ihrer „kapitalistischen Einseitigkeit nicht mehr tragbar“, weil die Prozessparteien bei hohen Streitwerten strukturell bevorzugt würden.<sup>343</sup> Durch die besondere Zulassung der Revision ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwerts sollte dagegen sichergestellt werden, dass auch Prozesse mit im Einzelfall geringerer wirtschaftlicher Bedeutung in die Revisionsinstanz gelangen, sofern eine höchstrichterliche Klärung der Rechtslage aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache angebracht ist.<sup>344</sup> Bei dieser Prozessausgestaltung im vorrangig öffentlichen Interesse nahm man inhaltlich § 72 des Arbeitsgerichtsgesetzes 1926<sup>345</sup> zum Vorbild,

<sup>338</sup> Die Neuordnung beruhte im Wesentlichen auf dem G. zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 12.09.1950 (BGBl. I 455).

<sup>339</sup> Gem. § 547 ZPO 1950 war die Revision zudem in bestimmten Einzelfällen stets zulässig.

<sup>340</sup> Zur damaligen Diskussion vgl. *Arndt* NJW 1963, 1273 ff.; s. für ein Anwendungsbeispiel BGHZ 2, 396 ff.

<sup>341</sup> BT-Drs. I/530, S. 26; nach *Maultzsch* (Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 96) wurde dem „einzelfallbezogenen Blick des Tatrichters in die Vergangenheit [...] somit der allgemeinheitbezogene Blick des Revisionsrichters in die Zukunft entgegengesetzt“. S. ferner *Fasching*, Probleme des Revisionsverfahrens, S. 24f.; *Thiere*, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 11.

<sup>342</sup> Oben sub § 2. III. 2. b) bb) sowie c) bb).

<sup>343</sup> BT-Drs. I/530, S. 26.

<sup>344</sup> BT-Drs. I/530, S. 26.

<sup>345</sup> RGBl. 1926 I 507. Auch § 29 der DurchführungsVO zur MilitärregierungsVO Nr. 98 über die Errichtung eines Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone v. 17.11.1947 (VOBl. für die Britische Zone, S. 149) sah kurzfristig eine Rechtsmittelzulassung vor, wobei die amtliche Begründung (Zentralblatt für die Britische Zone, 1947, S. 114, 115) im Wesentlichen auch als Vorlage für die Gesetzesbegründung für das Vereinheitlichungsgesetz 1950 (o. Fn. 338) diente.

welches schon zu Weimarer Zeit eine kombinierte Streitwert- und Zulassungsrevision vorsah.

Die Zweigleisigkeit des Revisionsmodells mit einer Privilegierung grundsätzlicher Verfahren und von Individualprozessen mit hohem Streitwert – welche paradigmatisch für die dichotome Aufgabenstruktur des Revisionsgerichts steht – setzte sich auch in den nächsten Jahrzehnten fort. 1969 wurde der Beschwerdewert auf 25.000 DM erhöht und korrelierend die Möglichkeit geschaffen, die Revision ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen, wenn das Revisionsgericht diese einstimmig für unbegründet erachtete.<sup>346</sup> Damit wurde vom Bundesgesetzgeber das Konzept eines Revisionsverfahren zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung im öffentlichen Interesse noch einmal verstärkt in den Fokus gerückt,<sup>347</sup> wobei dieser Gedanke auch von der Rechtswissenschaft – etwa im Rahmen des 44. Deutschen Juristentags<sup>348</sup> – mehrfach aufgegriffen wurde.

### e) Die (fehlgeschlagene) Einführung einer Annahmerevision

1975 wurde das Revisionsverfahren unter der sozialliberalen Regierung H. Schmidts erneut reformiert.<sup>349</sup> Der ursprüngliche Gesetzentwurf sah eine – dem jetzigen Rechtszustand nicht unähnliche – reine Zulassungsrevision gegen die Berufungsurteile der Oberlandesgerichte, kombiniert mit einer Nichtzulassungsbeschwerde, vor,<sup>350</sup> um die rechtsvereinheitlichende Funktion des Revisionsgerichts noch stärker in den Vordergrund zu rücken, da dieses vor allem die Aufgabe habe

„Rechtsfragen von allgemeiner und grundsätzlicher Bedeutung zu klären und das Recht in der Weise fortzubilden, dass Gesetzeslücken geschlossen und die positiven Rechtsnormen von ihrem Grundgedanken her im Sinne einer Anpassung an die berechtigten Bedürfnisse einer sich ständig wandelnden gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgelegt“<sup>351</sup>

<sup>346</sup> G. zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen v. 15.8.1969, BGBl. I 1141 (das Gesetz galt zunächst befristet und war noch nicht in der ZPO verankert).

<sup>347</sup> Umfassend *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 94 f. mwN.

<sup>348</sup> Vgl. die Beiträge zum 44. DJT 1962 in Abteilung E (Thema: Empfiehlt es sich, die Revision [Rechtsbeschwerde] zu den oberen Bundesgerichten [außer in Strafsachen] einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln?), insbesondere die Thesen des Referats von *Kregel*, aaO, E 27 sub 1: „Es genügen im Regelfalle zwei Rechtszüge, um die Interessen des *Einzelnen* an einer gerechten Entscheidung seiner Rechtsfälle zu gewährleisten. Die *Revision* als dritter Rechtszug wird dem Einzelnen vornehmlich im *allgemeinen* Interesse an a) einheitlicher Rechtsauslegung und -anwendung und b) richterlicher Rechtsfortbildung gewährt.“ S. ferner *Blomeyer*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren, S. 560 („Der überwiegende Grund für dieses Rechtsmittel [der Revision, Anm. d. Verf.] liegt aber [...] nicht in der Rücksicht auf Parteiinteressen, sondern darin, eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten.“)

<sup>349</sup> G. zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen v. 08.07.1975, BGBl. I 1863 (zur Reform: *Arnold* JR 1957, 485 ff.; zuvor schon *Esser* JZ 1962, 513 [„Die Reform des Revisionsrechts ist sicherlich das brennendste Problem eines ersten Beginns unserer Zivilprozessreform.“]).

<sup>350</sup> Vgl. BT-Drs. 7/444, S. 4.

<sup>351</sup> BT-Drs. 7/444, S. 12 mit Verweis auf BGH LM Nr. 38 zu § 546 ZPO und BVerfG NJW 1966, 339.

werden. Dem BGH sollte dabei „kraft seiner besonderen Stellung“ vorrangig die Aufgabe zukommen, „die Verhaltensmaßregeln für den Staatsbürger einheitlich und gleichmäßig zu entwickeln und damit die materielle Rechtseinheit zu fördern“.<sup>352</sup>

Aufgrund unterschiedlicher Auffassungen zwischen den Regierungsfractionen wurde der Gesetzentwurf jedoch vom Rechtsausschuss signifikant verändert.<sup>353</sup> Es verblieb beim Grundmodell der ZPO 1950, wonach die Revision statthaft ist, wenn sie vom Oberlandesgericht zugelassen wurde oder der Beschwerdewert in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (nunmehr) 40.000 DM übersteigt. Jedoch konnte der BGH bei einer Wertrevision deren Annahme gem. § 554b Abs. 1 ZPO 1975 (ermessensabhängig) ablehnen, wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hatte. Durch dieses vereinfachte Zurückweisungsverfahren („Annahmerevision“) sollte das Revisionsgericht die notwendigen Freiheiten haben, um sich im Schwerpunkt auf rechtsgrundsätzliche Verfahren zu konzentrieren<sup>354</sup> – auf Kosten der Individualgerechtigkeit, da nach der gesetzgeberischen Vorstellung auch die Annahme eines in der Sache erfolgreichen Rechtsmittels ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung abgelehnt werden konnte.

Wenig überraschend rief diese Verfahrensausgestaltung die Hüter des Grundgesetzes auf den Plan. Nach tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten zwischen dem ersten und zweiten Senat entschied das Plenum des BVerfG 1980,<sup>355</sup> dass die Revision in verfassungskonformer Auslegung des § 554b ZPO a. F. nicht mangels Grundsatzbedeutung abgelehnt werden darf, wenn das Rechtsmittel in der Sache Erfolg hat. Denn eine solche Ablehnung stünde

„im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip und den allgemeinen Gleichheitssatz insoweit mit dem Grundgesetz nicht im Einklang, als es dazu führte, daß bei Revisionen, die nach der in diesem Stadium gebotenen Prüfung Aussicht auf Erfolg im Endergebnis besitzen, die Annahme des Rechtsmittels aus Gründen der jeweiligen Arbeitsbelastung abgelehnt werden darf.“<sup>356</sup>

Im Ergebnis verblieb es daher – trotz verstärkt aufkommender Kritik aus der Rechtswissenschaft<sup>357</sup> – weitgehend bei der seit 1950 geltenden Kombination aus Zulassungs- und Wertrevision, weil auch ein durchgreifender Rechtsfehler ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung zur Annahme der Revision und zur Aufhebung der Entscheidung führen musste.<sup>358</sup>

---

<sup>352</sup> BT-Drs. 7/444, S. 12. S. ferner die – diskussionswürdige – Definition des Revisionszwecks bei *Bruns*, Zivilprozessrecht, Rn. 273.

<sup>353</sup> Vgl. BT-Drs. 7/3596, S. 12.

<sup>354</sup> Vgl. BT-Drs. 7/3596, S. 3f.

<sup>355</sup> BVerfGE 54, 277 ff.; vgl. zur damaligen Diskussion *Bausewein* JZ 1978, 53 ff.; *Grunsky* JZ 1979, 129 ff. S. ferner zu den frühen Reformtendenzen *Prütting* FS Nakamura, S. 457 ff.

<sup>356</sup> BVerfGE 54, 277 Rn. 18 (auch Rn. 47) sowie noch ausführlich sub § 3. I. und sub § 5. I.

<sup>357</sup> Zu nennen ist insbesondere die Habilitationsschrift von *Gilles* (Rechtsmittel im Zivilprozess, 1972) und *ders.* JZ 1985, 253 ff. einerseits sowie die scharfe Kritik bei *Bettermann* ZZZ 1975, 365 ff. andererseits.

<sup>358</sup> Eine Ablehnung gem. § 554b Abs. 1 ZPO a. F. kam nur in Betracht, wenn die Sache weder rechtsgrundsätzliche Bedeutung aufwies noch in der Sache Aussicht auf Erfolg hatte.

## V. Das ZPO-Reformgesetz 2001

### 1. Defizite des seinerzeit bestehenden Zugangsmodells

In den 1990er Jahren zeigte sich mit besonderer Dringlichkeit, dass das Revisionsgericht seine rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Tätigkeit bei der aus der Nachkriegszeit stammenden Kombination aus Zulassungs- und Wertrevision nicht mehr zufriedenstellend wahrnehmen konnte. Durch die vorrangige Zugangssteuerung über eine Wertgrenze (die 1991 zuletzt auf 60.000 DM angehoben wurde<sup>359</sup>) wurden ganze Rechtsbereiche – insbesondere das europarechtlich determinierte Verbraucher- und das sozial relevante Mietrecht – von einer rechtsvereinheitlichenden Höchstinstanz abgeschnitten, während deren Arbeitskraft überwiegend durch Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung gebunden wurde.<sup>360</sup> Dieser Umstand verstärkte sich dadurch, dass der BGH nach der Wiedervereinigung mit einer Flut an Verfahren zu kämpfen hatte, die im Sinne der Rechtsfortbildung oder Rechtsvereinheitlichung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderten, und die Berufungsgerichte eine Zulassung der Revision bei rechtlich bedeutsamen Verfahren unter 60.000 DM praktisch nicht mehr vornahmen,<sup>361</sup> weil sie – mit Ausnahme einer erfolgreichen Individualverfassungsbeschwerde – insoweit den Abschluss des Zivilprozesses selbst determinieren konnten. In der Konsequenz hatte der

„weitaus größere Teil der Rechtsstreitigkeiten also keine oder nur eine theoretische Chance [...], in die Revision zu gelangen. Das bedeutet auch, dass die gesamte Bandbreite der in der Praxis zu lösenden Rechtsfragen in weiten Bereichen einer höchstrichterlichen Entscheidung nicht mehr zugänglich ist, der Bundesgerichtshof die Aufgaben der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der Fortbildung des Rechts nur noch partiell erfüllen kann.“<sup>362</sup>

### 2. Neuordnung des Zugangsverfahrens

Der Reformgesetzgeber entschloss sich daher zu einer Stärkung der rechtsfortbildenden und rechtsvereinheitlichenden Funktion des Revisionsgerichts und fa-

<sup>359</sup> Art. 1 Nr. 40 des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz v. 17.12.1990, BGBl. I 2847.

<sup>360</sup> *Tolksdorf*/FS Schlick, S. 337, 338. Der Rechtsentscheid in Mietsachen konnte dieses Defizit nicht adäquat kompensieren, vgl. dazu noch sub § 13. II. 3. b) aa).

<sup>361</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 66, wonach die Zahl der von den Oberlandesgerichten zugelassenen Revisionen von 353 im Jahr 1979 auf 151 im Jahr 1999 zurückgegangen ist. 95 % der Revisionsverfahren beim BGH waren daher solche, in denen die Wertrevision statthaft war, obwohl diese bei den streitigen Berufungsurteilen vor den Oberlandesgerichten nur einen Anteil von etwa einem Viertel ausmachten. Weshalb der ZPO-Reformgesetzgeber dennoch der Ansicht ist, „dass maßgebliche Kriterien für die Eröffnung des Zugangs zur Revisionsinstanz stets die allgemeine Bedeutung einer Rechtssache und die Sicherung der Rechtseinheit waren“ (BT-Drs. 14/4722, S. 66 mit Verweis auf *Adickes*, Grundlinien durchgreifender Justizreform, S. 14 und 26 f.; *Kissel*, Der dreistufige Aufbau in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 85 ff.), erschließt sich dabei nicht.

<sup>362</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 66.

vorisierte im Rahmen des ZPO-Reformgesetzes 2001<sup>363</sup> eine Kombination aus Zulassungsrevision (§ 543 ZPO) und Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO). Zentrales Zulassungskriterium ist nicht mehr die wirtschaftliche, sondern allein die rechtliche Bedeutung der Sache, wobei die Verfahrensselektion mehrheitlich in die Hände des *iudex a quo* gelegt wird (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). Flankierend kann die (fehlerhafte) Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde vom *iudex ad quem* überprüft werden.

Im Gegensatz zur Revision handelt es sich dabei jedoch um kein Rechtsmittel im engeren Sinne, auch wenn in § 544 Abs. 7 S. 1 ZPO ein Suspensiveffekt angeordnet wird:<sup>364</sup> Prüfungsgegenstand ist nicht die materielle oder prozessuale ‚Richtigkeit‘ des Berufungsurteils, sondern die Entscheidung des Berufungsgerichts über die unterbliebene Zulassung der Revision (obschon im Rahmen von dessen Überprüfung auch die Vereinbarkeit des Urteils mit materiellem und Prozessrecht kontrolliert wird). Der Nichtzulassungsbeschwerde ist daher – vergleichbar dem *pourvoi en cassation*<sup>365</sup> – ein kupiertes Rechtsmittel, da der Devolutiveffekt auf die Zulassungsentscheidung beschränkt ist und die Hauptsache in der höheren Instanz erst anfällt, wenn der BGH auf die Beschwerde hin die Revision zugelassen hat (vgl. § 544 Abs. 8 S. 1 ZPO). Dabei ist die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde vom Erreichen eines Beschwerdewerts (20.000 EUR) abhängig, wobei diese zunächst als Provisorium in § 26 Nr. 8 EGZPO a. F. vorgesehene Beschränkung mehrfach verlängert und schließlich durch Gesetz vom 12.12.2019<sup>366</sup> dauerhaft in § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verankert wurde.<sup>367</sup>

Durch diese Symbiose zwischen Zulassungsrevision und Nichtzulassungsbeschwerde wurden die Akzente im Revisionsverfahren grundlegend verschoben: Allein einer der in § 543 Abs. 2 ZPO enumerativ genannten Zulassungsgründe (grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, Erfordernis einer Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) sichert den ungehinderten Zugang zur Revisionsinstanz, die wirtschaftliche Bedeutung dagegen nicht (mehr).<sup>368</sup> Damit soll – so die Vorstellung des Gesetzgebers<sup>369</sup> – dem Revisionsgericht das notwendige Anschauungsmaterial aus der gesamten Bandbreite des bürgerlichen Rechts verschafft werden.<sup>370</sup> Rechtsgebiete, in

<sup>363</sup> Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) v. 27.07.2001, BGBl. I 1887. Durch die Reform hat der Gesetzgeber auch das – gesetzlich nie geregelte – Rechtsinstitut der außerordentlichen Anfechtbarkeit zivilgerichtlicher Entscheidungen wegen offensichtlicher Gesetzwidrigkeit abgeschafft (näher zur alten Rechtslage *Schwarze ZZP* 2002, 25 ff.; *Bloching/Kettinger NJW* 2005, 860 ff.; s. zudem noch sub § 3. I. 1. c c)).

<sup>364</sup> Wie hier MünchKommZPO/Krüger § 544 Rn. 2 mwN.

<sup>365</sup> Dazu noch sub § 9. II. 1.

<sup>366</sup> BGBl. 2019 I 2633.

<sup>367</sup> Dazu noch ausführlich sub § 14. II. 1.

<sup>368</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 66.

<sup>369</sup> Explizit BT-Drs. 14/4722, S. 67; zu den vom BGH tatsächlich adressierten Rechtsfeldern vgl. noch sub § 3. III. 2.

<sup>370</sup> Dabei handelt es sich um einen schmalen Grat, da das Revisionsgericht nicht nur bei einer Fallüberlastung, sondern auch bei einem „Versiegen des Zuflusses an Streitmaterial“ an seiner

denen höhere Streitwerte in der Regel häufiger anzutreffen sind, namentlich das Gesellschafts-, Handels- und Insolvenzrecht, sollen ebenso einer rechtsgrundsätzlichen Klärung zugeführt werden wie Materien mit besonderer sozialer Relevanz im bürgerlichen Recht.<sup>371</sup> Durch diesen Funktionsauftrag zur Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen und zur Sicherung der Rechtseinheit im öffentlichen Interesse sollte die Revision zudem stärker von der Berufungsinstanz – welche durch das ZPO-Reformgesetz 2001 ebenfalls eine tiefgreifende Veränderung erfahren hat<sup>372</sup> – abgegrenzt werden.<sup>373</sup>

### 3. Jüngere Reformen

Auch jüngere Reformen des Revisionsrechts im neuen Jahrtausend betonen die Bedeutung des Revisionsgerichts als Motor zivilrechtlicher Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung: Insbesondere die stetig zunehmende Europäisierung des Privatrechts und das vermehrt auftretende Phänomen von Massen- und Gruppenklagen machen die schnelle höchstrichterliche Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen erforderlich. Da die Revision gem. §§ 516, 565 ZPO 2001 jedoch noch in der mündlichen Revisionsverhandlung zurückgenommen bzw. der Revisionsbeklagte durch (begründungsloses) Anerkenntnisurteil verurteilt werden konnte,<sup>374</sup> etablierte sich zu Beginn des Jahrtausends die Praxis, dass das Revisionsverfahren – gerade von Banken und Versicherungsunternehmen – noch in der mündlichen Revisionsverhandlung beendet wurde, um so eine nachteilhafte Grundsatzentscheidung des BGH zu verhindern.<sup>375</sup> Dem trat der Gesetzgeber im Jahr 2013<sup>376</sup> mit einer Reform von § 565 S. 2 und § 555 Abs. 3 ZPO entgegen, wonach die Revision ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden kann<sup>377</sup> und ein Anerkenntnisurteil nur noch auf besonderen Antrag des Klägers ergeht. Damit wollte der Gesetzgeber dem im öffentlichen Interesse liegenden Bedürfnis nach einer Ent-

---

Aufgabe zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung gehindert werden kann (näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 306, mit Verweis auf *Allen*, Law in the making, S. 313).

<sup>371</sup> Z. B. das Miet- oder Nachbarrecht, vgl. jüngst die Leitsatzentscheidung BGH NJW 2021, 2882 zur Zulässigkeit des Abschneidens überhängender Äste.

<sup>372</sup> Grundlegend zur Reform *Roth* JZ 2005, 174 ff.; *ders.* JZ 1996, 805 ff.

<sup>373</sup> Umfassend zur funktionalen Zweigliedrigkeit noch sub § 3. II. 3.

<sup>374</sup> Zur Kritik bei Einführung der Reform *Rinkler* NJW 2002, 2449, *Hirsch* VersR 2012, 929; *Stackmann* NJW 2007, 9 ff.; s. ferner *Seiler* NJW 2005, 1689 ff.; *Scheuch/Lindner* NJW 2003, 728 ff.; *Greger* JZ 2004, 805 ff.

<sup>375</sup> Ausführlich zu den daraus erwachsenden Konsequenzen noch sub § 13. I. 1.

<sup>376</sup> G. v. 10.10.2013, BGBl. I 3786.

<sup>377</sup> Damit hat der Gesetzgeber teilweise die Rechtslage vor der ZPO-Reform 2001 wiederhergestellt. Auch ein Rechtsmittelverzicht iSv § 514 ZPO aF war bereits vor der Reform ab Beginn der mündlichen Revisionsverhandlung nicht mehr einseitig möglich, da § 515 Abs. 1 ZPO aF analog herangezogen wurde (BGHZ 124, 305; *Rinkler* NJW 2002, 2449, 2450; BT-Drs. 17/13948, S. 35).

scheidung des Revisionsgerichts durch eine Beschränkung der Dispositionsmaxime Rechnung tragen.<sup>378</sup>

Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Belastung der Ziviljustiz durch Massenverfahren<sup>379</sup> ist der Gedanke, frühzeitig eine revisionsgerichtliche Entscheidung über Rechtsfragen herbeizuführen, die eine Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle betreffen, auch aktuell im Fokus des Gesetzgebers. So soll die rechtsfortbildende Funktion des BGH durch Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens – insbesondere im Zusammenhang mit Massenverfahren – gestärkt werden (§§ 552b, 565 ZPO-E).<sup>380</sup> Nachdem der Gesetzgeber bereits im Musterfeststellungsverfahren gem. §§ 606 ff. ZPO stets die Revision zum BGH für zulässig erklärte (§ 614 ZPO),<sup>381</sup> sieht das Verbraucherrechtsetzungsgesetz<sup>382</sup> zudem eine zulassungsfreie Revision sowohl gegen Abhilfegrundurteile (§ 16 Abs. 5 VDuG-E) und Abhilfeendurteile (§ 18 Abs. 4 VDuG-E) als auch gegen Musterfeststellungsurteile (§ 42 VDuG-E) vor. Zudem wird in den letzten Jahren vermehrt die Attraktivität des Justizstandorts Deutschland für in- und ausländische Unternehmen als Alternative zum Schiedsverfahrensrecht und den insbesondere im Vereinigten Königreich ansässigen Commercial Courts diskutiert.<sup>383</sup> Im August 2023 legte die Bundesregierung dazu den Entwurf eines Justizstandort-Stärkungsgesetzes vor.<sup>384</sup> Dieser sieht u. a. vor, dass an den Oberlandesgerichten Commercial Courts errichtet werden können, die im ersten Rechtszug über Streitigkeiten zwischen Unternehmern entscheiden (§ 119b GVG-E), und das Verfahren auch in englischer Sprache geführt werden kann (§ 184a GVG-E). Gegen erstinstanzliche Urteile der Commercial Courts soll stets die (zulassungsfreie) Revision statthaft sein (§ 623 ZPO-E), wobei vor den Zivilsenaten des BGH auch in englischer Sprache verhandelt werden kann (§ 184 GVG-E).

<sup>378</sup> BT-Drs. 17/13948, S. 35.

<sup>379</sup> Dazu noch sub § 13. I. 1.

<sup>380</sup> RegE eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023\\_Leitentscheidungsverfahren.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Leitentscheidungsverfahren.html) [15.09.2023]); dazu noch sub § 13. I. 4. d).

<sup>381</sup> Einer besonderen Zulassung durch das OLG bedarf es dazu nicht, wie ein Vergleich zur abweichenden Formulierung in § 80 Abs. 2 DRiG zeigt (näher MünchKommZPO/Menges § 614 Rn. 2; s. ferner die Empfehlung des Rechtsausschusses in BT-Drs. 19/2741, S. 16, 26).

<sup>382</sup> Entwurf eines Gesetzes zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (Verbraucherrechtsetzungsgesetz – VDuG) als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz); die vom Bundestag verabschiedete Fassung findet sich in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 20/7631. S. hierzu noch ausführlich sub § 4. II. 1.

<sup>383</sup> Umfassend *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb. Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit (passim).

<sup>384</sup> RegE eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023\\_Commercial\\_Courts\\_Justiz\\_Staerkungsgesetz.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Commercial_Courts_Justiz_Staerkungsgesetz.html) [15.09.2023]); dazu noch sub § 4. II. 2.

## VI. Ergebnis

Der deutsche Rechtskreis war lange Zeit von einem Nebeneinander verschiedener Rechtsmittel auf Reichs- und territorialstaatlicher Ebene gekennzeichnet, wobei sich der Rekurs zum Höchstgericht häufig aus einem Bittgesuch an den Souverän, eine unterinstanzliche Entscheidung zu korrigieren (*supplicatio*), entwickelte. Auch wenn dabei bereits mannigfaltige Vorläufer des geltenden Revisionsrechts sichtbar werden, verhinderte insbesondere der deutsch-nationalstaatliche Partikularismus – im Gegensatz zur zentralstaatlichen Gerichtsorganisation in Frankreich oder England – lange Zeit die Etablierung einer Höchstgerichtsbarkeit mit einheitlichem Prozessrecht. Daher traten vorrangig auf Ebene der Territorialstaaten die Vorläufer des modernen Revisionsrechts in Erscheinung, wohingegen das reichskammergerichtliche Appellations- und Visitationsverfahren den Untergang des Alten Reichs nicht überdauerte.

Dabei entwickelte sich im 18. und 19. Jahrhundert in den meisten deutschen Staaten ein Instanzenzug mit einer ausdifferenzierten Verfahrensordnung und einem Oberappellationsgericht an der pyramidalen Spitze des Justizsystems. Neben die Oberappellation und die teilweise in ihrem Prüfungsumfang schon beschränkte Revision in Tradition des gemeinen deutschen Prozesses trat die durch Adaption des Napoleonischen Rechts entwickelte Nichtigkeitsbeschwerde, welche entscheidende Impulse für die weitere Rechtsentwicklung gab. Diente der Instanzenzug bis dahin nahezu ausschließlich der Individualgerechtigkeit, wurde die rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Bedeutung des Höchstgerichts seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert zunehmend anerkannt, trat aber noch immer hinter die Verwirklichung subjektiver Rechte zurück.

Die Etablierung eines – handels-, nicht verfassungsrechtlichen – *Court of last resort* war schließlich die maßgebliche Triebkraft für die Rechtsvereinheitlichung in Deutschland während der Reaktionsära. Die Schaffung des BOHG/ROHG ging einem einheitlichen Zivilprozessrecht und einer reichseinheitlichen Gerichtsverfassung dabei um Jahre voraus. Erst die Reichsgründung und Errichtung des Reichsgerichts konnte der Etablierung des zivilprozessualen Revisionsmodell daher vollständig Bahn brechen. Dabei wurde das – aus den dogmatischen Überlegungen des 19. Jahrhunderts entwickelte – Revisionsrecht als Kombination aus verschiedenen Rechtsmittelmodellen in den Territorialstaaten ausgestaltet, welche Gedanken des französischen Rechts und des gemeinen deutschen Prozesses in sich vereinigten. Die nicht unerhebliche Beeinflussung der Revision als ‚romanisierte‘ Oberappellation durch das französische Recht widerlegt dabei die These eines strengen Antagonismus zwischen Revision und Kassation.<sup>385</sup>

Die Entwicklung im 20. Jahrhundert zeigt zudem, dass der Gesetzgeber den Zugang zur Revisionsinstanz auch als Steuerungselement nutzte, um das Revisionsverfahren an gewandelte gesellschaftliche und rechtliche Anforderungen an-

<sup>385</sup> Zutreffend bereits *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 23 ff.

zupassen. War die Revision zunächst als unbeschränktes Parteirechtsmittel ausgestaltet, wurde der Zugang zum Revisionsgericht mehr und mehr restringiert, um dem Bedürfnis nach einer höchstrichterlichen Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen nachzukommen. Im Gegensatz zur CPO 1877 trat die rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Funktion des Höchstgerichts damit gegenüber den individuellen Parteiinteressen vermehrt in den Vordergrund. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts setzte zudem eine starke verfassungsrechtliche Überlagerung des Revisionsverfahrens ein. Dieser tiefgreifende Wandel des zivilprozessualen Funktionsverständnisses fand ihren vorläufigen Abschluss im Erlass des ZPO-Reformgesetzes 2001, welches die Zulassung der Revision an eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache knüpft, und dem öffentlichen Interesse damit eine exponierte – sogar vorrangige? – Stellung im Revisionsverfahren einräumt. Die Reformen der letzten Jahre haben diesen Zuschnitt der Revision weiter betont.

## §3 Die Revisionszwecke im geltenden Recht

### I. Verfassungs- und europarechtliche Einhegung

Nimmt man die rechtshistorischen Entwicklungslinien zum Ausgangspunkt, ist zu klären, in welchem Verhältnis die divergierenden Revisionszwecke – Individualgerechtigkeit, Rechtsfortbildung und Rechtseinheit – *de lege lata* zueinander stehen. Die bereits erwähnte, starke verfassungsrechtliche Verfahrensprägung hat dabei weitreichende Implikationen für die Realisierung der Revisionszwecke, wobei sich insbesondere die Frage stellt, ob der Zugang zum Revisionsgericht und die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens einen subjektiv-rechtlichen Gehalt von Verfassungsrang aufweisen.

#### 1. Ein Grundrecht auf Revision?

##### a) Grundsatz

Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und den Grundrechten folgt ein Anspruch auf einen wirkungsvollen Rechtsschutz in privatrechtlichen Streitigkeiten. Davon umfasst ist insbesondere „das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter“.<sup>1</sup> Dieser Justizgewährleistungsanspruch unterliegt jedoch einem weiten Ausgestaltungsvorbehalt durch den Gesetzgeber.<sup>2</sup> Das BVerfG lehnt in ständiger Rechtsprechung und rechtsgebietsübergreifend ein verfassungsmäßig verbürgtes Recht auf einen Instanzenzug ab, da sich ein solches weder aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG<sup>3</sup> noch aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG oder dem Justizgewährleistungsanspruch herleiten lasse.<sup>4</sup> Vielmehr judizierte das Verfassungsgericht bereits in den Anfangsjahren der Bonner Republik, es sei ausreichend, wenn der Gesetzgeber den Prozessparteien *eine* Instanz zur Streitentscheidung zur Verfügung stelle,<sup>5</sup> da insbesondere Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nur einen „Rechtsweg“, aber keinen Instanzenzug eröffne. Dies gilt nach einer Plenarentscheidung des

<sup>1</sup> BVerfGE 85, 337, 345; 97, 169, 185; 107, 395, 406 f.; 141, 121.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 85, 337, 345 f.; 88, 118, 123; 93, 99, 107.

<sup>3</sup> BVerfGE 4, 74, 94 f.; 11, 232, 233; 83, 24, 31; 87, 48, 61; 92, 365, 410.

<sup>4</sup> Vgl. nur BVerfGE 1, 433, 437 f.; 49, 329, 343; 54, 277, 291; 83, 24, 31; 87, 48, 61; 89, 381, 390; 92, 365, 410; 96, 27, 39.

<sup>5</sup> BVerfGE 1, 433, 437 f.; 4, 74, 94 f. Ausführlich zur Diskussion vor Erlass des ZPO-RG 2001:

Verfassungsgerichts auch mit Blick auf das zivilprozessuale Revisionsverfahren; zwar sei aus dem Rechtsstaatsprinzip

„auch für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten im materiellen Sinn die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten. [...] Eine Gewährleistung von Rechtsmitteln durch das Grundgesetz folgt indes hieraus nicht [...]“<sup>6</sup>

*aa) Keine subjektiv-rechtliche Verfassungsgarantie*

Damit lehnt das BVerfG nicht nur eine subjektiv-rechtliche Verfassungsgarantie zivilprozessualer Rechtsmittel, sondern auch einen Anspruch auf Einführung eines solchen als Ausfluss des Gebots der Rechtseinheit auf Bundesebene ab.<sup>7</sup> Ein ausdrücklich angeordneter Rechtsmittelausschluss gegen eine Instanz beendende Entscheidungen ist grundsätzlich zulässig.<sup>8</sup> Dabei betont das Verfassungsgericht insbesondere die Janusköpfigkeit des Anspruchs auf wirkungsvollen Rechtsschutz im Prozessrechtsverhältnis: Dieser garantiere nicht nur einen effektiven Zugang zu einem Gericht, sondern sichere spiegelbildlich der Gegenpartei zu, „dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet“.<sup>9</sup> Damit knüpft das BVerfG an die vorkonstitutionelle Ansicht des historischen Gesetzgebers an; denn schon bei Erlass der Reichsjustizgesetze galt mit Blick auf die Frage, ob das Revisionsgericht allen Verfahren und Parteien offenstehen müsse, der Grundsatz,

„[d]en Anforderungen, welche die Prozeßparteien an den Staat stellen können, dürfte völlig genügt sein, wenn der Staat den Prozeßparteien die Möglichkeit gewährt, ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln [...]“<sup>10</sup>

In der Konsequenz hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Schaffung eines Rechtsmittels und deren Voraussetzungen zur Einlegung einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>11</sup> Er hat ein verfassungsrechtlich kaum beschränktes Ermessen sowohl in der Frage, ob er in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten überhaupt Rechtszüge einrichtet und welche Zwecke er damit vorrangig verfolgt, als auch bei der Entscheidung, ob er das Rechtsmittelverfahren auf die Rüge bestimmter Rechtsverletzungen beschränken möchte.<sup>12</sup> Diese Judikatur bewegt sich international in guter Gesellschaft; auch der US Supreme Court hat ein in der US-Bundesverfassung verbürgtes right to appeal mehrfach ablehnt.<sup>13</sup>

*T. Brandner* FS H. E. Brandner, S. 683 ff.; *Kamper*, Die Anfechtbarkeit richterlicher Entscheidungen nach dem Grundgesetz, S. 1 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 54, 277, 291.

<sup>7</sup> Ausdrücklich BVerfGE aaO.

<sup>8</sup> Z. B. die Berufung in de-minimis-Verfahren gem. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO oder gem. § 78 Abs. 1 S. 1 AsylG, wonach die verwaltungsgerichtliche Entscheidung unanfechtbar ist, sofern die Klage als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet abgewiesen wird.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2003, 1924; zuvor bereits BVerfGE 1, 433, 437.

<sup>10</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, S. 141.

<sup>11</sup> BVerfGE 54, 277, 291 f.; 107, 395, 402.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2004, 1371.

<sup>13</sup> Vgl. *Pennzoil Co. v. Texaco, Inc.* 481 U. S. 1, 31 (1987) („[s]tates are under no constitutional

### bb) Kein Rechtsschutz gegen den Richter

Entgegen prominenter Kritik aus der Rechtswissenschaft, allen voran durch A. Voßkuhle,<sup>14</sup> garantiert das Grundgesetz damit nur einen einfachrechtlichen Rechtsschutz *durch*, nicht jedoch *gegen* den Richter, da Akte der Judikative nicht zur öffentlichen Gewalt i. S. v. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zählen.<sup>15</sup> Dabei ist festzustellen, dass sich die rechtswissenschaftliche Diskussion vorrangig auf Gewährung einer zweiten Instanz fokussiert und den Zugang zum Höchstgericht kaum in den Blick nimmt.<sup>16</sup> Gerade insoweit tritt jedoch das Problem einer infiniten Regression in den Vordergrund: Sofern jedes Rechtsmittelurteil wiederum einen Akt öffentlicher Gewalt i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG konstituiert, müsste der Instanzenzug theoretisch ad infinitum erweitert werden.

Lehnt man mit der Rechtsprechung des BVerfG die subjektiv-rechtliche Verbürgung eines Instanzenzugs ab, kann die Revisionsinstanz folglich nur in Anspruch genommen werden, wenn der Gesetzgeber sie generell eröffnet hat und die jeweiligen Zugangsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>17</sup> Anders als im romanischen Rechtskreis – etwa beim französischen Kassationsrekurs<sup>18</sup> oder in der italienischen Verfassung<sup>19</sup> – existiert ein unbeschränkter, verfassungsrechtlich flankierter Zugang zum Höchstgericht oder ein *Grundrecht auf Revision* nicht. Auch steht die Eröffnung einer von Gesetzes wegen nicht vorgesehenen Instanz nicht zur Disposition durch den Richter: Lässt dieser gegen eine unanfechtbare Entscheidung ein Rechtsmittel *contra legem* zu, führt dies nicht zur Erweiterung des Instanzenzugs; ein gleichwohl eingeleitetes Rechtsmittel bleibt unzulässig.<sup>20</sup>

### b) Institutionelle Bestandsgarantie eines Revisionsgerichts

In Abwesenheit einer subjektiv-rechtlichen Verfassungsgarantie stellt sich jedoch die Frage, ob die Existenz eines Revisionsgerichts in Form einer objektiven Be-

---

duty to provide for civil appeals“); *Cobbledick v. United States* 309 U. S. 323, 324f. (1940) („[T]he right to a judgment from more than one court is a matter of grace and not a necessary ingredient of justice“). Dies gilt auch im Strafprozess, vgl. *McKane v. Durston* 153 U. S. 684, 687f. (1894) („A review by an appellate court of the final judgment in a criminal case, however grave the offence of which the accused is convicted, [...] is not now a necessary element of due process of law.“). Zur Kritik in der US-Rechtswissenschaft vgl. jüngst *Robertson* 91 N. C. L. Rev. 1219ff. (2013).

<sup>14</sup> Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 146ff., 255ff., 311ff.

<sup>15</sup> St. Rspr. BVerfGE 4, 74, 96; 11, 263, 265; 15, 275, 280; 22, 106, 110; 25, 352, 375; 49, 329, 340; 107, 395, 403ff.; 112, 185, 207; 115, 205, 228; 116, 1, 9f.; 138, 33, 39.

<sup>16</sup> Vgl. *Gilles* JZ 1985, 253, 259 (speziell zum Zivilprozess); s. aber auch Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 255ff., 298ff.

<sup>17</sup> BVerfG NJW 2004, 1371 mit Verweis auf BVerfGE 107, 395. Auch eine Abhilfemöglichkeit bei behaupteter Gehörsverletzung muss nicht durch eine übergeordnete Instanz erfolgen, vgl. BVerfG NJW 2004, 1371ff.; NJW 2003, 1924ff., sowie die Besprechung bei Voßkuhle NJW 2003, 2193ff.

<sup>18</sup> Vgl. noch sub § 9. II. 1.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 111 Abs. 7 S. 1 der italienischen Verfassung („Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.“).

<sup>20</sup> Vgl. näher MünchKommZPO/Hamdorf § 574 Rn. 16 mwN (zur Rechtsbeschwerde).

standsgarantie verfassungsfest ist. Da Art. 95 Abs. 1 GG einen Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber formuliert, eine Bundesgerichtsbarkeit zu errichten,<sup>21</sup> wird daraus teilweise ein „Abschaffungsverbot im Sinne einer verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie“ sowie die Pflicht, „die rechtsprechungsfunktionale Eigenständigkeit der fünf obersten Gerichtshöfe zu wahren“, gefolgert.<sup>22</sup> Schon angesichts seiner systematischen Stellung kann Art. 95 GG jedoch kein subjektives Recht gewähren, welches Gegenstand einer Individualverfassungsbeschwerde sein könnte.<sup>23</sup> Zudem kann aus der institutionellen Notwendigkeit eines Höchstgerichts in Zivilsachen noch nicht gefolgert werden, dass der BGH auch als – vorrangig den Prozessparteien offenstehendes – Revisionsgericht ausgestaltet werden muss, da Art. 95 Abs. 1 GG keine Vorgaben über die Stellung des BGH im Instanzenzug enthält und z. B. eine erstinstanzliche Zuständigkeit (wie dies im Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozess vorgesehen ist, vgl. § 50 VwGO; § 39 Abs. 2 SGG) oder ein reines Vorlagegericht als Austrägalinstanz für die nachgeordneten Gerichte ebenfalls denkbar wäre.

Auch das BVerfG konstatiert jedoch, dass die obersten Gerichtshöfe i. S. d. Art. 95 Abs. 1 GG „innerhalb eines Instanzenzuges stehen“ und „grundsätzlich als höchste Rechtsmittelgerichte innerhalb eines Gerichtszweiges gedacht sind“.<sup>24</sup> Dem entspricht es, dass Art. 95 Abs. 1 GG die obersten Gerichtshöfe des Bundes als den Instanzenzug abschließende Rechtsmittelgerichte vorsieht,<sup>25</sup> wobei der Individualzugang in Form eines parteibezogenen Rechtsmittelverfahrens *typusprägend* ist. Dies schließt es nicht aus, dass das Revisionsgericht auch andere Funktionen der Rechtsklärung übernehmen kann; wesensprägendes Merkmal ist jedoch der individuelle Zugang durch die Parteien und die Anrufung als Rechtsmittelgericht.<sup>26</sup> Die Errichtung bzw. Aufrechterhaltung eines zivilprozessualen, parteibezogenen Höchstgerichts ist als institutionelle Bestandsgarantie damit verfassungsfest. Die Existenz des Revisionsgerichts muss – in sächlicher und personeller Hinsicht – durch den Bundesgesetzgeber gesichert werden, damit der BGH seiner typusprägenden Funktion – der Entscheidung über Parteirechtsmittel – gem. Art. 95 Abs. 1 GG nachkommen kann. Der BGH wird insoweit nicht allein in seiner formalen Existenz, sondern auch substantziell dahingehend geschützt, dass seine Rechtsmittelzuständigkeit nicht diminuiert wird und er faktisch keine quantitativ oder qualitativ bedeutsamen Zuständigkeiten mehr wahrnehmen kann.<sup>27</sup> Korrelierend muss

<sup>21</sup> Als pars pro toto Mangoldt/Klein/Starck/*Vofßkuble* Art. 95 GG Rn. 20.

<sup>22</sup> Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 74 mwN.

<sup>23</sup> Näher *Stüer/Hermanns* DÖV 2001, 505, 508; Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 103.

<sup>24</sup> BVerfGE 8, 174, 177; bestätigt durch BVerfGE 92, 365, 410.

<sup>25</sup> Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 4.

<sup>26</sup> Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 100. Die Einführung einer reinen Austrägalinstanz wäre verfassungsrechtlich wohl unzulässig; vgl. etwa die Ausführungen in BVerfGE 54, 277, 291 f.

<sup>27</sup> Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber* Art. 92 GG Rn. 81; ähnlich *Bruns* JZ 2011, 325, 329 („Wenn die verfassungsgerichtliche Gewährleistung des BGH als oberster Gerichtshof in Art. 95

der Gesetzgeber sicherstellen, dass das Revisionsgericht durch eine ausreichende Ausstattung in der Lage ist, die ihm übertragenen Aufgaben sachgerecht zu erfüllen, wobei der Legislative jedoch auch insoweit ein weiter haushaltsrechtlicher Gestaltungs- und Prognosespielraum zukommt.

c) *Folgen für die Ausgestaltung des Zugangs zum Revisionsgericht*

aa) *Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers*

Aus diesem zweiseitigen Befund – kein subjektives Recht auf Revision, aber eine objektiv-institutionelle Bestandsgarantie des Revisionsgerichts – können Rückschlüsse auf die Ausgestaltung des Zugangs zum Revisionsgericht gezogen werden. Schon der historische Gesetzgeber konstatierte bei Erlass der Reichsjustizgesetze, der Begriff der Rechtsmittel sei „kein historisch gegebener“.<sup>28</sup> Der Bundesgesetzgeber muss zwar (irgend)ein Parteirechtsmittel zum BGH vorhalten; ihm kommt bei der Frage des „Ob“ und „Wie“ jedoch ein verfassungsrechtlich sehr weites Ermessen zu. Der Gesetzgeber ist insbesondere in der Entscheidung frei, dieses auf bestimmte Rechtsgebiete oder Verfahrensarten zu beschränken oder vorrangig am Individualinteresse der Rechtsschutz suchenden Partei bzw. dem Allgemeininteresse an der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung auszurichten.

Von Verfassungen wegen gibt es auch keinen prioritär zu berücksichtigenden Revisionszweck, da der Gesetzgeber „den Verfahrensgang nach seinen Zweckmäßigkeitseinstellungen“<sup>29</sup> als Kassations-, Revisions- oder Oberberufungsinstanz ausrichten kann. Vielmehr betont das BVerfG die Doppelfunktionalität eines Rechtsmittelsystems.<sup>30</sup> Der Umstand, ob das Revisionsgericht allein auf die Klärung von Rechtsfragen beschränkt ist oder als Prozessgericht Rechts- und Tatfragen de novo entscheiden kann bzw. nur kassatorische oder auch eigene Sachentscheidungen trifft, ist daher verfassungsrechtlich ebenfalls nicht präformiert. Ermessensspielräume hat der Gesetzgeber zudem in der Frage, ob das höchstgerichtliche Verfahren vorrangig schriftlich oder mündlich erfolgen soll,<sup>31</sup> ob aus-

Abs. 1 GG in Zivilsachen nicht leerlaufen soll, dann muss es einen zumindest bedingten Zugang des Rechtsunterworfenen geben. Und der Justizgewährleistung entspricht letztlich nur ein bedingtes Zugangsrecht, während bloße Vorlageverfahren der Verfassungslage nicht gerecht würden.“).

<sup>28</sup> *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, S. 139.

<sup>29</sup> BVerfGE 54, 277, 291 f.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 54, 277, 291: „Das Grundanliegen, das mit der Einrichtung von gerichtlichen Rechtsbehelfssystemen im weitesten Sinne verfolgt zu werden pflegt, ist zum einen, eine tendenziell bessere Gewähr der Einzelfallgerechtigkeit, das heißt – gemessen am jeweils anzuwendenden Recht – der Richtigkeit gerichtlicher Entscheidungen zu erzielen, und zum anderen, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, darunter auch der richterlichen Rechtsfortbildung, und dadurch die Einheit der Rechtsordnung institutionell zu sichern. Denn die Einheit der Rechtsordnung ist im Kern bedroht, wenn gleiches Recht ungleich gesprochen wird.“

<sup>31</sup> Hierzu BVerfG NJW 2005, 1485, sowie noch ausführlich sub § 14. IV. 1.

sichtslose Rechtsmittel im vereinfachten Verfahren zurückgewiesen werden können,<sup>32</sup> und welche Begründungspflichten das Höchstgericht trifft.<sup>33</sup>

Die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens verstößt erst dann gegen Art. 95 Abs. 1 GG, wenn der BGH seine Aufgabe als Revisionsgericht a limine nicht mehr ausüben kann, weil ihn in den Kernbereichen des bürgerlichen Rechts keine Parteirechtsmittel zur Entscheidung mehr erreichen. Jenseits dieser Grenze ist der Gesetzgeber ungebunden, in welcher Form das Revisionsgericht mit Rechtsfragen befasst werden soll. In seinem Plenarbeschluss zu § 554b ZPO a. F. betonte das Verfassungsgericht, der Gesetzgeber könne die Befassung der höheren Instanz sowohl durch Parteirechtsmittel als auch – „gerade im Hinblick auf die Wahrung der Rechtseinheit“ – durch von der Initiative der Verfahrensbeteiligten emanzipierte Vorlageverfahren erreichen.<sup>34</sup>

*bb) Keine gleichheitswidrige Ausgestaltung des Revisionszugangs*

Dieser breite Gestaltungsspielraum bedingt es, dass auch Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht verletzt ist, wenn der Zugang zum BGH nur selektierten Verfahren offensteht. Abgesehen von willkürlichen oder diskriminierenden Zulassungsschranken – die an sich mit den Grundrechten unvereinbar wären – kann der Gesetzgeber

„den Zugang zum Rechtsmittelgericht nach Maßgabe allgemeiner Kriterien, wie eines Mindestwerts des Streitgegenstands oder der Beschwer oder der Differenz der Vorentscheidungen, oder nach Maßgabe der Bedeutung der einzelnen Rechtssache für das Allgemeininteresse eröffnen.“<sup>35</sup>

Von Verfassungs wegen ist es daher nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die Durchführung des Revisionsverfahrens von einer Zulassung durch den iudex a quo oder ad quem abhängig macht<sup>36</sup> und für de minimis-Verfahren mit einem Streitwert unter 20.000 EUR der Weg zum Revisionsgericht regelmäßig versperrt ist (vgl. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Er kann verschiedenen Rechtsgebieten auch einen divergierenden Zugang zum Revisionsgericht eröffnen und bestimmte Verfahren privilegieren (z. B. § 614 ZPO) oder die Entscheidung über den Zugang zum Höchstgericht zur Gänze in die Hände des iudex a quo legen (vgl. § 70 FamFG, § 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO), sofern das Revisionsgericht noch einen Mindestbestand an Verfahren erreicht, damit dieses seiner rechtsfortbildenden und rechtsvereinheitlichenden Funktion nachkommen kann. Ebenfalls steht es in seinem Ermessen, bestimmte Rechtsgebiete und Verfahrensarten – wie den einstweiligen Rechts-

<sup>32</sup> Vgl. § 552a ZPO sowie BVerfG NJW 2003, 281 (zu § 522 Abs. 2 ZPO).

<sup>33</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 1371, 1372 (zu § 544 Abs. 6 S. 2 Hs. 2 ZPO), § 564 ZPO sowie noch ausführlich sub § 4.1.4. a).

<sup>34</sup> BVerfGE 54, 277, 291 f.

<sup>35</sup> BVerfGE 54, 277, 292.

<sup>36</sup> BVerfGE aaO.

schutz, § 542 Abs. 2 ZPO – einer Kontrolle durch das Revisionsgericht insgesamt zu entziehen, sofern ein sachlich nachvollziehbarer Grund dafür gegeben ist.<sup>37</sup>

Auch die revisionsgerichtliche Kontrolldichte steht im Ermessen des Gesetzgebers; es ist ihm nicht verwehrt, die Revision „nicht bei Rechtsfehlern aller Art vorzusehen, sondern sie auf Fälle zu begrenzen, in denen aus besonderen Gründen des Allgemeininteresses ein Bundesgericht eingeschaltet wird“.<sup>38</sup> Damit verstößt auch die das Revisionsverfahren prägende Zweispurigkeit des Zulassungsverfahrens durch den iudex a quo (§ 543 ZPO) oder ad quem (§ 544 ZPO) nicht gegen die (vertikale) Rechtsanwendungsgleichheit gem. Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip, sofern das Berufungsgericht die Revision unter Voraussetzungen zulässt, die auch der BGH bei seiner Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde anerkennen würde. Denn „angesichts der Auslegungsbedürftigkeit gesetzlicher Begriffe ist es niemals auszuschließen, dass unterschiedliche Gerichte bei Anwendung derselben Norm zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen“, wobei entscheidend zu beachten ist, dass sowohl das Berufungs- als auch das Revisionsgericht seine Entscheidung nach den gleichen Maßstäben (den Revisionszulassungsgründen gem. § 543 Abs. 2 ZPO) trifft.<sup>39</sup> Dies bedingt es, dass das Revisionsgericht auch dann an die Zulassung gebunden ist (§ 543 Abs. 2 S. 2 ZPO), wenn die seitens des Berufungsgerichts für maßgeblich erachteten Zulassungsgründe nicht gegeben sind, und die Bindung des Revisionsgerichts an die Zulassungsentscheidung nur entfällt, wenn diese prozessual überhaupt nicht hätte ausgesprochen werden dürfen<sup>40</sup> oder auf einen gesetzlich nicht vorgesehen Zulassungsgrund gestützt wird.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> IRd § 542 Abs. 2 ZPO soll sich der Ausschluss des Revisionsrechtszugs aus dem Umstand legitimieren, dass es sich um vorläufige und zeitlich begrenzte Entscheidungen handelt, die aufgrund ihrer Eilbedürftigkeit auf zwei Instanzen zu beschränken sind (vgl. BeckOK ZPO/Kessal-Wulf § 542 Rn. 8). Dieses Argument kann durchaus hinterfragt werden, da sich die Rechtsfortbildung in Rechtsbereichen, die typischerweise im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erledigt werden, nahezu ausschließlich in der intermediären Instanz vollzieht. Daher erscheint die Einführung einer Revision oder Rechtsbeschwerde, deren Behandlung einem besonderen Beschleunigungsgebot unterliegt, durchaus bedenkenswert, um die rechtsfortbildende und rechtsvereinheitlichende Funktion des BGH auch in diesen Rechtsgebieten zu stärken. Die Ausgestaltung von § 542 Abs. 2 ZPO ist de lege lata zudem nicht frei von Friktionen: Denn einerseits soll die Berufungsverwerfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes – entgegen § 522 Abs. 1 S. 4 ZPO – nicht der Rechtsbeschwerde unterliegen (vgl. BGH NJW 2003, 69), andererseits soll die Rechtswegbeschwerde gem. § 17a Abs. 4 S. 4 GVG nach Ansicht von BGH und BAG (BGH NJW-RR 2005, 142; NJW 2007, 1819; BAG NJW 2000, 2524), nicht jedoch nach Ansicht des BVerwG (NVwZ 2006, 1291) und des BSG (Beschl. v. 24.01.2008 – B 3 SF 1/08 R, juris Rn. 10) auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes statthaft sein.

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2004, 1371, 1372.

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2005, 3345.

<sup>40</sup> BGH NJW-RR 2014, 1470, 1471. Eine unanfechtbare Entscheidung ist daher auch bei einer (falschen) Revisionszulassung unanfechtbar (BGH NJW 2003, 70). Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (vgl. § 542 Abs. 2 ZPO) eröffnet die fehlerhafte Revisions-/Rechtsbeschwerdezulassung damit nicht den Weg zum BGH (vgl. BGH NJW 2003, 69; BAG NJW 2003, 1621, 1622).

<sup>41</sup> Vgl. BGH NJW 1970, 1549, 1550; BFH NVwZ 1999, 696.

## cc) Keine außerordentlichen Rechtsbehelfe bei nicht eröffneter Instanz

Legt man die vorstehenden Prämissen zugrunde, existiert auch kein zivilprozessualer außerordentlicher Rechtsbehelf gegen mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbare Zwischen- oder Endentscheidungen. Diese Frage stellt sich insbesondere bei Berufungsurteilen, die mangels Erreichens des Beschwerdewerts (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) nicht mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffen werden können, und bei der Rechtsbeschwerde, die – von den seltenen Fällen einer Zulässigkeit *ex lege* abgesehen (vgl. § 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO)<sup>42</sup> – stets eine positive Zulassungsentscheidung durch den *iudex a quo* voraussetzt (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO).<sup>43</sup>

Vor Erlass des ZPO-RG 2001 gestattete der BGH in engen Grenzen eine außerordentliche Beschwerde *extra legem* gegen unanfechtbare Entscheidungen wegen „greifbarer Gesetzwidrigkeit“, insbesondere bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten.<sup>44</sup> Diese Rechtsprechung wurde im Jahr 2002 mit der Begründung aufgegeben,<sup>45</sup> dass sich der Gesetzgeber – in Kenntnis der Problemlage – gegen eine Kodifizierung der außerordentlichen Beschwerde im Zuge des ZPO-RG entschlossen habe und es auch von Verfassungs wegen nicht mehr erforderlich sei, dass die Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch eine übergeordnete Instanz korrigiert werden müsse. Vielmehr forderte auch das BVerfG (in einem Plenarbeschluss aus dem Jahr 2003) bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) keinen Rechtsbehelf, sondern nur eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit innerhalb der jeweiligen Instanz,<sup>46</sup> was der Gesetzgeber durch Etablierung der Anhörungsrüge zum *iudex a quo* (§ 321a ZPO) umgesetzt hat.<sup>47</sup>

Fehlt dagegen eine gesetzliche Grundlage, verstößt es gegen das Gebot der Rechtsmittelklarheit,<sup>48</sup> wenn die Rechtsprechung außerordentliche Rechtsbehelfe

<sup>42</sup> Beispiele sind § 522 Abs. 1 S. 4 ZPO (Verwerfung einer Berufung als unzulässig); § 1065 Abs. 1 ZPO (Entscheidung im Schiedsverfahren in den Fällen des § 1062 Abs. 1 Nr. 2 und 4 ZPO); § 3 Abs. 2 S. 3 schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung; § 20 Abs. 1 KapMuG (Musterbescheid im Kapitalanleger-Musterverfahren).

<sup>43</sup> Vgl. zudem § 70 FamFG: Gem. Abs. 3 ist die Rechtsbeschwerde in Betreuungs-, Unterbringungs- und Freiheitsentziehungssachen aufgrund der damit verbundenen Grundrechtsintensität stets zulässig, unterliegt ansonsten aber der Zulassung durch den *iudex a quo*. Daher nicht kohärent BVerfG NVwZ 2005, 681 (Rn. 18) und BGH NJW-RR 2009, 995 (zur isolierten Anfechtbarkeit von Beweisbeschlüssen).

<sup>44</sup> BGHZ 119, 372; 121, 397; Einzelheiten bei Musielak/Voit/*Ball* § 567 Rn. 15.

<sup>45</sup> BGH NJW 2002, 1577.

<sup>46</sup> BVerfGE 107, 395 ff.

<sup>47</sup> Diese ist – statistisch betrachtet – allerdings nahezu funktionslos geblieben. Vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistischer Bericht Zivilgerichte [2022] (online <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-zivilgerichte-2100210227005.html> [22.08.2023]): Von 716.538 erstinstanzlichen Verfahren vor den Amtsgerichten waren 208 Abhilfeverfahren nach § 321a ZPO (0,03 %); von 321.060 erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten waren 14 Abhilfeverfahren nach § 321a ZPO (0,004 %); von den 33.745 vor den Landgerichten verhandelten Berufungsverfahren waren 16 Abhilfeverfahren nach § 321a ZPO (0,05 %); von den 66.145 vor den Oberlandesgerichten verhandelten Berufungsverfahren waren 86 Abhilfeverfahren nach § 321a ZPO (0,13 %).

<sup>48</sup> Dazu noch § 3. I. 1. d) cc).

außerhalb des geschriebenen Rechts schafft, um (tatsächliche oder vermeintliche) Lücken im zivilprozessualen Rechtsschutzsystem zu schließen.<sup>49</sup> Es ist folglich ausgeschlossen, gesetzlich geregelte Bindungen des Gerichts an seine eigenen Entscheidungen, wie sie etwa aus § 318 ZPO erwachsen, ohne gesetzliche Grundlage zu übergehen.<sup>50</sup> Abgesehen von § 321a ZPO<sup>51</sup> kommt auch eine in der ZPO nicht vorgesehene Durchbrechung der materiellen Rechtskraft im Wege einer Gegenvorstellung nicht mehr in Betracht; unanfechtbare Entscheidungen können nicht ‚über den Umweg‘ einer Gegenvorstellung anfechtbar gemacht werden.<sup>52</sup>

Ob die Ungleichbehandlung *de lege lata* zwischen (rügefähiger) Gehörverletzung und anderen Grundrechtsverstößen dabei überzeugt – eine analoge Anwendung von § 321a ZPO kommt nach ständiger Rechtsprechung insoweit nicht in Betracht<sup>53</sup> –, mag dahinstehen, wobei die Fokussierung der Anhörungsrüge auf Art. 103 Abs. 1 GG und die damit intendierte Erweiterung des Subsidiaritätsgrundsatzes in § 90 Abs. 2 BVerfGG wohl vorrangig der Entlastung des Verfassungsgerichts dienen soll.<sup>54</sup> Entscheidend ist jedoch, dass die Korrektur eines Verfahrensverstößes innerhalb der jeweiligen Instanz verfassungsrechtlich ausreichend ist, der Instanzenzug auch nach der Diktion des BVerfG nicht durch einen außerordentlichen Rechtsbehelf erweitert werden muss<sup>55</sup> und die Etablierung eines solchen vielmehr gegen das Gebot der Rechtsmittelklarheit verstoßen würde, weil für die betroffene Partei – und auch die Gegenseite – nicht erkennbar ist, in welchen Fällen dessen Einlegung zulässig und erfolgversprechend

<sup>49</sup> BGH NZI 2018, 958 Rn. 18 mit Verweis auf BVerfGE 107, 395, 416; BVerfG NJW 2007, 2538 Rn. 5; NJW-RR 2008, 75 Rn. 19.

<sup>50</sup> BGH NJW-RR 2014, 1470 Rn. 14.

<sup>51</sup> Die Anhörungsrüge stellt einen gesetzlich geregelten Rechtsbehelf eigener Art dar, durch den das Gericht von der Bindungswirkung des § 318 ZPO sowie von der formellen und materiellen Rechtskraft freigestellt wird (BGH NZI 2018, 958 Rn. 15; NJW 2016, 3035 Rn. 19 mwN).

<sup>52</sup> BGH BeckRS 2015, 18672 Rn. 1; BeckRS 2015, 20624 Rn. 2; BeckRS 2018, 4891 Rn. 3; BeckRS 2018, 18169 Rn. 1; BeckRS 2007, 04633 Rn. 1; BeckRS 2008, 20234 Rn. 2. Eine Gegenvorstellung kommt nur dann in Betracht, wenn das Gericht zu einer Änderung seiner Entscheidung befugt ist und diese auch von Amts wegen vornehmen durfte (BGH NJW 2018, 3388 Rn. 9; vgl. auch NJW-RR 2015, 1090 Rn. 12). Nach Ansicht des BVerfG (NJW 2009, 829 Rn. 39) ist die Gegenvorstellung zudem kein Rechtsbehelf iSd Subsidiaritätsprinzips gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG.

<sup>53</sup> Vgl. BGH GRUR-RR 2017, 416 Rn. 5; NJW 2011, 1516 Rn. 8; NJW-RR 2009, 144 Rn. 1; NJW 2008, 2126 Rn. 4; gebilligt durch BVerfG NJW 2009, 3710 Rn. 17f. Lediglich die auf eine Gegenvorstellung hin ausgesprochene Zulassung der Rechtsbeschwerde hat der BGH in analoger Anwendung von § 321a ZPO bzw. § 44 FamFG unter der Voraussetzung für möglich gehalten (*in casu* aber verneint), dass die Zulassung zuvor willkürlich und unter Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unterblieben ist (vgl. BGH NJW 2004, 2529; NJW-RR 2007, 1654 Rn. 3; NJW-RR 2007, 1653 Rn. 4; NJW-RR 2013, 256 Rn. 6; FamRZ 2018, 936 Rn. 8; ablehnend dagegen BGH NZI 2018, 958 Rn. 18f.). Der Beschluss über die nachträgliche Zulassung muss dann auf der Feststellung beruhen, dass das Gericht mit seiner ursprünglichen Entscheidung, die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen, gegen Verfahrensgrundrechte des Rechtsmittelführers verstoßen hat (BGH FamRZ 2018, 936 Rn. 9f.; NJW-RR 2016, 955 Rn. 9f.; NJW 2011, 1516 Rn. 10).

<sup>54</sup> Dazu noch ausführlich sub § 5.1.1.

<sup>55</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 85.

wäre.<sup>56</sup> Ein „Mehr“ an Rechtsbehelfen bietet der beschwerten Partei insoweit kein „Mehr“ an Rechtsschutz. Vielmehr steht der betroffenen Partei mit der Individualverfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG) gegen jede fachgerichtlich unanfechtbare Entscheidung (vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG) eine Möglichkeit zu Gebote, die Verletzung ihrer Grundrechtspositionen bei einer übergeordneten Instanz zur Überprüfung zu stellen.

#### d) Zugangsschutz bei einer eröffneten Instanz

Kann eine Partei folglich keine subjektiv-rechtliche Grundrechtsposition auf Zugang zum Revisionsgericht herleiten, wendet sich das Blatt, sollte sich der Gesetzgeber für die Eröffnung einer Instanz entschieden haben. Insoweit folgt aus dem Justizgewährleistungsanspruch in seiner „Ausprägung der Folgerichtigkeit der Rechtsordnung“, dass bei einem gesetzlich eingeräumten Rechtsmittel oder Rechtsbehelf „eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Ermöglichung der Einlegung sowie zur Prüfung und Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel bzw. den erhobenen Rechtsbehelf“ bestehen muss.<sup>57</sup> In der eröffneten Instanz muss eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein.<sup>58</sup> Da der Gesetzgeber das Rechtsmittel der Revision gem. §§ 542 ff. ZPO als Parteirechtsmittel ausgestaltet hat, hat die Rechtsschutz suchende Partei – *soweit* die dritte Instanz tatsächlich eröffnet ist – daher einen durch die zivilprozessuale Justizgewährleistung (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) verbürgten Anspruch, dass über ihren Rechtsbehelf in einem verfassungskonformen Verfahren verbindlich entschieden wird.<sup>59</sup> Auch bei der eingelegten Nichtzulassungsbeschwerde handelt es sich um eine von den Prozessparteien „erworbene, durch den Justizgewährleistungsanspruch geschützte Position“.<sup>60</sup>

#### aa) Keine Verhinderung des Zugangs zum Revisionsgericht

Der grundgesetzliche Justizgewährleistungsanspruch und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes sowie das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) beeinflusst daher maßgeblich die Auslegung und Anwendung derjenigen Bestimmungen, die für die Eröffnung eines Rechtswegs und die Beschreitung eines Instanzenzugs von Bedeutung sind.<sup>61</sup> Hat der Gesetzgeber sich für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden und sieht die betreffende Prozessordnung ein Rechtsmittel vor, darf der Zugang zur Revisionsinstanz insbesondere „nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden“.<sup>62</sup> Daher gilt:

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395 [sub C.IV.2.b)] zur Gehörsverletzung.

<sup>57</sup> *Bruns* FS Stürner, Bd. I, S. 257, 265 f.

<sup>58</sup> BVerfG BeckRS 2010, 54616 Rn. 22; BVerfGE 40, 272, 274 f.; 54, 94, 96 f.; 96, 27, 39.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Bruns* FS Stürner, Bd. I, S. 257, 265 f.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 2018, 3699, 3700.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2020, 37377 Rn. 11; BeckRS 2016, 46239 Rn. 12; NZI 2020, 1060, 1061.

<sup>62</sup> BVerfG NJW 2018, 3699; vgl. auch BVerfGE 69, 381, 385; 74, 228, 234; 77, 275, 284; 104, 220, 232; 125, 104, 137.

„Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, dem Willkürverbot und mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar ist eine den Zugang zur Revision erschwerende Auslegung und Anwendung des [...] § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO dann, wenn sie wegen krasser Fehlerhaftigkeit sachlich nicht zu rechtfertigen ist, sich damit als objektiv willkürlich erweist und dadurch den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar einschränkt.“<sup>63</sup>

Bei einer willkürlichen – d. h. über einen einfachrechtlichen Fehler hinausgehenden – Anwendung der Revisionszulassungsgründe gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO wird der im Berufungsrechtszug unterlegenen Partei der Zugang zur Revisionsinstanz folglich unter Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG<sup>64</sup> versperrt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Zulassungsentscheidung durch das Berufungsgericht als auch hinsichtlich der sich anschließenden Entscheidung durch den BGH selbst.<sup>65</sup> Auch das Revisionsgericht darf ein eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer leerlaufen lassen.<sup>66</sup> Aus diesem verfassungsrechtlichen Korsett für das Revisionszulassungsverfahren folgt zudem, dass dem Revisions- und Berufungsgericht kein Ermessen bei der Rechtsmittelzulassung zukommt. Eine solche, im common law weit verbreitete<sup>67</sup> und auch in Deutschland immer wieder favorisierte<sup>68</sup> Herangehensweise stünde im Widerspruch zur historisch gewachsenen Revisionstradition und wäre verfassungsrechtlich unzulässig, weil

„von Verfassungen wegen die Annahme einer Revision [...], die] Aussicht auf Erfolg im Endergebnis besitzt, nicht aus Gründen der Selbststeuerung seiner Arbeitslast durch das Revisionsgericht abgelehnt werden darf.“<sup>69</sup>

Damit werden auch die verfassungsrechtlichen Besonderheiten konkurrierender Rechtsmittelverfahren erklärbar: Zur Realisierung des Justizgewährleistungsanspruchs werden die Erfolgsaussichten einer Nichtzulassungsbeschwerde nicht dadurch beeinträchtigt, dass die im Zeitpunkt der Einlegung noch höchstrichterlich ungeklärten Rechtsfragen zwischenzeitlich in einer anderen Entscheidung entschieden wurden und dem nachfolgenden Verfahren damit zwar weiterhin Erfolgsaussichten, aber keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung mehr zukommt. Denn die Bearbeitungsreihenfolge durch das Revisionsgericht kann vom Rechtsschutz

<sup>63</sup> BVerfG BeckRS 2023, 2025 Rn. 3.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 101, 331, 359f.: Eine einfachrechtlich fehlerhafte Handhabung der maßgeblichen Zulassungsvorschriften genügt nicht. Die unterbliebene Zulassung der Revision als solche kann eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG dagegen nicht begründen, es sei denn, spezifisch auf die Zulassungsentscheidung bezogener Vortrag der Parteien ist verfahrensfehlerhaft übergangen worden (näher BGH NJW 2011, 1516).

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2018, 3699; BeckRS 2016, 46239.

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 78, 88, 98f.; 96, 27, 39; BVerfG FamRZ 2010, 1235, 1236.

<sup>67</sup> Vgl. noch sub §§ 10, 11.

<sup>68</sup> Grundlegend *Bender DRiZ* 1973, 377, 378; s. ferner *Gottwald Gutachten A* zum 61. DJT 1996, A 80.

<sup>69</sup> Explizit BVerfGE 54, 277, 293 [zu § 554b ZPO aF]; ähnlich *Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren, S. 87f. (Einführung nicht ohne Verfassungsänderung möglich).

Suchenden nicht beeinflusst werden.<sup>70</sup> Den Darlegungsanforderungen im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde wird zudem genügt, wenn nicht schon bei Eingang, sondern erst bei Ablauf der Frist für die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde die Grundsatzbedeutung bestand.<sup>71</sup> Andererseits liegt eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht (mehr) vor, wenn die entscheidungserhebliche Rechtsfrage inzwischen höchstrichterlich geklärt wurde und absehbar ist, dass die für den Beschwerdeführer nachteilhafte Entscheidung auch nach dieser Rechtsprechung bestätigt werden würde.<sup>72</sup>

#### *bb) Verfassungsrechtliche Absicherung*

Liegt die Zulassung eines Rechtsmittels zum BGH daher nahe und lässt sich der Entscheidung des iudex a quo nicht entnehmen, weshalb das Gericht von einer solchen abgesehen hat, ist grundsätzlich „von einer verfassungswidrigen Nichtzulassung“ auszugehen; insoweit bedarf es einer nachvollziehbaren Begründung oder anderweitiger Anhaltspunkte für die Nichtzulassung.<sup>73</sup> Abweichend von der allgemeinen Regel, wonach die (Nicht-)Zulassung eines Rechtsmittels nicht begründet werden muss,<sup>74</sup> ist das Berufungs- oder Beschwerdegericht damit von Verfassungs wegen gehalten, in Zweifelsfällen seine Zulassungsentscheidung näher zu erläutern. Diese „Begründungsobliegenheit“ folgt nach Ansicht des BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie, wenn die Nichteröffnung der weiteren Instanz als Entzug des gesetzlichen Richters gerügt wird, auch aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>75</sup>

Diese Maßstäbe greifen insbesondere bei der Rechtsbeschwerde, die regelmäßig nur nach einer Zulassung durch den iudex a quo zulässig ist (vgl. § 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO). Da eine Nichtzulassungs-Rechtsbeschwerde nicht existiert, kann das Beschwerdegericht in eigener Sache unanfechtbar darüber entscheiden, dass eine weitere Nachprüfung durch den BGH nicht mehr erfolgt. Lag daher eine Zulassung des Rechtsmittels nahe – insbesondere im Falle einer horizontalen oder vertikalen Rechtssatzdivergenz<sup>76</sup> –, besteht ohne nachvollziehbare Begründung durch den iudex a quo eine Vermutung dahingehend, dass sich das Beschwerdegericht „in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise“ einer Kontrolle durch das Rechtsbeschwerdegericht entziehen wollte und die prozessuale Durchsetzung subjektiver Rechte unzumutbar verkürzt hat.<sup>77</sup> Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn

<sup>70</sup> BVerfG NJW 2018, 3699, 3700; NJW 2008, 2493 ff.; BVerfGK 6, 79, 81 f.

<sup>71</sup> BVerfGK 18, 105 Rn. 24.

<sup>72</sup> BVerfG BeckRS 2010, 54616 Rn. 24.

<sup>73</sup> BVerfG NZV 2022, 342 Rn. 28; NZI 2020, 1060, 1062 Rn. 22; NJW 2014, 2417 Rn. 23 ff.; NZFam 2016, 66 Rn. 16; BVerfGK 19, 364, 366 f.; BeckRS 2019, 12508 Rn. 17.

<sup>74</sup> Vgl. Musielak/Voit/Ball § 543 ZPO Rn. 14; MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 31 („no-bile officium“).

<sup>75</sup> BVerfG NJW 2012, 1715.

<sup>76</sup> Dazu noch sub § 4. I. 3. a).

<sup>77</sup> BVerfG BeckRS 2019, 12508 Rn. 17.

gegen ein Berufungsurteil die Nichtzulassungsbeschwerde nicht statthaft ist (vgl. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).<sup>78</sup>

Die (Nicht-)Zulassung eines gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittels ist zudem an Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu messen:<sup>79</sup> Das Revisionsrecht räumt den Gerichten kein Entscheidungsermessen bei der Zulassung ein; bei Vorliegen eines Zulassungsgrundes *ist* das Rechtsmittel stets zuzulassen (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). Kommt das Berufungs- oder Revisionsgericht dieser Pflicht nicht nach, verstößt dies gegen den in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten Anspruch auf den gesetzlichen Richter, sofern die Entscheidung sich „als objektiv willkürlich erweist und den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert“.<sup>80</sup> Eine nur einfachrechtlich fehlerhafte Anwendung der Zulassungsvorschriften verletzt den Anspruch auf den gesetzlichen Richter dagegen nicht, wenn sich das Berufungsgericht etwa mit einer Rechtsfrage auseinandergesetzt hat und die Entscheidung jedenfalls im Ergebnis vertretbar ist.<sup>81</sup>

### cc) Das Gebot der Rechtsmittelklarheit

Über den Zugangsschutz zur Letztinstanz hinaus leitet das BVerfG aus Art. 20 Abs. 3 GG ein besonderes Bestimmtheitsgebot im Rechtsmittelrecht („Gebot der Rechtsmittelklarheit“) ab, wonach die Prozessparteien nicht nur erkennen müssen, welches Rechtsmittel in Betracht kommt, sondern auch unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist.<sup>82</sup> Dieser Umstand war insbesondere kurz nach Einführung des ZPO-RG 2001 problematisch,<sup>83</sup> als sich noch keine festen Kriterien hinsichtlich der einzelnen Revisionszulassungsgründe herausgebildet hatten. Verfassungsrechtlich wurde das Gebot der Rechtsmittelklarheit daher insoweit abgeschwächt, als dass es dem Gesetzgeber – wie in § 543 Abs. 2 ZPO vorgesehen – nicht verwehrt ist, unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden, wenn diese einfachrechtlich ausgeformt werden können.<sup>84</sup> Eine abstrakt-generelle und antizipierte Determinie-

<sup>78</sup> BVerfG BeckRS 2022, 1708 Rn. 28 mwN; NZM 2023, 495 Rn. 16.

<sup>79</sup> Vgl. BVerfG NJW 2003, 281; NJW 2004, 1371, 1372; NJW 2008, 1938; BVerfGK 2, 202, 204.

<sup>80</sup> BVerfG BeckRS 2015, 55288 Rn. 12; s. auch BVerfGE 42, 237, 241; 67, 90, 94 f.; 87, 282, 284 f.; 101, 331, 359 f.

<sup>81</sup> BVerfGE 89, 1, 13 f.; 96, 189, 203; s. ferner BVerfGE 67, 90, 95; 80, 48, 51; 87, 282, 284 f.; 101, 331, 359 f.

<sup>82</sup> BVerfG NJW 2004, 1371, 1372; BeckRS 2010, 56391 Rn. 16 („Das rechtsstaatliche Erfordernis der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns führt zu dem Gebot, dem Rechtsuchenden den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen in klarer Abgrenzung vorzuzeichnen. Der rechtsuchende Bürger muss deutlich erkennen können, welches Rechtsmittel für ihn in Betracht kommt und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen es zulässig ist [...]. Er darf nicht mit einem für ihn nicht übersehbaren ‚Annahmerisiko‘ und dessen Kostenfolgen belastet werden [...].“).

<sup>83</sup> Vgl. zu den frühen Entscheidungen der Revisions- und Rechtsbeschwerdezulassung: *von Gierke/Seiler* NJW 2004, 1497 ff.; *Schlosser*, JZ 2003, 266, 267; *Rimmelspacher* JZ 2003, 797; *Schneider* AnwBl 2003, 546, 547; *Gehrlein* MDR 2003, 547, 549; *Schultz* MDR 2003, 1392, 1397; *Ball* FS Musielak, S. 27, 43 f.

<sup>84</sup> BVerfG NJW 2004, 1371, 1372. Bei der Konkretisierung ist zudem zu beachten, dass sich

zung der Frage, wann eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, erscheint zudem kaum denkbar, weshalb Generalklauseln zum Erreichen der Revisionszwecke notwendig und im Rechtsmittelrecht regelmäßig anzutreffen sind.<sup>85</sup> Eine Verletzung des Gebots der Rechtsmittelklarheit liegt somit erst dann vor, „wenn den gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen unter Beachtung der herkömmlichen juristischen Auslegungsmethoden keine konkreten Beurteilungsmaßstäbe zu entnehmen wären“.<sup>86</sup> Das Verfassungsgericht beanstandete es daher nicht, dass sich in der Anfangszeit nach Erlass des ZPO-RG 2001 zwischen den einzelnen Senaten des BGH nicht sofort ein kohärenter Zulassungsmaßstab entwickelte, weil sich diese alsbald auf eine einheitliche Auslegungslinie verständigten.<sup>87</sup>

*dd) Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Überprüfung*

Auch hinsichtlich der Zulassungsentscheidung selbst greift die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung deutlich in das zivilprozessuale Revisionsverfahren ein. Zwar erfolgt bei Verfassungsbeschwerden gegen die Anwendung zivilrechtlicher und zivilprozessualer Normen in ständiger Rechtsprechung nur eine Prüfung dahingehend, „ob die angegriffenen Entscheidungen Auslegungsfehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung und Tragweite eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen“.<sup>88</sup> Davon abweichend überprüft das BVerfG die fachgerichtliche Auslegung der Zulassungsgründe jedoch mit Argusaugen und – entgegen vorstehender Grundsätze – oftmals auch mit Blick auf ihre einfachgesetzliche Vereinbarkeit, weshalb eine „verfassungsbasierte Superrevision“ teilweise nicht fern liegt.<sup>89</sup>

---

jeder Rechtsmittelführer eines beim BGH zugelassenen Rechtsanwalts mit besonderer Expertise im Revisionsrecht bedienen muss (§ 78 Abs. 1 S. 3 ZPO); vgl. zu diesem Punkt BVerfG BeckRS 2010, 56391 Rn. 18.

<sup>85</sup> Vgl. etwa § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu den „Zweifel[n] an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen“.

<sup>86</sup> BVerfG NJW 2004, 1371, 1372. Auch eine Zugriffrevision wäre daher mit dem Gebot der Rechtsmittelklarheit nicht vereinbar, weil für die Rechtsschutz suchenden Parteien ex ante nicht absehbar ist, wann eine Zulassung des Rechtsmittels erfolgt (vgl. BVerfGE 77, 275, 284; 78, 88, 99; 88, 118, 124).

<sup>87</sup> BVerfG NJW 2005, 3345.

<sup>88</sup> BVerfG NJW 2004, 1729. Grundlegend dafür ist die *Heck'sche Formel* in BVerfGE 18, 85, 92 f.: „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das BVerfG auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen [...]. Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.“

<sup>89</sup> Zutreffend schon *Bruns* JZ 2011, 325, 327 mwN: „Engmaschige verfassungsgerichtliche Kontrolldichte und relativ niedrige Interventionsschwellen können in manchen Gebieten des Zivilrechts zeitweise durchaus den Eindruck einer verfassungsbasierten Superrevision entstehen lassen.“

Dies gilt etwa für die Frage, ob die Auslegung eines formularmäßigen Vertrags Grundsatzbedeutung i. S. d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO haben kann,<sup>90</sup> ob sich eine Rechtsfrage in einer unbestimmten Vielzahl an Fällen stellt,<sup>91</sup> oder ob bei einer amtsgerichtlichen Entscheidung eine Berufungszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 ZPO notwendig ist.<sup>92</sup> Bisweilen prüft das BVerfG selbst, ob eine Frage bereits höchstrichterlich geklärt ist, ggf. nach einem Ersuchen an den BGH (§ 82 Abs. 4 BVerfGG i. V. m. § 41 GO BVerfG).<sup>93</sup> Es kontrolliert ebenso die (einfachrechtliche) Frage, ob eine Divergenz zwischen dem BGH und Instanzgerichten<sup>94</sup> oder zwischen Instanzgerichten untereinander gegeben ist,<sup>95</sup> wobei das Berufungsgericht in der Regel gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verstößt, wenn es trotz divergierender Rechtsprechung die Revision nicht zulässt.<sup>96</sup> Auch die Maßstäbe, wann die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen ist (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO), hat das BVerfG umfassend geprägt.<sup>97</sup> Die Anforderungen an die Darlegung eines Zulassungsgrundes im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerdeschrift sind ebenfalls verfassungsrechtlich weitreichend präformiert.<sup>98</sup> Gleiches gilt für die Maßstäbe zur Gewährung von Prozesskostenhilfe bei Einlegung eines Rechtsmittels und der insoweit erforderlichen Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung (vgl. § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO).<sup>99</sup> Ist eine Frage des Unionsrechts streitgegenständlich, ist nach Diktion des Verfassungsgerichts „bereits mit der sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren ergebenden Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens“ der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung i. S. v. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO gegeben.<sup>100</sup> Dabei ist von einer verfassungswidrigen Verwehrung des Zugangs zur Revisionsinstanz auszugehen, wenn die – detailreich geprüfte – Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens im Revisionsverfahren nahegelegen hätte.<sup>101</sup>

<sup>90</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2021, 60176; NZM 2023, 495 Rn. 19ff.; s. ferner BeckRS 2016, 46239 Rn. 19 mwN; zur Grundsatzbedeutung insgesamt noch sub § 4. I. 3.

<sup>91</sup> Z. B. BVerfG VuR 2015, 340; WM 2015, 1050.

<sup>92</sup> Z. B. BVerfG BeckRS 2022, 1708 Rn. 20ff.

<sup>93</sup> Vgl. etwa BVerfG NZI 2020, 1060.

<sup>94</sup> Z. B. BVerfG BeckRS 2020, 37377 Rn. 14.

<sup>95</sup> Z. B. BVerfG NJW 2012, 1715; MMR 2017, 165.

<sup>96</sup> Vgl. BVerfG BKR 2016, 379; NZFam 2016, 66, 67.

<sup>97</sup> Zu diesem Aspekt umfassend sub § 4. I. 3.

<sup>98</sup> BVerfG NJW 2003, 1943, 1944.

<sup>99</sup> Vgl. BVerfG NJW 2015, 2173; s. ferner BeckRS 2017, 130523 (zum Verwaltungsverfahren).

<sup>100</sup> BVerfG BeckRS 2015, 55288 Rn. 13; NVwZ-RR 2008, 611 Rn. 27; NJW 2012, 598 Rn. 21; gleiche Kriterien greifen bei der Berufungszulassung ein (vgl. BVerfG NJW 2014, 1796 Rn. 24; BeckRS 2014, 57458 Rn. 28).

<sup>101</sup> BVerfG NVwZ 2016, 378, 380; BeckRS 2015, 55288 Rn. 17; NJW 2014, 1796 Rn. 20; GRUR 2010, 999 Rn. 50.

e) *Zwischenergebnis*

Die Rechtsprechung des BVerfG hat eine hybride grundgesetzliche Einhegung des Revisionsverfahrens zur Folge: Hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit ein solches generell vorzusehen ist, genießt der Gesetzgeber einen weitreichenden Gestaltungsspielraum,<sup>102</sup> der verfassungsrechtlich nur einer sehr eingeschränkten Kontrolle unterliegt. Da Art. 95 Abs. 1 GG die Existenz eines Revisionsgerichts als objektiv-institutionelle Bestandsgarantie sichert, muss der Gesetzgeber jedoch gewährleisten, dass dieses einen Grundbestand an Verfahren zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung erreicht, wobei die Anrufung in Form eines Parteirechtsmittels typusprägendes Element eines Revisionsgerichts ist. Der Gesetzgeber wäre daher zwar zur Einführung eines Rechtsmittels verpflichtet, wenn die Rechtsprechungsfunktion des Höchstgerichts nicht mehr gewährleistet werden könnte; eine subjektive Rechtsposition auf Einführung oder Aufrechterhaltung bestimmter Rechtsmittel oder Rechtsmittelkriterien ist – auch unter dem Blickwinkel der Rechtsanwendungsgleichheit – damit jedoch nicht verbunden.

Hat sich der Gesetzgeber indes für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden, unterliegt die Kontrolle des Zugangs zum Revisionsgericht einer – der einfachen Rechtskontrolle bisweilen sehr stark angenäherten – verfassungsgerichtlichen Supervision. Sofern das einfache Recht eine weitere Instanz eröffnet, muss in diesem Rahmen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein.<sup>103</sup> Folglich darf der Zugang zum Revisionsgericht – soweit er eröffnet ist – nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden, wobei die Zugangskriterien für den Rechtsschutz Suchenden klar ausgestaltet sein und unbestimmte Rechtsbegriffe fachgerichtlich ausgefüllt werden müssen.

Das zivilprozessuale Revisionsverfahren wird damit hinsichtlich des Rechtsmittelzugangs in ein enges verfassungsrechtliches Korsett eingefügt. Jenseits dieser Vorgaben besteht dagegen keine verfassungsrechtliche Präformierung für die Zuordnung der Revisionszwecke, die Fallselektion oder die Zulassung durch den iudex a quo und/oder ad quem. Vielmehr ist das Revisionsverfahren

„eingebettet in den Sinn aller Rechtsprechung, nämlich die verbindliche, verfahrensförmige Feststellung dessen, was, bezogen auf den Verfahrensgegenstand, rechtens ist. Darüber hinaus indes gibt es kein vorgegebenes Wesen speziell von Rechtsbehelfen, an das eine normative Ausgestaltung gebunden wäre.“<sup>104</sup>

2. *Anspruch auf Rechtsmittel aus supranationalem Recht?*a) *Art. 6 Abs. 1 EMRK*

Dieser verfassungsrechtlich janusköpfige Befund wird auf Ebene der EMRK bestätigt. Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt ein Recht auf ein Gericht und auf Zugang zu

<sup>102</sup> Vgl. BVerfGE 54, 277, 291 f.; 107, 39, 402.

<sup>103</sup> BVerfGE 96, 27, 39; BVerfGK 6, 79, 81; BVerfG NJW 2018, 3699.

<sup>104</sup> BVerfGE 54, 277, 291 f.

diesem Gericht.<sup>105</sup> Diese Verfahrensgarantie umfasst insbesondere einen Anspruch auf eine abschließende gerichtliche Entscheidung über den Streitgegenstand.<sup>106</sup> Die Ausgestaltung des Zugangs zum Gericht unterliegt dabei dem Ermessensspielraum der Konventionsstaaten, darf jedoch nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden, weshalb Zugangsbeschränkungen insbesondere ein legitimes Ziel verfolgen und in ihrer Ausgestaltung verhältnismäßig sein müssen.<sup>107</sup>

*aa) Kein Instanzenzug vorgegeben*

Mit Blick auf die Eigenständigkeit der nationalen Prozessordnungen und Justizsysteme ist die Judikatur des EGMR in dieser Hinsicht allerdings sehr zurückhaltend. Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten nicht zur Einführung oder Aufrechterhaltung eines Instanzenzugs, da das Recht auf ein faires Verfahren bereits in einer Instanz gewährt werden kann; ein Staat, der einen mehrstufigen Gerichtsaufbau vorhält, geht damit über die in Art. 6 Abs. 1 EMRK determinierten Mindestanforderungen hinaus.<sup>108</sup> Auch Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt allein Rechtsschutz *durch*, aber nicht gegen den Richter.<sup>109</sup> Dementsprechend darf ein Konventionsstaat bestehende Rechtsmittel auch wieder abschaffen oder einschränken.<sup>110</sup>

Entscheidet sich ein Konventionsstaat jedoch dafür, ein Rechtsmittelsystem einzuführen, muss das Verfahren zum und vor dem höherrangigen Gericht den Anforderungen gem. Art. 6 EMRK entsprechen.<sup>111</sup> Der Zugang zum Rechtsmittelgericht darf weder unzumutbar erschwert werden noch das Recht auf Zugang zu einem Gericht in seinem Wesensgehalt antasten:

„La Cour rappelle que le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect, n'est pas absolu: il peut donner lieu à des limitations implicites, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours. Néanmoins ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.“<sup>112</sup>

<sup>105</sup> EGMR, Urt. v. 18.02.1999 – no. 26083/94 (*Waite and Kennedy v. Germany*) Rn. 50: „Art. 6 I EMRK gewährt jeder Person das Recht, bei jeder Streitigkeit in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ein Gericht anzurufen.“

<sup>106</sup> EGMR, Urt. v. 19.03.1997 – no. 18357/91 (*Hornsby v. Greece*) Rn. 40; Urt. v. 01.03.2002 – no. 48778/99 (*Kutic v. Croatia*) Rn. 25.

<sup>107</sup> EGMR, Urt. v. 18.02.1999 – no. 26083/94 (*Waite and Kennedy v. Germany*) Rn. 59.

<sup>108</sup> EGMR, Urt. v. 23.07.1968 – no. 1474/62 et al. (*Certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*) Rn. 9; s. ferner Urt. v. 26.10.1984 – no. 9186/80 (*De Cubber v. Belgium*) Rn. 31; Urt. v. 13.07.1995 – no. 18139/91 (*Miloslavsky v. UK*) Rn. 59.

<sup>109</sup> *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig et al. (Hrsg.), Art. 6 EMRK Rn. 59.

<sup>110</sup> EGMR, Urt. v. 29.09.2009 – no. 5643/07 (*Jung v. Germany*) sub 1 (zu § 522 Abs. 3 ZPO aF).

<sup>111</sup> EGMR, Urt. v. 13.07.1995 – no. 18139/91 (*Miloslavsky v. UK*) Rn. 59.

<sup>112</sup> EGMR, Urt. v. 25.07.2002 – no. 54210/00 (*Papon v. France*) Rn. 90.

Dies ist etwa der Fall, wenn Verfahrensvorschriften zu formalistisch gehandhabt werden und damit eine Sachentscheidung vor dem höherrangigen Gericht verhindern.<sup>113</sup> Aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK folgt zudem, dass der Zugang zum Höchstgericht nicht auf Grundlage der dort genannten Diskriminierungsmerkmale (insbesondere Geschlecht, Rasse, Hautfarbe) abhängig gemacht werden darf.<sup>114</sup>

#### *bb) Besonderheiten letztinstanzlicher Verfahren*

Mit Blick auf die besondere Rolle eines den ordentlichen Instanzenzug beendenden Court of last resort nimmt der EGMR indes einen noch weiter zurückgenommenen Kontrollmaßstab ein, um den historisch gewachsenen Besonderheiten der nationalen Rechtsmittelsysteme und der Stellung des Höchstgerichts hierin gerecht zu werden.<sup>115</sup> Der Gerichtshof beanstandete daher weder, dass eine Sachentscheidung von einem gesonderten Zulassungsverfahren abhängig gemacht wird, noch, dass das Verfahren abweichend zu demjenigen vor den Instanzgerichten ausgestaltet ist und einen limitierten Prüfungsmaßstab hat. Mit Blick auf das spanische Tribunal Supremo stellte der Gerichtshof etwa klar:

„[...] account must be taken of the entirety of the proceedings conducted in the domestic legal order and the court of cassation's role in them; the conditions of admissibility of an appeal on points of law may be stricter than for an ordinary appeal [...]. Given the special nature of the Supreme Court's role as a court of cassation, the Court is able to accept that the procedure followed in the Supreme Court may be more formal.“<sup>116</sup>

Damit wird insbesondere das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgte Prinzip der Verfahrensmündlichkeit erheblich abgeschwächt: Wurde jedenfalls in einer Vorinstanz durch die Parteien mündlich verhandelt, kann dieses Erfordernis vor dem Höchstgericht entbehrlich sein.<sup>117</sup> Dies gilt insbesondere für den Fall, dass nur über die Zulassung des Rechtsmittels entschieden wird, nur eine Rechtsfehlerkontrolle erfolgt oder eine Überprüfung tatsächlicher Feststellungen anhand der Aktenlage stattfindet. Auch steht dem Konventionsstaat die Ausgestaltung des Zugangs zum Höchstgericht durch Form- und Fristenregelungen oder die Implementierung eines Anwaltszwanges offen,<sup>118</sup> wobei insbesondere in der Revisionsinstanz zur Realisierung der spezifischen Rechtsmittelzwecke strenge Anforderungen an die Rechtsmittelbegründung gestellt werden dürfen.<sup>119</sup> Erging in der Vorinstanz ein

<sup>113</sup> Vgl. die Beispiele aus der Konventionsrechtsprechung: EGMR, Urt. v. 24.04.2008 – no. 17140/05 (*Kemp and others v. Luxembourg*) Rn. 50, 57; Urt. v. 14.12.2006 – no. 77574/01 (*Zouboulidis v. Greece*) Rn. 29 ff.

<sup>114</sup> EGMR, Urt. v. 23.07.1968 – no. 1474/62 et al. (*Certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*) Rn. 9; Urt. v. 26.10.1984 – no. 9186/80 (*De Cubber v. Belgium*) Rn. 31.

<sup>115</sup> EGMR, Urt. v. 13.07.1995 – no. 18139/91 (*Miloslavsky v. United Kingdom*) Rn. 59.

<sup>116</sup> EGMR, Urt. v. 19.12.1997 – no. 26737/95 (*Brualla Gómez de la Torre v. Spain*) Rn. 36 f.

<sup>117</sup> Vgl. z. B. EGMR, Urt. v. 12.11.2002 – no. 28394/95 (*Döry v. Sweden*) Rn. 38 ff.

<sup>118</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 20.05.2008 – no. 39005/04 (*Santos Pinto v. Portugal*) Rn. 44.

<sup>119</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 01.02.2007 – no. 78041/01 (*Paljic v. Germany*) Rn. 51: § 344 Abs. 2 S. 2 StPO verstößt nicht gegen Art. 6 EMRK.

mit Entscheidungsgründen versehenes Urteil, muss die Ablehnung oder Zurückweisung des Rechtsmittels zur Höchstinstanz zudem nicht dezidiert begründet werden.<sup>120</sup>

### b) *Recht der Europäischen Union*

Auch auf Ebene der Europäischen Union finden sich nur sporadische Anklänge für ein verbürgtes Recht auf Zugang zum Höchstgericht. Zwar sichert Art. 47 Abs. 1 EuGrCh jeder Person, die in durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt wurde, einen „wirksamen Rechtsbehelf“ zu. Damit ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH jedoch kein ‚Recht auf Rechtsmittel‘ im Sinne einer *double degré de juridiction* verbunden.<sup>121</sup> Mit Blick auf die Besonderheiten der nationalen Justizsysteme wird dem rechtsstaatlichen Mindeststandard vielmehr durch eine den Anforderungen von Art. 47 Abs. 2 EuGrCh genügende Instanz Rechnung getragen:

„Or, à cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon le droit de l’Union, le principe de protection juridictionnelle effective vise le droit d’accès non pas à un double degré de juridiction, mais seulement à un tribunal [...]“<sup>122</sup>

Zwar geht der europäische Gesetzgeber dabei im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV davon aus, dass die Mitgliedstaaten regelmäßig einen Instanzenzug vorhalten, spricht Art. 267 Abs. 3 AEUV doch von „Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts“. Aufgrund der systematischen Stellung von Art. 267 AEUV ergibt sich daraus jedoch weder eine objektive Bestandsgarantie noch eine subjektive Rechtsposition. Nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie würden weitergehende Vorgaben der Europäischen Verträge an die Ausgestaltung eines fachgerichtlichen Instanzenzugs vielmehr *ultra vires* erfolgen.

### c) *Zwischenergebnis*

Das Recht der Europäischen Union und der EMRK verpflichtet die Mitglied-/Signatarstaaten weder zur Errichtung eines Instanzenzugs noch eines Rechtsmittels zum Höchstgericht. Folglich sind die normativen Vorgaben an das zivilprozessuale Revisionsverfahren sehr niederschwellig: Hat sich der Gesetzgeber für die Einführung eines Rechtsbehelfs zum Höchstgericht entschieden, müssen in dessen Rahmen die allgemeinen Garantien aus Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 EuGrCh gewährleistet werden, wobei mit Blick auf die Besonderheiten des Ver-

<sup>120</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 11.07.2000 – no. 42295/98 (*Nerva and others v. UK*), zum House of Lords: „The Court observes that where a supreme court refuses to accept a case on the basis that the legal grounds for such a case are not made out, very limited reasoning may satisfy the requirements of Article 6 of the Convention.“

<sup>121</sup> EuGH BeckEuRS 2013, 742096 Rn. 73; ZAR 2019, 38 Rn. 30; ECLI:EU:C:2011:524 Rn. 69; ECLI:EU:C:2018:465 Rn. 57; tendenziell aA *Bruns* JZ 2011, 325, 329 („essentielles rechtsstaatliches Grundprinzip mit dem Charakter einer elementaren Gewährleistung“).

<sup>122</sup> EuGH BeckRS 2014, 81292 Rn. 36.

fahrens vor dem Höchstgericht und die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie eine sehr zurückgenommene Konventions- bzw. Grundrechtskontrolle erfolgt.

## II. Die Determinierung der Revisionszwecke

Ist die verfassungsrechtliche Einhegung für die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens damit essenziell, können daraus noch keine Rückschlüsse auf die Zuordnung der Revisionszwecke gezogen werden. Der Gesetzgeber genießt einen verfassungsrechtlich weitreichenden Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob er ein Revisionsverfahren implementieren und welche Zwecke er damit vorrangig verfolgen möchte.<sup>123</sup> Diese Deutungs Offenheit – und der zeitliche Wandel – dürften maßgeblich dazu beigetragen haben, dass sich die Determinierung der Revisionszwecke auch 145 Jahre nach Verabschiedung der CPO 1877 noch mit Nachdruck stellt.

Als *prima facie*-Antagonisten stehen sich dabei private und öffentliche Interessen im Rechtsmittelverfahren gegenüber.<sup>124</sup> Während – auch in der rechtsvergleichenden Forschung – mit *private interests* das Interesse der betroffenen Partei an einer in der Sache richtig getroffenen Entscheidung umschrieben wird, werden mit *public interests* ein ganzer Strauß an Interessen, die sich am ehesten mit ‚überindividuellen‘ Belangen umschreiben lassen, adressiert. Das öffentliche Interesse stellt dabei nicht nur die Quersumme aller Individualinteressen dar, sondern ist eine „Größe mit besonderer Eigenart“.<sup>125</sup> Dem Allgemeininteresse wird meist der Wunsch zur (präjudiziellen) Fortbildung des Rechts über den konkreten Fall hinaus (*Rechtsfortbildungsinteresse*) sowie zur einheitlichen Anwendung des Gesetzes und zur Supervision der Instanzgerichte im Sinne einer objektiven Rechtsbewahrung zugeschrieben. Rechtsklarheit und -sicherheit sollen dabei das Vertrauen der Bevölkerung in das Justizsystem insgesamt stärken.<sup>126</sup> Insoweit kann mit *Stürner*<sup>127</sup> auch die Rechtsfriedensfunktion im Allgemeininteresse „als Lebensordnung für die Zukunft“ hervorgehoben werden, sofern das Höchstgericht etwa das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsrechten und Medienfreiheit über den Einzelfall hinaus klärt.

„Die‘ Allgemeinheit hat in der Regel jedoch weder ein Interesse an der Entscheidung eines Falles und die sich darin vollziehende Bewahrung der ob-

<sup>123</sup> Dazu schon sub § 3. I. 1. a).

<sup>124</sup> Dazu schon sub § 1. I.

<sup>125</sup> *Viotto*, Das öffentliche Interesse, S. 25.

<sup>126</sup> Ähnlich *Kern* RePro 228, ano 39, fevereiro 2014, S. 15, 19 mwN. In gewissem Umfang kommt den parteibezogenen Interessen auch eine objektiv-rechtliche Dimension zu, weil durch jede richtige, d. h. im Einklang mit dem materiellen und dem Prozessrecht stehende Entscheidung die objektive Rechtsordnung bewahrt und das staatliche Gewaltmonopol sichergestellt wird.

<sup>127</sup> *Stürner*, Verfahrenszweck und Entscheidungsbegründung, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 384, 386.

jektiven Rechtsordnung noch an der Rechtsfortbildung; selbst landmark cases oder grands arrêts betreffen die Mehrheit der Bevölkerung meist nicht. Dementsprechend kann nur auf ein *abstraktes öffentliches Interesse* dahingehend abgestellt werden, dass das Recht einheitlich angewendet und in geeigneten Fällen fortgebildet wird, da jedermann als quivis ex populo potenziell Partei eines Zivilrechtsstreits werden könnte, in dem er ein Interesse am Vollzug dieser Grundsätze hat.

Die in diesem Sinne konturierten Individual- und Allgemeininteressen sind nur partiell deckungsgleich und können sich teilweise sogar widersprechen. Denn das subjektive Interesse einer Prozesspartei zur Korrektur einer rechtsfehlerhaften Entscheidung ist – auch im Rahmen der rechtsfortbildenden Funktion des Höchstgerichts – immer vorhanden, wohingegen „das öffentliche Rechtsfortbildungsinteresse im gewaltenteilenden Verfassungsstaat nur bei bestimmten ‚privilegierten‘ Verfahren und überdies nur an der Entscheidung der Rechtsfrage schlechthin, nicht hingegen an einem bestimmten Ergebnis“, besteht.<sup>128</sup> Vice versa kann das Individualinteresse zur Streitentscheidung entfallen sein, obwohl das Allgemeininteresse zur Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Individualverfahrens weiter fortbesteht.

### 1. Eine literarische Bestandsaufnahme

Das bereits beschriebene<sup>129</sup> historische Oszillieren des Gesetzgebers um die Gewichtung dieser divergierenden Rechtsmittelzwecke zueinander und im Verhältnis zum Gesamtrechtssystem schlägt sich auch in der – bisweilen zu ideologischen Grabenkämpfen neigenden – rechtswissenschaftlichen Diskussion nieder. *Fritz Baur* bemerkte bereits 1958 mit Verweis auf die Reichsjustizgesetze, es sei nicht verwunderlich, dass

„Gelehrsamkeit, Scharfsinn und praktisches Erfahrungswissen in diesem nun ein Jahrhundert alten Streit alle Gesichtspunkte beigebracht haben, die sinnvollerweise überhaupt denkbar sind.“<sup>130</sup>

Wie schon bei der allgemeinen Prozesszwecklehre<sup>131</sup> stehen sich verschiedene Lager dabei seit Jahrzehnten unversöhnlich gegenüber. Mit Nachdruck wenden sich Autoren (als pars pro toto: *Gilles, Henckel, Henke*) gegen eine im objektiven Interesse liegende Revisionsfunktion und betonen das Primat der Einzelfallgerech-

<sup>128</sup> So bereits überzeugend *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 230f.

<sup>129</sup> Vgl. schon sub §2. III.–V.

<sup>130</sup> ZZP 1958, 161, 164.

<sup>131</sup> Grundlegend *Baur* ZZP 1958, 161, 184; *Leipold*, Urteilswirkung und Rechtsfortbildung, Ritsumeikan Law Review, Int. Ed. 1989, Nr. 4, 161, 169; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 288 ff.; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 49 ff.; *ders.* FS Baumgärtel, S. 545, 546; *Gaul* AcP 1968, 27, 46 ff.; vgl. zudem aus jüngerer Zeit *Traut*, Der Zugang zur Revision in Zivilsachen, S. 51 ff. mwN; *Roth* ZfPW 2017, 129 ff.

tigkeit.<sup>132</sup> Insbesondere *Grunsky*<sup>133</sup> lehnte die Idee ab, der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung komme ein vorrangiger oder auch nur selbstständiger Zweck im Rahmen des Revisionsverfahrens zu, der vom Individualinteresse nach einer richtigen Streitentscheidung abstrahiert werden könne.

Vertreter einer objektiven Prozesszwecklehre stellen dagegen die rechtsfortbildende Funktion des höchstgerichtlichen Verfahrens heraus; nach *Hergenröder* dient der Zivilprozess

„in diesen Fällen also über die bloße Konfliktlösung weit hinausgehenden Zwecken, nämlich der Richterrechtssetzung im öffentlichen Interesse. Grundprinzipien wie das Zweiparteienprinzip oder die Grenzen subjektiver oder objektiver Rechtskraft verlieren vor diesem Hintergrund als systemtragende Leitlinien des Zivilprozesses an Bedeutung bzw. werden in den Hintergrund gedrängt.“<sup>134</sup>

Da die mediatisierten Parteiinteressen überindividuellen Zwecken dienstbar gemacht werden,<sup>135</sup> besteht folglich ein Vorrang des Allgemeininteresses an der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung.<sup>136</sup> Auch *Maultzsch* konstatiert insoweit, dass die Revision

„vornehmlich einer gesamtgesellschaftlichen Aufgabe verpflichtet wird und ihr streitentscheidendes Moment stark in den Hintergrund gerät. Das individuelle Streitverfahren verkörpert in diesem Bild nicht mehr den wesentlichen Gegenstand der höchstrichterlichen Tätigkeit, sondern lediglich einen Anlass, der die Gelegenheit bietet, eine für das Gemeinwesen bedeutsame Normbildung vorzunehmen.“<sup>137</sup>

Vermittelnde Stimmen (als *pars pro toto*: *Lames*, *Prütting*, *Rimmelspacher*)<sup>138</sup> wiederum sehen zwar den Individualrechtsschutz als „Revisionsziel“ an, welcher durch das öffentliche Interesse in Form der Revisionszulassungsgründe (Grundsatzbedeutung, Rechtsfortbildung und Rechtsprechungseinheit) überlagert, aber nicht vollständig verdrängt wird. Manche Autoren nehmen zudem eine Ausdiffe-

<sup>132</sup> Etwa *Gilles*, Rechtsmittel im Zivilprozess, S. 79; *Lindemann* FS Nirk, S. 595, 597; *Paulus* ZZZP 1958, 188, 218; *Henckel* ZZZP 1964, 321, 356 f.; *Greger* JZ 1997, 1077, 1082; *Henke* ZZZP 1996, 135, 168; *ders.*, Die Tatfrage, S. 191 ff.

<sup>133</sup> Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974, S. 5 f.; s. auch *Häsemeyer* FS Kirchhof, Bd. 2, § 115 Rn. 11 („Die Konkretisierung objektiven Rechts bleibt stets nachrangiger Prozesszweck.“).

<sup>134</sup> *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 9; ähnlich auch *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 82 f.; s. ferner *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 246 ff.

<sup>135</sup> Dazu *Böttcher*, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 29.

<sup>136</sup> Näher *Baur* ZZZP 1958, 161, 183 f.; *Arens* AcP 1961, 177, 179; *Pawłowski* ZZZP 1967, 345, 357; *Unberath* ZZZP 2007, 323, 330; *Greger* FS Link, S. 885, 892; *Hirsch* VersR 2012, 929, 932; *Henke*, Die Tatfrage, S. 191 ff.

<sup>137</sup> *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 122 f., der dabei allerdings auf die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO nicht eingeht.

<sup>138</sup> Jüngst insbesondere *Brunns* JZ 2011, 325, 326; tendenziell auch *Esser* JZ 1962, 513, 515; s. ferner *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, S. 83; *Rimmelspacher* ZZZP 1971, 41, 49.

renzierung der Revisionszwecke nach der Art des Rechtsfehlers<sup>139</sup> oder nach Verfahrensstadium<sup>140</sup> vor.

Diesem unüberschaubaren Meinungsdickicht mit sublimen Untergliederungen entspricht es, dass selbst das BVerfG – ebenso wie die Rechtswissenschaft konfrontiert mit beständigen gesetzgeberischen Eingriffen in das Revisionsrecht – keine einheitliche Linie verfolgt hat. Sah das Verfassungsgericht in frühen Entscheidungen die „eigentliche Aufgabe“ des Revisionsgerichts noch in der „Wahrung der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts“,<sup>141</sup> stellte es wenige Jahre später fest, aus der Ausgestaltung des Revisionsverfahrens könne „nicht der Schluss gezogen werden, die Revision diene – verglichen mit ihren weiteren Zwecken – nur in zweiter Linie der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit“. <sup>142</sup> In jüngeren Entscheidungen verlautbarte das Verfassungsgericht wiederum, „mit der Revision werden sowohl Individualbelange der Einzelfallgerechtigkeit als auch Allgemeinbelange“ verfolgt, wobei § 543 Abs. 2 ZPO letzteren eine weichenstellende Bedeutung zuweise.<sup>143</sup>

## 2. Die Zuordnung der Revisionszwecke *de lege lata*

Möchte man diesem beachtlichen Strauß an Gelehrsamkeit eine weitere Ansicht hinzufügen, sollten dem zwei Prämissen vorangestellt werden. Erstes kann nur das Revisionsrecht *de lege lata* zum Ausgangspunkt genommen werden. Insbesondere angesichts des weitreichenden Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers und der erheblichen Strukturveränderungen, welche das Revisionsrecht in den letzten 145 Jahren erfahren hat, können ältere Rechtsprechung und Literatur nur mit Vorsicht auf das geltende Recht appliziert werden. Die legislative Umgestaltung des Revisionsrechts in steter Zeit<sup>144</sup> zeigt vielmehr, dass die optimale Zuordnung der Zwecke des Revisionsverfahrens von Juristengenerationen unterschiedlich interpretiert wurde und Antworten auf die Zweckrichtung der Vergangenheit nicht notwendigerweise *pro futuro* fortgeschrieben werden können,<sup>145</sup> da jede Rechtsmittelreform „vor der Folie zahlloser Vorstellungen über das Richtige, Gerechte

<sup>139</sup> Vgl. *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsverfahrens, 2. Aufl., S. 26 ff.

<sup>140</sup> Z. B. *Prütting*, Die Zulassung der Revision, S. 92 ff. In diese Richtung auch BVerfG NVwZ 1993, 358: „Entgegen der Auffassung der [Beschwerdeführer] verlangt die Rechtsanwendungsgleichheit nicht, dass bei der Entscheidung über die Zulassung einer Revision nach § 132 VwGO die Erfolgsaussichten der Klage summarisch zu prüfen sind. § 132 II VwGO nennt abschließend (‚nur‘) die Gründe, bei deren Vorliegen eine Revision zuzulassen ist. Die Erfolgsaussicht in der Sache gehört nicht dazu. [...] Erst wenn ein Rechtsmittel einmal eröffnet ist, gewinnt auch das Anliegen der Einzelfallgerechtigkeit Bedeutung [...]“.

<sup>141</sup> BVerfGE 19, 323, 327.

<sup>142</sup> BVerfGE 54, 277, 289.

<sup>143</sup> BVerfG NJW 2004, 1371.

<sup>144</sup> S. o. sub § 2. IV. 2. Kritisch insoweit *Schumann*, Recht auf Rechtsmittel, in: Gilles (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess, S. 267, 270 f. (Chronologie des Rechtsmittelabbaus); dagegen wiederum *Gilles*, Ziviljustiz und Rechtsmittelprobatik, S. 148 („Rechtsmittelhypertrophie“).

<sup>145</sup> Gleicher Befund bei *Duske*, Die Aufgaben der Revision, S. 83.

und Gute bewertet werden“ kann.<sup>146</sup> Die nähere Verfahrensstruktur wird damit zum zentralen Steuerungselement in den Händen des Gesetzgebers, für deren Funktionsbestimmung von der Ausgestaltung de lege lata auszugehen ist.<sup>147</sup>

Zweitens sollte – wie bereits *Gottwald*<sup>148</sup> betont hat – der Erkenntnisgewinn eines abstrakt definierten Revisionszwecks nicht überschätzt werden, was nicht nur für den Zivilprozess, sondern auch für das Straf- (deutlicher Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit<sup>149</sup>) oder das Verwaltungsprozessrecht (deutlicher Vorrang des Allgemeininteresses<sup>150</sup>) gilt. Denn die Subordination einzelner Revisionszwecke ohne spezifische Rückbindung an das Verfahrensrecht bietet nur einen begrenzten Erkenntnisgewinn. Dass das geltende Revisionsverfahren dabei sowohl den Parteiinteressen an einer richtigen Streitentscheidung als auch dem Allgemeininteresse an der Rechtsfortbildung sowie Rechtseinheit dient (vgl. § 543 Abs. 2 ZPO) und insoweit sowohl kassatorische als auch reformatorische Elemente enthält,<sup>151</sup> kann de lege lata nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden. Entscheidende Frage ist daher, bis zu welchem Grad sich die jeweiligen Revisionszwecke im geltenden Recht realisieren und welchem Zweck im Konfliktfall der Vorrang einzuräumen ist.<sup>152</sup>

#### a) Die Neuordnung durch das ZPO-RG

Das Revisionsverfahren in Gestalt der ZPO-Reform 2001<sup>153</sup> ist dabei durch eine reflexive Dualität geprägt. Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde betont, die

<sup>146</sup> *Goebel* Z郑 2000, 49, 50.

<sup>147</sup> Vgl. BVerfGE 49, 148, 160; s. ferner *Mannheim*, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, S. 33, wonach es einen „allgemeingültigen, von vornherein feststehenden Begriff der Revision“ nicht gibt.

<sup>148</sup> *Gottwald*, Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 81; s. ferner *Gaul* AcP 1968, 27, 34 ff.

<sup>149</sup> Vgl. § 333 StPO (unbeschränkte Zulässigkeit).

<sup>150</sup> Vgl. § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO. Die Revisionszulassung bei rechtlich nicht bedeutsamen Verfahren ist letztlich nur bei einem Verfahrensmangel zulässig, vgl. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, was in der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle spielt: 2022 ließ das BVerwG in 40 Verfahren gem. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO die Revision zu, in fünf Verfahren gem. § 132 Abs. 2 Nr. 2, in sechs Verfahren gem. § 133 Abs. 6 VwGO und in keinem einzigen gem. §§ 132 Abs. 2 Nr. 3 (in vier weiteren Verfahren erfolgte eine Zulassung aus mehreren Gründen, vgl. Jahresstatistik 2022, S. 6 [[https://www.bverwg.de/user/data/media/jahresstatistik\\_2022.pdf](https://www.bverwg.de/user/data/media/jahresstatistik_2022.pdf), 14.08.2023] sowie *Schoch/Schneider-Buchheister* § 132 VwGO Rn. 84). Dieser Effekt wird noch durch den Umstand verstärkt, dass es im Verwaltungsprozess bereits eine – im Schwerpunkt am Gemeininteresse ausgerichtete – Form der Zulassungsberufung gibt, vgl. § 124 VwGO.

<sup>151</sup> Vgl. zu der wenig ergiebigen Diskussion, ob der Kassations- eigenständig neben den Reformationszweck tritt oder in diesem aufgeht: *Gilles* Z郑 1978, 128 ff., insbesondere 139 ff.; *Bettermann* Z郑 1975, 365 ff.; *Habscheid* NJW 1974, 635, 636 (jeweils zur alten Rechtslage).

<sup>152</sup> *Friedrich Stein (Stein/Juncker)*, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, S. 299) bemerkte dazu bereits 1932: „Bei der Ordnung des Rm-Wesens [scil. Rm = Rechtsmittel, Anm. d. Verf.] treten die Interessen der Parteien und die des Staates in Gegensatz. Die Partei verlangt bei jeder ihr nachteiligen Entscheidung [...] nach einer Abhilfe durch Rm. Der Staat darf sich der Möglichkeit von Fehlsprüchen nicht verschließen, aber er muß [...] das Ansehen und die Autorität der Gerichte schützen, denen die schrankenlose Zulassung der oft genug unbegründeten Rm. abträglich wäre, wie ein Streiten ohne Ende letztlich auch dem wohlverstandenen Interesse der Parteien selbst zuwider liefe [...]“

<sup>153</sup> S. hierzu insbesondere die ältere – meist kritische – Auseinandersetzung zur Reform bei

Revision diene sowohl „dem öffentlichen allgemeinen Anliegen“ durch die Wahrung der Rechtseinheit und die Fortbildung des Rechts als auch „dem Interesse der Parteien an der Beseitigung von Fehlurteilen“.<sup>154</sup> Die Zulassung der Revision ist jedoch vorrangig an die Grundsatzbedeutung des Rechtsstreits sowie die Sicherung der Rechtseinheit und nicht an die richtige Entscheidung im Einzelfall im Sinne einer Kongruenz zur geltenden Rechtsordnung gekoppelt (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO). Vielmehr wird nur durch die Rechtsfortbildung und die Sicherung Rechtseinheit reflexhaft auch das im Einzelfall richtige Ergebnis gesichert. Der Gesetzgeber rückt damit zunächst öffentliche Zwecke in den Vordergrund; nur eine Revision

„die sich in erster Linie an den Auswirkungen einer Entscheidung auf die Allgemeinheit orientiert, und damit grundsätzliche Bedeutung voraussetzt, sichert dem Revisionsgericht eine maximale Wirkungsbreite.“<sup>155</sup>

Zudem wird damit eine interinstanzielle Funktionsdifferenzierung sichergestellt, da beim Revisions-, im Unterschied zum Berufungsgericht,<sup>156</sup> die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Rechtsfortbildung und die Wahrung der Rechtseinheit im Vordergrund stehen.<sup>157</sup>

Andererseits wurde mit dem Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) ein überwiegend im Interesse der beschwerten Partei liegendes Remedium geschaffen.<sup>158</sup> Dies schließt es indes nicht aus, dass auch Verfahren, die den BGH in diesem Rahmen erreichen, wesentlich zur Rechtsfortbildung beitragen<sup>159</sup> – und teilweise Eingang in die amtliche Sammlung finden<sup>160</sup> –, weil damit zugleich gewährleistet wird, dass ein stetiger, durch die Vorinstanzen nicht vorselektierter Strom an Anschauungsmaterial zum Höchstgericht gelangt.<sup>161</sup>

*Fischer AnwBl.* 2002, 139; *von Gierke/Seiler JZ* 2003, 403; *Gerhardt FS Beys*, S. 419, 427f.; *Greger FS Beys*, S. 459, 470f.; *Grunsky LMK* 2003, 72; *ders. LMK* 2003, 156; *Jacoby ZZZP* 2003, 229ff.; *Müller VersR* 2003, 1; *Nassall NJW* 2003, 1345; *Piekenbrock/Schulze JZ* 2002, 911; *Rimmelspacher JZ* 2003, 797; *Schneider MDR* 2003, 901; *Scheuch/Lindner NJW* 2003, 728; *Schlosser JZ* 2003, 266; *Schütt MDR* 2003, 107; *Wenzel NJW* 2002, 3353.

<sup>154</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 66 li. Sp.

<sup>155</sup> BT-Drs. 14/4772, S. 66 re. Sp.

<sup>156</sup> Zur funktionalen Zweigliedrigkeit des Rechtsmittelsystems vgl. sogleich sub § 3. II. 3.

<sup>157</sup> BT-Drs. 13/4722, S. 61 re. Sp.

<sup>158</sup> Zudem dient die Nichtzulassungsbeschwerde dazu, die Berufungsgerichte durch das Dammkloßschwert einer Aufhebung in der Revisionsinstanz zur Befolgung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anzutreiben. Die alleinige Befugnis zur Zulassung beim iudex a quo würde dazu führen, dass dieser seine Urteile durch die Nichtzulassung „revisionsfest“ machen kann (so auch *Wagner*, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Bork et al. [Hrsg.], Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, S. 157, 184), was sich eindrucksvoll bei der alten Wertrevision zeigte: Die Zulassungsquote lag zuletzt bei deutlich unter 1 % (163 Zulassungen bei 22.000 Berufungsurteilen vor den Oberlandesgerichten mit Streitwert unter 60.000 DM, BT-Drs. 14/4722, S. 5).

<sup>159</sup> Z. B. BGH NZI 2023, 332 ff.

<sup>160</sup> Z. B. BGHZ 222, 74 ff.

<sup>161</sup> Darauf haben schon *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., S. 241; *Jagusch NJW* 1953, 241; und *Paulus ZZZP* 1958, 188, 220f. hingewiesen.

Revision und Nichtzulassungsbeschwerde stehen daher in einem reziproken Verhältnis, weil beide – wenn auch mit gegenläufiger Akzentuierung – Individual- und Kollektivinteresse adressieren. Dieses dualistische Konzept wurde auch vom BVerfG akzeptiert, da der Gesetzgeber im Revisionsverfahren sowohl Individualbelange der Einzelfallgerechtigkeit als auch Allgemeinbelange verfolgt.<sup>162</sup> Dabei kommt der Realisierung von Allgemeinbelangen zwar einerseits „weichenstellende Bedeutung“ zu, auch wenn andererseits ein Eingreifen des Revisionsgerichts zur „Ergebniskorrektur wegen offener Unrichtigkeit oder wegen der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts geboten“ sein kann, obwohl sich dies nicht ausdrücklich im Gesetzestext des § 543 ZPO widerspiegelt.<sup>163</sup> Eine stets zu gewährende Einzelfallgerechtigkeit sieht das geltende Revisionsrecht indes nicht vor; nach Ansicht des BVerfG ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden,

„dass ein offenkundiger und durchgehender Rechtsanwendungsfehler, der nicht zugleich zur objektiven Willkürlichkeit führt, nach der Rechtsprechung des BGH keine Revisionszulassung begründet.“<sup>164</sup>

#### b) Ausgestaltung als Parteirechtsmittel

Wird dem Allgemeininteresse im Rahmen des Zulassungsverfahrens somit ein Vorrang eingeräumt, hat die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens selbst einen stark individualbezogenen Charakter: Allen Rechtsmitteln ist gemein, dass sie nur von der beschwerten Partei<sup>165</sup> mit dem Vorwurf der Fehlerhaftigkeit der ergangenen Entscheidung und mit dem Ziel einer reformatorischen oder wenigsten kassatorischen Entscheidung eingelegt werden können.<sup>166</sup> Eine aus Sicht der Partei nur fehlerhafte Entscheidungsbegründung berechtigt nicht zur Anrufung des Höchstgerichts, auch wenn insoweit ein öffentliches Interesse zur Korrektur bestehen kann. Der Rechtsmittelführer muss das Rechtsmittel vielmehr in der Absicht führen, den im vorinstanzlichen Urteil ausgesprochenen Nachteil zu beseitigen.<sup>167</sup> Folglich hängt die Einleitung des Revisionsverfahrens von einem – fristgebundenen (§§ 548, 544 Abs. 4 S. 1 ZPO) – Parteiverhalten ab,<sup>168</sup> und kann – anders als im

<sup>162</sup> BVerfG NJW 2018, 3699; BVerfGK 2, 213, 217; 6, 79, 81; 18, 105, 111.

<sup>163</sup> BVerfG NJW 2004, 1371.

<sup>164</sup> BVerfG NJW 2005, 3345; Einzelheiten noch sub § 4. I. 3. Darin zeigt sich der Paradigmenwechsel von § 554b ZPO aF zu § 544 ZPO nF: Während zuvor – angetrieben durch das BVerfG (E 54, 277ff.) – für die Annahme stets noch eine Ergebniskontrolle und damit die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund stand, sieht sich das neue Recht vorrangig dem Allgemeininteresse verpflichtet (ähnlich *Ball*, Gutachten A zum 65. DJT, A 70 mit Verweis auf BT-Drs. 14/4722, S. 66).

<sup>165</sup> Dh es muss für die Partei einen nachteiligen Unterscheid zwischen dem Parteibegehren und dem Inhalt der anzufechtenden Entscheidung geben (vgl. BGH NZM 2007, 499).

<sup>166</sup> BGHZ 50, 261, 263; statt vieler zudem *Brox* ZZZ 1968, 379ff.

<sup>167</sup> Grundlegend BGHZ 85, 140; BGH NJW-RR 1987, 124; NJW 1988, 2540.

<sup>168</sup> Tendenziell aA *Goebel* ZZZ 2000, 49, 80, der gegen diese Argumentation einwendet, „dass die Revisionsbefugnis den Parteien auch als Ausdruck eines spezifisch ‚reflexiven Effekts‘ verliehen werden kann, bei dem ein Umstand außerhalb des Rechtssystems effektiv nach Art einer invisiblen Hand Wirkungen“ erzeugt. Bildlich auch – mit negativer Konnotation – *Henke* ZZZ

Kassationsverfahren<sup>169</sup> – nicht von einem Vertreter des öffentlichen Interesses initiiert werden. Die Kostentragungspflicht in §§ 91, 97 ZPO (Unterliegensprinzip) stellt vielmehr das Streitentscheidungsinteresse der Individualpartei in den Vordergrund.

Auch wird die Begründung der Revision in die Hände der Parteien gelegt (§ 551 Abs. 1 und 3; § 544 Abs. 4 ZPO), wobei diese über den Umfang des Revisionsangriffs selbst befinden (vgl. § 551 Abs. 3 Nr. 1 ZPO<sup>170</sup>). Dabei beschränkt § 557 Abs. 1 ZPO den Umfang der Revisionsprüfung auf die von den Parteien gestellten Anträge (*Anfallwirkung*). Zudem haben die absoluten Revisionsgründe (§ 547 ZPO) – nicht zuletzt aufgrund ihres verfassungsrechtlichen Bezugs zu Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG – eine stark individualschützende Tendenz; dasselbe gilt für das aus der Dispositionsmaxime fließende Verbot der *reformatio in peius* als „eine dem Rechtsmittelführer gewährte Rechtswohlthat [...], die ihn davor schützt, auf sein eigenes Rechtsmittel hin in seinen Rechten über die mit der angegriffenen Entscheidung verbundene Beschwer hinaus weiter beeinträchtigt zu werden.“<sup>171</sup>

Mit noch größerer Deutlichkeit zeigt sich die Parteibezogenheit der Nichtzulassungsbeschwerde: Diese ist kontradiktorisch und nicht als *ex parte*-Verfahren ausgestaltet (vgl. § 544 Abs. 5 ZPO). Sie wird nur zugelassen, wenn der gerügte Rechtsfehler auch entscheidungserheblich ist und zu einer Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidung führt – entscheidend ist somit nicht die Verfahrens-, sondern die Ergebnisrichtigkeit (vgl. § 561 ZPO).<sup>172</sup> Der Stellenwert von Prozessgrundrechten (vgl. § 544 Abs. 4 S. 3 i. V. m. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 544 Abs. 9 ZPO) bringt den parteischützenden Charakter des Verfahrens ebenfalls zum Ausdruck. Dabei ist dem Individualrechtsschutz auch dann der Vorrang einzuräumen, wenn die im Zeitpunkt der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde bestehenden Allgemeinbelange zwischenzeitlich infolge einer gerichtlichen Entscheidung nicht mehr bestehen: Für die Zulassungsprüfung ist nicht – wie im Rechtsmittelrecht sonst üblich – auf den richterlichen Entscheidungszeitpunkt, sondern auf die Einlegung abzustellen, sofern der Zulassungsgrund durch eine andere Entschei-

---

1996, 135, 171, wonach das „Parteinteresse vor den Karren des öffentlichen Interesses“ gespannt wird.

<sup>169</sup> Vgl. noch sub § 9. IV. und § 13. III. 1.

<sup>170</sup> Einzelheiten zur beschränkten Revisionseinlegung bei Wiczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 551 Rn. 35: Die Beschränkung kann auf einen abtrennbaren Teil des Streitgegenstandes bezogen sein. S. ferner zur beschränkten Revisionszulassung noch sub § 4. I. 5.

<sup>171</sup> BGH NJW-RR 2018, 967 Rn. 23 mwN. Das Verbot der *reformatio in peius* greift selbst bei Verfahren, in denen die verfahrensrechtliche Dispositionsbefugnis eingeschränkt und das Rechtsmittelgericht an Sachanträge des Rechtsmittelführers nicht gebunden ist, weil den schutzwürdigen Interessen des Rechtsmittelführers auch im Hinblick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens Vorrang zukommt (grundlegend BGH NJW 1986, 1494; umfassend zur *reformatio in peius* als *pars pro toto*: Stein/Jonas-Jacobs § 557 Rn. 11 ff. mwN). Auch die Möglichkeit der Anschlussrevision (§ 554 ZPO) ist eine rein parteibezogene Interessenausgestaltung des Revisionsverfahrens.

<sup>172</sup> Ausnahmen gelten bei den absoluten Revisionsgründen, vgl. noch sub § 4. I. 3. d).

dung nachträglich entfallen ist, die Nichtzulassungsbeschwerde aber in der Sache Erfolg hätte.<sup>173</sup>

c) *Rechtsmittelzulassung und Prüfungskompetenz im öffentlichen Interesse*

Dieser individualschützende Grundcharakter der Verfahrensinitiierung und -durchführung wird indes im öffentlichen Interesse überlagert: Das Berufungsgericht unterliegt zwar den gesetzlichen Vorgaben in § 543 ZPO,<sup>174</sup> ist bei der Zulassungsentscheidung allerdings nicht an die Parteianträge gebunden.<sup>175</sup> Die Revisionszulassungsgründe in § 543 Abs. 2 ZPO verdeutlichen dabei, dass nicht jedes fehlerhafte Urteil die Zulassung der Revision begründet;<sup>176</sup> vielmehr werden rechtsgrundsätzliche Verfahren „normativ privilegiert“.<sup>177</sup> Auch der Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde bei einem Beschwerdewert unter 20.000 EUR (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) dient öffentlichen Interessen, wird durch diese Zugangsbeschränkung nach Ansicht des BVerfG sogar „das Anliegen genereller Gewährleistung verstärkter Einzelfallgerechtigkeit dem Anliegen genereller Gewährleistung allgemeiner Revisionszwecke geopfert“.<sup>178</sup>

Die Prüfungskompetenz des BGH als Instanz der Rechtskontrolle, die an die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts in aller Regel gebunden ist (unabhängig davon, ob diese tatsächlich zutreffen, vgl. § 559 ZPO), betont zudem den durch Allgemeininteressen präformierten Charakter des Revisionsverfahrens: Das Höchstgericht soll sich nicht mit dem vorinstanzlichen Tatsachenvorbringen – welches keine (präjudizielle) Bedeutung über den Individualrechtsstreit hinaus entfalten kann<sup>179</sup> – auseinandersetzen müssen, sondern auf Basis des durch das Berufungsgericht aufbereiteten Prozessstoffs eine Entscheidung zu den maßgeblichen Rechtsfragen treffen, die sich in einer Vielzahl von weiteren Rechtsstreitigkeiten stellen können. Die Mitwirkung einer spezialisierten Revisionsanwaltschaft (vgl. § 78 Abs. 1 S. 3 ZPO), welche eine Filterfunktion zum Funktionserhalt des Höchstgerichts wahrnimmt,<sup>180</sup> verdeutlicht dabei, dass der BGH ein am öffentlichen Interesse zur Rechtsfortbildung ausgerichtetes Streitforum ist.

<sup>173</sup> BVerfG NJW 2018, 3699, 3700; BVerfGK 6, 79, 81 f.; BVerfG, Beschl. v. 09.10.2006 – 1 BvR 2565/03, juris Rn. 11 ff.

<sup>174</sup> Sofern einer der enumerativ genannten Revisionsgründe gegeben ist, *hat* die Zulassung zu erfolgen, vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 104, wobei auch das Revisionsgericht an den Ausspruch gebunden ist (§ 543 Abs. 2 S. 2 ZPO). Diese Bindung wird über die durch § 552a ZPO gebotene Möglichkeit einer Beschlusszurückweisung relativiert (kritisch Wiczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 552a Rn. 3: „systemwidrig“), soll in seiner Grundkonzeption allerdings verhindern, dass ein freies Revisions-Annahmeverfahren etabliert wird.

<sup>175</sup> BGH NJW 1966, 931, 932. Die Zulassung kann im Tenor oder in den Gründen erfolgen (BGH NJW 1956, 830); Schweigen bedeutet Nichtzulassung, da § 543 Abs. 1 ZPO eine – positive – Zulassungsentscheidung durch das Berufungsgericht erfordert.

<sup>176</sup> Zu den Rückbeschränkungen dieses Grundsatzes vgl. noch sub § 4. I. 3. b) und c).

<sup>177</sup> Vgl. schon *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 119.

<sup>178</sup> BVerfG NJW 1981, 39, 41.

<sup>179</sup> Ausnahmen gelten bei Nebenintervention und Streitverkündung, vgl. § 68 ZPO.

<sup>180</sup> Dazu noch ausführlich sub § 6. II. 1. a).

Dabei kann das Revisionsgericht im Rahmen des § 557 Abs. 3 S. 2 ZPO in nicht unwesentlichem Umfang Verfahrensmängel ohne Rüge und damit im öffentlichen Interesse überprüfen. Dies gilt nicht nur für Fragen der Immunität, der internationalen Zuständigkeit, der Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit oder der fehlenden Bestimmtheit des Klageantrags,<sup>181</sup> sondern u. a. auch hinsichtlich des Umstands, ob die Berufung selbst zulässig war,<sup>182</sup> das Berufungsurteil unter Verletzung von § 308 ZPO zustande kam<sup>183</sup> bzw. ein unzulässiges Grund- oder Teilurteil<sup>184</sup> darstellt. Gerade die amtswegige Kontrolle des Berufungsurteils auf Unbestimmtheit, Unverständlichkeit und innere Widersprüche<sup>185</sup> sowie Verstöße gegen die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast<sup>186</sup> zeigt deutlich, dass die Revision in nicht unerheblichem Maße abseits von Dispositionsmaxime und in den Händen der Parteien liegender Begründungspflicht eine objektiv-disziplinierende Supervisionsfunktion über die Instanzen ausübt, um der Gefahr verallgemeinerungsfähiger Rechtsfehler entgegenzuwirken.

(Auch) im öffentlichen Interesse ist schließlich die amtswegige Befugnis des BGH zu sehen, Auslegungsfehler des Berufungsgerichts ohne Revisionsrüge zu überprüfen, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob das Berufungsgericht gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen hat.<sup>187</sup> Trotz des – auch vom BGH selbst betonten – Primats des Tatrichters bei der Beweiswürdigung ermöglicht dies dem Revisionsgericht insbesondere bei Verfahren, die über den Einzelfall hinaus Bedeutung haben – etwa bei AGB oder AVB –, eine entsprechende Auslegungsentcheidung unabhängig vom Parteiwillen zu treffen. Selbst bei Willenserklärungen und Individualverträgen ist eine (verallgemeinernde) Auslegung durch das Revisionsgericht möglich.<sup>188</sup>

Zur Sicherung objektiver Verfahrenszwecke wird schließlich die Dispositionsmaxime im Revisionsverfahren weitreichend kupiert, da weder neue Ansprüche geltend gemacht<sup>189</sup> noch eine Klageänderung vorgenommen<sup>190</sup> oder eine Widerklage erhoben<sup>191</sup> werden können. Parteiauswechslung oder -erweiterung sind ebenfalls ausgeschlossen.<sup>192</sup> Dabei hat der Gesetzgeber durch die Neufassung der

<sup>181</sup> BGHZ 34, 372, 373; 86, 184, 188; 100, 217, 219; 119, 392, 393; 125, 41, 44; NJW 1995, 196.

<sup>182</sup> BGHZ 7, 280, 284; 102, 37, 38; NJW 1997, 1312; NJW 1998, 602, 603; NJW 2000, 2722.

<sup>183</sup> BGH NJW-RR 1989, 1087; NJW-RR 1990, 1095, 1096; NJW-RR 1999, 381.

<sup>184</sup> BGH NJW 2000, 1498, 1499; NJW 2000, 1572; NJW 2000, 664; NJW 2011, 2736.

<sup>185</sup> BGHZ 40, 84; 45, 287, 289; WM 1988, 1500, 1502; NJW 2001, 1486, 1488; NJW 1996, 2235.

<sup>186</sup> BGH NJW 1999, 860, 861; weitere Beispiele finden sich bei *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 557 Rn. 34.

<sup>187</sup> Grundlegend BGH NJW 1995, 45, 46; NJW 1996, 838, 839; NJW-RR 1993, 562.

<sup>188</sup> Einzelheiten bei *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 546 ZPO Rn. 35 ff.

<sup>189</sup> Ausnahmen (vgl. *Stein/Jonas-Jacobs* § 559 ZPO Rn. 40 ff.) sind: §§ 302 Abs. 4 S. 3, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO.

<sup>190</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 1857, 1860; NJW 1989, 170, 171. Zu den eng begrenzten Ausnahmefällen vgl. *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 559 ZPO Rn. 36 ff.

<sup>191</sup> *Stein/Jonas-Jacobs* § 559 Rn. 42.

<sup>192</sup> Vgl. nur BGH WM 1990, 742; NJW 1997, 1855.

§§ 555, 565 ZPO die hervorgehobene Bedeutung des Kollektivinteresses im Revisionsverfahren jüngst noch einmal akzentuiert, indem ein Anerkenntnisurteil nur auf gesonderten Antrag des Klägers hin ergehen (§ 555 Abs. 3 ZPO) und die Revision ohne Einwilligung des Revisionsbeklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden kann (§ 565 S. 2 ZPO), um so einer systematischen Verhinderung von Grundsatzentscheidungen entgegenzuwirken.<sup>193</sup>

#### d) *Wesen und Funktion der Nichtzulassungsbeschwerde*

Im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) kommt das Wechselspiel zwischen Allgemein- und Individualinteressen ebenfalls zum Ausdruck. Dem Revisionsgericht kommt keine sua sponte-Befugnis zum Zugriff auf eine fehlerhafte Entscheidung oder ein Selbsteintrittsrecht zu. Vielmehr müssen gem. §§ 544 Abs. 4 S. 3, 543 Abs. 2 ZPO Zulassungsgründe durch den Beschwerdeführer aufgezeigt werden, wobei die Nichtzulassungsentscheidung durch den iudex a quo und nicht die Rechtsfehlerhaftigkeit des Berufungsurteils selbst zur Kontrolle durch das Revisionsgericht gestellt wird.<sup>194</sup> Die Nichtzulassungsbeschwerde ist daher – ob schon ihr gem. § 544 Abs. 7 S. 1 ZPO ein Suspensiveffekt zukommt – ein kupierter Parteirechtsbehelf, weil Prüfungsgegenstand nicht die materielle oder prozessuale ‚Richtigkeit‘ des Berufungsurteils ist und das Revisionsgericht von der Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung absieht, wenn ein zur Zulassung führender Rechtsfehler nicht ordnungsgemäß dargelegt wurde, was insbesondere bei Verfahrensrügen (vgl. § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b ZPO) der Fall sein kann.

Der BGH ist somit kein umfassender „court of errors and corrections“, weil der im Allgemeininteresse liegenden Limitierung des Zugangs zum Revisionsgericht bei einem Versäumnis der Partei der Vorrang gegenüber der Korrektur einer fehlerhaften Einzelentscheidung eingeräumt wird. Dementsprechend beinhaltet die (regelmäßig begründungslose) Ablehnung der Beschwerde (vgl. § 544 Abs. 6 S. 2 Hs. 2, Abs. 7 S. 3 ZPO) nur die Feststellung, dass die beschwerte Partei keinen durchgreifenden Revisionszulassungsgrund dargelegt hat und entfaltet weder eine attestierende noch quasi-präjudizielle Bedeutung hinsichtlich des Inhalts des Berufungsurteils.<sup>195</sup>

#### e) *Ein ‚Parteirechtsmittel im öffentlichen Interesse‘*

##### aa) *Doppelfunktionalität*

Diese janusköpfige Ausgestaltung des Revisionsverfahrens verdeutlicht, dass die Revision doppelfunktional<sup>196</sup> und daher ein „Parteirechtsmittel im öffentlichen

<sup>193</sup> Dazu noch ausführlich sub § 13. I. 2. a).

<sup>194</sup> Explizit BGH, Beschl. v. 07.07.2011 – IX ZR 190/09, juris Rn. 3 aE; vgl. auch *Nassall*, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, Rn. 921 („Das Rechtsmittelzulassungsverfahren bewegt sich in einem ganz eigenartigen Raum von Wirklichkeit.“).

<sup>195</sup> Vgl. jüngst BGH, Beschl. v. 19.07.2022 – XI ZB 32/21, juris Rn. 27.

<sup>196</sup> BT-Drs. 14/4772, S. 66, sowie jüngst BT-Drs. 17/13948, S. 53. Vgl. schon *Henke*, Die Tatfrage, S. 204 („Parteiinteresse und öffentliches Interesse gehen auch in der dritten Instanz Hand in

Interesse“ ist.<sup>197</sup> Beide Funktionszwecke stehen dabei nicht unabhängig nebeneinander, sondern sind parzenhaft miteinander verwoben.<sup>198</sup> Denn auch im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung wird die im Einzelfall richtige Entscheidung gesichert; nach *Esser* enthält die Grundsatzentscheidung „ihre Richtigkeitsgewähr nur aus der Gerechtigkeit der Fallentscheidung selbst“.<sup>199</sup> Auch die vorrangig dem Allgemeininteresse zugeschriebene Bewahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) korreliert mit dem Parteiinteresse, vor dem Höchstgericht gleich behandelt zu werden, was mittelbar Ausdruck der Rechtsanwendungsgleichheit vor dem Richter (Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) ist.<sup>200</sup> Vice versa sichert die Nichtzulassungsbeschwerde als Parteirechtsbehelf,<sup>201</sup> dass den BGH das nötige Anschauungsmaterial erreicht, um damit das Recht zu formen und fortzuentwickeln. Nach *Kern*<sup>202</sup> hat selbst die Beschränkung des Rechtsmittelzugangs zum Höchstgericht – ein Umstand, der vorrangig dessen Aufgabenwahrnehmung im öffentlichen Interesse sichern soll –, Bedeutung für den Individualschutz und konstituiert eine Form des Selbstschutzes für die unterlegene Partei, gerade bei kleinen Streitwerten nicht noch mehr Zeit und Geld in ein weiteres Rechtsmittel zu investieren (insbesondere mit Blick auf die meist geringen Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren<sup>203</sup>).

---

Hand.“). S. ferner *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 26, wonach die Revision „einem doppelten Zwecke zu dienen bestimmt ist“. *Schwinge* (aaO, S. 34 ff.) forciert im Anschluss jedoch eine strikte Differenzierung zwischen den Rechtsmittelzwecken bei einer Revision wegen prozessualer und materiellrechtlicher Fehler.

<sup>197</sup> Vgl. *Hirsch* VersR 2012, 929, 932; *Gottwald*, Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 89 („Doppelcharakter des Rechtsschutzes in der Revision im Einzel- und Allgemeininteresse“); *Musielak* FS Gerhardt, S. 653 ff.; zum alten Recht: *Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 562 („[D]ie Revision ist nur gegen solche Entscheidungen zulässig, welche gleichzeitig das Interesse der Partei an einem gerechten Rechtsschutz im Einzelfall, wie das Interesse der Gesamtheit an einer einheitlichen Rechtsprechung der Gerichte in allen Fällen gefährdet.“).

<sup>198</sup> *Büttner*, Verhandlungen des 65. DJT, A 89, 99, spricht von einer „disparaten Verknüpfung“ zwischen beiden Revisionszwecken.

<sup>199</sup> *Esser* JZ 1962, 513; vgl. zudem *ders.*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Kap. XIII.

<sup>200</sup> Vgl. *Kern* RePro 228, ano 39, fevereiro 2014, 15, 20. Ggf. können auch die Parteien ein Interesse an der Rechtsfortbildung im Sinne einer Klärung des Gesetzes haben, wenn sie befürchten müssen, sich in Zukunft ähnlichen Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt zu sehen.

<sup>201</sup> Vgl. schon § 2. V. 1. sowie *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 544 Rn. 7 mwN.

<sup>202</sup> *Kern* RePro 228, ano 39, fevereiro 2014, 15, 21. Vgl. zudem *Lindblom* 39 Scandinavian Studies in Law 325, 341 (2000): „The appeal system, like a lottery, is kept alive because of the litigants' irrational private hope that they will belong to the tiny minority who will get the appealed judgement reversed by the Supreme Court.“

<sup>203</sup> Vgl. noch die statistische Auswertung zum deutschen Recht sub § 3. III. Die Interessen an einem illimitierten Rechtsmittelzugang sind zudem erheblich vom Verfahrensstadium abhängig: Während die Parteien ex ante vorrangig ein gleichgerichtetes Interesse an einer schnellen und kostengünstigen Entscheidung haben, sind die Interessen nach einer Entscheidung durch den iudex a quo diametral entgegengesetzt verteilt: Während die zweitinstanzlich obsiegende Partei ein Interesse an dessen Beschränkung hat, um schnell eine ihr günstige rechtskräftige Beendigung des Verfahrens zu erreichen, erstrebt die Gegenseite einen möglichst freien Zugang zum Höchstgericht durch weitergehende Rechtsmittel.

Ist der Revisionszweck indes ein doppelter und lassen sich individual- und all-gemeinschaftliche Belange im Verfahren nicht separieren, weil diese untrennbar miteinander verwoben sind, stellt sich die eingangs aufgeworfene Frage nach einem abstrakten Zweckvorrang folglich nicht. Maßgebliche – und in den folgenden Kapiteln zu diskutierende – Leitfrage, deren Beantwortung den Ariadnefaden durch das fein verästelte Labyrinth des revisionsgerichtlichen Verfahrens bildet, muss vielmehr sein, wie die divergierenden Revisionszwecke in ein optimales Verhältnis gebracht werden können, indem das Revisionsgericht einerseits seine Funktion zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gewährleistet, andererseits jedoch auch möglichst in der Breite der Verfahren eine individuelle Richtigkeitsgewähr garantiert.

#### *bb) Konkurrenzverhältnis zu anderen Prozesszwecken*

Der so ausgeformte, doppelfunktionale Revisionszweck tritt dabei in ein Spannungsverhältnis zu weiteren zivilprozessualen Prozessmaximen. Insbesondere die Dispositionsmaxime wird im Revisionsverfahren zur Sicherung der rechtsfortbildenden Funktion des BGH nicht unerheblich beschnitten.<sup>204</sup> Auch der Grundsatz der Mündlichkeit – welcher im Revisionsverfahren ohnehin nicht umfassend gewährleistet wird – kann mit dem öffentlichen Interesse an einer schnellen höchst-richterlichen Entscheidung konfliktieren.<sup>205</sup> Paradoxaerweise tritt das Revisionsrecht zudem in Konkurrenz zu dem in § 278 Abs. 1 ZPO verankerten Gedanken der gütlichen Streitbeilegung: Denn das Höchstgericht kann seine rechtsfortbildende und rechtsvereinheitlichende Funktion nur dann erfüllen, wenn rechtlich bedeutsame und inhaltlich umstrittene Verfahren ihren Weg nach Karlsruhe finden – „Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.“<sup>206</sup> Aus Perspektive des Revisionsrechts besteht daher kein uneingeschränktes Interesse an einer weiteren Stärkung der konsensualen oder (außer-)gerichtlichen Streitbeilegung bzw. des Schiedsverfahrens,<sup>207</sup> weil dies zu einer – in manchen Rechtsgebieten bereits vermehrt zu beobachtenden<sup>208</sup> – Austrocknung der rechtsprechenden Tätigkeit des Revisionsgerichts führt.

### *3. Die funktionale Zweigliedrigkeit des Rechtsmittelsystems*

#### *a) Wandlungen des Berufungsrechtszugs*

Die dargestellte Funktionsbelegung des Revisionsverfahrens erschließt sich nur umfassend, wenn man diese in die Arbeitsteilung des zivilprozessualen (Gesamt-) Rechtsmittelsystems einbettet. Dabei hat auch die Berufung zur intermediären

<sup>204</sup> Dazu ausführlich sub § 13. I. 2.

<sup>205</sup> Vgl. noch sub § 14. IV.

<sup>206</sup> von Jbering, *Der Kampf um's Recht*, S. 1.

<sup>207</sup> S. dazu insbesondere Wolf NJW 2015, 1656 ff. (auch zum prozentualen Verhältnis zwischen Zivilprozess und außergerichtlicher Streitbeilegung).

<sup>208</sup> Vgl. sogleich sub § 3. III. 3.

Rechtsmittelinstantz durch das ZPO-RG 2001 eine neue Struktur erhalten, die sich erheblich von der appellatio als historischem Vorläufer entfernt hat. Bei Erlass der Reichsjustizgesetze wurde der Berufungsrechtszug nicht nur als „Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz“, sondern als umfassendes „Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter“ ausgestaltet.<sup>209</sup> § 487 CPO 1877 sah daher eine Wiederholung des erstinstanzlichen Prozesses (rehearing) vor, wobei es den Parteien insbesondere gestattet war, nahezu unbeschränkt neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel geltend zu machen (§ 491 Abs. 1 CPO 1877) und in erster Instanz unterbliebene oder verweigernde Erklärungen nachzuholen (§ 493 CPO 1877).

Diese im französischen Recht noch immer vorzufindende<sup>210</sup> Funktionsbelegung als konsekutive, volle Tatsacheninstanz wurde – nach graduellen Reformen im 20. Jahrhundert – im Zuge des ZPO-RG 2001 aufgegeben und der Berufung nunmehr die vorrangige Funktion der Fehlerkontrolle und -beseitigung zugewiesen.<sup>211</sup> Neben der Rechtsfehlerkorrektur (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO) als Hauptaufgabe der Berufungsinstanz findet unter den Voraussetzungen der §§ 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 ZPO nur noch eine eingeschränkte Kontrolle der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen statt. Dennoch ist die Berufung nach Ansicht des BGH keine vorgelagerte Revision, sondern „eine zweite – wenn auch eingeschränkte – Tatsacheninstanz, deren Aufgabe in der Gewinnung einer fehlerfreien und überzeugenden und damit richtigen Entscheidung des Einzelfalls besteht“,<sup>212</sup> und hat daher eine von der rechtsfortbildenden und rechtsvereinheitlichenden Struktur des Revisionsverfahrens abweichende Funktionsbelegung.<sup>213</sup>

### *b) Komplementäraspekte zwischen Berufung und Revision*

Bei einer strukturellen Gegenüberstellung zeigt sich jedoch, dass eine strenge Eigenständigkeit von Berufung und Revision nicht gegeben ist. Vielmehr übernimmt die Berufung in vielen Bereichen die Funktion einer individualschutzgeprägten Vor-Revision, um als Bugschutz bzw. Durchlaufstation die Falllast des Revisionsgerichts zu reduzieren und dessen rechtsfortbildende Funktion im öffentlichen Interesse zu garantieren (vgl. Abb. 2, S. 108 f.).

#### *aa) Verfahrensparallelität*

Bei einer Gegenüberstellung zeigt sich, dass die zulassungsfreie Berufung zwar grundsätzlich den Individualrechtsschutz und die Suche nach einer materiell-rechtlich und prozessual richtigen Entscheidung als Primärziel deutlich in den

<sup>209</sup> Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 139.

<sup>210</sup> Vgl. noch sub § 9.II. 3.

<sup>211</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 59 f., 61, 64; Stein/Jonas-Althammer vor § 511 Rn. 1 mwN.

<sup>212</sup> BGH NJW-RR 2019, 1343 Rn. 11; NJW 2016, 3015 Rn. 26.

<sup>213</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 2751, 2752 (in Bezug auf die Auslegung von Individualvereinbarungen in der Berufungsinstanz).

Vordergrund stellt, wohingegen die Revision ein kupiertes Parteirechtsmittel im öffentlichen Interesse ist.<sup>214</sup> Deutliche Konvergenzen sind jedoch bei der Geltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze, der Anschlussrechtsmittel, von Präklusionsnormen sowie der Bindung an die Rechtsmittelanträge der Parteien zu beobachten. Auch die Darlegungsanforderungen im Rahmen der Berufungs-/Revisionsbegründungsschrift und Rügeerfordernisse bei Verfahrensmängeln, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, wurden durch das ZPO-RG 2001 weitgehend synchronisiert, obschon die Rechtsprechung im Rahmen einer Berufungsbegründungsschrift großzügiger agiert.<sup>215</sup> Gleiches gilt für Rügeverluste in Bezug auf vorinstanzliche Verfahrensmängel sowie die Überprüfung vorinstanzlicher Zwischenentscheidungen. Ebenso besteht in der Regel keine Bindung des Gerichts an die Rechtsmittelgründe. Auch die Möglichkeit zur Änderung oder Erweiterung des Streitgegenstands mittels Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage ist in beiden Rechtsmittelinstanzen sehr restriktiv ausgestaltet, wobei die Möglichkeiten im Revisionsverfahren noch limitierter sind als im Berufungsrechtszug.

#### *bb) Entscheidungsgrundlage*

Ein entscheidender Unterschied, der den Berufungs- vom Revisionsrechtszug *prima facie* deutlich abhebt, ist jedoch der divergierende Kontrollmaßstab: Die Berufungsgründe gem. § 513 ZPO umfassen neben einer Rechtsverletzung gem. § 546 ZPO auch neue Tatsachen, sofern diese nach § 529 ZPO berücksichtigt werden können. Die Berufung ist daher – abweichend von der Revision – eine Tatsacheninstanz, wobei maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung ist. Anders als die gesetzliche Grundkonzeption vermuten lassen könnte, ist ein beweisrechtliches rehearing jedoch auch in der Berufungsinstanz eine Rarität: Von den 2022 vor den Oberlandesgerichten erledigten, rund 64.000 Berufungssachen erfolgte in nur 2,5 % der Verfahren ein neuer Beweistermin, bei den streitigen Endurteilen in 5,4 % eine Aufhebung und Zurückverweisung an die Vorinstanz.<sup>216</sup> Dies ist maßgeblich auf zwei Gründe zurückzuführen:

Erstens haben vorinstanzliche Feststellungen auch im Berufungsrechtszug grundsätzlich Bestand, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Zwar ist die Berufungsinstanz insoweit eine – eingeschränkte – Tatsacheninstanz, deren Aufgabe in der Gewinnung einer „fehlerfreien und überzeugenden“ und damit „richtigen“

<sup>214</sup> S. oben sub § 3. II. 2. e); zu den Überlegungen der Einführung einer Zulassungsberufung *de lege ferenda* noch sub § 14. II. 2.

<sup>215</sup> Einzelheiten bei MünchKommZPO/*Rimmelspacher* § 520 Rn. 42 mwN; vgl. etwa BGH NJW-RR 2015, 756 Rn. 10 f.; BeckRS 2020, 3796 Rn. 13; NJW-RR 2012, 440 Rn. 9.

<sup>216</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistischer Bericht – Zivilgerichte [2022] (u. Fn. 217). Bei den landgerichtlichen Berufungsverfahren zeigt sich ein ähnliches Bild (bei 33.745 Verfahren erfolgte in 2,9 % ein Beweistermin, bei den durch streitiges Urteil beendeten Verfahren in 9,8 % eine Aufhebung und Zurückverweisung an das AG, vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], aaO).

<i>Berufung</i>	<i>Revision</i>
<i>Zulassungsvoraussetzungen</i>	<p>Stets Zulassung durch index a quo oder ad quem notwendig; Zulassungsgründe gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO: Grundsatzbedeutung, Rechtsfortbildung, Rechtseinheit.</p>
<i>Verfahrensgrundsätze</i>	<p>§ 525 ZPO; neben den §§ 511–541 ZPO die Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren; § 565 ZPO S. 1: subsidiäre Anwendung der §§ 541–541 ZPO.</p>
<i>Bindung an Parteianträge</i>	<p>Ja, § 528 ZPO.</p>
<i>Bindung an Rechtsmittelgründe</i>	<p>Nein, § 529 Abs. 2 ZPO, mit Ausnahme von Verfahrensrügen, die nicht von Amts wegen berücksichtigt werden.</p>
<i>Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage</i>	<p>Nur in sehr eingeschränktem Umfang zulässig, § 533 ZPO (Einwilligung bzw. Sachdienlichkeit und nur bei Tatsachen, die nach § 529 ZPO berücksichtigt werden müssen).</p>
<i>Anschlussrechtsmittel</i>	<p>§ 524 ZPO, Anschlussberufung.</p>
<i>Rücknahme des Rechtsmittels und Verzicht; An-erkennnis</i>	<p>§§ 515, 516 ZPO: Grundsätzlich bis zur Verkündung des Berufungsurteils möglich.</p> <p>§ 555 Abs. 3 ZPO: Anerkenntnisurteil ergeht nur auf gesonderten Antrag des Klägers.</p>
<i>Begründungszwang</i>	<p>§ 520 Abs. 3 ZPO:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Berufungsanträge;</li> <li>2. Umstände, aus denen sich eine Rechtsverletzung ergibt;</li> <li>3. Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen;</li> <li>4. Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel, sofern sie zuzulassen sind.</li> </ol>
<i>Kontrollmaßstab</i>	<p>Revisionsgründe, § 543 ZPO; Rechtsverletzung, § 546 ZPO, und neue Tatsachen, sofern sie nach § 529 ZPO berücksichtigt werden müssen.</p> <p>Revisionsgründe, § 545 ZPO; Rechtsverletzung, § 546 ZPO (Ausnahme: § 560 ZPO); Vermutung des Berufenszusammenhangs bei absoluten Revisionsgründen (§ 547 ZPO).</p>

<p>Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, nur bei entsprechender Rüge (§ 529 Abs. 2, 520 Abs. 3 ZPO). Rügeverlust gem. §§ 534, 295 ZPO; erstinstantliche Zuständigkeitsrügen in der Regel ausgeschlossen, § 513 Abs. 2 ZPO. Zwischenentscheidungen der Vorinstanz werden mitgeprüft, § 512 ZPO.</p>	<p>Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, nur bei entsprechender Rüge (§ 551 und § 554 Abs. 3 ZPO). Rügeverlust gem. §§ 556, 295 ZPO; erstinstantliche Zuständigkeitsrügen in der Regel ausgeschlossen, § 545 Abs. 2 ZPO. Zwischenentscheidungen der Vorinstanz werden mitgeprüft, § 557 Abs. 2 ZPO.</p>
<p><i>Verspätete und zurückgewiesene Angriffs- und Verteidigungsmittel</i></p> <p>§ 530 ZPO: Zurückweisung verspäteter Angriffs- und Verteidigungsmittel; erstinstantlich ausgeschlossene Angriffs- und Verteidigungsmittel bleiben ausgeschlossen (§ 531 Abs. 1 ZPO). § 531 Abs. 2 ZPO: Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, sofern sie in erster Instanz prozessordnungswidrig übergegangen wurden, dort nicht entscheidungserheblich waren oder die Verzögerung auf keiner Nachlässigkeit der Partei beruht.</p>	<p>Grundsätzlich keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig (arg. e § 559 Abs. 1 ZPO). Revision begründet, wenn Angriffs- oder Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz prozesswidrig übergegangen wurden, vgl. § 551 Abs. 3 Nr. 2 lit. b. 559 Abs. 1 ZPO.</p>
<p><i>Entscheidungsgrundlage</i></p> <p>§ 529 Abs. 1 ZPO: die erstinstantlich festgestellten Tatsachen, soweit nicht aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen bestehen; neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist (§ 531 Abs. 2 ZPO).</p>	<p>559 Abs. 1 ZPO: nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist, sowie die in § 551 Abs. 3 Nr. 2 lit. b ZPO erwähnten Tatsachen.</p>
<p><i>Entscheidung</i></p> <p>§ 522 Abs. 1 ZPO: Verwerfung bei Unzulässigkeit; § 522 Abs. 2 ZPO: Vereinfachtes Zurückweisungsverfahren bei mangelnden Erfolgsaussichten. § 538 ZPO: Berufungsgericht hat die ggf. notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden (Grundsatz) oder Zurückweisung zum iudex a quo (Ausnahme). Ansonsten: Zurückweisung der Berufung.</p>	<p>§ 552 Abs. 1 und 2 ZPO: Verwerfung bei Unzulässigkeit; § 522a ZPO: Vereinfachtes Zurückweisungsverfahren bei mangelnden Erfolgsaussichten. § 562, 563 ZPO: Aufhebung und Zurückweisung zum iudex a quo (Grundsatz) bzw. eigene Sachentscheidung (Ausnahme). Ansonsten: Zurückweisung der Revision, § 561 ZPO; keine umfassende Begründungspflicht bei Verfahrensmängeln, § 564 ZPO. Revisions Senat aus fünf Richtern, § 139 Abs. 1 GVG.</p>
<p><i>Spruchkörper</i></p> <p>Berufungskammer bzw. -senat aus drei Richtern, § 122 Abs. 1 GVG; Übertragung auf Einzelrichter möglich, § 526 Abs. 1 ZPO.<sup>217</sup></p>	<p>Revisions Senat aus fünf Richtern, § 139 Abs. 1 GVG.</p>

*Abb. 2: Funktionaler Vergleich zwischen Berufung und Revision.*

<sup>217</sup> In der Praxis ergehen 85 % der landgerichtlichen und 93 % der oberlandesgerichtlichen Berufungsverfahren durch eine Berufungskammer bzw. -senat (vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistischer Bericht – Zivilgerichte [2022], online <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-zivilgerichte-2100210227005.html> [22.08.2023]).

Entscheidung des Einzelfalles besteht,<sup>218</sup> weshalb die erstinstanzliche Überzeugungsbildung nicht ausschließlich auf Rechtsfehler hin überprüft werden darf.<sup>219</sup> Es muss sich dabei um *objektivierbare* rechtliche oder tatsächliche Einwände gegen die erstinstanzlichen Feststellungen handeln; dies erfordert, dass aus Sicht des Berufungsgerichts „eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird“.<sup>220</sup> Subjektive Zweifel oder Vermutungen des Berufungsgerichts ohne greifbare Anhaltspunkte reichen dagegen nicht aus.<sup>221</sup> Diese Kriterien korrelieren nicht unerheblich mit dem – wenngleich etwas strengeren – revisionsrechtlichen Fehlermaßstab, wonach von den vorinstanzlichen Feststellungen nur dann abgewichen werden kann, wenn deren verfahrensmäßige Erhebung einen (revisiblen) Rechtsfehler begründet, sofern z. B. die Beweiswürdigung unvollständig ist bzw. gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt.<sup>222</sup> Denn bei verfahrensfehlerfrei festgestellten Tatsachen kann der Berufungsführer in der Regel auch keine *objektivierbaren* rechtlichen oder tatsächlichen Einwände gegen deren Feststellung vorbringen. Die Divergenzen im Prüfungsmaßstab nivellieren sich zudem weiter vor dem Hintergrund, dass die tatrichterliche Würdigung der Vorinstanz – insbesondere bei der Auslegung von AVB, AGB oder Willenserklärungen – in nicht unerheblichem Umfang auch zum Gegenstand des Revisionsverfahrens gemacht werden kann.<sup>223</sup>

Zweitens wird die Stellung des Berufungsrechtszugs als zweite Tatsacheninstanz erheblich abgeschwächt, weil neues Vorbringen nur zulässig ist, wenn dies durch besondere Gründe gerechtfertigt ist:<sup>224</sup> Erstinstanzlich ausgeschlossene Angriffs- und Verteidigungsmittel bleiben weiter ausgeschlossen (§ 531 Abs. 1 ZPO),

<sup>218</sup> BGHZ 160, 83, 86 ff.; 162, 313, 315 f.; BGH NJW 2016, 3015 Rn. 26; WuM 2016, 743 Rn. 23 mwN.

<sup>219</sup> BGH WuM 2016, 743 Rn. 24; NJW-RR 2019, 1343 Rn. 11.

<sup>220</sup> BGH NJW-RR 2019, 1343 Rn. 11; NJW 2018, 651 Rn. 15. Hintergrund dieser Neuregelung ist die Erkenntnis, dass „die erste Instanz der zweiten in diesem Belang sogar überlegen [ist], weil eine zeitnahe Feststellung der entscheidungsrelevanten Tatsachen idR die besten Voraussetzungen für die Richtigkeit der Feststellung bietet“ (Referentenentwurf eines ZPO-RG, Dezember 1999, S. 147; nachgewiesen bei MünchKommZPO/*Rimmelspacher* Vor § 511 Rn. 4).

<sup>221</sup> BGH NJW 2004, 2828, 2829; GRUR 2016, 1260 Rn. 17. In BGH, Urt. v. 08.08.2023 – VIII ZR 20/23, juris Rn. 13 ff., erfolgte jedoch zurecht eine Aufhebung des Berufungsurteils, weil das Berufungsgericht die Unterscheidung zwischen Berufung und Revision grundsätzlich verkannt hatte.

<sup>222</sup> Vgl. BGH NJW 1991, 1894, 1895, sowie noch ausführlich sub § 4. III. 1. c). Insbesondere die Formulierung des BGH, Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit erstinstanzlicher Feststellungen seien dann begründet, wenn deren Unrichtigkeit oder Lückenhaftigkeit nicht ausgeschlossen werden könne (BGH NJW 2004, 1876, 1877), korreliert mit der auch im Revisionsrecht (vgl. noch sub § 4. I. 3. und § 4. III. 1. c)) geltenden Prämisse, wonach vorinstanzliche Feststellungen dann keinen Bestand haben, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Verfahrensfehler zu einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung geführt hat (Beruhenszusammenhang, vgl. auch MünchKommZPO/*Rimmelspacher* § 529 Rn. 16).

<sup>223</sup> Vgl. noch sub § 4. III. 1. a).

<sup>224</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 101; MünchKommZPO/*Rimmelspacher* § 531 Rn. 18.

neue Angriffs- und Verteidigungsmittel werden in der Regel nur zugelassen, sofern sie in erster Instanz prozessordnungswidrig übergangen wurden, dort nicht entscheidungserheblich waren oder die Verzögerung der Geltendmachung auf keiner Nachlässigkeit der Partei beruht (vgl. § 531 Abs. 2 ZPO).<sup>225</sup> Auch diese Grundsätze bewegen sich nicht allzu weit vom revisionsgerichtlichen Kontrollmaßstab bei Verfahrensrügen gegen vorinstanzliche Tatsachenfeststellungen (als prozesswidriges Übergehen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln in der Berufungsinstanz, vgl. §§ 551 Abs. 3 Nr. 2 lit. b, 559 Abs. 1 ZPO).<sup>226</sup>

### cc) Urteilsfindung

Partielle Divergenzen zeigen sich dagegen bei der Urteilsfindung: Zwar kennen Berufung und Revision identische Möglichkeiten zur Verwerfung unzulässiger und zur vereinfachten Zurückweisung offensichtlich unbegründeter Rechtsmittel. Während im Berufungsrechtszug jedoch die eigene Sachentscheidung die Regel, die Zurückverweisung die Ausnahme ist (Reformation vor Kassation, vgl. § 538 ZPO),<sup>227</sup> verkehrt sich dieses Verhältnis im Revisionsrechtszug ins Gegenteil (Kassation vor Reformation, vgl. §§ 562, 563 ZPO). Unterschiede bestehen zudem bei der einseitigen Beendigung des Rechtsmittelzugs, welche in dritter Instanz zur Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts in größerem Maße eingeschränkt ist als in zweiter Instanz.<sup>228</sup>

### c) Bewertung

Die Berufung ist in Abgrenzung zur Revision eine zweite (eingeschränkte) Tatsacheninstanz, deren Aufgabe vorrangig in der materiell und prozessual richtigen Entscheidung des Einzelfalls besteht.<sup>229</sup> Die Tatsachenkontrolle ist in der Rechtspraxis jedoch oftmals ein verkümmerter Appendix zur Rechtsfehlerkorrektur. Mag der Kontrollrahmen der Berufungsinstanz damit – etwa bei der Überprüfung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen des Erstgerichts<sup>230</sup> oder bei der Auslegung von Willenserklärungen<sup>231</sup> – auch weitergehend als in der Revisionsinstanz sein, haben sich der Kontroll- und Entscheidungsmaßstab von Berufung und Revision durch das ZPO-RG 2001 nicht unerheblich angenähert.<sup>232</sup> Das

<sup>225</sup> Umfassend MünchKommZPO/Rimmelspacher § 531 Rn. 23 ff.; der Verschuldensmaßstab bei Vorbringen, welches ohne Nachlässigkeit einer Partei in erster Instanz nicht geltend gemacht wurde (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO), orientiert sich an § 276 Abs. 2 BGB und ist daher gegenüber der betroffenen Partei recht streng (Einzelheiten bei MünchKommZPO/Rimmelspacher § 531 Rn. 29 mwN).

<sup>226</sup> Vgl. noch sub § 4. III. 1. c).

<sup>227</sup> S. o. Fn. 216 sowie MünchKommZPO/Rimmelspacher § 538 Rn. 1 f. mwN.

<sup>228</sup> Einzelheiten noch sub § 13. I. 1. b).

<sup>229</sup> BGH NJW-RR 2019, 1343 Rn. 11; NJW 2016, 3015 Rn. 26.

<sup>230</sup> Dazu BGH NJW 2006, 1589, 1592.

<sup>231</sup> BGH NJW 2004, 2751; NJW 2016, 3015 Rn. 24.

<sup>232</sup> Ähnlich Lechner NJW 2004, 3593, 3599 (auch mit Kritik zur Revisibilität der Zulassung neuen Tatsachenvortrags): „Das neue Berufungsverfahren steht dem Revisionsverfahren nach der Vorstellung des Gesetzgebers in vielem deutlich näher, als der BGH es wahrhaben will.“

Rechtsmittel der Berufung nimmt insoweit trotz seiner individualrechtsschützenden Präformierung auch die Funktion einer Vor-Revision wahr, indem Rechts- und Verfahrensfehler korrigiert und Verfahren ohne Aussicht auf Erfolg und rechtsgrundsätzliche Bedeutung auf der intermediären Instanz ‚aussortiert‘ werden (sog. *weeding out*<sup>233</sup>). Zudem ist die rechtsfortbildende Funktion der intermediären Instanz – insbesondere in Rechtsgebieten, die dem Revisionsrechtszug generell nicht (vgl. § 542 Abs. 2 ZPO)<sup>234</sup> oder nur bei zugelassener Rechtsbeschwerde offenstehen<sup>235</sup> bzw. eine starke Rückbindung an die tatsächlichen Feststellungen des jeweiligen Einzelfalles haben (z. B. im Versicherungsvertragsrecht) – in ihrer rechtspraktischen Bedeutung nicht zu unterschätzen.<sup>236</sup>

Berufungs- und Revisionsinstanz sind dabei reziprok aufeinander bezogen: Einerseits kann das Revisionsverfahren mit seinen geringen Zulassungsquoten und begrenzte(re)n Möglichkeiten zur einfachrechtlichen Rechtsfehlerkontrolle<sup>237</sup> seine rechtsfortbildende Funktion im Allgemeininteresse nur deshalb wahrnehmen, weil diesem die Berufung als Parteirechtsmittel vorgeschaltet ist, welches die Mehrheit erstinstanzlicher Rechtsfehler im Parteiinteresse korrigiert. Andererseits prägt das revisionsgerichtliche Verfahren entscheidend das Wesen des Berufungsrechts, indem etwa die Berücksichtigung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz (vgl. § 531 Abs. 2 ZPO) zum Gegenstand einer Verfahrensrüge im Rahmen einer Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde gemacht werden kann.<sup>238</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Das Interesse am und die Diskussion um den Zweck der Revision und dessen Oszillieren zwischen Partei- und Allgemeininteressen ist seit Einführung derselben vor über 145 Jahren ungebrochen.<sup>239</sup> Da der Gesetzgeber bei der Funktionsbele-

<sup>233</sup> Dem entspricht es, dass die gütliche Streitbeilegung im Berufungs-, anders als im Revisionsrechtszug eine essenzielle Rolle spielt. Näher hierzu Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistischer Bericht – Zivilgerichte [2022] (o. Fn. 217): Von den 64.145 Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht wurden nur 41 % durch streitiges Urteil oder Zurückweisungsbeschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO erledigt, 42 % durch Rücknahme der Berufung oder der Klage, 11 % durch Prozessvergleich, der Rest auf sonstige Weise. Zur Verfahrensbeendigung im Revisionsverfahren vgl. sogleich sub § 3. III. 1. a) bb).

<sup>234</sup> Gleiches gilt für Verfahren, in denen die zweite Instanz generell verfahrensabschließend ist, z. B. bei den meisten prozessualen Neben- und Zwischenentscheidungen (vgl. § 99 Abs. 1, § 127 Abs. 2 und 3, § 164, § 238 Abs. 3, § 494a Abs. 1, § 567 Abs. 2, § 707 Abs. 2 S. 2, § 769, § 1065 Abs. 1 S. 2 ZPO).

<sup>235</sup> Z. B. im Familienrecht und Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. § 70 Abs. 1 FamFG.

<sup>236</sup> *Circuit precedents* existieren im deutschen Recht – mangels Geltung der stare decisis-Doktrin – dagegen nicht; vgl. zum US-amerikanischen Recht noch sub § 11. II. 2. c) aa).

<sup>237</sup> Vgl. sogleich sub § 3. III. 1. b) aa) und § 4. I. 3. b).

<sup>238</sup> Dazu noch sub § 4. I. 3. c).

<sup>239</sup> Dies wurde bereits vor 100 Jahren beklagt, vgl. *Grünberger*, Die Revision im Zivil- und Strafprozess de lege lata und de lege ferenda, S. 8f., mit Verweis auf die Begründung zur CPO 1877: „Bald glaubt man, dass für die Einführung der Revision die Herstellung der Einheit des

gung der – in ihrer Ausgestaltung verfassungsrechtlich nur gering präformierten – Revision weitreichende Freiheiten hat, sind die Verfahrenszwecke stets auf das geltende Recht zurückzuführen. De lege lata ist ein klarer Vorrang von individuellen oder überindividuellen Interessen nicht festzustellen; aufgrund der untrennbaren Verbindung zwischen Partei- und Allgemeininteresse, Individualgerechtigkeit, Rechtseinheit und Rechtsfortbildung kann einzig von einer relativen Betonung eines Rechtsmittelzwecks in Bezug auf eine Verfahrenshandlung oder einen Verfahrensabschnitt gesprochen werden. Wenn dabei dem Allgemeininteresse im geltenden Revisionsrecht häufig eine Vorrangstellung eingeräumt wird, erfolgt dies stets durch eine Rückbindung an den Schutz individueller Rechtspositionen.

### III. Rechtstatsächliche Feststellungen zum Revisionsverfahren

Eine rechtstatsächliche Bestandaufnahme, in welchem Umfang der BGH seiner Funktion als Parteiengericht zur Gewährung von Individualgerechtigkeit und als Höchstgericht zur Fortbildung des Rechts und Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gerecht wird, zeichnet jedoch ein abermals differenziertes Bild und legt offen, dass gesetzgeberische Modellvorstellung und justizielle Realität nicht unerheblich voneinander divergieren.

#### 1. Der Geschäftsanfall

##### a) Revisionsverfahren

Bei einer Auswertung der Rechtsprechungstätigkeit wird zunächst die gesetzgeberische Intention widerlegt, der BGH würde als Gericht ‚für das Grundsätzliche‘ den großen Teil seiner rechtsprechenden Tätigkeit in die Beantwortung rechtsgrundsätzlicher Fragen investieren.

##### aa) Das Verhältnis der Verfahrensarten

Prima vista ist in Abb. 3 zunächst ein deutliches Übergewicht von Nichtzulassungsbeschwerden gegenüber Revisionsverfahren – für das Jahr 2022 ergibt sich ein Verhältnis von 14:86 – zu beobachten.<sup>240</sup>

---

Rechts und der Rechtsprechung maßgebend war, bald, dass die Revision allein der Verstärkung des Parteiinteressenschutzes diene [...]. [Darin] liegt die Ursache dafür, dass die Gestaltung der Revision [...] so unsagbar kompliziert ist und keinem der erstrebten Ziele der Rechtseinheit wie dem Parteienschutz gerecht wird.“

<sup>240</sup> Nach altem Recht war die Lage indes noch prekärer: 2001, dem letzten Jahr vor Inkrafttreten des ZPO-RG, wurde nur in 117 von 20.143 zulassungsgeeigneten Urteilen (Streitwert bis 60.000 DM) die Revision zugelassen (Statistisches Bundesamt, Fachserie Zivilgerichte, 2001, S. 80), was in einer Zulassungsquote von 0,6 % resultiert (pointiert dazu Greger FS Link, S. 885, 889f.).

Geschäftsjahr <sup>241</sup>	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022	Quote 2022/2010
Gesamtzahl der zugelassenen Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren (ohne Rechtsbeschwerden)	3.179	4.238	4.158	4.545	4.088	4.644	4.837	1,52
– davon Revisionsverfahren:	829	737	776	679	488	1.249 <sup>242</sup>	689 <sup>243</sup>	0,83
– davon Zulassung durch das OLG <sup>244</sup>	514	445	439	421	221	1.100	523	1,02
– davon Zulassung durch das LG	305	289	332	255	265	145	165	0,54
Prozentualer Anteil der vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen	26,1 %	17,4 %	18,7 %	15,0 %	12,0 %	26,9 %	14,2 %	
– vom OLG zugelassene Revisionen	16,2 %	10,5 %	10,6 %	9,3 %	5,4 %	23,7 %	10,8 %	
– vom LG zugelassene Revisionen	9,6 %	6,8 %	8,0 %	5,6 %	6,5 %	3,1 %	3,4 %	
Rechtsbeschwerden/ vergleichbare Verfahren	1.920	1.617	1.544	1.528	1.563	1.474	1.448	0,75

Abb. 3: Geschäftsfall – Neueingänge – am BGH (2010–2022).

Nur etwa jedes siebte Verfahren, mit dem sich der BGH befasst, erfordert nach Ansicht der Berufungsgerichte eine höchstrichterliche Entscheidung; den größten Teil seiner Arbeitskraft investiert der BGH dagegen in die – vorrangig am Individualrechtsschutz ausgerichtete<sup>245</sup> – Nichtzulassungsbeschwerde.<sup>246</sup> Dieser Trend hat sich in der letzten Dekade verstärkt: Trotz deutlich angestiegener Fallzahlen (2010/2022: + 52 %) ist die Zahl der vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen um knapp 17 % eingebrochen; bei den vom Landgericht zugelassenen Revisionen ist sogar ein Rückgang von fast 50 % zu beobachten. Landgerichtliche Berufungsurteile mit zugelassener Revision spielen vor dem Revisionsgericht damit nur eine sehr untergeordnete Rolle (Anteil an den Gesamtverfahren: 3,4 %). Ausgehend von der gesetzgeberischen Modellvorstel-

<sup>241</sup> Die Darstellung – wie auch die folgenden – wurde exzerpiert aus den Übersichten über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs in den Jahren 2010–2022 sowie den Statistischen Berichten – Zivilgerichte [hrsg. Statistisches Bundesamt] für den gleichen Zeitraum; vereinzelte rundungsbedingte Abweichungen ergeben sich insbesondere daraus, dass Spezialverfahren (z. B. Richterdienstsachen) unberücksichtigt geblieben sind.

<sup>242</sup> Der Anstieg ist damit zu erklären, dass im Zuge des sog. Abgasskandals eine große Zahl von OLG-Verfahren mit zugelassener Revision zum BGH angegriffen werden konnte.

<sup>243</sup> Vorgehende Fn.

<sup>244</sup> Einschließlich Revisionen gegen Musterfeststellungsurteile gem. § 614 ZPO.

<sup>245</sup> S. o. § 3. II. 2. d) sowie noch ausführlich sub § 4. I. 3.

<sup>246</sup> Dies wurde schon vor mehr als 100 Jahren beklagt, vgl. *Wildhagen* DJZ 1908, 924, 926 („Eine große Anzahl der Entscheidungen, welche das Reichsgericht treffen muss, haben keine grundsätzliche, sondern nur eine ganz begrenzte Bedeutung für den konkreten Streitfall. Dadurch wird das Reichsgericht notwendig zum guten Teile seiner dem öffentlichen Interesse dienenden Aufgabe, die Rechtseinheit zu fördern und zu erhalten, entzogen.“), der (aaO, 928) schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts für die Einführung einer Grundsatzrevision plädierte. S. ferner zur damaligen Diskussion *Silberschmidt*, Die deutsche Rechtseinheit, S. 35 ff.

lung<sup>247</sup> führt das Revisionsrecht damit zu einer bedeutenden Fehlallokation richterlicher Ressourcen.

### bb) Verfahrensbeendigung

Dieser Befund – wonach der BGH zumindest in quantitativer Dimension kein Gericht für grundsätzliche Rechtsfragen ist – wird durch die Entscheidungsstruktur im Revisionsverfahren verstärkt (Abb. 4). Im langjährigen Mittel ergeht nur in etwa 50 % der zugelassenen Revisionen<sup>248</sup> eine Sachentscheidung, wobei sich deren Anzahl in der letzten Dekade mehr als halbiert hat (Quote 2010/2022: 0,65). In Bezug auf die Zahl der Gesamtverfahren ergeht nur in einem Bruchteil eine mit Gründen versehene Entscheidung, die zur Rechtsfortbildung beitragen könnte.

Geschäftsjahr	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022
Erledigte Revisionen <sup>249</sup>	978	925	746	784	751	1.024 <sup>250</sup>	958 <sup>251</sup>
Erledigung durch Urteil mit inhaltlicher Entscheidung (bei Zulassung durch LG/OLG)	65 % 635 (228/407)	59 % 544 (377/167)	61 % 456 (301/155)	55 % 435 (299/136)	47 % 352 (231/121)	30 % 308 (86/222)	43 % 410 (125/285)
Erledigung durch Beschluss gem. § 522a ZPO (LG/OLG)	7,0 % (46/22)	8,1 % (38/37)	5,0 % (17/20)	6,1 % (27/21)	7,6 % 38/19	7,0 % (7/65)	7,3 % (17/53)
<i>Erledigung ohne Sachentscheidung</i>							
– davon: Verwerfung als Unzulässig (LG/OLG)	0,7 % (6/1)	1,2 % (6/5)	1,9 % (9/5)	4,8 % (34/4)	1,1 % (3/5)	1,5 % (6/9)	1,6 % (4/11)
– davon: Rücknahme oder sonstige Verfahrensbeendigung (LG/OLG)	26,4 % (161/97)	31,9 % (160/135)	32 % (136/103)	34 % (191/72)	44 % (118/216)	61 % (38/591)	48,3 % (31/432)

Abb. 4: Verfahrensbeendigung am BGH (2010–2022).

### cc) Revisionseinlegungsquote

Diese signifikante Verschiebung und Fokussierung der Rechtsprechungstätigkeit des BGH auf die Nichtzulassungsbeschwerde wird bei einem Blick auf die Revisionseinlegungsquote bestätigt (Abb. 5). Die vom Gesetzgeber erhoffte Fein-

<sup>247</sup> Oben sub § 2. V. 2.

<sup>248</sup> Exklusive Verfahren, die nach § 552a ZPO erledigt werden, da im Hinweisbeschluss in der Regel nur die Darlegung erfolgt, dass ein Revisionszulassungsgrund nicht (mehr) gegeben ist.

<sup>249</sup> Inklusive Berufung in Patentsachen, die in der Statistik nicht gesondert ausgewiesen werden, und Revisionen gegen Musterfeststellungsurteile (§ 614 ZPO).

<sup>250</sup> Der starke Anstieg zugelassener Revisionen erklärt sich insbesondere durch die Vielzahl von sog. Dieselverfahren.

<sup>251</sup> Vorgehende Fn.

<i>Geschäftsjahr</i>	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022
Zugelassene Revisionen (vom LG/OLG)	1.889 (771/ 1.118)	1.698 (608/ 1.090)	1.686 (652/ 1.034)	1.736 (575/ 1.161)	1.399 (1.000/ 399)	2.653 <sup>252</sup> (901/ 1.752)	1.721 (839/ 882)
Quotaler Anteil der beim BGH im gleichen Zeitraum eingegangenen Revisionen	44 % (829)	43 % (737)	46 % (776)	39 % (679)	35 % (488)	47 % (1249)	40 % (689)
Sachentscheidungen im gleichen Zeitraum [s. o., Abb. 4]	635	544	456	435	352	308	410
Verhältnis reversible Berufungsurteile – Revisionsurteile mit Sachentscheidung <sup>253</sup>	34 %	32 %	27 %	25 %	25 %	12 %	24 %
Vom OLG zugelassene Revisionen	771	608	652	575	399	1752	882
Quotaler Anteil der beim BGH im gleichen Zeitraum eingegangenen Revisionen	67 % (514)	44 % (73 %)	67 % (439)	73 % (421)	55 % (221)	63 % (1097)	59 % (523)
Sachentscheidungen im gleichen Zeitraum [s. o., Abb. 4]	407	167	155	136	121	222	285
Verhältnis reversible Berufungsurteile – Revisionsurteile mit Sachentscheidung	53 %	27 %	24 %	24 %	30 %	13 %	32 %
Vom LG zugelassene Revisionen	1.118	1.090	1.034	1.161	1.000	901	839
Quotaler Anteil der beim BGH im gleichen Zeitraum eingegangenen Revisionen	27 % (305)	27 % (289)	32 % (332)	22 % (255)	27 % (265)	16 % (145)	20 % (165)
Sachentscheidungen im gleichen Zeitraum [s. o., Abb. 4]	228	377	301	299	231	86	125
Verhältnis reversible Berufungsurteile – Revisionsurteile mit Sachentscheidung	20 %	35 %	29 %	26 %	23 %	9,5 %	14,9 %

Abb. 5: Revisionseinlegungs- und -entscheidungsquote (2010–2022).

<sup>252</sup> Die hohe Zahl der Neueingänge erklärt sich durch Parallelverfahren im sog. Dieselskandal.

<sup>253</sup> Dabei wird unterstellt, dass Zulassungszahlen etc. über die jeweiligen Jahreszeiträume gleichbleibend sind. Berufungen in Patentsachen werden nicht gesondert ausgewiesen.

steuerung dergestalt, dass nur Fragen mit rechtsgrundsätzlicher Bedeutung zum Höchstgericht gelangen, hat sich dabei als Trugschluss erwiesen: Die Zulassung der Revision durch den iudex a quo bildet für die unterlegene Partei keinen sicheren Anreiz, diesen Rechtsmittelweg auch tatsächlich zu beschreiten. Während die Berufungsgerichte 2022 in über 1.700 Verfahren mit einer Rechtsfrage konfrontiert waren, die aus Sicht der intermediären Instanz eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich macht, wurde nur in 40 % dieser Verfahren Revision zum BGH eingelegt. Da – wie vorstehend ausgeführt – nicht jedes Revisionsverfahren auch zu Ende geführt, sondern häufig durch Rechtsmittelrücknahme, Anerkennnis oder Verzicht erledigt wird, kommt es in nur maximal 50 % der eingelegten Revisionen zu einem begründeten Sachurteil durch den BGH. Setzt man die revisionsfähigen Berufungsurteile und die im gleichen Zeitraum ergangenen Sachurteile ins Verhältnis, ergibt sich damit der durchaus magere Befund von 24 % (für 2022). Die Zulassung der Revision bietet für eine rational agierende Partei daher häufig keinen ausreichenden Anreiz, eine Rechtsklärung durch das Revisionsgericht herbeizuführen.

*b) Das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde*

*aa) Erfolgsaussichten*

Ein diametral entgegengesetztes Bild zeigt sich bei der der Nichtzulassungsbeschwerde. Dieser vorrangig im Individualinteresse geführte Rechtsbehelf nimmt den größten Teil der Arbeitsbelastung der Zivilsenate ein, obwohl die Erfolgsquoten durchweg gering sind. 2022 wurde nur in 5,6 % der Verfahren die Revision zugelassen bzw. das Verfahren wegen einer Gehörsverletzung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 544 Abs. 9 ZPO), wobei die Sacherfolgsquote – d. h. der Anteil der Verfahren, die in einem für den Beschwerdeführer günstigen Endurteil münden – noch geringer sein dürfte, weil das zweite Berufungsurteil gerade bei Verfahrensverstößen in der Sache gleich ausfallen kann.<sup>254</sup>

Dabei offenbart sich gerade in der letzten Dekade ein deutlicher Rückgang der Erfolgsquoten. Dies dürfte sich zum einem damit erklären lassen, dass der BGH bei Verfahrensverstößen aufgrund der Entwicklung des allgemeinen zivilprozessualen Subsidiaritätsgrundsatzes<sup>255</sup> deutlich strenger agiert und zum anderen die Zulassungsgründe gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO restriktiver interpretiert. Ein Blick in die Statistik des BVerfG<sup>256</sup> zeigt jedoch, dass der BGH dabei sein verfassungsrechtliches und zivilprozessuales Mandat nicht überschreitet: Die Aufhebungsquote (zivil- und strafrechtlicher) Revisionsurteile lag 2022 bei 0,3 %. Berücksichtigt

<sup>254</sup> Die Zulassung der Revision kann daher ein Danaergeschenk sein, wenn der Rechtsmittelführer vor dem Berufungsgericht erneut – mit anderer Begründung – unterliegt, da sich seine Kostentragungslast signifikant erhöht hat.

<sup>255</sup> Dazu noch sub § 4. III. 2. b).

<sup>256</sup> BVerfG, Jahresbericht 2022, S. 55; [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/jahresbericht\\_2022.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=4) [23.08.2023].

Geschäftsjahr	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022
Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren insgesamt erledigt	2.546	2.750	3.592	3.593	3.554	3.482	3.386
– Zurückweisung durch (in der Regel begründungslosen) Beschluss, § 544 Abs. 6 S. 2 Hs. 2 ZPO	59 % (1.514)	55 % (1.513)	65 % (2.327)	61 % (2.203)	60 % (2.138)	65 % (2.270)	52,5 % (1.777)
– Rücknahme, Verwerfung als unzulässig, Erledigung auf andere Weise	29 % (729)	36 % (977)	29 % (1.031)	31 % (1.125)	35 % (1.226)	29 % (1.025)	41,9 % (1.420)
– Revisionszulassung <sup>257</sup>	11,9 % (303)	9,5 % (260)	6,5 % (234)	7,4 % (266)	5,3 % (190)	5,4 % (187)	5,6 % (189)

Abb. 6: Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde (2010–2022).

man weiterhin, dass der BGH im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde als ‚präsumtive Verfassungsbeschwerde‘ meist den gleichen Prüfungsmaßstab wie das BVerfG im Rahmen einer Individualverfassungsbeschwerde anlegt,<sup>258</sup> ist der derzeitige Kontrollmaßstab verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>259</sup>

#### bb) Zulassungsquote als Steuerung der Arbeitsauslastung?

Indes zeigt die statistische Auswertung des Verfahrensgangs, dass zwischen den Zivilsenaten eine nicht unerhebliche Differenz bei den Zulassungsquoten existiert – die Spannweite in den letzten fünf Jahren reicht von 0,8 % bis 29 %. Dieser Befund könnte den bisweilen geäußerten Vorwurf, das Zulassungsverfahren gem. § 544 ZPO diene (auch) dazu, die Fallauslastung der Senate zu steuern,<sup>260</sup> untermauern.

Zum Teil dürften die divergierenden Zulassungsquoten jedoch darauf zurückzuführen sein, dass die vor dem besonders zulassungstarken I. und X. Zivilsenat verhandelten Materien (u. a. Wettbewerbsrecht, Patent-, Marken- und Urheberrecht) in der Regel deutlich komplexer sind und daher eine höchstrichterliche Entscheidung häufiger vonnöten machen als etwa bei den Materien des XII. Zivilsenats, der – bei Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden – vorrangig für Miet- und Pachtverhältnisse zuständig ist. Gerade ein Vergleich zwischen den signifikant

<sup>257</sup> An den anderen obersten Gerichtshöfen finden sich ähnliche Quoten, vgl. *Nassall* NJW 2018, 3561, 3563 ff.; BVerwG: 13,5 %, BFH: 11,6 %, BAG: 6,3 %, BSG: 5,6 %.

<sup>258</sup> Ausführlich noch sub § 5. I. 1.

<sup>259</sup> Kritisch dagegen *Winter*, nach dessen Ansicht sich der BGH der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit „systematisch verweigern“ würde (*ders.*, Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: Gsell/Hau [Hrsg.], Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher, S. 37, 42; ähnlich *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1641). Ein Vergleich zur Erfolgsquote bei einer zugelassenen Revision kann indes nicht überzeugen, weil bei einer Nichtzulassungsbeschwerde typischerweise Verfahrensfehler im Vordergrund stehen, die in der Mehrheit der Fälle nicht durchgreifen, während bei der zugelassenen Revision eine ungeklärte Rechtsfrage im Raume steht, bei der das Entscheidungsergebnis durch den BGH nicht sicher prognostiziert werden kann (anders *Winter*, aaO, S. 37, 38 f., 41; *ders.* NJW 2016, 922, 923 ff.).

<sup>260</sup> So ausdrücklich *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 543 ZPO Rn. 65.

Zivilsenate	I.	II.	III.	IV.	V.	VI.	VII.	VIII.	IX.	X.	XI.	XII.	XIII.	XIV.
<i>Geschäftsjahr 2016</i>														
Erfolgsquote	16%	4,4%	5,1%	6,5%	5,5%	11%	5,1%	8,3%	11%	21%	4,8%	2,0%		
Anzahl NZB-Verfahren	204	298	506	292	255	572	311	217	283	43	433	153		
<i>Geschäftsjahr 2018</i>														
Erfolgsquote	14%	7,0%	4,3%	1,9%	6,1%	5,6%	3,8%	4,6%	8,3%	12%	2,2%	1,1%		
Anzahl NZB-Verfahren	189	456	281	268	277	465	292	238	300	42	633	89		
<i>Geschäftsjahr 2020</i>														
Erfolgsquote	11%	5,7%	5,6%	2,0%	7,2%	4,6%	3,0%	3,0%	4,0%	22%	4,5%	2,3%	29%	
Anzahl NZB-Verfahren	195	280	212	300	264	559	297	291	247	32	637	132	7	
<i>Geschäftsjahr 2022<sup>261</sup></i>														
Erfolgsquote	7,7%	5,1%	11%	0,8%	9,1%	5,6%	5,7%	4%	6,3%	27%	6,3%	3,2%	15%	
Anzahl NZB-Verfahren	182	197	237	238	220	338	421	278	206	41	270	95	20	

Abb. 7: Zulassungsquoten der Zivilsenate am BGH (2016–2022).

<sup>261</sup> Im Jahr 2022 ergibt sich zudem für den VIa. Zivilsenat bei 625 Verfahren eine Erfolgsquote von 1,9%.

hohen Zulassungszahlen des X. Zivilsenats mit einer geringen Fallbelastung und der restriktiven Zulassungspraxis des IV. Zivilsenats mit bis zu 300 Verfahren pro Jahr legt jedoch nahe, dass durchaus auch eine – kaum quantifizierbare – Korrelation zwischen Fallbelastung und Erfolgsquote besteht. Dies ist mit Blick auf die Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) durchaus bedenklich, sofern bei der Rechtsschutz suchenden Partei der Eindruck erweckt wird, die interne Zuständigkeitsverteilung entscheide mit über den Erfolg des Rechtsbehelfs.

### c) Rechtsbeschwerden

Auch bei den Rechtsbeschwerdeverfahren zeigt sich ein gemischtes Bild. Einerseits sind die Eingangszahlen beim BGH in der letzten Dekade um knapp ein Drittel zurückgegangen,<sup>262</sup> was den vorstehend geäußerten Befund untermauert, dass der vom iudex a quo eröffnete Weg zum Höchstgericht die vorinstanzlich unterlegene Partei nicht in jedem Fall dazu ermuntert, diesen auch zu beschreiten. Andererseits sticht die konstant hohe Zahl der a limine unzulässigen Rechtsbeschwerden von über 30 % ins Auge. Dieser Umstand wird verstärkt, da auch bei den an sich statthaften Rechtsbeschwerden über 20 % verworfen werden und sich ein weiteres Drittel der Verfahren durch Rücknahme oder auf sonstige Weise erledigt, sodass der Anteil der tatsächlich in der Sache entschiedenen Verfahren deutlich in der Minderzahl ist. Dies bestätigt abermals den eingangs dargelegten Befund, dass die Revisionsrichterschaft mehrheitlich nicht mit der Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen konfrontiert ist.

Geschäftsjahr	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022
<i>Eingänge beim BGH (Rechtsbeschwerden und ähnliche Verfahren)</i>	1.920	1.617	1.544	1.528	1.563	1.474	1.448
– davon unzulässig, da zulassungsbedürftig und nicht zugelassen	30,6 % (588)	32,3 % (523)	37,8 % (583)	34,2 % (522)	37,2 % (582)	29,1 % (429)	34,9 % (505)
<i>Erledigung beim BGH</i>	1.107	1.300	1.047	1.080	930	1.023	886
– Verwerfung <sup>263</sup>	39,6 % (438)	26,2 % (340)	20,4 % (214)	19,2 % (207)	22,5 % (209)	22,8 % (234)	25,5 % (232)
– Beschluss mit Sachentscheidung	22,9 % (253)	36,4 % (473)	42,1 % (441)	37,9 % (409)	40,3 % (375)	26,7 % (273)	21,8 % (193)
– Rücknahme, sonstige Erledigung	37,6 % (416)	37,5 % (487)	37,4 % (392)	43 % (464)	37,2 % (346)	34,8 % (356)	52,7 % (467)

Abb. 8: Rechtsbeschwerden am BGH (2010–2022).

<sup>262</sup> Die im Rahmen der ZPO-Reform 2001 befürchtete Gefahr, dass es zu einer ausufernden Zulassung durch die Beschwerdegerichte kommen würde (dazu *Kreft* ZRP 2003, 77), hat sich damit nicht bewahrheitet.

<sup>263</sup> Inklusive Zurückweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit, z. B. gem. § 74a FamFG.

*d) Zwischenergebnis*

Im Gegensatz zur gesetzgeberischen Modellvorstellung bei Erlass des ZPO-RG 2001 verwendet der BGH nicht den größten Teil seiner Arbeitskraft auf die Beantwortung rechtsgrundsätzlicher Verfahren; die Bedeutungsverschiebung zwischen Revision und Nichtzulassungsbeschwerde zugunsten letzterer hat in der letzten Dekade vielmehr noch einmal zugenommen. Mit Blick auf die daraus folgenden Defizite bei der rechtsfortbildenden Funktion des BGH ist besonders misslich, dass bereits nur ein Bruchteil der vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen das Revisionsgericht überhaupt erreichen und nur knapp ein Drittel dieser Verfahren auch in der Sache entschieden wird. Die mit den §§ 542 ff. ZPO verknüpfte Modellvorstellung einer schnellen und umfassenden höchstrichterlichen Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen kann das geltende Verfahrensrecht daher nur eingeschränkt erfüllen.

*2. Ursachen: Der Einfluss des Kostenrechts auf das Revisionsverfahren*

Die Gründe für diesen Befund sind vielschichtig. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die betroffene Partei bei der Entscheidung zur Rechtsmitteleinlegung nicht rational agiert: Die Mehrheit nimmt – wie ausgeführt – auch bei einer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision von deren Durchführung Abstand, obwohl die Erfolgsaussichten angesichts einer höchstrichterlich ungeklärten oder uneinheitlich entschiedenen Rechtsfrage wenigstens als offen beschrieben werden können, wohingegen sich die Durchführung der Nichtzulassungsbeschwerde einer steten Beliebtheit erfreut, obwohl angesichts nur marginaler Erfolgsaussichten im einstelligen Prozentbereich in aller Regel von einem Rechtsmittelverfahren abzuraten wäre. Statistisch ist das Kriterium der Revisionszulassung daher nur ein partiell operables Steuerungselement, da die unterlegene Partei – vom Verbandsprozess abgesehen – einzig am Ausgang ihres Rechtsstreits, nicht jedoch an der Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen interessiert ist. Auch wenn die Entscheidung der Partei zur Einlegung eines Rechtsmittels dabei von einer ganzen Reihe nicht mess- oder quantifizierbarer Faktoren – insbesondere der persönlichen oder ideellen Bedeutung der Streitsache – beeinflusst wird, dürfte insbesondere das zivilprozessuale Kostenrecht einen steuernden Einfluss auf die Entscheidung haben.<sup>264</sup> Denn daraus lassen sich Anhaltspunkte für die Kosten-Nutzen-Relation des Rechtsmittelverfahrens ableiten.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> Vgl. dazu *Eidenmüller* ZfP 2000, 5 ff.; umfassend *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip (passim). S. ferner die Analyse speziell für das Berufungsverfahren bei *Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, S. 9 ff. mwN.

<sup>265</sup> Umfassend *Schafft*, Selektion von Rechtsmitteln durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, S. 121 ff. mwN.

## a) Bedeutung des Kostenrechts im Revisionsverfahren

Die Höhe der Verfahrenskosten spielt für die Durchführung des Revisionsverfahrens<sup>266</sup> prinzipiell keine Rolle. Anders als etwa in der Rechtsprechung des House of Lords – welches verlautbarte, ein Rechtsmittel nicht zuzulassen, wenn die dadurch entstehenden Kosten den Wert des Verfahrensgegenstands deutlich übersteigen<sup>267</sup> – erfolgt im deutschen Recht keine Kosten-Nutzen- oder Proportionalitäts-Analyse. Kehrseite der aus dem Justizgewährleistungsanspruch fließenden Dispositionsfreiheit der Partei ist dabei eine – auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion kaum erörterte – Kostenlast, die im Widerspruch zum Dogma des kostengünstigen deutschen Zivilprozesses zu stehen scheint (Abb. 9).<sup>268</sup>

Streitwert [EUR]	1.000	5.000	10.000	20.000	50.000	100.000	500.000	1 Mio.	10 Mio.
In I. und II. Instanz angefallene Kosten [EUR]	1.612	5.435	9.702	13.138	20.436	28.874	72.043	106.686	730.832
Kostenquote für die I. und II. Instanz (gerundet)	161 %	109 %	97 %	66 %	41 %	29 %	14 %	11 %	7,3 %
Kosten für die Revisionsinstanz [EUR]	1.133	3.873	6.930	9.392	14.620	20.660	51.559	76.382	523.189
Kostenquote für die III. Instanz (gerundet)	113 %	77 %	69 %	47 %	29 %	21 %	10 %	7,6 %	5,2 %
Gesamtkosten für die I., II. und III. Instanz [EUR]	2.745	9.309	16.633	22.530	35.055	49.535	123.602	183.098	1.254.021
Gesamtkostenquote (gerundet)	275 %	186 %	166 %	113 %	70 %	49 %	25 %	18 %	13 %

Abb. 9: Kostenquote im Revisionsverfahren

<sup>266</sup> Es fallen idR eine 2,3-Verfahrensgebühr gem. Nr. 3208, 3206 Anl. 1 RVG, eine 1,5-Terminsgebühr gem. Nr. 3210 Anl. 1 RVG sowie 5,0 Gerichtsgebühren gem. Nr. 1230 Anl. GKG an, die sich auf eine 1,0-Gerichtsgebühr bei Rücknahme des Rechtsmittels vor Vorlage der Revisionsbegründung (Nr. 1231 Anl. 1 GKG) bzw. auf eine 3,0-Gerichtsgebühr nach Vorlage der Revisionsbegründung (Nr. 1232 Anl. 1 GKG) ermäßigen.

<sup>267</sup> *Piglovska v. Piglovski* [1999] UKHL 27; [1999] 1 WLR 1360 per Lord Hoffmann: „[T]here is the principal of proportionality between the amount at stake and the legal resources of the parties and the community which it is appropriate to spend on resolving the dispute. [...] To allow successive appeals in the hope of producing an answer which accords with perfect justice is to kill the parties with kindness.“ Näher zum Fall *Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 112.

<sup>268</sup> In Ansatz gebracht werden (vgl. o. Fn. 266; berechnet zum 01.08.2023) die Gerichtsgebühren sowie die Kosten für den eigenen und gegnerischen Rechtsanwalt auf der Grundlage eines Prozessgegners, ohne vorgerichtliche Vertretung, ohne Berücksichtigung außergerichtlicher Kosten und Kosten für eine Beweisaufnahme. Ebenfalls unberücksichtigt bleibt, dass die Umsatzsteuer aufgrund eines Vorsteuerabzugs eventuell nur ein Durchlaufposten ist (vgl. § 15 UStG). Tatsächlich dürften die Kostenquoten aufgrund vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, Kosten für eine Beweisaufnahme usw. teilweise noch deutlich höher ausfallen.

Bei amtsgerichtlichen Verfahren übersteigen die bis zum im Revisionsrechtszug angelaufenen Kosten den Wert des Verfahrensgegenstandes regelmäßig um das Doppelte; bei 20.000 EUR übersteigen die Gesamtverfahrenskosten noch immer den Streitwert. Und selbst bei Verfahren bis 50.000 EUR – die einen Großteil der vor dem BGH verhandelten Fälle ausmachen –, nähern sich die Prozesskosten noch der Höhe des Streitwerts an. Dies erklärt, dass eine rational agierende Partei auch bei zugelassener Revision angesichts unklarer Erfolgsaussichten und veritabler Kostenrisiken aufgrund des in §§ 91, 97 ZPO verankerten Unterliegensprinzips von der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens absieht. Aufgrund der im deutschen Kostenrecht favorisierten Gebührenregression erweisen sich Revisionsverfahren mit einem Streitwert unterhalb von 25.000–30.000 EUR – jedenfalls für eine Partei ohne Rechtsschutzversicherung – als wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll, insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass das Rechtsmittel nur in ca. 26 % der Fälle zu einer abändernden Sachentscheidung oder wenigstens einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht führt.<sup>269</sup> Dies hat erhebliche Konsequenzen für die Rechtsfindung, da der Streitwert eines Individualprozesses keine Aussage über dessen Breitenwirkung beinhaltet: Sind etwa Fragen zur Abrechnung von Mietwagenkosten im Individualrechtsstreit eine wirtschaftliche Quisquilie, kann eine Änderung der höchstrichterlichen Spruchpraxis für die Versicherungswirtschaft Mehrkosten in Millionenhöhe nach sich ziehen.<sup>270</sup> Gleiches gilt im Wohnraummietrecht oder bei der Unwirksamklärung von AGB bzw. AVB.<sup>271</sup>

#### b) Reformbedarf?

Der hehre gesetzgeberische Ansatz,<sup>272</sup> auch in Verfahren mit geringem Streitwert eine dritte Instanz zu eröffnen, um so die gesamte Bandbreite des Zivilrechts einer höchstrichterlichen Klärung durch das Revisionsgericht zuzuführen, muss folglich mit dem Caveat versehen werden, dass Rechtsgebiete mit typischerweise geringem Streitwert schon aus Kostengründen nicht mit der gleichen Intensität höchstrichterlich entschieden werden wie solche mit höherem Streitwert.<sup>273</sup> Dem Befund *Rimmelpachers*, auch die „in die Hand der Beteiligten gelegte“ Rechtsmitteliniziativa bringe rechtsgrundsätzliche Sachverhalte regelmäßig in die dritte Instanz,<sup>274</sup> kann de lege lata nur eingeschränkt zugestimmt werden. Sofern die Verfahrenskosten nach zwei Instanzen den Verfahrensgegenstand bereits übersteigen, lehnen auch rechthaberische Verlierer das „mit der Revisionszulassung

<sup>269</sup> Vgl. BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 27 f.

<sup>270</sup> Vgl. schon *Wagner*, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Bork et al. (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, S. 157, 165 mwN.

<sup>271</sup> Vgl. z. B. das Verfahren BGH NJW 2021, 2273 (Streitwert im Ausgangsverfahren: 5.000 EUR), in dem der BGH Bestimmungen in den AGB-Banken und AGB-Sparkassen für unwirksam erklärt hat, die Millionen von Bankkunden betrafen.

<sup>272</sup> Vgl. oben sub § 2. V. 1.

<sup>273</sup> Dazu sogleich ausführlich sub § 3. III. 3.

<sup>274</sup> *Rimmelpacher* FS Schumann, S. 327, 350 (zum alten Recht); ähnlich *Unberath* ZZP 2007, 323, 333.

gemachte Angebot, auf eigene Kosten im Interesse der Allgemeinheit grundsätzliche Rechtsfragen höchstrichterlich klären lassen zu dürfen, einsichtsvoll und resignierend ab“.<sup>275</sup> Vor diesem Hintergrund ist insbesondere die Wertentscheidung des deutschen Kostenrechts, Anwalts- und Gerichtsgebühren mit jeder Instanz signifikant ansteigen zu lassen – zwischen erster und dritter Instanz regelmäßig um 75 % – bemerkenswert, dient doch gerade die Revisionsinstanz, nicht jedoch das erstinstanzliche Verfahren, prominent auch öffentlichen Interessen.

Endet dabei die Bereitschaft der Parteien, bestimmte Verfahren in die höchste Instanz zu bringen, können grundsätzliche Rechtsfragen nicht mehr entschieden und bestehende, aber nicht mehr zeitgemäße Rechtsprechungslinien nicht mehr auf ihre fortbestehende Richtigkeit überprüft werden,<sup>276</sup> was ein Erodieren der betroffenen Rechtsmaterie zur Folge hat. Daher gibt es schon seit Längerem Überlegungen, das Revisionsverfahren verfahrenskostenfrei auszugestalten<sup>277</sup> oder wenigstens die Gerichtsgebühren bei zugelassener Revision abzuschaffen, da die Rechtsmittelinitiative der Parteien vornehmlich auch im öffentlichen Interesse liegt.<sup>278</sup> So schlug der BGH selbst bereits 1975 eine besondere Kostenregelung vor, wonach die Zivilsenate in der Revisionsinstanz befugt sein sollten, mit Blick auf das öffentliche Interesse an der Verfahrensdurchführung von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen – ein Vorschlag, der im Gesetzgebungsverfahren schließlich an fiskalischen Erwägungen scheiterte.<sup>279</sup>

Weiter wird erwogen, die Anwaltskosten bei zugelassener Revision als ‚Rechtsfortbildungskosten‘ der Staatskasse aufzulegen.<sup>280</sup> Vorbild für dieses Konzept ist insbesondere die Gerichtskostenfreiheit gem. §34 Abs. 1 BVerfGG sowie §34a Abs. 3 BVerfGG, wonach das BVerfG ‚im Interesse des Rechts‘ eine Auslagenentscheidung nach Billigkeit<sup>281</sup> treffen kann. Damit könnte jedenfalls bei zugelassener Revision und kleinen Streitwerten ein verstärkter Anreiz zur Rechtsmitteldurchführung im Allgemeininteresse schaffen werden, um so den niedrigen Revisionseinlegungsquoten in den davon typischerweise betroffenen Rechtsmaterien entgegenzuwirken.

<sup>275</sup> Büttner, Gutachten A zum 65. DJT, A 97; aus rechtsvergleichender Perspektive vgl. *Oldfather* 94 Geo. L. J. 121, 164 (2005); *Schauer* 73 U. Chi. L. Rev. 883, 909f. (2006).

<sup>276</sup> *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 306, mit Verweis auf *Allen*, Law in the making, S. 313.

<sup>277</sup> *Grunsky*, Gutachten A zum 51. DJT, A 55 ff.; *Bokelmann* ZRP 1973, 164, 166; *Gilles*, Humane Justiz, S. 147, 162f.; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 456 ff., 463 ff.

<sup>278</sup> Vgl. dazu etwa die Petition 628 an den Rechtsausschuss des deutschen Bundestages im Jahr 2009; näher *Althammer*, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 89, 100.

<sup>279</sup> Einzelheiten bei *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 456 mwN.

<sup>280</sup> Einzelheiten bei *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 42, 456 mwN; *Pawłowski* JZ 1975, 197, 200; *Roth* FS Bosch, S. 827, 839; aA wohl *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, S. 120f.

<sup>281</sup> Zu den Maßstäben: BVerfGE 7, 75, 76 f., 82, 310, 315; 89, 91, 97.

### 3. Die vor dem BGH behandelten Sachmaterien

#### a) Grundsatz

Daraus folgen zwei Konsequenzen: Erstens führt die vorstehend beschriebene Kostensteuerung des Zivilprozesses sowie die in § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verankerte Beschwerdegrenze zu einer strukturellen Bevorzugung von Verfahren mit höherem Streitwert (Abb. 10). Das Wettbewerbs- ist ebenso wie das Gesellschafts- und Darlehensrecht und dasjenige des Geistigen Eigentums überproportional häufig vor dem Revisionsgericht vertreten. Das Reise- und Personenbeförderungsrecht betraf im Jahr 2022 dagegen nur 53 Revisionsverfahren,<sup>282</sup> obwohl schon das Reiserecht mit 70.000 vor Amts- und Landgerichten initiierten Prozessen<sup>283</sup> eine nicht ganz unbedeutende Rechtsmaterie ist (Quote: 0,08 %).

<i>Geschäftsfall nach Sachgebiet (Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden)</i>	2016	2018	2020	2022
1. Urheber- und Verlagsrecht	50	32	32	29
2. Musterschutz und Patentrecht	34	30	27	22
3. Berufungen in Patentnichtigkeitssachen	48	63	47	53
4. Markensachen und Wettbewerb	148	123	142	118
5. See- und Schifffahrtssachen	–	1	1	2
6. Speditions- und Lagersachen	21	21	20	17
7. Darlehen/Kontokorrente	641	614	640	304
8. Gesellschaftsverhältnisse	339	445	205	211
9. Wechsel- und Schecksachen	–	–	1	–
10. Versicherungssachen	351	272	282	382
11. Beamtenrecht	6	2	3	6
12. Amtspflichtverletzungen	41	43	38	34
13. Enteignung und Aufopferung	–	2	4	6
14. Familienrecht	4	3	2	3
15. Rückerstattungssachen	–	–	–	–
16. Bundesentschädigungsgesetz	–	–	2	–
17. Grundstücksverträge	141	131	105	101
18. Besitz und Eigentum an Grundstücken	45	52	46	47
19. Dingliche Rechte	28	38	47	21
20. Erbrecht	49	54	60	52
21. Unerlaubte Handlungen/unzulässige Abschalt- richtung bei Dieselmotoren	530	431	1.411	2.064
22. Verkehrsunfälle	105	94	84	85
23. Dienstverträge	48	62	64	51
24. Werkverträge	268	235	183	225
25. Auftragsverhältnisse	649	231	130	142
26. Bürgschaften	28	23	19	8
27. Maklersachen	37	40	30	39
28. Kauf und Tausch	176	237	235	156
29. Miete und Pacht	230	263	211	238
30. Besitz und Eigentum an beweglichen Sachen	13	13	14	18

Abb. 10: Geschäftsfall am BGH nach Sachgebiet (2016–2022).

<sup>282</sup> BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 17. Eine Ausnahme von dieser Entwicklung bildet das Wohnraummietrecht, welches nach der ZPO-RG 2001 einen wesentlichen Entwicklungsschub durch den BGH erfahren hat.

<sup>283</sup> Inklusive Fluggastentschädigungssachen, vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistischer Bericht – Zivilgerichte [2022] (o. Fn. 217). Die Erledigungsquote durch Vergleichsschluss bleibt hierbei unberücksichtigt, weil diese in der Statistik nicht gesondert ausgewiesen wird.

Zweitens nehmen im Bereich des bürgerlichen Rechts Verfahren aus dem zweiten Buch des BGB ein starkes Übergewicht ein, wohingegen an anderer Stelle deutliche Abwanderungstendenzen zu alternativen Streitbeilegungsmethoden detektiert werden können: Das Produkthaftungsrecht spielt im Arbeitsalltag des BGH nur noch eine sehr untergeordnete Rolle,<sup>284</sup> Judikate zum Unternehmenskauf sind in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung praktisch nicht mehr vorhanden.<sup>285</sup>

Dieser Befund wird bei einem Blick in die amtliche Entscheidungssammlung BGHZ,<sup>286</sup> welche vorrangig Auskunft über die rechtsfortbildende Tätigkeit des Revisionsgerichts bietet, bestätigt. Eine stichprobenartige Auswertung der Bände BGHZ 211–220 und der darin veröffentlichten 251 Judikate zeigt, dass darin Urteile des Bankensenats (XI. Zivilsenat) und insbesondere Entscheidungen in Familiensachen (XII. Zivilsenat) überproportional häufig vertreten sind,<sup>287</sup> was sich auch in der Themenauswahl widerspiegelt (Abb. 11; S. 127<sup>288</sup>).

Es zeigt sich dabei, dass die Kernmaterien des bürgerlichen Rechts noch immer den Schwerpunkt der rechtsfortbildenden Funktion des BGH bilden. Die Verteilung ist indes sehr unregelmäßig; Erb- und Sachenrecht sowie die Bestimmungen des Allgemeinen Teils sind als eher statische Normkomplexe nur für einen Bruchteil der Leitentscheidungen verantwortlich. Fast 90 % der Grundsatzjudikate sind insoweit thematisch dem II. und IV. Buch des BGB zuzuordnen – insbesondere das Familienrecht tritt als der Rechtsfortbildung offene und sehr volatile Rechtsmaterie in den Vordergrund. Auffällig ist auch die disproportionale Verteilung über das Recht der Schuldverhältnisse: Delikts-, Miet- und Darlehensrecht scheinen nicht nur in der Rechtswirklichkeit eine bedeutsame Rolle zu spielen, sondern bieten auch häufig Anlass für grundsätzliche Rechtsentscheidungen. Kontrastierend hat das Bereicherungsrecht – welches im juristischen Studium eine exponierte Rolle einnimmt – in der Entscheidungssammlung nur eine nachrangige Bedeutung.

### *b) Bewertung*

Die mit dem ZPO-RG 2001 verbundene Intention, eine Rechtsklärung in der gesamten Bandbreite des Privatrechts mit gleicher Intensität zu erreichen, hat sich nur mit Einschränkungen realisiert, da der Gesetzgeber insbesondere die kostenmäßige Steuerung des Zivilverfahrens nicht berücksichtigt hat. Dennoch wird dem

<sup>284</sup> Näher BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 12: insgesamt sieben neue Verfahren nach dem ProdHaftG und GenTG.

<sup>285</sup> Dies hat dem BGH bisweilen den Vorwurf eingebracht, das Kaufrecht des BGB drehe sich im Schwerpunkt um Pferde und Hunde (vgl. etwa BGH NJW 2005, 3211; NJW 2006, 988; NJW 2006, 2250; NJW 2007, 1351; NJW-RR 2010, 1210; NJW 2012, 1071; NJW 2014, 1086).

<sup>286</sup> Dazu noch ausführlich sub § 7. III. 3.

<sup>287</sup> Anteile der veröffentlichten Entscheidungen nach Senaten in %: I. (3,2), II. (10,8), III. (9,6), IV. (5,6), V. (4,4), VI. (7,6), VII. (8,0), VIII. (9,2), IX. (8,4), X. (5,6), XI. (10,4), XII. (14,8), sonstige Senate (2,4).

<sup>288</sup> Auf Basis des Generalregisters zu BGHZ 211–220 erstellt (251 Urteile). Unter Berücksichtigung rundungsbedingter Abweichungen wurden 1.132 Zuordnungen vorgenommen, da eine Entscheidung oftmals mehrere Sachgebiete auf dem Gebiet des materiellen und Prozessrechts berührt.

<i>Fachgebiet</i>	<i>Gesamtanteil in %</i>	<i>Bedeutende Unterkategorien in %</i>
1. Allgemeine Lehren	4,1	<b>Grundrechte</b> – 61,7 % Sonstige Rechtslehren – 38,3 %
2. Bürgerliches Recht	51,5	I. Allgemeiner Teil – 8,2 % <b>II. Schuldrecht</b> – 68,4 % → Schuldrecht AT – 28,0 % → Schuldrecht BT – 40,4 % III. Sachenrecht – 5,0 % <b>IV. Familienrecht</b> – 17,7 % V. Erbrecht – 0,7 %
3. Handelsrecht	7,7	–
4. Nebengebiete des Bürgerlichen Rechts	8,3	<b>Gewerblicher Rechtsschutz</b> – 38,3 % Urheberrecht – 14,9 % Wettbewerbsrecht – 9,6 % Kartellrecht – 13,8 % <b>Versicherungsrecht</b> – 23,4 %
5. Verfahrensrecht	23,6	Allg. Verfahrensrecht – 17,2 % Streitiges Verfahren 1. Instanz – 16,9 % Rechtsmittel – 3,4 % Zwangsvollstreckungsrecht – 9,4 % <b>Insolvenzrecht</b> – 21,3 % Besondere Verfahrensarten – 4,9 % Freiwillige Gerichtsbarkeit – 2,2 % <b>Familiensachen</b> – 24,7 %
6. Öffentliches Recht	3,8	–
7. Medienrecht	0,2	–
8. Berufsrecht	0,8	–

*Abb. 11:* Sachmaterien der Judikate in BGHZ 211–220.

Revisionszweck der Rechtsfortbildung im Allgemeininteresse deutlich besser als vor Erlass des ZPO-RG 2001 zur Geltung verholten, was sich etwa in der nicht unerheblichen Zahl an Entscheidungen im Miet- und Pachtrecht, aber auch im Kauf- und Verbraucherrecht zeigt, welche trotz meist geringer Streitwerte eine erhebliche Breitenwirkung haben.<sup>289</sup> Insoweit haben sich die Erwartungen der ZPO-Reform 2001, welche die Revision auch gegen amtsgerichtliche Urteile ermöglichen sollte, wenigstens zu einem gewissen Teil erfüllt, auch wenn das Revisionsrecht de lege lata noch weit von einem idealen Verfahrensmodell entfernt ist.<sup>290</sup>

#### IV. Ergebnis

Weder Verfassungs- noch Europarecht verbürgen einen Individualzugang zum Revisionsgericht, auch wenn der Gesetzgeber im Rahmen einer objektiven Institutsgarantie gehalten ist, ein Rechtsmittelsystem dergestalt zu etablieren, dass der BGH seiner rechtsfortbildenden und rechtsvereinheitlichenden Funktion als höchstes Zivilgericht nachkommen kann. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein wei-

<sup>289</sup> Z. B. BGH NJW 2020, 1215 ff. (zur Zulässigkeit einer Eigenbedarfskündigung).

<sup>290</sup> Sehr positiv zum geltenden Recht dagegen insbesondere *Tolkedorf* FS Schlick, S. 337, 338.

ter Gestaltungsspielraum zu, weshalb die Revisionszwecke weder verfassungsfest noch einfachrechtlich-prozessual determiniert sind. Obschon das geltende Recht dabei die Funktion des Revisionsgerichts im Allgemeininteresse hervorhebt, welche den Horizont des konkreten Streitverfahrens übersteigt,<sup>291</sup> lässt sich ein abstraktes Vorrangverhältnis gegenüber den Parteiinteressen an einer Streitentscheidung im Individualrechtsstreit nicht ausmachen. Entscheidendes – und nachfolgend sub § 4 näher zu untersuchendes – Kriterium ist vielmehr, ob das Verfahrensrecht die Revisionszwecke in ihrer reflexiven Wechselbezüglichkeit insoweit adäquat berücksichtigt, als dass beide Funktionsbestandteile optimal zur Geltung kommen.

Ein Blick auf den Geschäftsanfall des BGH zeigt dabei, dass es eine nicht unerhebliche Diskrepanz zwischen gesetzgeberischer Modellvorstellung und justizieller Realität gibt. In temporaler Hinsicht verteilt sich die Arbeitskraft des BGH mehrheitlich auf die Kontrolle von Entscheidungen ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung. Die Vorstellung des Gesetzgebers als Revisionsgericht ‚für das Grundsätzliche‘ erweist sich daher – nicht zuletzt aufgrund des Zugangs zum Höchstgericht im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde – als Trugschluss, weil nur eine geringe Zahl der unterinstanzlich initiierten Verfahren überhaupt eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung aufweisen und zudem nur ein geringer Anteil der insoweit eingeleiteten Revisionsverfahren in eine begründete Entscheidung des Revisionsgerichts mündet. Dies legt den – rechtsvergleichend validierten<sup>292</sup> – Schluss nahe, dass ein Höchstgericht, welches 100–200 Grundsatzentscheidungen p. a. trifft, bereits ausreichen kann, um die Funktionsfähigkeit eines hierarchisch gegliederten Justizsystems zu sichern.

Der Struktur des zivilprozessualen Kostenrechts kommt bei diesem Befund eine erhebliche Bedeutung zu, weshalb eine Fallregulierung qua Streitwert in manchen Rechtsgebieten eine Rechtsvereinheitlichungsfunktion nahezu ausschließt und andere Verfahren überproportional häufig vor dem Revisionsgericht vertreten sind. Dennoch ist im Vergleich zur Rechtslage vor Erlass des ZPO-RG 2001 eine umfassendere Rechtsprechungstätigkeit des Revisionsgerichts in der Bandbreite des Privatrechts zu verzeichnen; die vom BGH behandelten Sachmaterien verdeutlichen, dass dieser noch immer ein der bürgerlichen Mitte der Gesellschaft zugewandtes Gericht ist.

---

<sup>291</sup> Plastisch bereits *Habscheid* ZZZ 1968, 175, 189.

<sup>292</sup> Vgl. noch §§ 8 ff., insbesondere § 10. IV. und § 11. II.

## §4 Die Entfaltung der Revisionszwecke im Verfahren

Knüpft man an die Feststellung an,<sup>1</sup> dass das geltende Revisionsverfahren als Parteirechtsmittel im öffentlichen Interesse eine hybride Stellung zwischen dem Allgemeininteresse an der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung des Privatrechts und dem Parteiinteresse zur Realisierung subjektiver Rechte einnimmt, ist nachfolgend zu untersuchen, wie sich dieses Wechselspiel im geltenden Revisionsverfahren entfaltet. Die janusköpfige Realisierung der Revisionszwecke vollzieht sich dabei sowohl auf der Ebene der Rechtsmittelzulassung als auch des nachgelagerten Revisionsverfahrens.

### I. Die Funktion des Revisionszulassungsverfahrens

Die Entscheidung über die Zulassung der Revision ist vorrangig dem Berufungsgericht überantwortet. Bei Vorliegen eines Zulassungsgrundes *hat*<sup>2</sup> dieses die Zulassung auszusprechen und das Revisionsgericht über die Sache zu entscheiden (vgl. §543 Abs. 2 ZPO) – ein *deciding to decide* kommt dem Höchstgericht folglich nicht zu. Die Revisionszulassungsgründe haben dabei als *gatekeeper* eine zentrale Filterfunktion, da bereits auf der Ebene der intermediären Instanz selektiert wird, welche Entscheidungen das Höchstgericht nicht erreichen. Zentralgestirn zur Realisierung der Revisionszwecke ist daher die – von starker Technizität gekennzeichnete – einfachrechtliche Ausformung der in §543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Revisionszulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsache, der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung,<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Oben sub §3. II. 2. e).

<sup>2</sup> Vgl. MünchKommZPO/Krüger §543 Rn. 28; tendenziell aA Nassall, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, Rn. 612. Eine nachträgliche Zulassung der Revision auf eine Gegenvorstellung hin ist stets unwirksam; die Rechtsprechung zur nachträglichen Zulassung der Rechtsbeschwerde in analoger Anwendung von §321 a ZPO (s. o. sub §3. I. 1. a)c(cc)) kann nicht auf die Zulassung der Revision übertragen werden (BGH NZI 2018, 958 Rn. 17; NJW-RR 2014, 1470 Rn. 13 ff.).

<sup>3</sup> Die einzelnen Zulassungsgründe adressieren dabei partiell unterschiedliche Verfahrensstadien: Bei einer Zulassung durch den iudex a quo stehen vorrangig die Zulassungsgründe der Grundsatzbedeutung und Rechtsfortbildung (§543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 1 ZPO) im Raum, wohingegen die beschwerte Partei im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde auch – und meist vorrangig – auf den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§§544 Abs. 4 S. 3, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) abstellt.

deren Konkretisierung auf fachgerichtlicher Ebene zu erfolgen hat.<sup>4</sup> Da die (positive) Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts, abgesehen von objektiv willkürlichen Erwägungen,<sup>5</sup> nicht selbstständig angreifbar und auch bei einer fehlerhaften Zulassung für das Revisionsgericht und für die Parteien bindend ist (vgl. § 543 Abs. 2 S. 2 ZPO),<sup>6</sup> vollzieht sich die einfachrechtliche Konkretisierung der Zulassungsgründe mehrheitlich im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO, wobei die dort aufgestellten Maßstäbe reflexiv auf zukünftige Zulassungsentscheidungen durch die Berufungsgerichte zurückwirken.<sup>7</sup>

### 1. Zulassungsgrund der Grundsatzbedeutung

Ausgehend von der Funktion des Revisionsgerichts zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung ist die Grundsatzbedeutung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO) Primus inter Pares der Zulassungsgründe. Eine Rechtssache hat nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzliche Bedeutung,

„wenn sie eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt.“<sup>8</sup>

Diese Definition findet sich – mit nuancierten Abwandlungen<sup>9</sup> – auch in der Rechtsprechung des BGH. Die Darlegungsanforderungen sind dabei nicht unerheblich: Will der Beschwerdeführer die grundsätzliche Bedeutung einer Sache aufzeigen, muss er eine klärungsbedürftige und -fähige Rechtsfrage, deren Allgemeinbedeutung sowie die Entscheidungserheblichkeit darlegen.

#### a) Klärungsbedürftigkeit und Klärungsfähigkeit

Geprägt durch die überindividuelle Funktion des Revisionsgerichts stehen nur Rechts-, nicht jedoch – einzelfallbezogene – Tatsachenfragen einer Grundsatzklärung offen, und auch nur solche, die einer abstrakten Beantwortung in Form eines Leitsatzes zugänglich sind.<sup>10</sup> Eine Rechtsfrage ist klärungsbedürftig, wenn die aufgeworfene Rechtsfrage zweifelhaft ist, weil über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen.<sup>11</sup> Der Beschwerdeführer muss dabei aufzeigen können, „aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von wel-

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 1371, 1372; NJW 2004, 1729, 1730; NJW 2005, 3345, sowie schon sub § 3.1.1. d) cc).

<sup>5</sup> Näher MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 52 mwN.

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 832; MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 50 mwN. Eine partielle Schwächung dieser Bindung findet über das Verfahren zur vereinfachten Zurückweisung gem. § 552a ZPO statt, vgl. noch ausführlich sub § 14. IV. 2.

<sup>7</sup> Die gerichtliche Prüfung erfolgt dabei anhand sämtlicher vorinstanzlicher Gerichtsakten (vgl. §§ 544 Abs. 4 S. 2, 551 Abs. 2 S. 6 Hs. 2 ZPO).

<sup>8</sup> BVerfG FamRZ 2010, 406.

<sup>9</sup> Vgl. nur BGHZ 151, 221, 223; 154, 288, 291.

<sup>10</sup> Vgl. BVerwG NJW 2008, 3588; NVwZ 2017, 568 (für den Verwaltungsprozess).

<sup>11</sup> BVerfG NZI 2020, 1060, 1061 Rn. 16.

cher Seite die betreffende Rechtsfrage umstritten ist“.<sup>12</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine höchstrichterliche Entscheidung fehlt, obwohl ein relevanter Meinungsstreit in Rechtsprechung und/oder Literatur existiert,<sup>13</sup> wohingegen die Nicht-Existenz einer höchstrichterlichen Entscheidung allein noch nicht ausreicht.<sup>14</sup> Der Rechtsstreit muss daher „zu Zweifeln Anlass“ geben,<sup>15</sup> was nicht der Fall ist, wenn die Rechtslage eindeutig (*acte clair*) ist.<sup>16</sup> Auch abweichende Literaturansichten an einer bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung reichen nicht aus, wenn diese vereinzelt geblieben und nicht oder nicht nachvollziehbar begründet sind.<sup>17</sup> Dagegen kann auch nach einem höchstrichterlichen Urteil weiterhin Klärungsbedarf bestehen, wenn die Entscheidung auf „gewichtige Kritik“ in der rechtswissenschaftlichen Literatur gestoßen ist.<sup>18</sup>

#### b) Allgemeinbedeutung

Die nachgeordnete Bedeutung des Individualschutzes im Zulassungsverfahren manifestiert sich weiterhin in der Allgemeinbedeutung der Rechtsfrage, wobei deren Darlegung kaum justiziabel ist. Denn von massenhaft in den unteren Instanzen aufgelaufenen Parallelverfahren abgesehen, lässt sich empirisch – zumal *ex ante* – kaum feststellen, welche Rechtsfrage für eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Verfahren von Bedeutung sein wird. Vielmehr ist es notwendig, aber auch ausreichend, wenn die beschwerte Partei aufzeigen kann, dass die aufgeworfene Rechtsfrage eine unbestimmte Vielzahl von Fällen betreffen *könnte* bzw. einen (zumindest abstrakten) Einfluss auf die Rechtspraxis hat und daher gleichsam die allgemeine Rechtsordnung berührt.<sup>19</sup> Einer quantifizierbaren Festlegung hat sich der BGH – anders als BVerwG oder BAG<sup>20</sup> – dabei bislang enthalten. Gerade

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2003, 1943, 1944; BGH NJW 2004, 2222, 2223.

<sup>13</sup> BVerfG NZI 2020, 1060, 1061 Rn. 16; s. ferner BVerfG BeckRS 2016, 46239 Rn. 19. Dabei ist die Rechtsprechung aller obersten Gerichtshöfe zu berücksichtigen, vgl. BVerwG NJW 2008, 601 (zum Verwaltungsprozess).

<sup>14</sup> Vereinzelt hat der (vgl. BGH NJW 2003, 3765; NJW 2004, 2222) jedoch angedeutet, dass in diesem Fall eine Zulassung erfolgen kann, wenn der Rechtsfrage „für die beteiligten Verkehrskreise tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung zukommt“.

<sup>15</sup> Explizit BFH BeckRS 2010, 25016268 Rn. 13.

<sup>16</sup> BGH NZI 2013, 398 Rn. 4; BFH BeckRS 2011, 96285 Rn. 6.

<sup>17</sup> BGH NJW-RR 2010, 1047; BVerfG NJW-RR 2009, 1026 Rn. 14. Gleiches gilt für vereinzelt gebliebene, abweichende Judikate an den Obergerichten, vgl. BGH NJW 2014, 456, 457; NJW-RR 2010, 978.

<sup>18</sup> BGH WM 2013, 45, 46; NJW-RR 2016, 1529, 1530; BFH BeckRS 1992, 121286.

<sup>19</sup> Vgl. BAG NZA 1993, 849; BGH NJW-RR 2010, 1047; BVerfG WM 2013, 151; ähnlich *Nassall*, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, Rn. 632 mwN. Dies ist bei auslaufendem oder außer Kraft getretenem Recht nicht der Fall, sofern das Verfahren nicht im Einzelfall wegen einer noch erheblichen Zahl von Altfällen oder wegen der Bedeutung für das neue Recht relevant ist (BGH BeckRS 2018, 4419 Rn. 7).

<sup>20</sup> Vgl. BVerwG NVwZ-RR 1996, 712, wonach auch 29 anhängige Parallelverfahren noch abgrenzbar sind und daher keine grundsätzliche Klärung erfordern, während das BAG 20 Verfahren für ausreichend erachtete, um eine grundsätzliche Bedeutung der Frage zu bejahen (BAG NZA 1999, 224; NJW 2011, 2828).

bei für die Öffentlichkeit bedeutsamen oder rechtswissenschaftlich reizvollen<sup>21</sup> Einzelverfahren kann das Merkmal der Allgemeinbedeutung auch vollständig in den Hintergrund treten, wohingegen eine Zulassung an anderer Stelle mit Verweis auf die fehlende Darlegung der Allgemeinbedeutung abgelehnt wird. Dies eröffnet einen gewissen Entscheidungsspielraum für das Revisionsgericht, bei dessen Ausfüllung auch das tatsächliche oder wirtschaftliche Gewicht des Verfahrens für die Gesellschaft (z. B. im Kapitalgesellschafts- oder Produkthaftungsrecht)<sup>22</sup> sowie die (fehlenden) Erfolgsaussichten eine Rolle spielen können.

### c) Entscheidungserheblichkeit und Ergebnisrelevanz

Die Beantwortung der Rechtsfrage muss zudem entscheidungserheblich, aber nicht notwendigerweise ergebnisrelevant sein.<sup>23</sup> Die Revision wird nicht zugelassen, wenn der Beschwerdeführer zwar eine abstrakte Rechtsfrage formulieren kann, die vom Revisionsgericht abweichend vom Berufungsgericht beantwortet werden könnte, das Ergebnis der angegriffenen Entscheidung aber aus anderen Gründen Bestand hat bzw. über die Erfolgsaussichten abschließend entscheiden werden kann, ohne die Rechtsfrage zu adressieren.<sup>24</sup> Daraus folgt für den Rechtsmittelführer, dass er – sollte der Tenor des Berufungsurteils auf mehreren, das Ergebnis jeweils selbstständig tragenden Begründungen beruhen – jede einzelne mit einem Zulassungsgrund erfolgreich angreifen muss, um dem Rechtsmittel zum Erfolg zu verhelfen.<sup>25</sup> *Academic appeals* als Fragen, die auf das Ergebnis des Rechtsstreits keinen Einfluss haben, sind im deutschen Revisionsrecht nicht vorgesehen.<sup>26</sup> Dies gilt nach Ansicht des BGH sogar für den Fall eines Doppelfehlers, bei dem nur einer wegen grundsätzlicher Bedeutung zulassungsrelevant ist, weil die Ergebniskorrektur beim Revisionszulassungsgrund der Grundsatzbedeutung keine Rolle spielt.<sup>27</sup>

Die Erfolgsaussichten in der Sache im Sinne einer Ergebnisrelevanz sind beim Zulassungsgrund der Grundsatzbedeutung – anders als bei Rechts- und Verfah-

<sup>21</sup> Z. B. BGHZ 219, 314 f. zur Wirkungserstreckung eines Prozessvergleichs auf den Rechtsnachfolger gem. §§ 265, 325 ZPO: Der Umstand, dass sich diese rechtswissenschaftlich reizvolle Frage unter 145jähriger Ägide der ZPO fast nie in entscheidungserheblicher Weise gestellt hat, verdeutlicht, dass sie auch in Zukunft wohl nur für eine sehr geringe Zahl an Verfahren von Bedeutung sein wird.

<sup>22</sup> Näher MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 10.

<sup>23</sup> MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 26 mwN.

<sup>24</sup> BGH WM 2013, 45, 46.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 22.09.2011 – I ZR 184/10, juris Rn. 3.

<sup>26</sup> S. zu dieser im englischen Recht bedeutsamen Konstellation z. B. *Sun Life Assurance Co of Canada v. Jervis* [1944] 1 ALLER 469, 470, sowie noch sub § 10. IV. 2. a).

<sup>27</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 72. Nach *Ball* (Gutachten A zum 65. DJT, A 84; ähnlich auch *Musielak/Voit/Ball* § 543 Rn. 9m) soll dagegen allein ausschlaggebend sein, ob ein Zulassungsgrund dargelegt wird und das Urteil hinsichtlich der anderen Gründe einer Nachprüfung im Revisionsverfahren standhält, weil es der Allgemeinheit nicht zu vermitteln sei, die Korrektur eines fehlerhaften Berufungsurteils mit dem Argument abzulehnen, dem Berufungsgericht seien noch weitere Fehler unterlaufen, wohingegen eine Zulassung erfolgt, wenn ‚nur‘ ein zulassungsrelevanter Rechtsfehler vorliegt.

rensfehlern<sup>28</sup> – dagegen unmaßgeblich, weil diese keine Aussage über die grundsätzliche Bedeutung einer Sache treffen.<sup>29</sup> Indes verbleibt dem BGH auch hier ein gewisser Beurteilungsspielraum: Wird dem Revisionsgericht im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde eine rechtsgrundsätzliche Frage präsentiert, die im Ergebnis aber eindeutig nicht im Sinne des Beschwerdeführers zu entscheiden ist, müsste die Revision lege artis zugelassen und nach mündlicher Verhandlung zurückgewiesen werden. Gerade bei natürlichen Personen und Rechtsfragen von untergeordneter Bedeutung kann zur Vermeidung weiterer Kosten jedoch auch die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen und die Rechtsfrage im Rahmen des insoweit begründeten (vgl. § 544 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 ZPO) Zurückweisungsbeschlusses (als Entscheidung ‚by default‘)<sup>30</sup> adressiert werden.

## 2. Zulassungsgrund der Rechtsfortbildung

Sehr eng mit dem Zulassungsgrund der Grundsatzbedeutung verbunden ist derjenige der Rechtsfortbildung, die nach der Rechtsprechung des BVerfG vorrangig den obersten Gerichtshöfen des Bundes obliegt.<sup>31</sup> Nach gefestigter Diktion des BGH besteht Anlass zur Rechtsfortbildung, wenn das Verfahren „Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen“.<sup>32</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn fraglich ist, ob eine bestehende Rechtsprechung auf ein weiteres Verfahren übertragen werden kann oder diese vor dem Hintergrund neuer rechtlicher oder tatsächlicher Entwicklungen erweitert und präzisiert werden sollte bzw. für typische oder verallgemeinerungsfähige Lebenssachverhalte eine richtungweisende Orientierungshilfe durch das Revisionsgericht ganz oder teilweise fehlt.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund deckt sich der Zulassungsgrund der Rechtsfortbildung weitgehend mit demjenigen der Grundsatzbedeutung und setzt ebenso wie dieser eine klärungsbedürftige und -fähige Rechtsfrage in einer Vielzahl von künftigen vergleichbaren Fällen voraus,<sup>34</sup> weshalb durchaus in Zweifel gezogen werden kann, ob es eines eigenständigen Zulassungsgrundes der Rechtsfortbildung tatsächlich bedurft hätte.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Dazu noch sub § 4. I. 3. e).

<sup>29</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 154, 155.

<sup>30</sup> Zum Begriff *Bittner* JZ 2013, 645, 646.

<sup>31</sup> Umfassend BVerfGE 34, 269; 81, 242; 84, 212.

<sup>32</sup> BGH NJW 2002, 3029, 3030; s. ferner BT-Drs. 14/4722, S. 104.

<sup>33</sup> BGH VersR 2010, 645 f.; NJW-RR 2003, 1074; NJW 2002, 3029, 3030.

<sup>34</sup> BGH NJW 2004, 289, 290; WM 2010, 237, 238; auch *Ullmann* WRP 2002, 593, 597.

<sup>35</sup> Bezweifelnd, ob es überhaupt einen Unterschied zur Grundsatzbedeutung gibt, *Baukelmann* FS Erdmann, S. 767, 772 f.; *Stein/Jonas-Jacobs* § 543 Rn. 9; *MünchKommZPO/Krüger* § 543 ZPO Rn. 11 (Die Einfügung dient vorrangig zur Harmonisierung mit den üblichen Verfahrensordnungen.).

### 3. Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

Der Revisionszulassungsgrund zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist der bedeutungsoffenste<sup>36</sup> und hebt in besonderem Maße den Gedanken des ZPO-Reformgesetzgebers hervor, dass die Verwirklichung subjektiver Rechte teilweise hinter die im Allgemeininteresse liegende Funktion des Revisionsgerichts zur Rechtsfortbildung zurücktreten muss. Denn zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist die Revision nur zuzulassen, wenn das Berufungsurteil auf einem Rechtsfehler beruht, „der geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen“.<sup>37</sup> In der Rechtspraxis haben sich dabei drei Fallgruppen ausdifferenziert: Obersatzdivergenz, schwerwiegende Rechtsanwendungsfehler und die Verletzung von Verfahrensgrundrechten.

#### a) *Rechtssatzdivergenz*

Die rechtsvereinheitlichende Funktion des Revisionsgerichts kommt vorrangig im Zulassungsgrund der Divergenz zum Tragen, obwohl sich der ZPO-Reformgesetzgeber dabei einer näheren Definition – im Gegensatz zu §§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG – enthalten hat. Nach Ansicht des BVerfG ist der Revisionszulassungsgrund der Divergenz gegeben, sofern

„die anzufechtende Entscheidung von der Entscheidung eines höher- oder gleichrangigen Gerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Eine Abweichung in diesem Sinne liegt nur vor, wenn die anzufechtende Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, mithin einen Rechtssatz aufstellt, der sich mit einem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz nicht deckt.“<sup>38</sup>

Strukturell steht der Rechtsmittelzulassungsgrund der Divergenz damit dem Zulassungsgrund der Grundsatzbedeutung und Rechtsfortbildung nahe: In der Divergenz manifestiert sich die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage (s. o.); durch die Entscheidung des Revisionsgerichts wird für die betroffenen Parteien Rechtsanwendungseinheit geschaffen und die Rechtsordnung letztverbindlich fortgebildet.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Dies ist verfassungsrechtlich jedoch nicht zu beanstanden, vgl. BVerfG NJW 2004, 1729, 1730; *Tolksdorf* FS Schlick, S. 337, 340.

<sup>37</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 1943, 1945.

<sup>38</sup> BVerfG BKR 2016, 379, 380f.; NJW 2014, 2417, 2420; s. ferner BGHZ 154, 288, 292; 151, 221, 225; 151, 42. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Divergenz ist der Erlass des Berufungsurteils; eine Obersatzdivergenz liegt nicht vor, wenn das Berufungsgericht bei Urteilsverkündung die wenige Tage später verkündete Entscheidung des Revisionsgerichts nicht kennen und folglich nicht berücksichtigen konnte, weil insoweit keine Wiederholungsfahr gegeben ist (BGH BeckRS 2021, 10628 Rn. 2). Notwendig ist zudem eine bereits existente Referenzentscheidung (BGH NJW 2003, 2319; NJW 2003, 3781, 3782).

<sup>39</sup> S. hierzu bereits *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 79.

Möglich ist dabei eine *horizontale Divergenz* zwischen verschiedenen Berufungsgerichten<sup>40</sup> (nicht jedoch zwischen Eingangs- und Berufungsinstanz) oder *vertikale Divergenz* im Sinne einer Abweichung zur Rechtsprechung des BGH (sowie des RG) selbst. Eine Divergenz kann zudem in Bezug auf die Rechtsprechung von BVerfG, EuGH oder EGMR bzw. die Berufungsinstanzen oder obersten Gerichtshöfe in den anderen Gerichtszweigen i. S. d. Art. 95 Abs. 1 GG begründet werden.<sup>41</sup> Der rechtsvereinheitlichenden Funktion des Revisionsgerichts geschuldet, muss das Berufungsgericht dabei nicht bewusst von einer bestehenden Rechtsprechung abgewichen sein (sog. *verdeckte Divergenz*). Zentrales Zulassungskriterium ist jedoch, ob die *Einheit der Rechtsprechung* durch das Berufungsurteil gefährdet wird. Abweichende Literaturstimmen rechtfertigen eine Divergenzzulassung folglich nicht, können aber ggf. die Grundsatzbedeutung rechtfertigen.<sup>42</sup> Auch eine *Subsumtionsdivergenz* (fehlerhafte Subsumtion eines Einzelfalls unter die zutreffend erkannte Rechtslage) rechtfertigt die Revisionszulassung nicht, da eine Obersatzabweichung nur dann vorliegt, wenn sich „aus dem Berufungsurteil ein falscher Rechtssatz zwingend erschließen lässt“.<sup>43</sup> Der Defekt des Berufungsurteils muss durch das Aufstellen eines fehlerhaften Rechtssatzes folglich über einen einfachen *error in iudicando* hinausgehen.<sup>44</sup>

Erforderlich ist weiterhin, dass die divergierende Rechtsanwendung ergebniskausal ist. In Obiter dicta oder reinen Hilfserwägungen getroffene Rechtsansichten des Berufungsgerichts können die Zulassung der Revision nicht rechtfertigen,<sup>45</sup> weil damit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht gefährdet wird. Gleiches gilt, sofern der Rechtssatz der Referenzentscheidung, von dem das Berufungsgericht abweicht, seinerseits nicht tragend ist.<sup>46</sup> Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass ein anderes Gericht ein Obiter dictum möglicherweise nicht als solches erkennt und daher fehlerhaft als tragenden Rechtssatz rezipiert, da eine nur *prospektive Divergenz* vom Revisionsgericht nicht unterbunden wird. Im Gegensatz zur Ergebniskausalität ist die Darlegung einer Ergebnisrelevanz dagegen nicht erforderlich, da das Revisionsgericht seine rechtsvereinheitlichende Funktion im öffentlichen Interesse wahrnimmt: Folglich kann das Revisionsgericht die Revision wegen horizontaler Rechtssatzdivergenz zulassen, obwohl im Zeitpunkt der Zu-

<sup>40</sup> Dies schließt Entscheidungen von anderen Spruchkörpern desselben Gerichts mit ein (*Binnendivergenz*).

<sup>41</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 66. Die Finanzgerichtsbarkeit nimmt insoweit eine Sonderstellung ein; da es sich um ein zweistufiges Gerichtssystem handelt, kann auch die Divergenz zu einer Entscheidung des Finanzgerichts gerügt werden (BGH, Beschl. v. 18.07.2013 – IX ZR 23/10, juris Rn. 1).

<sup>42</sup> BGH NJW 2003, 66.

<sup>43</sup> BGH BeckRS 2011, 19491 Rn. 3; NJW-RR 2007, 1676; ähnlich BFH BeckRS 2013, 94300 Rn. 8; BAG NZA 1984, 364 Ls.; BSG BeckRS 2016, 74137 Rn. 13.

<sup>44</sup> Eine Divergenzzulassung scheidet auch aus, wenn das Referenzgericht seine abweichende Rechtsprechung inzwischen aufgegeben hat, vgl. BGHZ 111, 199, 201; BGH WM 1994, 1452.

<sup>45</sup> BGHZ 154, 288; BGH NJW 2011, 3229, 3230.

<sup>46</sup> BGH NJW 2003, 1943 1945; aA wohl Stein/Jonas-Jacobs § 543 Rn. 14 mwN.

lassungsentscheidung schon absehbar ist, dass es sich im Ergebnis der Ansicht des Berufungsgericht anschließen und die Revision zurückweisen wird.<sup>47</sup>

b) *Rechtsanwendungsfehler*

aa) *Schwerwiegende Rechtsfehler*

Erisapfel des Revisionszulassungsverfahrens ist die Bedeutung einfacher Rechtsanwendungsfehler durch das Berufungsgericht. Während die Zulassungsgründe der Grundsatzbedeutung, der Rechtsfortbildung und der Divergenz ein überindividuelles Gepräge und einen klaren Rückbezug zur am öffentlichen Interesse ausgerichteten Funktion des Revisionsgerichts haben, wird durch einfache bzw. ‚isolierte‘ Rechtsanwendungsfehler vorrangig der Individualrechtsschutz in der Revisionsinstanz adressiert. Dieser Konflikt zwischen Individual- und Kollektivinteresse wird vom Gesetzgeber dergestalt aufgelöst, dass einfachrechtliche Fehler einen Zulassungsgrund darstellen, wenn sie „allgemeine Interessen nachhaltig betreffen“, mithin „von erheblichem Gewicht und geeignet sind, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen“.<sup>48</sup>

Die Verfahrensrückbindung an überindividuelle Interessen erfordert somit, dass der dem Berufungsgericht unterlaufene Rechtsfehler im materiellen oder Prozessrecht über die Entscheidung des Einzelfalles hinausreicht,<sup>49</sup> weshalb nicht schon jeder einfache Rechtsanwendungsfehler<sup>50</sup> die Zulassung der Revision rechtfertigen soll. Es müssen vielmehr qualifizierte Umstände hinzutreten, die ein Eingreifen des Revisionsgerichts im Allgemeininteresse legitimieren. Das Zulassungsverfahren betont dabei die „Korrektiv- und Leitbildfunktion“ des BGH im allgemeinen Interesse.<sup>51</sup> Diese Restriktion ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil die Frage, in welchem Umfang Individualrechtsschutz in der Revisionsinstanz gewährt wird, durch den Gesetzgeber festgelegt wird.<sup>52</sup> Auch ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) aufgrund der vorgenannten Fehlerdifferenzierung wurde bislang nicht angenommen, da die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Revisionsgerichts eine Abstufung nach Fehlerschwere rechtfertigt.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Zur Kostenreduktion kann jedoch bereits die Beschwerde im Rahmen eines begründeten Beschlusses gem. § 544 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

<sup>48</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 104.

<sup>49</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 754, 755; NJW 2004, 1960, 1961; s. ferner *Winter* NJW 2016, 922, 923 f., mit der Aussage, der BGH lasse „rechtsfehlerhafte Entscheidungen in großer Vielzahl sehenden Auges stehen“ (aaO, 923, 925). Kritische Worte auch bei *Gross* FS Bornkamm, S. 1035, 1039f.

<sup>50</sup> Zum Begriff vgl. BGHZ 154, 288, 294; BT-Drs. 14/4722, S. 104.

<sup>51</sup> MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 3.

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2004, 1371 f.; NJW 2005, 3345, 3346, sowie oben sub § 3. I. 1. c) aa).

<sup>53</sup> Vgl. oben sub § 3. I. 1. c) aa) und bb). S. jedoch noch BVerfGE 54, 277, 295, zur Rechtslage vor Erlass des ZPO-RG 2001: „Jedenfalls im Bereich sachlich-rechtlicher Fehler indes wäre im Hinblick auf den Gesetzeszweck des § 554b I ZPO [a. F., Anm. d. Verf.], die richtige Einzelfallentscheidung zu gewährleisten, eine Abstufung nach der Schwere oder Vertretbarkeit von Rechtsfehlern als Maßstab für Nichtannahmeentscheidungen von Verfassungen wegen nicht sachgerecht;

*bb) Offensichtlichkeit des Rechtsfehlers?*

Trennscharfe Abgrenzungskriterien, wann ein solch schwerwiegender Rechtsanwendungsfehler gegeben ist, sind jenseits von absoluten Revisions- oder Restitutionsgründen (vgl. §§ 547, 579 f. ZPO) indes nur schwer auszumachen.<sup>54</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass das BVerfG dem Revisionsgericht einen gewissen Beurteilungsspielraum zugesteht, da bei der richterlichen Entscheidungsfindung neben ersichtlich falschen Judikaten ein Bereich noch vertretbarer Rechtsfindung existiert, auch wenn aus der ex-post-Perspektive des Revisionsgerichts ein anderes Ergebnis näher gelegen hätte. Dies gilt insbesondere im Bereich der Prozessleitung (Umfang richterlicher Hinweispflichten, prozessleitende Maßnahmen, Anwendung von Präklusionsvorschriften) sowie bei der – revisionsrechtlich ohnehin nur beschränkt überprüfbaren<sup>55</sup> – tatrichterlichen Würdigung.

Auch die Offensichtlichkeit des Rechtsfehlers ist daher kein geeignetes Differenzierungskriterium,<sup>56</sup> da eine objektivierende Qualifizierung als ‚offensichtlich‘ oder ‚grob fehlerhaft‘ kaum möglich ist und auch das Revisionsrecht (vgl. § 543 Abs. 2 ZPO) nicht nach Fehlerschwere oder dessen Offensichtlichkeit differenziert.<sup>57</sup> Entgegen der Prämisse des Gesetzgebers<sup>58</sup> ist auch nicht ersichtlich, inwieweit ein evident unrichtiges Urteil das Vertrauen der Allgemeinheit *stets* stärker gefährden könnte als ein ‚einfach‘ unrichtiges, zumal jedes Fehlurteil aus Sicht der Parteien das Vertrauen in die Rechtsprechung erschüttern kann. Beim juristischen Fachpublikum kann ebenfalls nicht abstrakt von einer höheren Gefährlichkeit evident unrichtiger Urteile für die Rechtsentwicklung ausgegangen werden; vielmehr kann gerade auch das sublimen Einschleichen oder graduelle Entwickeln von ‚verdeckten‘ Rechtsanwendungsfehlern eine solche Gefahr konstituieren.<sup>59</sup>

*cc) Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr*

Ausgehend von der Rückkopplung der Verfahrensausgestaltung an überindividuelle Interessen der Rechtsschutz suchenden Bevölkerung soll jedoch dem Krite-

---

er ersiene – im Rahmen des hier in Rede stehenden Regelungszusammenhangs – als Verstoß gegen das Gebot der Rechtsanwendungsleichheit.“

<sup>54</sup> Kritisch zur jüngeren Entwicklung in der Rechtsprechung daher *Nassall* NJW 2021, 13, 14 f.

<sup>55</sup> Näher sub § 4. III. 1. c).

<sup>56</sup> Vgl. BGHZ 154 288, 294 ff.; 152, 182, 188; BGH NJW 2005, 153; NJW 2003, 754, 755; NJW 2003, 831.

<sup>57</sup> Näher Stein/Jonas-Jacobs § 543 Rn. 16 mwN; aA noch *Ball*, Gutachten A zum 65. DJT, A 69, 82 f.; *ders.* FS Musielak, S. 27, 32 f.; *von Mettenheim* NJW 2004, 1511, 1512 f.; *Scheuch/Lindner* NJW 2003, 728, 729.

<sup>58</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 67, 104, wobei der Gesetzgeber mehrfach auf § 80 OWiG rekurrierte, in dessen Rahmen schon seit längerem anerkannt ist, dass die Offensichtlichkeit eines Fehlers nicht ausreicht (vgl. BGHSt 24, 15, 22).

<sup>59</sup> Ähnlich *Ball* FS Musielak, S. 27, 42; BGHZ 152, 182, 188; 154, 288, 295. Tendenziell aA dagegen *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1642, der für die „grobe Fehlerhaftigkeit“ als Zulassungsgrund plädiert.

rium der Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr entscheidende Bedeutung zukommen.<sup>60</sup> Eine Zulassung der Revision ist geboten, wenn dem Berufungsgericht „Fehler unterlaufen sind, die die Wiederholung durch dasselbe Gericht oder die Nachahmung durch andere Gerichte erwarten lassen, und wenn dadurch so schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung zu entstehen oder fortzubestehen drohen, dass eine höchstrichterliche Leitentscheidung notwendig ist.“<sup>61</sup>

Erforderlich ist insoweit die Darlegung „konkreter Anhaltspunkte“, dass der Rechtsfehler ohne Korrektur durch das Revisionsgericht eine „Wiederholungsgefahr oder einen Nachahmungseffekt“ begründen kann.<sup>62</sup> Dies ist nach Ansicht des BGH insbesondere bei einer ständigen Fehlerpraxis des Berufungsgerichts der Fall.<sup>63</sup>

Jedoch dürfte ein verifizierbarer Nachweis, dass der fehlerhaften Entscheidung des Berufungsgerichts eine symptomatische Bedeutung oder eine Signalwirkung für andere Verfahren zukommt, in den seltensten Fällen gelingen – insbesondere bei aus dem Individualprozess entstehenden Verfahrensfehlern ist eine solche Darlegung aufgrund der Rückbindung an die jeweiligen Prozessumstände praktisch ausgeschlossen. Um dem Gebot effektiven Rechtsschutzes gerecht zu werden, dürfen die Darlegungsanforderungen gem. §§ 544 Abs. 4 S. 3, 543 Abs. 2 ZPO daher nicht überspannt werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die Fehlerhaftigkeit eine potenzielle Wirkung auf andere Gerichte haben *könnte*.<sup>64</sup> Dies ist etwa bei einem grundlegenden Missverständnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Fall<sup>65</sup> oder wenn sich die Begründung der angefochtenen Entscheidung verallgemeinern lässt und (abstrakt) auf die Entscheidungsfindung in zukünftigen Verfahren übertragen werden kann.<sup>66</sup>

#### dd) Bewertung

Die kleinteilige Ausdifferenzierung des Begriffs ‚schwerwiegender‘ Rechtsanwendungsfehler vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass es sich bei den genannten Kriterien allein um Indikatoren handelt, die dem Revisionsgericht einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum im Bereich einer ‚noch vertretbaren‘ Rechts-

<sup>60</sup> BVerfG NJW 2008, 2493 f.; BGHZ 152, 182, 187.

<sup>61</sup> BGHZ 159, 135, 139; 151, 42, 46; 152, 182, 187; 154, 288, 294; s. ferner BGH DAR 2003, 64; NJW-RR 2003, 1074.

<sup>62</sup> BGH NJW 2003, 754, 755 mwN.

<sup>63</sup> BGHZ 154, 288, 294, mit Verweis auf BT-Drs. 14/4722, S. 104; BGH NJW 2003, 754; NJW 2003, 65; NJW-RR 2003, 132; NJW 2002, 2473, 2474; NJW 2002, 2957. Dagegen ist die Annahme des BGH, das Berufungsgericht werde sich künftig an eine erst *nach* Erlass des Berufungsurteils ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung halten, weshalb für eine vorherige, abweichende Entscheidung kein Zulassungsgrund vorliegt, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG NJW 2008, 2493, 2494: „sachlich vertretbare und nachvollziehbare Einschätzung“).

<sup>64</sup> Vgl. BGHZ 152, 182, 187; 151, 42, 46.

<sup>65</sup> BGH NJW 2005, 154, 155; s. ferner NJW 2011, 2443.

<sup>66</sup> BGHZ 159, 135, 139; BGH NJW 2004, 1960, 1961; NJW 2003, 754, 755.

findung durch die Berufungsgerichte belassen.<sup>67</sup> Für den Rechtsuchenden kann dies eine Einschränkung des Gebots der Rechtsmittelklarheit<sup>68</sup> nach sich ziehen, die jedoch – sofern insbesondere Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte und gegen das Willkürverbot stets zu einer Zulassung der Revision führen – durch den besonderen Funktionsauftrag des Revisionsgerichts im öffentlichen Interesse legitimiert werden kann.

c) *Verfahrensgrundrechte und Willkürverbot*

aa) *Grundsatz*

Die fehlende Justiziabilität der Zulassungsgründe im Bereich einfacher Rechtsanwendungsfehler hat zu einer – vom Reformgesetzgeber nicht vorhergesehenen – verfassungsrechtlichen Aufladung des Revisionsverfahrens geführt, welche sich in den letzten 20 Jahren zu einem wesensprägenden Charakteristikum des Revisionsrechtszugs entwickelt hat. Denn ein Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte als ‚schwerer Verfahrensfehler‘ ist – obwohl Verfahrensfehler als solche keinen eigenständigen Zulassungsgrund bilden<sup>69</sup> und auch Grundrechtsverletzungen nicht *expressis verbis* in den Katalog des § 543 Abs. 2 ZPO aufgenommen wurden<sup>70</sup> – stets geeignet, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung zu zerstören,<sup>71</sup> weshalb beim Vorliegen schwerer Verfahrensfehler die Zulassung der Revision zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>72</sup> Eine Wiederholungsgefahr oder die besondere Schwere des Rechtsverstoßes muss – im Gegensatz zu ‚einfachen‘ Rechtsanwendungsfehlern – mithin nicht dargelegt werden.<sup>73</sup> Vielmehr ist die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung stets zuzulassen, wenn die anzufechtende Entscheidung auf einer Verletzung des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG), der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) oder der Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) beruht, sodass sie auf eine Verfassungsbeschwerde hin der Aufhebung durch das BVerfG unterliegen würde.<sup>74</sup> Denn insoweit hat das Berufungsgericht „gegen grundlegende, verfassungsrechtlich abgesicherte Gerechtigkeitsanforderungen verstoßen“,<sup>75</sup> was ein Ein-

<sup>67</sup> Dies dürfte ein maßgeblicher Grund für die in der letzten Dekade erheblich divergierenden Zulassungsquoten sein, vgl. schon sub § 3. III. 1. b).

<sup>68</sup> Vgl. oben sub § 3. I. 1. d) cc).

<sup>69</sup> Anders etwa § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO, § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG; weiterführend *Siegmann* JZ 2017, 598, 606; *Roth* ZZZP 2018, 3, 19 ff.

<sup>70</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 104; kritisch dazu *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1642 f. („dem Rechtsempfinden geschuldete Notlösung“); *Roth* JZ 2006, 9, 16.

<sup>71</sup> BVerfGE 107, 395, 409 f., 411; 108, 341, 347 f.

<sup>72</sup> Jüngst BVerfG BeckRS 2023, 2025 Rn. 6 mwN.

<sup>73</sup> BGHZ 154, 288, 297; BGH NJW 2004, 2222.

<sup>74</sup> BGH NJW 2003, 1943, 1946; NJW 2005, 153; näher Stein/Jonas-Jacobs § 543 Rn. 18 sowie BT-Drs. 14/4722, S. 104.

<sup>75</sup> BGH NJW 2003, 1943, 1946.

schreiten des Revisionsgerichts erforderlich macht, auch wenn es sich um eine fehlerhafte Entscheidung eines Einzelfalles ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung für die Allgemeinheit handelt.<sup>76</sup> Damit hat die Rechtsprechung den Zulassungsgrund der Rechtsprechungseinheitlichkeit über ihren eigentlichen Wortlaut hinaus ausgedehnt und mit den Vorgaben des Verfassungsrechts synchronisiert,<sup>77</sup> was der Gesetzgeber inzwischen – jedenfalls für eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG – in § 544 Abs. 9 ZPO<sup>78</sup> auch ausdrücklich anerkannt hat.

#### *bb) Bedeutung im Revisionszulassungsverfahren*

Verfahrensgrundrechte sind daher mit Abstand der am häufigsten vorgebrachte Revisionszulassungsgrund. Insbesondere das Grundrecht auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG, welches den Parteien ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung ihres Vorbringens im Prozess zugesteht und diese vor Überraschungsentscheidungen schützt,<sup>79</sup> hat sich zum Stella Polaris des Revisionszulassungsverfahrens mit einer kaum überblickbaren Zahl revisionsgerichtlicher Entscheidungen entwickelt.<sup>80</sup> Hintergrund für diese Entwicklung ist, dass ein Gehörsverstoß oftmals als Vehikel dient, um einen einfachrechtlichen Verfahrensfehler entgegen der in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO normierten Zulassungshürden rügar zu machen,<sup>81</sup> weil nahezu jeder Verstoß gegen prozessuale Normen aufgrund der Deutungsoffenheit von Art. 103 Abs. 1 GG als Gehörsverletzung deklariert werden kann. Gleiches gilt bei einem (behaupteten) Verstoß gegen die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip), sofern das Berufungsgericht z. B. nicht erschöpfend über den Streitgegenstand entschieden hat.

Die (erfolgreiche) Darlegung einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot ist dagegen eine prozessuale Seltenheit. Denn willkürlich ist ein Richterspruch nach Ansicht

<sup>76</sup> Vgl. BGHZ 154, 288, 296ff.; 159, 135, 139ff.

<sup>77</sup> *Maihold*, Eröffnungsreferat aus zivilrechtlicher Sicht, in: Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, S. 93, 97.

<sup>78</sup> Eingefügt als § 544 Abs. 7 ZPO aF durch G. über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) v. 09.12.2004, BGBl. I 3220; näher zur Historie *Siegmann* JZ 2017, 598, 601.

<sup>79</sup> BVerfG NJW 1991, 2823; NJW 1992, 2877; NJW 1996, 45, 46; NJW 1998, 2515; NJW 2003, 3687.

<sup>80</sup> Details bei Stein/Jonas-Jacobs § 543 Rn. 20ff. mit umfangreichen Nachweisen. Wurde Vorbringen gehörswidrig übergangen, ist dieses für das Beschwerdeverfahren als richtig zu unterstellen (vgl. BGH NJW 2017, 2561).

<sup>81</sup> Dies betrifft etwa das Beweisrecht: Lehnt der Tatrichter bei einem Indizienbeweis die Beweisaufnahme ab, obwohl die unter Beweis gestellte Tatsache die ernstliche Möglichkeit des logischen Rückschlusses auf den zu beweisenden Tatbestand bietet, handelt es sich zwar um einen einfachrechtlichen Fehler der Beweiswürdigung (vgl. § 286 ZPO), der nach Ansicht des BGH einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG begründet (vgl. BGH BeckRS 2010, 09668 Rn. 13). Gleiches gilt, sofern Angriffs- und Verteidigungsmittel zu Unrecht gem. §§ 530, 531 ZPO als verspätet zurückgewiesen wurden (BGH NJW 2005, 2624; NJW-RR 2007, 1253). Vgl. zum Themenkreis noch ausführlich sub § 4. I. 6. c).

des BVerfG nicht schon dann, wenn dieser offensichtlich fehlerhaft ist,<sup>82</sup> sondern erst, „wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht“, sofern etwa eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt wurde.<sup>83</sup> Auch bei einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gelten strenge Darlegungsanforderungen, da ein Verfassungsverstoß nur gegeben ist, wenn die Zuständigkeitsregel selbst rechtswidrig ist<sup>84</sup> oder sich das Gericht willkürlich über Zuständigkeitsregelungen oder die Bedeutung und Reichweite von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hinweggesetzt hat.<sup>85</sup>

#### d) Absolute Revisionsgründe

Bemerkenswerterweise stellt der Verstoß gegen einen absoluten Revisionsgrund (§ 547 ZPO) dagegen keinen eigenständigen Revisionszulassungsgrund dar.<sup>86</sup> Da absolute Revisionsgründe grundsätzlich nur im Rahmen einer statthaften und auch im Übrigen zulässigen Revision geltend gemacht werden, indiziert das Vorliegen eines solchen nicht ohne Weiteres das Bestehen eines Zulassungsgrundes gem. § 543 Abs. 2 ZPO.<sup>87</sup> Mit Blick auf die in § 547 Nr. 1–4 ZPO verbürgten Garantien – welche den Nichtigkeitsgründen in § 579 Abs. 1 Nr. 1–4 ZPO entsprechen – bereitet dies indes keine Probleme, weil mit einer Verletzung stets auch ein Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte einhergeht.<sup>88</sup> Eine Verletzung von § 547 Nr. 5 und Nr. 6 ZPO führt dagegen nur bei einem qualifizierten Verstoß zur Zulassung der Revision, wobei gerade eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatz regelmäßig geeignet sein dürfte, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Judikative zu erschüttern.<sup>89</sup> Der BGH möchte sich jedoch einen gewissen Beurteilungsspielraum offenhalten und hat z. B. die Zulassung der Revision aufgrund eines Verstoßes gegen § 547 Nr. 6 ZPO abgelehnt, wenn lediglich eine Nebenforderung mit einer ver-

<sup>82</sup> BGHZ 154, 288, 299.

<sup>83</sup> BVerfG NJW 2004, 2584; NJW 2011, 1125 f.; s. ferner BGHZ 154, 288, 294; BGH NJW 2005, 153; NJW-RR 2005, 1577; NJW 2003, 831, 832.

<sup>84</sup> BVerfG NJW 2005, 2689, 2690.

<sup>85</sup> Einzelheiten bei Stein/Jonas-Jacobs § 543 Rn. 25 mwN sowie BVerfG NJW 2005, 3345, 3346.

<sup>86</sup> Kritisch Gottwald FS Beys, S. 447, 453 ff. mwN.

<sup>87</sup> BGH NJW-RR 2012, 760 mwN (in Bezug auf § 547 Nr. 6 ZPO); grundsätzlich bejahend mit Verweis auf § 547 Nr. 1–4 ZPO dagegen BGHZ 172, 250.

<sup>88</sup> § 547 Nr. 1–3 ZPO: gesetzlicher Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, und faires Verfahren, Art. 20 Abs. 3 iVm Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 547 Nr. 4: faires Verfahren (näher BGHZ 172, 250, 253; BGH, NJW 2007, 2702 Rn. 8). Im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt dagegen auch der absolute Revisionsgrund des § 547 Abs. 1 Nr. 5 ZPO als Revisionszulassungsgrund (§ 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG); zu den Hintergründen insoweit vgl. BVerfG, NJW 2001, 2161, 2163.

<sup>89</sup> Gem. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG und § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO gelten Verfahrensmängel, auf denen die angefochtene Entscheidung beruhen kann, als Zulassungsgrund für die Revision; § 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG sieht ausdrücklich einen Gleichlauf zwischen der Revisionszulassung und dem Vorliegen absoluter Revisionsgründe gem. § 547 Nr. 1–5 ZPO vor; deutlich großzügiger dagegen mit Blick auf § 543 ZPO jüngst BVerfG BeckRS 2023, 2025 Rn. 7 ff.

hältnismäßig geringen Summe nicht begründet wird,<sup>90</sup> wobei § 547 Nr. 6 ZPO in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohnehin restriktiv ausgelegt wird.<sup>91</sup> Eine fehlende oder unvollständige Begründung an sich führt daher noch nicht zur Zulassung der Revision.<sup>92</sup>

e) *Entscheidungserheblichkeit und Ergebnisrelevanz*

Eine Revisionszulassung bei der Geltendmachung von vorrangig dem Individualinteresse dienenden Rechts- und Verfahrensfehlern erfolgt nur, wenn das Berufungsurteil auf dem Rechtsfehler beruht und dieser für die Entscheidung des Revisionsgerichts ergebnisrelevant ist, d.h. dessen Korrektur zu einer für den Beschwerdeführer günstigeren Entscheidung führt.<sup>93</sup> Im Gegensatz zu materiellrechtlichen Fehlern reicht bei Verfahrensverstößen bereits eine *potenzielle Ergebnisrelevanz* aus, bei einer Gehörsverletzung gem. Art. 103 Abs. 1 GG somit die Möglichkeit, dass das Berufungsurteil bei Berücksichtigung des übergangenen Sachvortrags anders ausgefallen wäre.<sup>94</sup> Eine Zulassung erfolgt daher nicht, wenn das Berufungsurteil zwar Rechtsfehler aufweist, die Entscheidung sich aber aus anderen Gründen als richtig erweist (§ 561 ZPO analog).<sup>95</sup> Bei mehreren, das Ergebnis jeweils selbstständig tragenden Begründungen des Berufungsgerichts muss hinsichtlich jedes Begründungsstranges ein Zulassungsgrund dargelegt werden.<sup>96</sup> Eine Ausnahme vom Erfordernis der Ergebnisrelevanz kommt nur in Betracht, wenn das Revisionsgericht wegen einer befürchteten Wiederholungsgefahr eine präventive Leitentscheidung für die Untergerichte erlassen möchte.<sup>97</sup>

Trotz vereinzelter Kritik<sup>98</sup> erweist sich das Erfordernis der Ergebnisrelevanz dabei als überzeugend. Denn dem Rechtsmittelführer ist nicht damit gedient, wenn ein Rechtsmittel zugelassen wird, welches im Ergebnis keinen Erfolg hat, weil damit nur deutliche Mehrkosten und eine Verzögerung bei der Beendigung

<sup>90</sup> BGH NJW-RR 2012, 760f.

<sup>91</sup> Vgl. noch sub § 4.III.2.c); insbesondere wird – systemwidrig – teilweise eine Ergebnisrelevanz verlangt (BGH NJW 2000, 3421: „Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist § 551 Nr. 7 ZPO [aF] aus prozesswirtschaftlichen Gründen nicht heranzuziehen, wenn das nicht erörterte Verteidigungsmittel zur Abwehr der Klage ungeeignet ist [...]“); BGHZ 119, 300, 302; NJW-RR 1991, 194, 195; NJW 1983, 2318, 2320.

<sup>92</sup> BGH NJW 2003, 3208; NJW-RR 2004, 712, 713.

<sup>93</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 3180, 3181; NJW 2003, 831; NJW 2003, 3205, 3206; NJW 2004, 367. Dementsprechend bedarf es auch keines eigenständigen Zulassungsgrunds der Erfolgsaussichten (vgl. z. B. § 313 Abs. 2 StPO bei der Annahmeverufung in Bagatellsachen sowie § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, wenn „ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils bestehen“).

<sup>94</sup> BGH NJW 1995, 1841, 1842; Stein/Jonas-Jacobs § 545 Rn. 25 mwN.

<sup>95</sup> Vgl. z. B. BGH NJW-RR 2011, 211; FamRZ 2005, 1667, 1668; NJW 2003, 3205f. Dies gilt auch, wenn das Berufungsurteil an zwei eigenständigen Rechtsfehlern leidet, die im Zusammenwirken jedoch zufällig zum richtigen Ergebnis führen (BGH NJW 2004, 1167, 1168f.).

<sup>96</sup> Näher BGH NJW-RR 2006, 142; BAG DB 2010, 1132.

<sup>97</sup> Vgl. zu diesem Aspekt BGH ZIP 2003, 1050.

<sup>98</sup> Stein/Jonas-Jacobs § 543 Rn. 31 mwN, der (aaO Rn. 34) jedoch zu ähnlichen Ergebnissen kommt, wenn er einer im Ergebnis erfolglosen Nichtzulassungsbeschwerde das Rechtsschutzbedürfnis versagen möchte.

des Rechtsstreits verursacht werden. Ein ersichtlich aussichtsloses Rechtsmittel zuzulassen, hieße insoweit „to kill the parties with kindness“.<sup>99</sup>

#### 4. Pflicht zur Begründung der Zulassungsentscheidung?

##### a) Verfassungsrechtliche Einhegung

Das Revisionsgericht soll, muss die Entscheidung über die Zulassung der Revision<sup>100</sup> oder über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde jedoch nicht begründen (vgl. § 544 Abs. 6 S. 2 ZPO). Vielmehr kann auch in Fällen, in denen die verfassungskonforme Auslegung der §§ 542 ff. ZPO die Prüfung der Erfolgsaussicht des Rechtsmittels erfordert, die Vornahme dieser Prüfung allein unter Verweis auf den Umstand als solchen in der Entscheidung dokumentiert werden.<sup>101</sup> Dieser Grundsatz ist eine einfachrechtliche Ausprägung der Rechtsprechung des BVerfG, wonach auch vor dem Hintergrund des aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz eine unanfechtbare letztinstanzliche Entscheidung von Verfassungs wegen keiner inhaltlichen Begründung bedarf.<sup>102</sup> Dies gilt ausdrücklich für Entscheidungen, mit denen eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen wird.<sup>103</sup> Eine Begründung ist auch dann nicht erforderlich, wenn mit der Nichtzulassungsbeschwerde eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG gerügt wird, da eine Begründung „zwar aus Gründen der Nachvollziehbarkeit für die Parteien wünschenswert sein“ kann, jedoch verfassungsrechtlich nicht geboten ist.<sup>104</sup> Auch aus Art. 6 EMRK folgt kein Anspruch auf eine begründete Entscheidung, mit der ein letztinstanzliches Rechtsmittel zurückgewiesen wird.<sup>105</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung nur, wenn die Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde nicht mit den von der Vorinstanz für tragend erachteten Gründen, sondern nur mit einer anderen Begrün-

<sup>99</sup> Vgl. *Pigłowska v. Pigłowski* [1999] UKHL 27; [1999] 1 WLR 1360 per Lord Hoffmann (zum englischen Recht).

<sup>100</sup> Eine Ausnahme kann uU aus Klarstellungsgründen gelten, wenn die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen wird (vgl. z. B. BGH, Beschl. v. 01.07.2021 – V ZR 204/20) oder eine Vorlage an den EuGH in Betracht kommt (z. B. BGH, Beschl. v. 05.10.2021 – XI ZR 50/21 und Beschl. v. 19.11.2021 – XI ZR 228/21); gelegentlich findet sich auch eine Zulassung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf eine ungeklärte Rechtsfrage (z. B. BGH, Beschl. v. 05.10.2021 – X ZR 10/20; Beschl. v. 15.03.2022 – II ZR 56/21).

<sup>101</sup> BVerfG BeckRS 2010, 54616 Rn. 24 mwN.

<sup>102</sup> BVerfG NJW 2004, 1371, 1372, mit Verweis auf BVerfGE 50, 287, 289; 71, 122, 136; 81, 97, 106; 86, 133, 146; 94, 166, 210; s. ferner BVerfGE 104, 1, 7f.; 118, 212, 238, sowie *Lüke*, Begründungszwang und Verfassung, S. 223; *Kischel*, Die Begründung, S. 180ff.

<sup>103</sup> BVerfG BeckRS 2015, 55288 Rn. 16; NJW 2011, 1497 Rn. 12.

<sup>104</sup> BVerfG NJW 2011, 1497f., insbesondere Rn. 18.

<sup>105</sup> EGMR, Urt. v. 15.06.2004 – no. 1814/02 (*Stepinska v. France*) at [17] (für das französische Kassationsrecht): „L'article 6 § 1 de la Convention n'exige pas que soit motivée en détail une décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition légale spécifique [...], écarte un recours comme dépourvu de chance de succès [...]“.

dung verneint werden können (§561 ZPO analog), weil den Rechtsschutz suchenden Parteien die Entscheidung des Revisionsgerichts andernfalls nicht verständlich wäre.<sup>106</sup>

### b) *Rechtstatsächliche Rechtfertigung*

Auch die Funktionszuweisung des Revisionsgerichts im öffentlichen Interesse gebietet es, dass nicht jede Zulassungsentscheidung begründet wird. Ein Abgehen von der – auch im Rahmen einer Individualverfassungsbeschwerde (vgl. §93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG) – rein fakultativen Begründung würde die Ressourcen des BGH erheblich einschränken, wobei insbesondere die in der Tendenz immer länger werdenden Schriftsätze in der III. Instanz eine knappe Verbescheidung des Rechtsbehelfs nicht möglich machen.<sup>107</sup> Folglich hebt auch das BVerfG die am Allgemeinwohl orientierte Stellung des Revisionsgerichts hervor, wonach der Verzicht auf ein strenges Begründungserfordernis der Erhaltung der Funktionsfähigkeit und der Effektivität der Rechtsverfolgung im Interesse aller Rechtsschutzsuchenden vor dem Höchstgericht dient.<sup>108</sup> Diesen Gedanken hat auch der Gesetzgeber in §564 ZPO zum Ausdruck gebracht, da selbst im Revisionsverfahren Verfahrensrügen nicht begründet werden müssen, sofern sie nicht für durchgreifend erachtet werden.<sup>109</sup>

Zudem haben weder die beschwerte Partei noch die Allgemeinheit ein schützenswertes Interesse an begründeten Zurückweisungsbeschlüssen: Die Quantität an zu veröffentlichenden Judikaten ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung würde nicht zur Rechtsklärung beitragen, sondern das Prozessrecht (etwa bei Gehörsverletzungen) weiter zersplittern und eine ausufernde Rechtsprechungskasuistik provozieren, die für den Rechtsanwender bestenfalls ohne Interesse, schlimmstenfalls hinderlich ist. Auch eine Befriedung der unterlegenen Partei ist durch einen begründeten Beschluss nicht zu erreichen, da diese durch eine – zumal revisionsrechtlich verklausulierte – Verbescheidung selten davon überzeugt werden kann, mit ihrer in drei Instanzen vertretenen Rechtsansicht falsch zu liegen.<sup>110</sup> Im Gegenteil: Gerade eine – stets mit einer juristischen Argumentation angreifbare – Begrün-

<sup>106</sup> Vgl. BVerfGK 18, 105 Rn. 25 mit Verweis auf BVerfGE 50, 287, 289f.; 71, 122, 135f.; 81, 97, 106; 104, 1, 7f.

<sup>107</sup> So aber *Nassall* NJW 2012, 113, 118; dem überzeugend entgegentretend *Tolksdorf* FS Schlick, S. 337, 344.

<sup>108</sup> BVerfG NJW 2011, 1497, 1498; NJW 1997, 1693 (zu §115 Abs. 5 FGO aF) sowie BT-Drs. V/2849, S. 3 (zum Entwurf des späteren Gesetzes zur Entlastung des BGH in Zivilsachen v. 15.08.1969, BGBl. I 1141); tendenziell mit einem anderen Akzent BVerfG BeckRS 2010, 54616 Rn. 25f. Dementsprechend sehen auch §72a Abs. 5 S. 4 ArbGG, §116 Abs. 5 S. 2 FGO, §160a Abs. 4 S. 2 SGG und §133 Abs. 5 S. 1 VwGO eine vergleichbare Regelung vor, ohne dass dies bislang Anlass für Kritik geboten hätte; auch die Rechtsbeschwerde muss nicht begründet werden (vgl. §577 Abs. 6 S. 3 ZPO).

<sup>109</sup> Ausgenommen sind die absoluten Revisionsgründe iSd §547 ZPO.

<sup>110</sup> AA *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1640f.; *Winter*, Die Zulassungsgründe des §543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: Gsell/Hau (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher, S. 37, 41.

dung kann durch die Gefahr einer infiniten Regression Unfrieden stiften, obschon das Rechtsstaatsprinzip fordert, „dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet“. <sup>111</sup>

Ebenso kann der Einwand, eine fehlende Begründung der Zurückweisung würde unnötig Anhörungsrügen und Verfassungsbeschwerden provozieren, <sup>112</sup> angesichts der verschwindend geringen Erfolgsaussichten <sup>113</sup> von Individualverfassungsbeschwerden gegen zivilrechtliche Entscheidungen widerlegt werden. Gleiches gilt für die Behauptung, die begründungslose Zurückweisung von Rechtsmitteln habe einen „Austrocknungsprozess“ des Zivilprozesses zur Folge. <sup>114</sup> Vielmehr ist es auch rechtsvergleichend die Regel (und nicht die Ausnahme), dass der Zurückweisungsbeschluss des Höchstgerichts nicht begründet wird. Vor dem österreichischen OGH bedarf die Zurückweisung einer außerordentlichen Revision grundsätzlich keiner Begründung (§ 510 Abs. 3 öZPO); <sup>115</sup> ähnliches kann in den Niederlanden beobachtet werden. <sup>116</sup> Das französische Recht kennt mit dem *rejet non spécialement motivé* ein vereinfachtes Verfahren zur begründungslosen Zurückweisung eines erfolglosen *pourvoi en cassation*. <sup>117</sup> Ebenso wird im US-amerikanischen certiorari-Verfahren keine Begründung für die Zurückweisung gegeben. <sup>118</sup>

### 5. Die beschränkte Revisionszulassung

Ein weiteres Instrument zur Stärkung der im Kollektivinteresse liegenden Rechtsfortbildungsfunktion durch das Revisionsgericht ist die Beschränkung der Revisionszulassung. Diese kann vom iudex a quo oder ad quem auf Teile des Streitstoffs beschränkt werden, <sup>119</sup> sofern der Inhalt des Revisionsverfahrens Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein könnte. <sup>120</sup> In der Folge unterliegt der nicht von

<sup>111</sup> BVerfG NJW 2003, 1924. Dementsprechend kann auch die wiederkehrende Forderung einer Begründungspflicht de lege ferenda, wo dies z. B. der ‚wirtschaftlichen Bedeutung‘ des Falles entsprechen soll, nicht überzeugend (dafür aber *Nassall* NJW 2012, 113, 116; *Winter*, Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: Gsell/Hau [Hrsg.], Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelpacher, S. 37, 41).

<sup>112</sup> *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1640f.

<sup>113</sup> S. oben sub § 3. III. 1. b) bb) sowie noch sub § 5. I. 1.

<sup>114</sup> So aber *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1640 („Querulantenrechtsmittel“); *Winter* NJW 2016, 922ff.; tendenziell positiver *Siegmann* JZ 2017, 598ff.

<sup>115</sup> Anders dagegen auf europäischer Ebene: Gem. Art. 58a Abs. 4 der Satzung des EuGH muss der Beschluss über die Zulassung oder Nichtzulassung eines Rechtsmittels mit Gründen versehen und veröffentlicht werden.

<sup>116</sup> Vgl. Art. 81 Abs. 1 Wet op de rechterlijke organisatie.

<sup>117</sup> Dazu sub § 9. III. 3. a).

<sup>118</sup> Dazu sub § 11. II. 3. d). Die Ablehnung eines final appeal zum UK Supreme Court soll kurz begründet werden, vgl. UKSC PD 3.3.3 sowie noch sub § 10. IV. 2. b).

<sup>119</sup> BGH NJW-RR 2004, 1365.

<sup>120</sup> Beispiele für eine wirksame Beschränkung der Revisionszulassung sind die Limitierung auf einen von mehreren selbstständigen prozessualen Ansprüchen (BGH NJW 1967, 2312), auf Klage oder Widerklage (BGH NJW-RR 2003, 1192, 1193), auf die Frage des Mitverschuldens (BGH NJW 1980, 1579), auf einen Gegenanspruch (BGH NJW 2010, 148; NJW 1996, 527) oder auf den Grund bzw. den Betrag eines Anspruchs (BGH NZG 2011, 1352).

der Revisionszulassung umfasste Teil des Streitgegenstandes nicht der Prüfungs-kompetenz durch die höhere Instanz.<sup>121</sup> Dies ermöglicht es dem Berufungs- oder Revisionsgericht, nur den Teil des Berufungsurteils zur Kontrolle durch das Revisionsgerichts zu stellen, der am Maßstab der Revisionszulassungsgründe gem. § 543 Abs. 2 ZPO eine höchstrichterliche Entscheidung erforderlich macht. Es bleibt dabei jedoch bei einer konkreten Rechtsklärung; einzelne Anspruchsgrundlagen sowie Rechts- oder Vorfragen können nicht Gegenstand einer beschränkten Revisionszulassung sein.<sup>122</sup>

Die damit einhergehende Betonung der rechtsfortbildenden und rechtsvereinheitlichenden Funktion des Revisionsgerichts erfolgt zulasten der Individualgerechtigkeit, da die Beschränkung der Revision nicht nur im Rahmen des Tenors, sondern auch allein aus den Entscheidungsgründen folgen kann, selbst wenn im Tenor des Berufungsurteils eine unbeschränkte Revisionszulassung ausgesprochen wurde.<sup>123</sup> Für die beschwerte Partei, die das gesamte Urteil überprüft wissen möchte, provoziert dies ein Dilemma: Legt sie nur Revision ein, wird diese bei einer wirksamen Zulassungsbeschränkung hinsichtlich des übrigen Streitgegenstands als unzulässig verworfen. In einem solchen Fall muss daher zusätzlich Nichtzulassungsbeschwerde hinsichtlich des nicht zugelassenen Teils eingelegt werden.<sup>124</sup> Geht die beschwerte Partei jedoch von einer Beschränkung aus und legt beschränkte Revision sowie korrespondierend Nichtzulassungsbeschwerde ein, riskiert sie bei einer unzulässigen Beschränkung – insoweit gilt die Revision als unbeschränkt zugelassen<sup>125</sup> – eine kostenpflichtige Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann ggf. mangels Fristablauf hinsichtlich des nicht zugelassenen Teils keine Revision mehr einlegen.<sup>126</sup>

Auch der BGH hat dieses Dilemma erkannt und fordert daher, aus den Gründen des Berufungsurteils müsse „jedenfalls mit ausreichender Klarheit“ hervorgehen, dass das Berufungsgericht die Revision nur teilweise zulassen möchte, wobei es ausreicht, dass sich die in der Zulassungsentscheidung genannten Gründe nur auf

<sup>121</sup> BGH NJW 1996, 527.

<sup>122</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 1948; NJW 2014, 391, 392; NJW 2003, 2529; NJW-RR 2006, 877. Die Abgrenzung kann en détail durchaus Schwierigkeiten bereiten: So kann die Revision nach Ansicht des I. Zivilsenats nicht auf die Verjährungseinrede beschränkt werden, sofern diese von der materiellrechtlichen Natur des Anspruchs abhängt (BGH NJW-RR 2007, 182, 183). Nach Ansicht des VIII. Zivilsenats gilt dies jedoch nicht, wenn die Verjährungseinrede einen abtrennbaren Streitgegenstand vor dem BGH bildet, weil in der III. Instanz allein um die Tatbestandsvoraussetzungen der Einrede gestritten wird (zum Grundurteil: BGH NJW 1989, 2745). Umfassend zur Problematik *Büttner/Tretter* NJW 2009, 1905, 1906 mwN.

<sup>123</sup> BGH VersR 2005, 1270, 1271. Dies ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich (BVerfG BeckRS 2010, 56391); vgl. jedoch zur abweichenden Praxis im Arbeitsprozess §§ 72 Abs. 1 S. 2, 64 Abs. 3a S. 1 ArbGG.

<sup>124</sup> Dabei muss der Wert der zugelassenen Revision und der (zusätzlichen) Nichtzulassungsbeschwerde zusammen 20.000 EUR (vgl. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) übersteigen (BGH NJW-RR 2007, 417, 418).

<sup>125</sup> BGH NJW 1995, 452; NJW 2003, 2529.

<sup>126</sup> Umfassend *Büttner/Tretter* NJW 2009, 1905, 1908.

einen von mehreren Streitgegenständen beziehen.<sup>127</sup> Angesicht fortbestehender Unsicherheiten für die betroffene Partei muss jedoch bezweifelt werden, ob durch die beschränkte Revisionszulassung eine messbare Entlastung des Revisionsgerichts und eine Effektivierung des Verfahrens im öffentlichen Interesse erreicht werden können.<sup>128</sup>

## 6. Bewertung des Revisionszulassungsverfahrens

### a) Eine verdeckte Zugriffsrevision?

Auch nach über 20 Jahren unter Ägide des neuen Revisionszulassungsrechts ist dieses von verschiedener Seite der Kritik ausgesetzt. Insbesondere der dem Revisionsgericht partiell zukommende Beurteilungsspielraum im Rahmen von § 543 Abs. 2 ZPO hat zu dem Vorwurf geführt, es handele sich um eine Form der „verdeckten Zugriffsrevision“. <sup>129</sup> Überzeugen kann dieser Vorwurf jedoch nicht: Bereits die starke verfassungsrechtliche Einhegung des Revisionszulassungsverfahrens garantiert, dass die Revision bei schweren Rechtsfehlern ebenso zugelassen wird wie bei rechtsgrundsätzlichen Fragen. Zudem geht die Kritik meist von der – unzutreffenden – Prämisse aus, das Revisionsgericht müsse jeden einfachrechtlichen Fehler korrigieren; als Court of last resort ist der BGH jedoch kein umfassender „court of errors and corrections“, da die individualrechtsschützende Verfahrensarchitektur in der III. Instanz durch überindividuelle Belange überlagert wird.

Spricht man dem Revisionsgericht daher einen Beurteilungsspielraum beim Zulassungsverfahren zu, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn auf das – bedeutungsoffene und allenfalls indizielle – Kriterium der Allgemeinbedeutung bzw. des schweren Rechtsfehlers abgestellt wird, da dies in funktionaler Hinsicht die Aufgaben des Revisionsgerichts im öffentlichen Interesse widerspiegelt. Dass die Öffentlichkeit das Ergebnis eines einzelnen Zivilprozesses regelmäßig nicht zur Kenntnis nimmt, ist dabei unbeachtlich, weil allein ein „fiktives Interesse der Allgemeinheit an einer geordneten Rechtspflege“ maßgeblich ist.<sup>130</sup>

### b) Differenzierung zwischen materiellen und prozessualen Fehlern

Jede Form einer – dem Funktionserhalt des Revisionsgerichts geschuldeten – Fehlerdifferenzierung bringt es indes mit sich, dass eine Grenze zwischen rügbaren und nicht rügbaren Fehlern gezogen werden muss, wobei die Fehlerschwere im Auge des Betrachters divergieren kann. Durch die starke grundgesetzliche Über-

<sup>127</sup> BGH WM 2016, 1797, 1798; deutlich strenger dagegen BFH DStR 1998, 1715, 1716.

<sup>128</sup> Ähnliche Kritik bei *Büttner/Tretter* NJW 2009, 1905, 1909.

<sup>129</sup> So *Nassall* NJW 2012, 113; ähnlich auch *Winter*, Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: Gsell/Hau (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher, S. 37; zum alten Recht vgl. *Meyer-Ladewig* DRiZ 1974, 121 ff.

<sup>130</sup> *Ball* FS Musielak, S. 27, 40 (wonach die Allgemeinheit kein objektives Interesse an einer „Rechtsprechungseinheitlichkeitsicherung“ hat).

lagerung des Revisionszulassungsrechts privilegiert dieses de lege lata Verfahrensfehler, mit denen – in Verfahrensgrundrechte ‚eingekleidet‘ – die Zulassung der Revision bedeutend leichter erreicht werden kann als bei Rechtsanwendungsfehlern im materiellen Recht.<sup>131</sup>

Für die betroffene Partei ist es jedoch nur schwer nachvollziehbar, weshalb sie ein fehlerhaftes Urteil hinzunehmen hat, weil sich das Berufungsgericht nicht ‚prozessual‘, sondern nur ‚materiellrechtlich‘ geirrt hat. Eine solche – letztlich grundgesetzlich verwurzelte – Ungleichbehandlung kann jedoch durch die Supervisionsfunktion des Revisionsgerichts als Kontrollinstanz über die nachgeordneten Gerichte gerechtfertigt werden. Diese Funktionszuweisung erfordert eine besonders engmaschige Kontrolle des prozessualen Binnenrechts – welches sich auf einen überschaubareren Normbestand beschränkt<sup>132</sup> –, auch wenn die Abgrenzung zwischen materiellem und Prozessrecht ihrerseits von historischen Zufälligkeiten geprägt und nicht immer zweifelsfrei möglich ist.<sup>133</sup> Mit *Luhmann*<sup>134</sup> kann daher auf eine eigenständige prozedurale Dimension der Gerechtigkeit als „Legitimation durch Verfahren“ rekuriert werden, zumal da „Gerechtigkeit durch Verfahren“ ein weithin – auch rechtsvergleichend – akzeptiertes Konzept ist.<sup>135</sup> Denn das Verfahrensrecht hat als wesentliches Element der staatlichen Friedensordnung einen Selbstwert, ist aber kein Selbstzweck<sup>136</sup> und dient „der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen“.<sup>137</sup>

Vor diesem Hintergrund ist auch unerheblich, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Einheit der Rechtsprechung bei jedem Rechtsfehler tangiert sein kann.<sup>138</sup> Die präsumtive Vermutung des Gesetzgebers und des Verfassungsgerichts, dass die Verletzung einer verfahrensrechtlichen Bestimmung, die uno actu auch Verfassungsrecht verletzt, abstrakt stets geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung zu erschüttern,<sup>139</sup> ist folgerichtig, ohne dabei zu negieren, dass

<sup>131</sup> Zutreffend *Rimmelspacher* FS Schumann, S. 327, 339; in diese Richtung auch *Siegmann* JZ 2017, 598 ff. Verfassungsdogmatisch folgerichtig liegt daher keine zulassungsrelevante Rechtsverletzung vor, wenn das Revisionsgericht zwar Art. 103 Abs. 1 GG beachtet, in der Sache aber schlicht falsch entschieden hat.

<sup>132</sup> In diese Richtung auch *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 254.

<sup>133</sup> Dazu noch sub § 4. III. 2. a). Folglich hat der Bundesgesetzgeber auch die in §§ 115, 116 FGO 1965 vorgesehene Trennung einer Nichtzulassungsbeschwerde wegen Grundsatzbedeutung oder Verfahrensmängeln und einer zulassungsfreien Revision bei besonders gravierenden Verfahrensmängeln (die den absoluten Revisionsgründen der ZPO annähernd entsprachen) gestrichen, da dies in der Praxis zu kaum zu überblickenden Abgrenzungskriterien führte (umfassend *Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren, S. 47 f. mwN).

<sup>134</sup> Legitimation durch Verfahren, S. 1 ff.; s. ferner *Kissel* DRiZ 1980, 81, 89.

<sup>135</sup> Vgl. *Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren, S. 148.

<sup>136</sup> *Schafft*, Selektion von Rechtsmittelverfahren, S. 148.

<sup>137</sup> So die Formulierung in BVerfGE 42, 64, 73.

<sup>138</sup> Vgl. *Ball* FS Musielak, S. 27, 40 ff. Es ließe sich sogar Gegenteiliges argumentieren: Der Verfahrensfehler ist für einen außenstehenden Dritten ohne Kenntnis des Akteninhaltes regelmäßig kaum zu erkennen, der Anwendungsfehler im materiellen Recht kann dagegen für eine breitere juristische Öffentlichkeit anhand der Urteilsgründe ersichtlich sein.

<sup>139</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 2957; s. ferner *Shavell* 24 J. Legal Stud. 379, 426 (1995).

Fehler des materiellen Rechts bei entsprechendem Gewicht die gleiche Wirkung haben können. Dementsprechend ist auch in den übrigen Verfahrensordnungen anerkannt, dass nicht jeder materielle, einfachrechtliche Fehler zur Zulassung der Revision führt,<sup>140</sup> wobei verbleibende Unterschiede zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Fehlern weiter dadurch nivelliert werden, dass eine fehlerhafte Anwendung des materiellen Rechts oftmals mit der Divergenzrüge (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) angegriffen werden kann, sofern das Berufungsgericht – zumindest inzidenter – einen Obersatz aufstellt, der von der Rechtsprechung eines gleich- oder höhergeordneten Gerichts abweicht.

### c) Verfassungsrechtliche Überfrachtung des Revisionsrechts

Mag die Privilegierung von Verfahrensrechten verfassungsrechtlich und zivilprozessual erklärbar sein, werden damit jedoch auch bedeutsame verfahrensrechtliche Verwerfungen provoziert. Der Gesetzgeber hat übersehen, dass die beschwerte Partei eine einfachrechtliche Kontrolle des Urteils erreichen *möchte*, auch wenn dies de lege lata nicht vorgesehen ist. Dies hat in der Revisionspraxis zu einem inflationären – und weit überwiegend erfolglosen<sup>141</sup> – Gebrauch von Verfahrensrügen geführt, was jedoch weniger an einer Geringschätzung von Verfahrensgrundrechten durch die Berufungsgerichte liegt – in den Worten des ehemaligen Präsidenten des BGH *Tolksdorf* sind diese „weder Willkürzentren noch schenken sie dem Anspruch auf rechtliches Gehör regelmäßig zu wenig Beachtung“<sup>142</sup> –, sondern vielmehr an einer Zweckentfremdung von Verfahrensgrundrechten, die als ‚Vehikel‘ dienen, um eine revisionsrechtlich grundsätzlich nicht überprüfbare Einzelfallentscheidung des Berufungsgerichts zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zu machen.<sup>143</sup> Die gesetzgeberische Intention, nur bestimmte Rechtsfehler durch das Revisionsgericht zu überprüfen, wird damit umgangen, da auch ein einfachrechtlicher Verfahrensfehler in das Gewand eines Verfassungsverstößes gekleidet werden kann.

Maßgeblichen Anteil an dieser Entwicklung hatte auch die extensive verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, welche das Verfahren von Revision und Nichtzulassungsbeschwerde vorrangig als Filter zur präsumtiven Vermeidung von Individualverfassungsbeschwerden verstanden wissen möchte.<sup>144</sup> Insoweit ist der BGH

<sup>140</sup> Gem. § 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG erfolgt eine Revisionszulassung nur, sofern ein absoluter Revisionsgrund gem. § 547 Nr. 1–5 ZPO oder ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt. Gem. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO wird die Revision nur zugelassen, sofern ein entscheidungserheblicher Verfahrensmangel gegeben ist; Fehler in der Anwendung des materiellen Rechts führen nur im Falle einer Divergenz oder bei einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zur Zulassung (Verfahrensrevision; näher Schoch/Schneider-*Buchbeister*, § 132 VwGO Rn. 87 ff.). Gleiches gilt gem. § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG im Sozialgerichtsprozess und gem. § 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO bei der Revision zum BFH.

<sup>141</sup> Vgl. schon sub § 3. III. 1. b) sowie *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1642.

<sup>142</sup> *Tolksdorf* FS Schlick, S. 337, 344.

<sup>143</sup> So auch *Maihold*, Eröffnungsreferat aus zivilrechtlicher Sicht, in: Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, S. 93, 96, mit Beispielen aus der Rspr.

<sup>144</sup> Dazu noch sub § 5. I. 1.

einerseits selbst ein Getriebener des Verfassungsgerichts, da er bei der einfachrechtlichen Ausfüllung der Revisionszulassungsgründe stets deren verfassungsrechtliche Einkleidung im Blick behalten muss. Andererseits hat die Judikatur des BGH diese Entwicklung in den letzten Jahren weiter befeuert, indem z. B. im Rahmen eines Gehörsverstößes eine kaum überschaubare Anzahl von (einfachrechtlichen) Verfahrensfehlern zum Verfassungsbruch durch das Berufungsgericht erhoben und darüber eine einfachrechtliche Korrektur des Berufungsurteils erreicht wurde.<sup>145</sup>

In der Konsequenz sind die Ausführungen der Parteien im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerdebegründung oftmals länger als in einer Revisionsbegründung,<sup>146</sup> weil der gerügte Rechtsfehler in die Hülle eines Revisionszulassungsgrunds ‚eingefasst‘ werden muss, verbunden mit der inflationären Richterschelte, das Berufungsgericht habe verfassungsrechtliche Parameter grob verkannt.<sup>147</sup> Dies bindet nicht nur erhebliche richterliche Ressourcen; der argumentative Duktus der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung wird zudem zu einem rhetorischen ‚Nullsummenspiel‘,<sup>148</sup> weil jeder (vermeintliche) Rechtsverstoß des Berufungsgerichts ‚über Bande‘ zum Verfassungsbruch erhoben wird.<sup>149</sup>

Diese Entwicklung – welche einmal mehr zeigt, dass Zurückweisungsbeschlüsse gem. § 544 Abs. 6 S. 2 ZPO in der Regel nicht begründet werden *sollten*<sup>150</sup> – kann für den Individualrechtsschutz durchaus kontraproduktiv sein. Denn die inflationäre Abnutzung von Verfassungsverstößen läuft Gefahr, dass der Blick auf die punktuell tatsächlich existierenden, schwerwiegenden Rechtsfehler, die ein Eingreifen des Revisionsgerichts zwingend erfordern, versperrt wird. Als Reaktion auf die nicht enden wollende Flut an Gehörsrügen sah sich der BGH zudem zur Entwicklung des zivilprozessualen Subsidiaritätsgrundsatzes veranlasst,<sup>151</sup> weshalb eine verfassungsrechtliche Überfrachtung des fachgerichtlichen Revisionsverfahrens leicht zum Bärendienst für die Rechtsschutz suchende Partei verkommen kann.

<sup>145</sup> Vgl. etwa die umfangreiche Darstellung der BGH-Rechtsprechung zur Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG bei MünchKommZPO/Krüger § 543 Rn. 20ff.

<sup>146</sup> S. die beispielhafte Darstellung bei Nassall, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, Rn. 1115 ff.

<sup>147</sup> Vgl. Winter NJW 2016, 922, 924 (mit Verweis auf BT-Drs. 14/4722, S. 105): „Das Bedeutungsgleichgewicht zwischen Rechts- und Verfahrensfehler, das in der Gesetzesbegründung ebenfalls Ausdruck gefunden hat, ist gestört.“

<sup>148</sup> Grundlegende Kritik auch bei Nassall NJW 2012, 113, 115.

<sup>149</sup> In der Regel erfolgt in einer Nichtzulassungsbeschwerdebegründung eine „Anker“-Gehörsrüge, damit der Rechtsbehelf jedenfalls zulässig ist und nicht an den strengen Darlegungsanforderungen ggf. weiterer Beschwerdegründe scheitert. Eine Rügefähigkeit einfacher Rechtsfehler würde insoweit die Darstellung der Nichtzulassungsbeschwerde erleichtern und eine Flucht „in die Verfahrensrüge“ vermeiden (vgl. dazu Winter NJW 2016, 922, 924).

<sup>150</sup> S. o. sub § 4. I. 4.

<sup>151</sup> Dazu noch § 4. III. 2. b).

## 7. Zwischenergebnis

Das Revisionszulassungsverfahren bringt als perfekte Imperfektion das Spannungsverhältnis zwischen den divergierenden Revisionszwecken paradigmatisch zum Ausdruck: Die gesetzgeberische Intention, das Revisionsgericht vorrangig zum Gericht der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung zu deklarieren, hat im Zulassungsverfahren ihren deutlichsten Niederschlag gefunden. Die starke verfassungsgerichtliche Überlagerung und Ausformung der Nichtzulassungsbeschwerde hat die Individualgerechtigkeit indes stärker als vom Reformgesetzgeber intendiert in den Vordergrund gerückt, weil ein – teilweise sehr breit verstandener – Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte stets die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. Das Verfahrensrecht wird dabei verfassungsrechtlich stark aufgeladen, was es dem BGH wiederum ermöglicht, über den Wortlaut von § 543 Abs. 2 ZPO hinaus im Einzelfall auch einfache Rechtsfehler korrigieren zu können. Die damit einhergehende Privilegierung von Verfahrensfehlern ist zwar nicht über jeden Zweifel erhaben, aber in sich folgerichtig, da sie dem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers und der in der durch die starke verfassungsrechtliche Verankerung des Verfahrensrechts zutage tretenden ‚Gerechtigkeit durch Verfahren‘ im Zivilprozess entspricht.

## II. Die zulassungsfreie Revision

Abweichend zum Grundsatz der Zulassungsrevision ist in den letzten Jahren eine partiell gegenläufige Entwicklung zu beobachten, wonach die Anrufung des BGH zulassungsfrei möglich sein soll, wenn die Bedeutung des Falles dies erforderlich macht. Diese Reminiszenzen an die Wertrevision<sup>152</sup> betreffen sowohl den kollektiven Rechtsschutz als auch die verstärkt in den Fokus geratenen Commercial Courts.

### 1. Kollektiver Rechtsschutz

Nachdem der Gesetzgeber bereits im Musterfeststellungsverfahren stets eine Revision zum BGH für zulässig erklärte (§ 614 ZPO),<sup>153</sup> sieht auch das VDuG-E<sup>154</sup> eine zulassungsfreie Revision sowohl gegen Abhilfegrundurteile (§ 16 Abs. 5

<sup>152</sup> S. o. sub § 2.IV.2.d). Eine Form der zulassungsfreien Revision existiert zudem in bestimmten berufsrechtlichen Verfahren, vgl. § 107 Abs. 1 WPO und § 129 Steuerberatungsgesetz.

<sup>153</sup> Einer besonderen Zulassung durch das OLG bedarf es nicht, wie ein Vergleich zur abweichenden Formulierung in § 80 Abs. 2 DRiG zeigt (näher MünchKommZPO/Menges § 614 Rn. 2; s. ferner die Empfehlung des Rechtsausschusses in BT-Drs. 19/2741, S. 16, 26).

<sup>154</sup> Entwurf eines Gesetzes zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz – VDuG) als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz);

VDuG-E) und Abhilfeendurteile (§ 18 Abs. 4 VDuG-E) als auch gegen Musterfeststellungsurteile (§ 42 VDuG-E) vor, wobei die Verfahren erstinstanzlich vor den Oberlandesgerichten geführt werden (vgl. § 3 Abs. 1 VDuG-E).<sup>155</sup> Diese Entscheidung ist folgerichtig, weil den genannten Verfahren aufgrund ihrer Bedeutung für eine Vielzahl von Einzelsprüchen stets eine Breitenwirkung zukommt. Der Umstand, dass eine Revision auch dann zulässig ist, wenn keine ungeklärten Rechtsfragen, sondern z. B. nur Tatfragen im Raum stehen, rechtfertigt sich daraus, dass eine schnelle höchstrichterlich abschließende Entscheidung wünschenswert ist, insbesondere um einer Flucht aus der Revision in Massenverfahren entgegenzuwirken.<sup>156</sup>

## 2. Der BGH als Commercial Court?

### a) RegE eines Justizstandort-Stärkungsgesetzes

Nach langer Diskussion<sup>157</sup> über die Stärkung des Justizstandorts Deutschland als Forum für (internationale) Wirtschaftsstreitigkeiten legte die Bundesregierung im August 2023 zudem den Entwurf eines Justizstandort-Stärkungsgesetzes<sup>158</sup> vor, womit „ein an den Bedürfnissen der Wirtschaft orientiertes, schnelles, effizientes und attraktives Gerichtsverfahren angeboten werden“ soll, insbesondere um eine Abwanderung bedeutender Wirtschaftsstreitigkeiten zu ausländischen Streitforen oder ins Schiedsverfahrensrecht zu verhindern. Im Kern sieht der Gesetzentwurf vor, dass landgerichtliche Wirtschaftszivilsachen vor *Commercial Chambers* auf Englisch verhandelt werden können (§ 184a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG-E) und für die Länder die Möglichkeit besteht, *Commercial Courts* an den Oberlandesgerichten einzurichten (§ 119b Abs. 1 GVG-E), vor denen ebenfalls auf Englisch verhandelt werden kann (§ 184a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG-E). Die Commercial Courts sind dabei für die in § 119b Abs. 1 S. 1 GVG-E genannten Wirtschaftsstreitigkeiten im ersten Rechtszug zuständig, sofern die Parteien dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben (vgl. § 38 Abs. 1 ZPO) oder der Beklagte sich rügelos einlässt (§ 119b Abs. 2 GVG-E; § 619 Abs. 2 ZPO-E).

die vom Bundestag verabschiedete Fassung findet sich in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 20/7631.

<sup>155</sup> Ferner sieht das VRUG vor, dass für Unterlassungsklagen nach dem UKlaG in Zukunft die Oberlandesgerichte erstinstanzlich zuständig sind (vgl. § 6 Abs. 1 S. 1 UKlaG-E) und dagegen die Revision statthaft ist, sofern sie zugelassen wurde (vgl. § 6 Abs. 2 UKlaG-E). Auch diese Form der Hochzonung dient dazu, schneller eine verfahrensabschließende Entscheidung zu erzielen.

<sup>156</sup> S. hierzu noch ausführlich sub § 13. I. 1.

<sup>157</sup> S. nur *Rapp* GVRZ 2020, 2 Rn. 1 ff.; *Riehm/Thomas* NJW 2022, 1725 ff., sowie die bisherigen Entwürfe BT-Drs. 17/2163; BT-Drs. 18/1287; BT-Drs. 19/1717; BT-Drs. 19/30745; BT-Drs. 20/1549.

<sup>158</sup> RegE eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023\\_Commercial\\_Courts\\_Justiz\\_Staerkungsgesetz.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Commercial_Courts_Justiz_Staerkungsgesetz.html) [25.08.2023]).

Flankierend soll auch die Stellung des BGH als Commercial Court gestärkt werden: Gem. § 623 ZPO-E findet gegen die erstinstanzlichen Urteile der Commercial Courts (nicht jedoch gegen Berufungsurteile in Verfahren, die erstinstanzlich vor einer Commercial Chamber initiiert wurden) die zulassungsfreie Revision statt. Dieser erleichterte Zugang zum BGH ist nach Ansicht des RegE erforderlich, weil

„der Commercial Court die Eingangsinstanz für die Parteien darstellt; für einen ausreichenden Instanzenzug muss den Parteien daher der Zugang zum Bundesgerichtshof unter erleichterten Bedingungen gewährt werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Revision zum Bundesgerichtshof nicht zugelassen und damit der Rechtsweg verschlossen bliebe. Ein solches Ergebnis gilt es ob der wirtschaftlich regelmäßig hohen Bedeutung dieser Streitigkeiten, die etwa mit dem Erhalt oder dem Auf- bzw. Abbau von Arbeitsplätzen in Deutschland verbunden sein können, zu verhindern.“<sup>159</sup>

Sofern das Verfahren auf Englisch geführt wird, ist auch die Rechtsmittelschrift in englischer Sprache einzureichen (§ 618 ZPO-E).

Ferner sieht § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 GVG-E vor, dass das Verfahren vor den Zivilsenaten des BGH auf Englisch geführt werden kann, wenn das vorgehende Verfahren vor dem Commercial Court auf Englisch geführt wurde, dies in der Rechtsmittelschrift beantragt wurde und der Senat dem Antrag nach freiem Ermessen<sup>160</sup> stattgibt. Diese Wahlfreiheit ist nach Ansicht der Bundesregierung erforderlich, da der BGH „eine englischsprachige Verfahrensführung in sämtlichen seiner Sachgebiete erst mittel- bis langfristig sicherstellen kann.“<sup>161</sup> Der Zivilsenat kann folglich jederzeit anordnen, dass das Verfahren in deutscher Sprache fortgeführt wird oder Teile der Verfahrensakte in die deutsche Sprache übersetzt werden (§ 184b Abs. 2 GVG-E), insbesondere sofern er „für eine sinnvolle Leitung, Führung und Entscheidung in der Sache ein Umschwenken auf die deutsche Sprache für erforderlich“ hält.<sup>162</sup>

#### b) Bewertung

Auch wenn die – hier nicht weiter zu thematisierende – Einführung von Commercial Courts als Senate für Handelssachen grundsätzlich zu begrüßen ist,<sup>163</sup> kann die damit verbundene Umgestaltung des Revisionsverfahrens nicht überzeugen. Bereits die Einschätzung, bei erstinstanzlichen Entscheidungen der Commercial Courts sei stets eine zulassungsfreie Revision notwendig (§ 623 ZPO-E), widerspricht den Revisionszwecken, weil die wirtschaftliche Bedeutung eines Rechtsstreits ohne das Hinzutreten weiterer Umstände das Vorliegen eines Revisions-

<sup>159</sup> RegE (o. Fn. 158), S. 42.

<sup>160</sup> Näher RegE (o. Fn. 158), S. 32.

<sup>161</sup> RegE (o. Fn. 158), S. 32: „Diese Regelung ist erforderlich, da der angerufene Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zu Beginn des Verfahrens meist noch nicht abschließend beurteilen kann, wie komplex – auch in sprachlicher Hinsicht – das Verfahren werden wird.“

<sup>162</sup> RegE (o. Fn. 158), S. 32.

<sup>163</sup> S. ausführlich bereits *Rapp* GVRZ 2020, 2 Rn. 20ff.

zulassungsgrundes nicht indiziert; die Abschaffung der Wertrevision legt darüber ein beredtes Zeugnis ab.<sup>164</sup> Wirft die Entscheidung keine rechtsgrundsätzliche Frage auf, ist nicht ersichtlich, weshalb den Parteien über die – in Verfahren vor den Commercial Courts stets zulässige (vgl. § 119 Abs. 1 S. 1 GVG-E i. V. m. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) – Nichtzulassungsbeschwerde hinaus stets die Möglichkeit einer mündlichen Revisionsverhandlung geboten werden sollte.<sup>165</sup> Eine zulassungsfreie Revision widerspricht vielmehr der Intention, den Parteien ein qualifiziertes Streitforum zur Verfügung zu stellen, dass im Grundsatz abschließend über die Sache entscheidet. Auch im Schiedsverfahrensrecht steht im Grundsatz nur eine Instanz zur Verfügung, wobei auch der internationale Vergleich zeigt, dass zulassungsfreie Rechtsmittel gegen Urteile von Commercial Courts keinesfalls die Regel sind.<sup>166</sup>

Kaum überzeugend ist auch die im RegE vorgesehene Möglichkeit, das Revisionsverfahren auf englischer Sprache zu führen. Ungeachtet der Frage, ob das Revisionsgericht seine am öffentlichen Interesse ausgerichtete Rechtsfortbildungs- und Rechtsvereinheitlichungsfunktion bei einem vollständig auf englischer Sprache geführten Verfahren noch ausüben kann,<sup>167</sup> muss bezweifelt werden, dass es vor dem BGH zu einer nennenswerten Zahl auf Englisch geführter Verfahren kommen wird. Denn auch bei sehr guten Sprachkenntnissen stellt eine Verfahrensleitung auf Englisch, zumal in einer komplexen Wirtschaftsstreitigkeit, eine große Herausforderung dar.<sup>168</sup> Dies erklärt, weshalb die Verfahrensführung auf Englisch stets im Ermessen des erkennenden Zivilsenats steht und dieser das Verfahren jederzeit ins Deutsche überführen kann (§ 184b Abs. 1 und 2 GVG-E). Insgesamt dürfte dem Justizstandort-Stärkungsgesetz, jedenfalls mit Blick auf das Revisionsverfahren, daher kein großer Erfolg beschieden sein, wobei auch der RegE mit nur etwa zwei Verfahren p. a. rechnet, über die der BGH im Nachgang zum Urteil eines Commercial Courts zu entscheiden hat.<sup>169</sup>

<sup>164</sup> S. o. sub § 2. V. 1.

<sup>165</sup> Nicht überzeugend sind daher die Ausführungen bei RegE (o. Fn. 158), S. 42.

<sup>166</sup> Details bei *Rapp* GVRZ 2020, 2 Rn. 41. Ohne empirischen Nachweis ist zudem die Begründung des RegE [(o. Fn. 158), S. 42], einer zulassungsfreien Revision gegen Entscheidungen, die erstinstanzlich vor den Commercial Chambers verhandelt wurden, bedürfe es im Gegensatz zu erstinstanzlichen Urteilen der Commercial Courts nicht, weil der der Entscheidung zugrunde liegende Rechtsstreit insoweit „im Regelfall keine besonders hervorgehobene Bedeutung aufweisen dürfte“.

<sup>167</sup> § 617 Abs. 3 ZPO-E sieht eine Übersetzung des Urteils ins Deutsche zum Zwecke der Veröffentlichung vor.

<sup>168</sup> Ob die – vor den Zivilsenaten des BGH allein postulationsfähige (vgl. § 78 Abs. 1 S. 3 ZPO) – Revisionsanwaltschaft zu einer Verfahrensführung auf Englisch in der Lage wäre, lässt der Entwurf vollständig unberücksichtigt.

<sup>169</sup> RegE (o. Fn. 158), S. 21.

### III. Prüfungsmaßstab und Konzentration des Prozessstoffs

Auch im sich der Zulassung anschließenden (vgl. § 544 Abs. 8 S. 1 ZPO) Revisionsverfahren tritt die Supervisions- und Kontrollfunktion des Revisionsgerichts deutlich zutage: Der revisionsrechtliche Prüfungsmaßstab ist eine auf Rechtsfehler beschränkte Korrektur der vorinstanzlichen Entscheidung, wobei ein Eingreifen nur soweit erfolgt, als dies zur Realisierung der Revisionszwecke notwendig ist.

#### 1. Der Prüfungsmaßstab des Revisionsgerichts

##### a) Die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage

Grundsätzlich kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das Berufungsurteil auf einer *Verletzung des Rechts* beruht (§§ 545 Abs. 1, 546 ZPO). In historischer Perspektive und aufgrund des über Jahrzehnte hinweg zulassungsfreien Zugangs zum Höchstgericht<sup>170</sup> erwies sich die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage von essenzieller Bedeutung, um dessen Stellung als Rechtsrügeinstanz zu konturieren und strukturell von den Aufgaben eines Tatrichters zu entlasten.<sup>171</sup> Dementsprechend wurde seit Erlass der Reichsjustizgesetze<sup>172</sup> bis in die 1980er Jahre hinein von Seiten der Rechtswissenschaft mehrfach der Versuch unternommen, eine klare logisch-begriffliche Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage zu erreichen.<sup>173</sup>

##### aa) Keine absoluten Abgrenzungsparameter

Spätestens seit Erlass des ZPO-RG 2001 ist eine solche jedoch weder notwendig noch zielführend. Zum einen wird der Zugang zum Revisionsgericht nunmehr durch die Revisionszulassungsgründe gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO (Grundsatzbedeutung, Rechtsfortbildung, Rechtseinheit) abschließend determiniert, wobei allein die – typischerweise, aber nicht notwendigerweise Rechtsfragen vorbehaltenen – Allgemeinbedeutung, nicht jedoch die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen bei der Zulassung eine Rolle spielt. Zum anderen hat die rechtswissenschaftliche Debatte der letzten Jahrzehnte gezeigt, dass zwar eine *phänomenologische*, aber keine trennscharfe Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage in jedem Fall möglich ist.<sup>174</sup> Dies zeigt sich z. B. darin, dass das Revisionsgericht

<sup>170</sup> Vgl. oben sub § 2. III. 2. b).

<sup>171</sup> Wie hier Stein/Jonas-Jacobs § 546 Rn. 3; ähnlich auch Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 546 Rn. 3 ff.

<sup>172</sup> Ein erster Ansatz findet sich bereits bei Wach (JW 1881, 73 ff.) in scharfer Auseinandersetzung mit der Arbeit von Bähr, Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß, S. 19 ff.

<sup>173</sup> Umfassend zum alten Recht: Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 1 ff., 138 ff.; Henke, Die Tatfrage, S. 1 ff.; Prütting, Die Zulassung der Revision, S. 196 ff.; Schuler NJW 1961, 4 ff.; Nierwetberg JZ 1983, 237 ff.

<sup>174</sup> Vgl. BGHZ 14, 163, 167; 31, 295, 306; ähnlich bereits Kuchinke, Grenzen der Nachprüf-

bei der Auslegung von Willenserklärungen<sup>175</sup> oder bei der Kontrolle einer Abwägungsentscheidung gem. §254 BGB und §287 Abs. 1 ZPO<sup>176</sup> nicht unerheblich in die Domäne des Tatrichters eingreift, gerade wenn dies zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung im Allgemeininteresse bei potenziell wiederkehrenden Auslegungsfragen geboten ist.<sup>177</sup>

Die Trennung zwischen vorgelagerter Tatsachenfeststellung im Rahmen einer Beweiserhebung und der sich anschließenden rechtlichen Würdigung mag daher der Regelfall der Rechtsfindung vor dem Prozessgericht sein, ist jedoch kein prozessuales Schisma. Die Frage, ob hinsichtlich der vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen (§529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), kann etwa nur unter Berücksichtigung der vorinstanzlichen Beweisergebnisse *und* der diese einfassenden rechtlichen Parameter beantwortet werden. Daher sind auch im common law-Rechtskreis sog. mixed questions of law and fact<sup>178</sup> anerkannt, bei denen rechtliche Würdigung und tatsächliche Feststellung untrennbar miteinander verwoben sind.

#### *bb) Funktionale Differenzierung*

Die Grenzen der Kognitionsbefugnis des Revisionsgerichts bei Tatfragen folgen vielmehr funktional aus dessen Stellung;<sup>179</sup> Ausgehend von den Revisionszwecken zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung impliziert die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage zunächst, dass das Revisionsgericht eine Rechtskontrollinstanz, aber kein trial court und keine Ober-Appellationsinstanz ist<sup>180</sup> und eine de novo-Bewertung der vorinstanzlichen Beweisantritte unter Achtung der freien Beweiswürdigung des Tatrichters (§286 Abs. 1 ZPO) unterbleibt. Gegenstand der Rechtsfindung ist im Grundsatz allein das vorinstanzlich Parteivorbringen (vgl. §559 Abs. 1 S. 1 ZPO). Auch bei der Berücksichtigung neuer Tatsachen gem. §§559 Abs. 1 S. 2, 551 Abs. 3 Nr. 2 lit. b ZPO erfolgt nur eine Rechtskontrolle der vorinstanzlichen *Tatsachenfindung*, jedoch keine eigenständige *Tatsachenfeststellung* im Rahmen eines Beweistermins (vgl. §563 Abs. 1 ZPO). Damit wird der Ausschluss reiner Tatsachenfeststellungen aus dem revisionsgerichtlichen Prüfungsmodell teleologisch erklärbar: Ausgehend vom Revisionszweck der Rechtsvereinheitlichung bedarf es keiner unbedingten Kongruenz der *Tatsachenfeststellung* durch die Vorinstanz, weil sich diese regelmäßig nur im einzelnen Verfahren

---

barkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, S. 58 ff.; 98 ff.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 1. Aufl., S. 36 f.; Stein/Jonas-Jacobs §546 Rn. 4.

<sup>175</sup> Vgl. bereits sub §3. II. 2. c).

<sup>176</sup> Vgl. ad I: BGH NJW 1995, 395, 396; NJW 1995, 1150, 1151; ad II: BGH NJW 1991, 1412; NJW 1995, 2227, 2228; NJW 1998, 985, 986; NJW 1998, 1062, 1063; NJW-RR 2005, 897.

<sup>177</sup> Bereits *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 48 ff.

<sup>178</sup> Vgl. hierzu z. B. *Southern Pac. Co. v. Schuyler* 227 U. S. 601, 611, 33 S.Ct. 277, 280, 57 L.Ed. 662 (1913).

<sup>179</sup> Vgl. schon *Henke*, Die Tatfrage, S. 23 ff. mwN.

<sup>180</sup> Zu den Ausnahmen sogleich sub §4. III. 1. c).

isoliert entfaltet.<sup>181</sup> Dies schließt es jedoch nicht aus, dass das Revisionsgericht im Einzelfall – etwa bei Zulässigkeits- und Rechtsfortbildungstatsachen – auch tatrichterlich tätig wird.<sup>182</sup>

Typisierend erklärt sich die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage zudem aus der Entscheidungsgrundlage des Revisionsgerichts und der Schriftlichkeit des Verfahrens. Galt schon in historischer Perspektive *quod non est in actis, non est in mundo*,<sup>183</sup> erfolgt auch die revisionsgerichtliche Kontrolle ausschließlich anhand der vorinstanzlichen Prozessakten (§§ 565 S. 1, 541 Abs. 1 ZPO)<sup>184</sup> und der auf deren Grundlage erstellten Revisionschriftsätze (vgl. § 551 Abs. 2 S. 6 Hs. 2 ZPO). Kann eine Tatsachen(neu)bewertung daher allein auf Basis der Prozessakten – etwa bei der Auslegung von Willenserklärungen oder AGB/AVB sowie von Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten<sup>185</sup> bzw. bei unstreitigen (Neu-)Tatsachen – erfolgen, konfliktiert dies nicht mit der Supervisionsfunktion des Höchstgerichts, weil die Stellung der Vorinstanzen als trial court formal unangetastet bleibt. Gleiches gilt bei der revisionsrechtlichen Überprüfung von Erfahrungssätzen,<sup>186</sup> weil insoweit keine zum Prozessgericht konkurrierende Beweiserhebung angesetzt werden muss.

#### b) Umfassende Rechtskontrolle

Ausgehend von diesen Prämissen prüft das Revisionsgericht vorrangig die Existenz, Auslegung und Anwendbarkeit revisiblen Rechts. Dies umfasst grundsätzlich jede Form inländischer Rechtsnormen (vgl. § 12 EGZPO), insbesondere Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung, Gewohnheitsrecht, Völkerrecht und Staatsverträge.<sup>187</sup> Auch Beweislastregeln und unbestimmte Rechtsbegriffe unterliegen einer revisionsgerichtlichen Kontrolle.<sup>188</sup> Ausländisches Recht ist dagegen nicht revisibel,<sup>189</sup> was sich wiederum aus der Stellung des Höchstgerichts legitimiert: Eine ausländische Rechtsordnung kann in Deutschland aufgrund einer Parteiabrede oder durch Anwendung von –

<sup>181</sup> Dazu bereits *Henke* Z郑 1968, 196, 199, 203 ff.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960 (insbesondere S. 34 ff.).

<sup>182</sup> Dazu näher sub § 4. III. 1. c).

<sup>183</sup> Näher hierzu *Arens*, Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess, S. 11; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, S. 42.

<sup>184</sup> Als Äquivalent im common law existiert dabei der *court record*, vgl. noch sub § 11. II. 1. a) zum US-amerikanischen Bundeszivilprozess.

<sup>185</sup> BGHZ 86, 104, 110; BGH NJW 1983, 2772, 2774; NJW 2000, 1268, 1269; NJW 1988, 1914, 1915; NJW 1994, 49, 50; NJW-RR 1994, 1251; ZIP 1998, 822, 823; kritisch hierzu MünchKommZPO/*Krüger* § 546 Rn. 6 mwN.

<sup>186</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1993, 653.

<sup>187</sup> Näher MünchKommZPO/*Krüger* § 545 Rn. 1 ff.; *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 545 Rn. 18 ff., 26 ff. Gem. § 8 EGGVG besteht zudem die Möglichkeit, die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des BGH gehörenden Revisionen und Rechtsbeschwerden einem obersten Landesgericht zuzuweisen, sofern im Wesentlichen Landesrecht streitentscheidend ist.

<sup>188</sup> Ad I: BGHZ 28, 251, 254; 46, 260, 267; 119, 387, 391 f.; ad II: BGH NJW 1983, 2692; NJW 1988, 902, 903.

<sup>189</sup> BGHZ 198, 14 Rn. 18 ff.; umfassend *Jacobs/Frieling* Z郑 2014, 137 ff.

revisionsrechtlich überprüfbar<sup>190</sup> – Kollisionsrecht zwar auf den Individualrechtsstreit anwendbar sein, es *gilt* hier aber nicht. Dementsprechend besteht auch kein öffentliches Interesse an der Rechtsfortbildung oder Rechtsvereinheitlichung; dies ist vielmehr Aufgabe des jeweiligen nationalen Höchstgerichts.<sup>191</sup>

Bei der revisionsgerichtlichen Rechtskontrolle greift gem. § 557 Abs. 1 ZPO grundsätzlich die Dispositionsmaxime Platz: Nur die von den Parteien gestellten Anträge werden überprüft. Es ist dem Revisionsgericht folglich verwehrt, eine Sachentscheidung *sua sponte* über einen nicht der Revision unterliegenden Teil des Berufungsurteils zu treffen, selbst wenn dieser an einem revisiblen Rechtsfehler leiden sollte. Jedoch ist der BGH an die geltend gemachten Revisionsgründe bzw. Gegenrügen des Revisionsbeklagten nicht gebunden (vgl. § 557 Abs. 3 S. 1 ZPO) und kann von Amts wegen zu prüfende Verfahrensmängel auch ohne Rüge des Rechtsmittelführers einer Kontrolle unterziehen (§ 557 Abs. 3 S. 2 ZPO).<sup>192</sup> Wurde wenigstens eine Sachrüge<sup>193</sup> ordnungsgemäß erhoben, kann das Revisionsgericht das Urteil daher auf seine Vereinbarkeit mit materiellrechtlichen Bestimmungen umfassend überprüfen.<sup>194</sup>

### c) *Limitierte Tatsachenkontrolle*

Dagegen sind die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts in nur eingeschränktem Umfang nachprüfbar,<sup>195</sup> obwohl der BGH – wie vorstehend ausgeführt – durch die funktionale Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage einen pragmatischen Ansatz wählt. Danach ist neuer Parteivortrag grundsätzlich ausgeschlossen und nur das sich aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ergebende Parteivorbringen wird der Entscheidung zugrunde gelegt (§ 559 Abs. 1 S. 1 ZPO). Dies gilt auch, wenn der Sach- und Streitstand dort unrichtig wiedergegeben sein sollte.<sup>196</sup> Auch Feststellungen des Berufungsgerichts zu tatsächlichen Behauptungen sind für den BGH bindend, sofern dagegen kein zulässiger und begründeter Revisionsangriff geführt wurde (§ 559 Abs. 2 Hs. 2 ZPO).<sup>197</sup> Eine Ausnahme gilt nur hinsichtlich solcher Tatsachen, mit denen gem. §§ 559 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 551 Abs. 3 Nr. 2 lit. b ZPO auf Grundlage der vorinstanzlichen Gerichtsakten eine Verfahrensrüge geführt wird, sowie bei nicht auflösbaren Widersprü-

<sup>190</sup> BGH WM 1998, 200; NJW 1998, 1321; NJW-RR 2004, 308.

<sup>191</sup> Umfassend *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 81 f. mwN.

<sup>192</sup> Dabei handelt es sich meist um Bestimmungen, die nicht den Parteien, sondern dem Schutz und der Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung oder überindividuellen Interessen dienen (näher *Grunsky ZJP* 1967, 68 ff., sowie schon sub § 3. II. 2. c).

<sup>193</sup> Zur Abgrenzung zwischen materiellrechtlichen und Verfahrensfehlern vgl. sub § 4. III. 2. a).

<sup>194</sup> BGHZ 31, 364.

<sup>195</sup> Umfassend *Ball FS Geiß*, S. 3 ff.; *Gottwald*, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 1 ff. (jeweils zum alten Recht).

<sup>196</sup> Insoweit ist vorrangig ein Tatbestandberichtigungsantrag gem. §§ 320, 525 S. 1 ZPO zu stellen (näher *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 559 Rn. 13 mwN).

<sup>197</sup> Zu den Einzelheiten *Stein/Jonas-Jacobs* § 559 Rn. 51; *MünchKommZPO/Krüger* § 559 Rn. 9 ff.

chen, Unklarheiten oder Unvollständigkeiten der Entscheidungsgründe im Berufungsurteil.<sup>198</sup>

Von den vorinstanzlichen Feststellungen kann daher nur dann abgewichen werden, wenn deren verfahrensmäßige Erhebung selbst einen (revisiblen) Fehler begründet, sofern z. B. die Beweiswürdigung unvollständig ist und gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt.<sup>199</sup> Diese (bereits in der CPO 1877 angelegte<sup>200</sup>) Zurückhaltung des Revisionsrechts erklärt sich – wie vorstehend dargelegt – zum einen aus der Funktion des Revisionsgerichts: Tatsächliche Feststellungen haben in der Regel keine über den Rechtskreis der Parteien hinausgehende Bedeutung, sind von den spezifischen Besonderheiten des Falles geprägt und können sich daher nicht zu einem verallgemeinerungsfähigen Rechtsfehler verdichten, weshalb ein öffentliches Rechtsvereinlichungsinteresse nicht besteht. Zum anderen kommt darin die arbeitsteilige Stellung des Revisionsgerichts im Justizaufbau zum Ausdruck: Das Höchstgericht muss die Untergerichte zur uniformen Anwendung des materiellen und Prozessrechts anhalten und überwachen.<sup>201</sup> Die tatrichterliche Würdigung (§ 286 ZPO) selbst als Ausfüllung und Vollziehung höchstrichterlich etablierter Erkenntnisregeln ist dagegen eine ‚Domäne des Tatrichters‘; werden die prozessrechtlich gezogenen Grenzen der Tatsachenfindung dabei nicht verletzt, ist weder die Rechtseinheit bedroht noch ergibt sich Potential zur Rechtsfortbildung.

Das Dogma einer puristischen Rechtskontrolle hat sich in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht unerheblich abgeschwächt. Bereits die vorerwähnte Auslegung von Willenserklärungen, AGB und AVB durch das Revisionsgericht sowie die letztinstanzliche *Rechtskontrolle* über die Beweiserhebung durch den Tatrichter hat einen Eingriff in dessen ‚Domäne‘ zur Folge, welche auch das Ergebnis der Beweisaufnahme in concreto teilweise zur Kontrolle durch das Revisionsgericht stellt.<sup>202</sup> Zulässigkeitstatsachen können, auch wenn sie erst nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entstanden sind,<sup>203</sup> vom Revisionsgericht sogar uneingeschränkt erhoben werden.<sup>204</sup> Ferner wird § 559 Abs. 1 ZPO

<sup>198</sup> BGH NJW 2008, 2845; NJW 2000, 3133, 3135; NJW 2000, 3007; NJW-RR 1988, 407, 409; NJW-RR 1989, 306, 307; s. ferner Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 559 Rn. 16 ff.

<sup>199</sup> BGH NJW 1991, 1894, 1895.

<sup>200</sup> Vgl. Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 141 f.: „Der Revisionsrichter hat zu prüfen, ob das angefochtene Urtheil auf einer Gesetzesverletzung beruht und bei dieser Prüfung das im Urtheil festgestellte Sachverhältniß zum Grunde zu legen, sofern nicht in dem Verfahren, welches zur Feststellung des Sachverhältnisses geführt hat, eine Gesetzesverletzung gerügt wird.“

<sup>201</sup> Hierzu sub § 5. V.

<sup>202</sup> Noch stärker zeigt sich dieser Grundsatz im Strafverfahrensrecht: Auch wenn die Strafzumessung gem. § 46 StGB als ‚Domäne des Tatrichters‘ gilt, findet hier eine besonders engmaschige und ausdifferenzierte revisionsgerichtliche Kontrolle statt (näher MünchKommStGB/Maier § 46 Rn. 78 ff.; 129 ff.).

<sup>203</sup> BGHZ 104, 215, 221; BGH NJW 1984, 1556; NJW 2001, 1730.

<sup>204</sup> BGHZ 22, 370, 372. Über streitige Tatsachen wird dabei vom Revisionsgericht selbst Beweis erhoben (BGHZ 31, 279, 282; BGH NJW 1976, 1940; VersR 1978, 155; WM 1986, 58). Dies erfolgt bei Prozessvoraussetzungen im Rahmen des Freibeweisverfahrens, im Übrigen gem. §§ 555 Abs. 1 S. 1 iVm 355 ff. ZPO (vgl. BGH NJW 1951, 441 Nr. 8; NJW 1987, 2875; NJW 1992, 627, 628).

restriktiv dahingehend ausgelegt, dass neue Tatsachen aus prozessökonomischen Gründen berücksichtigt werden können, sofern sie unstreitig sind, für die Entscheidung materiellrechtlich Bedeutung haben und keine schützenswerten Belange der Gegenseite entgegenstehen.<sup>205</sup> Im Rahmen seiner rechtsfortbildenden Funktion ist der BGH zudem uneingeschränkt zur Erhebung von *Rechtsfortbildungstat-sachen* befugt, da § 559 ZPO nur auf Subsumtionstatsachen Anwendung findet.<sup>206</sup>

## 2. Die Konzentration des Prozessstoffs

Die Zwitterstellung des BGH im öffentlichen und privaten Interesse manifestiert sich zudem durch eine besondere Konzentration des Prozessstoffs im Revisionsverfahren. Seit 1905 muss der Rechtsmittelführer Revisionsgründe vorbringen (vgl. § 551 ZPO).<sup>207</sup> Dies dient nicht nur der Konzentration des Verfahrens und der Information des Gegners über den Umfang der gegen das Berufungsurteil geführten Angriffe;<sup>208</sup> vielmehr sollen die streitigen Rechtsfragen von den Parteien aufbereitet und dem Revisionsgericht Argumente für die rechtliche Auseinandersetzung geliefert werden.<sup>209</sup> Durch die Filterfunktion der Revisionsanwaltschaft<sup>210</sup> soll sich ein Revisionsschriftsatz idealiter auf die maßgeblichen, konzise präsentierten Revisionsgründe konzentrieren,<sup>211</sup> wohingegen unbeachtliches oder erfolgloses Vorbringen keinen Eingang in die Begründungsschrift findet.<sup>212</sup>

### a) Darlegungsanforderungen bei Sach- und Verfahrensrügen

Bei der Angabe von Revisionsgründen ist gem. § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ZPO streng zwischen Verfahrens- und Sachrügen zu differenzieren (Abb. 12). Erstere beziehen sich gem. § 295 Abs. 1 S. 1 ZPO auf eine „das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift“. Auch wenn es sich dabei in der Regel um eine dichotome Abgrenzung zwischen zivilprozessualen und bürgerlich-rechtlichen Vorschriften handelt, erfolgt die Differenzierung nicht anhand systematischer Gesichtspunkte, da z. B. auch die Glaubhaftmachung gem. § 1994 Abs. 2 S. 1 BGB verfahrensrechtlich zu qualifizieren ist.<sup>213</sup> Entscheidend ist vielmehr, ob auf ein *unrichtiges Handeln oder Unterlassen* des Gerichts und damit an den äußeren Ablauf des Prozesses determinierende Bestimmungen angeknüpft wird.<sup>214</sup> Maßgebliches Kriterium ist insoweit, ob eine „verfahrensleitende Norm“

<sup>205</sup> BGHZ 85, 288, 290; 104, 215, 221; BGH NJW-RR 1992, 1149; NJW 1998, 1284; NJW 1998, 2972.

<sup>206</sup> Näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 392.

<sup>207</sup> *Gottwald* Gutachten A zum 61. DJT, A 49; speziell zu den Darlegungsanforderungen im europäischen Gemeinschaftsrecht vgl. *Vorwerk* FS Thode, S. 645 ff.

<sup>208</sup> BGHZ 7, 170, 173; BGH NJW 2000, 364.

<sup>209</sup> Vgl. BGHZ 7, 170, 173; BGH NJW 2006, 2206; s. ferner BAG NZA 2015, 511.

<sup>210</sup> Vgl. noch sub § 6. II. 1. a).

<sup>211</sup> Ähnlich *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 551 Rn. 2 f.

<sup>212</sup> Schon RGZ 95, 72; 145, 267 f.

<sup>213</sup> Zutreffend *MünchKommZPO/Prütting* § 295 Rn. 3.

<sup>214</sup> *MünchKommZPO/Prütting* § 295 Rn. 2. Streng genommen handelt das Gericht bei jedem

Revisionsgründe (§§ 545 Abs. 1, 546 ZPO): jede Rechtsverletzung.  
Ausnahme: Zuständigkeitsfragen (§ 545 Abs. 2 ZPO<sup>215</sup>), nicht revisibles Recht (§ 560 ZPO),  
Tatfragen (vgl. § 559 ZPO).

	Verfahrensrüge		Sachrüge
<i>Begriff</i>	Verletzung einer „das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift“ (vgl. § 295 Abs. 1 ZPO).  Verfahrensmängel, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind.	Alle Übrigen.	Jede Rechtsverletzung, die keine Verfahrensrüge begründet, insbesondere ein Verstoß gegen materielle rechtliche Normen.
<i>Begründungspflicht durch den Rechtsmittelführer</i>	Nein.	Ja, § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b ZPO.	Ja, § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a ZPO, allerdings reicht eine zulässige Sachrüge aus.
<i>Darlegungsanforderungen</i>	–	Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben.  Darlegung (potenzieller) Ergebniskausalität.	Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt.
<i>Prüfung durch das Revisionsgericht</i>	Keine Bindung an die geltend gemachten Revisionsgründe (§ 557 Abs. 3 S. 1 ZPO).	Prüfung nur hinsichtlich der geltend gemachten Revisionsgründe (§ 557 Abs. 3 S. 2 ZPO).	Keine Bindung an die geltend gemachten Revisionsgründe (§ 557 Abs. 3 S. 1 ZPO).
<i>Erfolg der Rüge</i>	Urteil beruht stets auf Rechtsverletzung.	Nur bei Beruhenszusammenhang, d. h. sofern Einfluss auf Berufungsurteil nicht ausgeschlossen werden kann.	Unwiderlegliche Vermutung, dass Urteil auf Verfahrensmangel beruht (Ausnahme: § 547 Nr. 6 ZPO).
<i>Verfahrensfortgang</i>	Aufhebung von Urteil und zugrunde liegendem Verfahren, § 562 Abs. 1 und 2 ZPO; regelmäßig Zurückverweisung gem. § 563 Abs. 1 ZPO; ggf. eigene Sachentscheidung, z. B. bei unheilbarem Fehlen einer Sachurteilsvoraussetzung, § 563 Abs. 3 ZPO.		Wenn das Urteil auf Rechtsverletzung beruht, § 545 Abs. 1 ZPO (d. h. nicht auch auf einer anderen, das Ergebnis selbstständig tragenden Begründung, vgl. § 561 ZPO).
<i>Begründung der Entscheidung</i>			Aufhebung des Urteils, § 562 Abs. 1 ZPO; eigene Sachentscheidung, wenn insgesamt Entscheidungsreife vorliegt (§ 563 Abs. 3 ZPO); ansonsten Zurückverweisung gem. § 563 Abs. 1 ZPO.
	Absehen von der Begründung bei Unbegründetheit möglich, § 564 S. 1 ZPO; (Rück-)Ausnahme: absolute Revisionsgründe i. S. v. § 547 ZPO.		Stets.

Abb. 12: Verfahrens- und Sachrügen in der Revisionsinstanz.

fehlerhaft begründeten Urteil ‚unzulässig‘; anzufügen wäre daher der Halbsatz „in Abgrenzung zum ‚inneren‘ Handeln des Gerichts bei der Urteilsabfassung“.

<sup>215</sup> Mit Ausnahme von Fragen der internationalen Zuständigkeit: BGH NJW 2011, 532; NJW 2005, 1788; NJW 2003, 426; NJW 2003, 2916. Vgl. zu dieser Besonderheit den rechtsvergleichenden Überblick bei Gioia, Recourse against judgments on international jurisdiction, in: Uzelac/van Rhee (Hrsg.), Nobody’s perfect – Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters, S. 353 ff.

betroffen ist, die sich unmittelbar auf die Ausgestaltung des Prozesses auswirkt.<sup>216</sup> Liegt danach keine Verfahrensrüge vor, ist eine Sachrüge gegeben; diese richtet sich vorrangig gegen die materiellrechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts und wird in aller Regel aus dem Urteil selbst ersichtlich sein, während Verfahrensrügen nur unter Bezugnahme auf die Gerichtsakte erhoben werden können.

Bei einer Sachrüge sind nur die Umstände darzulegen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt (vgl. § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a ZPO), weshalb es ausreicht – da das Revisionsgericht inhaltlich nicht an die erhobenen Revisionsgründe gebunden ist (vgl. § 557 Abs. 3 S. 1 ZPO) –, wenn *eine* Rüge hinsichtlich der Verletzung des materiellen Rechts ordnungsgemäß erhoben wurde.<sup>217</sup> Die Anforderungen sind dabei denkbar niedrig: Zur Darlegung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt, ist selbst die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm nicht zwingend notwendig.<sup>218</sup> Dies steht im Gegensatz zur Verfahrensrügen; eine solche setzt – mit Ausnahme der von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensmängel (vgl. § 557 Abs. 3 S. 2 ZPO)<sup>219</sup> – sowohl die Bezeichnung der Rechtsverletzung (wenn nicht der verletzten Rechtsnorm selbst<sup>220</sup>) als auch die konkrete Darlegung eines unrichtigen Handelns des Berufungsgerichts gem. § 295 Abs. 1 ZPO voraus, wobei die dafür relevanten Tatsachen unter Bezugnahme auf die Gerichtsakten konzise zu benennen sind und außerdem darzulegen ist, welche Auswirkungen der Fehler auf die Entscheidung hatte (Ergebniskausalität).<sup>221</sup> Das Revisionsgericht trifft daher keine sua sponte-Pflicht, das Berufungsurteil selbst bei schweren Mängeln auf Verfahrensfehler hin zu überprüfen. Zur Entlastung des Revisionsgerichts erfolgt vielmehr eine Auslagerung der Rechtskontrolle auf die Revisionsanwaltschaft, was deren Bedeutung für die höchstrichterliche Rechtsfindung unterstreicht.<sup>222</sup>

Eine Entlastung des Revisionsgerichts zur Sicherung von dessen Funktionsauftrag im öffentlichen Interesse erfolgt schließlich über § 564 ZPO, wonach – von absoluten Revisionsgründen gem. § 547 ZPO abgesehen – von einer Begründung

<sup>216</sup> Vgl. *Rimmelspacher* FS Beys, S. 1333, 1336 f.; Stein/Jonas-Jacobs § 557 Rn. 24 ff.

<sup>217</sup> Näher Stein/Jonas-Jacobs § 551 Rn. 23 f.

<sup>218</sup> MünchKommZPO/Krüger § 551 Rn. 21; BGH NJW 2003, 2532 (zu § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO).

<sup>219</sup> Dazu schon oben sub § 3. II. 2. c).

<sup>220</sup> Vgl. BAG NJW 2004, 1683, 1684; Stein/Jonas-Jacobs § 551 Rn. 27.

<sup>221</sup> Einzelheiten bei Stein/Jonas-Jacobs § 551 Rn. 27 ff. mwN. Die Geltendmachung einer Gehörsverletzung iSd Art. 103 Abs. 1 GG erfordert daher die konkrete Darlegung berücksichtigungsfähigen, aber durch das Berufungsgericht übergangenen Sachvortrags (mit Fundstelle in den Gerichtsakten) sowie die Darlegung der Möglichkeit, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des übergangenen Vortrags anders entschieden hätte (näher Stein/Jonas-Jacobs § 551 Rn. 28). Bei einer Rüge der Verletzung von § 139 ZPO muss konkret dargestellt werden, worauf das Gericht hätte hinweisen müssen und welchen Vortrag der Revisionsführer daraufhin vorgetragen hätte (BGH NJW-RR 1988, 208; MünchKommZPO/Krüger § 551 Rn. 22 mwN). Bei einem übergangenen Beweisangebot ist dieses mit Fundstelle in den Gerichtsakten darzulegen (Beweisthema und Beweismittel) sowie aufzuzeigen, inwieweit die Beweisaufnahme unterlassen wurde und nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (näher Stein/Jonas-Jacobs aaO).

<sup>222</sup> Näher noch sub § 6. II. 1. a).

im Revisionsurteil abgesehen werden kann, wenn das Revisionsgericht Rügen von Verfahrensfehlern nicht für durchgreifend erachtet. Diese verfassungsrechtlich unbedenkliche<sup>223</sup> Beschränkung des Begründungsaufwandes greift insbesondere bei einer behaupteten Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG ein.

*b) Das zivilprozessuale Subsidiaritätsprinzip*

Die vorgenannte Entlastung des Revisionsgerichts bei der Prüfung von Verfahrensmängeln durch gesteigerte Darlegungs- und Begründungserfordernisse der Parteien wird durch den allgemeinen zivilprozessualen Subsidiaritätsgrundsatz in seiner inner- und intra-instanziellen Ausprägung weiter verstärkt. Gem. § 556 ZPO tritt – wie schon gem. § 534 ZPO im Berufungsrechtszug – ein Verlust des Rügerechts ein, sofern die Partei dieses bereits gem. § 295 ZPO in der Berufungsinstanz verloren hat. Erstinstanzliche Verfahrensfehler sowie solche, die die Partei vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz nicht gerügt hat, können daher regelmäßig nicht zum Gegenstand des Revisionsverfahrens gemacht werden.

Diesen Grundsatz *intra-instanzieller* Subsidiarität von Verfahrensfehlern hat das Revisionsgericht durch das Prinzip *inner-instanzieller* Subsidiarität erweitert. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zu dem in § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zum Ausdruck kommenden Subsidiaritätsgedanken bei der Verfassungsbeschwerde,<sup>224</sup> entwickelte der BGH<sup>225</sup> einen „allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität“ im Zivilprozess, wonach

„ein Beteiligter über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinn hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreif[en muss], um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern [...]“

Normativ verankert wird dieser Grundsatz in dem „in § 295 ZPO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken“, dass eine Partei eine Rechtsverletzung nicht mehr rügen kann, wenn sie die ihr nach Erkennen des Verstoßes vor dem Berufungsgericht verbliebene Möglichkeit zu einer Äußerung nicht genutzt hat.<sup>226</sup>

Diese bislang verfassungsrechtlich nicht beanstandete Rechtsentwicklung<sup>227</sup> praeter legem wird in jüngerer Zeit bei der von den Berufungsgerichten verstärkt genutzten Möglichkeit, die Berufung gem. § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen,<sup>228</sup> herangezogen, da ein Rügeverlust gem. § 295 Abs. 1

<sup>223</sup> Statt vieler: *Lüke*, Begründungszwang und Verfassung, S. 194 ff., sowie bereits sub § 4. I. 4. zur Begründungspflicht im Zulassungsverfahren.

<sup>224</sup> St. Rspr., vgl. BVerfGE 73, 322, 325; 77, 381, 401; 81, 22, 27; 86, 15, 22; 95, 163, 171.

<sup>225</sup> BGH NZI 2010, 692; s. ferner NJW-RR 2020, 312; NJW 2019, 2331 Ls.; NJW-RR 2018, 404 ff.

<sup>226</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2016, 699 juris Rn. 4 mit Verweis auf BGH NZI 2010, 692.

<sup>227</sup> Das BVerfG verwendet regelmäßig nicht den Begriff der Subsidiarität, sondern spricht von einer ‚prozeduralen Überholung des Gehörsverstoßes‘ (vgl. BVerfG BeckRS 2018, 1782 Rn. 12).

<sup>228</sup> Näher sub § 14. II. 3. a).

Hs. 2 ZPO insoweit nicht stattfinden kann. Nach Ansicht des BGH ist daher etwa eine Gehörsrüge oder die Rüge einer unzulässigen vorweggenommenen Beweiswürdigung schon mit Verweis auf das inner-instanzielle Subsidiaritätsprinzip unbegründet, wenn dem Berufungsgericht in einem Hinweisbeschluss gem. § 522 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 ZPO zwar ein Verfahrensfehler unterläuft, die betroffene Partei es aber versäumt hat, im Rahmen der ihr eingeräumten Stellungnahme darauf zu reagieren, da sie dann nicht alle „nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten“ zur Verhinderung einer Grundrechtsverletzung ausgeschöpft hat.<sup>229</sup>

### c) Ergebniskausalität – absolute Revisionsgründe

Privilegiert bei der Darlegung nicht amtswegig zu berücksichtigender Verfahrensrügen werden dagegen absolute Revisionsgründe (§ 547 ZPO), weil darin elementare rechtsstaatliche Garantien verbürgt werden,<sup>230</sup> bei deren Verletzung ein Einschreiten des Revisionsgerichts im öffentlichen Interesse stets geboten ist. Diese nehmen daher eine Zwitterstellung zwischen einfachen und amtswegig zu berücksichtigenden Verfahrensfehlern ein, da sie zwar nur auf Grundlage eines entsprechenden Revisionsvorbringens überprüft werden (§ 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b ZPO),<sup>231</sup> die Ergebniskausalität jedoch unwiderleglich<sup>232</sup> vermutet wird: Das Berufungsurteil und das zugrunde liegende Verfahren sind unabhängig davon aufzuheben, ob der Verfahrensfehler ergebniskausal gewesen sein *könnte*.

Die prozessuale Schlagkraft absoluter Revisionsgründe ist daher – anders als es prima facie erscheint – überschaubar, da sie allein den Einwand fehlender Ergebniskausalität ausschließt. Jedoch kann das Revisionsgericht auch bei anderen Verfahrensverstößen regelmäßig nicht feststellen, ob das Urteil ohne den jeweiligen Verfahrensfehler anders ausgefallen wäre. Auch bei der fehlenden Berücksichtigung von Parteivorbringen oder Beweisantritten sowie einem Verstoß gegen Beweisnormen ist eine (potenzielle) Ergebniskausalität regelmäßig gegeben.<sup>233</sup> Nur in Ausnahmefällen kann diese durch das Revisionsgericht verneint werden, wenn bereits bei der Feststellung des Fehlers klar ist, dass das Berufungsgericht auch ohne den gerügten Verfahrensfehler gleich entschieden hätte.

<sup>229</sup> Diese Anforderungen wurden in der jüngeren Rechtsprechung des BGH (NJW 2020, 1743 Rn. 17) noch einmal verschärft, wonach eine Partei nach einem Hinweisbeschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO nicht nur gehalten ist, ihren (übergangenen) Tatsachenvortrag zu wiederholen, sondern auch einer rechtsfehlerhaften Einschätzung des Berufungsgerichts mit rechtlichen Ausführungen entgegenzutreten (umfassend hierzu *Rädler* NJW 2020, 1726, 1727).

<sup>230</sup> Vgl. oben § 4. I. 3. d).

<sup>231</sup> BGHZ 41, 249, 253; NJW 1992, 512 f.; NJW 1986, 2115; NJW 2003, 585, NJW-RR 2004, 1439. Überschneidungen sind iRd § 547 Nr. 4 ZPO möglich, wenn es sich zugleich um eine von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung handelt.

<sup>232</sup> BGH NJW 2003, 585.

<sup>233</sup> Umfassend Stein/Jonas-Jacobs § 545 Rn. 25; s. zum alten Recht noch *Rimmelpacher* ZZP 1971, 41, 52 f.

Einzig in diesem dünnen Feld entfaltet § 547 ZPO seine Bedeutung, indem dem Revisionsgericht zum Schutz des Vertrauens von Parteien und Öffentlichkeit in die Integrität der Justiz jedwede Prüfung einer (potenziellen) Ergebniskausalität untersagt wird. Der Gesetzgeber wird damit dem Umstand gerecht, dass sich bei den genannten Fällen in der Regel kein Kausalitätsbezug herstellen lässt.<sup>234</sup> Zur Gewährleistung dieser verfahrensrechtlich exponierten Garantien, die sich in allen Verfahrensordnungen wiederfinden,<sup>235</sup> müssen daher alle Erwägungen zur Prozessökonomie, zur Effizienz und zur Prozessbeschleunigung schweigen,<sup>236</sup> selbst wenn feststeht, dass im Ergebnis – trotz des Verfahrensfehlers – zutreffend entschieden wurde.<sup>237</sup>

#### IV. Verfahrensbeendigung: Konfirmation, Kassation oder Reformation

##### 1. Grundsatz

Cum grano salis entfalten sich die Revisionszwecke auch in der Systematik der Verfahrensbeendigung. Die Zurückweisung der Revision durch konfirmatorische Entscheidung hat auch dann zu erfolgen, wenn sich die Entscheidung – zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung<sup>238</sup> – nur im Ergebnis als richtig darstellt (§ 561 ZPO), weil etwa ein Rechtsfehler festgestellt wurde, dieser aber nicht ergebniskausal ist oder noch in der Revisionsinstanz behoben werden konnte.<sup>239</sup> Es erfolgt eine Konfirmation der Entscheidung unter Reformation ihrer Gründe. Vorrangiger revisionsgerichtlicher Maßstab ist daher die Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses, nicht des vorinstanzlichen Entscheidungsfindungsprozesses.<sup>240</sup>

Bei einem Rechtsmittelerfolg ist das Urteil (ganz oder teilweise) und bei einem Verfahrensmangel auch das zugrunde liegende Verfahren dagegen kassatorisch aufzuheben (§ 562 Abs. 1 und 2 ZPO). In der Regel erfolgt dabei eine Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht

<sup>234</sup> Umfassend *Rimelspacher ZJP* 1971, 41, 59f.; Stein/Jonas-Jacobs § 547 Rn. 2.

<sup>235</sup> § 338 StPO; § 72 Abs. 2 Nr. 3 iVm § 547 Nr. 1–5 ZPO, § 73 ArbGG iVm § 547 Nr. 6 ZPO; § 138 VwGO; § 119 FGO; §§ 162, 202 SGG iVm § 547 ZPO.

<sup>236</sup> Ähnlich *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 547 Rn. 2; *Prütting* FS Schiedermaier, S. 445ff.

<sup>237</sup> Eine – systemwidrige – (Rück)Ausnahme aus prozessökonomischen Gründen stellt die fehlende Begründung iRd § 547 Nr. 6 ZPO dar (vgl. BGH NJW 2000, 3421; NJW-RR 1991, 194, 195; NJW 1983, 2318, 2320), wenn das Berufungsgericht Angriffs- und Verteidigungsmittel übergegangen hat, die offenkundig ungeeignet sind (näher BGHZ 119, 300, 302; NJW 2000, 3421; NJW-RR 1991, 194, 195; NJW 1983, 2318, 2320).

<sup>238</sup> Bzw. dem entsprechenden Substitut gem. § 552a oder §§ 555 Abs. 1 S. 1, 128 Abs. 2 S. 1 ZPO.

<sup>239</sup> BGH NJW 1991, 3036 (zum alten Recht).

<sup>240</sup> Ausnahme: absolute Revisionsgründe (§ 547 ZPO), vgl. schon oben sub § 4. III. 2. c).

(§ 563 Abs. 1 ZPO), wobei grundsätzlich der Spruchkörper der Erstentscheidung zuständig ist. Diese erneute Befassung erscheint gerade bei einer Aufhebung wegen Verfahrensmängeln nicht unbedenklich,<sup>241</sup> weshalb – durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 563 Abs. 1 ZPO und in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 2 StPO – idealiter eine Verweisung an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts erfolgen sollte.<sup>242</sup> Seinem Charakter als Parteirechtsmittel entsprechend steht den Parteien nach Erlass des zweiten Berufungsurteils eine erneute Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH offen.<sup>243</sup>

Vom Regelfall der kassatorischen Entscheidung abgesehen, steht dem BGH auch die Befugnis zu, die abschließende (reformatorische) Entscheidung selbst zu treffen (vgl. § 563 Abs. 3 ZPO), sofern Entscheidungsreife des Verfahrens gegeben ist, weil der Sachverhalt unstreitig oder eine weitere Aufklärung in der Berufungsinstanz nicht mehr möglich ist.<sup>244</sup> Dabei wird sowohl der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts als auch der Prozessökonomie Rechnung getragen, wobei von dieser Möglichkeit insgesamt nur in einer geringen Zahl von Verfahren (2022: 9 %) Gebrauch gemacht wird.<sup>245</sup> Damit überwiegt das kassatorische Urteil, wohingegen die reformatorische Entscheidung (sofern sie zulässig ist) Entscheidungsvorrang genießt.

## 2. Bindungswirkung der Entscheidung

Da höchstgerichtlichen Judikaten im deutschen Recht keine präjudizielle Wirkung im engeren Sinne zukommt,<sup>246</sup> entschied sich der Reichsgesetzgeber für eine ausdrückliche Regelung des Bindungsverhältnisses zwischen Berufungs- und Revisionsgericht in § 563 Abs. 2 ZPO (§ 528 Abs. 2 CPO 1877). In den Gesetzesmaterialien, welche im kassatorischen Revisionsurteil ein „rechtskräftiges Urteil“ erblickten,<sup>247</sup> ist die Bindungswirkung dabei noch eng an den Begriff der Rechtskraft angelehnt, wobei der Anknüpfungspunkt des § 322 Abs. 1 ZPO insoweit verschieden war, als dass allein die der Aufhebung zugrunde liegenden rechtlichen Beurteilung, nicht jedoch der prozessuale Anspruch selbst in Rechtskraft

<sup>241</sup> Näher *Gravenhorst* NJW 2018, 2161 ff.

<sup>242</sup> *Gravenhorst* NJW 2018, 216, 2164 f.; auch Stein/Jonas-Jacobs § 563 Rn. 4f. mwN. § 563 Abs. 1 S. 2 ZPO findet auch im Beschlussverfahren nach § 544 Abs. 9 ZPO entsprechende Anwendung (vgl. BGH NJW-RR 2023, 229 Rn. 29; NJW-RR 2020, 1019 Rn. 29 mwN; NJW-RR 2022, 1453 Rn. 23; Urt. v. 08.08.2023 – VIII ZR 20/23, juris Rn. 23).

<sup>243</sup> Vgl. jüngst zu einem Fall der erneuten Revisionszulassung im zweiten Berufungsverfahren: OLG Hamm, Urt. v. 15.7.2021 – 5 U 153/15, juris.

<sup>244</sup> Näher BGHZ 80, 64, 69; BGH WM 1989, 1754; NJW 1990, 2813.

<sup>245</sup> BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 28f. Zum französischen Recht („cassation sans renvoi“) vgl. noch sub § 9. V. 2.

<sup>246</sup> Näher noch sub § 5. V. 1.

<sup>247</sup> Vgl. *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. 2, S. 372 („[...] ein rechtskräftiges Urtheil, und etwas Anderes ist das Revisionsurtheil nicht, [...]“); umfassend zur historischen Debatte *Madaus ZZZP* 2013, 269, 272 ff., insbesondere mit Verweis auf die damalige Gegenposition von *Vierhaus ZZZP* 1883, 217, 224 ff.

erwächst.<sup>248</sup> Erst im 20. Jahrhundert entwickelte sich in der Rechtsprechung ein autonomer, unmittelbar aus § 563 Abs. 2 ZPO erwachsender Bindungsbegriff, wobei insbesondere auf den Rechtsfrieden zwischen den Parteien und das – auch im französischen Kassationsverfahren bedeutsame<sup>249</sup> – Hin- und Herschieben eines Verfahrens zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz verwiesen wurde.<sup>250</sup>

Der Bindungsmaßstab ist dabei jedoch eng gefasst: Das Berufungsgericht ist nur an die rechtlichen Ausführungen des Revisionsgerichts und nur insoweit gebunden, als dessen rechtliche Beurteilung kausal für die Aufhebung des Berufungsurteils war.<sup>251</sup> Diese kassatorische Bindung greift auch dann ein, wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, die Entscheidung des Revisionsgerichts sei ‚greifbar gesetzeswidrig‘.<sup>252</sup> Obiter dicta und sog. Segelanweisungen sowie das Berufungsurteil bestätigende Ausführungen binden das Berufungsgericht dagegen nicht. Das Berufungsgericht ist daher nicht gehindert, seine erste Entscheidung – etwa nach einer erneuten Beweisaufnahme – aus anderen Gründen zu bestätigen.<sup>253</sup> Darin zeigt sich, dass der deutsche Gesetzgeber – insoweit näher am französischen Recht und in Distanz zum anglo-amerikanischen Rechtskreis sowie zur *theory of binding precedent*<sup>254</sup> – die instanzübergreifende Bindungswirkung eng definiert hat und mehr auf die Autorität höchstrichterlicher Entscheidungen kraft faktischer Präjudizialität setzt.<sup>255</sup> Denn von § 563 Abs. 2 ZPO abgesehen gibt es keine zivilprozessuale Befolgungspflicht revisionsgerichtlicher Entscheidungen für die nachgeordneten Gerichte.<sup>256</sup>

<sup>248</sup> Näher *Madaus* ZZZ 2013, 269, 272 f. mwN, der einen eigenen Ansatz zu § 563 Abs. 2 ZPO als „Ausdruck des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft“ entwickelt (insbesondere aaO, 294). S. ferner zur Rechtslage vor dem ZPO-RG 2001: *Tiedtke* JZ 1978, 626 ff.

<sup>249</sup> Vgl. noch sub § 9. V. 1.

<sup>250</sup> GmS OGB BGHZ 60, 392, 396; 132, 6, 10; BGH NJW 2007, 1127 Rn. 20 („Die verfahrensrechtlichen Bindungen dienen dem höherrangigen Zweck, einen alsbaldigen Rechtsfrieden zwischen den Prozessparteien herbeizuführen. Sie sind daher zwar nicht exakt, aber tendenziell einer Rechtskraft vergleichbar.“); s. ferner BAG NJW 2009, 3739.

<sup>251</sup> St. Rspr. seit BGHZ 3, 320, 326; 6, 76, 79; 22, 370, 373; 145, 316, 319.

<sup>252</sup> BGH, NJW 1994, 2956, 2957 – zum alten Recht. Im Falle eines erneuten Revisionsverfahrens ist das Revisionsgericht grundsätzlich an seine bisherige Auffassung gebunden (RGZ 58, 286, 289; 72, 211, 212; 94, 11, 13; *Tiedtke* JZ 1995, 275 ff.). Vgl. aber noch § 5. V. 3. zur Selbstbindung des Revisionsgerichts.

<sup>253</sup> Vgl. BGHZ 3, 320, 326; 6, 76, 79, wobei dies im Einzelnen zu durchaus schwierigen Abgrenzungsfragen führen kann (näher *Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter* § 563 Rn. 9 ff. mwN).

<sup>254</sup> Vgl. noch sub § 9. V. 1. zur cassation totale ou partielle sowie § 12. I. 2. zur rechtsvergleichenden Bewertung.

<sup>255</sup> S. hierzu noch ausführlich sub § 5. V. 3.

<sup>256</sup> Zu faktischen Präjudizialität revisionsgerichtlicher Entscheidungen s. noch sub § 5. V. 1.

## V. Ergebnis

Die Zwitterstellung des Revisionsgerichts zwischen dem Schutz subjektiver Rechte und seinem Mandat zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung zieht sich als Leitmotiv durch die Quisquilien des Revisions- und Revisionszulassungsverfahrens. Die Verfahrenskanalisation in Form einer kombinierten Zulassung durch den iudex a quo und ad quem soll dabei gewährleisten, dass das Revisionsgericht primär mit rechtsgrundsätzlichen Fragen konfrontiert wird, wobei die gesetzgeberische Modellvorstellung in der Rechtspraxis durch die verfassungsrechtliche Aufladung des Zulassungsgrunds der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, insbesondere im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO, jedoch deutlich überlagert wird.

Die einfachrechtliche Ausgestaltung der Revisionszulassungsgründe wirkt dabei nicht unerhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Definition der Grundsatzzbedeutung und zwischen rügbaren und nicht rügbaren Rechtsfehlern auf, die nur aus der Struktur des Revisionsrechts selbst heraus verständlich sind. Diese Bruchlinien führen zwar meist zu überzeugenden Ergebnissen – zumal kohärentere Zulassungskriterien kaum gefunden werden können –, sind in ihrer feingliedrigen Komplexität jedoch weder für die Parteien noch für den nicht im Revisionsrecht versierten Beobachter immer verständlich. Insbesondere die intensive verfassungsrechtliche Überlagerung des Prozessrechts führt bisweilen zu einem neben das eigentliche Zivilprozessrecht tretenden „Verfassungs-Zivilprozess“, was vorrangig der Funktion des revisionsgerichtlichen Verfahrens als präsumtive Verfassungsbeschwerde geschuldet ist (dazu sogleich). Insoweit sind Gesetzgeber und Rechtsprechung gehalten, eine weitere Verfahrenskomplexisierung zu unterbinden, um dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsmittelklarheit<sup>257</sup> gerecht zu werden.

Auch die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens ist in erheblichem Maße auf die Entlastung des Höchstgerichts bei Rechts- und Verfahrensfehlern ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung ausgerichtet, indem der Prozessstoff vorab auf reversible Rechtsverletzungen beschränkt wird und insbesondere bei Verfahrensrügen umfangreiche Darlegungsanforderungen für die Parteien statuiert werden, um eine Konzentration auf die rechtsgrundsätzliche Funktion des Gerichts zu erreichen. Dieser Umstand wird durch die nur eingeschränkte Überprüfung tatsächlicher Feststellungen und den zivilprozessualen Subsidiaritätsgrundsatz weiter verstärkt.

---

<sup>257</sup> Vgl. oben sub § 3. I. 1. d) cc).

## Teil II

# Die Stellung und Arbeitsweise des Revisionsgerichts

Die Konturierung der Revisionszwecke anhand zivilprozessualer und verfassungsrechtlicher Grundwertungen vermag noch kein abschließendes Bild über den Funktionsgehalt des Revisionsverfahrens zu geben. Denn dieses stellt keine in sich abgeschlossene, zivilprozessuale Eigengesetzlichkeit dar, sondern ist eingebettet in den Sinngehalt der gesamten Rechtsordnung. Das Revisionsrecht der ZPO im Spannungsverhältnis zwischen Partei- und Allgemeininteresse wird dabei durch eine Vielzahl an Funktionszuweisungen überlagert, die neben die klassischen Revisionszwecke treten und diese teilweise modifizieren. Dies betrifft zum einen das sub §5 dargestellte Verhältnis zwischen dem Revisionsgericht und anderen Höchstgerichten. Der Rechtsverwirklichung im Mehrebenensystem<sup>1</sup> geschuldet, beschränkt sich der BGH nicht allein auf die Entscheidung der im Prozessrechtsverhältnis verbundenen Parteien, sondern tritt bei seiner Arbeit – in einem Korsett aus europäischem, Verfassungs- und einfachem Recht – mit mehreren Akteuren in Austausch, teilweise im Subordinationsverhältnis, teilweise inter pares. Damit unterscheidet sich das deutsche Revisionsgericht grundsätzlich von einem Supreme Court in der Rechtstradition des englischen oder US-amerikanischen Rechts, welcher grundsätzlich weder einen wechselbezüglichen Dialog mit supranationalen Gerichtsinstitutionen kennt noch mit einem Adversarius auf horizontaler Ebene agieren muss.

Andererseits erfordern auch die am Revisionsverfahren beteiligten Akteure, namentlich die Richterschaft und die Anwaltschaft am BGH, eine nähere Untersuchung (dazu sub §6), weil deren Stellung und Sozialisierung – bislang eher wenig beachtet – einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens und die sich darin verwirklichten Verfahrenszwecke hat. Dies betrifft insbesondere die Besonderheiten hinsichtlich des Stils von Revisionsurteilen und deren Veröffentlichungspraxis, was von entscheidender Bedeutung für die Rezeption der höchstrichterlichen Rechtsprechung im In- und Ausland ist (näher sub §7).

---

<sup>1</sup> Dazu insbesondere *Schröder*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, S. 103 ff., 129 ff.



## § 5 Die Stellung des Revisionsgerichts im Justizsystem

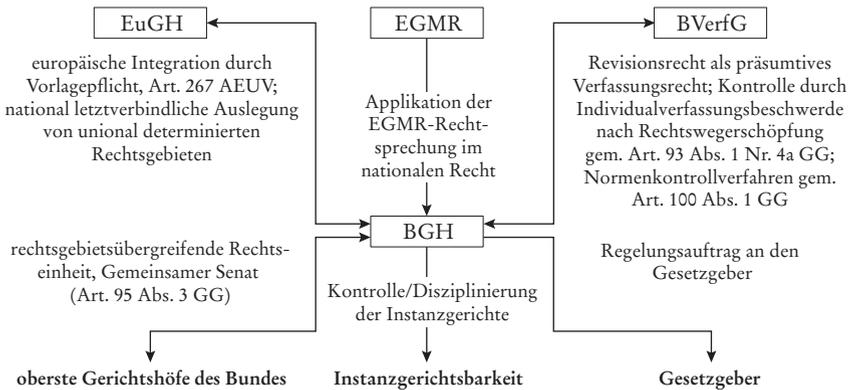


Abb. 13: Die Stellung des BGH im Justizsystem.

### I. Revisionsgericht und Bundesverfassungsgericht

Die prozessual stärksten Wechselbeziehungen entfalten sich zwischen Revisions- und Verfassungsgericht. Ausgehend von der derzeitigen Ausgestaltung des Revisionsrechts durch den Gesetzgeber,<sup>1</sup> lassen sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung drei Hauptziele des Revisionsverfahrens lokalisieren, die entscheidend für das Verhältnis beider Gerichte sind: die Gewährung von Individualrechtsschutz in Form einer ‚präsumtiven Verfassungsbeschwerde‘, die richterliche Rechtsfortbildung zur Verwirklichung der Justizgewährleistung (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. den Grundrechten) und die Sicherung der Rechtseinheit als fachgerichtliche Ausprägung der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG).

<sup>1</sup> Vgl. oben sub § 3. II. 2.

## 1. Revision und Nichtzulassungsbeschwerde als ‚präsumtive Verfassungsbeschwerde‘

### a) Angleichung des Prüfungsmaßstabs

Sofern und soweit<sup>2</sup> einfachgesetzlich ein Individualzugang zum Revisionsgericht eröffnet wird, ist der BGH als Teil der rechtsprechenden Gewalt i. S. d. Art. 92 Hs. 2 GG zur Gewährung von Individualrechtsschutz verpflichtet.<sup>3</sup> Dies ist Ausdruck der in Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. den Grundrechten verankerten allgemeinen Justizgewährungspflicht.<sup>4</sup> Folglich ist auch das Arbeitsverhältnis zwischen Revisions- und Verfassungsgericht vorrangig durch die Kontrolle zivilrichterlicher Entscheidungen auf ihre inhaltliche Richtigkeit geprägt. Dabei übernimmt das Revisionsrecht als vorgelagertes Verfassungsrecht eine Filterfunktion für das BVerfG,<sup>5</sup> weil der in § 90 Abs. 2 BVerfGG verankerte Subsidiaritätsgrundsatz vor der Erhebung einer Individualverfassungsbeschwerde die Durchführung eines Revisions- bzw. Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens erfordert. Der Revision kommt damit „die Funktion zu, präsumtiv erfolgreiche Verfassungsbeschwerden vermeidbar zu machen“,<sup>6</sup> wobei durch die frühzeitige Korrektur fehlerhafter Urteile eine Arbeitsentlastung des BVerfG erreicht werden soll.<sup>7</sup>

Dem entspricht es, dass der BGH das Berufungsurteil auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin aufhebt, wenn das BVerfG einer Individualverfassungsbeschwerde stattgegeben hätte,<sup>8</sup> und die Zulassungsvoraussetzungen bei einem Verfahrensverstoß mit dem verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab synchronisiert hat.<sup>9</sup> Daraus folgt zum einen, dass das Revisionsverfahren bereits eine Zwitterstellung zwischen fachgerichtlichem und verfassungsprozessualen Verfahren einnimmt, da der einfachgesetzliche Prüfungsmaßstab i. R. d. §§ 543 ff. ZPO – wie ausgeführt<sup>10</sup> – dem verfassungsrechtlichen stark angenähert ist. Zum anderen hat diese Funktionsbelegung erheblichen Einfluss auf die Begründungs- und Argumentationsstruktur vor dem Revisionsgericht:<sup>11</sup> Der Beschwerdeführer muss insbesondere die behauptete Verfassungswidrigkeit einer Norm oder die Verletzung von Grund-

<sup>2</sup> Dazu schon sub § 3. I. 1.

<sup>3</sup> Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 12.

<sup>4</sup> Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 12 mit Verweis auf BVerfGE 54, 277, 291; 107, 395, 407f.

<sup>5</sup> Ausführlich zum Verhältnis zwischen BVerfG und der ordentlichen Gerichtsbarkeit: *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, insbesondere S. 98 ff., 254 ff., 275 ff.

<sup>6</sup> BGH NJW 2003, 1943, 1946. Zur inner- und intra-instanziellen Subsidiarität vgl. sub schon § 4. III. 2. b).

<sup>7</sup> Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht unbeschränkt; unterhalb des Beschwerdewerts von 20.000 EUR (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) erfolgt eine unmittelbare Prüfung der berufsgerichtlichen Entscheidung durch das BVerfG.

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 154, 288, 294; 152, 182, 192.

<sup>9</sup> So schon *Maibold*, Eröffnungsreferat aus zivilrechtlicher Sicht, in: Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, S. 93, 97.

<sup>10</sup> Vgl. schon sub § 4. I. 3.

<sup>11</sup> Dazu noch sub § 7. I und II. sowie § 14. III. 1. a).

rechten durch deren Anwendung regelmäßig bereits im Verfahren der Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde geltend machen, um so eine vorrangige fachgerichtliche Befassung zu ermöglichen.<sup>12</sup> Diese Arbeitsteilung zwischen Revisions- und Verfassungsgericht trägt durchaus Früchte: Die Aufhebungsquote zivil- und strafgerichtlicher Entscheidungen des BGH lag im Mittel der letzten fünf Jahre (2016–2022) bei 0,46 % (Abb. 14).<sup>13</sup>

Geschäftsjahr	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	gemittelt
Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen des BGH (Zivil- und Strafrecht)	505	504	528	487	491	394	326	
Aufgehobene Entscheidungen (Abhilfequote)	3 (0,6 %)	5 (1 %)	0 (0 %)	3 (0,6 %)	2 (0,4 %)	1 (0,3 %)	1 (0,3 %)	0,46 %

Abb. 14: Erfolgsquote von Individualverfassungsbeschwerden (2016–2022).

### b) Bedeutung der Anhörungsrüge

Flankierend zur Synchronisierung des revisions- und verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs dient die Anhörungsrüge im Revisionsverfahren der präsumtiven Vermeidung von Verfassungsbeschwerden und der Stärkung des Subsidiaritätsgrundsatzes gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG. In seinem Plenarbeschluss vom 30.04.2003<sup>14</sup> gab das BVerfG dem Gesetzgeber auf, bei einer Gehörsverletzung eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit zu schaffen, was zivilprozessual durch § 321a ZPO umgesetzt wurde. Bei einer Anhörungsrüge gegen eine revisionsgerichtliche Entscheidung liegt ein Hauptzweck folglich darin, die Zahl der Individualverfassungsbeschwerden zu reduzieren, weil andernfalls der Rechtsweg nicht gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG ausgeschöpft wurde.<sup>15</sup> Ob die Flut der eingelegten Individualverfassungsbeschwerden gegen fachgerichtliche Entscheidungen damit erfolgreich

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2011, 50161 sub IV.1.b.: „Das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 BVerfGG und der daran anknüpfende Grundsatz der materiellen Subsidiarität fordern zwar nicht, dass ein Beschwerdeführer das fachgerichtliche Verfahren bereits als ‚Verfassungsprozess‘ führt, [...]. Etwas anderes gilt aber in den Fällen, in denen bei verständiger Einschätzung der Rechtslage und der jeweiligen verfahrensrechtlichen Situation ein Begehren nur dann Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Erwägungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden. [...] In solchen Fällen hat ein Beschwerdeführer, um dem Gebot der Rechtswegerschöpfung und dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität zu genügen, die Fachgerichte in geeigneter Weise mit der verfassungsrechtlichen Frage zu befassen, bevor sich das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung des Beschwerdeführers befasst, er sei durch die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen und durch die darin angewandten Vorschriften in seinen Grundrechten verletzt [...]“

<sup>13</sup> Näher BVerfG, Jahresstatistik 2020 (Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen von Bundesgerichten) sowie Jahresbericht 2021 (S. 43) und 2022 (S. 55); ab 2021 erfolgt eine neue Zählweise zur Vermeidung von Mehrfachzählungen.

<sup>14</sup> BVerfGE 107, 395 ff. In rechtvergleichender Perspektive existiert mit dem – in der Praxis indes kaum genutzten – *panel rehearing* in F. R. A. P. 40(2) auch im US-Bundesberufungsprozess ein partiell vergleichbares Verfahren (dazu *Struve*, in: Wright and Miller, 16AA Fed. Prac. & Proc. Juris., § 3986).

<sup>15</sup> Die Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO gehört zum Rechtsweg gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG,

gedämmt werden kann, ist dagegen fraglich.<sup>16</sup> Trotz gegenteiliger Erwartungen bewegen sich erfolgreiche Abhilfeverfahren gem. §321a ZPO auf Ebene des Revisionsgerichts an der Grenze zur statistischen Messbarkeit (Abb. 15):

Anhörungsrügen gegen Entscheidungen des BGH	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	gemittelt
insgesamt erledigt	100	123	128	110	110	90	84	
erfolgreiche Verfahren (Abhilfequote)	0 (0%)	0 (0%)	0 (0%)	1 (0,9%)	1 (0,9%)	2 (2,2%)	2 (2,4%)	0,81%

Abb. 15: Erfolgsquoten von Anhörungsrügen vor dem BGH (2016–2022).

## 2. Richterliche Rechtsfortbildung

Neben der Gewährung von Individualgerechtigkeit zur präsumtiven Vermeidung von Verfassungsbeschwerden kommt dem BGH aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine Leitfunktion zur fachgerichtlichen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung zu. Auch darin verwirklicht sich der Justizgewährleistungsanspruch gem. Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. den Grundrechten, weil die Rechtsordnung von einer steten Weiterentwicklung des Rechts lebt.<sup>17</sup> Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG ist die fachgerichtliche Rechtsfortbildung folglich nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern vielmehr ein grundgesetzlicher Funktionsauftrag an das Revisionsgericht. Denn

„angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt [...]“<sup>18</sup>

Diese „schöpferische Rechtsfindung und Rechtsfortbildung“<sup>19</sup> ist vorrangig den Revisionsgerichten zugewiesen<sup>20</sup> und spiegelt sich einfachgesetzlich in den Bestimmungen zur Grundsatzrevision (vgl. §§543 Abs. 2 ZPO, 115 Abs. 2 FGO, 72 Abs. 2 ArbGG, 160 Abs. 2 SGG, 132 Abs. 2 VwGO) sowie den Vorlagepflichten an

sofern sie statthaft und nicht offensichtlich unzulässig ist (näher zu den strittigen Einzelheiten *Desens* NJW 2006, 1243 ff.; *Lechner/Zuck* §90 BVerfGG Rn. 147c).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG, Jahresstatistik 2020 ff. (o. Fn. 13) zu den konstant hohen Eingangszahlen.

<sup>17</sup> Schon von *Caemmerer* (Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, in: *Ansprachen aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 3.10.1975*, S. 21, 24) bemerkte zutreffend, „auch die auf vollständige Problemlösung bedachte Kodifikation des BGB“ habe „das gleiche Schicksal erlitten wie die Gesetzbücher der ersten Kodifikationswelle, insbesondere der französische Code civil, der heute von einer dichten Masse vom Kassationshof geschaffenen Fallrechts überlagert ist, so dass das geltende Recht aus dem Gesetzbuch nicht mehr abgelesen werden kann.“ S. ferner umfassend *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung*, S. 168 ff.

<sup>18</sup> NVwZ 2017, 617 f.

<sup>19</sup> BVerfGE 128, 193, 210.

<sup>20</sup> BVerfGE 34, 269, 288; 49, 304, 318; 57, 220, 248; 74, 129, 152; *Seiler*, *Auslegung als Normkonkretisierung*, S. 39.

die Großen Senate (§§ 132 Abs. 4 GVG, 11 Abs. 4 VwGO, 11 Abs. 4 FGO, 45 Abs. 4 ArbGG, 41 Abs. 4 SGG) wider. Bei letzteren kommt die höchstrichterliche Fortbildung des Rechts im besonderen Maße zum Tragen, da ihnen – trotz rechtspraktisch marginaler Bedeutung – die letztverbindliche Entscheidung darüber zusteht, ob und in welcher Weise das Recht bei den ihnen zugewiesenen Rechtsmaterien fortzubilden ist (dazu sogleich).<sup>21</sup> Die Entscheidungshoheit über die Auslegung von Rechtsfragen des einfachen Gesetzesrechts<sup>22</sup> verdeutlicht zudem die Arbeitsteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, wonach revisionsgerichtliche Entscheidungen durch das BVerfG nur hinsichtlich der Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht überprüft werden können.<sup>23</sup>

Folglich ist auch eine abstrakte fachgerichtliche Rechtsklärung in Form von höchstrichterlichen Leitsätzen bzw. die partielle Entkopplung zwischen Streitentscheidung und Normbildung,<sup>24</sup> sofern sie den verfassungsrechtlichen Rahmen der zivilrichterlichen Rechtsschöpfung nicht überschreitet,<sup>25</sup> nicht zu beanstanden. Denn eine Normsetzung durch den Revisionsrichter unter Verstoß gegen das in Art. 20, 92, 97 GG verankerte Gewaltenteilungsprinzip würde eine Verbindlichkeit der Entscheidung für die betroffenen Normadressaten (Rechtssubjekte des privaten und öffentlichen Rechts) erfordern.<sup>26</sup> Daran fehlt es im Zivilprozess; gerichtliche Entscheidungen binden – anders als Entscheidungen des BVerfG (vgl. § 31 BVerfGG) oder Präjudizien im Rahmen der *stare decisis*-Doktrin des common law – grundsätzlich nur die am Rechtsstreit Beteiligten und deren Rechtsnachfolger (§§ 322 Abs. 1, 325 Abs. 1 ZPO).<sup>27</sup>

### 3. Rechtseinheit

#### a) Grundsatz

Durch die – prozessuale und materiellrechtlich – richtige Entscheidungsfindung und die sich darin entfaltende Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts verwirklicht dieses schließlich seinen verfassungsrechtlichen Auftrag zur Herstellung der Rechtsanwendungsgleichheit.<sup>28</sup> Der in Art. 3 Abs. 1 GG normierte Auftrag, Gesetze gegenüber den Normadressaten gleich auszulegen und anzuwenden, ist den Rechtsmittelgerichten und damit entscheidend den obersten Gerichtshöfen des Bundes (Art. 95 Abs. 1 GG) sowie dem Gemeinsamen Senat der obersten Ge-

<sup>21</sup> BVerfGE 54, 100, 112.

<sup>22</sup> Dazu Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 12 mwN.

<sup>23</sup> Grundlegend BVerfGE 18, 85, 92 f.; 62, 338, 343; 80, 81, 95; 114, 54, 84; BVerfG NVwZ 2017, 617; speziell zur Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das BVerfG jüngst *Neuner* JZ 2016, 435 ff.

<sup>24</sup> Dazu noch ausführlich sub § 13.

<sup>25</sup> Zu den Grenzen zivilgerichtlicher Rechtsfortbildung umfassend *Bruns* JZ 2014, 162 ff.

<sup>26</sup> Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel* Art. 95 GG Rn. 15 mit Verweis auf *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 250.

<sup>27</sup> Vgl. noch ausführlich sub § 5. V. 1.

<sup>28</sup> *Schulte*, Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag, S. 21 ff.

richtshöfe des Bundes (Art. 95 Abs. 3 GG)<sup>29</sup> zugewiesen, welche ein Wächteramt gegenüber den nachgeordneten Instanzen wahrnehmen.

Prozessual verwirklicht sich dieser Gedanke im Revisionszulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO), mit dem die unterlegene Partei eine vertikale oder horizontale Rechtssatzdivergenz oder nicht hinnehmbare Diskrepanzen in der Rechtsanwendung geltend machen kann.<sup>30</sup> Dabei realisiert sich jedoch auch im Revisionsrechtszug keine Rechtsanwendungsgleichheit in jedem Fall. Insbesondere die tatrichterliche Würdigung des Sachverhalts bleibt einer revisionsrechtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen (vgl. § 559 Abs. 2 ZPO), ebenso die Anwendung und Auslegung nicht revisiblen Rechts (vgl. §§ 545 Abs. 1, 560 ZPO). Die vom Revisionsgericht gewährleistete Rechtsanwendungsgleichheit sichert daher nur, dass die revisiblen streitentscheidenden Rechtsnormen des materiellen oder Prozessrechts einheitlich angewendet und ausgelegt werden, nicht jedoch, dass das in diesem Rahmen gefundene Entscheidungsergebnis durch die Berufungsgerichte stets identisch ist.

#### b) Großer Senat und Vereinigte Große Senate

Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung durch das Revisionsgericht erfolgt dabei nicht nur im Rahmen von dessen (vertikaler) Supervisionsfunktion über die nachgeordnete Instanzgerichtsbarkeit, sondern auch durch (horizontale) intragerichtliche Vorlageverfahren an den Großen Senat für Zivilsachen oder die Vereinigten Großen Senate gem. § 132 GVG.<sup>31</sup> Derartige Divergenz- und Grundsatzvorlagen sind in der deutschen Justizverfassung historisch tief verankert und können bis zum Preußischen Obertribunal ins Jahr 1832/1836 zurückverfolgt werden.<sup>32</sup> Die Divergenzvorlage fand sich bereits in § 137 der Urfassung des GVG 1877, auch wenn sie schon bei Erlass der Reichsjustizgesetze aufgrund des befürchteten *horror pleni* eher ein Schattendasein führte.<sup>33</sup> Die Grundsatzvorlage kann eben-

<sup>29</sup> Dazu sub § 5. IV. 1.

<sup>30</sup> Ausführlich schon sub § 4. I. 3. Dabei scheint es sich auch im internationalen Vergleich um eine der exponiertesten Funktionen des Höchstgerichts zu handeln: Selbst am US Supreme Court, der seine Jurisdiktion auch bei rechtsgrundsätzlichen Fragen ermessenabhängig ausübt, hat der Antragsteller beim Nachweis eines *circuit split* gute Chancen auf eine Zulassung seines Rechtsmittels (näher sub § 11. II. 1. c) aa) und bb)).

<sup>31</sup> Pendant in Frankreich ist die *Chambre Mixte* und die *Assemblée Plénière* (dazu *Ferrand ZPP Int* 2013, 33, 51, sowie noch sub § 9. III. 3. b)), beim EuGH die *Grande Chambre* mit 13 Richtern (dazu *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, S. 259 f.).

<sup>32</sup> Einzelheiten bei *Meyer*, Die Sicherung der Einheitlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Grundsatz- und Divergenzvorlage, S. 23; *Jungmann JZ* 2009, 380, 381, mit Verweis auf die Allerhöchste Kabinetttorder vom 19. Juli 1832, den Geschäftsbetrieb des Geheimen Obertribunals und die Ausfertigung der Revisionserkenntnisse mit den Entscheidungsgründen betreffend (GBl. für die Königlichen Preußischen Staaten 1832, S. 192) sowie die Allerhöchste Kabinetttorder vom 1. August 1836, die Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen betreffend (GBl. für die Königlichen Preußischen Staaten 1836, S. 218). Zu früheren Bestrebungen s. ferner *Roesener*, Die Gesamtentscheidungen nach § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes (passim).

<sup>33</sup> Zum Begriff bereits *Schultzenstein ZPP* 1893, 88, 119; *Heusinger*, Rechtsfindung und

falls in die Zeit des preußischen Obertribunals zurückverfolgt werden (1856),<sup>34</sup> wurde jedoch erst in den 1930er Jahren ins GVG übernommen.<sup>35</sup>

In der Praxis kommt den Großen Senaten am BGH jedoch eine Ausnahmefunktion zu; Entscheidungen der Vereinigten Großen Senate sind praktisch nicht existent.<sup>36</sup> Grundsatzvorlagen sind spärlich, was wohl insbesondere mit dem damit in Verbindung stehenden Arbeitsaufwand erklärt werden kann. Auch eine Divergenzvorlage wird in der Regel vermieden; die meisten Vorlageentscheidungen erledigen sich über das Anfrageverfahren gem. § 132 Abs. 3 GVG, mit dem ein Senat eine (insbesondere durch Zeitablauf überholte) entgegenstehende Rechtsprechung aufgeben kann.<sup>37</sup> Beliebt ist zudem ein Absehen von der Vorlage durch eine sog. ‚Abgrenzungsentscheidung‘ (Begründung der Abweichung aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles als ‚unechte‘ Divergenz).<sup>38</sup> Teilweise wird auch eine Divergenz mit dem Hinweis verneint, die Rechtsprechung des anderen Senats sei durch eine entgegenstehende EuGH- oder BVerfG-Rechtsprechung überholt.<sup>39</sup> Wird der Große Senat für Zivilsachen tatsächlich mit einer Frage befasst, handelt es sich daher selten um die Beantwortung grundsätzlicher Fragen im Sinne eines *grand arrêt*, wie es etwa bei § 16 BVerfGG oder auch bei den *en banc hearings* in den USA<sup>40</sup> der Fall ist.<sup>41</sup>

Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, S. 47; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozesszweck, S. 110; *Hergenröder* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 88ff. mwN: Der Ausdruck geht auf die Zeit des RG zurück, bei dem Vorlageverfahren sehr unbeliebt waren, da sie als zeitraubend und umständlich angesehen wurden. Für das RG lässt sich daher keine einzige Plenarentscheidung ausmachen (näher *Jungmann* JZ 2009, 380, 382 mwN).

<sup>34</sup> Vgl. Gesetz, betreffend die Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen des Obertribunals, v. 07.05.1856 (GBl. für die Königlichen Preussischen Staaten 1856, S. 293).

<sup>35</sup> G. v. 28.06.1935 (RGBl. I 844). Umfassend zu den historischen Hintergründen *Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, S. 149ff.

<sup>36</sup> Seit 1949 gibt es nur eine verschwindend geringe Anzahl an Entscheidungen, zuletzt BGH VersR 2017, 180; s. ferner *Jungmann* JZ 2009, 380, 382.

<sup>37</sup> S. hierzu das Beispiel bei *Jungmann* JZ 2009, 380, 382.

<sup>38</sup> Vgl. etwa die Urteile des IX. Zivilsenats (BGHZ 200, 172) und des III. Zivilsenats (DNotZ 2020, 185) oder die Begründung in BGH NJW 2016, 2876 und NJW 2014, 845. S. ferner BGHZ 125, 91, 103; 142, 51, 64; 159, 294, 302; 161, 15, 29.

<sup>39</sup> Z. B. BGHZ 139, 21, 26.

<sup>40</sup> Während Berufungsverfahren in der Regel von einem dreiköpfigen Richterpanel entschieden werden (vgl. 28 U.S.C. § 46[b]), kann das Panel bei einer entsprechenden Bedeutung des Falles erweitert werden. Gem. F.R.A.P. 35(a) kann die Mehrheit der Berufungsrichter bei einer außergewöhnlichen Bedeutung des Falles ein *Hearing* oder *Rehearing* „en banc“ anordnen, wodurch alle aktiven Richter des Court of Appeals über das Verfahren entscheiden. Das Verfahren kommt jedoch insgesamt selten zu Anwendung (vgl. *U. S. v. American-Foreign SS Corp.* 363 U.S. 685, 689f., 80 S.Ct. 1336, 1339, 4 L.Ed.2d 1491 [1960]). Dementsprechend wird auch die Schwelle für eine „exceptional importance“ des Falles nur selten erreicht (vgl. *California Medical Ass'n v. Federal Election Comm'n* 641 F.2d 619 [9<sup>th</sup> Cir. 1980], aff'd 453 U.S. 182 [1981]; *Belk v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 211 F.3d 853 [4<sup>th</sup> Cir. 2000 – en banc abgelehnt]; *Atonio v. Wards Cove Packing Co., Inc.* 810 F.2d 1477, 1479 [9<sup>th</sup> Cir. 1987]). Mögliche Anwendungsbereiche sind etwa, wenn das Berufungsgericht seine bestehende Rechtsprechung (*circuit precedent*) aufgeben will, da dies in der Regel nur *en banc* geschieht (Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 33:2).

Durch diese Herangehensweise können zwar große Brüche in der Rechtsprechungstätigkeit des BGH vermieden werden. Die konzeptionelle Ausgestaltung des Revisionsgerichts mit (derzeit) 13 regulären Zivil- und mehreren Spezialsenaten hat jedoch auch zur Konsequenz, dass sich die Revisionsrechtsprechung bisweilen in kleinteiligen Judikaten verliert, was entscheidenden Einfluss auf die höchstrichterliche Begründungspraxis hat.<sup>42</sup> Selbst größere dogmatische Fragestellungen, wie z. B. jüngst die Ersatzfähigkeit fiktiver Mängelbeseitigungskosten, harren entweder einer senatsübergreifenden Entscheidung oder verlieren sich in den Quisquilien des Fallrechts,<sup>43</sup> obwohl es in den letzten Jahren nicht unbedeutende Divergenzen zwischen den Zivilsenaten gab.<sup>44</sup> Der Einwand, dass sich eine rechtsgebietsübergreifende Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung nicht nur an den Zuständigkeitsgrenzen der fünf obersten Bundesgerichte, sondern auch an denjenigen der einzelnen Revisionssenate verliert, hat daher durchaus seine Berechtigung.<sup>45</sup>

#### 4. Bewertung

Revisions- und Verfassungsgericht verbindet sowohl ein Subordinations- als auch ein Kooperationsverhältnis. Als Instrument zur präsumtiven Vermeidung von Individualverfassungsbeschwerden nimmt das Revisionsgericht (auch) eine quasi-verfassungsgerichtliche Funktion in Stellvertretung für das BVerfG wahr. Die Sicherung der grundgesetzlichen Rechtsanwendungsgleichheit und die fachgerichtliche Rechtsfortbildung wird ebenfalls auf das Revisionsgericht delegiert, wobei das Verfassungsgericht nur in Ausnahmefällen korrigierend eingreifen muss. Die Sicherstellung einer senatsübergreifenden Rechtsprechungseinheit legt jedoch auch die praktischen Wirkgrenzen des revisionsgerichtlichen Verfahrens de lege lata offen.

<sup>41</sup> So etwa der einzige Beschluss des Großen Senats für Zivilsachen in den letzten Jahren (BGH NJW 2021, 3191) zur (außerhalb des Revisionsverfahrens kaum relevanten) Frage, ob über einen Antrag gem. § 33 Abs. 1 RVG auch beim BGH durch den Einzelrichter zu entscheiden ist.

<sup>42</sup> Dazu noch sub § 7.I und II.

<sup>43</sup> Vgl. jüngst die Anfrage des V. Zivilsenats zur Ersatzfähigkeit fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Kaufrecht (Anfragebeschl. v. 13.03.2020 – V ZR 33/19, NZBau 2021, 40) und das entgegenstehende Urteil des VII. Zivilsenats (BGHZ 218, 1 ff.) sowie die abschließende Entscheidung des V. Zivilsenats (BGH NJW 2021, 1532, 1533: „Eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen ist [nicht] erforderlich, nachdem der VII. Zivilsenat [seine Rechtsprechung] im Hinblick auf die Verankerung im Werk- und Architektenvertragsrecht vertieft und ergänzt hat.“). Umfassend zur Problematik Lorenz JZ 2021, 630 ff.

<sup>44</sup> Z. B. zwischen dem I. und XI. Zivilsenat über die Behandlung von Bürgschaften durch vermögenslose Angehörige oder zwischen dem II. und VII. Zivilsenat über die prozessualen Konsequenzen bei einer Sitzverlegung ausländischer Kapitalgesellschaften nach Deutschland (näher Wagner, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Bork et al. [Hrsg.] Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, S. 157, 186 mwN).

<sup>45</sup> Kritischer Befund auch bei Schönberger VVDStRL 71 (2012), 296, 304 (Fn. 22). S. ferner sub § 14. V. zur Frage einer Erweiterung des Revisionsgerichts.

## II. Revisionsgericht und EuGH

### 1. Vorabentscheidungsersuchen gem. Art. 267 AEUV

Die Einbindung des BGH in den europäischen Justizverbund hat ebenfalls entscheidenden Einfluss auf die Aufgabenstruktur des Revisionsgerichts. Der Dialog zwischen nationalen und europäischen Gerichten erfolgt dabei nicht parteibezogen,<sup>46</sup> sondern durch ein Vorabentscheidungsersuchen gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV. Dieses bildet einen Eckpfeiler des europäischen Verfahrensrechts,<sup>47</sup> wird die Tätigkeit des EuGH doch zu knapp 70 % entscheidend von Vorlagen nationaler Gerichte geprägt.<sup>48</sup> Im Bereich des unional determinierten Zivil- und Zivilverfahrensrechts ist sogar davon auszugehen, dass sich die Auslegung und Weiterentwicklung des Rechtsprechungs-acquis nahezu vollständig durch Art. 267 AEUV entfaltet, da Vertragsverletzungsklagen gem. Art. 258 AEUV oder Klagen gegen Unionsrechtsakte selten den Kanon kernzivilrechtlicher Materien berühren. Das Vorabentscheidungsverfahren wird dabei vom EuGH als Instrument der richterlichen Zusammenarbeit verstanden,<sup>49</sup> welches dieser – jedenfalls vor Erlass jüngerer Entscheidungen des BVerfG<sup>50</sup> – nicht als strenges Subordinations-, sondern eher als Kooperationsverhältnis<sup>51</sup> bzw. „Dialog der Richter“ verstanden wissen möchte.<sup>52</sup>

### 2. Die Bedeutung des BGH

Knapp 20 % der 2022 eingelegten Vorabentscheidungsersuchen nahmen dabei in Deutschland ihren Ursprung,<sup>53</sup> obwohl die verhältnismäßig lange Verfahrensdauer von derzeit 16,4 Monaten<sup>54</sup> abschreckend für manches vorlegende Gericht

<sup>46</sup> Der konkrete Rechtsstreit wird vor dem EuGH nicht entschieden; auch eine Anfechtung der Vorlageentscheidung durch die Parteien ist nicht möglich (OLG Köln WRP 1977, 734 ff.; VGH Mannheim EuGRZ 1986, 572, 573).

<sup>47</sup> Näher *Rodríguez Iglesias* NJW 2000, 1895 ff.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu EuGH, Jahresbericht 2022, S. 26 f. (<https://curia.europa.eu/panorama/2022/de/>; [15.05.2023]). Dabei wurde diesem Prozess bei der ursprünglichen Entwicklung der europäischen Verträge nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen (vgl. *Dauses*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, S. 49).

<sup>49</sup> Vgl. EuGH Slg. 1978, 2347 Rn. 25; Slg. 2001, I-2099 Rn. 38; Slg. 2002, I-1529 Rn. 24; jüngst auch EuGH ECLI:EU:C:2015:400 Rn. 15 f.; zur Effektivierung des Verfahrens hat der EuGH einen Hinweiskatalog für die nationalen Gerichte erarbeitet (ABl. 2009 C-297/1; ABl. 2016 C-439/01).

<sup>50</sup> Vgl. BVerfG NJW 2020, 1647, insbesondere Ls. 2.

<sup>51</sup> Dazu grundlegend *Arnulf*, The European Union and its Court of Justice, S. 51.

<sup>52</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2014:2195 Rn. 41 f. und 46 (Unzulässigkeit einer nationalen Regelung, die eine zwingende Vorlage zu einem nationalen Verfassungsgericht vorsah und dadurch Vorlagen an den EuGH verzögern oder verhindern konnte). Tendenziell kritisch zum Vorlageverfahren mit Blick auf dessen rechtsfortbildende Funktion *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 114 f.

<sup>53</sup> EuGH, Jahresbericht 2022 (o. Fn. 48), S. 27.

<sup>54</sup> EuGH, Jahresbericht 2022 (o. Fn. 48), S. 29.

wirkt.<sup>55</sup> Auch wenn eine Rechtsfrage dabei von jedem Instanzgericht als „ordentlicher Richter des Unionsrechts“<sup>56</sup> an den EuGH gerichtet werden kann (vgl. Art. 267 Abs. 2 AEUV),<sup>57</sup> wird ein signifikanter Teil der Vorabentscheidungsersuchen durch den BGH initiiert.<sup>58</sup> Insbesondere die Tätigkeit des I. Zivilsenats ist thematisch stark europarechtlich geprägt.<sup>59</sup>

#### a) Vorlagepflicht

Verfahrenstechnisch abgesichert wird die Durchsetzung des Unionsrechts durch eine Vorlagepflicht des Revisionsgerichts als letztinstanzliches Fachgericht (vgl. Art. 267 Abs. 3 AEUV).<sup>60</sup> Jedoch kommt dem BGH ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, da von einer Vorlage an den EuGH nicht nur dann abgesehen werden kann, wenn die konkrete Vorlagefrage bereits entschieden wurde, sondern auch, wenn gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs vorliegt, selbst wenn sich diese in anderen Verfahren herausgebildet hat und die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind.<sup>61</sup> Gleiches gilt nach der *acte claire*-Doktrin, wenn die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass kein Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung bleibt.<sup>62</sup> Jedenfalls nach Ansicht des BVerfG ist es dabei verfassungsrechtlich unbedenklich, dass den Fachgerichten insoweit ein „Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung“ zukommt.<sup>63</sup>

Obschon dem BGH – gerade bei einer rechtsvergleichenden Bewertung<sup>64</sup> – durchaus eine Vorlagefreudigkeit attestiert werden kann, ist die Kooperation zwischen Revisionsgericht und EuGH nicht immer von ungetrübter Freude, was

<sup>55</sup> Dazu *Ehricke*, Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, S. 12 ff.; *Basedow*/FS Brandner, S. 651, 671 ff. Gem. Art. 105 VerfO des EuGH können auf Antrag des nationalen Gerichts Vorabentscheidungsersuchen in einem beschleunigten Verfahren entschieden werden.

<sup>56</sup> *Dauses*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, S. 44.

<sup>57</sup> Vgl. z. B. die berühmte Vorlage des AG Schorndorf BeckRS 2009, 88603 zur Vereinbarkeit des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs gem. § 439 BGB aF mit Art. 3 RL 1999/44/EG.

<sup>58</sup> Auf informeller Ebene ist zudem das Network of the Presidents of the Supreme Courts of the European Union, welches von deutscher Seite vom BGH vertreten wird, zu nennen, in dem ein Austausch zwischen den einzelnen Supreme Courts und den Europäischen Institutionen stattfindet (vgl. <https://network-presidents.eu/page/network-0> [15.08.2023]).

<sup>59</sup> BGH, Tätigkeitsbericht 2022, S. 16 ([https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2022.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2022.pdf?__blob=publicationFile&v=5) [15.08.2023]); Im Jahr 2022 erfolgten elf Vorlagen an den EuGH.

<sup>60</sup> *Streinz/Ehricke* Art. 267 AEUV Rn. 43. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass auch das BVerfG einer Vorlagepflicht unterliegt (vgl. BVerfGE 52, 178, 201; 134, 366), welches davon bislang jedoch nur einmal Gebrauch gemacht hat (BVerfGE 134, 366 ff.).

<sup>61</sup> Vgl. EuGH Slg. 1982, 3415 Rn. 14.

<sup>62</sup> EuGH Slg. 1982, 3415 Rn. 16; Slg. 2005, I-8151 Rn. 33; Slg. 2008, I-6747 Rn. 42. In der Folge kann in Teilen der Mitgliedstaaten ein gewisses Vollzugsdefizit beobachtet werden, da lieber im Rahmen eines umfassenden Urteils die (vermeintliche) Offenkundigkeit der Rechtslage konstatiert wird als ein Vorlageverfahren zu initiieren (näher *Streinz/Ehricke* Art. 267 Rn. 47 AEUV).

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2010, 3422 Rn. 89.

<sup>64</sup> Vgl. EuGH, Jahresbericht 2022 (o. Fn. 48), S. 27, zur Anzahl der in den einzelnen Mitgliedstaaten initiierten Vorlageverfahren.

sich jüngst z. B. in der sog. Sampling-Entscheidung des I. Zivilsenats („Metall auf Metall“) zeigte. Dieser seit mehr als 20 Jahren andauernde Rechtsstreit zu verschiedenen Fragen des Urheberrechts fand nach einem ersten Revisionsverfahren mit Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht<sup>65</sup> seinen ersten Höhepunkt in einer Entscheidung des BVerfG,<sup>66</sup> welches dem BGH (der von einer Vorlage zum EuGH abgesehen hatte) mit deutlichen Worten eine Verletzung der Vorlagepflicht attestierte. Im nachfolgenden (dritten) Revisionsverfahren legte der BGH sodann – widerwillig – ein Vorabentscheidungsersuchen zum EuGH ein,<sup>67</sup> ehe die Sache erneut an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde.<sup>68</sup> Im derzeitigen vierten Revisionsverfahren hat der BGH erneut (24 Jahre nach Verfahrensbeginn) ein Vorabentscheidungsersuchen zum EuGH eingeleitet.<sup>69</sup>

### b) Verfassungsmäßige Absicherung

Insgesamt scheinen die Zivilsenate des BGH jedoch – von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>70</sup> – einen positiven Dialog mit den Luxemburger Richtern zu verfolgen, nicht zuletzt auch, weil die Anrufung des EuGH durch eine Reihe prozessualer Garantien zugunsten der Prozessparteien sichergestellt wird. Zwar können diese den BGH nicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsersuchens zwingen, sondern eine Anrufung im Verfahren allenfalls anregen,<sup>71</sup> wobei die Vorlage durch privat- oder parteiautonome Vereinbarung der Parteien auch nicht unterbunden werden kann.<sup>72</sup> Durch die strukturelle Trennung von Revisions- und Verfassungsgericht kann die unterlassene Vorlage an den EuGH jedoch mit der Behauptung der Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Wege der Individualverfassungsbeschwerde angegriffen werden.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> Beginnend bei LG Hamburg v. 08.10.2004 – 308 O 90/99, juris; OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 3; BGH ZUM 2009, 219 (Metall auf Metall I); OLG Hamburg GRUR-RR 2011, 396; BGH ZUM 2013, 484 (Metall auf Metall II).

<sup>66</sup> BVerfGE 142, 74 = GRUR 2016, 690.

<sup>67</sup> BGH GRUR 2017, 895 (Metall auf Metall III) sowie nachfolgend EuGH GRUR 2019, 929.

<sup>68</sup> BGHZ 225, 222 = NJW 2020, 3248 (Metall auf Metall IV); nachfolgend OLG Hamburg GRUR 2022, 1217.

<sup>69</sup> Vgl. PM Nr. 157/2023 v. 14.09.2023 zu I ZR 74/22.

<sup>70</sup> Z. B. BVerfG BeckRS 2015, 55290 (erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Zurückweisung mehrerer Nichtzulassungsbeschwerden, obwohl eine Vorlage zum EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV nahelag) oder BGH NJW 2020, 1962 Rn. 77 („Die Rechtslage ist [...] von vornherein eindeutig („acte clair“ [...]).“) im Widerspruch zu EuGH NJW 2023, 1111 ff. S. ferner die Entscheidung BGH VuR 2023, 398 ff., in welcher der BGH auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des EuGH (NJW 2022, 1513; NJW 2022, 40; NJW 2020, 667) daran festhält, dass die Geltendmachung des Widerspruchsrechts gem. § 5a Abs. 1 S. 1 VVG bei einer fehlenden oder fehlerhaften Widerspruchsbelehrung ausnahmsweise Treu und Glauben (§ 242 BGB) widersprechen und damit unzulässig sein kann, ohne ein Vorabentscheidungsverfahren zu initiieren (fraglich!).

<sup>71</sup> EuGH Slg. 1965, 1267, 1275; Slg. 1978, 2203 Rn. 5.

<sup>72</sup> EuGH Slg. 1978, 2203 Rn. 5.

<sup>73</sup> Grundlegend BVerfGE 73, 339, 366 ff.; 82, 159, 192 ff.; *Ebricke*, Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, S. 60 ff.; *Betz*, Die verfassungsrechtliche Absicherung der Vorlagepflicht, S. 297 ff.

Zwar prüft das Verfassungsgericht insoweit nur, ob das Revisionsgericht in willkürlicher Weise von einer Vorlage abgesehen hat oder die Entscheidung unhaltbar ist.<sup>74</sup> Es ist keine „Nichtvorlagen-Superrevisionsinstanz“<sup>75</sup> und kein „oberstes Vorlagenkontrollgericht“, nicht zuletzt aufgrund des dem Fachgericht verbleibenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums.<sup>76</sup> In der Rechtspraxis wird der verfassungsgerichtliche Kontrollrahmen vom BVerfG indes engmaschig wahrgenommen. Eine willkürliche Nichtvorlage liegt nach ständiger Verfassungsrechtsprechung nicht nur in Evidenzfällen vor, sondern auch, wenn das Revisionsgericht eine Vorlage

„überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht), oder in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft)“.<sup>77</sup>

Der BGH muss zudem ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten, wenn er Zweifel an der Übereinstimmung eines europäischen Rechtsakts oder einer Entscheidung des Gerichtshofs mit den Grundrechten des Unionsrechts hat oder haben muss.<sup>78</sup> Auch insoweit prüft das BVerfG, ob das Revisionsgericht Grundrechtsverletzungen abgewehrt hat, indem es den EuGH im Rahmen seiner Zuständigkeiten mit der Grundrechtsfrage nach europäischem Recht befasst hat.<sup>79</sup>

Flankierend hat Art. 267 Abs. 3 AEUV auf das Revisionszulassungsverfahren Ausstrahlungswirkung. Einen eigenständigen Revisionsgrund der unterlassenen Vorlage kennt das deutsche Prozessrecht zwar nicht (vgl. § 543 Abs. 2 ZPO),<sup>80</sup> weil Maßstab der Revisionszulassung nur die Rechtssache selbst ist.<sup>81</sup> Sofern sich im

<sup>74</sup> BVerfGE 82, 159, 195; 126, 28 ff.

<sup>75</sup> *Thomale* EuR 2016, 510, 516.

<sup>76</sup> Vgl. BVerfG NJW 2010, 3422 Rn. 89.

<sup>77</sup> BVerfG BeckRS 2015, 55288 Rn. 15; NVwZ 1991, 53; vgl. jüngst zudem GRUR 2022, 1060 Rn. 17, zum Spezialfall divergierender Entscheidungen: „Wenn dem in letzter Instanz entscheidenden einzelstaatlichen Gericht das Vorliegen voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen [...] zur Auslegung einer auf den Ausgangsstreit anwendbaren Vorschrift des Unionsrechts zur Kenntnis gebracht wird, muss es bei seiner Beurteilung der Frage, ob es an einem vernünftigen Zweifel in Bezug auf die richtige Auslegung der fraglichen Unionsrechtsvorschrift fehlt, besonders sorgfältig sein und dabei insbesondere das mit dem Vorabentscheidungsverfahren angestrebte Ziel berücksichtigen, die einheitliche Auslegung des Unionsrechts zu gewährleisten.“

<sup>78</sup> BVerfG GRUR 2016, 690, 697.

<sup>79</sup> BVerfG GRUR 2016, 690, 697. Nimmt das Revisionsgericht diese Aufgabe nicht wahr, kommt ein europäischer Staatshaftungsanspruch in Betracht, sofern die Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts gegen das Unionsrecht verstößt (vgl. EuGH Slg. 2003, I-10239 Rn. 53 ff.; Slg. 2006, I-5177 Rn. 43).

<sup>80</sup> So schon *Everling* DRiZ 1993, 5, 12.

<sup>81</sup> Auch eine Restitutionsklage kommt nicht in Betracht (zutreffend *Ebricke*, Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, S. 19 f.; *Schmidt* FS Lücke, S. 721, 738). Die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils nationaler Gerichte hat aufgrund der hohen Bedeutung des *res iudicata*-Grundsatzes selbst im Falle der Unionsrechtswidrigkeit aus-

Beschwerdeverfahren jedoch eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts stellt, ist nach Ansicht des BVerfG „mit der sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren ergebenden Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens“ auch der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung in extensiver Auslegung von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO gegeben.<sup>82</sup> Folglich ist die Revision zwingend zuzulassen, sofern der Beschwerdeführer eine entscheidungserhebliche und ungeklärte, unional determinierte Rechtsfrage darlegen kann.

### 3. Bewertung

Das zivilprozessuale Revisionsrecht ist treibender Faktor bei der privatrechtsvereinheitlichenden Funktion europäischen Primär- und Sekundärrechts. Dabei ist das Revisionsgericht in ein enges verfassungsrechtliches<sup>83</sup> Korsett eingebunden, welches eine – teilweise einer einfachrechtlichen Überprüfung stark angenäherte – Kontrolle des Revisionsverfahrens mit Blick auf eine Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV zur Folge hat. Damit wird wenigstens partiell kompensiert, dass das europäische und nationale Recht de lege lata keinen Individualzugang zum EuGH kennt, obschon seitens der Wissenschaft eine Anrufung des EuGH als Parteirechtsmittel („europarechtliche Revision“) schon seit längerem erwogen wird.<sup>84</sup> Da sich ein derartiger Vorschlag auf absehbare Zeit wohl nicht realisieren lassen dürfte – Gleiches gilt für eine intra-instanzielle Kontrolle der Vorlagepflicht durch eine analoge Anwendung von § 321a ZPO<sup>85</sup> – wird sich die europäische Privatrechtsintegration auch in Zukunft maßgeblich „über Bande“ und den Dialog zwischen EuGH, BVerfG und BGH vollziehen.

## III. Revisionsgericht und EGMR

### 1. Bedeutung der EMRK für das Zivilverfahrensrecht

In eingeschränktem Umfang tritt der BGH auch in einen Dialog mit dem EGMR. Gem. Art. 46 EMRK i. V. m. dem nationalen Zustimmungsgesetz<sup>86</sup> sowie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 59 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG) sind Urteile des EGMR in Deutschland verbindlich.<sup>87</sup> Um den innerstaatlichen

zuscheiden (EuGH Slg. 2006, I-2585 Rn. 20ff.; ECLI:EU:C:2009:506 Rn. 22ff.; umfassend zur Problematik *Streinz/Ebricke* Art. 267 AEUV Rn. 51).

<sup>82</sup> BVerfG NVwZ 1991, 53; näher *Fastenrath* JZ 2013, 299ff.

<sup>83</sup> Eine Individualbeschwerde zum EGMR gem. Art. 34 iVm. Art. 6 EMRK wegen Nichtvorlage an den EuGH wurde bislang verneint (näher *Munding*, Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Rechtssystem der Europäischen Union, S. 469). Der EGMR beschränkt sich insoweit auf eine zurückgenommene Missbrauchskontrolle (vgl. *Frowein/Peukert-Peukert* Art. 6 EMRK Rn. 203 mwN in Fn. 484).

<sup>84</sup> S. hierzu *Bruns* JZ 2011, 325ff. mwN.

<sup>85</sup> Dafür z. B. *Piekenbrock* EuR 2011, 317, 342f.

<sup>86</sup> BGBl. 1952 II 685.

<sup>87</sup> BVerfG NJW 2004, 3407, 3409.

Grundsatz der *res iudicata* (vgl. § 322 ZPO) zu überwinden, wurde 2007 zudem der Restitutionsgrund der Konventionswidrigkeit (§ 580 Nr. 8 ZPO) eingeführt,<sup>88</sup> welcher auch die Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener (Revisions-)Verfahren ermöglicht.<sup>89</sup> Obwohl die Mehrheit der Verfahren vor dem EGMR dabei ihren Ausgangspunkt im Straf- und Strafverfahrensrecht nehmen,<sup>90</sup> hat das Konventionsrecht auch einen nicht unerheblichen Einfluss auf das deutsche Zivilprozessrecht gehabt. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Garantien aus Art. 6 EMRK; von besonderer Bedeutung ist etwa die EGMR-Rechtsprechung zur beweisrechtlichen Bedeutung des Vier-Augen-Gesprächs<sup>91</sup> oder die Entscheidung *Sürmeli/Deutschland* wegen überlanger Verfahrensdauer im Zivilverfahren.<sup>92</sup>

Das Kooperationsverhältnis zwischen Revisionsgericht<sup>93</sup> und EGMR gestaltet sich dabei konfliktträchtiger – exemplarisch sei nur die Judikatur des EGMR zum Sorgerecht bei nichtehelichen Kindern genannt<sup>94</sup> – als dasjenige zum EuGH, was vorrangig in der unterschiedlichen verfahrensmäßigen Ausgestaltung begründet ist: Während die Anrufung des EuGH ein vom Individualprozess abstrahiertes Zwischenverfahren in einem laufenden Zivilprozess ist, bei dem sich der BGH zur Beantwortung abstrakter Rechtsfragen an den EuGH wenden und diese bei seiner verfahrensabschließenden Entscheidung berücksichtigen kann, tritt ein Dialog zwischen EGMR und BGH letztlich allein durch das Verdikt der Konventionswidrigkeit eines nationalen Gerichtsurteils ein. Dessen Feststellung (vgl. Art. 46 EMRK) führt zu einer ex post-Korrektur der Revisionsentscheidung (vgl. § 580 Nr. 8 ZPO) und zwingt den BGH nicht selten, seine bisherige Rechtsprechung zu modifizieren bzw. ganz aufzugeben. Dennoch ist in der Regel<sup>95</sup> von einer überzeugenden und erschöpfenden Rezeption des Konventionsrechts im Rahmen des

<sup>88</sup> BGBl. 2006 I 3416; näher *Meyer-Ladewig/Brunozzi*, in: Meyer-Ladewig et al. (Hrsg.), EMRK-Kommentar, Art. 46 Rn. 27.

<sup>89</sup> Umfassend zur textlich missglückten Übernahme von § 359 Nr. 6 StPO in die ZPO: MünchKommZPO/*Braun/Heiß* § 580 ZPO Rn. 78 ff.

<sup>90</sup> Z. B. Urt. v. 22.01.2009 – no. 45749/06 und 51115/06 (*Kaemena and Thonebohn v. Germany*); Urt. v. 17.12.2009 – no. 19359/04 (*M v. Germany*); Urt. v. 13.01.2011 – no. 6587/04 (*Haidn v. Germany*); Urt. v. 11.07.2006 – no. 54810/00 (*Jalloh v. Germany*); Urt. v. 01.06.2010 – no. 22978/05 (*M v. Germany*).

<sup>91</sup> EGMR NJW 1995, 1413. Der BGH begegnet der Rechtsprechung damit, dass das Gericht neben dem Zeugen der Gegenseite auch die Partei gem. § 141 ZPO anhört oder gem. § 448 ZPO vernimmt und alle Äußerungen frei würdigt (vgl. BVerfG NJW 2008, 2170; NJW 2001, 2531; BGH NJW 1999, 363; NJW-RR 2003, 1002; NJW 2003, 3636; NJW-RR 2006, 61).

<sup>92</sup> EGMR NJW 2006, 2389; zuvor schon NJW 2001, 2694 Rn. 146 ff. Nach weiteren Verurteilungen Deutschlands (insbesondere EGMR NVwZ 2008, 289 Rn. 63 ff.; NJW 2010, 3355 Rn. 51) reagierte der Gesetzgeber 2011 durch den Erlass der §§ 198–201 GVG, um den vom EGMR geforderten Rechtsbehelf bei überlanger Verfahrensdauer zu garantieren (vgl. BT-Drs. 17/3802, S. 15; *Althammer* JZ 2011, 446, 447). Diese Bestimmungen wurden vom EGMR bislang nicht beanstandet (vgl. etwa EGMR NVwZ 2013, 47 Rn. 39 ff. und NJW 2015, 1433 Rn. 126, 139).

<sup>93</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen BVerfG, EuGH und EMRK als ‚europäischer Verfassungsgerichtsverbund‘: *Vofßkuble* NVwZ 2010, 1 ff.; *Lenaerts* EuR 2015, 3 ff.

<sup>94</sup> Vgl. EGMR NJW 2010, 501.

<sup>95</sup> Beachte jedoch auch BGH NJW 2019, 2400, zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen einer unzulässigen Abschiebehaft, wobei sich der BGH bei seiner Prüfung, ob

zivilprozessualen Revisionsverfahrens auszugehen, was sich exemplarisch an den im Jahr 2020 veröffentlichten Entscheidungen zur Zulässigkeit von Presseberichterstattungen,<sup>96</sup> zum Recht auf Vergessenwerden,<sup>97</sup> zur Vaterschaftsfeststellung,<sup>98</sup> zur Volljährigenadoption,<sup>99</sup> zum Namensrecht,<sup>100</sup> zur Verzögerungsrüge,<sup>101</sup> zur Wiederaufnahme des Verfahrens<sup>102</sup> und zur Verfahrenskostenhilfe<sup>103</sup> zeigt.

## 2. Rückwirkung auf das Revisionsrecht

Die Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens selbst sind dagegen überschaubar. Aufgrund der Verfahrenautonomie der Signatarstaaten und des Grundsatzes, dass das Konventionsrecht keine zweite Instanz gewährt,<sup>104</sup> wurde vom EGMR insbesondere nicht beanstandet, dass die nationale Rechtsordnung Zugangskriterien für das Höchstgericht aufstellt und Verfahren nach einer abstrakten Wertgrenze oder anderen gesetzlich determinierten Parametern selektiert. Jedoch besteht (auch) für das Revisionsgericht die *verfassungsrechtliche* Pflicht aus Art. 20 Abs. 3, Art. 59 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG, die EMRK in ihrer konkreten Ausgestaltung und Auslegung durch den EGMR als Auslegungshilfe im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung heranzuziehen,<sup>105</sup> wobei die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen kann.<sup>106</sup> In konventionsrechtskonformer Auslegung der §§ 542 ff. ZPO ist die Revision daher zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) zuzulassen, sofern das Berufungsgericht die Rechtsprechung des EGMR nicht im Rahmen einer methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung beachtet hat. Zudem hat eine Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu erfolgen (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO), sofern der Rechtsstreit eine in der Rechtsprechung des EGMR bislang ungeklärte Rechtsfrage aufwirft.

---

die Haft rechtmäßig iSv Art. 5 Abs. 1 EMRK war, nicht mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandergesetzt hat (sehr fraglich!).

<sup>96</sup> BGH GRUR 2021, 875; MMR 2021, 316; MMR 2021, 43; ZUM 2021, 530; ZUM 2021, 50; ZUM 2021, 59; ZUM 2020, 472; ZUM-RD 2020, 642.

<sup>97</sup> BGH NJW 2020, 3444; NJW 2020, 3436.

<sup>98</sup> BGH NJW 2020, 395; s. ferner NJW-RR 2020, 385.

<sup>99</sup> BGH DNotZ 2021, 346.

<sup>100</sup> BGH NJW 2020, 1220; BWNotZ 2020, 168.

<sup>101</sup> BGH NJW 2021, 859.

<sup>102</sup> BGH BeckRS 2020, 39113.

<sup>103</sup> BGH GRUR-RS 2020, 41971.

<sup>104</sup> Einzelheiten bereits sub § 3. I. 2. a).

<sup>105</sup> BVerfGE 111, 307, 329; 128, 326, 366 ff.; 148, 296, 351; BVerfG FamRZ 2015, 1263.

<sup>106</sup> BVerfG NJW 2004, 3407 Ls. 1.

## IV. Das Verhältnis zwischen den obersten Bundesgerichten

### 1. Der Gemeinsame Senat als Austrägalinstanz

Art. 95 Abs. 1 GG sieht eine besondere judikative Struktur im Rahmen des föderalen Gerichtsaufbaus der Bundesrepublik vor. Nicht ein oberster Gerichtshof, sondern ein Quintuor obligatorisch zu errichtender oberster Gerichtshöfe<sup>107</sup> steht an der Spitze der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit. Diese Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Höchstgerichtsbarkeit dürfte im internationalen Vergleich einzigartig sein. Im Grundsatz stehen alle Gerichtshöfe dabei gleichberechtigt nebeneinander;<sup>108</sup> trotz seiner historischen Vorläufer ist der BGH allenfalls hinsichtlich seiner Größe Primus inter Pares. Die damit auf die Ebene des Prozessrechts transponierte Eigenständigkeit der Rechtsmaterien kann jedoch Divergenzen und Interdependenzen zwischen dem Zivil- und Verwaltungs-,<sup>109</sup> Sozial-,<sup>110</sup> Arbeits-,<sup>111</sup> oder Steuerrecht<sup>112</sup> hervorrufen. Daher ist der Bundesgesetzgeber zur Errichtung eines Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes verpflichtet (Art. 95 Abs. 3 GG).<sup>113</sup> Will der Senat eines Revisionsgerichts in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats selbst abweichen, entscheidet letzterer verbindlich über die Rechtsfrage. Der Gemeinsame Senat nimmt seine Aufgabe insoweit allein im Interesse an einer objektiven Rechtsklärung wahr, da er gem. § 15 Abs. 1 S. 1 RsprEinhG „nur über die Rechtsfrage“ – für das vorliegende Gericht präjudiziell (§ 16 RsprEinhG) – entscheidet.

### 2. Rechtstatsächliche Bedeutung

Trotz dieses weitreichenden Verfassungsauftrags als Mediator für eine rechtsgebietsübergreifende Rechtsvereinheitlichung hat der Gemeinsame Senat nur eine

---

<sup>107</sup> BeckOK GG/Morgenthaler, Art. 95 Rn. 1. Ob es eine durchgreifende Rechtfertigung für die Errichtung fünf spezialisierter Höchstgerichte – neben einer Bundes- und 16 Landesverfassungsgerichtsbarkeiten – gibt, kann durchaus bezweifelt werden. Dies gilt gerade mit Blick auf ein eigenständiges Bundesarbeitsgericht – welches historisch ein Spezialsenat des RG war (vgl. schon sub § 2. IV. 2. b) und c) – und ein eigenständiges Bundessozialgericht. Eine Integration des BAG in den BGH mit Fachsenaten für Arbeitsrecht und des BSG in das BVerwG mit Fachsenaten für Sozialrecht ist daher durchaus bedenkenswert, würde jedoch eine Änderung von Art. 95 GG vonnöten machen.

<sup>108</sup> BVerfGE 12, 326, 333 ff.; 26, 100, 110; 55, 372, 388.

<sup>109</sup> Z. B. im Rahmen des Staatshaftungsrechts, vgl. BGH NJW 1991, 1168.

<sup>110</sup> Z. B. im Rahmen des Sozialversicherungsrecht, vgl. BSG DStR 2019, 2429.

<sup>111</sup> Z. B. im Rahmen des Kündigungsschutzrechts, vgl. BAG AP BGB § 620 Kündigungs-  
erklärung Nr. 24.

<sup>112</sup> Z. B. im Umsatzsteuerrecht, vgl. BGH NJW 2019, 2298, der damit auf eine Entscheidung des BFH (BFHE 247, 369) reagierte.

<sup>113</sup> Die Errichtung erfolgte durch das G. zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 19.06.1968, BGBl. I 661.

marginale Bedeutung: Die letzte Entscheidung stammt aus dem Jahr 2012;<sup>114</sup> seit Inkrafttreten des RsprEinhG existiert nur eine Handvoll an Entscheidungen. Die Gründe dafür sind vielschichtig: Zum einen dürfte die klare Abgrenzung und Ausdifferenzierung der fünf Rechtsgebiete und Gerichtszweige meist dazu führen, dass rechtsgebietsübergreifende Streitigkeiten, welche eine Anrufung des Gemeinsamen Senats notwendig machen, a limine nicht entstehen. Zum anderen schwingt in der Rezeption von Entscheidungen gleichgeordneter Gerichte oftmals eine gewisse Zurückhaltung mit: Im Sinne eines *do ut des* wird deren fachgerichtliche Domäne respektiert und auf Entscheidungen anderer oberster Gerichtshöfe in der Regel nur formal verwiesen; diese werden nicht auf ihre argumentative Überzeugungskraft hinterfragt oder gar für fehlerhaft erachtet, sondern – wo notwendig – lediglich subsumtiv appliziert.

Doch auch im Falle einer tatsächlich zutage tretenden Divergenz scheinen die beteiligten Revisionsrichter von einer Anrufung des Gemeinsamen Senats regelmäßig Abstand zu nehmen, um den befürchteten *horror pleni*<sup>115</sup> zu umgehen: Das Verfahren vor dem Gemeinsamen Senat ist – trotz der seit 2012 bestehenden Möglichkeit, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden<sup>116</sup> – mit einem erheblichen Arbeitsaufwand verbunden, weil meist neun Richter von fünf Gerichtshöfen zu beteiligen sind.<sup>117</sup> Die betroffenen Senate versuchen daher, eine Vorlage gem. § 11 RsprEinhG mit dem Verweis zu vermeiden, die Rechtsfrage sei für den Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, nicht entscheidungserheblich gewesen.<sup>118</sup> Andere Judikate zielen darauf ab, die Rechtsfrage sei rechtsgebietsspezifisch zu beantworten<sup>119</sup> bzw. aufgrund der Spezifika des Einzelfalles liege gar keine divergierend beantwortete Rechtsfrage vor (Abgrenzungsrechtsprechung).<sup>120</sup> Wenn es dennoch zu einem Vorlagebeschluss kommt, ist der Gemeinsame Senat zudem erst anzurufen, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, erklärt, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält (§§ 11 Abs. 3, 14 RsprEinhG).<sup>121</sup>

<sup>114</sup> BGHZ 194, 354 ff.; für die letzten 20 Jahre können vier Entscheidungen gefunden werden.

<sup>115</sup> Dazu schon sub § 5. I. 3. b).

<sup>116</sup> Vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 RsprEinhG (geändert durch G. v. 05.12.2012, BGBl. I 2418) und BT-Drs. 17/10490, S. 18 li. Sp., wonach „die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Interesse der Verfahrensvereinfachung in das Ermessen des Gemeinsamen Senats gestellt“ wird.

<sup>117</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 RsprEinhG. S. ferner § 12 zur Stellungnahme der obersten Gerichtshöfe sowie § 13 zu den Beteiligungsrechten weiterer Personen.

<sup>118</sup> Z. B. BVerwG BeckRS 2017, 119267 Rn. 37 und BGHZ 206, 260 Rn. 13 ff.

<sup>119</sup> Z. B. BAG NZA 2016, 1154, 1157: „Der Senat bezieht seine Auffassung [...] letztlich auf tarifvertragliche Verfallfristen und die auf sie zutreffenden Besonderheiten des Arbeitsrechts.“

<sup>120</sup> Z. B. BGHZ 220, 162; BVerwG NJW 1980, 2595 sub 5. Jüngst BGH, Beschl. v. 27.06.2023 – II ZR 57/21, und PM Nr. 108/23 v. 11.07.2023 („Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Anfrage mitgeteilt, dass seine Rechtsprechung, [...] nicht entgegensteht.“) sowie der vorherige Hinweis in PM Nr. 56/23 v. 22.03.2023.

<sup>121</sup> § 11 Abs. 3 RsprEinhG (geändert durch G. v. 05.12.2012, BGBl. I 2418) sowie BT-Drs. 17/10490, S. 18 li. Sp., wonach eine „Beschleunigung und Verfahrensvereinfachung in den Fällen erreicht [werden soll], in welchen der früher erkennende Senat sich der Rechtsauffassung des vorlegenden Senates anschließt.“

Damit kann insbesondere eine Divergenz zu älteren Leitentscheidungen eines Bundesgerichts korrigiert werden, wenn diese formal nie aufgehoben wurden.<sup>122</sup>

### 3. Bewertung

Dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes kommt als Austrägalinstanz der in Art. 95 Abs. 3 GG verankerte, verfassungsrechtlich hohe Stellenwert nur in geringem Umfang zu. Die aufgrund der zerklüfteten Ausdifferenzierung des deutschen Gerichtsverfassungsrechts überschaubaren thematischen Überschneidungen zwischen den obersten Gerichtshöfen werden durch sektorale Abgrenzungen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten weiter fragmentiert. Die dem Gemeinsamen Senat zugetragenen Rechtsfragen sind daher selten von solch grundlegender Bedeutung, dass sie die Gesamtrechtsordnung weitreichend und nachhaltig verändern. In der Konsequenz kommt ein aktiver inhaltlicher Austausch zwischen den einzelnen Gerichtszweigen – zumindest auf offizieller Ebene – oftmals nicht vor.

## V. Revisionsgericht und Instanzgerichtsbarkeit

### 1. Faktische Präjudizialität revisionsgerichtlicher Entscheidungen

Ist das Revisionsgericht gegenüber BVerfG, EuGH und EGMR vorrangig Rechtsprechungsrezipient und gleichrangiger Entscheidungsfinder gegenüber den übrigen obersten Gerichtshöfen, kommt ihm gegenüber der Instanzgerichtsbarkeit vorrangig eine Leitbild- und Supervisionsfunktion zu. Zwar kennt das deutsche Recht – abgesehen von § 31 Abs. 1 BVerfGG – keine formelle Bindungswirkung präjudizieller Entscheidungen gegenüber allen nachgeordneten Gerichten, weil diese mit der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Gebot richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 GVG) nicht vereinbar wäre.<sup>123</sup> De lege lata muss allein das Berufungsgericht seiner Entscheidung die kasatorische Beurteilung des Revisionsgerichts nach einer Aufhebung und Zurück-

<sup>122</sup> Exemplarisch BAG AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 24.

<sup>123</sup> BVerfGE 84, 212, 227; 131, 20, 42; ausführlich *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, S. 27 ff. mwN. Vgl. zur Präjudizienbindung in England und Deutschland *Martens JZ* 2011, 348 ff. Die Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Gebot richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 GVG) tritt insoweit in ein Spannungsverhältnis zur Justizgewährungsgarantie (umfassend *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 166 ff.; 297 ff.): Eine repetitive, bewusste Abweichung von höchstrichterlichen Leitentscheidungen liefe darauf hinaus, dass die Parteien stets den Instanzenzug voll beschreiten müssten, ehe sie die Verwirklichung ihrer Rechte erreichen könnten, was eine empfindliche Einbuße bei der temporal und finanziell effektiven Beilegung von Rechtsstreitigkeiten zur Folge hätte. Im Rahmen der vorgegebenen Verfassungsordnung lässt sich dieser Konflikt indes nicht auflösen: Aufgrund des hohen Stellenwerts der richterlichen Unabhängigkeit kommt eine Regulierung durch dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen (vgl. § 26 Abs. 1 DRiG) nicht in Betracht, sodass auch in Fällen offener

verweisung des Verfahrens zugrunde legen (vgl. § 563 Abs. 2 ZPO<sup>124</sup> sowie § 358 Abs. 1 StPO, § 144 Abs. 6 VwGO, § 126 Abs. 5 FGO, § 170 Abs. 5 SGG). Gem. § 138 Abs. 1 S. 3 GVG bzw. § 16 RsprEinhG ergibt sich zudem bei der Grundsatz- und Divergenzvorlage eine Bindungswirkung für das erkennende Gericht,<sup>125</sup> gem. § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO bzw. § 22 Abs. 1 S. 1 KapMuG zudem hinsichtlich des Musterfeststellungsurteils bzw. Musterentscheids.<sup>126</sup>

Ist dem deutschen Privatrecht das Prinzip des *stare decisis (et quia non mo- vere)* damit unbekannt,<sup>127</sup> entfalten höchstrichterliche Entscheidungen – nicht nur aufgrund ihrer inhaltlichen Autorität – eine starke faktische Präjudizialität<sup>128</sup> bzw. „präsumtive Verbindlichkeit“<sup>129</sup> für die nachgeordneten Gerichte: Entscheidungen oberster Gerichte wirken auch nach verfassungsgerichtlicher Diktion „über den entschiedenen Einzelfall hinaus als – freilich nur richtungweisendes – Präjudiz für künftige Fälle“.<sup>130</sup> Die Anwendung von Präjudizien als „in Präzedenzfällen durch den erkennenden Richter gefundene und verallgemeinerungsfähige Rechtsauffassungen“<sup>131</sup> bildet dabei einen Kernbestandteil richterlicher Tätigkeit; der Revisionsrichter ist nicht nur „law finding judge“, sondern auch „law making judge“.<sup>132</sup> Schon *Bähr* konstatierte, „die Bedeutung eines höchsten Gerichtshofs“ liege gerade „in der Präjudizial-Qualität seiner Entscheidungen“.<sup>133</sup>

Eingefasst und verstärkt wird diese faktische Präjudizialität höchstgerichtlicher Entscheidungen durch das Rechtsmittelverfahren: Da eine (entscheidungserhebliche) vertikale oder horizontale Divergenz stets einen Berufungs- bzw. Revisionszulassungsgrund darstellt (§§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Var. 3, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO),<sup>134</sup> orientieren sich Gerichte im Instanzenzug regelmäßig in gesetzgleicher Wirkung an den Leitentscheidungen des Revisionsgerichts.<sup>135</sup> Fälle einer

---

oder bewusster Divergenz – bis zur Strafbarkeitsgrenze (§ 339 StGB) – nur die Beschreitung des Instanzenrechtszugs möglich ist.

<sup>124</sup> S. oben sub § 4. IV. 2. und §§ 566 Abs. 8 S. 2, 577 Abs. 4. S. 4 ZPO sowie § 95 Abs. 2 BVerfGG.

<sup>125</sup> Dazu bereits sub § 5. I. 3. b) sowie IV. 1.; umfassend *Rösler ZJP* 2013, 295, 307 ff.

<sup>126</sup> S. ferner die mittelbare Bindungswirkung in § 10 UKlaG.

<sup>127</sup> Vgl. nur BVerfGE 18, 224, 240 f.; 84, 212, 227; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 46 ff. mwN. S. ferner zum rechtstheoretischen Spannungsverhältnis zwischen revisionsgerichtlicher Aufhebungsbefugnis bei Abweichung von einem revisionsgerichtlichen Präjudiz und fehlender präjudizieller Bindung in Form eines binding precedent: *Hartmann JZ* 2022, 759 ff.

<sup>128</sup> Vgl. schon *Olzen JZ* 1985, 155, 157; *Diedrich*, Präjudizien im Zivilrecht, S. 3 ff.; umfassend *Rösler ZJP* 2013, 295, 301 f. mwN.; *Fikentscher*, Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht, in: *Blaurock (Hrsg.)*, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, S. 11 ff.

<sup>129</sup> Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 243 ff., 262 („Präjudizienvermutung“).

<sup>130</sup> BVerfGE 131, 20, 42.

<sup>131</sup> *Badura*, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: *Blaurock (Hrsg.)*, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, S. 49, 50.

<sup>132</sup> Umfassend *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 8 ff. mwN.

<sup>133</sup> *Bähr*, Preußisches Jahrbuch 1868 (Bd. 22), S. 621 ff.

<sup>134</sup> Oben sub § 4. I. 3. a).

<sup>135</sup> Vgl. auch die Internetpräsenz des BGH: „Auch wenn die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs formal nur im Einzelfall bindend sind, folgen die Instanzgerichte faktisch fast

bewussten Divergenz oder „offenen Rebellion“ gegen höchstrichterliche Judikate sind daher selten, wenn auch nicht ausgeschlossen.<sup>136</sup> Die Gründe dafür sind mannigfaltig<sup>137</sup> und dürften – neben der hohen fachlichen Autorität, die revisionsgerichtliche Entscheidungen genießen – sowohl am Kammerprinzip auf Ebene der Berufungsgerichte (§ 116 Abs. 1 GVG; vgl. aber auch § 526 ZPO) als auch an der zurückhaltenden Richterpersönlichkeit liegen,<sup>138</sup> der ein *judicial activism* in Form eines bewussten Bruchs mit einer bestehenden Rechtsprechungslinie eher fremd ist.<sup>139</sup> Ein entscheidender Faktor dürfte auch sein, dass die eigene Entscheidungsbegründung durch einen Verweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung erheblich abgekürzt und die Entscheidungsfindung damit rationalisiert werden kann.<sup>140</sup> Im zivilgerichtlichen Instanzenzug entfalten Revisionsurteile – eingeehgt durch verfassungs- und revisionsrechtliche Schutzzäune – damit eine Leitwirkung, die einer Präjudizialität im Sinne eines *stare decisis* sehr nahe kommt.<sup>141</sup> *Rabel* ging daher schon 1951 davon aus, der praktische Unterschied zwischen dem Präjudizienystem des common law und der faktischen Präjudizialität höchstgerichtlicher Entscheidung nach kontinentaleuropäischer Prägung müsse „mit der Lupe gesucht werden“.<sup>142</sup>

## 2. Nichtzulassungsbeschwerde als disziplinierendes Korrektiv

In diesem Zusammenhang fungiert insbesondere die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO als lenkungssteuerndes Korrektiv. Würde der Zugang zum Revisionsgericht allein vom iudex a quo abhängen, führte dies zu einer erheblichen Verringerung der Zulassungen,<sup>143</sup> weil Richter an den Obergerichten davon aus-

---

ausnahmslos seiner Rechtsauffassung“ ([https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Aufgaben/aufgaben\\_node.html](https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Aufgaben/aufgaben_node.html) [15.08.2023]). Die Präjudizialität höchstgerichtlicher Judikate entfaltet sich zudem im Anwaltschaftsrecht, vgl. hierzu *Friedmann*, Anwaltspflichten und Präjudizien, insbesondere S. 24 ff.

<sup>136</sup> Z. B. jüngst die offene Ablehnung der Rechtsprechung des BGH in LG Berlin, Urt. v. 01.07.2022 – 66 S 200/21, juris. Zur verdeckten Divergenz vgl. schon sub § 4. I. 3. a).

<sup>137</sup> Einzelheiten bei *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 258 ff. mwN.

<sup>138</sup> Dazu noch sub § 6. I. 1. und 3.

<sup>139</sup> Zudem verfügt die Judikative selbst über ein disziplinierendes Korrektiv: Der Zugang zu richterlichen Beförderungssämtern, insbesondere die Berufung an ein Bundesgericht oder auf der Stelle eines Vorsitzenden, wird überwiegend von einer sog. Erprobungsabordnung abhängig gemacht (vgl. z. B. Richtlinien für die Erprobung von Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten v. 02.05.2005 [2010 – I B. 61], JMBL. NRW, 136 sub I.1.). Dabei dürfte neben Leistung, Dienstalster und Fachkenntnis auch – wenigstens informell – eine Rolle spielen, ob ein Richter eine bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung bewusst und konsequent übergeht, auch wenn dies aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit gem. Art. 97 Abs. 1 GG kein „offizielles“ Selektionskriterium sein kann (näher *Olzen* JZ 1985, 155, 157).

<sup>140</sup> Vgl. zu diesem Punkt *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 11 ff.

<sup>141</sup> S. ferner die Analyse bei *Schönberger* VVDStRL 71 (2012), 296, 309.

<sup>142</sup> *Rabel* RabelsZ 1951, 340, 345.

<sup>143</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 59: Vor Erlass des ZPO-RG 2001 wurde bei ca. 22.000 Berufungsurteilen mit einem Streitwert unter 60.000 DM die Revision in nur 163 Fällen zugelassen (Quote: 0,74 %).

gehen, den Streitfall unter Zugrundelegung der richtigen rechtlichen Erwägungen entschieden zu haben und daher ein weiteres Rechtsmittel nicht notwendig ist. Die uniforme Anwendung höchstrichterlicher Judikate könnte damit nicht gewährleistet werden, weshalb eine Wächterfunktion des Zugangs zur Höchstinstanz durch den *iudex a quo* allein auch rechtsvergleichend kaum anzutreffen ist.<sup>144</sup>

Dieser Konflikt wird im deutschen Revisionsrecht durch das Zusammenspiel zwischen den §§ 543, 544 ZPO gelöst: Die Existenz der Nichtzulassungsbeschwerde sichert, dass das Berufungsgericht eine Zulassung der Revision ausspricht, wenn diese (z. B. wegen einer Rechtssatzdivergenz) geboten ist, da die fehlerhafte (Nicht-)Zulassungsentscheidung andernfalls durch den *iudex ad quem* korrigiert werden kann.<sup>145</sup> Damit wird die Letztentscheidungskompetenz des Revisionsgerichts bei einem bewussten oder übersehenen Abgehen von dessen Rechtsprechung gesichert, wobei das Untergericht eine für unzutreffend erachtete höchstrichterliche Rechtsprechung auch offen in Zweifel ziehen und damit zur erneuten Überprüfung durch das Revisionsgericht stellen kann. Sofern eine Nichtzulassungsbeschwerde – z. B. mangels Erreichens des Beschwerdewerts in § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO oder bei der Rechtsbeschwerde gem. § 70 FamFG – unstatthaft ist, tritt an deren Stelle die Individualverfassungsbeschwerde. Lässt das Berufungsgericht die Revision nicht zu, obwohl ein Zulassungsgrund besteht, wird der Zugang zur Revisionsinstanz unter Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG versperrt, wobei das Verfassungsgericht – gerade in Fällen der Rechtsprechungsdivergenz – eine hohe, dem einfachen Recht stark angenäherte Prüfdichte hat.<sup>146</sup>

### 3. Selbstbindung des Revisionsgerichts?

Die faktische Präjudizialität höchstrichterlicher Entscheidungen wirkt sich auch auf die Selbstbindung des Revisionsgerichts aus. Mangels *rechtlicher* Präjudizialität i. S. v. *binding precedents*<sup>147</sup> ist dieses grundsätzlich zur Abänderung seiner Rechtsprechung befugt. Einzig bei einer erneuten Befassung im Rahmen eines zweiten Revisionsverfahrens ist der BGH – in Anlehnung an den Rechtsgedanken von § 318 ZPO bzw. § 322 ZPO<sup>148</sup> – an seine erste Revisionsentscheidung gebun-

<sup>144</sup> Vgl. etwa sub § 10. IV. 2. zum gemischten Zulassungsverfahren im Vereinigten Königreich.

<sup>145</sup> Vgl. jüngst BGH GRUR 2022, 399.

<sup>146</sup> S. hierzu schon sub § 3. I. 1. d). Die Entscheidungsgründe des Berufungs- oder Beschwerdegerichts müssen das BVerfG dabei in die Lage versetzen, zu prüfen, ob das Berufungsgericht „ein von der jeweiligen Rechtsordnung grundsätzlich eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv gemacht hat“ (BVerfG NJW 2012 1715; NJW 2011, 288).

<sup>147</sup> S. z. B. zur Selbstbindung des UK Supreme Court in Bezug auf das *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 WLR 1234 des House of Lords: *Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28 [24].

<sup>148</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 1127 Rn. 20, wonach diese Bindung dem höherrangigen Zweck dient, „einen alsbaldigen Rechtsfrieden zwischen den Prozessparteien herbeizuführen. Sie sind daher zwar nicht exakt, aber tendenziell einer Rechtskraft vergleichbar“.

den (§563 Abs.2 ZPO analog),<sup>149</sup> sofern das Höchstgericht seine Rechtsprechung nicht zwischenzeitlich in einer anderen Entscheidung geändert hat.<sup>150</sup>

#### a) Grundsatz

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ist dabei problematisch, dass die Kontinuität höchstrichterlicher Rechtsprechung und der Revisionszweck der Rechtsfortbildung miteinander in Konflikt treten. Nach der Rechtsprechung gebührt grundsätzlich letzterem der Vorrang: Ein „Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung“ ist nach Ansicht des BGH jedenfalls dann hinzunehmen, „wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen“.<sup>151</sup> In der Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte scheint diese Diktion zudem nicht allzu streng gehandhabt worden zu sein.<sup>152</sup>

Diese Freiheit des Revisionsgerichts zur Abänderung einer bestehenden Rechtsprechungslinie ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wobei das BVerfG eine fachgerichtliche Änderungsbefugnis in noch größerem Umfang zuzuerkennen scheint, weil insoweit kein schützenswerter Vertrauenstatbestand des Rechtsuchenden besteht:

„Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Es bedarf nicht des Nachweises wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG von seiner früheren Rechtsprechung abweichen kann. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält.“<sup>153</sup>

Somit steht einem Abgehen von einer als nicht (mehr) zutreffend empfundenen Rechtsprechung – im Rahmen einer nachvollziehbaren und mit Sachgründen ver-

<sup>149</sup> Der genaue Umfang der Bindungswirkung ist jedoch streitig, vgl. BGHZ 3, 321, 324 f.; 15, 122, 124 ff.; 25, 200, 204; 60, 392, 396; BGH NJW 2017, 1480 Rn. 40, sowie *Tiedtke*, Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen, S. 256 (zum alten Recht).

<sup>150</sup> GmS-OGB BGHZ 60, 392, 397 f.; BGH NJW 2007, 1127 Rn. 20.

<sup>151</sup> BGHZ 85, 64, 66; 88, 344, 347; 113, 384, 386; BGH NJW-RR 2015, 1425, 1426. S. ferner BFHE 161, 332, 350; 158, 563, 574. Umfassend zur Problematik der Selbstbindung von Höchstgerichten *Klein* JZ 2018, 64 ff.; *Bittner* JZ 2013, 645 ff.; *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, S. 36 ff.; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 184 ff.

<sup>152</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 2022, 790 Ls. 1 und Rn. 19 sowie BGH NJW 2012, 2427 Ls. 2 und Rn. 33. S. ferner BGHZ 193, 260 („Seine [...] entgegenstehende Rechtsprechung gibt der Senat auf.“). Ausführlich *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 313 ff. mwN, sowie die Analyse von *Kähler* (Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, S. 147), wonach zwischen 1995 und 2001 in 199 Entscheidungen eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfolgte, in keinem Fall aber das Kriterium der „deutlich überwiegenden oder sogar schlechthin zwingenden Gründe“ geprüft wurde.

<sup>153</sup> BVerfGE 122, 248, 277; 84, 212, 227. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass eine Rechtsprechungsänderung im Einzelfall die gleiche Intensität wie eine rückwirkende Gesetzesänderung haben kann, vgl. dazu BVerfGE 126, 369, 395.

sehenen Entscheidung<sup>154</sup> – der Gedanke der Rechtsanwendungsgleichheit in Form einer *Kontinuitätserwartung*<sup>155</sup> des Rechtsunterworfenen nicht entgegen. Da sich diese immer nur in einem konkreten Zeitpunkt realisiert und keine „zeitlose Gleichheit“ existiert,<sup>156</sup> ist die Prozesspartei nicht davor geschützt, dass das Verfahren als Blaupause zur Fortentwicklung des Rechts und zur Abänderung bestehender Rechtsprechungslinien herangezogen wird.<sup>157</sup> Vielmehr verstieße jede Selbstbindung des Revisionsrichters an eine als nicht mehr zutreffend erkannte Rechtsansicht ihrerseits gegen Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 Abs. 1 GG.<sup>158</sup>

#### b) Ausnahmen

Ausnahmen von der Selbstbindungsfreiheit des Revisionsgerichts können daher mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG nur in sehr engen – und meist eher theoretischen – Ausnahmefällen Platz greifen: Ein extrem sprunghafter Wechsel höchstrichterlicher Entscheidungen verstieße etwa nicht nur gegen das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Vertrauensschutz in eine höchstrichterlich etablierte Rechtsprechung,<sup>159</sup> sondern auch gegen das Willkürverbot.<sup>160</sup> Fälle aus der Praxis sind insoweit nicht bekannt, zumal unnötige Härten für den Rechtssuchenden von der Rechtsprechung durch eine behutsame Ankündigungs(änderungs)rechtsprechung abgedefert werden, indem die neue Rechtsprechungslinie in verschiedenen Verfahren angekündigt, jedoch erst auf zukünftige Fälle appliziert wird.<sup>161</sup> Einer ‚Ankündigung‘ im engeren Sinne bedarf es für die Rechtsprechungsänderung dagegen nicht.<sup>162</sup>

#### 4. Bewertung

Die Rechtsfortbildungs- und Supervisionsfunktion des Höchstgerichts entfaltet ihre Bedeutung vorrangig in der faktischen Präjudizialität revisionsgericht-

<sup>154</sup> Wobei diese auch kurz ausfallen kann, vgl. z. B. BGH NJW 2022, 790 Rn. 19.

<sup>155</sup> Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 368; s. ferner Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 117.

<sup>156</sup> So schon Ziegler, Selbstbindung der Dritten Gewalt, S. 116.

<sup>157</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2005, 81, 82.

<sup>158</sup> Klein JZ 2018, 64, 66, mit Einzelheiten und Beispielen: Jedwede Form der Bindung entfällt zudem, wenn der Gesetzgeber die bestehende Rechtsmaterie in Gesetzesrecht überführt hat (dazu sogleich), diese von einem höherrangigen Gericht adaptiert wird oder zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist und der BGH damit seine Dispositionsbefugnis über die Materie verloren hat.

<sup>159</sup> In diese Richtung BGH NJW 1996, 924, 925: „Durfte die betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen und verdient dieses Vertrauen bei einer Abwägung der gegenläufigen Interessen der Beteiligten sowie der Belange der Allgemeinheit den Vorzug, greift die Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen ein.“

<sup>160</sup> Wie hier bereits Klein JZ 2018, 64, 66f.

<sup>161</sup> Einzelheiten bei Klein JZ 2018, 64, 68, mit Verweis auf BGHZ 126, 63, 72ff.; Bittner JZ 2013, 645 ff., die kritisch zwischen einer starken Ankündigungsrechtsprechung in Form eines *prospective overruling* und einer schwachen Ankündigungsrechtsprechung in Form eines *Obiter dictum* differenziert.

<sup>162</sup> Vgl. BVerfGE 78, 123, 127.

licher Entscheidungen, welche eine uniforme Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsfindung durch die Instanzgerichte garantiert. Neben der inhaltlichen Autorität von Revisionsurteilen und einer Arbeitserleichterung für das Prozessgericht sichert insbesondere die Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens die nahezu ausnahmslose Befolgung höchstrichterlicher Judikate. Von engen Ausnahmen abgesehen, ist das Höchstgericht dabei grundsätzlich jederzeit zur Änderung einer bestehenden Rechtsprechungslinie befugt.

## VI. Revisionsgericht und (Bundes-)Gesetzgeber

Der Wirkkreis des Revisionsgerichts beschränkt sich jedoch nicht auf den Dialog mit anderen Akteuren der Judikative, sondern erstreckt sich auch auf die Legislative. Dies ist letztlich Ausdruck der arbeitsteiligen Rechtsfindung und -schöpfung zwischen Judikative und Legislative im modernen Verfassungsstaat.<sup>163</sup> Zwar steht dem Revisionsgericht keine Normverwerfungskompetenz zu;<sup>164</sup> da der BGH gem. § 543 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 1 ZPO jedoch vorrangig mit der Rechtsfortbildung des Zivilrechts betraut ist, kommt dessen Leitentscheidungen eine erhebliche Bedeutung für den Gesetzgeber zu. Dies gilt insbesondere in besonders dynamischen Rechtsgebieten und solchen mit geringer gesetzlicher Regelungsdichte. Insoweit tritt das geschriebene – statische – Recht oftmals in den Hintergrund, weil allein die judikative Entwicklung mit der dynamischen Veränderung der Rechtswirklichkeit annähernd Schritt halten kann.

### 1. Das BGH als Innovationsmotor

Die Rolle des BGH als Innovationsmotor für gesetzgeberische Entscheidungen zeigt sich insbesondere darin, dass der Gesetzgeber dessen judikative Aufbereitung eines Rechtsgebiets oftmals zum Anlass nimmt, die damit initiierte Rechtsentwicklung zeitverzögert nachzuzeichnen – *Karlsruhe locuta, lex creata*. Exemplarisch kann dies im Bereich Legal Tech aufgezeigt werden: Obschon aus der Wissenschaft schon seit Jahren eine Neuregelung des anwaltlichen Berufs- und Rechtsdienstleistungsrechts angemahnt wurde, blieb der Gesetzgeber weitgehend untätig und sah sich erst nach Erlass einer Grundsatzentscheidung des BGH<sup>165</sup> – welche den Inkassomarkt für Rechtsdienstleister in größerem Umfang öffnete als dies bislang von den Instanzgerichten appliziert wurde – dazu veranlasst, BRAO und RDG an veränderte Marktstrukturen anzupassen.<sup>166</sup>

<sup>163</sup> Näher bereits *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 2ff. mwN.

<sup>164</sup> Diese ist dem BVerfG und den Landesverfassungsgerichten vorbehalten, vgl. insbesondere Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG; § 31 Abs. 1 BVerfGG.

<sup>165</sup> BGH NJW 2020, 208.

<sup>166</sup> Insbesondere durch das G. v. 10.08.2021 (BGBl. I 3415) mit Verweis auf die vorgenannte Entscheidung des BGH.

Insoweit unterscheidet sich die Funktion des Revisionsgerichts zwar klar von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, welche dem Gesetzgeber dezidierte Regelungsaufträge erteilen kann, wie etwa jüngst im Rahmen des Klimaschutzes<sup>167</sup> oder bei der Grundsteuer.<sup>168</sup> Seiner grundgesetzlichen Stellung entsprechend, kann der BGH die Legislative im Rahmen einer ihm zugetragenen Einzelfallentscheidung nur auf den Bedarf nach einer gesetzlichen Neuregelung hinweisen, wenn auch teilweise mit großer Deutlichkeit.<sup>169</sup> Dennoch ist die Innovationsfunktion des BGH – wie schon die des RG<sup>170</sup> – für die Fortschreibung des bürgerlichen Rechts von erheblicher Bedeutung. Wegbereiter für eine zukünftige Gesetzesentwicklung war das Revisionsgericht etwa bei der Inhaltskontrolle von AGB, die der BGH schon lange vor Erlass des AGBG aus § 242 BGB entwickelte.<sup>171</sup> Die 2013 erfolgte Neuordnung des Arzthaftungsrechts<sup>172</sup> in den §§ 630a ff. BGB ist nahezu vollständig eine affirmative Kodifikation der Fallrechtsprechung des VI. Zivilsenats.<sup>173</sup>

Mit noch größerer Deutlichkeit zeigt sich diese Entwicklung im Gesellschaftsrecht. Der dafür im Wesentlichen zuständige II. Zivilsenat hat sich als treibender Motor der Rechtsfortbildung etabliert, welcher weite Bereiche insbesondere des Personengesellschafts-, aber auch z. B. des Kapitalersatzrechts,<sup>174</sup> erheblich geprägt hat. Nachdem der BGH der am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Jahr 2001 die (Außen-)Rechtsfähigkeit und im Jahr 2009 die Grundbuchfähigkeit – contra oder wenigstens praeter legem – zuerkannte,<sup>175</sup> und auch an anderer Stelle eine Fortentwicklung der §§ 705 ff. BGB evozierte, sah sich der Gesetzgeber zu einer grundlegenden Neuordnung des Personengesellschaftsrechts veranlasst. Der Regierungsentwurf<sup>176</sup> des Gesetzes zur Modernisie-

<sup>167</sup> Vgl. jüngst BVerfG NJW 2021, 1723 ff.

<sup>168</sup> BVerfGE 148, 147 ff.

<sup>169</sup> Vgl. jüngst BGH PM Nr. 107/2022 v. 12.07.2022 zur Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern in der sog. Maskenaffäre: „Der 3. Strafsenat hat darauf hingewiesen, dass es dem Gesetzgeber obliegt zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. [...] Daher] kommt eine diese Intention missachtende Auslegung nicht in Betracht, selbst wenn die hier zu beurteilenden Handlungen ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das vom Gesetz pönalisierte Verhalten. Falls der Gesetzgeber eine Strafbarkeitslücke erkennen sollte, ist es seine Sache, darüber zu befinden, ob er sie bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will.“

<sup>170</sup> Oben sub § 2.IV.1. S. ferner zum Verhältnis zwischen Höchstgericht und Gesetzgeber: Roellecke, Über die richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: ders. (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, S. 1, 17 ff.

<sup>171</sup> Grundlegend BGHZ 22, 90 ff.

<sup>172</sup> G. v. 20.02.2013, BGBl. I 277.

<sup>173</sup> BGH NJW 2021, 2364 Ls. 1; NJW 2023, 1435 Ls. 1; BT-Drs. 17/10488, S. 24 li. Sp.

<sup>174</sup> Vgl. dazu insbesondere das G. v. 04.07.1980 (BGBl. I 836) und v. 23.10.2008 (BGBl. I 2026), mit dem das Eigenkapitalersatzrecht grundlegend neu geordnet wurde. S. ferner Fleischer/Wedemann AcP 2009, 597, 599 ff., mit weiteren Beispielen aus dem Gesellschaftsrecht.

<sup>175</sup> BGHZ 146, 341; 179, 102. Hierauf hatte der Gesetzgeber noch im Jahr 2009 mit der Einführung von § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO reagiert.

<sup>176</sup> RegE BR-Drs. 59/21, S. 1 f.

rung des Personengesellschaftsrechts<sup>177</sup> konstatiert dabei, Rechtsprechung und Kautelarpraxis hätten „das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts immer weiter fortentwickelt,“ weshalb „der Rechtsanwender das maßgebliche Recht dem Gesetz vielfach nicht mehr entnehen“ könne und daher eine Konsolidierung der gesetzlichen Grundlage erforderlich sei. Entscheidend – wenn auch kaum quantifizierbar – für eine derart weitgehende Fortentwicklung der *lex lata* dürfte dabei die Person des Vorsitzenden Richters des jeweiligen Senats sein, wobei sich Phasen einer verstärkt rechtssetzenden Tätigkeit unter auch wissenschaftlich aktiven Vorsitzenden<sup>178</sup> mit Phasen einer stärkeren judikativen Zurückhaltung<sup>179</sup> abwechseln.

In anderen Rechtsgebieten erachtet der Gesetzgeber die Rechtsprechungstätigkeit des BGH dagegen für derart gelungen, dass er von einer weiteren gesetzlichen Ausformung bewusst absieht.<sup>180</sup> Leasing, Factoring und Franchising sind nur einige Beispiele für gesetzlich noch immer nur rudimentär konturierte und in ihrer Ausgestaltung mehrheitlich durch die Rechtsprechung des BGH als ‚Ersatzgesetzgeber‘ determinierte Rechtsgebiete, deren Ausformung und Fortentwicklung der judikativen Gewalt überantwortet wird. Gleiches gilt für das im Wesentlichen auf der Fallrechtsprechung des I. Zivilsenats basierende Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht.

Teilweise – wenn auch im Zivilrecht eher selten – findet sich zudem eine gegenteilige Entwicklung:<sup>181</sup> Da es dem Gesetzgeber grundsätzlich freisteht, eine bislang durch Richterrecht ausgefüllte Rechtsmaterie an sich zu ziehen,<sup>182</sup> kann sich die Legislative auch von einer missbilligten Rechtsprechungslinie bewusst absetzen. Insbesondere im Steuerrecht kann der vermehrte Erlass von Nichtanwendungsgesetzen beobachtet werden.<sup>183</sup> Aufgrund der Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers sind diesem – von Fragen der politischen Klugheit abgesehen – insoweit kaum Restriktionen bei der legislativen Tilgung höchstgerichtlicher Judikate auferlegt.<sup>184</sup>

<sup>177</sup> G. v. 10.08.2021, BGBl. I 3436.

<sup>178</sup> Z. B. BGHZ 83, 122 ff.; 146, 341 ff.; 159, 30 ff.

<sup>179</sup> Z. B. BGH NJW 2014, 146 ff. unter Aufgabe von BGH NJW 2003, 1032 ff.

<sup>180</sup> Das Schweigen des Gesetzgebers rechtfertigt jedoch nicht ohne Weiteres den Schluss, dieser stimme der Rechtsprechung zu und mache sie sich zu eigen, vgl. BVerfGE 122, 248, 284, 297 f.; 78, 20, 25.

<sup>181</sup> Details bei *Fleischer/Wedemann* AcP 2009, 597, 618.

<sup>182</sup> Vgl. BVerfGE 25, 167, 181, wonach „der aus der Untätigkeit des Gesetzgebers folgende Funktionszuwachs der Rechtsprechung nur subsidiärer Natur ist: Dem Gesetzgeber steht es jederzeit frei, die Erfüllung des zunächst an ihn gerichteten Verfassungsauftrags wieder an sich zu ziehen und nach seinen Vorstellungen zu verwirklichen.“

<sup>183</sup> Zu ‚rechtsprechungsbrechenden‘ Nichtanwendungsgesetzen kritisch *Völker/Ardizzoni* NJW 2004, 2413 ff. Weiterhin existieren im Steuerrecht Nichtanwendungserlasse durch die Finanzverwaltung.

<sup>184</sup> Details zur Diskussion bei *Fleischer/Wedemann* AcP 2009, 597, 618 ff. mwN, auch zu der Frage, ob den Gesetzgeber insoweit besondere Begründungspflichten treffen.

## 2. Die Korrektur gesetzgeberischer (Febl-)Entscheidungen

Bisweilen ‚korrigiert‘ das Revisionsgericht auch eine als fehlerhaft angesehene Gesetzesentwicklung, verbunden mit der Aufforderung an den Gesetzgeber zum Tätigwerden. Exemplarisch ist etwa das Verbrauchsgüterkaufrecht des BGB zu nennen: In seiner Quelle-Entscheidung stellte der BGH fest, dass § 439 Abs. 4 BGB (a. F.) im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs einschränkend anzuwenden sei, wobei „die bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bestehende verdeckte Regelungslücke“ durch eine einschränkende Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB a. F. zu schließen sei.<sup>185</sup> Nur drei Wochen nach Erlass des Revisionsurteils verabschiedete der Bundestag die angeordnete Neuregelung.<sup>186</sup> Teilweise werden dabei ganze Rechtsmaterien im Zuge einer revisionsgerichtlichen Entscheidung neu geordnet, z. B. die Beteiligung von Verwertungsgesellschaften bei urheberrechtlichen Einnahmen: Nachdem der BGH die bisherige Praxis beanstandet hatte,<sup>187</sup> reagierte der Gesetzgeber durch eine weitreichende Anpassung des Verwertungsgesellschaftengesetzes (VGG).<sup>188</sup>

## 3. Bewertung

Im revisionsgerichtlichen Verfahren entfaltet sich über den Parteirechtsstreit hinaus ein Dialog zwischen Höchstgericht und Gesetzgeber, auch wenn dies kein Verfahrenszweck im engeren Sinne, sondern allein ein Nebeneffekt der rechtsfortbildenden Funktion des Höchstgerichts ist.<sup>189</sup> Dieser Dialog lebt von einem subtil austarierten Gleichgewicht, wobei das Verhältnis zwischen Judikative und Legislative ein Wechselspiel aus der Kodifikation oder Derogation von Richterrecht darstellt.<sup>190</sup> Einerseits erzeugt die revisionsgerichtliche Tätigkeit entscheidende Impulse zur Fortentwicklung des Rechts durch den Gesetzgeber, wobei der BGH bisweilen deutliche Kritik übt, wie etwa in einer aktuellen Entscheidung zur unionswidrigen Verjährungsfrist von Gewährleistungsansprüchen,<sup>191</sup> weil der Bundestag eine Bestimmung des Verbrauchsgüterkaufrechts trotz einer seit Jahren entgegenstehenden Entscheidung des EuGH nicht angepasst hatte.<sup>192</sup> Andererseits kann der Gesetzgeber – neben einer legislativen Verstetigung der höchst-

<sup>185</sup> BGH NJW 2009, 427, 429; s. zuvor das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH NJW 2008, 1433.

<sup>186</sup> G. v. 16.12.2008, BGBl. I 2400.

<sup>187</sup> Vgl. BGH GRUR 2016, 596 ff., sowie EuGH GRUR 2016, 55.

<sup>188</sup> G. v. 20.12.2016, BGBl. I 3037; vgl. insbesondere § 27a VGG.

<sup>189</sup> Vgl. schon sub § 3. II. In der Schweiz richtet das Bundesgericht sogar ausdrückliche ‚Hinweise an den Gesetzgeber‘, falls Bedarf für eine gesetzliche Neuordnung gesehen wird, vgl. Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2021, S. 16 (<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm> [17.08.2023]). S. zum französischen Recht noch sub § 9. VII.

<sup>190</sup> Fleischer/Wedemann AcP 2009, 597.

<sup>191</sup> BGH NJW 2021, 1008; s. hierzu umfassend Rapp NJW 2021, 969 ff.

<sup>192</sup> In der Folge blieb die unionsrechtswidrige Norm weiterhin anwendbar, weil, „die bewuss-

terlichen Rechtsprechung – die rechtsfortbildende Funktion des Revisionsrechts auch ex ante begrenzen, indem er eine weitere Gesetzesfortschreibung im Gesetzgebungsverfahren limitiert, z. B. jüngst bei der Reform des Personengesellschaftsrechts.<sup>193</sup>

Die überindividuelle Funktion des Revisionsgerichts manifestiert sich somit auch darin, dass dessen Urteile eine entscheidende Erkenntnisquelle im Gesetzgebungsprozess sind,<sup>194</sup> wobei die Legislative eine differenzierte Position einnimmt, indem die bestehende Rechtsprechung entweder übernommen oder durch eine gesetzliche Neuregelung außer Kraft gesetzt wird (sog. *legislative override*).<sup>195</sup> Gerade in Rechtsgebieten mit einer besonderen gesellschaftlichen Dynamik – etwa im Familien- und Abstammungsrecht – reagiert der Gesetzgeber dabei bisweilen außerordentlich schnell auf Vorgaben der Judikative.<sup>196</sup>

## VII. Revisionsgericht und Öffentlichkeit

### 1. Bedeutung

Durch seine Rechtsprechungsfunktion im überindividuellen Interesse nimmt das Revisionsgericht schließlich eine exponierte Stellung in der Öffentlichkeit ein.<sup>197</sup> Darin realisiert sich zum einen der Gedanke der Rechtsbewahrung, da die Justiz „für die Bürger erfahrbar“ sein muss, um in der Breite akzeptiert zu werden.<sup>198</sup> Zum anderen wird der BGH damit seiner Informationsfunktion gerecht: Die Öffentlichkeit und insbesondere die Fachkreise in Justiz, Anwaltschaft und Rechtswissenschaft werden über aktuelle Rechtsentwicklungen informiert, wobei gerade Verfahren mit Breitenwirkung auf eine hohe öffentliche Resonanz stoßen. Mit der Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen erfüllt der BGH zudem eine aus der Justizgewährungspflicht, dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Gewaltenteilung fließende Verfassungspflicht.<sup>199</sup>

te Entscheidung des Gesetzgebers“, keine Anpassung des unionsrechtswidrigen Rechts vorzunehmen, von der Rechtsprechung zu respektieren sei (BGH NJW 2021, 1008 Rn. 42f.).

<sup>193</sup> Vgl. RegE BR-Drs. 59/21, S. 159, mit Blick auf die Möglichkeit der GbR, eigene Anteile zu halten: „Vielmehr ist es für die Erhaltung der Zukunfts- und Entwicklungsfähigkeit des Personengesellschaftsrechts erforderlich, klare Grenzen zu ziehen, die geeignet sind, die weitere Rechtsfortbildung leitbildorientiert zu stabilisieren. Die Personengesellschaft für den Erwerb und das Halten eigener Anteile zu öffnen, hieße, die im Verhältnis zu den juristischen Personen bestehenden Strukturunterschiede einzuebnen und brächte in der Folge eine Destabilisierung der gesetzlichen Leitbilder mit sich. Das ist einer Rechtsfortbildung nicht zuträglich.“

<sup>194</sup> Exemplarisch (auch zum Folgenden): BT-Drs. 19/24445 zum RegE eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (G. v. 04.05.2021, BGBl. I 2021, 882).

<sup>195</sup> Dazu *Stephanopoulos* 10 UCLA J. of Int. L. and For. Affairs 250ff. (2005).

<sup>196</sup> Vgl. exemplarisch aus jüngerer Zeit z. B. BT-Drs. 19/26838 zum RegE eines Gesetzes zur Änderung des Versorgungsausgleichsrechts (G. v. 12.05.2021, BGBl. I 2021, 1085).

<sup>197</sup> Umfassend zum Themenkreis *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung, S. 1 ff.

<sup>198</sup> BT-Drs. 18/10144, S. 11, 13.

<sup>199</sup> Dazu noch ausführlich sub §7. III. 1.

## 2. Reichweite der Medienöffentlichkeit

Abgesehen von der Veröffentlichung anonymisierter Entscheidungsbegründungen bewegt sich das Informationshandeln des BGH derzeit jedoch auf überschaubarem Niveau: Hauptkommunikationsmedium ist noch immer die Pressemitteilung; auch ein – in jüngerer Zeit genutzter – Twitter-Account existiert.<sup>200</sup> In geeigneten und auf der Internetpräsenz des Gerichts bekannt gemachten<sup>201</sup> Fällen sind zudem Film- und Tonaufnahmen der Entscheidungsverkündung möglich (vgl. § 169 Abs. 3 GVG). Im Wesentlichen vollzieht sich die rechtsprechende Tätigkeit des BGH jedoch im Rahmen der allein gerichtsoffentlichen mündlichen Verhandlungen. Folglich werden immer wieder Stimmen laut, die sich für eine (virtuelle) Erweiterung der Gerichtsöffentlichkeit aussprechen: Gerade die mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz gem. § 169 GVG verknüpfte Funktion, dass sich die Bevölkerung über den Inhalt gerichtlicher Entscheidungen informieren kann,<sup>202</sup> verdichtet sich im Revisionsverfahren in besonderem Maße. Denn nicht erst die Veröffentlichung der gerichtlichen Entscheidung, sondern bereits die mündliche Verhandlung, in der ggf. Hinweise durch den erkennenden Senat gegeben werden, kann von besonderer Bedeutung für die Öffentlichkeit sein, wobei eine virtuelle Übertragung der mündlichen Verhandlung es insoweit ermöglichen würde, eine stärkere Kontrolle des Verfahrens *coram publico* zu gewährleisten.<sup>203</sup>

### a) Rechtsvergleichende Gegenüberstellung

Auch in rechtvergleichender Perspektive zeigt sich ein eher restriktives Informationshandeln des deutschen Revisionsgerichts. PD 8.17.1 des UK Supreme Court sieht etwa vor, dass eine Live-Übertragung der mündlichen Verhandlung regelmäßig zulässig ist („where this does not affect the administration of justice“), wobei das Gericht den Medienvertretern zur Sicherung von Verfahrensrechten der Beteiligten Auflagen machen kann.<sup>204</sup> Der Schutz der Parteien wird zudem dadurch gewährleistet, dass der Supreme Court selbst für die Videoaufzeichnung verantwortlich ist.<sup>205</sup> Über die Website des UK Supreme Court können alle Verhandlungen mitverfolgt sowie die Mitschnitte älterer Verfahren angesehen werden.<sup>206</sup>

<sup>200</sup> [https://twitter.com/BGH\\_Bund/](https://twitter.com/BGH_Bund/) [22.08.2023]. Ausführlich zur Bedeutung höchstgerichtlicher Presseerklärungen: *Hau* FS Käfer, S. 113 ff.

<sup>201</sup> Vgl. <https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Presse/Terminhinweise/> [22.08.2023].

<sup>202</sup> Dazu *Paschke* MMR 2019, 563, 564.

<sup>203</sup> Darauf bereits hinweisend *Paschke* MMR 2019, 563, 564 ff.

<sup>204</sup> Dazu muss die Aufzeichnung in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Protokolls zwischen dem UK Supreme Court und den Medien erfolgen; dieses gewährleistet, dass bestimmte Aspekte der mündlichen Verhandlung nicht aufgezeichnet werden (z. B. Gespräche zwischen Mandanten und Anwalt [*attorney-client privilege*]) und das Filmmaterial nicht für parteipolitische Zwecke oder Werbung verwendet wird.

<sup>205</sup> Einzelheiten bei *Knight* Judicial Review 2010, S. 1 ff. Für private Mitschnitte gilt weiterhin das Verbot privater Aufzeichnungen gem. sec. 9 Contempt of Court Act 1981.

<sup>206</sup> <https://www.supremecourt.uk/live/court-01.html> [22.08.2023].

Zudem verfügt das Gericht über einen Youtube-Kanal mit ausgewählten Entscheidungen.<sup>207</sup>

Risiken oder Gefahren bei der Rechtsfindung und für die Persönlichkeitsrechte der Parteien werden in Großbritannien – obwohl eine Aufzeichnung auch in Strafsachen möglich ist – weniger gesehen<sup>208</sup> und – soweit ersichtlich – noch nicht einmal vertieft diskutiert. Während der Corona-Pandemie wurden *hearings* nach Anordnung des UK Supreme Court vielmehr ausschließlich als Online-Videokonferenz durchgeführt, wobei die Aufzeichnung als Livestream über die Internetseite des Gerichts verfügbar gemacht wurde.<sup>209</sup> Einen ähnlich liberalen Weg hat auch der US Supreme Court gewählt. Die Audio-Mitschnitte aller Verhandlungen sind – mit einer kurzen Verzögerung – über die Website des Gerichts abrufbar, ebenso ein Transkript der Verhandlung.<sup>210</sup> Während der Corona-Pandemie wurden Verhandlungen ausschließlich per Audio-Konferenz abgehalten.<sup>211</sup>

#### b) Umsetzung *de lege lata et ferenda*

Eine Anpassung des deutschen Verfahrensrechts an diese Standards scheint sich indes in absehbarer Zeit nicht realisieren zu lassen. Im deutschen Recht führt die Möglichkeit einer digitalen mündlichen Verhandlung noch immer ein Schattendasein,<sup>212</sup> auch wenn sie vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie einen gewissen Entwicklungsschub erfahren hat.<sup>213</sup> *De lege lata* kann eine Erweiterung der Medienöffentlichkeit jedoch nicht mit § 169 GVG in Einklang gebracht werden. Zwar gestattet § 169 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 2 GVG seit Erlass des *Gesetzes über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit*<sup>214</sup> den Mitschnitt von Entscheidungsverkündungen am BGH im Wege von Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen.<sup>215</sup> Dies umfasst jedoch nicht die mündliche Verhandlung als solche, womit ein Gleichlauf

<sup>207</sup> <https://www.youtube.com/user/UKSupremeCourt> [22.08.2023].

<sup>208</sup> Näher *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung, S. 372 f.

<sup>209</sup> Vgl. <https://www.supremecourt.uk/news/registry-update.html> [22.08.2023]. Seit Kurzem werden auch ausgewählte Verhandlungen und Verkündungstermine im Zivilrecht vor dem Court of Appeal online live übertragen (Einzelheiten bei <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal-home/the-court-of-appeal-civil-division-livestreaming-of-court-hearings/> [22.08.2022]). Sir *Terence Etherton*, Master of the Rolls, bemerkte dazu: „This is an exciting way of opening up our courts to help the public understand and see for themselves the way that courts work, and how appeals are heard.“

<sup>210</sup> Z. B. [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_audio/2022](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio/2022) [22.08.2023].

<sup>211</sup> Vgl. dazu [https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr\\_04-13-20](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20) <9 [22.08.2023].

<sup>212</sup> Gleicher Befund bei *Schmidt/Saam* DRiZ 2020, 216, 217; *Huber* JuS 2020, 417, 418.

<sup>213</sup> Einzelheiten zum Status quo bei *Reuß* JZ 2020, 1135 ff. Zu weiteren Überlegungen *de lege ferenda* vgl. *Reuß* aaO, 1137 f., sowie die dort aufgeführten Ergebnisse der Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“.

<sup>214</sup> G. v. 08.10.2017, BGBl. I 3546.

<sup>215</sup> Zur Bedeutung der erweiterten Medienöffentlichkeit jüngst *Hess* FS Roth, S. 359, 362 ff. Auf der Website des BGH sind nähere Regeln zur Akkreditierung von Medienunternehmen, zur Poolbildung sowie Einzelheiten zum technischen Ablauf der Übertragung geregelt.

zu § 17a Abs. 1 S. 2 BVerfGG erreicht wird,<sup>216</sup> wonach die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht nur den physisch Anwesenden offensteht.<sup>217</sup> Eine Live-Übertragung der Revisionshauptverhandlung wäre daher unzulässig, weil insoweit ein Zugang der Allgemeinheit zur Sitzungsöffentlichkeit über die in § 169 Abs. 1 und Abs. 3 GVG vorgesehenen Möglichkeiten eröffnet würde.<sup>218</sup>

Das BVerfG erachtet diese Beschränkung für das instanzgerichtliche Verfahren aufgrund gegenläufiger Schutzpositionen – insbesondere mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG), deren Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK), sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege und die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung – als zulässig und notwendig.<sup>219</sup> Diese Überlegung mag für die Instanzgerichtsbarkeit und insbesondere das Strafverfahren umfänglich nachvollziehbar sein. Im zivilprozessualen Revisionsverfahren mit seinem hohen Abstraktionsniveau und der Fokussierung auf Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung verlieren die genannten Schutzpositionen indes erheblich an Schlagkraft. Die – auch im Zusammenhang mit § 128a ZPO diskutierten – Risiken mit Blick auf den Datenschutz und die Persönlichkeitsrechte der Prozessparteien<sup>220</sup> ließen sich durch entsprechende technische Vorrichtungen lösen, zumal die Parteien im Revisionsverfahren meist nicht einmal physisch anwesend sind, das Revisionsverfahren keine Beweiserhebung kennt und sich die mündliche Verhandlung häufig auf ein abstraktes, von den Prozessparteien emanzipiertes Rechtsgespräch beschränkt.

Sofern der – ausschließlich postulationsfähige (vgl. § 78 Abs. 1 S. 3 ZPO) – Rechtsanwalt beim BGH als Parteivertreter ausreichend zu Wort kommt, steht auch eine Verletzung des fairen Verfahrens nicht zu befürchten.<sup>221</sup> Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ist ebenfalls nicht ersichtlich, geht doch mit einer Übertragung der mündlichen Verhandlung keine Beeinflussung der Richterschaft einher.<sup>222</sup> Durchgreifende verfassungsrechtliche Gründe, weshalb interessierte Benutzerkreise der mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren

<sup>216</sup> S. ferner § 24 GO BVerfGG sowie § 13 Abs. 1 PUAG.

<sup>217</sup> Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/von Coelln § 17a BVerfGG Rn. 78.

<sup>218</sup> Einzelheiten bei Paschke MMR 2019, 563, 564. Unbeachtlich ist insoweit die Möglichkeit einer Aufnahme gem. § 169 Abs. 2 GVG (Aufnahmen zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken), da diese nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind (§ 169 Abs. 2 S. 3 GVG), sondern dem entsprechenden Bundes- oder Landesarchiv anzubieten (S. 4) bzw. zu vernichten (S. 5) sind.

<sup>219</sup> BVerfG JZ 2001, 704 ff. mAnm Stürner 699 ff. Die zugrunde liegende Entscheidung betraf die Strafsache gegen Egon Krenz im sog. Politbüro-Prozess.

<sup>220</sup> Einzelheiten bei Reuß JZ 2020, 1135, 1138 f.; jüngst mit Blick auf die Corona-Pandemie auch Windau NJW 2020, 2753 ff.

<sup>221</sup> Vgl. auch BT-Drs. 13/7673, S. 7 (in Bezug auf § 17a BVerfGG): „Der durch die Aufnahme und öffentliche Übertragung der Verfahrensbeteiligten in Wort und Bild mögliche Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht hat in aller Regel nicht dieselbe Tiefe wie in den Verfahren vor den Fachgerichten. Die Prozessbeteiligten sind regelmäßig nicht in ihrer Privatsphäre betroffen, sondern als Organwalter, Prozessvertreter oder sonstige Personen des öffentlichen Lebens.“

<sup>222</sup> Dass durch eine erweiterte Medienöffentlichkeit unzulässigerweise Einfluss auf die Verfahrensbeteiligten ausgeübt werden könnte, betrifft die digitale und analoge Beiwohnung einer Zivilverhandlung gleichermaßen, vgl. zutreffend Reuß JZ 2020, 1135, 1141.

de lege ferenda nicht auch über eine Videoübertragung beiwohnen können sollten, sind daher nicht ersichtlich.

## VIII. Ergebnis

Das revisionsgerichtliche Verfahren wird durch eine Vielzahl von außerhalb des Parteiprozesses liegenden Funktionszuweisungen ergänzt und überlagert. Insbesondere aus der Perspektive des Verfassungsgerichts kommt der dritten Instanz die über die klassischen Revisionszwecke hinausgehende Funktion zu, als vorgelagertes Verfassungsrecht Individualverfassungsbeschwerden präsumtiv zu verhindern und dabei eine fachgerichtliche Rechtsanwendungsgleichheit herzustellen. Über den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes wird diese rechtsgebietsübergreifend gewährleistet.

Zudem hat der BGH nicht nur kraft zivilprozessualer, sondern auch kraft grundgesetzlicher Funktionszuweisung die Aufgabe, das Zivilrecht fortzubilden. Obschon der deutschen Rechtsordnung dabei eine formale Präjudizialität i. S. d. *stare decisis*-Doktrin anglo-amerikanischer Prägung fremd ist, garantiert das Revisionszulassungsverfahren – neben der inhaltlichen Autorität revisionsgerichtlicher Judikate – eine faktische Präjudizialität höchstrichterlicher Entscheidungen. Dem entspricht es, dass das Revisionsgericht auch in der öffentlichen Wahrnehmung die Herzkammer des deutschen Privatrechts und Garant für einen rechtsstaatliche Zivilprozess ist, weshalb ein verstärktes und an moderne Gegebenheiten angepasstes Kommunikationshandeln des Höchstgerichts wünschenswert erscheint.

Über die Judikative hinaus ist das revisionsgerichtliche Verfahren dabei in nicht unerheblichem Umfang ein Innovationsmotor für die Fortschreibung des Privatrechts, da der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH häufig zum Anlass nimmt, legislativ tätig zu werden – sei es in Form einer Übernahme gefestigter Fallrechtsprechung, sei es in Form eines *legislative override*. Als letztinstanzliches Zivilgericht leistet der BGH zudem einen entscheidenden Beitrag zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung, wobei der Dialog zwischen Revisionsgericht und EuGH verfassungsrechtlich eingefasst und – in Ermangelung eines Individualzugangs zu europäischen Gerichten – für die Prozessparteien insoweit abgesichert wird. Auch mit Blick auf die Garantien der EMRK nimmt der BGH ein Wächteramt wahr, sofern sich die Instanzgerichte nicht ausreichend mit der Konventionsrechtsprechung des EGMR auseinandergesetzt haben sollten, und trägt entscheidend zur Rezeption der Konventionsrechtsprechung im deutschen Recht bei.

## §6 Richter- und Anwaltpersönlichkeit am BGH

Neben den institutionellen Rahmenbedingungen für und Funktionszuweisungen an das Revisionsgericht haben die am Revisionsverfahren beteiligten Akteure – namentlich die Richter- und Anwaltschaft am BGH – entscheidenden Einfluss auf die Arbeitsweise des Revisionsgerichts. Insbesondere die Sozialisierung und das Wahlverfahren der Revisionsrichterschaft wirkt sich in nicht unerheblichem Maße auf die Verfahrensausgestaltung, das Verhältnis zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Rechtswissenschaft und den Stil revisionsgerichtlicher Entscheidungen aus.

### I. Sozialisierung der Richterschaft am BGH

In den Worten von *Wolfgang Jagusch*, einem ehemaligen Senatspräsidenten am BGH, wird der Revisionsrichter stets mit der Frage konfrontiert,

„ob ihn nicht gerade der gegenwärtige Fall etwas Neues lehre. Wer das nicht kann, sieht oder will, eignet sich nicht zum Revisionsrichter. Dieser muss festen Sinn für Stetigkeit mit Spürsinn für Notwendiges, mit wachem, kritischem Geist und gesunder Verachtung für un-nachgeprüfte Routinesätze verbinden.“<sup>1</sup>

Angesichts dieser anspruchsvollen Berufsbeschreibung ist verwunderlich, dass die Richterpersönlichkeit bei der Diskussion um die Stellung des Revisionsgerichts in der rechtswissenschaftlichen Forschung bislang wenig Aufmerksamkeit erfahren hat. Nach *Hamann/Nest* lässt sich dies vornehmlich mit der tradierten Vorstellung vom kodifizierten Gesetzesrecht, welches durch die Richterschaft lediglich appliziert oder punktuell konkretisiert wird, erklären, wobei die individuelle Richterpersönlichkeit für die Rechtsfindung in kontinentaleuropäischer Tradition (scheinbar) nur eine untergeordnete Rolle spielt und hinter die Autorität des kollegial besetzten Spruchkörpers zurücktritt.<sup>2</sup> Gegenstand dezidierter wissenschaftlicher Forschung ist die Frage *Quis indicabit?* daher erst seit Kurzem. Selbst empirische Daten zur Besetzung von Bundesgerichten sind spärlich und online erst seit einigen Jahren verfügbar.<sup>3</sup> Dies steht in klarem Kontrast zu der politi-

---

<sup>1</sup> *Jagusch* NJW 1963, 1, 3.

<sup>2</sup> *Hamann/Nest*, JurPC Web-Dok. 57/2018, Abs. 21.

<sup>3</sup> Vgl. dazu das interdisziplinäre Editions- und Forschungsprojekt „richter-im-internet.de“ (<https://www.richter-im-internet.de/> [22.08.2023]); ausführlich hierzu *Hamann* fhi 2017 Nr. 8.

sierten Richterpersönlichkeit – nicht nur am Supreme Court, sondern auch den District Courts und Courts of Appeals – in den USA sowie an den englischen Ober- und Höchstgerichten.

### 1. Rechtstatsächlicher Befund

#### a) Quis iudicabit?

Nähert man sich der Sozialisierung des Revisionsrichters<sup>4</sup> daher mit unbefangenen Blick an, geben der amtliche Geschäftsverteilungsplan (2021) sowie Internetquellen<sup>5</sup> nähere Auskunft über die Richterpersönlichkeit der derzeit 104 Richter des I. bis XIII. Zivilsenats (Abb. 16).<sup>6</sup>

Geschlecht	60 % (62 Personen) männlich	40 % (42 Personen) weiblich	
– davon Vorsitzende Richter	77 % (10 Personen) männlich	23 % (3 Personen) weiblich	
Alter	21 % (22 Personen) zwischen 40 und 50	44 % (46 Personen) zwischen 50 und 60	35 % (36 Personen) über 60
Vorheriger Tätigkeitsschwerpunkt <sup>7</sup>	Ostdeutschland: 14 % (15 Personen)	Westdeutschland: 86 % (89 Personen)	
Karrierelaufbahn	(„klassisch“ innerhalb der Justiz: 96 % (100 Personen)	Quereinsteiger: 4 % (4 Personen)	
Promotion	Ja: 65 % (68 Personen)	Nein: 35 % (36 Personen)	
Honorarprofessur <sup>8</sup>	Ja: 10 % (10 Personen)	Nein: 90 % (94 Personen)	

Abb. 16: Die Richterschaft am BGH.

Der ‚durchschnittliche‘ Revisionsrichter ist meist männlich, zwischen 50 und 60 Jahren alt, westdeutsch<sup>9</sup> sozialisiert und promoviert. Die Mehrheit der Richter dürfte der oberen Mittelschicht und einem konservativ-bürgerlichen Milieu ent-

<sup>4</sup> Nachfolgend wird auf die gleichzeitige Verwendung der weiblichen und männlichen Sprachform verzichtet und das generische Maskulinum verwendet.

<sup>5</sup> Stichtag für die nachfolgende Untersuchung ist der 01.03.2021. Die Lebensdaten konnten über frei im Internet verfügbare Quellen, u. a. die Deutsche Nationalbibliothek, Justizportale und Universitäts-Websites, ermittelt werden.

<sup>6</sup> Ohne Spezialsenate; zur historischen Entwicklung vgl. die Untersuchung bei richter-im-Internet (o. Fn. 3) und *Hamann fhi* 2017, Nr. 8.

<sup>7</sup> Bei mehreren Nennungen wurde auf den Schwerpunkt der relevanten Tätigkeit abgestellt.

<sup>8</sup> Vgl. dazu die Entwicklung bei *Hamann Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 16, Iss. 3, S. 671, 682 (2019).

<sup>9</sup> Die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern und Nordrhein-Westfalen bilden – auch vor dem Hintergrund, dass es sich um die bevölkerungsreichsten Bundesländer handelt – ein deutliches Übergewicht bei den vorherigen Tätigkeitsstätten.

stammen.<sup>10</sup> Ein unmittelbarer Migrationshintergrund besteht – soweit ersichtlich – bei keinem der 104 Revisionsrichter.<sup>11</sup> Sehr positiv hat sich dagegen der Anteil der Richterinnen entwickelt. Nicht nur steht seit dem Jahr 2014 zum ersten Mal eine Frau (Bettina Limperg) als Präsidentin an der Spitze des Gerichts. Während der Frauenanteil in der Richterschaft am BGH bis Ende der 1970er Jahre bei unter 5 % und bis Anfang der 2000er Jahre noch bei unter 10 % lag,<sup>12</sup> hat sich dieser in den letzten 20 Jahren signifikant auf 40 % gesteigert.<sup>13</sup> Da die Ernennung zum Bundesrichter in der Regel Mitte/Ende 40 erfolgt und die Richter gem. § 48 DRiG mit Vollendung des 67. Lebensjahres in den Ruhestand treten, ist durchschnittlich von einer 20jährigen revisionsrichterlichen Tätigkeit auszugehen.

In finanzieller Hinsicht zählen Bundesrichter zu den bestverdienenden 2–3 % der Bevölkerung,<sup>14</sup> dürften dabei jedoch hinter den meisten Richtern in vergleichbarer Position im Vereinigten Königreich<sup>15</sup> oder in den USA<sup>16</sup> zurückbleiben. Die Mehrheit der Richter geht einer Nebentätigkeit nach, meist in Form von wissenschaftlichen Publikationen, Herausgeberschaften oder Vortrags- und Lehrtätigkeiten, gelegentlich auch durch eine richterliche Tätigkeit in Berufsverbänden oder bei Schiedsgerichten.<sup>17</sup> Die Nebeneinnahmen liegen meist zwischen 1.000–20.000 EUR p. a., wobei vereinzelt auch Spitzenebeneinnahmen von bis zu 275.000 EUR p. a. (2016) zu verzeichnen sind.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Dies legt z. B. die bei *Maisch* (Migranten in Roben, S. 44 f.) dargestellte Untersuchung nahe.

<sup>11</sup> Umfassend *Maisch*, Migranten in Roben, insbesondere S. 81 ff.

<sup>12</sup> Vgl. den Überblick bei *Hamann* *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 16, Iss. 3, S. 671, 681 (2019).

<sup>13</sup> 2015 wurde die erste Richterstelle in Teilzeit ausgeübt, vgl. <https://www.azur-online.de/artikel/justitia-wird-weiblicher/> [22.08.2023].

<sup>14</sup> Ein Bundesrichter erhält (Stand: 08/2023) nach Anlage III zum Bundesbesoldungsgesetz in der Besoldungsgruppe R 6 ein Grundgehalt von 10.600,22 EUR nebst Stellenzulage und ggf. Familienzuschlag, Vorsitzende Richter erhalten nach Besoldungsgruppe R 8 ein Grundgehalt von 11.717,13 EUR.

<sup>15</sup> Ein Richter am UK Supreme Court bezieht Einnahmen von £ 237,639, ein Richter am Court of Appeal meist von £ 225,978 p. a. (vgl. Ministry of Justice, *Judicial Salaries from 1 April 2022*, <https://www.gov.uk/government/publications/judicial-salaries-and-fees-2022-to-2023> [28.08.2023]). Dazu dürfte regelmäßig noch ein nicht unerhebliches Vermögen kommen, das viele Richter durch eine vorherige Tätigkeit als *barrister* erzielt haben.

<sup>16</sup> Ein Richter am US Supreme Court bezieht ein Jahresgehalt von 285.400 US\$, ein Richter am Court of Appeals von 246.600 US\$ (<https://www.uscourts.gov/judges-judgeships/judicial-compensation> [22.08.2023]; jeweils für 2023). Hintergrund ist Art. III Sec. 1 der US-Verfassung („The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall [...] receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.“). Dabei wird immer wieder kritisiert, dass eine große Mehrheit der Richter aufgrund ihres familiären Hintergrunds bereits Multimillionäre sind (vgl. <https://publicintegrity.org/politics/supreme-court-a-millionaires-club/> [22.08.2023]). In der Folge waren etwa vier der neun Richter am US Supreme Court in einem Verfahren im Jahr 2008 befangen (davon drei wegen Beteiligungen an Unternehmen, die von der Entscheidung betroffen waren), vgl. <https://www.nytimes.com/2008/05/18/opinion/18sun3.html> [22.08.2023].

<sup>17</sup> Dazu BT-Drs. 18/10781, S. 3 ff. (Zeitraum 2010–2016). Das arithmetische Mittel aus allen entgeltlichen Nebentätigkeiten pro Richter belief sich im Jahr 2016 auf 11.666 EUR p. a. (BT-Drs. 18/10781, S. 9).

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/10781, S. 6 (Zeitraum 2010–2016). Einzelpersonen können daher beacht-

Charakteristisch für die deutsche Revisionsrichterschaft ist zudem eine – den Urteilsstil entscheidend prägende<sup>19</sup> – besondere Nähe zur Rechtswissenschaft: Zwei Drittel der Richter sind promoviert und waren meist als wissenschaftliche Mitarbeiter an einen Lehrstuhl angebunden; ausländische Masterabschlüsse sind dagegen noch selten anzutreffen. 10 % der Richter sind über eine Honorarprofessur weiter mit einer Universität verbunden; vereinzelt werden Lehraufträge wahrgenommen. Schätzungsweise ein Viertel der Richter ist regelmäßig publizistisch tätig und/oder gibt teilweise sogar den Leitkommentar im jeweiligen Rechtsgebiet (mit) heraus.<sup>20</sup>

### b) Persönliche Homogenität der Richterschaft

Die Analyse zeigt, dass es sich bei der Richterschaft am BGH um eine ausgesprochen homogene Gruppe handelt,<sup>21</sup> die – legt man offizielle Bevölkerungsstatistiken zugrunde, nach denen gut ein Viertel der Bevölkerung einen Migrationshintergrund hat<sup>22</sup> – die Zusammensetzung der Gesamtbevölkerung nur eingeschränkt widerspiegelt.<sup>23</sup> Dieser Befund wird durch eine aktuelle empirische Untersuchung untermauert, welche die Viten aller Richter am BGH zwischen 1950 bis Mitte 2000 digital aufbereitet hat.<sup>24</sup> Über die Gründe für diese weitreichende Homogenität kann man indes nur Vermutungen anstellen. Ein entscheidender Faktor dürfte jedoch sein, dass das juristische Studium überproportional häufig von Studierenden aus der bürgerlichen Mittel- und Oberschicht ergriffen wird und daher besonders sozialexklusiv ist, wobei die akademische Reproduktionsquote („Bildungsvererbung“) sehr hoch ist.<sup>25</sup> Das Richterwahlverfahren<sup>26</sup> dürfte ebenfalls entscheidenden Anteil an der Homogenität der Richterschaft haben.

---

liche Nebeneinkünfte im sechsstelligen Bereich erzielen (vgl. die Studie „Lobbyismus in Justiz und Rechtswissenschaft“, S. 7ff. [<https://www.finanzwende-recherche.de/unsere-themen/finanzlobbyismus/lobbyismus-in-justiz-und-rechtswissenschaft/>] [22.08.2023]).

<sup>19</sup> Vgl. dazu noch sub § 7. II. 2.

<sup>20</sup> Beispiele: Der Münchener Kommentar zum BGB wird u. a. von der Präsidentin des BGH herausgegeben; im Grüneberg werden zentrale Materien des bürgerlichen Rechts u. a. von drei Richtern am BGH kommentiert; der Kommentar Köhler/Bornkamm/Fedderson zum UWG wird von zwei BGH-Richtern herausgegeben.

<sup>21</sup> Gleiches gilt in Bezug auf das wissenschaftliche Personal an juristischen Fakultäten, vgl. Böning, Gleiches Recht für alle? Juristische Profession und soziale Herkunft, in: Pilniok/Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, S. 59, 70; weiterführend Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, S. 1 ff.

<sup>22</sup> [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/_inhalt.html) [22.08.2023].

<sup>23</sup> Umfassend zur Thematik Grünberger *et al.*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 1 ff.

<sup>24</sup> Vgl. <https://www.richter-im-Internet.de> [22.08.2023]. Nach Hamann (fhi 2017, Nr. 8) war die große Mehrheit der 416 dargestellten Richter zuvor in der höheren Justiz tätig, männlich und promoviert.

<sup>25</sup> Grünberger *et al.*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, S. 30; weiterführend Böning/Schultz, Juristische Sozialisation, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, S. 193, 199 (auch zu der geringen Zahl von Menschen mit Migrationshintergrund, die eine Karriere in der Justiz einschlagen, weil sie nicht über das für einen

Rechtsvergleichend<sup>26</sup> steht dies in Kontrast zur richterlichen Sozialisierung in anderen Rechtskreisen. Betrachtet man etwa die gesamte Bundesrichterschaft nach Art. III der US-Verfassung, waren im Jahr 2020 1154 Bundesrichter White, 136 African American, 93 Hispanic, 38 Asian American, 4 Hispanic/White und jeweils ein Richter Afro-Latino/Hispanic bzw. Chaldean.<sup>27</sup> Die derzeitigen neun Supreme Court Justices – wie auch die meisten Richter an den Bundesberufungsgerichten – haben dementsprechend eine gemischte Vita. 45 % der Richter sind weiblich,<sup>28</sup> es gibt zwei afro-amerikanische Richter (Clarence Thomas, Ketanji Brown Jackson),<sup>29</sup> eine Richterin mit hispanischem (Sonia Sotomayor) und einen Richter mit italienischem Migrationshintergrund (Samuel Alito).<sup>30</sup> Die Biografien der Richter sind dabei rechtswissenschaftlich und empirisch umfassend analysiert und dokumentiert.<sup>31</sup>

Ein vergleichbarer, wenn auch abgeschwächter Befund kann an den englischen Gerichten beobachtet werden: Zwar sind die Richterpositionen mit 30 % (2022) zu einer geringeren Quote als am BGH mit einer Frau besetzt.<sup>32</sup> Wenigstens 5 % der Richterposten haben indes Personen mit Black, Asian or minority ethnic inne.<sup>33</sup> Durch den 2005 verabschiedeten Constitutional Reform Act soll zudem auf eine noch größere Diversität bei der Besetzung der Richterposten hingewirkt werden, was sich auch im englischen geltenden Richterwahlssystem niederschlägt.<sup>34</sup>

Aufstieg förderliche berufliche und soziale Umfeld verfügen). Dabei ist ferner zu berücksichtigen, dass gem. § 9 Nr. 1 DRiG nur in das Richterverhältnis berufen werden darf, wer Deutscher iSv. Art. 116 GG ist, was eine große Zahl von Einwanderern, auch in der zweiten und dritten Generation, exkludiert.

<sup>26</sup> Dazu sogleich sub § 6.I.2.

<sup>27</sup> Einzelheiten und Nachweise bei *Federal Judicial Center* (<https://www.fjc.gov/history/exhibits/graphs-and-maps/race-and-ethnicity>) und *Center for American Progress* (<https://www.americanprogress.org/issues/courts/reports/2020/02/13/480112/examining-demographic-compositions-u-s-circuit-district-courts/> [jeweils 22.08.2023]). Von den aktiven Bundesberufungsrichtern sind ca. 80 % weiß, in allen bis auf einem Court of Appeals stellen Männer die Richtermehrheit (26 % der aktiven Richter sind Frauen).

<sup>28</sup> Dies ist eine beachtliche Entwicklung, da die Ernennung von Sandra Day O'Connor zur ersten weiblichen Supreme Court-Richterin erst 1981 erfolgte und bislang lediglich sechs weitere ernannt wurden (Ginsburg, Sotomayor, Kagan, Barrett, Brown Jackson).

<sup>29</sup> Der erste afro-amerikanische Richter war Thurgood Marshall (1967).

<sup>30</sup> Mit Elena Kagan gibt es zudem eine Richterin jüdischen Glaubens, vgl. dazu *Dalin*, *Jewish Justices of the Supreme Court: From Brandeis to Kagan*, 2017.

<sup>31</sup> Vgl. nur *Schubert*, *The Judicial Mind: Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946–1963* (1965); *Irons*, *A People's History of the Supreme Court* (1999); *Toobin*, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court* (2007).

<sup>32</sup> Diversity of the judiciary: Legal professions, new appointments and current post-holders 2022 statistics, S. 16 (<https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2022-statistics/diversity-of-the-judiciary-legal-professions-new-appointments-and-current-post-holders-2022-statistics> [28.08.2023]).

<sup>33</sup> Diversity of the judiciary (o. Fn. 32), S. 24.

<sup>34</sup> Vgl. sec. 64(1) Constitutional Reform Act 2005, wonach die Richterwahlkommission „must have regard to the need to encourage diversity in the range of persons available for selection for appointments“. Zu den Einzelheiten *Malolepszy/Gluchofski*, *Die Ernennung von Richtern in England und Wales*, in: *Malolepszy* (Hrsg.), *Die Kriterien und das Verfahren der Richterwahl für die ordentliche Gerichtsbarkeit in Europa im Rechtsvergleich*, S. 99, 101.

c) *Fachliche Homogenität der Richterschaft*

Neben dem vergleichbaren persönlichen Hintergrund ist weiterhin die Homogenität der Justizkarrieren für die Revisionsrichterschaft prägend. Der deutschen Tradition des Berufsrichterturns geschuldet, durchlief diese nahezu ausnahmslos eine klassische Justizlaufbahn, die nach dem Einstieg am Amts- oder Landgericht in der Regel über eine Tätigkeit am OLG und eine (Erprobungs-)Abordnung als wissenschaftlicher Mitarbeiter zum BGH oder zum BVerfG in einer Ernennung zum Bundesrichter mündete.<sup>35</sup> Gerade bei der Erprobungsabordnung scheint es sich auch im internationalen Vergleich um ein probates Mittel zur Kandidatenfindung für höhere Justizämter zu handeln. Insbesondere in den USA wurden durch das *law clerking* ganze Richterdynastien begründet.<sup>36</sup> Sieben der neun derzeitigen Mitglieder des US Supreme Court waren vor ihrer Ernennung selbst als *law clerk* für einen Supreme Court Justice tätig.<sup>37</sup>

Die deutsche Bundesrichterschaft ist daher stark justizzentriert; der Pool möglicher Kandidaten für höhere Richterämter wird bereits bei deren Einstieg in die Justiz im Alter von 25 bis 35 Jahren determiniert. Ein Wechsel zwischen verschiedenen juristischen Professionen ist vor der Ernennung zum Revisionsrichter nicht vorgesehen, weshalb der Senat bei der Bearbeitung von Revisionsverfahren auch durch eine justizielle Innenperspektive und die als Instanzrichter gesammelten Erfahrungen geprägt ist. Damit steht die deutsche Richterpersönlichkeit derjenigen des hierarchisch organisierten französischen *juge judiciaire* nahe und setzt sich von derjenigen des common law deutlich ab: Zwar beginnen fast alle Bundesrichter in den USA ihren Berufseinstieg nach dem Besuch einer prestigeträchtigen *law school* an der Ost- oder Westküste als *law clerk* am Supreme Court oder einem Court of Appeals.<sup>38</sup> Eine sektorale Abgrenzung zwischen den juristischen Professionen erfolgt jedoch in weit geringerem Umfang, wobei auch die Hierarchiestrukturen

<sup>35</sup> Quereinsteiger mit vorheriger Tätigkeit in Behörden oder in der Anwaltschaft sind nur vereinzelt im Bereich des Wettbewerbsrechts und des geistigen Eigentums (insbesondere im I. und X. Zivilsenat) zu beobachten. Einziger Fall für einen Wechsel zwischen Anwaltschaft und Richterschaft am BGH bildet Alfred Bergmann (von 2010–2017 Vorsitzender des II. Zivilsenats), welcher 2000 eine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft am BGH erhielt, diese 2002 jedoch zugunsten seiner Ernennung als Bundesrichter aufgab.

<sup>36</sup> Durch das *law clerking* wird der Marktwert eines Absolventen inner- und außerhalb der Justiz erheblich gesteigert. Umgangssprachlich hat sich dabei der Begriff des *feeder judge* etabliert, dessen *law clerks* besonders besonders erfolgreich sind (vgl. *Baum/Ditslear*, *The Justice System Journal*, Vol. 31, S. 26 ff.), wobei im Selektionsprozess auch persönliche Sympathien, die ideologische Übereinstimmung in rechtlichen Fragestellungen und ein dichtes Beziehungsnetzwerk zwischen Richtern und *law schools* eine entscheidende Rolle spielen.

<sup>37</sup> Vgl. <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx> [22.08.2023]: C.J. William Rehnquist war *law clerk* bei Robert H. Jackson, C.J. John Roberts bei C.J. William Rehnquist, Elena Kagan bei Thurgood Marshall, Neil Gorsuch bei Byron White und Anthony Kennedy, Brett Kavanaugh bei Anthony Kennedy, Ketanji Brown Jackson bei Stephen Breyer (dessen Nachfolgerin sie wurde). Von den derzeitigen Richtern waren lediglich Sonia Sotomayor und Clarence Thomas nicht als *law clerk* tätig.

<sup>38</sup> Acht der neun derzeitigen Richter am US Supreme Court studierten entweder an der Harvard oder an der Yale Law School.

innerhalb der Justiz deutlich abgeschwächt sind. Die Mehrheit der Richterschaft arbeitete in verschiedenen Positionen als Anwalt, Staatsanwalt oder Professor bzw. bekleidete eine Position in der öffentlichen Verwaltung, ehe eine Ernennung zum Bundesberufungsrichter oder Supreme Court Justice erfolgte.<sup>39</sup> Vergleichbares kann in England beobachtet werden: Eine *career judiciary* im engeren Sinne existiert dort noch immer nicht; 97 % der Richter an den englischen Obergerichten begannen ihre Karriere als *barrister*<sup>40</sup> und waren teilweise auch als ad litem- oder Schiedsrichter tätig, ehe sie meist am High Court ihre Karriere in der höheren Justiz begannen.<sup>41</sup>

## 2. Die Bedeutung des Richterwahlverfahrens

### a) Entwicklung

Entscheidenden Anteil an dieser homogenen Struktur der Revisionsrichterschaft in persönlicher und fachlicher Hinsicht hat das Wahlverfahren.<sup>42</sup> Die Ernennung von Bundesrichtern – welche gem. Art. 98 GG einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz unterstehen – ist ein relativ junges Verfahren in der Geschichte der Bundesrepublik und setzt sich dabei von seinen historischen Vorläufern ab. Vor dem Hintergrund der Gleichschaltung der Justiz während der NS-Zeit war nach Auffassung des Parlamentarischen Rates entscheidend, für die Justiz „wieder eine gewisse Vertrauensbasis“ zu schaffen, was nicht durch eine „bürokratische Ernennung“ durch die Bundesregierung oder dadurch erreicht werden könne, dass sich die Richter „gewissermaßen aus sich selbst“ erneuern.<sup>43</sup>

Der in der I. Legislaturperiode eingebrachte Entwurf eines Richterwahlgesetzes (RiWG)<sup>44</sup> entschied sich daher für ein Mischsystem und die Einbindung der Legislative, da durch die Mitwirkung von Personen, die „vom Vertrauen des Parlaments“ getragen sind, für die Bestellung der Richter eine breite und fundierte Basis

---

<sup>39</sup> Ein Supreme Court-Richter, der zuvor Profi-Football-Spieler in der NFL war (Byron White, 1917–2002), wäre in Deutschland kaum denkbar.

<sup>40</sup> Diversity of the judiciary (o. Fn. 32), S. 34.

<sup>41</sup> Vgl. z. B. die Lebensläufe auf <https://www.supremecourt.uk/about/biographies-of-the-justices.html> sowie <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/biographies/> [jeweils 22.08.2023].

<sup>42</sup> S. hierzu rechtsvergleichend Malolepszy (Hrsg.), Die Kriterien und das Verfahren der Richterwahl für die ordentliche Gerichtsbarkeit in Europa im Rechtsvergleich (2019).

<sup>43</sup> Häberle (Hrsg.), JöR 1 (1951) nF, S. 698, 704f.

<sup>44</sup> BT-Drs. I/1088. Zur Begründung trug der Berichterstatter in der zweiten und dritten Lesung im Plenum vor, dass „die als dritte Gewalt sachlich und persönlich nur dem Recht und dem Gesetz unterworfenen, von den übrigen Gewalten unabhängige Rechtsprechung durch die Auswahl der obersten Bundesrichter von der übrigen Beamtenschaft in einem spezifisch politischen Sinne unterschieden, durch die Mitwirkung maßgeblicher politischer Faktoren bei ihrer Berufung mit den demokratischen Grundbedingungen des Verfassungslebens in Einklang gebracht, vor parteipolitischer oder standesmäßiger Einseitigkeit bewahrt und so in ihrer demokratischen Autorität und Legitimation gestärkt werden“ solle (von Merkatz in BT-PlenProt. 1/75, 2727 Cf.).

geschaffen werden sollte, mit der den Gewählten bereits durch die Art ihrer Bestellung eine gewisse Autorität verliehen wird.<sup>45</sup> Neben dieser „legitimationsverstärkenden Funktion“<sup>46</sup> sollte zudem eine intrajustizielle Kooptation (Selbstergänzung der Richterschaft) verhindert<sup>47</sup> und verschiedene politische Kräfte ausbalanciert sowie der föderale Justizaufbau berücksichtigt werden.<sup>48</sup>

### b) Ablauf

Gem. Art. 95 Abs. 2 GG i. V. m. §§ 1 ff. RiWG entscheidet über die Wahl der Bundesrichter am BGH der Bundesjustizminister gemeinsam mit dem 32köpfigen Richterwahlausschuss, der aus den Landesjustizministern und der gleichen Anzahl von Mitgliedern aus dem Bundestag besteht.<sup>49</sup> Die vom Bundestag gewählten Mitglieder müssen dabei „im Rechtsleben erfahren sein“ (§ 4 Abs. 1 RiWG) und werden nach den Regeln der Verhältniswahl (§ 5 Abs. 1 RiWG) gewählt. Gem. § 12 RiWG entscheidet der Richterwahlausschuss in geheimer Abstimmung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Regelmäßig erfolgt die Wahl auf Vorschlag eines Landesjustizministers.<sup>50</sup>

Über § 55 DRiG ist der Präsidialrat des BGH bei jeder Wahlentscheidung zu beteiligen, wobei nur dieser – nicht jedoch der Wahlausschuss selbst<sup>51</sup> – den jeweiligen Richter anhört. Dieser gibt gem. § 57 Abs. 1 S. 1 DRiG eine konsiliarische Stellungnahme „über die persönliche und fachliche Eignung“ des Bewerbers ab, wobei Kandidaten, die über eine ähnliche Vita und eine vergleichbare Sozialisierung wie die Mitglieder des Präsidialrats verfügen, einen Vorteil haben dürften (*paribus facillime congregantur*). Eine parteipolitische Einflussnahme auf die Besetzung der Bundesgerichte ist damit nicht ausgeschlossen,<sup>52</sup> auch wenn es in der Praxis – nicht zuletzt aufgrund der paritätisch-föderalen Besetzung des Wahlausschusses – meist zu politisch ausgewogenen Entscheidungen kommt.

Die Bewertungsparameter zur Ernennung der Richter folgen grundsätzlich aus dem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsprinzip und dem Grund-

<sup>45</sup> Häberle (Hrsg.), JöR 1 (1951) nF, S. 698, 704 f.

<sup>46</sup> Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 20; Classen, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, S. 55; Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, S. 254 f.; tendenziell aA Gärditz ZBR 2015, 325, 326.

<sup>47</sup> Dazu Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel Art. 95 GG Rn. 127 mwN.

<sup>48</sup> Einzelheiten bei BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 26 mwN. Der föderale Wahlcharakter kann bis zur Assessoren-Ernennung am RKG zurückverfolgt werden, die unter Beteiligung von Kaiser, Kurfürsten und den Reichskreisen berufen wurden (Einzelheiten bei Fischer JZ 2010, 1077; Jahns, Die Assessoren des Reichskammergerichts in Wetzlar, S. 16).

<sup>49</sup> Gem. § 9 Abs. 1 RiWG führt der zuständige Bundesminister den Vorsitz, hat selbst jedoch kein Stimmrecht.

<sup>50</sup> Näher Gärditz ZBR 2015, 325, 330; Wesselmann JöR 67 (2019), 301, 318 f.

<sup>51</sup> BT-Drs. 18/7548, S. 3; Duden JuS 2019, 859; ders. RabelsZ 2020, 637, 653.

<sup>52</sup> Dazu jüngst aus rechtsvergleichender Perspektive Duden RabelsZ 2020, 637 ff., sowie die Kritik am geltenden Wahlverfahren bei Arndt RuP 2002, 23; Schmidt-Räntsch Vorbem. zum RiWG Rn. 5 f. S. ferner die aktuelle Untersuchung von Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig (JZ 2017, 816 ff.) zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter.

satz der Bestenauslese.<sup>53</sup> Maßgebend ist die fachliche und persönliche Qualität des Bewerbers, wobei bei gleicher Eignung zudem auf Hilfskriterien, wie etwa auf das Geschlecht oder soziale Aspekte, zurückgegriffen werden kann.<sup>54</sup> Jedoch unterliegt der Grundsatz der Bestenauslese nach jüngerer verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung einer wesentlichen Einschränkung: Aufgrund des Wahlakts durch einen Wahlausschuss ist die unbedingte Geltung von Art. 33 Abs. 2 GG zurückgenommen und der gerichtliche Kontrollmaßstab insoweit erheblich reduziert. Vor dem Hintergrund der besonderen Legitimation und Zusammensetzung des Richterwahlausschusses müssen sich dessen Mitglieder nach Ansicht des BVerfG zwar „von Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen“;<sup>55</sup> jedoch kann auch ein weniger geeigneter Kandidat eligibel sein, solange dessen Wahl durch den Ausschuss zumindest „nachvollziehbar“ ist.<sup>56</sup>

### c) Bewertung

Trotz der vom historischen Gesetzgeber angestrebten „legitimationsverstärkenden Wirkung“ des Richterwahlverfahrens ist dieses in den letzten Jahren vermehrt in die Kritik geraten.<sup>57</sup> Es wird bereits in Frage gestellt, ob es sich um einen Richterwahlausschuss handelt, da sich das Verfahren erheblich an dem von den beteiligten Landesjustizministern forcierten Länderproporz<sup>58</sup> orientiert und sich insoweit bereits vom Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) entfernt hat. Die Abstimmung über ‚Personalpakete‘ führt dabei einerseits dazu, dass die – ohnehin der Geheimhaltung unterliegende – Wahl als solche oftmals nur noch eine Formalie ist,<sup>59</sup> andererseits jedoch ein ausgewogener Abstimmungsproporz der im Bundestag vertretenen Parteien erreicht wird.<sup>60</sup> Dabei zeigt gerade der Kampf um die Besetzung der Richterposten am US Supreme Court und an den ebenso einflussreichen Court of Appeals<sup>61</sup> in den USA, welche Gefahr eine zu starke parteipolitische Einflussnahme auf die Besetzung von Höchstgerichten haben kann.<sup>62</sup>

<sup>53</sup> BVerfGE 139, 19, 49, 55f.; 141, 56, 68; 143, 22, 28; näher zu den Kriterien auch Dürig/Herzog/Scholz/Badura Art. 33 Rn. 25f. mwN.

<sup>54</sup> Näher Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel Art. 95 Rn. 133.

<sup>55</sup> BVerfGE 143, 22 Rn. 28 und 34.

<sup>56</sup> BVerfGE 143, 22 Rn. 38.

<sup>57</sup> Exemplarisch etwa <https://www.lto.de/recht/justiz/j/wahlen-bundesrichter-richterwahl-ausschuss-politik-kriterien-intransparent/> [22.08.2023].

<sup>58</sup> Näher *Bowitz* DÖV 2016, 638, 639; *Schübel* NJW 2014, 1355, 1356.

<sup>59</sup> Näher *Gärditz* ZBR 2015, 325 ff. In jüngerer Zeit ist vermehrt zu beobachten, dass die Exekutive versucht, ihren Einfluss auf die Judikative auszuweiten. Dies zeigt etwa der Streit um die Besetzungskriterien bei den Vorsitzenden Richtern an den Bundesgerichten, wonach weniger auf die fachliche Erfahrung und Dauer der bisherigen Tätigkeit am Revisionsgericht Wert gelegt und so auch externen (parteinahen) Kandidaten der Weg geebnet werden soll (näher <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bundesrichter-streiten-mit-lambrecht-um-hoechstrichterliche-fuehrungspositionen> [22.08.2023]).

<sup>60</sup> Positives Fazit daher bei *Schmidt-Räntsch* Vorbem. zum RiWG Rn. 9.

<sup>61</sup> Insbesondere am einflussreichen District of Columbia Circuit.

<sup>62</sup> Nachdem der 45. US-Präsident durch den Tod des konservativen Antonin Scalia und der liberalen Ruth Bader Ginsburg sowie den Rücktritt des gemäßigt-liberalen Anthony Kennedy

Kritikwürdig erscheint zudem, dass die – isoliert nicht gerichtlich angreifbare<sup>63</sup> – schriftliche Stellungnahme des Präsidialrats am BGH (vgl. § 57 DRiG), welcher als einziger der beteiligten Akteure mit dem jeweiligen Kandidaten im Vorfeld in camera-Gespräche führt, in der Praxis einen weitreichenden Einfluss auf das Wahlverfahren hat. Dass das Wahlorgan selbst einen Kandidaten nicht anhört, sondern nur ein konsiliarisch hinzugezogenes Gremium der richterlichen Selbstverwaltung, dessen Stellungnahme dann wiederum nicht bindend für den Wahlausschluss ist, ist bereits bemerkenswert. Zudem schränkt die Stellungnahme die Entscheidungsfreiheit des Wahlgremiums erheblich ein: Zwar ist aufgrund der fehlenden Bindungswirkung von dienstlichen Beurteilungen oder Präsidialratsstellungen<sup>64</sup> auch die Wahl eines für ungeeignet befundenen Kandidaten möglich. Nach Ansicht des BVerfG muss der zuständige Minister jedoch begründen, wenn er der Wahl eines nach der Stellungnahme des Präsidialrats oder den dienstlichen Beurteilungen nicht geeigneten Bewerbers zustimmt.<sup>65</sup> In der Regel dürften daher keine Kandidaten ernannt werden, die vom Präsidialrat nicht für ‚besonders geeignet‘ befunden wurden.

Diskussionswürdig erscheinen schließlich die mangelnde Verfahrenstransparenz und fehlende gerichtliche Kontrollmöglichkeit. Nach Ansicht des BVerfG<sup>66</sup> unterliegt zwar auch die Berufung von Richtern an die obersten Gerichtshöfe des Bundes der gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Prinzips der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG). Wie vorstehend erwähnt, bedingt das durch Art. 95 Abs. 2 GG vorgegebene Wahlverfahren jedoch Modifikationen gegenüber rein exekutivischen Auswahl- und Beförderungsentscheidungen, weshalb der Wahlakt an sich nicht justiziabel ist, sondern nur die anschließende Entscheidung des Ministers gem. § 13 RiWG darüber, ob er einem vom Richterwahlausschuss gewählten Kandidaten zustimmt oder nicht.<sup>67</sup> Insoweit „zeichnen sich Wahlen gerade durch Wahlfreiheit aus, wenngleich die Wählbarkeit zumeist von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängt“.<sup>68</sup> Da der Wahlakt insoweit keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt, bedarf sein Ergebnis – auch nicht auf Grundlage des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) – ebenso keiner Begründung.<sup>69</sup> Konkurrenz

die Möglichkeit hatte, gleich drei Richter am Supreme Court zu ernennen (Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett), hat sich das dortige Kräftegleichgewicht zu einem 6:3-Verhältnis zwischen konservativen und liberalen Richtern verschoben.

<sup>63</sup> BVerwG NVwZ-RR 2020, 604: Eine Überprüfung kann nur im Rahmen eines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Ernennung vom Richterwahlausschuss gewählter Kandidaten erfolgen.

<sup>64</sup> Vgl. *Schmidt-Räntsch* § 57 DRiG Rn. 17 mwN.

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Ls. 4 und Rn. 34f.: Eine Begründungspflicht existiert ferner, wenn es sich aufdrängt, dass der Richterwahlausschuss offenkundig relevante Aspekte zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Vorgeschlagenen in einer den Spielraum des Art. 95 Abs. 2 GG überschreitenden Weise missachtet hat.

<sup>66</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 ff.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Ls. 2 und Rn. 34.

<sup>68</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 28 mit Verweis auf *Classen* JZ 2002, 1009, 1012; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 222f.

<sup>69</sup> BVerfG NJW 2016, 3425 Rn. 34; BVerwG NVwZ-RR 2020, 604 Rn. 24.

tenklagen unterlegener Bewerber haben damit, von den eher theoretischen Fällen klarer Sachwidrigkeit abgesehen, keine Aussicht auf Erfolg.

### 3. Rückwirkungen auf das revisionsgerichtliche Verfahren

Durch das Richterwahlverfahren und den Cursus Honorum des deutschen Berufsrichtertums wird eine sehr homogene Revisionsrichterschaft generiert, die durch eine bürgerliche Sozialisation gekennzeichnet ist.<sup>70</sup> Mag die Beteiligung der Bundesländer dabei auch dem Föderalismus umfassend Rechnung tragen, führt insbesondere die Einbeziehung des Präsidialrates am BGH zu einer gewissen Selbstreproduktion, welche einen Aufstieg von Kandidaten mit einer Herkunft außerhalb der bürgerlichen Mittel- und Oberschicht erschwert. Dies dürfte einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Urteilspraxis, insbesondere in gesellschaftlich relevanten Rechtsgebieten, wie etwa dem Familien- und Erbrecht, haben. Auch der im Wesentlichen auf Geheimhaltung und in camera-Absprachen ausgerichtete Wahlvorgang ist mit Blick auf seine Verfahrenstransparenz und nur sehr eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bewerber nicht über jeden Zweifel erhaben, obschon eine verstärkte parteipolitische Einflussnahme bislang noch nicht beobachtet werden konnte.

Das Vorverständnis<sup>71</sup> des Revisionsrichters ist dabei in der Regel durch eine mehrjährige berufliche Tätigkeit in der ersten und zweiten Instanz geprägt und geformt sowie durch ein wissenschaftsaffines, insoweit in der revisionsgerichtlichen Begründungspraxis klar in Erscheinung tretendes Rechtsverständnis gekennzeichnet, wohingegen eine extrajudizielle Expertise, etwa im Wirtschaftsrecht, deutlich weniger sichtbar ist. Dieser Befund wird verstärkt durch den nicht unerheblichen Einsatz wissenschaftlicher Mitarbeiter („Hiwis“), die sich meist aus dem Kreis der Instanzrichter mit einer Karriereperspektive für höhere Justizämter rekrutieren.<sup>72</sup>

Durch ihre klassische Justizlaufbahn können die meisten BGH-Richter dabei als „spezialisierte Generalisten“ bezeichnet werden: Aufgrund der Verwendung bei verschiedenen Gerichten und Instanzen haben sie ein breites juristisches Fachwissen, das sich erst spät auf ein besonderes Rechtsgebiet fokussiert. Für den BGH als Revisionsgericht, das alle Rechtsmaterien des Privatrechts in der Breite abdecken möchte,<sup>73</sup> dürfte dies von Vorteil sein. Zwar existiert eine sehr ausdifferenzierte Verteilung der Rechtsmaterien auf die einzelnen Senate; da es sich bei einem Rechtsstreit häufig jedoch nicht um eine eindeutig zuordenbare Rechtsfrage

<sup>70</sup> Dies deckt sich mit der Bemerkung des Präsidenten des BGH, *Robert Fischer* (1968–1977), die Rechtsprechung des BGH müsse „einen bestimmten konservativen Grundzug aufweisen und sich davor hüten, durch einfallsreiche Originalität zu glänzen und damit notwendigerweise Rechtsunsicherheit und Rechtsverwirrung hervorzurufen“ (*ders.*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Lutter/Simpel/Fischer [Hrsg.], *Gesammelte Schriften*, S. 3).

<sup>71</sup> Dazu noch immer *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, S. 1 ff.

<sup>72</sup> S. bereits sub § 6. I. 1. c).

<sup>73</sup> Vgl. schon sub § 3. III. 3.

handelt, sondern Querbezüge zu anderen Rechtsmaterien bestehen, kann die sachgerechte Behandlung eines Verfahrens in allen Senaten erreicht werden.

## II. Die Rechtsanwaltschaft beim BGH

Wesensprägend für das revisionsgerichtliche Verfahren ist zudem die Mitwirkung einer spezialisierten Revisionsanwaltschaft. Können sich die Parteien vor den übrigen obersten Bundesgerichten von jedem in Deutschland zugelassenen Anwalt vertreten lassen, bedarf es vor den Zivilsenaten am BGH der Mitwirkung eines dort zugelassenen Rechtsanwalts (§ 78 Abs. 1 S. 3 ZPO).<sup>74</sup>

### 1. Bedeutung

#### a) Ursprung und Funktion

Diese – verfassungsrechtlich immer wieder unter Beschuss geratene<sup>75</sup> – Singularzulassung hat eine lange vorkonstitutionelle Tradition: Bereits vor dem RG gab es in Zivilrechtsstreitigkeiten einen Vertretungszwang durch einen Rechtsanwalt bei dem RG (§ 74 CPO 1877; § 100 RAO), wobei die Zulassung durch das Präsidium des RG nach freiem Ermessen erfolgte.<sup>76</sup> Hintergrund dieser Entwicklung waren schlechte Erfahrungen mit dem anwaltlichen Auftreten vor dem Bundes- und Reichsoberhandelsgericht,<sup>77</sup> wobei sich der Reichsgesetzgeber (auch) von den französischen Erfahrungen einer spezialisierten Kassationsanwaltschaft leiten ließ.<sup>78</sup> An diese Tradition wurde nach der Gründung des BGH im Jahr 1950 nahtlos angeknüpft.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> In Strafsachen gilt die Singularzulassung dagegen nicht, vgl. §§ 341 Abs. 1, 345 Abs. 2 StPO sowie § 350 StPO zur Vertretung in der Revisionshauptverhandlung. Auch vor dem Anwalts- und Kartellsenat gelten Besonderheiten (§ 146 Abs. 3 BRAO iVm §§ 341 Abs. 1, 345 Abs. 2 StPO; §§ 78 Abs. 5, 79 Abs. 5 GWB). S. ferner die Besonderheiten in § 109 BNotO, §§ 69f. BDiszG, § 128 Abs. 2 und 3 PatAnwO, § 107a Abs. 2 und 3 WPO, § 130 Abs. 2 und 3 StBG (weitere Einzelheiten bei *Gross* FS Hirsch, S. 483, 496 ff.).

<sup>75</sup> Dazu jüngst *Heinrich*, Freiheit der Advokatur, S. 190 ff.

<sup>76</sup> § 99 RAO; Einzelheiten zur Historie bei *Heinrichs*, Freiheit der Advokatur, S. 75 ff.; *Gross* FS Hirsch, S. 483, 498; *Schneider* EG Heusinger, S. 101.

<sup>77</sup> Näher *Schimansky* FS Odersky, S. 1083, 1087 f. S. ferner § 10 des G. betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofs für Handelssachen v. 12.06.1869 (BGBl. des Norddeutschen Bundes, S. 201) sowie schon sub § 2. II. 2.

<sup>78</sup> *Gross* FS Hirsch, S. 483, 499 mwN; entscheidend für das Gesetzgebungsverfahren dürfte zudem ein Gutachten des Plenums des ROHG v. 25.03.1878 gewesen sein, in dem dieses sich zur Sicherung der Qualität der Rechtsprechung für eine Singularzulassung einsetzte (Einzelheiten bei *Nassall* JZ 2009, 1086, 1090).

<sup>79</sup> Vgl. *Schneider*, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof – Einfluss und Aufgaben der Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 325 ff.; Gaier/Wolf/Göcken/*Vorwerk* §§ 162, 163 BRAO Rn. 1 ff. mwN.

Durch die Singularzulassung am BGH<sup>80</sup> soll sichergestellt werden, dass die Revisionsanwaltschaft mit den Rechtsanschauungen des Höchstgerichts vertraut ist, über eine besondere fachliche Expertise im Zivil- und Zivilverfahrensrecht verfügt und die Prozessparteien daher über die Aussichten des angestrebten Rechtsmittels sachgemäß beraten kann.<sup>81</sup> Dies gilt insbesondere mit Blick auf die besonderen Darlegungsanforderungen im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde.<sup>82</sup> Neben der besonderen Fachkenntnis wird zudem die Entlastungs- und Filterfunktion für den BGH betont.<sup>83</sup> Dieser kann

„seine Aufgaben – die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und die Fortbildung des Rechts – angesichts der Breite des Stoffs und der hohen Zahl von Fällen sachgerecht nur erfüllen [...], wenn die Parteien in Zivilsachen vor dem RevGer. durch eine begrenzte Zahl besonders qualifizierter Rechtsanwälte vertreten werden, die über die notwendige innere und äußere Unabhängigkeit verfügen, um die Durchführung aussichtsloser Rechtsmittelverfahren abzulehnen.“<sup>84</sup>

Dieser Gedanke scheint in der Rechtspraxis durchaus Platz zu greifen: Im Jahr 2022 erledigten sich 43 % der vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen und 35 % der Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durch Rücknahme, was u. a. auch auf das Wirken der BGH-Anwaltschaft („Abvotum“ bei aussichtslosen Rechtsmitteln) zurückzuführen ist.<sup>85</sup> Lupenrein wird diese Filterfunktion jedoch nicht realisiert, kommentierte selbst der ehemalige Präsident des BGH *Tolksdorf*, hinsichtlich der Überlastung des BGH treffe (auch) die Rechtsanwälte am BGH durch die Durchführung aussichtsloser Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren bzw. unnötig umfangreicher Beschwerdeschriftsätze eine Mitschuld.<sup>86</sup>

<sup>80</sup> Gem. § 172 Abs. 1 BRAO dürfen die beim BGH zugelassenen Rechtsanwälte nur vor dem BGH, den anderen obersten Gerichtshöfen, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, dem BVerfG sowie vor internationalen oder zwischenstaatlichen Gerichten auftreten.

<sup>81</sup> BVerfGK 16, 362 Rn. 18, sowie BT-Drs. 3/120, S. 111. Eine vorgelagerte Prüfung der Erfolgsaussichten kann zudem durch einen Prozesskostenantrag gem. §§ 114 ff. ZPO oder einen Antrag auf Bestellung eines Notanwalts gem. § 78b ZPO erfolgen. 2022 wurde außerhalb bereits anhängiger Verfahren in 13 Fällen Prozesskostenhilfe bewilligt oder ein Notanwalt bestellt, in 176 Verfahren wurde dies abgelehnt (Quote: 6,2 %, vgl. BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 5; zu einem aktuellen Verfahren vgl. BGH, Beschl. v. 22.09.2021 – VI ZR 23/21, juris). PKH-Verfahren innerhalb anhängiger Rechtsmittelverfahren waren dagegen in gut 41 % der Fälle erfolgreich (näher BGH aaO, S. 45).

<sup>82</sup> Zu den einzelnen Zulassungsgründen vgl. schon sub § 4.I.

<sup>83</sup> Ähnliche Erwägungen finden sich auch bei den französischen *Avocats au Conseil d'état et à la Cour de Cassation*: „Spécialistes de la distinction du fait et du droit et de la technique de cassation, ils ont pour habitude de délivrer à leurs clients une consultation sur les chances de succès du pourvoi pour tenter d'éviter le dépôt de recours voués à l'échec compte tenu des limites du contrôle de la Cour de cassation“ (*Boré/Boré*, Répertoire de procédure civile – Cour de cassation, Rn. 111).

<sup>84</sup> BGH NJW 2007, 1136, 1137 mwN.

<sup>85</sup> Vgl. BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 28 ff.

<sup>86</sup> *Tolksdorf* FS Schlick, S. 337, 344.

### b) Rechtsvergleichende Perspektive

Die Existenz einer spezialisierten Anwaltschaft vor dem Höchstgericht ist dabei in europäischer Perspektive kein Einzelfall. In Frankreich konzentriert sich die anwaltliche Tätigkeit der *Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*<sup>87</sup> auf etwa 120 Kassationsanwälte in 60 Kanzleien, die – mit Ausnahme des Strafrechts – allein zur Wahrnehmung von Verfahren im Zivil-, Arbeits-, Sozial- und Verwaltungsrecht vor dem Kassationshof und dem Staatsrat befugt sind (vgl. Art. 973 C. P. C.).<sup>88</sup> Die Kassationsanwaltschaft geht dabei auf die Zeit vor der französischen Revolution zurück und findet noch heute ihre Grundlage in einer Verordnung aus dem Jahr 1817.<sup>89</sup> In Anlehnung an die vorrevolutionäre Entstehung spricht man auch von *Avocats aux Conseils du Roi*.<sup>90</sup> Ernannt wird nur, wer als Anwalt eine dreijährige Zusatzausbildung bei einem Kassationsanwalt absolviert hat und in einer Abschlussprüfung nachweist, die mitunter komplexen Quisquilien des französischen Kassationsrechts zu beherrschen.<sup>91</sup> Die Stellung der Kassationsanwaltschaft legitimiert sich daher bis heute aus der besonderen Abstraktionshöhe des Kassationsmodells als „gymnastique intellectuelle qui nécessite un exercice quotidien“, wobei der Kassationsanwalt dem Kassationsrichter auf Augenhöhe entgegentreten soll.<sup>92</sup>

Im vom französischen Recht maßgeblich beeinflussten belgischen Verfahrensrecht gibt es seit 1831 ebenfalls eine begrenzte Anzahl an Kassationsanwälten auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Sozialrechts.<sup>93</sup> Derzeit praktizieren 20 Anwälte,<sup>94</sup> die – neben beruflicher Erfahrung – ein spezielles Wahlverfahren durchlaufen müssen und von der Vollversammlung des belgischen Kassationshofs ernannt

<sup>87</sup> Vgl. auch den Zusammenschluss der Kassations-/Revisionsanwälte in Frankreich, Deutschland, Belgien und den Niederlanden als *Association Européenne des Barreaux auprès des Cours Suprêmes* (<https://www.ordre-avocats-cassation.fr/questionactualite/2018/visite-de-lasociation-europeenne-des-barreaux-des-cours-supremes-la-cour-de> [19.08.2023]); dazu näher Gross FS Kirchberg, S. 433.

<sup>88</sup> Näher *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 23.23; *Odent/Boulet*, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Rn. 22.

<sup>89</sup> Ordonnance du 10 septembre 1817 (Bulletin des lois, 7è S., B. 175, n°2823); umfassend hierzu Gross FS Nirk, S. 405, 410; *ders.* FS Hirsch, S. 483, 490.

<sup>90</sup> Gross FS Kirchberg, S. 433, 434.; *ders.* FS Hirsch, S. 483, 490.

<sup>91</sup> Einzelheiten zur Ernennung finden sich im Décret no. 91-1125 du 28 octobre 1991 (D. 1991. 468), no. 93-1365 du 30 décembre 1993 (D. 1994. 64) sowie no. 99-1080 du 20 décembre 1999 (D. 2000. 20).

<sup>92</sup> *Odent/Boulet*, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Rn. 14: „Technique particulièrement subtile de contrôle et d'élaboration de la règle de droit, la cassation nécessite, pour que le justiciable ne soit pas démuné devant le juge qui est son dernier recours, qu'il soit représenté par un avocat qui parle le même langage que son juge.“

<sup>93</sup> <https://www.advocass.be/fr/> [18.08.2023]. Näher *Verkerk/van Rhee*, The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 77, 84; *Delahaye*, Avocat à la Cour de cassation – Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour de cassation – Les Avocats à la Cour de cassation de Belgique, in: *Fortitudo Temperantia*, S. 175 f.

<sup>94</sup> Arrêté royal du 10 août 1998.

werden, wobei neben Anwälten auch Hochschullehrer vorzufinden sind.<sup>95</sup> Auch in den Niederlanden war seit 1838 eine Gruppe spezialisierter Kassationsanwälte (*Kassationsbalie*) bekannt,<sup>96</sup> die in dieser Form jedoch 2014 abgeschafft wurde.<sup>97</sup> Voraussetzung einer Vertretung vor dem Hoge Raad in Zivil- oder Handelssachen ist nunmehr – neben beruflicher Erfahrung –, dass eine besondere Eignungsprüfung im Rahmen eines Bewerbungs- und Auswahlverfahrens abgelegt wird, die alle drei Jahre zu wiederholen ist.<sup>98</sup> Eine Sonderstellung der Anwaltschaft vor dem Höchstgericht ist schließlich in Italien und Griechenland zu beobachten.<sup>99</sup>

In sehr verwässertem Umfang existiert zudem in den USA eine spezialisierte Anwaltschaft vor dem US Supreme Court (vgl. S. C. R. 5), die nunmehr indes mehr einem Prestige-Titel entspricht.<sup>100</sup> Hier selektiert der Markt, da zwar einer überwältigenden Zahl an Anwälten der Weg zum US Supreme Court offensteht, diese Tätigkeit bei komplexeren Verfahren jedoch meist von einer überschaubaren Zahl an spezialisierten, mit den Besonderheiten des certiorari-Verfahrens vertrauten Kanzleien wahrgenommen wird. Auch vor den englischen Obergerichten müssen sich die Parteien von einem *barrister* gerichtlich vertreten lassen, wobei die Zweiteilung des Rechtsmarkts in vornehmlich auf die Rechtsberatung spezialisierte *solicitors* und die in Kammern organisierten, in kleineren Einheiten agierenden *barristers* für den englischen Rechtsmarkt prägend ist.<sup>101</sup>

## 2. Rechtstatsächlicher Befund

Durch ihre besondere Stellung als ‚Wächter des Revisionsgerichts‘ hat die Rechtsanwaltschaft beim BGH somit einen entscheidenden Einfluss auf die Selektion und Begründung von Rechtsmitteln vor dem Höchstgericht. Dabei kann auch bei der

<sup>95</sup> Gross FS Kirchberg, S. 433, 435; ders. FS Hirsch, S. 483, 491.

<sup>96</sup> Gross FS Hirsch, S. 483, 493.

<sup>97</sup> Näher *Heinrichs*, Freiheit der Advokatur, S. 139f.

<sup>98</sup> Gross FS Kirchberg, S. 433, 438. Vgl. zudem den Zusammenschluss *Vereniging van Civiele Cassatieadvocaten* (<https://vcca.nl/> [18.08.2023]) sowie Artikel 9j des niederländischen *Advocatenwet*.

<sup>99</sup> In Italien galt lange, dass jeder Rechtsanwalt nach zwölfjähriger Tätigkeit (bzw. nach fünf Jahren und einer entsprechenden Eignungsprüfung) zur Kassationsanwaltschaft (*avvocati cassazionisti*) zugelassen wird, weshalb es zeitweise etwa 60.000 Kassationsanwälte gab (näher Gross FS Kirchberg, S. 433, 436). Im Jahr 2018 wurden die Anforderungen dahingehend verschärft, dass ein Anwalt nach fünfjähriger Mindesttätigkeit eine spezifische Prüfung bestanden oder mit Erfolg die ‚Hohe Anwaltschule‘ absolviert haben muss, die von der nationalen Anwaltskammer betrieben und reglementiert wird. In Griechenland wird man nach fünf Jahren automatisch zum Anwalt am Landgericht und nach vier weiteren Jahren zum Kassationsanwalt beim *Aeropag* bestellt (näher Gross FS Hirsch, S. 483, 492).

<sup>100</sup> Vgl. die Darstellung der American Bar Association (<https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/minority-trial-lawyer/practice/2020/admission-to-us-supreme-court-bar/>, 18.08.2023).

<sup>101</sup> Daran hat auch die durch den Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41) für *solicitors* geschaffene Möglichkeit, durch besondere Qualifikation als *Solicitor Advocate* vor den Obergerichten auftreten zu können, nichts geändert.

Revisionsanwaltschaft eine sehr homogene Sozialisierung beobachtet werden. Für die zum 01.03.2022 aus 39 Personen bestehende Anwaltskammer beim BGH ergibt sich folgendes Bild (Abb. 17):<sup>102</sup>

Geschlecht	85 % (33 Personen) männlich	15 % (6 Personen) weiblich	
Alter (wo bekannt)	5 % (2 Personen) zwischen 40 und 50 Jahren	38 % (14 Personen) zwischen 50 und 60 Jahren	57 % (21 Personen) über 60 Jahre
Vorheriger Tätigkeitsschwerpunkt <sup>103</sup> (wo bekannt)	8 % Ostdeutschland (3 Personen)	92 % Westdeutschland (35 Personen)	
Karrierelaufbahn	„Klassisch“ als Instanzanwalt oder wis- senschaftlicher Mitarbeiter in einer BGH-Kanzlei: 92 % (36 Personen)	„Quereinsteiger“ (z. B. längere Tätigkeit als Richter, Justiziar usw.): 8 % (3 Personen)	
Promotion	Ja: 79 % (31 Personen)	Nein: 21 % (8 Personen)	
Honorarprofessur	Ja: 15 % (6 Personen)	Nein: 85 % (33 Personen)	

Abb. 17: Die Rechtsanwaltschaft beim BGH.

Der typische BGH-Anwalt ist männlich, über 60 Jahre alt und war mehrere Jahre in Westdeutschland als Instanzanwalt tätig. Frauen sind deutlich in der Minderzahl; Anwälte mit Migrationshintergrund nicht vorhanden. Die Promotion und eine damit einhergehende Affinität zu einer wissenschaftlichen Aufbereitung der Rechtsmaterien scheint nach wie vor ein entscheidendes Merkmal zur Bestellung als Revisionsanwalt zu sein. Ein Teil der Anwaltschaft ist zudem publizistisch tätig (wenn auch in geringerem Umfang als bei der Richterschaft am BGH).<sup>104</sup>

Trotz der Kontinuität zur Revisionsanwaltschaft am RG trifft das Arbeitsbild eines Einzeladvokaten, der sich der zivilistischen Rechtsfortbildung verschrieben hat, in der Realität jedoch nur noch eingeschränkt zu: Groß- und Massenverfahren mit teils mehreren tausend Seiten Gerichtsakten machen es notwendig, dass sich die BGH-Anwaltschaft in begrenztem Umfang zu Sozietäten zusammenschließt.<sup>105</sup> Auch um die Flut der (weitgehend erfolglosen<sup>106</sup>) Nichtzulassungsbeschwerden zu bewerkstelligen, sind BGH-Kanzleien moderne Wirtschaftseinheiten mit einer

<sup>102</sup> <https://www.rakbgh.de/verzeichnis/> [18.08.2023]. Die relevanten Informationen wurden dem Verzeichnis der Anwälte bei der Rechtsanwaltskammer beim BGH, den jeweiligen Kanzlei-homepages sowie dem Katalog der Deutschen Nationalbibliothek entnommen.

<sup>103</sup> Bei mehreren Nennungen wurde auf den Schwerpunkt der relevanten Tätigkeit abgestellt.

<sup>104</sup> Z. B. *Vorwerk/Wolf*, Kommentar zum KapMuG, 2. Aufl. 2020; *Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, 50. Ed. 2023; *Nassall*, in: *juris Praxiskommentar BGB* (§§ 134, 138, 139, 140, 141 BGB); *Siegmann*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2023, §§ 1942–1966, 2353–2370 BGB.

<sup>105</sup> Vgl. § 172a BRAO.

<sup>106</sup> Dazu bereits sub § 3. III. 1. b).

teils sehr umfangreichen (und der Öffentlichkeit wenig bekannten) Kanzleistruktur sowie einem institutionellen Unterbau durch Volljuristen als wissenschaftliche Mitarbeiter.<sup>107</sup> Die Vorstellung des BRAO-Gesetzgebers und auch des BVerfG, welches im Revisionsanwalt einen wissenschaftlich-forensisch agierenden, herausragenden Individualisten und Einzelkämpfer sieht,<sup>108</sup> scheint daher aus der Zeit gefallen.

### 3. Rechtfertigung für eine spezialisierte Anwaltschaft

#### a) Verfassungsrechtliche Einbeugung

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Zulassungsverfahren für die Rechtsanwaltschaft beim BGH (nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 1 GG) schon seit Jahrzehnten bitter umkämpft ist,<sup>109</sup> vom BVerfG – welches darin allein eine Berufsausübungsregel erblickt – jedoch für verfassungsrechtlich zulässig erachtet wird.<sup>110</sup> Nach Ansicht des Verfassungsgerichts kann der Eingriff in die Berufsfreiheit insbesondere durch das den Zwecken des Revisionsverfahrens geschuldete Gemeinwohlinteresse an einer spezialisierten und leistungsstarken Revisionsanwaltschaft aus qualifizierten und erfahrenen Anwälten legitimiert werden.<sup>111</sup> Abgestellt wird zudem auf die (sich jedoch nur partiell realisierende) Filterwirkung zum Ausschluss unzulässiger oder ersichtlich aussichtsloser Rechtsmittel<sup>112</sup> sowie die besondere inhaltliche Qualität der Arbeit eines Revisionsanwalts,<sup>113</sup> welche ebenfalls „die Weiterentwicklung der Rechtsprechung sichern und voranbringen“ soll.<sup>114</sup> Die BGH-Anwaltschaft hat daher neben dem Mandatsverhältnis ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber dem Revisionsgericht, weshalb die in § 1 BRAO normierte Stellung als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ eine deutliche Intensivierung erfährt.

<sup>107</sup> Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass z. B. im Jahr 2022 4.837 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden, knapp 1.500 Rechtsbeschwerden sowie 300 übrige Verfahren zu erledigen waren (BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 4/5). Lässt man dabei außer Acht, dass in manchen Verfahren uU mehr als zwei Parteien anwaltlich vertreten werden, hat jeder BGH-Anwalt etwa 300 Mandate in Revisions- und Beschwerdeverfahren p. a. zu erledigen, zuzüglich von Verfahren, die keinen Eingang in die offizielle Statistik finden, weil nach einem Abvotum von der Durchführung des Verfahrens insgesamt abgesehen wurde.

<sup>108</sup> Überholt insbesondere BVerfG NJW 1984, 1042, 1043: „Das Berufsbild des Rechtsanwalts bei dem BGH ist geprägt von dem hochqualifizierten Einzelanwalt [...], der sich dadurch auszeichnet, dass er das Zivilrecht in seiner gesamten Breite für den Bedarf anwaltlicher Betreuung und Vertretung beherrscht.“

<sup>109</sup> Auf eine dezidierte verfassungsrechtliche Diskussion soll vorliegend verzichtet werden. Umfassend hierzu jüngst *Krämer*, Die Rechtsanwaltschaft beim BGH, S. 268 ff.; s. ferner *Droege* NJW 2002, 175 ff.; *Prütting/Krämer* JZ 2003, 239 ff.

<sup>110</sup> Zuletzt BVerfG NJW 2008, 1293; s. ferner BGHZ 170, 137; 162, 199, 201.

<sup>111</sup> BVerfG NJW 1984, 1042, 1043; *Weyland/Kilmann* § 162 BRAO Rn. 1.

<sup>112</sup> Dazu BGHZ 150, 70, 74 f.

<sup>113</sup> BGHZ 150, 70; 162, 199; BGH NJW 2007, 1136, 1137 f.

<sup>114</sup> BVerfG NJW 2008, 1293, 1295.

Folglich ist der Ausschluss der Instanzenanwaltschaft vor dem BGH zur Förderung und Weiterentwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen eine verfassungsrechtlich – mit Blick auf die übrigen obersten Gerichtshöfe – zwar nicht notwendige, aber jedenfalls legitime und sinnvolle Gestaltungsentscheidung des Gesetzgebers,<sup>115</sup> dem im Bereich des Rechtsmittelrechts ohnehin einen grundgesetzlich weitreichenden Ausgestaltungsspielraum zukommt.<sup>116</sup> Dies gilt insbesondere mit Blick auf die mitunter komplexe Verfahrensausgestaltung und den ausdifferenzierten Prüfungsmaßstab vor dem Höchstgericht.<sup>117</sup> Dementsprechend ist – wie dargelegt – auch in anderen europäischen Staaten und auf europäischer Ebene das Bedürfnis nach einer spezialisierten Anwaltschaft vor dem Höchstgericht anerkannt: Sowohl EuGH als auch EGMR haben bestätigt, dass die Einrichtung einer Revisions-/Kassationsanwaltschaft mit dem freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EU vereinbar ist bzw. nicht gegen Bestimmungen der EMRK verstößt.<sup>118</sup>

Entscheidendes Kriterium für die Beibehaltung einer spezialisierten Revisionsanwaltschaft dürfte schließlich die besondere Struktur des Revisionsrechts sein: Der gesetzgeberischen Modellvorstellung entsprechend<sup>119</sup> sollen Revisionsverfahren im öffentlichen Interesse nur wegen ihrer rechtlichen und nicht allein aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zum Revisionsgericht gelangen. Eine sachgerechte, qualitativ hochwertige – und daher zeitintensive – Bearbeitung von Verfahren mit niedrigem Streitwert<sup>120</sup> in der Revisionsinstanz kann daher nur im Rahmen einer Quersubventionierung zwischen Verfahren mit höheren und niedrigeren Streitwerten bei einer kleinen Zahl an monopolistisch organisierten Revisionsanwälten erreicht werden, wohingegen ein Instanzenanwalt Revisionsverfahren mit niedrigem Streitwert entweder ablehnen oder nicht in der gebotenen Tiefe behandeln würde, weil Aufwand und Ertrag in keiner vernünftigen Relation stehen.

#### *b) Anforderungen für die Wahl*

Ist die Gestaltungsentscheidung des Gesetzgebers zur Beibehaltung einer spezialisierten Revisionsanwaltschaft daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, macht die Monopolisierung der drittinstanzlichen Rechtsberatung sowie die damit forcierten Qualitätsgewinne ein gesondertes Wahl- und Ernennungsverfahren erforderlich. Gem. § 164 BRAO kann zum Rechtsanwalt beim BGH nur ernannt

<sup>115</sup> BGHZ 162, 199; 170, 137; BVerfG NJW 2008, 1293. Auch das mit der Singularzulassung einhergehende Verbot, Parteien vor den Instanzgerichten zu vertreten, ist mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, weil damit die besondere Funktion des Revisionsanwalts bei der Beratung und Vertretung der Revisionsparteien gewährleistet wird (BGHZ 150, 70 [bestätigt durch BVerfGE 106, 216]; 162, 199).

<sup>116</sup> S. o. sub § 3. I. 1. c) aa).

<sup>117</sup> S. o. sub § 4. I. und II.

<sup>118</sup> EuGH NJW 1988, 887 Rn. 44; EGMR, Urt. v. 08.02.2000 – no. 27362/95 (*Voisine v. France*) Rn. 11 ff.; Urt. v. 26.07.2002 – no. 32911/96 (*Meflah and others v. France*) Rn. 42 ff. Vgl. ferner Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 RL 98/5/EG sowie §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 S. 2 EuRAG.

<sup>119</sup> Vgl. oben sub § 3. III. 2. a).

<sup>120</sup> Z. B. jüngst BGH, Beschl. v. 09.02.2022 – XII ZB 378/21, juris (Verfahrenswert: 14 EUR).

werden, wer vom dafür zuständigen Wahlausschuss nach geheimer Beratung und Abstimmung (vgl. §§ 165 Abs. 4, 168 Abs. 1 S. 3 BRAO) benannt wurde. Dieser besteht aus dem Präsidenten und den Senatspräsidenten der Zivilsenate des BGH sowie aus den Mitgliedern des Präsidiums der BRAK und des Präsidiums der Rechtsanwaltskammer beim BGH (§ 165 Abs. 1 BRAO). Die Wahl erfolgt über sog. Vorschlagslisten, die von der BRAK aufgrund von Vorschlägen der einzelnen Rechtsanwaltskammern oder von der Kammer beim BGH eingereicht werden (§ 166 BRAO). Zweck des Wahlverfahrens ist es, nach dem Prinzip der Bestenauslese (analog Art. 33 Abs. 2 GG) die fachlich und persönlich geeignetsten Rechtsanwältinnen zu selektieren und damit das hohe fachliche Ansehen der Revisionsanwaltschaft zu bewahren.<sup>121</sup>

Die erforderliche ‚Eignung des Bewerbers‘ gem. § 167 Abs. 1 BRAO ist im Gesetz indes nicht näher definiert.<sup>122</sup> Nach Ansicht der Rechtsprechung

„muss der Bewerber das Zivilrecht in seiner ganzen Breite beherrschen, über besondere forensische Erfahrung verfügen und eine Persönlichkeit sein, die zu einer mit sachlicher Distanz verbundenen Beurteilung der vorgelegten Rechtsfälle fähig ist; insbesondere muss der Bewerber in der Lage sein, die Rechtsfälle wissenschaftlich zu durchdringen und die revisionsrechtlich relevanten und die Rechtsentwicklung weiterführenden Aspekte herauszuarbeiten.“<sup>123</sup>

Ein klarer Katalog an Kriterien existiert damit nicht; vielmehr wird eine einzelfallbezogene Gewichtung der Selektionskriterien vorgenommen, wobei neben den juristischen Examina, einer Promotion oder anderen wissenschaftlichen Veröffentlichungen insbesondere die Art und Dauer der bisherigen beruflichen Tätigkeit eine Rolle spielen dürfte. Auf Grundlage des Wahlergebnisses erfolgt die Ernennung durch den Bundesjustizminister (§§ 168 Abs. 2, 171 Abs. 1 BRAO).<sup>124</sup>

### c) Bewertung

Wie schon das Richterwahlverfahren<sup>125</sup> sieht sich auch das Wahlverfahren zur Anwaltschaft beim BGH in jüngerer Zeit vermehrter Kritik ausgesetzt. In der vorstehend beschriebenen Zusammensetzung des Wahlausschusses sah der Gesetzgeber „die Gewähr dafür, dass die Eignung des Bewerbers nach der sachlichen und persönlichen Seite hin erschöpfend geprüft werden kann“.<sup>126</sup> Dies übergeht jedoch, dass die Beteiligung von Mitgliedern des BGH, der BGH-Anwaltschaft selbst und der BRAK zu einer extremen Homogenität und Kooptation des Personenkreises beiträgt. Dieser Umstand wird durch die Intransparenz des Verfahrens verstärkt: Es ist bereits nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien die Vorschlagslisten

<sup>121</sup> BGH BRAK-Mitt 1983, 135.

<sup>122</sup> Kritisch *Braun/Köhler* NJW 2005, 2592f.; *Krämer*, Die Rechtsanwaltschaft beim BGH, S. 250.

<sup>123</sup> BGH NJW 2007, 1136, 1138.

<sup>124</sup> Einzelheiten bei *Gaier/Wolf/Göcken-Vorwerk* § 171 BRAO Rn. 1 ff.

<sup>125</sup> Oben sub § 6. I. 2. c).

<sup>126</sup> BT-Drs. III/120, S. 110.

der BRAK und der RAK beim BGH hinsichtlich prospektiver Bewerber zustande kommen.<sup>127</sup> Über die für die Wahlentscheidung Ausschlag gebenden Kriterien kann angesichts der Nichtöffentlichkeit des Wahlausschusses (§ 165 Abs. 4 BRAO) und der der Geheimhaltung unterliegenden Abstimmung (§ 168 Abs. 1 S. 2 BRAO) nur gemutmaßt werden. Selbst bei der Bedarfsbestimmung, d. h. der Festlegung der Anzahl neu zu wählender Anwälte, steht dem Wahlausschuss ein weitreichender Beurteilungsspielraum zu, der nur dahingehend überprüft werden kann,

„ob der Wahlausschuss das Verfahren eingehalten, sachgerechte Entscheidungskriterien angelegt, sich eine ausreichende Tatsachengrundlage verschafft und ein Ergebnis gefunden hat, das sich in dem durch die anzulegenden Kriterien vorbestimmten Rahmen hält.“<sup>128</sup>

Ob diese Vorgehensweise für unterlegene Bewerber mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar ist, kann daher durchaus in Zweifel gezogen werden. Die Intransparenz des Wahlprozesses von der Aufstellung der Vorschlagslisten bis hin zum Abstimmungsprozess sowie die Abstinenz jeglicher objektivierbarer Bewertungsparameter zur fachlichen oder persönlichen Eignung eröffnen einen nahezu unbeschränkten Bewertungsspielraum des Ausschusses, ohne dass das Ergebnis für den Mitbewerber nachvollziehbar wäre. Dies steht in Kontrast zur Kassationsanwaltschaft, für deren Zulassung meist eine gesonderte Zulassungsprüfung oder in einem gesonderten Verfahren erlangte praktische Kenntnisse nachgewiesen werden müssen.<sup>129</sup> Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Bundesjustizministerium im letzten Wahlgang (2013) nachträglich mehrere unterlegene Bewerber zur Anwaltschaft beim BGH zuließ, nachdem diese das Ergebnis der Wahl vor Gericht angefochten hatten und das Bundesministerium offenbar eine Niederlage fürchtete.<sup>130</sup>

#### 4. Folgen für das revisionsgerichtliche Verfahren

Mit der Rechtsanwaltschaft beim BGH wird die fachliche und wissenschaftliche Qualität der Rechtsmittelverfahren bereits auf der Ebene des Zugangs zum Revisionsgericht gesichert. Dabei zeigt ein Blick in europäische Vergleichsrechtsordnungen, dass eine spezialisierte Richterschaft vor dem Höchstgericht durchaus ihre Berechtigung hat, um den Besonderheiten des Verfahrens zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung sowie Rechtsfehlerkorrektur gerecht zu werden. Die Sozialisierung der Revisionsanwaltschaft durch eine langjährige Tätigkeit als Instanzanwalt und eine – in der Regel durch eine Promotion nachgewiesene –

<sup>127</sup> Zu den Rechtsmitteln nicht berücksichtigter Bewerber vgl. Gaier/Wolf/Göcken-Vorwerk § 166 BRAO Rn. 10 ff. mwN.

<sup>128</sup> BGH NJW 2007, 1136, 1139; BGHZ 162, 199, 207 f.

<sup>129</sup> Vgl. oben sub § 6. II. 1. b).

<sup>130</sup> Näher <https://www.juve.de/markt-und-management/bgh-anwaltswahl-justizministerium-maas-laesst-dritten-klieger-nachtraeglich-zu/> [18.08.2023].

Befähigung zum forensisch-wissenschaftlichen Arbeiten unterstützt das Revisionsgericht bei seiner Tätigkeit, obschon die Vorstellung eines allein der Rechtsfortbildung im Allgemeininteresse verschriebenen Einzeladvokaten nicht mehr modernen Gegebenheiten entspricht. Erhebliche Bedenken zeigen sich jedoch bei der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Wahlverfahrens, welches der Gesetzgeber zeitnah einer Neuevaluation unterziehen sollte.

### III. Ergebnis

Die Rechtsfindung im Revisionsverfahren vollzieht sich in einem für den unbefangenen Beobachter und auch die Parteien nur schwer einsehbaren Raum. Durch die ausschließliche Postulationsfähigkeit der am BGH zugelassenen Rechtsanwälte wird neben den gesetzlichen Zugangsvoraussetzungen in den §§ 542 ff. ZPO ein institutioneller *gatekeeper* zum Schutz des Revisionsgerichts vor Überlastung installiert. Trotz nachhaltiger Bedenken hinsichtlich der Ausgestaltung des Wahlverfahrens ist eine spezialisierte Revisionsanwaltschaft – auch im internationalen und rechtshistorischen Vergleich – dabei ein probates Mittel zur Qualitätssicherung, weil wenigstens ein Teil der unzulässigen oder ersichtlich aussichtslosen Rechtsmittel die Pforte des Revisionsgerichts nicht erreichen und die Aufbereitung der übrigen Verfahren den wissenschaftlich-forensischen Erfordernissen des Revisionsverfahrens genügt. Die Singularzulassung sichert durch eine Quersubventionierung von Verfahren mit hohem und niedrigem Streitwert zudem, dass Verfahren unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung in der für das Revisionsverfahren erforderlichen materiellrechtlichen und prozessualen Tiefe aufgearbeitet werden.

Die Abgeschlossenheit der Rechtsfindung durch den Dialog zwischen Revisionsrichtern und Revisionsanwälten bedingt indes auch, dass die Eigengesetzlichkeiten vor dem Höchstgericht für Außenstehende nicht immer verständlich sind. Das Verhältnis der am Revisionsverfahren Beteiligten bildet vielmehr einen abgeschlossenen, von externen Einflüssen weitgehend freibleibenden Privatrechtskosmos. Dieser Umstand wird dadurch verstärkt, dass sich die stark auf Konvention beruhenden Usancen der revisionsgerichtlichen Begründungspraxis<sup>131</sup> mehrheitlich zwischen Richterschaft und Anwaltschaft herausentwickelt haben und der ZPO selbst nur in Ansätzen zu entnehmen sind. Die starke Homogenität der Revisionsrichterschaft und -anwaltschaft mit einer Sozialisierung im gehobenen Bürgertum und einer Affinität zur rechtswissenschaftlichen Streitentscheidung und Normbildung im Zivilprozess trägt dabei entscheidend dazu bei, dass die Streitkultur am Revisionsgericht weniger durch ideologisch aufgeladene Kontrapunkte und mehr durch ein dogmatisch-technisches Rechtsgespräch gekennzeichnet ist – mit entscheidendem Einfluss auf den Begründungsstil höchstrichterlicher Entscheidungen.

<sup>131</sup> Dazu schon sub § 4. I. und II.

## §7 Über den Stil und die Veröffentlichungspraxis höchstrichterlicher Entscheidungen

„Never give your reasons –  
for your judgment will probably be right,  
but your reasons will certainly be wrong.“<sup>1</sup>

### I. Die Begründung von Revisionsurteilen

Das Produkt revisionsgerichtlicher Rechtsfindung manifestiert sich in der Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen. Aus dem Rechtsstaatprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG, der Rechtsschutzgarantie gem. Art. 19 Abs. 4 GG, dem Demokratieprinzip sowie dem Grundsatz des fairen Verfahrens folgt dabei grundsätzlich eine Pflicht zur Begründung richterlicher Entscheidungen.<sup>2</sup> Auch wenn sich die ZPO zum Aufbau und zur Begründungstechnik eines Urteils nur sehr punktuell verhält,<sup>3</sup> hat die Konvention am RG und BGH dazu geführt, dass Revisionsurteile einem spezifischen Begründungsaufbau und -stil folgen. Ausgehend von der höchstgerichtlichen Funktionsbelegung im öffentlichen Interesse sind Revisionsurteile vorrangig nicht an die Parteien gerichtet, um diese – auf Verständlichkeit bedacht – von der Entscheidung zu überzeugen.<sup>4</sup> In seinem abstrahiert-dogmatischen Duktus adressieren revisionsgerichtliche Entscheidungen prinzipialiter rechtskundige Fachkreise, die in ihrer Funktion als Rechtsanwender sicherstellen, dass die Rechtsprechung des BGH in Theorie und Praxis appliziert wird. Die rechtsbefriedende Funktion gegenüber den Parteien wird demgegenüber zwar nicht aufgegeben, aber in den Hintergrund gedrängt, da diese durch den abstrakt-formalen, syllogistischen Stil des Urteils weder unmittelbar angesprochen werden

<sup>1</sup> *Lord Mansfield*, zitiert bei *Campbell*, *The Lives of Chief Justices*, vol. 3, S. 481.

<sup>2</sup> Ausführlich *Lücke*, *Begründungszwang und Verfassung*, S. 37 ff.; *Brink*, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung*, S. 46 ff. Zu den verfassungsrechtlich zulässigen Ausnahmen bei letztinstanzlichen Entscheidungen vgl. schon sub § 4. I. 4.

<sup>3</sup> Vgl. insbesondere §§ 313 ff., 540 ZPO. Grundlegend hierzu und zum Folgenden: *Fischer FS Werner*, S. 517 ff.; *ders.* *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, S. 484 f., 496 ff.; *Krefeld*, *Fachwort und Alltagssprache – zum Stil richterlicher Argumentation am Beispiel einer BGH-Entscheidung*, in: *Spillner (Hrsg.)*, *Stil in Fachsprachen*, S. 94 ff.

<sup>4</sup> Dies zeigt sich auch daran, dass gerade die im Individualinteresse geführten Verfahrensrügen nicht in jedem Fall begründet werden müssen (§ 564 S. 1 ZPO), was verfassungsrechtlich unbedenklich ist (näher *Lücke*, *Begründungszwang und Verfassung*, S. 194 ff., 223) und auch für Gehörsrügen gem. Art. 103 Abs. 1 GG gilt (vgl. *BGH NJW 2005*, 1432).

noch in der abstrahierten Lösung rechtsgrundsätzlicher Fragen erkennen können, weshalb sie im Rechtsstreit obsiegt haben oder unterlegen sind.

### 1. Formaler Aufbau

Der Revisionsentscheidung vorangestellt sind die amtlichen, vom jeweiligen Senat aufgestellten Leitsätze in einem autoritativ-feststellenden Stil. Das ‚Ergebnis‘ der juristischen Arbeit wird für die Allgemeinheit damit visuell vorangestellt,<sup>5</sup> was den Rechtsquellencharakter<sup>6</sup> von Revisionsurteilen und deren Rechtsfortbildungsfunktion unterstreicht. Damit hebt sich der BGH von Entscheidungen des RG deutlich ab, welche entweder nur ein kurzes Stichwort zum Verfahrensgegenstand mitteilten<sup>7</sup> oder das jeweilige Rechtsproblem als Frage formulierten.<sup>8</sup> Regelmäßig wird im Rahmen eines Leitsatzes an den bisherigen Rechtsprechungsacquis angeknüpft, indem entweder eine ‚Fortführung‘ oder der ‚Anschluss‘ an eine bestehende Judikatur, die ‚Aufgabe‘<sup>9</sup> einer älteren Rechtsprechungslinie, eine ‚Präzisierung‘ von oder eine ‚Abgrenzung‘<sup>10</sup> zu anderen Judikaten vorgenommen wird.

Die eigentliche Entscheidung ergeht ‚von Rechts wegen‘. Nach einem gedrängten Tatbestand, der – im Gegensatz zur Rechtsprechungspraxis im common law und mit deutlicher Nähe zur französischen Kassationspraxis – idealiter nur aus den für das Verständnis der Revisionsentscheidung unbedingt notwendigen Informationen und einer kurzen Schilderung des Prozessverlaufs besteht, werden zunächst die maßgeblichen Gründe des Berufungsgerichts referiert. Um einen möglichst hohen Abstraktionsgrad zu erreichen, wird der konkrete Fallbezug zugunsten einer „systematisch-dogmatischen Perspektive“ weitgehend verdrängt,<sup>11</sup> Namen, Orte und Daten, die Rückschlüsse auf die Parteien erlauben könnten, werden eliminiert, sodass der Tatbestand der abstrakten Schilderung eines Rechtsproblems ähnelt.

---

<sup>5</sup> Teilweise werden Entscheidungen, die vom Revisionsgericht nicht mit amtlichen Leitsätzen versehen wurden, mit redaktionellen Leitsätzen der publizierenden Zeitschrift versehen (vgl. z. B. BGH NJW 2021, 1818).

<sup>6</sup> *Hirte*, Der Zugang zu Rechtsquelle und Rechtsliteratur, S. 52.

<sup>7</sup> Z. B. RGZ 88, 1; näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 101; *Kötz RabelsZ* 1973, 245, 259 f.

<sup>8</sup> Z. B. RG 88, 21 sub 2; allein in den internen Präjudizienbüchern wurden Aussage-Leitsätze aufgenommen (näher hierzu *Hirte*, Der Zugang zu Rechtsquelle und Rechtsliteratur, S. 53). Für eine Rückkehr zu diesem Modell plädierend noch *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, S. 268, 280 ff.; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 185; *ders.* JZ 1962, 513 ff.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 2022, 790 Ls. 1 und Rn. 19; NJW 2012, 2427 Ls. 2 und Rn. 33 sowie BeckRS 2023, 19766 Ls. 2 und Rn. 23. S. ferner BGH, Urt. v. 11.07.2023 – II ZR 116/21, juris, mit der eine seit 70 Jahren bestehende Rechtsprechung zum Gesellschafterausschluss in der GmbH (BGHZ 9, 157, 174) aufgegeben wurde.

<sup>10</sup> Z. B. BGH NZG 2019, 225 – Abgrenzung zu BFHE 141, 443.

<sup>11</sup> *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 4, 185.

Auch die sich anschließenden rechtlichen Erwägungen des Revisionssenats sind sowohl hinsichtlich ihrer Gliederungsstruktur als auch hinsichtlich ihres Begründungsstils nüchtern: Ungeklärte Rechtsfragen und gerügte Rechtsfehler des Berufungsgerichts werden im Rahmen eines juristischen Fachvotums konsekutiv abgearbeitet.<sup>12</sup> Diese Nüchternheit wird durch die Anonymisierung der Parteien und die fehlende Sichtbarkeit der einzelnen Mitglieder des Spruchkörpers noch einmal verstärkt. Dem Revisionsgericht liegt dabei das Konzept des Einheitsvotums<sup>13</sup> zugrunde; *dissenting opinions* existieren nicht,<sup>14</sup> der Ich-Bezug des common law-Richters<sup>15</sup> tritt vollständig hinter den Kollegialspruchkörper zurück, welcher eine Rechtsfrage nach deduktiv-wissenschaftlicher Methode löst. *Wetter*<sup>16</sup> charakterisiert das deutsche Revisionsurteil aus US-amerikanischer Perspektive daher als „solid, conclusive and solemn *Staatsakt*“ bzw. „scholarly, detached, thorough and broad writings of expert craftsmen“.<sup>17</sup>

## 2. Syllogistischer Stil der Entscheidungsfindung

Der Begründungsstil des BGH wirkt daher sachlich, pathoslos und technisch-formal.<sup>18</sup> Dabei tritt die juristische Gutachtenform als Kernelement des juristischen Studiums und die darin angeübte, ‚wissenschaftliche‘ Methode der Rechtsfindung klar hervor.<sup>19</sup> Das Recht wird weder diskursiv-tastend fortgeschrieben, wie es dem Stil von Höchstgerichten im common law entspricht, noch in Tradition des französischen Kassationsrechts apodiktisch festgestellt, sondern unter Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien, bestehender Rechtsprechung und Lehr-

<sup>12</sup> Exemplarisch z. B. BGH NJW 2019, 311 ff.

<sup>13</sup> Seinen Ursprung findet dieses Einheitsvotum in der historischen Schule und dem wissenschaftlichen Positivismus des 19. Jahrhunderts, vgl. *von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 130, wonach der Judikative selbst kein schöpferischer Akt innewohnt, sondern die Rechtsfindung allein aus historisch-wissenschaftlicher Erkenntnis gezogen wird. Umfassend hierzu *Maultzsch*, Einheitsvoten und Votenmehrheit als Begründungsformen für höchstgerichtliche Zivilentscheidungen, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 499, 501 f.

<sup>14</sup> *Zweigert* (Gutachten D zum 47. DJT, D 1 ff.) forcierte Ende der 1960er Jahre die Einführung von *dissenting opinions* bei den obersten Bundesgerichten, wobei der Vorschlag indes nie nachhaltigen Einfluss auf die rechtspolitische Debatte hatte.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu *Drewry/Blom-Cooper/Blake*, *The Court of Appeal*, S. 123 ff., für das englische Recht und die Einflüsse der europäischen Rechtsordnung hierauf.

<sup>16</sup> *Wetter*, *The styles of appellate judicial opinions*, S. 26, der (aaO, S. 71) anfügt, diese seien „like notes and instructions by a teacher or a superior [...] to students and subordinates“.

<sup>17</sup> Zur Bedeutung des Auditoriums für juristische Urteile umfassend und rechtsvergleichend *Garoupa/Ginsburg* 47 *Colum. J. Transnat'l L.* 451 ff. (2009).

<sup>18</sup> Umfassend *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 99 f.; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 188 f.; *Fasching*, Probleme des Revisionsverfahrens, S. 22 f., der den Urteilen des BGH einen „lehrbuchartigen Charakter“ attestiert.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 2019, 310, 311: „Das RG hat [...] entschieden]. Demgegenüber hat der BGH [...] ausgeführt [...]]. Nach ganz überwiegender Ansicht der Rechtsliteratur [...]]. Der Senat entscheidet die Rechtsfrage wie folgt: [...]“.

meinungen systematisch aus dem geltenden Rechtskorpus herausgearbeitet und gleichzeitig in Sinnbezug zum Rechtsprechungs-acquis gesetzt. Auch Rechtsfehler des Berufungsgerichts werden im Rahmen eines Subsumtionsgutachtens unter Bezugnahme auf die entgegenstehende Rechtsprechung bzw. unter Darlegung eines inhaltlichen Widerspruchs in der Begründung des Berufungsurteils autoritativ festgestellt.<sup>20</sup>

Ist eine ungeklärte Rechtsfrage zu entscheiden, erfolgt eine – teilweise fast hölzern wirkende – Darstellung des juristischen Meinungsbildes; im Anschluss stellt der Revisionsenat seine Entscheidung im Urteilsstil fest, gefolgt von einem Argumentationsapparat.<sup>21</sup> Die Darstellung der Streitentscheidung erfolgt lehrbuchmäßig,<sup>22</sup> wenn auch bisweilen auf Kosten des Stils und der Lesbarkeit. Dabei wird nicht nur auf die Gesetzesmaterialien und das gesamte bestehende Fallrecht verwiesen, sondern auch auf das Meinungsbild in der Literatur und die in den unteren Instanzen vertretenen Rechtsansichten rekurriert. Dies verdeutlicht, dass der BGH in der Tradition der Kameraljurisprudenz mit ihrem engen Austausch zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft steht,<sup>23</sup> wonach auch der Richter ‚gelehrtes Recht‘ schafft.

### 3. Bewertung

#### a) Blutleere Literaturfriedhöfe?

Kritiker attestieren der Revisionspraxis daher einen Stil, der „blutleer, trocken und unlebendig“<sup>24</sup> ist, wobei der – insbesondere in den letzten 20 Jahren geformte – Anspruch des BGH, jede Literaturmeinung und jedes Instanzurteil umfassend in die Entscheidungsgründe aufzunehmen, manches Revisionsurteil zu einem „Lite-

<sup>20</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 2022, 2682 Rn. 5 ff.

<sup>21</sup> Dawson, *The Oracles of the Law*, S. 505, kommentiert dazu: „German judicial opinions are still written in a stiff and oracular style inherited from an earlier time when judges were striving to demonstrate their competence in legal ‚science‘.“ S. ferner zum Urteils syllogismus *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, S. 45 ff.

<sup>22</sup> Beispiel: BGH NJW 2019, 310, 312, zur Frage der Bindungswirkung des Prozessvergleichs für den Rechtsnachfolger mit Bezug auf Wortlaut – Systematik – Teleologie: „[21] Indem § 265 II 1 ZPO bestimmt, dass [...]. [22] Entscheidend [...] spricht die Systematik der in § 265 II ZPO enthaltenen Regelungen [...]. [24] [Aber] der ratio des § 265 II ZPO liefe ein solches Ergebnis zuwider [...].“ Im Kanon der klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie) ist dabei meist kein eindeutiges Hierarchieverhältnis erkennbar (vgl. jedoch die neuere Studie bei *Reichelt*, *Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofes – Eine empirisch-deskriptive Analyse*, S. 1 ff.).

<sup>23</sup> Näher *Fischer* JZ 2010, 1077, 1078. *Levin Goldschmidt* war z. B. nicht nur Richter am ROHG/BOHG, sondern auch Rechtsprofessor, der als Begründer der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR, 1858), als Autor des bedeutenden *Handbuchs zum Handelsrecht* (1864–1868) sowie als Mitglied der Vorkommission zum BGB auf die Fortentwicklung des deutschen Zivilrechts entscheidenden Einfluss hatte (umfassend zur Person *Weyhe*, *Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland* [passim]).

<sup>24</sup> *Lashöfer*, *Zum Stilwandel in richterlichen Entscheidungen*, S. 87.

raturfriedhof<sup>25</sup> macht. Neben dem hohen Abstraktionsgrad der zivilrechtlichen Kodifikationen und der Fortführung tradierter Begründungskonventionen hat daran auch die Sozialisierung der Revisionsrichterschaft und -anwaltschaft<sup>26</sup> sowie die Struktur des juristischen Studiums entscheidenden Anteil.<sup>27</sup> Ferner dürfte die Argumentationsstruktur dem vorerwähnten, in Deutschland noch immer vorherrschenden Gedanken geschuldet sein, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft würden Recht letztlich nach denselben Regeln einer wissenschaftlich-dogmatischen Jurisprudenz „finden“.<sup>28</sup> Nach R. Stürner kann die Ausdifferenzierung der Entscheidungsfindung zudem – sowohl auf der Ebene des Gesetzesrechts als auch der gesetzlichen Anwendung durch den Richter – in den hegelianischen Resten der deutschen Rechtstradition und dem Glauben an die einzige richtige Entscheidung gefunden werden, wohingegen in anderen Rechtsordnungen der Gedanke mehrerer rechtlich vertretbarer und in diesem Sinne ‚zutreffender‘ Entscheidungsmöglichkeiten vorherrscht.<sup>29</sup> Diese Eigenheit der deutschen Rechtsfindung wird auch im Ausland registriert; ein US-amerikanischer Beobachter bemerkte jüngst die „obsession with the German Supreme Court with references“.<sup>30</sup> Auch französische Autoren betonen die Nähe und Verwobenheit der Revisionspraxis mit der Jurisprudenz und verorten den revisionsgerichtlichen Urteilsstil dabei in der Nähe eines Rechtsgutachtens („dissertation“).<sup>31</sup>

### b) Pleonastischer Begründungs- und Zitierstil

Auch wenn durch den intensiven Diskurs zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Rechtswissenschaft – wie Savigny es formulierte – das „Hauptübel unsres Rechtszustandes“ aufgrund einer „stets wachsenden Scheidung zwischen Theorie und Praxis“ durch „Herstellung ihrer natürlichen Einheit“ überwunden werden kann,<sup>32</sup> ergibt sich bei der Bewertung der revisionsgerichtlichen Begrün-

<sup>25</sup> So schon *May* DRiZ 1989, 458; *Hattenbauer*, Die Kritik des Zivilurteils, S. 142 ff.; vgl. für die österreichische und Schweizer Perspektive *Oberhammer* AcP 2014, 155, 169.

<sup>26</sup> Vgl. schon sub § 6. I. 3. und II. 4.

<sup>27</sup> Ausführlich aus historischer Perspektive *Roellecke* DRiZ 1983, 258 ff., auch zur teilweise gegenteiligen Entwicklung in Preußen (vgl. Einl. I § 6 des Preußischen ALR: „Auf Meinungen der Rechtslehrer, [...] soll, bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden.“). Instruktiv aus rechtsvergleichender Perspektive wiederum *Oberhammer* AcP 2014, 155, 173.

<sup>28</sup> *Oberhammer* AcP 2014, 155, 180 f.

<sup>29</sup> *Stürner*, Podiumsdiskussion, in: Rechtsstaat – Rechtsmittelstaat?, S. 122, 141; ähnlicher Befund auch bei *Münchbach* FS Stürner, Bd. 1, S. 389 („infektiöse Perfektionitis“).

<sup>30</sup> *Gelter/Siems* 62 Am. J. Comp. L. 35, 80 (2014); s. ferner *dies*. 21 Sup. Ct. Econ. Rev. 215 (2013); andere Autoren heben den „excessive degree of abstraction found in German legal writing“ hervor (vgl. *Markesinis* 12 Common Law Review 47, 52 [2012]).

<sup>31</sup> *Fromont/Ries*, Introduction au droit allemand I: Les fondements, S. 208 („L'influence de la doctrine sur la jurisprudence est particulièrement apparente en Allemagne. On sait que les jugements et arrêts se présentent sous une forme qui, en France, serait qualifiée de ‚dissertation.‘“); s. ferner *Kötz* FG Merryman, S. 183, 193.

<sup>32</sup> von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, S. xxv. Vgl. zudem *Cordell v. Second Clanfield Properties Ltd* [1969] 2 Ch. 9 zum divergierenden Verständnis in England: „The process of authorship is entirely different from that of judicial decision. The author, no doubt,

dungspraxis ein gemischtes Bild. Revisionsurteile, die vorrangig grundsätzliche Rechtsfragen für die Allgemeinheit klären sollen, müssen das relevante Meinungsspektrum aufgreifen und adressieren. Sie sollen jedoch kein pleonastisches Repetitorium liefern, zumal durch einen bisweilen zu konstatierenden, aufgeblähten Zitationsapparat mit letztlich redundanten Nachweisketten<sup>33</sup> nicht nur die Übersichtlichkeit, sondern auch die klare Gedankenführung leidet.<sup>34</sup>

Von dem in der Geschäftsordnung des BGH selbst niedergelegten Grundsatz, Tatbestand und Entscheidungsgründe „klar und möglichst kurz abzufassen“ und sich „auf das Wesentliche und auf den Gegenstand der Entscheidung zu beschränken“,<sup>35</sup> hat sich die revisionsgerichtliche Praxis damit weit entfernt. Ein Zivilgericht, das sich der Idee verschrieben hat, alle – teilweise noch nicht einmal rechtskräftigen<sup>36</sup> – Instanzurteile, Gesetzesmaterialien und Literaturmeinungen in seinem Urteil zu verarbeiten, läuft daher Gefahr, seine Aufgabe zur Rechtklä rung und Rechtsfortbildung aus den Augen zu verlieren, wobei selbst der versierte Leser in der Masse an Fundstellen keinen Überblick mehr hat.<sup>37</sup> Ob *Stendhal* die Lektüre von BGH-Entscheidungen uneingeschränkt empfohlen werden könnte,<sup>38</sup> erscheint daher fraglich.

Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass – anders als etwa im common law<sup>39</sup> – in der Revisionspraxis nicht immer eine differenzierte Auseinander-

has the benefit of a broad and comprehensive survey of his chosen subject as a whole, together with a lengthy period of gestation, and intermittent opportunities for reconsideration. But he is exposed to the peril of yielding to preconceptions, and he lacks the advantage of that impact and sharpening of focus which the detailed facts of a particular case bring to the judge. Above all, he has to form his ideas without the aid of the purifying ordeal of skilled argument on the specific facts of a contested case. Argued law is tough law.“

<sup>33</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 2018, 3178, 3179, zur Vererblichkeit des sog. digitalen Nachlasses mit Verweis auf 18 zustimmende und drei ablehnende Literaturmeinungen sowie aaO (Rn. 48) mit Verweis auf 21 Literaturstellen mit im Wesentlichen gleichem Inhalt.

<sup>34</sup> Exemplarisch BGH NJW 2020, 208 ff. Schon *Heitmann* (NJW 1997, 1826, 1827) bemerkte: „Die Auseinandersetzung mit zahlreichen akademischen Rechtsansichten sowie quälend lange Entscheidungs- und Literaturzitate überwuchern die fallbezogene Argumentation und beeinträchtigen ihre Verständlichkeit.“ Vgl. ferner *Gottwald*, Die Begründung von Gerichtsentscheidungen in Deutschland – aus Sicht der Praxis und der Wissenschaft, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 139, 146.

<sup>35</sup> § 13 Abs. 1 GO BGH v. 03.03.1952 (BAnz Nr. 83, 9). Kritisch auch schon *Fischer* (Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Lutter/Simpel/Fischer [Hrsg.], *Gesammelte Schriften*, S. 3, 4), wonach der Revisionsrichter kein Wissenschaftler ist und ihm „die Beobachtung und Beurteilung der Rechtswirklichkeit an Hand der einzelnen zur Entscheidung gestellten Tatbestände“ obliegt.

<sup>36</sup> Vgl. etwa BGHZ 168, 28 ff.; BGH NJW 2020, 208 Rn. 104.

<sup>37</sup> Z. B. in BGH NJW 2020, 208 Rn. 104.

<sup>38</sup> *Stendhal* soll sich in seiner Begeisterung über den Stil des Code Civil beim Abfassen seines Romans *La Chartreuse de Parme* wie folgt geäußert haben: „En composant *La Chartreuse* pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d’être toujours naturel; je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l’âme du lecteur“ (Lettre de Stendhal à Balzac, 1840; für den Textnachweis und zum Ursprung des Zitats vgl. *Newman* 43 *The French Review* 434 [1970]; s. aus der älteren deutschen Literatur zudem *May DRiZ* 1989, 458).

<sup>39</sup> Vgl. hierzu die vergleichende Studie zu den englischen Obergerichten bei *Markesinis* 59

setzung mit bestehendem Fallrecht oder wissenschaftlichen Lehrmeinungen aufgebaut wird. Der extensive Gebrauch vergleichender Bezugnahmen („vgl.“, „vgl. auch“, „vgl. hierzu“<sup>40</sup> bzw. „s. auch“, „s. hierzu“<sup>41</sup> oder „ebenso“<sup>42</sup>) ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit der referenzierten Quelle bietet nur geringen Erkenntnisgewinn für die Entscheidung der Rechtsfrage oder ein in sich stimmiges Argument, da die Autorität eines Urteils aus sich selbst und der kohärenten Begründung sprechen sollte.<sup>43</sup> Ebenso wenig zielführend sind salvatorische Sammelverweise auf abweichende Meinungen ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit deren Argumenten.<sup>44</sup> Insoweit hat der Begründungsstil englischer Höchstgerichte mit einer intensiven inhaltlichen Auseinandersetzung ausgewählter Quellen („more is less“<sup>45</sup>) durchaus seine Vorzüge. Bisweilen gewinnt man bei der Lektüre von Revisionsentscheidungen den Eindruck, diese müssten sich – frei nach *Hobbes* Erkenntnis „auctoritas non veritas facit legem“<sup>46</sup> – zur Absicherung der eigenen Legitimität mit einer Vielzahl an Rechtsprechungs- und Literaturmeinungen ‚bewaffnen‘.<sup>47</sup> Nach *Schönberger* dienen dabei insbesondere die „selbstreferentiellen Kettenverweise [...] der Selbststabilisierung der Gerichte und ihrer Vergewisserung über Kohärenz und Kontinuität der eigenen Rechtsprechung“<sup>48</sup>.

### c) Hypertrophe Leitsatzkultur

Kritikwürdig erscheint zudem die – vermehrt im neuen Jahrtausend zu beobachtende – hypertrophe Leitsatzkultur, die sich von ihrem ursprünglichen Zweck, die maßgeblichen Rechtsfragen für den juristisch versierten Leser prägnant zusam-

---

Cambridge L. J. 294, 296 f. (2000), der aaO (299 ff.) darlegt, dass auch ökonomischen Argumenten in der englischen Gerichtspraxis eine größere Bedeutung zukommt als in deutschen Urteilen der Ober- und Höchstgerichte.

<sup>40</sup> In BGH NJW 2020, 208 ff. an 76 Stellen verwendet.

<sup>41</sup> In BGH NJW 2020, 208 ff. an 29 Stellen verwendet.

<sup>42</sup> In BGH NJW 2020, 208 ff. an 12 Stellen verwendet.

<sup>43</sup> Nach *Heitmann* (NJW 1997, 1826, 1827) liegt ein Grund für den exponentiellen Begründungsstil im historisch belasteten Verhältnis der Bevölkerung zum Höchstgericht, weshalb zur „Legitimitätsverstärkung“ auf die Wissenschaft als „noch allgemein akzeptierte Autorität“ verwiesen wird.

<sup>44</sup> Beispielhaft BGH NJW 2020, 208 Rn. 43 („aA insbes. [...]“). Gleiches gilt für einen salvatorischen Verweis auf ausländische Entscheidungen, insbesondere auf den OGH (sog. Ornamental Cross-Citations), näher hierzu *Gelter/Siems* 62 Am. J. Comp. L. 35, 80 (2014).

<sup>45</sup> S. dazu etwa die Begründung des *ICLR* (<https://www.iclr.co.uk/knowledge/case-law/case-law-sometimes-less-is-more/> [22.08.2023]).

<sup>46</sup> Dazu *Rhonheimer* 86 ARSP 484 ff. (2000).

<sup>47</sup> Darauf weist bereits *Kötz* (FG Merryman, S. 183, 194) hin. Pointiert auch *Gelter/Siems* 62 Am. J. Comp. L. 35, 81 f. (2014): „Citations of this type are, in the academic legal literature, used to steer the reader to a source for broader information about the topic discussed by the author. A legal author would thus facilitate further research by the reader. Opinions written by courts obviously do not have this function. The purpose, from the perspective of the judge or clerk drafting the opinion would then seem to be to strengthen the authority of the court in the legal community by showing how well the opinion is researched, and thus to guard the court against criticism, even if the result is fairly obvious.“

<sup>48</sup> *Schönberger* VVDStRL 71 (2012), 296, 321.

menzufassen und einen schnellen Überblick über die maßgeblichen Rechtsfragen zu geben, entfernt hat.<sup>49</sup> In einer aktuellen, gut 100 Seiten langen Entscheidung zum Rechtsdienstleistungsrecht<sup>50</sup> sah sich der VIII. Zivilsenat etwa veranlasst, seiner Entscheidung sechs amtliche Leitsätze im Umfang von drei DIN-A4-Seiten als *destillata* der Rechtsfindung voranzustellen. Eine Entscheidung des VII. Zivilsenats zum Werkvertragsrecht bringt es sogar auf zehn (Unter-)Leitsätze.<sup>51</sup> Bereits *Esser* bemerkte dazu mit Blick auf die Leitsatzpraxis in den Anfangsjahren der Bundesrepublik,<sup>52</sup> dass damit die rechtliche Aussage zu sehr vom zugrunde liegenden Sachverhalt abstrahiert wird und die Gefahr in sich trägt, in ihrem Aussagegehalt verfälscht zu werden, zumal amtliche Leitsätze des Revisionsgerichts in den unteren Instanzen – nicht zuletzt aufgrund der Entscheidungslänge schon aus Zeitgründen – schematischer appliziert werden als etwa höchstrichterliche Entscheidungen im common law.<sup>53</sup>

#### 4. Die Entscheidungslänge

Die Tendenz zu einer ausufernden Begründungslänge und Leitsatzperfektionierung ist daher schon seit längerem Gegenstand von Kritik.<sup>54</sup> Eine exemplarische Untersuchung (Abb. 18) der in der amtlichen Entscheidungssammlung abgedruckten Judikate zwischen den Jahren 1950 und 2019 zeigt dabei, dass sich die durchschnittliche Begründungslänge nahezu verdoppelt, die Zahl der in der offiziellen

<sup>49</sup> Kritisch auch *Gottwald*, Die Begründung von Gerichtsentscheidungen in Deutschland – aus Sicht der Praxis und der Wissenschaft, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 139, 148; *Hattenbauer*, Die Kritik des Zivilurteils, S. 144 ff.; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 2 ff.; *Herschel* FS 25 Jahre BAG, S. 201, 203 ff. S. ferner die aktuelle Analyse zur Leitsatzpraxis im Gesellschaftsrecht bei *Schwarz* ZfPW 2023, 343 ff.

<sup>50</sup> BGH NJW 2020, 208. Ob dabei eine Gliederung bis hin zur zehnten Unterebene (z. B. II.2.d)cc)(2)(d)(cc)(ccc)(β)(αα)) inhaltlich oder stilistisch notwendig ist, kann in Zweifel gezogen werden.

<sup>51</sup> BGHZ 218, 1 ff.; s. ferner BGH BeckRS 2022, 19591.

<sup>52</sup> *Esser* JZ 1962, 513, 516 („Die falsch eingeschätzte abstrakte Wirkung der Präjudizien würde zwangsläufig zu einer weiteren Verflachung der rechtlichen Begründungsformen und der forensischen Methoden führen. Schon heute wird es uns bewusst, dass diese mit großer redaktioneller Sorgfalt ausgearbeiteten Leitsätze mehr Gefahren als Vorteile bergen, und dass die Rückkehr zu den aus Stichworten und Fragesätzen bestehenden Überschriften der amtlichen Veröffentlichungen der Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen vorzuziehen ist.“); dem folgend *Krielle*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 273 ff.; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 40 ff. S. ferner *Esser*, Argumentations- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen, in: *Wege der Rechtsgewinnung: ausgewählte Aufsätze*, S. 210 ff.

<sup>53</sup> Vgl. etwa *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 101 f., 104 („überschießende Normbildung“), 262 ff. mwN; *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 226 f.; *Hirte*, Der Zugang zur Rechtsquellen und Rechtsliteratur, S. 52 ff.; *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, S. 27 ff.

<sup>54</sup> Hierzu bereits *Münchbach* DRiZ 1983, 311 f. („Der Verlust an Einzelfallgerechtigkeit, der durch den Verzicht auf perfektionistische Überdifferenzierung zuweilen eintreten mag, dürfte durch den Gewinn an durchsichtigerem und effektiverem Rechtsschutz für alle Rechtssuchenden mehr als wettgemacht werden.“); s. ferner *Benda* DRiZ 1979, 357, 362.

BGHZ-Band	1–10	101–110	151–160	211–220
Entscheidungszeitraum	10/1950–05/1953	02/1987–03/1990	05/2002–10/2004	06/2016–01/2019
Anzahl Entscheidungen/ Gesamtseitenzahl	513/4006	486/3994	422/4000	251/3864
Durchschnittliche Entscheidungslänge	7,8 Seiten	8,2 Seiten	9,5 Seiten	15,4 Seiten

Abb. 18: Entscheidungslänge von Revisionsurteilen.

Sammlung aufgenommenen Entscheidungen dagegen halbiert hat.<sup>55</sup> Dabei bewegte sich die Zunahme noch Anfang der 2000er Jahre auf niedrigerem Niveau, erhöhte sich dann allerdings innerhalb von 15 Jahren um knapp 60%.<sup>56</sup>

Auch im internationalen Vergleich sticht die Begründungslänge des BGH deutlich hervor. Die für ihre Kürze berühmten *arrêts* der Cour de Cassation sind selten länger als drei bis vier Seiten.<sup>57</sup> Selbst die zahlenmäßig deutlich geringeren Judikate des UK und US Supreme Court übersteigen – von besonders kontroversen Verfahren abgesehen – in Zivilrechtsstreitigkeiten meist nicht 15–20 Seiten.<sup>58</sup>

In welchem Umfang das reformierte Revisionsrecht für diese Entwicklung verantwortlich ist, kann nur schwer bemessen werden. Entscheidend dürfte jedoch sein, dass eine neue Generation von Revisionsrichtern einen stark diskursiv-explikativen Entscheidungsstil favorisiert, wobei diese Entwicklung durch die zunehmende Europäisierung und Internationalisierung vieler Rechtsmaterien und die damit einhergehende, anwachsende Normdichte sowie eine Flut von in immer kürzeren Abständen eintretenden Rechtsänderungen beflügelt wird – insbesondere das europarechtlich determinierte Verbraucherrecht legt davon ein beredtes Zeugnis ab. Der Entscheidungsstil des BVerfG und die bisweilen hypertrophe Länge verfassungsgerichtlicher Judikate<sup>59</sup> – welche dem Gericht die Unterstellung eingebracht haben, es wolle von der Bevölkerung gar nicht mehr verstanden werden<sup>60</sup> –

<sup>55</sup> Diese Entwicklung dürfte sogar noch stärker ausfallen, da insbesondere neuere Entscheidungen nur gekürzt bzw. mit teilweise nicht unerheblichen Auslassungen in die amtliche Sammlung aufgenommen werden.

<sup>56</sup> Während in einem RGZ-Entscheidungsband in der Regel etwa 70 Entscheidungen versammelt waren, sind es in den derzeitigen BGHZ-Bänden nur noch knapp 25. Vgl. hierzu auch *Nassall* NJW 2018, 3561, 3565, der mit BGHZ 201, 168 auf ein Extrembeispiel verweist (Prüfung der Vereinbarkeit einer Banken-AGB auf 36 Seiten). S. dagegen rechtsvergleichend für den UK Supreme Court: *Andrews*, *The Supreme Court of the United Kingdom: a selective tribunal with the final say in most matters*, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 37, 42 f.

<sup>57</sup> Dazu noch ausführlich sub § 9. VI.

<sup>58</sup> S. noch sub § 10. IV. 2. e) und § 11. II. 6. Allerdings wird auch in den USA die – abnehmende – Lesbarkeit von Supreme Court-Entscheidungen als „judicial gobbledegook“ kritisiert; vgl. *Whalen* 125 Yale L. J. Forum 200 ff. (2009). Zur Entscheidungslänge von Judikaten des US Supreme Court näher *Black/Spriggs* 45 *Houston Law Rev.* 621 ff. (2008).

<sup>59</sup> Vgl. etwa BVerfG NJW 2020, 2235 (332 Randnummern, 6 Haupteitsätze, 15 Leitsätze insgesamt); NJW 2020, 905 (343 Randnummern, 6 Haupteitsätze, 9 Leitsätze insgesamt); NJW 2019, 3204 (320 Randnummern, 5 Leitsätze); NJW 2018, 361 (253 Randnummern, 7 Leitsätze).

<sup>60</sup> So schon *Meyke*, DRiZ 1990, 58, 60.

dürfte ebenfalls dazu beitragen, dass Fachgerichte zu einem Rechtsprechungsperfektionismus neigen. Schließlich ist auch die in revisionsgerichtlichen Urteilen rezipierte Rechtswissenschaft vor der kompulatorischen Anhäufung gesicherter Rechtskenntnisse – wie die exponentiell ansteigende Bearbeitung zivilrechtlicher Rechtsmaterien zeigt<sup>61</sup> – nicht gefeit.

## II. Die inhaltliche Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur

### 1. Hierarchie gerichtlicher Entscheidungen

Mit Blick auf die argumentative Auseinandersetzung bilden noch immer Judikate höher- oder gleichgeordneter Gerichte die wichtigste Erkenntnisquelle und Autorität beim Abfassen eines Revisionschriftsatzes oder -urteils. Die Zitierpraxis ist dabei von einem klaren Hierarchieverständnis geprägt: Urteilen des EuGH und des BVerfG sowie – wenn auch mit einer gewissen Reserviertheit<sup>62</sup> – Judikaten des EGMR wird die größte Bedeutung beigemessen,<sup>63</sup> im Anschluss folgt die Rechtsprechung des eigenen Senats, dann Entscheidungen der übrigen Zivil- und Strafsenate und der weiteren Bundesgerichte, abschließend Urteile der Berufungsgerichte und der Gerichte erster Instanz.<sup>64</sup> Insbesondere der eigenen Senatsrechtsprechung kommt als (nicht bindenden) *de facto*-Präjudizien<sup>65</sup> ein besonderes argumentatives Gewicht zu. Folglich ist der jeweilige Senat häufig bemüht, eine Kontinuität zur bestehenden Rechtsprechung herzustellen, indem an bereits entschiedene Fallkonstellationen angeknüpft wird oder neuere Entscheidungen bewusst von älteren abgegrenzt werden.<sup>66</sup> Auch eine vollständige<sup>67</sup> oder teilweise<sup>68</sup> Aufgabe einer Senats-

---

<sup>61</sup> Die derzeitige Gesamtkommentierung des bürgerlichen Rechts mit Nebengebieten bei *Staudinger* umfasst über 100 Einzelbände auf etwa 70.000 Seiten; die Kommentierung des Münchener Kommentars zum BGB über 35.000 Seiten. Bemerkenswert ist dabei auch der exponentielle Zuwachs bei den juristischen Fachzeitschriften (umfasste die NJW 1950 knapp 1.000 Seiten, waren es bei der NJW 2020 knapp 4.000) und Lehrbüchern.

<sup>62</sup> Näher schon sub § 5. III. 2.

<sup>63</sup> Bzw. des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 Abs. 3 GG).

<sup>64</sup> Für Gesetzgebungsmaterialien und sonstige Normbildungstatsachen ist dagegen kein klares Hierarchieverhältnis erkennbar. Diese werden vielmehr einzelfallbezogen mit unterschiedlicher Intensität berücksichtigt. Näher zu Normbildungstatsachen in der Revisionsinstanz *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 396 ff. mwN.

<sup>65</sup> Vgl. schon sub § 5. V. 1.

<sup>66</sup> Teilweise sind die Zivilsenate bemüht, eine weitreichende Beziehung zur bisherigen Senatsrechtsprechung durch ein *salvatorisches* „vgl.“ herzustellen, obwohl die nunmehr streitgegenständlichen Fragen damit nur lose in Verbindung stehen.

<sup>67</sup> Vgl. z. B. die Entscheidung BGH NJW-RR 2018, 913, mit der der V. Zivilsenat seine Entscheidung in NJW-RR 2011, 1458 aufgegeben hat. Eine solche Vorgehensweise ist häufig zu beobachten, um eine Anrufung des Großen Senats zu vermeiden (vgl. z. B. BGH NJW 2015, 2666).

<sup>68</sup> Z. B. jüngst BGH NJW 2019, 3780.

rechtsprechung wird kenntlich gemacht (*overruling*),<sup>69</sup> ebenso der Anschluss an die bestehende Rechtsprechung eines anderen Senats oder Bundesgerichts. Um die Besonderheiten des entschiedenen Falles hervorzuheben oder eine weitreichende Grundsatzentscheidung zu vermeiden, ergehen teilweise auch ‚präsumtive Abgrenzungsurteile‘, aus denen hervorgeht, weshalb die Entscheidung nicht auf vergleichbare Sachverhaltskonstellationen übertragen werden kann bzw. kein Konflikt zu einer entgegenstehenden Rechtsprechungslinie eines anderen Senats oder Gerichts besteht.

## 2. Bedeutung der rechtswissenschaftlichen Literatur

### a) Grundsatz

Neben der Auseinandersetzung mit bestehendem Fallrecht und Gesetzgebungsmaterialien kommt dem bereits erwähnten Diskurs mit rechtswissenschaftlicher Literatur in der revisionsgerichtlichen Praxis eine entscheidende Bedeutung zu. Diese dient – trotz in jüngerer Zeit gegenläufiger Tendenzen – nicht allein der „gelehrten Ausschmückung“, sondern vor allem auch der Selbstvergewisserung und Stärkung der eigenen richterlichen Autorität hinsichtlich der Richtigkeit einzelner rechtlicher Würdigungen.<sup>70</sup> Naturgemäß gibt es dabei ‚literaturaffinere‘ und ‚rechtsprechungspuristische‘ Senate,<sup>71</sup> was sowohl an der jeweiligen Sachmaterie als auch der Verbundenheit der jeweiligen Senatsmitglieder mit rechtswissenschaftlichen Institutionen liegen dürfte. Im Schwerpunkt orientieren sich die Revisionsenate an den großen Standardkommentaren und auflagenstarken Zeitschriften, welche nicht selten auch als Publikationsmedium für die BGH-Richterschaft selbst dienen. Es gibt dementsprechend – insbesondere im Gesellschaftsrecht – eine Reihe von Rechtsfortbildungen, denen durch die Rechtswissenschaft der Weg bereitet wurde,<sup>72</sup> wobei die Mitglieder des jeweiligen Zivilsenats teilweise selbst wissenschaftlich-publizistisch tätig waren.<sup>73</sup>

Der besondere Stellenwert der rechtswissenschaftlichen Forschung bei der höchstrichterlichen Rechtsfindung entfaltet sich dabei nicht nur in seiner Bedeutung als dogmatisch-autoritative (Rechts-)Erkenntnisquelle, sondern auch im Revisionszulassungsverfahren. Sofern zu einer Rechtsfrage divergierende Literaturmeinungen, aber kein Grundsatzjudikat des BGH existiert, ist die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Das gleiche gilt, sofern eine bestehende Rechtsprechungslinie von (gewichtigen) Stimmen in der Literatur opponiert wird;

<sup>69</sup> Zur Selbstbindung des Revisionsgerichts vgl. bereits sub §5. V. 3.

<sup>70</sup> Kötz RabelsZ 1988, 644, 658.

<sup>71</sup> Insbesondere der II. Zivilsenat gilt als literaturaffin, vgl. näher Müllbert AcP 2014, 188, 211.

<sup>72</sup> Exemplarisch für das Gesellschaftsrecht und den II. Zivilsenat: Ulmer ZGR 1999, 751, 775; Müllbert AcP 2014, 188, 200.

<sup>73</sup> Z. B. Röhricht FS 50 Jahre BGH, S. 83 ff., als Vorläufer zu BGHZ 151, 181 ff., und Goette FS Sigle, S. 145 ff., als Vorläufer zu BGHZ 170, 283 ff.

insoweit erfolgt eine Revisionszulassung, um eine höchstrichterliche Entscheidung zur Verteidigung gegenüber dem rechtswissenschaftlichen Diskurs oder zu deren Aufgabe zu ermöglichen.<sup>74</sup>

### b) Rechtsvergleichende Beobachtungen

Im internationalen Vergleich tritt der besondere Stellenwert der Rechtswissenschaft bei der höchstrichterlichen Entscheidungsfindung dabei deutlich zutage. Revisionsurteile greifen nicht nur in erheblichem Umfang Meinungen in der Jurisprudenz auf, sondern richten sich auch in ihrem Begründungsstil vornehmlich an die rechtswissenschaftliche Gemeinschaft als Adressatenkreis.<sup>75</sup> Englische Urteile<sup>76</sup> sind – wie auch Entscheidungen in den USA<sup>77</sup> – bei einer Bezugnahme auf den rechtswissenschaftlichen Diskurs dagegen deutlich zurückhaltender. Im englischen Recht galt die Berufung auf die Rechtsansicht eines lebenden Rechtslehrers lange Zeit als verpönt,<sup>78</sup> was sich bis Ende des 19. Jahrhunderts in dem Bonmot *better read when dead* widerspiegelte.<sup>79</sup> Selbst zu Beginn des 20. Jahrhunderts vertrat der englische Court of Appeal noch die Ansicht, auf einen Verweis auf Lehrmeinungen sei bei der juristischen Argumentation idealiter zu verzichten:

„[...] I think we ought in this Court still to maintain the old idea that counsel are not entitled to quote living authors as authorities for a proposition they are putting forward, but they may adopt the author's statements as part of their argument.“<sup>80</sup>

Auch wenn diese Grundsätze im 21. Jahrhundert nicht mehr gelten,<sup>81</sup> haben sie doch in ihren Nachwehen dazu geführt, dass die Zitierung von juristischen Fachartikeln nur spärlichen Einzug in den richterlichen Begründungsstil gefunden hat und der akademischen Lehrmeinung noch immer eine deutliche Skepsis entgegengebracht wird.<sup>82</sup> Mit Ausnahme der Werke verstorbener Autoren wie *Bracton*,

<sup>74</sup> Ausführlich schon sub § 4.I.1. und 3. Von Bedeutung erweisen sich auch Gutachten von Hochschullehrern, die zu einer höchstrichterlich ungeklärten Rechtsfrage eingeholt werden. In prozessualer Hinsicht handelt es sich bei deren Vorlage als Privatgutachten indes nur um qualifizierten Parteivortrag (BGH NJW-RR 2008, 1252), den das Gericht gem. Art. 103 Abs. 1 GG zur Kenntnis nehmen und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen muss.

<sup>75</sup> Vgl. hierzu bereits *Holmes* 13 Am. L. Rev. 609, 630f. (1879).

<sup>76</sup> Näher *Twining* 15 J. Soc. P. T. L. 2ff. (1980); *Braun* 58 Am. J. Comp. L. 27ff. (2010); *Forster* 23 Int'l J. Legal Info. 149, 154 (1995).

<sup>77</sup> Zur Entwicklung in den USA vgl. *Kötz RabelsZ* 1988, 643, 654ff.; *ders.* FG Merryman, S. 183, 190ff.

<sup>78</sup> *Union Bank v. Munster* (1887) 37 Law Reports, Ch. D. 51, 54: „It is to my mind much to be regretted, and it is a regret which I believe every Judge on the bench shares, that text books are more and more quoted in Court – I mean of course text-books by living authors – and some Judges have gone so far as to say that they shall not be quoted.“

<sup>79</sup> *Kötz RabelsZ* 1988, 643, 650; *Duxbury* 32 *Amicus Curiae* 25 (2000).

<sup>80</sup> *Greenlands v. Wilmburst* (1913) 29 *Times Law Review* (CA) 685, 687.

<sup>81</sup> Einzelheiten bei *Kötz RabelsZ* 1988, 643, 650f. mwN.

<sup>82</sup> Exemplarisch *Johnson v. Agnex* [1980] AC 367, 395f.: „My Lords, this passage is almost a perfect illustration of the dangers, well perceived by our predecessors but tending to be neglected in modern times of placing reliance on textbook authority for an analysis of judicial decisions. It

*Littleton, Blackstone* oder *Coke*, die durch ihre Autorität Eingang in den Rechtskorpus des common law gefunden haben und denen mitunter eine quasi-legislative Autorität zugeschrieben wird, sprechen Richter den Entscheidungen ihrer Vorgänger selbst dann ein höheres Gewicht gegenüber akademischen Lehrmeinungen zu, wenn diese nicht präjudiziell sind.<sup>83</sup>

Auch in den civil law-Rechtsordnungen des europäischen Kontinents findet sich eine größere Zurückhaltung bei der Verwertung juristischer Lehrmeinungen. Im romanischen Rechtskreis kommt diesen keine autoritative Bedeutung im Zivilverfahren zu; der italienische Gesetzgeber statuiert bis heute: „In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.“<sup>84</sup> Auch der französische Kassationshof setzt sich – zumindest nicht offen – nicht mit Lehrmeinungen auseinander, zumal dessen apodiktischer Begründungsstil ohnehin eine extensive Bezugnahme auf juristische Literatur ausschließt.<sup>85</sup>

### 3. Auseinandersetzung mit ausländischen Judikaten

#### a) Bedeutung der Rechtsvergleichung

Ist die Auseinandersetzung mit deutscher Rechtsprechung und Literatur sowie mit den Entscheidungen von EuGH und EGMR umfassend, wird von einer Bezugnahme auf ausländische Judikate in der revisionsgerichtlichen Praxis eher zurückhaltend Gebrauch gemacht.<sup>86</sup> Dies verwundert zunächst, da es nicht nur in den europarechtlich determinierten Rechtsmaterien, sondern auch im Delikts-, Vertrags-, Familien- oder Erbrecht<sup>87</sup> Herausforderungen gibt, die sich in vielen Rechtsordnungen stellen und daher einen Blick über den nationalen Tellerrand durchaus attraktiv erscheinen lassen.<sup>88</sup> Folglich hat der Stellenwert der Rechtsvergleichung in den letzten Jahren in nahezu allen Staaten der EU signifikant zu-

---

is on the face of it a jumble of unclear propositions not logically related to each other. It is ‚supported‘ by footnote references to cases [...] which are not explained or analysed.“

<sup>83</sup> Näher *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 291 f.

<sup>84</sup> Art. 118 Abs. 3 Disposizioni di attuazione del codice di procedura civile (R. D. 18 dicembre 1941, n. 1368); vgl. zu den historischen Hintergründen *Gorla* FS Rheinsteinst, Bd. I, S. 103 ff.

<sup>85</sup> Näher hierzu *Babusiaux* JZ 2021, 637 ff. sowie noch sub § 9. VI. Größere Ähnlichkeiten zum Begründungsstil des deutschen Revisionsrechts zeigen sich dagegen u. a. beim Schweizerischen Bundesgericht (näher *Forster* 23 Int'l J. Legal Info. 149, 155 f. [1995]).

<sup>86</sup> Grundlegend *Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, S. 144 ff. mit umfangreichen Nachweisen zur Literatur, sowie jüngst *Unberath/Stadler*, Comparative Law in the German Courts, in: Andenæs/Fairgrieve (Hrsg.), Courts and Comparative Law, S. 581 ff.; allgemein aus deutscher Perspektive *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, S. 23 ff.

<sup>87</sup> Vgl. jüngst z. B. *Gössl/ZfPW* 2021, 105 („Der ‚digitale Nachlass‘ im Rechtsvergleich“); eine rein deutsche Diskussion dagegen bei BGH NJW 2018, 3178.

<sup>88</sup> Vgl. *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] 1 AC 460, 488 (per L. J. Goff): „[...] jurists are pilgrims with [the judges] on the endless road to unattainable perfection; and we have it on the excellent authority of *Geoffrey Chaucer* that conversations among pilgrims can be most rewarding“.

genommen,<sup>89</sup> auch wenn – wie schon *Lord Keith of Kinkel* feststellte<sup>90</sup> – keine verkürzend-simplifizierende Übernahme ausländischer Entscheidungen erfolgen sollte.

Daher wird auch die Bedeutung der Rechtsvergleichung – nicht nur als akademischer Orchideenwuchs, sondern auch in ihrer Funktion als Rechtserkenntnisquelle für die judikative Gewalt – heutzutage nicht mehr in Abrede gestellt.<sup>91</sup> Eine Pflicht nationaler Gerichte zur rechtsvergleichenden Urteilsfindung gibt es, von marginalen Ausnahmen abgesehen,<sup>92</sup> indes nicht, auch wenn der BGH bei der Auslegung internationaler Abkommen auf die Bedeutung der Rechtsvergleichung „mit dem Ziel einer möglichst gleichmäßigen Anwendung in allen Vertragsstaaten“ rekurriert.<sup>93</sup> Daher ist die Rechtsvergleichung zwar schon fester Bestandteil der Rechtswissenschaft, als Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungsfindung dagegen noch immer ein im Aufstreben begriffenes<sup>94</sup> Phänomen jüngerer Zeit, obwohl durch das *Réseau des Présidents des Cours Suprêmes*<sup>95</sup> seit 2004 eine Plattform geschaffen wurde, die ausdrücklich auch dem transnationalen Austausch juristischer Ideen zwischen den nationalen Höchstgerichten in der EU dienen soll.<sup>96</sup> Denn nicht zuletzt aufgrund der Angleichung des EU-Rechts auf dem Gebiet des Privat- und Prozessrechts hat sich zwischen diesen bereits eine – wenn auch lose – „transnational judicial community“ herausgebildet.

---

<sup>89</sup> *Mance* 36 *Texas Int. L. Journal* 415 (2001); *Bingham*, *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, S. 1 ff.; *Andenæs/Fairgrieve*, *There is a World Elsewhere – Lord Bingham and Comparative Law*, in: dies. (Hrsg.), *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*, S. 831, 840.

<sup>90</sup> *White v. Jones* [1995] UKHL 5: „Strongly though I support the study of comparative law, I hesitate to embark in an opinion such as this upon a comparison, however brief, with a civil law system; because experience has taught me how very difficult, and indeed potentially misleading, such an exercise can be.“

<sup>91</sup> Umfassend zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Zivilrecht, insbesondere vor dem BGH: *Kötz FS 50 Jahre BGH*, Bd. II, S. 825 ff.; *Drobnig*, in: dies./van Erp (Hrsg.), *The Use of Comparative Law by Courts*, S. 127 ff.; *ders. RabelsZ* 1986, 610 ff.; *Reinbart FS zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg*, S. 599 ff. S. ferner die vergleichenden Analysen bei *Markesinis/Fedtke* (Hrsg.), *Judicial Recourse to Foreign Law* (2006); dies., *Engaging with Foreign Law* (2009).

<sup>92</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 CISG.

<sup>93</sup> Nach Ansicht des BGH (BGHZ 111, 199, 209 f.) gilt, dass „wesentliche Bedeutung bei der Interpretation eines Staatsvertrages [...] dem Verständnis des Abkommens in den anderen Vertragsstaaten beigemessen werden [muss]“. Vgl. z. B. BGH NJW 1976, 1583 und NJW 1979, 493 zum Warschauer Luftbeförderungsabkommen bzw. BGHZ 6, 127; 25, 250; 60, 102; 78, 121; 86, 234; BGH NJW 1971, 2223 zum Seerecht.

<sup>94</sup> Vgl. die nur eine geringe Bedeutung der Rechtsvergleichung attestierenden Befunde bei *Markesinis/Fedtke* 80 *Tulane L. Rev.* 11 ff. (2005); *Canivet* 2006 *Tulane L. Rev.* 80, 1377 ff.; dies. et al. (Hrsg.), *Comparative Law Before the Courts*, S. 1 ff.

<sup>95</sup> <https://www.network-presidents.eu> [19.08.2023]; s. hierzu auch *Claes/de Visser* 8 *Utrecht Law Review* 100 ff. (2012).

<sup>96</sup> Vgl. <https://www.network-presidents.eu/page/network-0> [19.08.2023].

### b) Rechtstatsächlicher Befund

Rechtstatsächlich zählt der BGH noch immer zu den *reluctant comparatists* mit einer vergleichsweise geringen Zitationsdichte ausländischer Entscheidungen als Rechtserkenntnisquelle.<sup>97</sup> Gerade ältere Judikate lassen ausländische Entscheidungen ganz außen vor oder zeigen offene Skepsis gegenüber der Rechtsvergleichung (selbst wenn sie der zitierten Entscheidung im Ergebnis folgen<sup>98</sup>), da diese aufgrund divergierender Rechtstraditionen „nur mit Einschränkungen herangezogen werden“ können.<sup>99</sup> Der größte länderübergreifende Austausch findet dabei mit dem OGH in Wien und der österreichischen Instanzgerichtsbarkeit<sup>100</sup> sowie – wenn auch in geringerem Umfang – mit Judikaten des Schweizerischen Bundesgerichts statt.<sup>101</sup> Neben der sprachlichen Übereinstimmung kann dies auf eine gemeinsame Rechtstradition und – gerade mit Blick auf Österreich – auf Konvergenzen bei der gesetzlichen Ausgestaltung im Bereich des Handels- und Gesellschafts-, Wettbewerbs- sowie Versicherungsrechts zurückgeführt werden.<sup>102</sup> Positiv hervorzuheben ist zudem die Zitierpraxis in marken- und patenrechtlichen Streitigkeiten, in denen – nicht zuletzt aufgrund ihrer internationalen Einbettung – regelmäßig auf ausländische Entscheidungen rekurriert wird.<sup>103</sup> Der I. Zivilsenat des BGH nimmt dabei nicht nur in großem Umfang auf ausländische Entscheidungen Bezug, sondern wird selbst auch umfangreich rezipiert, nicht zuletzt weil viele Judikate zum Patent-, Marken- und Designrecht auch als englische Übersetzung veröffentlicht werden.<sup>104</sup>

Davon abgesehen sind Verweise auf ausländische Entscheidungen in den letzten Jahren überschaubar geblieben und beschränken sich meist auf grenzüberschrei-

<sup>97</sup> Einzelheiten bei *d'Andrea et al.*, *Asymmetric cross-citations in private law*, S. 30, welche ein aktualisiertes Ergebnis der Studie von *Gelter/Siems* 8 *Utrecht L. Rev.* 88 (2012) und *ders.* 21 *Sup. Ct. Econ. Rev.* 215 (2013) liefern. Die Autoren untersuchen dabei das Verhalten von 28 Höchstgerichten in der EU hinsichtlich ihrer Bezugnahme auf ausländische Entscheidungen und klassifizieren die einzelnen Gerichte als ‚true followers‘, ‚true comparatists‘, ‚reluctant followers‘, ‚reluctant comparatists‘ and ‚isolates‘.

<sup>98</sup> So etwa in BGHZ 86, 240 sub 2.

<sup>99</sup> BGHZ 88, 157, 160ff. (zu Art. 29 CMR).

<sup>100</sup> Vgl. – als pars pro toto – BGH NJW 2021, 771; SchiedsVZ 2021, 97; NJW 2020, 328; GRUR 2020, 1306; NJW 2020, 3592; NJW 2019, 2852; ZUM 2018, 364; ZUM-RD 2018, 267; ZUM-RD 2018, 201; r+s 2018, 257; NZG 2017, 261; NJW-RR 2017, 140; r+s 2014, 68. Nach *Gelter/Siems* 62 *Am. J. Comp. Law* 80 (2014) ist die Auseinandersetzung des BGH mit Judikaten des OGH indes eher oberflächlich und nur selten der (einzig) tragende Grund für die gefundene Entscheidung.

<sup>101</sup> Z. B. BGH SchiedsVZ 2019, 150; GRUR 2019, 271; BeckRS 2014, 15813; NJW 2011, 3584; VuR 2011, 433; NJW 2011, 2809; BeckRS 2011, 17893; NJW 2007, 2394.

<sup>102</sup> Daher werden Entscheidungen des OGH in Deutschland auch wissenschaftlich rezipiert, insbesondere im Versicherungsrecht (VersR), im internationalen Zivil- und Privatrecht (IPRax) und im Familienrecht (FamRZ, NZFam).

<sup>103</sup> Z. B. BGH GRUR 2021, 585 mit Verweis auf den englischen High Court, den UK Supreme Court sowie den Hoge Raad der Niederlanden; s. ferner BGH GRUR 2020, 961; GRUR 2016, 257.

<sup>104</sup> Insbesondere durch die Zeitschriften IIC (International Review of Intellectual Property and Competition Law) sowie GRUR Int.

tende Sachverhalte<sup>105</sup> bzw. Verfahren im europäischen Zuständigkeitsrecht<sup>106</sup> oder bei internationalen Familiensachen.<sup>107</sup> Bei rein nationalen Sachverhalten – wie etwa dem (ungenauen<sup>108</sup>) Verweis auf englisches und US-amerikanisches Deliktsrecht bei einer Haftung für *wrongful life*<sup>109</sup> – erfolgt in der Regel nur eine sporadische Bezugnahme. Sofern eine solche vorliegt, wird im Schwerpunkt auf den englischen<sup>110</sup> bzw. US-amerikanischen<sup>111</sup> Supreme Court, den englischen High Court<sup>112</sup> oder Court of Appeal,<sup>113</sup> sowie französische Gerichte (insbesondere die Cour de Cassation<sup>114</sup> oder eine Cour d'Appel<sup>115</sup>) verwiesen. Gelegentlich findet sich auch eine Bezugnahme auf die italienische Corte di Cassazione<sup>116</sup> und den Hoge Raad der Niederlanden.<sup>117</sup>

### c) Bewertung

Insgesamt bewegt sich die Zitationsrate ausländischer Entscheidungen noch immer auf niedrigem Niveau. Meist wird eine solche zudem nur zur Koloration eines bereits gefundenen Ergebnisses bzw. als salvatorische Bestätigung der eigenen Rechtsauffassung herangezogen. Ein Urteil, in dem der BGH ein abweichendes ausländisches Judikat diskutiert und dieses (mit Gegenargumenten) entkräftet, ist

<sup>105</sup> Z. B. BGH NZI 2021, 739, 743 (asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarung in einem Darlehensvertrag; Verweis auf den englischen High Court und Court of Appeal); NJW 2018, 861 (internationale Luftbeförderung; Verweis auf den Supreme Court des Staates New York); NJW 2015, 2328 (Pflicht zur Bedienung von Staatsanleihen trotz Staatsnotstands; Verweis auf den US Supreme Court); NJW 2014, 702 (Auslegung eines ausländischen Vollstreckungstitels im Exekuturverfahren; Verweis auf die französische Cour de Cassation); NJW-RR 2004, 762 (Gerichtsstand bei Rückbeförderung von Transportgut; Verweis auf die Cour d'appel de Poitiers); s. ferner die älteren Entscheidungen BGHZ 109, 29, 34; BGH RIW 1991, 510, 511; RIW 1992, 756; WM 1993, 574, 575; WM 1998, 2300; IPRax 1998, 205.

<sup>106</sup> Z. B. BGHZ 196, 180 Rn. 18; BGH NJW 2011, 2809 Rn. 39; NJW 2007, 3433 Rn. 32 ff.; EuZW 1999, 697.

<sup>107</sup> Z. B. BGH DNotZ 2015, 296 (Anerkennung einer ausländischen Gerichtsentscheidung zur rechtlichen Verwandtschaft; Verweis auf den kalifornischen Supreme Court); NJW-RR 2008, 1169 (Unvereinbarkeit einer israelischen ‚Get-Scheidung‘ mit deutschem ordre public; Verweis auf die französische Cour de Cassation und den kanadischen Supreme Court).

<sup>108</sup> Näher Kötz FS BGH, Bd. II, S. 825, 833.

<sup>109</sup> Vgl. BGH NJW 1983, 1371, 1374, sowie BGHZ 24, 214, 218 f.; 101, 215, 223 (zur rescue doctrine).

<sup>110</sup> BGH NJW 1993, 2688.

<sup>111</sup> Z. B. BGH NJW 1999, 3788; NJW 1996, 1128; NJW 1983, 518; NJW 1976, 1587 (Supreme Court des Staates New York); teilweise wird auch auf einen US District Court verwiesen, vgl. NJW 1982, 524.

<sup>112</sup> BGH NJW 2020, 1962; GRUR 2018, 924; GRUR 2016, 268; GRUR 2015, 159; NJW 1981, 1906.

<sup>113</sup> BGH GRUR 2020, 961; GRUR 2002, 511; für einen Vergleich zwischen der Zitierpraxis am BGH und am englischen Court of Appeal s. *Siems* 21 King's L. J. 152 (2010).

<sup>114</sup> Z. B. BGH NJW 2019, 2313; NJW 2019, 1300; NJW-RR 2005, 908; NJW-RR 2005, 908; NJW 2002, 3335; GRUR 1999, 1113; GRUR 1996, 923; NJW 1996, 1753; NJW 1992, 618.

<sup>115</sup> BGH NJW 2011, 2809; MMR 2010, 211; GRUR Int. 2010, 1065; NJW 1983, 518; NJW 1976, 1587.

<sup>116</sup> BGH ZVertriebsR 2017, 126; NZV 2013, 336; GRUR 2011, 554; NJW 2008, 289.

<sup>117</sup> BGH NZKart 2021, 346; ZUM 2006, 137; GRUR 2000, 699; NJW 1997, 3092.

noch immer eine Rarität.<sup>118</sup> Von der in der rechtsvergleichenden Forschung bereits ausgerufenen „global community of courts“<sup>119</sup> ist man – jedenfalls aus deutscher Perspektive – noch weit entfernt, obwohl gerade innerhalb der EU eine Vielzahl ausländischer Entscheidungen auch in englischer oder französischer Übersetzung vorhanden ist.

Die Kenntnis ausländischer Judikate und die Bereitschaft zu deren Rezeption ist in der Revisionsrichterschaft und -anwaltschaft daher noch nicht umfassend vorhanden,<sup>120</sup> obwohl diese gerade bei den *grands arrêts* mehr in den Kanon der richterlichen Entscheidungsfindung einbezogen werden sollten. Denn ausländische Entscheidungen bieten – bei einer kritischen Auseinandersetzung – nicht nur eine sinnvolle Validierung gefundener Ergebnisse im nationalen Kontext und einen Beitrag zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung,<sup>121</sup> sondern können auch den national geführten Rechtsfindungsdiskurs verschlanken. Dabei wies bereits H. Kötz mit Blick auf die revisionsgerichtliche Tätigkeit darauf hin, die Rechtsvergleichung als Mittel der Rechtsgewinnung könne

„die Einsicht vermitteln, dass gewisse hochgezüchtete Wachstumsspitzen der deutschen juristischen Dogmatik, die sich in den Schneckenhäusern eines nationalen Rechtsraums nur allzu leicht zu entwickeln pflegen, in anderen Ländern ganz unbekannt sind, dass man dort offenbar das gleiche Lebensproblem mit einem bescheideneren Aufwand an begrifflichem Scharfsinn auf befriedigende Weise löst und dass der barocken Begrifflichkeit manch neuer Systembildung oft bei uns weniger die Sorge um die Funktionstüchtigkeit des Rechts in seiner praktischen Bewährung zugrunde liegt, als vielmehr ein gewisser Hang zum Durchleiden theoretischer Kontroversen.“<sup>122</sup>

#### 4. Exkurs: Zitierung von Revisionsentscheidungen durch ausländische Gerichte

Verlässt man dagegen die nationale Binnenperspektive und untersucht die Ausstrahlungswirkung revisionsgerichtlicher Entscheidungen des BGH auf ausländische Gerichte, so

<sup>118</sup> Ein (misslungenes) Beispiel ist BGHZ 131, 332, 337, 344 (Caroline von Monaco II), mit Verweis auf das französische Recht.

<sup>119</sup> *Slaughter* 44 Harv. Int'l. L. J. 191 (2003); *dies.* 40 Virginia J. of Int. Law 1103 (2000); *dies.* 29 U. Richmond L. Rev. 99 (1994).

<sup>120</sup> Vgl. zum Einfluss richterlicher Mentalität auf die Zitierung ausländischer Entscheidungen *Markesinis* 12 Common L. Rev. 47 ff. (2012).

<sup>121</sup> Gerade bei europarechtlich determinierten Materien wäre ein stärkerer Querbezug zwischen den nationalen Gerichten wünschenswert. Eine Auseinandersetzung kommt allein durch den EuGH, der insoweit als Mediator zwischen den nationalen Gerichten fungiert, zustande. Die wechselbezügliche Referenzierung zwischen nationalen Höchstgerichten dürfte dabei vorrangig an der fehlenden Verfügbarkeit ausländischer Urteile, mangelnden Sprachkenntnissen der Richter- und Anwaltschaft sowie fehlenden Übersetzungen liegen, was auch eine wissenschaftliche Auseinandersetzung erschwert. Insoweit wäre es bedenkenswert, Urteile eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts, die die Auslegung oder Anwendung von EU-Recht zum Gegenstand haben, auf einer zentralen Plattform der EU in wenigstens englischer Übersetzung für die europäische juristische Allgemeinheit verfügbar zu machen.

<sup>122</sup> Kötz FS BGH, Bd. II, S. 825, 842; s. ferner die vorhergehenden Untersuchungen bei Mössner AöR 1974, 193, und Drobnig RabelsZ 1986, 610.

dische Rechtsordnungen, zeigt sich ein abweichendes Bild. Nach einer Studie von *d'Andrea et al.*<sup>123</sup> ist der BGH eines der am häufigsten rezipierten Gerichte innerhalb der EU, insbesondere in Österreich, Estland, Frankreich, Griechenland, Lettland, den Niederlanden, Polen, Rumänien und dem Vereinigten Königreich.<sup>124</sup> In quantitativer Sicht ragen insbesondere der OGH sowie die Anträge des Generalanwalts am Hoge Raad der Niederlanden<sup>125</sup> hervor, während die Querverweise auf Entscheidungen des BGH durch andere Gerichte meist im ein- oder niederen zweistelligen Bereich bleiben.<sup>126</sup>

Gerade die Rechtsprechung des österreichischen OGH<sup>127</sup> setzt sich inhaltlich dezidiert mit Judikaten des BGH auseinander,<sup>128</sup> obwohl das österreichische ABGB (1812) deutlich älter ist als das BGB und dieses folglich nicht als „Mutterrecht“ deutschsprachiger Gesetzbücher charakterisiert werden kann.<sup>129</sup> Auch Schweizer Gerichte ziehen Judikate des BGH heran, insbesondere im Marken-, Patent- und Lauterkeitsrecht,<sup>130</sup> worin sich wiederum zeigt, dass Richter überwiegend auf den gleichen Rechts- und Sprachkreis rekurrieren.<sup>131</sup> Sehr erfreulich ist auch die Rezeption der BGH-Judikatur in den Niederlanden: Der Hoge Raad zieht – insbesondere bei europarechtlich determinierten Materien – häufig die Rechtsprechung des BGH zurate, auch wenn die große Mehrheit der Zitierungen Empfehlungen des Generalanwalts betreffen,<sup>132</sup> wohingegen der dem französischen Kassationsrecht nachgebildete Entscheidungsstil eine Auseinandersetzung mit anderen Höchstgerichten kaum sichtbar nach außen treten lässt.<sup>133</sup>

<sup>123</sup> *d'Andrea et al.*, Asymmetric cross-citations in private law, S. 1 ff.; s. ferner die Studie von *Gelter/Siems* 62 Am. J. Comp. L. 35, insbesondere 49 ff. (2014).

<sup>124</sup> *d'Andrea et al.*, Asymmetric cross-citations in private law, S. 13 ff.

<sup>125</sup> Umfassend zur Rezeption deutschen Rechts durch den Hoge Raad der Niederlande: *Mak* 70 Cambridge L. J. 420 ff. (2011), insbesondere 439 ff.

<sup>126</sup> *d'Andrea et al.*, Asymmetric cross-citations in private law, S. 13 ff.

<sup>127</sup> Dieser gehört zu den ‚true followers‘, da der OGH fast ausschließlich auf Entscheidungen aus Deutschland verweist (vgl. *d'Andrea et al.*, Asymmetric cross-citations in private law, S. 20). Umfassend aus österreichischer Perspektive *Klang* FS zur Hundertjahrfeier des OGH, S. 80, 161; *Koziol* FS 50 Jahre BGH, Bd. II, S. 943 ff.

<sup>128</sup> Vgl. z. B. OGH RdW 2007, 598 sub 4.3: „Im vorliegenden Fall kann [...] wegen der weitgehend ähnlichen Rechtslage teilweise auch auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs zurückgegriffen werden.“

<sup>129</sup> Vgl. näher *Kramer* AcP 2000, 365, 366.

<sup>130</sup> Jüngst z. B. BG v. 26.10.2020, 4A 152/2020, sub 6.2.3.3; umfassend zum Schweizer Recht: *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 265 ff.

<sup>131</sup> Vgl. *Barak-Erez* 15 Colum. J. Eur. L. 477, 487 (2009): „Courts find it easier to learn from precedents which have been formulated within their so-called ‚legal family‘ [...] or their legal culture understood in the broad sense.“

<sup>132</sup> Vgl. die Fundstellen bei <https://uitspraken.rechtspraak.nl/> mit 124 Empfehlungen, die auf den BGH Bezug nehmen [Stand: 23.06.2021].

<sup>133</sup> *d'Andrea et al.*, Asymmetric cross-citations in private law, S. 26. Ausführliche Analyse bei *Hartkamp*, Comparative Law Before the Dutch Courts, in: Canivet/Andenæs/Fairgrieve (Hrsg.), Comparative Law Before the Courts, S. 229 ff.; *Koopmans* 45 The International and Comparative Law Quarterly 545, 550 (1996), der darauf hinweist, dass das geltende niederländische Zivilrecht nicht unwesentlich auf einer rechtsvergleichenden Untersuchung zu seinem deutschsprachigen Pendant basiert.

Schwer einzuschätzen ist dagegen die Rezeption in Frankreich: Offizielle Rechtsprechungsdatenbanken weisen lediglich vereinzelte Entscheidungen der Cour de Cassation aus, die ausdrücklich auf den BGH Bezug nehmen,<sup>134</sup> was indes dadurch relativiert wird, dass im Rahmen des formalistischen Entscheidungsstils<sup>135</sup> des Kassationshofs ohnehin kaum auf Entscheidungen anderer Gerichte verwiesen wird. Überraschenderweise wird von englischen Obergerichten – insbesondere in marken- und patentrechtlichen Streitigkeiten, in denen – wie erwähnt – Revisionsurteile meist in einer guten englischen Übersetzung verfügbar sind<sup>136</sup> – dagegen mit großer Freimütigkeit und detaillierter Kenntnis auf Entscheidungen des BGH verwiesen.<sup>137</sup> Ausdrücklich heißt es in einer patentrechtlichen Streitigkeit:

„The UK courts are always very interested to see decisions of our German colleagues [...]. If I were hearing an infringement case in the UK, I would be very interested to see what decision the German courts had reached.“<sup>138</sup>

Auch im Deliktsrecht finden sich Querbezüge: Der Court of Appeal rekurrierte etwa bei der deliktsrechtlichen Frage, ob ein Mann für die Zerstörung von Sperma, welches einer Klinik zur Aufbewahrung übergeben worden war, zum Schadensersatz berechtigt ist, auf eine Leitentscheidung des BGH.<sup>139</sup> Das House of Lords zog bei einer deliktsrechtlichen Entscheidung zudem § 830 BGB und die Rechtsprechung des BGH zur deliktischen Schädigermehrheit zurate.<sup>140</sup> Durch *White v. Jones*<sup>141</sup> wurde sogar die Drittschadensliquidation im englischen Recht bekannt.

<sup>134</sup> Vgl. [legifrance.fr](http://legifrance.fr) und [juricaf.org](http://juricaf.org) [Stand: 18.08.2023].

<sup>135</sup> Dazu noch sub § 9.VI.

<sup>136</sup> Bedenkenswert wäre insoweit, dass der BGH bei Grundsatzentscheidungen eine englische Übersetzung des Urteils oder jedenfalls eine Pressemitteilung in englischer Sprache veröffentlicht. Bei der französischen Cour de Cassation ist dies bereits Usus, vgl. [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/rulings\\_translated\\_in\\_english\\_10102/](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/rulings_translated_in_english_10102/) [18.08.2023]. Auch das BVerfG geht dazu über, Leitentscheidungen in englischer Sprache zu publizieren ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Homepage/home\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Homepage/home_node.html) [18.08.2023]).

<sup>137</sup> *Z. B. Buehler AG v. Chronos Richardson Ltd* [1998] EWCA Civ 509 („Of course a decision of the Bundesgerichtshof is not binding upon this Court, but I believe that the reasoning is applicable.“); *Occlutech GmbH v. AGA Medical Corporation* [2010] EWCA Civ 702; *Hollister Incorporated Dansac AS v. Medik Ostomy Supplies Ltd* [2012] EWCA Civ 1419; *Lombard-Knight & Anor v. Rainstorm Pictures Inc* [2014] EWCA Civ 356; *Young v. Anglo American South Africa Ltd & Ors* [2014] EWCA Civ 1130; *Merck KGaA v. Merck Sharp & Dohme Corp & Ors* [2017] EWCA Civ 1834.

<sup>138</sup> *Takeda UK Ltd v. F. Hoffmann-La Roche AG* [2018] EWHC 2155 (Ch) [12].

<sup>139</sup> *Jonathan Yearworth & Ors v. North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA Civ 37 mit Verweis auf BGHZ, 124, 52; s. ferner *BMT Marine and Offshore Survey Ltd v. Lloyd Werft Bremerhaven GmbH* [2011] EWHC 32.

<sup>140</sup> *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors* [2002] UKHL 22 [167]; *Hunter and Others v. London Docklands Corporation* [1997] UKHL 14.

<sup>141</sup> [1995] UKHL 5. S. ferner die jüngeren Entscheidungen des UK Supreme Court mit einem Verweis auf die Rechtsprechung des BGH: *Unwired Planet International Ltd & Anor v. Huawei Technologies (UK) Co Ltd & Anor* [2020] UKSC 37; *Warner-Lambert Company LLC v. Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Anor (Rev 1)* [2018] UKSC 56; *Belhaj & Anor v. Straw & Ors (Rev 1)* [2017] UKSC 3; *Eli Lilly v. Actavis UK Ltd & Ors* [2017] UKSC 48; *Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd* [2014] UKSC 15; *Schutz (UK) Ltd v. Werit (UK) Ltd (Rev 1)* [2013] UKSC 16.

Dies steht in klarem Gegensatz zur Judikatur in den USA, bei der eine Rezeption deutscher Rechtsprechung nicht vorhanden ist.<sup>142</sup>

### III. Die Publikation von Revisionsentscheidungen

Neben dem Begründungsstil kommt auch der Veröffentlichungspraxis von Revisionsurteilen eine entscheidende Bedeutung für die Rezeption der Rechtsprechung des BGH zu.<sup>143</sup> Durch die breite Verfügbarmachung revisionsgerichtlicher Urteile als Quintessenz höchstrichterlicher Tätigkeit kommt der BGH nicht nur seiner Funktion zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung sowie als Leitgericht für die nachgeordneten Gerichte nach, sondern initiiert den soeben beschriebenen und für die deutsche Jurisprudenz prägenden Diskurs zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Abgesehen von der allein im Parteiinteresse liegenden Streitentscheidung können folglich alle Revisionszwecke nur dann erreicht werden, wenn höchstrichterliche Entscheidungen der juristischen Öffentlichkeit bekannt gemacht werden, wobei die Schnelligkeit der Veröffentlichung entscheidenden Einfluss auf die Effektivität des Revisionsverfahrens hat.<sup>144</sup>

#### 1. Die Pflicht zur Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen

##### a) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Dieser Funktionsauftrag korreliert mit einer umfassenden Pflicht zur Veröffentlichung revisionsgerichtlicher Entscheidungen. Nach Ansicht des BVerfG folgt „aus

---

<sup>142</sup> Vgl. die Aufstellung auf westlaw.com [Stand: 18.08.2023] sowie *Zaring* 3 J. Empirical Legal Studies 297 (2006). Dabei ist bereits die Frage, ob ausländische Entscheidungen in der US-amerikanischen Rechtsprechung als Rechtserkenntnisquelle herangezogen werden dürfen, umstritten (vgl. *Roper v. Simmons* 125 S.Ct. 1183 [2005]; *Foster v. Florida* 537 U.S. 990 [2002]; *Akins v. Virginia* 536 U.S. 304 [2002]; *Printz v. U.S.* 521 U.S. 898, 977 [1997]; kritisch auch *Young* 119 Harv. L. Rev. 148 [2005]). Für eine stärkere Berücksichtigung der Rechtsvergleichung tritt z. B. *Reimann* (46 Amer. J. Comp. L. 637, 644 [1998]) ein; differenziert dagegen *Minow*, The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States, in: *Andenæs/Fairgrieve* (Hrsg.), *Courts and Comparative Law*, S. 513 ff.

<sup>143</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden bereits *Rapp* ZJP Int 2021, 281 ff.

<sup>144</sup> Die Erlangung von anonymisierten Abschriften unveröffentlichter Entscheidungen durch Prozessbeteiligte, um diese z. B. in Parallelverfahren vorlegen zu können, kann dabei durchaus dornenvoll sein, wie die Entscheidung BGH NJW 2017, 1819 ff. zeigt: Eine Bank unterlag in einem Schadensersatzprozess um fehlerhafte Anlageberatung, nachdem sie – nach einem entsprechenden Hinweisbeschluss durch das Berufungsgericht – ihre Berufung zurückgenommen hatte. Anwälte beantragten eine anonymisierte Abschrift des Hinweisbeschlusses, da sie eine Vielzahl von Parallelverfahren mit vergleichbarer Fallgestaltung führten. Die Bank widersetzte sich der Übersendung der Entscheidung durch den Präsidenten des LG und beantragte gerichtliche Entscheidung (OLG Frankfurt BeckRS 2016, 11761). Der BGH bestätigte, dass der – nunmehr vor drei Jahren erlassene – Hinweisbeschluss in anonymisierter Abschrift herausgegeben werden muss (BGH NJW 2017, 1819, 1820), wobei sich der Zweck der Herausgabe zu diesem Zeitpunkt schon erledigt hatte.

dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Grundsatz der Gewaltenteilung grundsätzlich eine Rechtspflicht zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen<sup>145</sup>. Dem hat sich die Rechtsprechung des BGH angeschlossen;<sup>146</sup> Revisionsentscheidungen müssen umfassend und zeitnah veröffentlicht werden,<sup>147</sup> auch wenn eine ausdrückliche einfachgesetzliche Veröffentlichungspflicht – die sich z. B. in § 31 Abs. 2 S. 3 und 4 BVerfGG oder § 47 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 VwGO findet<sup>148</sup> – nicht existiert. Gem. § 5 Abs. 1 UrhG genießen Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze keinen urheberrechtlichen Schutz, was mit dem Interesse der Allgemeinheit an deren Verbreitung begründet wird.<sup>149</sup>

Anders als teilweise vertreten wird,<sup>150</sup> kommt dem Höchstgericht kein Veröffentlichungsermessen mit Blick auf eine wie auch immer geartete ‚Publikationswürdigkeit‘ zu; vielmehr ist *jede* begründete Entscheidung des BGH grundsätzlich zu publizieren.<sup>151</sup> Denn ungeachtet der Frage, welchen Stellenwert man diesem kaum justiziablen Kriterium zumisst,<sup>152</sup> hat die inhaltliche Auseinandersetzung des BGH als höchstes Zivilgericht mit einer rechtlichen Frage an sich eine publikationswürdige Bedeutung. Nach *Heese* steht die Veröffentlichungswürdigkeit von Entscheidungen der fünf obersten Bundesgerichte daher bereits mit Rücksicht auf deren institutionelle Funktion zur Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung unwiderlegbar fest.<sup>153</sup> Bei einer nur partiellen Veröffentlichung revisionsgerichtlicher Entscheidungen könnten die Revisionszwecke – insbesondere die Rechtsbewahrung *coram publico* – dagegen nicht umfassend gewährleistet werden.

<sup>145</sup> BVerfG NJW 2015, 3708, 3710, mit Verweis auf BVerwGE 104, 105, 108 f. Manche Autoren qualifizieren den Zugang zu Gerichtsentscheidungen sogar als Menschenrecht, vgl. *Mitee* 18 German Law Journal, 1429, 1430 ff. (2017).

<sup>146</sup> BGH NJW 2017, 1819, 1820.

<sup>147</sup> Jüngst ausdrücklich *Heese* JZ 2021, 665 ff.; zuvor schon *Bruns* in: Tichý/Holländer/ders. (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 471 ff. Ob es darüber hinaus auch wünschenswert ist, Instanzurteile flächendeckend zu publizieren (dafür *Hamann* JZ 2021, 656 ff., insbesondere 659 ff.; s. ferner *Heese* FS Roth, S. 283 ff., sowie die – teilweise veraltete – Studie von *Kuntz*, *Wie vollständig sind juristische Datenbanken?* [passim]), muss dagegen differenziert bewertet werden.

<sup>148</sup> Vgl. BT-Drs. IV/270, S. 39, sowie BGHZ 116, 136; BGH GRUR 2016, 313.

<sup>149</sup> S. ferner § 18 GO BGH und *Haertlein* ZZZ 2001, 441, 443.

<sup>150</sup> Etwa OLG Karlsruhe JZ 2021, 687; überzeugend dagegen *Heese* FS Roth, S. 283, 301 ff. (kein Erfordernis einer Veröffentlichungswürdigkeit).

<sup>151</sup> So auch *Heese* JZ 2021, 665, 670.

<sup>152</sup> Vgl. noch BVerwG NJW 1997, 2694 („Zu veröffentlichen sind alle Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann.“).

<sup>153</sup> *Heese* JZ 2021, 665, 671. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass viele Entscheidungen des Revisionsgerichts für die vorrangig an der Rechtsfortbildung interessierte Allgemeinheit ohne Bedeutung sind. Von den 126 im Februar 2022 im Internet veröffentlichten Entscheidungen der Zivilsenate ([https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenAb2000/entscheidungenAb2000\\_node.html](https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenAb2000/entscheidungenAb2000_node.html) [07.04.2022], ohne Spezialsenate und Parallelverfahren) waren nur etwas mehr als die Hälfte mit Leitsätzen versehene Grundsatzjudikate, im Übrigen handelte es sich um Hinweis-/Zurückweisungsbeschlüsse nach § 552a ZPO bzw. § 544 Abs. 6 ZPO oder Beschlüsse nach § 544 Abs. 9 ZPO.

b) Die Veröffentlichungspraxis an den Bundesgerichten

Die Veröffentlichungspraxis des BGH erwies sich indes über Jahrzehnte hinweg als teilweise defizitär. Eine Studie von Walker<sup>154</sup> weist zwischen 1987–1994 eine formale<sup>155</sup> Publikationsdichte des Revisionsgerichts von durchschnittlich ca. 19 % und eine bereinigte<sup>156</sup> Publikationsdichte von über 90 % aus. Trotz nach wie vor bestehender Kritik<sup>157</sup> werden seit dem 01.01.2000 alle verfahrensbeendenden und mit Gründen versehenen Entscheidungen veröffentlicht<sup>158</sup> – in der Regel anonymisiert.<sup>159</sup> Diese Entwicklung spiegelt die um die Jahrtausendwende einsetzende digitale Publikation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen wider: Auch das BVerfG veröffentlicht seit 1998 „alle wesentlichen“ Entscheidungen im Internet.<sup>160</sup> Auf europäischer Ebene sind seit dem gleichen Jahr alle Entscheidungen des EGMR in englischer und französischer Sprache verfügbar.<sup>161</sup> Auch die Entscheidungen des EuGH und des EuG werden seit 2004 nahezu vollständig der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.<sup>162</sup>

Ob damit jedoch auch eine vollständige Verbreitung revisionsgerichtlicher Entscheidungen erreicht werden kann, ist allerdings noch immer fraglich, da eine aktuellere Untersuchung von Kuntz<sup>163</sup> offenlegt, dass auch noch zwischen 2000 und 2006 zwar 19.457 Entscheidungen auf der Website des BGH, dagegen nur 12.077

---

<sup>154</sup> Walker, Die Publikation von Gerichtsentscheidungen, S. 1 ff.; teilweise online unter *ders.* JurPC Web-Dok. 36/1998, Abs. 13 und 38.

<sup>155</sup> Verhältnis aller erledigten Verfahren zu den veröffentlichten Entscheidungen.

<sup>156</sup> Verhältnis aller begründeten Entscheidungen zu den veröffentlichten.

<sup>157</sup> Nach einer Untersuchung von *Coupette/Fleckner* (JZ 2018, 379 ff.) sollen in *juris* für die Jahre 2006–2016 nur „zwischen 9,4 % (2015) und 31,2 % (2009) aller erledigten Verfahren des XI. Zivilsenats des BGH verfügbar“ sein (aaO, 381; insoweit ungenau bei *Hamann* [JZ 2021, 656, 657], der von „begründeten Entscheidungen“ spricht). Dieser Ansatz übergeht jedoch, dass die Mehrheit der Verfahren ohne begründete verfahrensabschließende Entscheidung beendet wurde. Von den Erledigungen des XI. Zivilsenats im Jahr 2015 (646) wurde in 346 Verfahren die Zulassung der Revision (durch fast immer begründungslosen) Beschluss abgelehnt, in weiteren 209 Fällen erfolgte eine Rechtsmittelrücknahme oder Verwerfung durch den Senat. In der überwältigenden Mehrheit der Verfahren kam es daher zu keiner begründeten Entscheidung (lediglich 24 Urteile, sechs § 552a-Beschlüsse, vier Aufhebungen nach § 544 Abs. 7 a. F./9 n. F.), vgl. BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2015, S. 5.

<sup>158</sup> Vgl. <https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/> [18.08.2023]. Anders sieht dies bei älteren Entscheidungen aus; diese sind auch auf *juris* nur selektiv und häufig nur in gekürzter Form vorhanden (vgl. *Heese* JZ 2021, 665, 666; *Mielke*, Bewertung juristischer Informationssysteme, S. 22). S. ferner das Forschungsprojekt „Corpus der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs“ [<https://zenodo.org/record/4705855>, 24.08.2023].

<sup>159</sup> Zu den damit verbundenen Problemen: OLG Karlsruhe JZ 2021, 687 (mAnm *Heese* 665 ff.).

<sup>160</sup> Veröffentlicht werden „alle Senatsentscheidungen (nicht aber Nebenentscheidungen wie z. B. Streitwertbeschlüsse und Kostenfestsetzungen) und viele begründete Kammerbeschlüsse“ (vgl. [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de) [18.08.2023]).

<sup>161</sup> <https://hudoc.echr.coe.int> [18.08.2023]. Das Fallrecht des EGMR umfasst dabei ca. 166.000 digitale Dokumente (umfassend *Heese* FS Roth, S. 283, 286; für die Zeit vor 1998 ist jedoch nur eine kleine Auswahl von Entscheidungen seit 1959 verfügbar).

<sup>162</sup> *Heese* FS Roth, S. 283, 286; Die Sammlung umfasst inzwischen über 20.500 Vorabentscheidungsverfahren.

<sup>163</sup> *Kuntz* JurPC Web-Dok. 189/2007, Abs. 10f.

Entscheidungen über die Datenbank *juris* publiziert wurden. Zudem werden die Urteile aufgrund des Geheimhaltungsinteresses der Parteien teilweise nicht unerheblich gekürzt,<sup>164</sup> obwohl die umfassende und einheitliche Verfügbarmachung höchstrichterlicher Rechtsprechung entscheidend für den souveränen Umgang mit Autoritäten durch den Rechtsanwender und die Gerichte selbst ist.<sup>165</sup>

Auch die Veröffentlichungspraxis der übrigen obersten Bundesgerichte muss differenziert betrachtet werden. Das BVerwG veröffentlicht z. B. alle begründeten Entscheidungen;<sup>166</sup> dies gilt für das BPatG.<sup>167</sup> Am BAG werden dagegen nicht alle begründeten Judikate publiziert; vielmehr wird darüber vom erkennenden Senat einzelfallbezogen entschieden.<sup>168</sup> Das BSG veröffentlicht wiederum sämtliche Urteile, Beschlüsse mit Leitsatz und anderweitig dokumentierwürdige Beschlüsse, wobei die Entscheidung nach internen Richtlinien erfolgt.<sup>169</sup> Der BFH publiziert grundsätzlich nur Revisionsentscheidungen, während Beschwerdeverfahren und andere Beschlussachen durch den zuständigen Senat fallbezogen veröffentlicht werden,<sup>170</sup> ggf. auch rückwirkend, wenn sich die Publikationswürdigkeit durch Einlegung einer Verfassungsbeschwerde ergibt.<sup>171</sup>

## 2. Verfügbarkeit in Datenbanken

Nimmt man die Revisionsentscheidungen des BGH zum Ausgangspunkt, können die begründeten Judikate der letzten 20 Jahre auf der offiziellen Seite des

<sup>164</sup> Vgl. z. B. BGH BeckRS 2016, 124015 bei *Coupette/Fleckner* JZ 2018, 379, 382 (Fn. 24), wobei die vom BGH veröffentlichte Version 53, die dem Kläger übersandte Fassung 75 Seiten umfasste.

<sup>165</sup> Ein weiteres Monitum liegt in der Tatsache, dass BGH-Entscheidungen nicht einheitlich mit stringenter Zitation veröffentlicht werden, vgl. etwa die Diskrepanzen in der Veröffentlichung der Entscheidungen des XI. Zivilsenats zwischen der Internetpräsenz und der Plattform *juris* bei *Coulette/Fleckner* (JZ 2018, 379, 382). Auch die Bemühungen, auf europäischer Ebene eine einheitliche Zitierweise (neutral citation) durch den *European Case Law Identifier* (ECLI) (vgl. die Schlussfolgerungen des Rates mit einem Aufruf zur Einführung des European Case Law Identifier [ECLI] und eines Mindestbestands von einheitlichen Metadaten für die Rechtsprechung [2011/C 127/01 v. 29.04.2011]) zu erreichen, dürften in ihrer praktischen Bedeutung überschaubar geblieben sein. S. umfassend zu den Möglichkeiten einer international standardisierten Zitierweise *Forster* 23 Int'l. J. Legal Info. 149 (1995).

<sup>166</sup> Ausnahmen sind u. a. Einstellungs- und Ruhensbeschlüsse, Anhörungsrügen, Entscheidungen über Prozesskostenhilfe, Verwerfungen gem. § 152 VwGO sowie Entscheidungen, die dem Geheimnisschutz unterliegen oder die durch die gesetzlich vorgeschriebene Anonymisierung unverständlich oder verfälscht werden (vgl. Antwortschreiben des BFH an den Verfasser v. 19.08.2021 – 1451/e E-1–2021/7).

<sup>167</sup> [https://www.bundespapentgericht.de/DE/Rechtsprechung/Entscheidungen/entscheidung\\_node.html](https://www.bundespapentgericht.de/DE/Rechtsprechung/Entscheidungen/entscheidung_node.html) [18.08.2023].

<sup>168</sup> Antwortschreiben des BAG an den Verfasser v. 26.08.2021; auch über die Aufnahme in die offizielle Sammlung BAGE entscheidet der jeweilige Senat.

<sup>169</sup> Antwortschreiben des BSG an den Verfasser v. 31.08.2021.

<sup>170</sup> Vgl. § 5 Abs. 3 der GO BFH. Dabei wird zwischen sog. V-Entscheidungen, die für die amtliche Sammlung BFHE vorgesehen sind, und NV-Entscheidungen, die nur einzelfallbezogen publiziert werden, differenziert (<https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidungen/veroeffentlichungen/> [18.08.2023]).

<sup>171</sup> Antwortschreiben des BFH an den Verfasser v. 13.08.2021.

Gerichts abgerufen werden. Ein systematisch aufbereiteter Zugang wird dadurch indes noch nicht gewährleistet, da die Entscheidungen nur als anonymisiertes PDF-Dokument ohne Freitextsuche zur Verfügung gestellt werden, wohingegen eine umfassende Datenbank-Recherche nur über gebührenpflichtige Informationssysteme wie juris,<sup>172</sup> Beck-Online oder Wolters Kluwer Online möglich ist. Im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten existiert in Deutschland dagegen keine flächendeckende, zentral geführte Datenbank, in der alle (begründeten) Entscheidungen der Höchstgerichte strukturiert und kostenfrei abgerufen werden können.<sup>173</sup>

In Frankreich werden Entscheidungen aller Gerichte, das *Journal officiel de la République française* sowie sonstige relevante Gesetzesbestimmungen dagegen zentral und frei zugänglich auf der Seite *legifrance*<sup>174</sup> bereitgestellt. Nach eigenen Angaben sind alle noch in Kraft befindlichen Gesetzestexte seit 1539 auffindbar<sup>175</sup> sowie alle Entscheidungen der Höchstgerichte seit 1986 und die relevantesten Judikate seit 1875.<sup>176</sup> Allein in der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden über 570.000 Urteile aufgeführt. In Österreich existiert mit dem Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) eine vergleichbare Institution:<sup>177</sup> In die Volltextdatenbank sind gem. § 15 Abs. 1 OGHG alle Urteile des OGH, „die sich nicht in einer begründungslosen Zurückweisung eines Rechtsmittels erschöpfen“, aufzunehmen. Seit dem Jahr 2000 werden dabei alle in das RIS aufgenommenen Daten im Internet frei zugänglich zur Verfügung gestellt.<sup>178</sup> Auch in England wird eine ähnliche Funktion vom British and Irish Legal Information Institute (BAILII)<sup>179</sup> wahrgenommen.

---

<sup>172</sup> Betreiber ist die juris GmbH, an der die Bundesrepublik mit 50,01 % die Anteilsmehrheit hält (vgl. zur Entwicklung der Datenbank: Heese FS Roth, S. 283, 289; [https://www.juris.de/jportal/nav/juris\\_2015/unternehmen\\_2/ueber\\_juris/ueber\\_juris.jsp](https://www.juris.de/jportal/nav/juris_2015/unternehmen_2/ueber_juris/ueber_juris.jsp) [18.08.2023]). Die besondere Stellung der juris-Datenbank liegt insbesondere an der Kooperation zwischen der juris GmbH und dem BVerfG bzw. den übrigen Bundesgerichten (vgl. dazu VGH Mannheim NJW 2013, 2045).

<sup>173</sup> Auf der vom Bundesministerium und dem Bundesamt für Justiz in Kooperation mit juris betriebenen Website [rechtsprechung-im-internet.de](https://www.rechtsprechung-im-internet.de) werden lediglich ausgewählte Entscheidungen des BVerfG, der obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie des BPatG ab dem Jahr 2010 kostenlos zur Verfügung gestellt. Die von den Bundesländern betriebenen Websites (vgl. die Übersicht bei <https://justiz.de/online Dienste/rechtsprechung/index.php> [18.08.2023]) geben ebenfalls nur einen unvollständigen Überblick über die bestehende Rechtsprechung.

<sup>174</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/> [18.08.2023]; errichtet auf der Grundlage von *Arrêté du 6 juillet 1999 relatif à la création du site Internet Légifrance*.

<sup>175</sup> Beginnend mit *Ordonnance du 25 août 1539 sur le fait de la justice (dite ordonnance de Villers-Cotterêts)*.

<sup>176</sup> Beginnend mit Conseil d'Etat, du 19 février 1875, 46707, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007633029/> [18.08.2023].

<sup>177</sup> Umfassend zum RIS, welches vom Bundeskanzleramt verantwortet wird (vgl. § 15 OGHG), Neumayr ZZZ Int 2015, 73 ff.; Schumann ZZZ Int 2022 i. E. Vgl. dagegen Hürlimann sui-generis 2014, 82 ff., zu der sehr restriktiven Veröffentlichungspraxis in der Schweiz.

<sup>178</sup> Details, auch zur historischen Entwicklung, bei Neumayr ZZZ Int 2015, 73, 86.

<sup>179</sup> <https://www.bailii.org/>; auf <https://www.legislation.gov.uk/> sind Gesetzestexte seit 1267 abrufbar [jeweils 18.08.2023].

### 3. Die amtliche Sammlung

Herzstück der rechtsfortbildenden Funktion des Revisionsgerichts ist die Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen (BGHZ),<sup>180</sup> obwohl diese nicht im engeren Sinne ‚amtlich‘ ist, da sie nicht vom Gericht in Form eines Official Reporter<sup>181</sup> herausgegeben wird, sondern in einem privaten Verlag erscheint, und lediglich eine Auswahl der getroffenen Entscheidungen wiedergibt, denen nach Ansicht des jeweiligen Spruchkörpers eine besondere Bedeutung für die Rechtsentwicklung zukommt.<sup>182</sup> Die Entscheidungssammlung BGHZ steht damit in Tradition zu der schon vom RG geführten Entscheidungssammlung RGZ.<sup>183</sup>

Für die Auswahl der Judikate existieren keine amtlich niedergelegten Richtlinien.<sup>184</sup> Die Entscheidung über die Aufnahme liegt vielmehr im Ermessen des jeweiligen Spruchkörpers. Dabei zeigt sich, dass die Senatsmitglieder häufig eine Entscheidung, die eine in Wissenschaft und Rechtsprechung kontrovers diskutierte Rechtsfrage beantwortet, auswählen.<sup>185</sup> Die zwischen 1950 und 2020 ergangenen Grundsatzjudikate sind dabei in 228 Bänden versammelt und enthalten mit ca. 10.000 Entscheidungen einen verhältnismäßig kleinen Anteil der Rechtsprechungstätigkeit des BGH: Für das Jahr 2018 wurden z. B. 84 Entscheidungen in die offizielle Sammlung aufgenommen, während im gleichen Zeitraum 6.204 Verfahren erledigt wurden (ca. 1,4%).<sup>186</sup>

In der Rechtspraxis (und auch in der Rechtswissenschaft) spielt die amtliche Sammlung damit nur eine sehr untergeordnete Rolle, da die Judikate erst mit deutlicher Zeitverzögerung erscheinen und zudem nur sehr eingeschränkt in zitierfähiger Form digital abrufbar sind.<sup>187</sup> Hinzu kommt, dass die Entscheidungen in der amtlichen Sammlung nur unvollständig wiedergegeben werden und teilweise ganze Sachverhaltskomplexe entfallen.<sup>188</sup> Dies betont deren archivarischen Charakter,

<sup>180</sup> Mit *Lindenmaier-Möhring* existierte noch eine weitere Entscheidungssammlung (ursprünglich beruhend auf dem internen Nachschlagewerk des BGH). Die Druckfassung der „Kommentierten BGH-Rechtsprechung *Lindenmaier-Möhring*“ wurde indes eingestellt und erscheint nunmehr als Fachnachrichtendienst LMK auf beck-online, in dem Autoren aktuelle BGH-Entscheidungen in komprimierter Form wiedergeben und besprechen.

<sup>181</sup> Zur Lage in den USA s. sogleich sub § 7. III. 4. c) aa).

<sup>182</sup> Einzelheiten bei *Hirte*, Der Zugang zu Rechtsquelle und Rechtsliteratur, S. 58.

<sup>183</sup> S. schon sub § 2. III. 1. Gem. § 18 der – inzwischen teilweise überholten – GO des BGH v. 03.03.1952 (BAz Nr. 83 S. 9) mit Änderung v. 15.04.1970 (BAz Nr. 74/1970) und v. 21.06.1971 (BAz Nr. 114/1971) wird beim BGH zudem ein Nachschlagewerk und eine Entscheidungssammlung geführt; hierzu näher *Hess FS Roth*, S. 359, 366.

<sup>184</sup> Antwort des BGH an den Verfasser (<https://fragdenstaat.de/anfrage/veroeffentlichung-richtlicher-entscheidungen-durch-bundesgerichte/#nachricht-621885>) [18.08.2023].

<sup>185</sup> Vgl. bereits oben sub § 3. III. 3. a) zur Themenauswahl in der amtlichen Sammlung.

<sup>186</sup> 4.232 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden (davon 463 zugelassene Revisionen) sowie 1.508 Rechtsbeschwerden, vgl. BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2018, S. 4 ff.

<sup>187</sup> Eine zitierfähige Fassung von BGHZ findet sich kostenpflichtig bei Wolters Kluwer. Die großen juristischen Datenbanken verweisen dagegen auf Parallelfundstellen in anderen Periodika.

<sup>188</sup> Vgl. z. B. exemplarisch BGHZ 228, 56 ff. und das entsprechende Urteil auf juris (v. 16.12.2020, IV ZR 294/19); umfassend zur Problematik *Hirte*, Der Zugang zu Rechtsquelle und Rechtsliteratur, S. 58.

macht die BGHZ-Entscheidungssammlung als semi-amtliche Zitationsquelle jedoch nur eingeschränkt brauchbar, obwohl den darin vereinigten Entscheidungen aufgrund ihrer Auswahl gleichsam die „Autorität offizieller Verlautbarungen“<sup>189</sup> zukommt.

#### 4. Rechtsvergleichende Bewertung

Die Publikation und insbesondere Verfügbarmachung höchstrichterlicher Entscheidungen für die Öffentlichkeit ist damit in Deutschland – trotz einer verfassungsrechtlich eingehetzten Veröffentlichungspflicht – weder einfachgesetzlich näher ausgestaltet noch zentral koordiniert. Rechtsvergleichend<sup>190</sup> kann die derzeitige Ausgestaltung daher durchaus als defizitär beschrieben werden.

##### a) Frankreich

In Frankreich ist die Veröffentlichung von Urteilen der Cour de Cassation seit deren Gründung gesetzlich angeordnet.<sup>191</sup> Bereits im Jahr 1796 wurde dafür das *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* eingeführt.<sup>192</sup> Art. R433–1 C. O. J. sieht zudem eine zentrale Dokumentationsstelle („service de documentation et d'études de la Cour de cassation“) vor, die für die Aufbereitung und Veröffentlichung der Urteile des Kassationshofs zuständig ist.<sup>193</sup> Bei der Klassifizierung von Entscheidungen der Cour de Cassation hat sich dabei ein internes Bewertungsmuster etabliert:<sup>194</sup> Mit ‚B‘ gekennzeichnete Urteile werden im offiziellen Bulletin veröffentlicht,<sup>195</sup> zusätzlich mit ‚R‘ gekennzeichnete („B/R“) auch im *Rapport annuel*.<sup>196</sup> Diesen *arrêts de principe*, die etwa 20 % der Verfahren ausmachen,<sup>197</sup> kommt die größte Bedeutung zu. Im internen Gerichtsgebrauch werden Urteile zudem mit ‚L‘

<sup>189</sup> *Hirte*, Der Zugang zu Rechtsquelle und Rechtsliteratur, S. 58. Zwar verweist der BGH bei Entscheidungen in der offiziellen Sammlung auf die dortige Fundstelle, um das Gewicht der zitierten Entscheidung zu betonen. Bei den Instanzgerichten und der Rechtsanwaltschaft wird dagegen von den gängigen Fundstellen in juristischen Fachzeitschriften bzw. Online-Datenbanken Gebrauch gemacht.

<sup>190</sup> Umfassend zur Thematik *Leistner*, Über die Veröffentlichungspraxis oberster und höherer Gerichte in Westeuropa, S. 1 ff.

<sup>191</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 24.61.

<sup>192</sup> Eingeführt durch *Arrêté du Directoire du 28 vendémiaire an V* (19 oct. 1796); Einzelheiten zur Geschichte bei *Crépon*, Cour de Cassation, Rn. 132.

<sup>193</sup> Vgl. auch Art. R433–3 Abs. 1 C. O. J. zu den Vorgaben zur Veröffentlichung der Entscheidungen des Kassationshofs.

<sup>194</sup> Das neue Schema gilt seit dem 15.06.2021 und ersetzt das alte ‚P+B+R+I‘-Muster, vgl. <https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre/comprendre-une-decision-de-la-cour/la-classification-des-decisions-de-la-cour> [18.08.2023]; Einzelheiten zur Entwicklung bei *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 24.61 ff.

<sup>195</sup> <https://www.courdecassation.fr/kiosque/bulletins-des-arrets-des-chambres-civiles-et-de-la-chambre-criminelle> [18.08.2023]. Für das Strafrecht existiert das *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*.

<sup>196</sup> <https://www.courdecassation.fr/publications/rapport-annuel/rapport-annuel-2022> [18.08.2023].

<sup>197</sup> *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinhard*, Procédure civile, Rn. 1816 sub c).

versehen, um anzuzeigen, dass sie in die *Lettres de chambre* (Tätigkeitsberichte der einzelnen Kammern) aufgenommen werden, und/oder mit ‚C‘ (Communiqué), sofern sie Gegenstand einer Pressemitteilung sind. Verfahren mit herausragender Bedeutung für die Allgemeinheit fallen damit in alle Kategorien (B/R, C/L), wohingegen untergeordnete Entscheidungen nur in Online-Datenbanken veröffentlicht werden.<sup>198</sup> Die Judikate sind über das Internet frei einsehbar<sup>199</sup> und erscheinen – neben den offiziellen *bulletins* und *rappports* – in einer Reihe von generalisierten oder spezialisierten Zeitschriften, u. a. im wöchentlichen *Recueil Dalloz*, in dem rechtsgebietsübergreifend Entscheidungen der Ober- und Höchstgerichte besprochen werden.<sup>200</sup>

## b) Vereinigtes Königreich

### aa) Veröffentlichungspraxis

Im Vereinigten Königreich sind seit 2001 alle Entscheidungen des Supreme Court (UKSC), des House of Lords (UKHL), des Privy Council (UKPC), des Court of Appeal (EWCA) und des High Court (EWHC) mit einer *neutral citation* verfügbar,<sup>201</sup> welche es – unabhängig von Zeitschriften und Datenbanken – ermöglicht, auf ein spezifisches Urteil zu verweisen.<sup>202</sup> Dabei hat sich eine einheitliche Zitierweise höchst- und obergerichtlicher Entscheidungen etabliert, die im *Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities* (OSCOLA)<sup>203</sup> niedergelegt ist. Aufgrund der geringen Anzahl von Entscheidungen des UK Supreme Court werden diese umfassend online<sup>204</sup> und über Printmedien veröffentlicht, wobei eine offizielle Sammlung in Form eines Court Reporter nicht existiert. Gleiches dürfte für eine große Zahl der Entscheidungen des Court of Appeal gelten,<sup>205</sup> auch wenn offizielle Statistiken dazu – soweit ersichtlich – nicht existieren.

Eine quasi-amtliche Funktion nehmen die Law Reports des *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales* (ICLR) ein,<sup>206</sup> da eine *Practice*

<sup>198</sup> Dabei bietet auch ein Kürzel über die Besetzung der Kammer (Formation Plénière/FP, Formation de Section/FS, Formation Restreinte/FR sowie Assemblée Plénière/AP) ein Indiz für die inhaltliche Bedeutung der Entscheidung; näher dazu noch sub §9.III.3. b).

<sup>199</sup> Vgl. <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/jurisprudence> [18.08.2023].

<sup>200</sup> Daneben existiert eine Reihe von spezialisierten Zeitschriften, z. B. *AJ Contrat* (Actualité Juridique Contrat) oder *AJ Famille* (Actualité Juridique Famille).

<sup>201</sup> Vgl. *Practice Direction* (Judgments: Form and Citation) [2001] 1 WLR 194; *Practice Direction* (Judgments: Neutral Citations) [2002] 1 WLR 346.

<sup>202</sup> An die *neutral citation* kann sich eine spezifische Zitierung in einem Law Report anschließen, z. B. *Etihad Airways PJSC v. Flöther* [2020] EWCA Civ 1707, [2021] 2 WLR 939.

<sup>203</sup> Derzeit in der 4. Auflage 2021 (Hart Publishing, online [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) [18.08.2023]). Auch in anderen common law-Jurisdiktionen existieren vergleichbare Zitationsrichtlinien, z. B. der *Australian Guide to Legal Citation* (AGLC) oder der *Canadian Guide to Uniform Legal Citation/Manuel canadien de la référence juridique*.

<sup>204</sup> Vgl. <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/> [18.08.2023].

<sup>205</sup> Vgl. <https://www.judiciary.uk/court/court-of-appeal/> [18.08.2023].

<sup>206</sup> <https://www.iclr.co.uk/> [18.08.2023]. Der Council wurde 1865 von Mitgliedern der ju-

*Direction* des Lord Chief Justice<sup>207</sup> vorgibt, dass Urteile vorrangig aus den *Official Law Reports*, den *Weekly Law Reports* oder den *All England Law Reports* zitiert werden müssen. Die großen, seit 1865 erscheinenden (*Official*) *Law Reports* sind dabei *Appeal Cases (AC)* (mit Entscheidungen des *Supreme Court* und des *Privy Council*), sowie *Chancery Division (Ch.)*, *Family Division (Fam.)* und *King's Bench Division (K. B.)*, in denen die Entscheidungen des *Court of Appeal* sowie – gelegentlich – des *High Court* vereint werden und die mit entsprechender Paginierung auch online verfügbar sind.<sup>208</sup> Daneben existieren noch die rechtsgebietsübergreifenden *Weekly Law Reports* sowie spezialisierte Periodika, z. B. *The Industrial Cases Reports*, *The Business Law Reports* oder *Lloyd's Law Reports*.<sup>209</sup>

#### *bb) Umfang der Law Reports*

Die zu veröffentlichenden Fälle werden vom *ICLR* selbst ausgewählt, wobei die dafür maßgeblichen Kriterien auf den Juristen *Nathaniel Lindley*<sup>210</sup> zurückgehen. Um in den *Weekly Law Reports* veröffentlicht zu werden, muss die Entscheidung etwa eine besondere rechtsgrundsätzliche Bedeutung aufweisen („decide a new point of law; or modify an existing point of law; or explain an existing point of law; or provide useful guidance on how a particular principle of law is to be applied.“).<sup>211</sup> Bemerkenswert ist dabei die ausgesprochen geringe Zahl an veröffentlichten *Judikaten*: Rechtsgebietsübergreifend und über alle Instanzen hinweg werden vom *ICLR* jährlich nur etwa 330 Urteile zur Publikation in den *Weekly Law Reports* ausgewählt;<sup>212</sup> bei einer Aufnahme in die *Official Law Reports* werden sogar noch selektivere Kriterien angelegt.<sup>213</sup> Selbst *Judikate* des *Court of Appeal* finden daher nicht immer Eingang in die *Law Reports*, Entscheidungen des *High Court* werden

---

ristischen Professionen in England gegründet. Sein Zweck ist: „preparation and publication, in a convenient form, at a moderate price, and under gratuitous professional control, of Reports of Judicial Decisions of the Superior and Appellate Courts in England and Wales“ (*Memorandum and Articles of Association*, 1870, <https://www.iclr.co.uk/about/> [18.08.2023]). Es handelt sich jedoch um keinen offiziellen *Court Reporter*, sondern eine *non-profit organisation* in Form einer *private company limited by guarantee* (vgl. sec. 5 *Companies Act 2006*), die unabhängig vom Staat agiert (vgl. <https://www.iclr.co.uk/about/> [18.08.2023]).

<sup>207</sup> PD (*Citation of Authorities*) [2012] 1 *WLR* 780 sub 6: „Where a judgment is reported in the *Official Law Reports (AC, Q. B., Ch., Fam.)* published by the *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, that report must be cited. These are the most authoritative reports; they contain a summary of the argument.“

<sup>208</sup> Z. B. auf *WestLaw UK*, *LexisNexis* oder der Internetpräsenz des *ICLR*.

<sup>209</sup> Seit 1936 erscheinen zudem die *All England Law Reports (AllER)*, welche Urteile in der Regel schneller veröffentlichen als die offiziellen *Law Reports*.

<sup>210</sup> Dieser bekleidete von 1897–1900 das Amt des *Master of the Rolls*.

<sup>211</sup> <https://www.iclr.co.uk/knowledge/case-law/iclrs-law-reports-an-explainer/> [18.08.2023].

<sup>212</sup> Weitere Fälle werden in *The Weekly Law Reports*, Vol. 4, (ausschließlich online) veröffentlicht.

<sup>213</sup> Vgl. <https://www.iclr.co.uk/knowledge/case-law/iclrs-law-reports-an-explainer/> (o. Fn. 211): „The cases selected for reporting in *The Law Reports* possess special significance going beyond the mere fact that they decide a new point of law or modify an existing principle. Generally, a case will have this ‚something special‘ if we assess the decision as representing a long

selten, die der Untergerichte dort fast nie veröffentlicht und insgesamt nur selten verbreitet.<sup>214</sup>

Die zurückhaltende Publikation von unterinstanzlichen Judikaten dient dabei dem – im *stare decisis*-System des englischen Rechts besonders bedeutsamen – Gedanken, das *common law* nicht durch eine Vielzahl von Einzelfalljudikaten zu überfrachten: „cases decided purely on their facts, or through the application of principles in cases that have already been reported, have little or no value as authority“.<sup>215</sup> Dementsprechend wird die geringe Zahl an zu publizierenden Entscheidungen von der Rechtsprechung oder Rechtswissenschaft auch nicht als Manko aufgefasst, sondern vielmehr die Publikation unbedeutender Judikate durch Online-Datenbanken kritisiert:

„A poor decision of, say, a court of first instance used to be buried silently by omission from the reports. Now it may be dug up and used to support a cause of action or defence which, without its encouragement, might have been allowed to die a quiet death. [...] It seems to me that the common law system, which places such reliance on judicial authority, stands the risk of being swamped by a torrent of material, not just from this country but from other jurisdictions, particularly common law ones.“<sup>216</sup>

Eine Entscheidung soll somit nur dann zum Bestandteil des in den *Law Reports* dokumentierten Rechtsprechungs-acquis werden, wenn sie einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Rechts leistet, wohingegen unveröffentlichte Judikate keine präjudizielle Bedeutung entfalten (und auch nicht entfalten sollen).<sup>217</sup> Diese Grundsätze greifen, mit Ausnahme des UK Supreme Court, auch bei Judikaten der englischen Obergerichte Platz.<sup>218</sup>

---

term development in the law or if the case has potential for application beyond its own subject matter.“

<sup>214</sup> Vgl. etwa die Entscheidungssammlung ‚England and Wales Courts – Miscellaneous (County and Magistrates’ Courts, very incomplete)‘ auf <https://www.bailii.org/databases.html#ew> [Stand: 18.08.2023].

<sup>215</sup> Dies ist die offizielle Leitlinie des ICLR, vgl. <https://www.iclr.co.uk/knowledge/case-law/case-law-sometimes-less-is-more/> [18.08.2023].

<sup>216</sup> *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd. et al.* [2000] EWHC Ch 178 [79]. S. ferner *Deutsche Bank AG v. Highland Crusader Partners LP* [2009] EWCA Civ 725; [2010] BusLR 515 [124]: „One of the curses of the common law method in the 21<sup>st</sup> century is unlimited accessibility to authorities, reported and unreported, and apparently unlimited resources for copying them“ (per L. J. *Carnwat*).

<sup>217</sup> Eine (seltene) Ausnahme bildete die Entscheidung *Tonicstar Insurance Ltd v. Allianz Insurance PLC* [2017] EWHC 2753 (Comm), in welcher der High Court auf einen unveröffentlichten Fall aus dem Jahr 2000 rekurrierte und sich daran gebunden fühlte. Die Entscheidung wurde jedoch wenige Monate später durch *Tonicstar Insurance Ltd v. Allianz Insurance PLC* [2018] EWCA Civ 434; [2018] BusLR 2347 aufgehoben.

<sup>218</sup> *Baron Judge*, ehemaliger *Lord Chief Justice*, betonte: „[...] only an authority which establishes the principle should be cited. Reference should not be made to authorities which do no more than either (a) illustrate the principle or (b) restate it“ (*R v. Erskine [Kenneth]* [2009] EWCA Crim 1425; [2010] 1 WLR 183 [76]).

c) USA

In den USA wird durch das *National Reporter System* (NRS) eine einheitliche Zitierung gerichtlicher Entscheidungen auf Bundes- und Einzelstaatenebene erreicht.<sup>219</sup> Im NRS werden jährlich mehr als 100.000 Gerichtsentscheidungen aller bundesstaatlichen und föderalen Gerichte und Gerichtshierarchien verfügbar gemacht.<sup>220</sup> Anders als in Deutschland macht die korrekte und uniforme Zitierweise gerichtlicher Entscheidungen dabei einen nicht unbedeutenden Teil der juristischen Arbeit aus; mit dem sog. *Bluebook: A Uniform System of Citation*<sup>221</sup> folgen die meisten Gerichte und Autoren einer landesweit einheitlichen Zitierweise.<sup>222</sup>

aa) *US Supreme Court und Courts of Appeals*

Alle Entscheidungen des US Supreme Court werden in den vom Gericht selbst herausgegebenen *United States Reports* (U. S.) gesammelt; zwischen 1790 und Anfang 2022 wurden 600 Bände veröffentlicht.<sup>223</sup> Verantwortlich für die Publikation ist seit 1816 ein offizieller und bei Gericht angesiedelter *Reporter of Decisions*.<sup>224</sup> Alle Bände des *United States Reporter* sind online kostenlos in einem zitierfähigen Format zugänglich,<sup>225</sup> was eine einheitliche Referenzierung in Wissenschaft und Praxis ermöglicht.

Auch Urteile der Bundesberufungsgerichte werden uniform veröffentlicht. Seit 1880<sup>226</sup> sind die Entscheidungen im *Federal Reporter* erfasst, bei dem es sich in-

<sup>219</sup> Federal Reporter sind insbesondere der *Supreme Court Reporter* (S.Ct.), die *Supreme Court Reports, Lawyers' Edition* (L.Ed.), der *Federal Reporter* (F.), das *Federal Supplement* (F.Supp.) und der *Federal Appendix* (F.App'x). State Reporter sind insbesondere der *Atlantic Reporter* (A.), der *North Eastern Reporter* (N.E.), der *North Western Reporter* (N.W.), der *South Eastern Reporter* (S.E.), der *Southern Reporter* (So.), der *South Western Reporter* (S.W.) und der *Pacific Reporter* (P.).

<sup>220</sup> *Farnsworth*, An Introduction to the Legal System of the United States, S. 56.

<sup>221</sup> Herausgegeben von der *Harvard Law Review Association*, der *Columbia Law Review*, der *University of Pennsylvania Law Review* und dem *Yale Law Journal* (näher <https://www.legalbluebook.com/> [20.08.2023]).

<sup>222</sup> Atemberaubende Detailversessenheit kennt auch der *Supreme Court's Style Guide*, der auf über 500 Seiten nicht nur die konkrete Zitierweise von Entscheidungen, sondern auch von Sekundärquellen, Gesetzestexten, Abkürzungen, Kursivierungen etc. regelt (die derzeitige, im Jahr 2016 von Jack Metzler herausgegebene Version ist unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2758862](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2758862) [20.08.2023] abrufbar).

<sup>223</sup> Ältere Entscheidungen des US Supreme Court haben ein spezielles Zitierformat, da die *United States Reports* erst 1874 eingeführt wurden. Vorherige Urteile sind nach dem jeweiligen Reporter benannt, die rückwirkend in das Zählsystem der *United States Reports* eingepflegt wurden, z. B. *Marbury v. Madison* 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803) (nach *William Cranch*, dem zweiten Reporter of Decisions of the Supreme Court of the United States).

<sup>224</sup> Näher *Murray*, The Judicial Opinion in the American Legal Culture, in: Tichý/Holländer/Bruno (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 227, 230f.: Die Veröffentlichung durch einen offiziellen Reporter setzte sich dabei bald auch auf einzelstaatlicher Ebene durch.

<sup>225</sup> Diese sind online verfügbar unter <https://www.loc.gov/collections/united-states-reports/about-this-collection/united-states-reports-by-volume/>; <https://www.supremecourt.gov/opinions/USReports.aspx> [jeweils 20.08.2023]; ein Band enthält etwa 25–45 Einzelentscheidungen.

<sup>226</sup> Ältere Entscheidungen finden sich in den *Federal Cases* (F.Cas.) – 30 Bände.

des nicht um einen offiziellen Court Reporter, sondern eine von West Publishing herausgegebene private Entscheidungssammlung handelt, die sich als zentrales Zitiermedium etabliert hat.<sup>227</sup> Während dabei im Federal Reporter nur ausgewählte Entscheidungen der Court of Appeals veröffentlicht werden, sind alle übrigen *unpublished opinions* zwischen 2001 und 2021 im *Federal Appendix* (F.App'x)<sup>228</sup> versammelt, welcher nunmehr nur noch online erscheint. Letztere entfalten im jeweiligen Circuit jedoch keine Präjudizialität.<sup>229</sup> Die Entscheidung über die Veröffentlichung im Federal Reporter obliegt dem jeweiligen Gericht, wobei die Veröffentlichungsquote meist bei unter 10 % liegt.<sup>230</sup> Der Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit sieht in seinen Circuit Rules (36–2)<sup>231</sup> etwa vor, dass eine Entscheidung nur veröffentlicht wird, wenn eines der folgenden Kriterien erfüllt ist:

„(a) Establishes, alters, modifies or clarifies a rule of federal law, or (b) Calls attention to a rule of law that appears to have been generally overlooked, or (c) Criticizes existing law, or (d) Involves a legal or factual issue of unique interest or substantial public importance, or [...] (f) Is a disposition of a case following a reversal or remand by the United States Supreme Court, or (g) Is accompanied by a separate concurring or dissenting expression, and the author of such separate expression requests publication of the disposition of the Court and the separate expression.“

#### bb) State Courts

Entscheidungen der einzelstaatlichen Gerichte erscheinen entweder selektiv in den State Reporters als Teil des NRS<sup>232</sup> oder in einem einzelstaatlichen Reporter

<sup>227</sup> Seit 2021 erscheint die Fourth Series (F.4<sup>th</sup>), wobei Series 1, 2 und 3 2298 Bände enthalten. Die Online-Versionen beinhalten die gleiche Paginierung wie die gedruckte Fassung, sodass unmittelbar mit Datenbanken gearbeitet werden kann. Diese standardisierte Zitierweise ermöglicht auch die in der US-Rechtswissenschaft schon bereits verbreitete Zitationsanalyse, dh die Feststellung, in welchem Zusammenhang eine bestimmte (Leit-)Entscheidung von anderen Gerichten aufgegriffen wird (dazu näher *Coulette/Fleckner* JZ 2018, 379, 381, 384 mwN).

<sup>228</sup> Seit 2001 sind im F.App'x etwa 700 Bände erschienen. Entscheidungen der District Courts werden seit 1932 (zuvor wurden sie im Federal Reporter veröffentlicht) im Federal Supplement (F.Supp.) veröffentlicht, welches seit 2014 in dritter Auflage erscheint und derzeit ca. 2.300 Bände hat.

<sup>229</sup> Vgl. z. B. Local Rule 36.0(c) des Court of Appeals for the 1<sup>st</sup> Circuit („While an unpublished opinion of this court may be cited to this court [...], a panel's decision to issue an unpublished opinion means that the panel sees no precedential value in that opinion.“). Aufgrund von F. R. A. P. 32.1 dürfen zwar auch alle nach dem 1.1.2007 ergangenen, unveröffentlichten Entscheidungen eines Bundesgerichts zitiert werden; diese bilden jedoch keinen Bestandteil des federal common law. Hintergrund für diese Regel ist u. a. eine Änderung von F. R. A. P. 32.1(a) („A court may not prohibit or restrict the citation of federal judicial opinions [...] that have been: (i) designated as ‚unpublished,‘ ‚not for publication,‘ ‚non-precedential,‘ ‚not precedent,‘ or the like; and (ii) issued on or after January 1, 2007.“), da die Praxis der verschiedenen Court of Appeals hinsichtlich der Zulässigkeit der Zitierung nicht veröffentlichter Entscheidungen erheblich divergierte (näher F. R. A. P. 32.1. – Committee Notes on Rules – 2006).

<sup>230</sup> Vgl. z. B. United States Courts for the 9<sup>th</sup> Circuit 2018, Annual Report, S. 46 (<https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/judicial-council/publications/AnnualReport2018.pdf> [20.08.2023]).

<sup>231</sup> S. ferner Local Rule 36.0(b) des Court of Appeals for the 1<sup>st</sup> Circuit.

<sup>232</sup> Kalifornien, Illinois und New York haben einen eigenen von West Publishing herausgegeben Reporter (New York Supplement; California Reporter, Illinois Decisions).

(z. B. New York Reports; California Reports). Dabei divergiert die Rechtspraxis in den einzelnen Bundesstaaten erheblich. Das *Law Reporting Bureau* (NY) veröffentlicht etwa in den *New York Official Reports* alle Rechtsmittelentscheidungen und ausgewählte Entscheidungen der *trial courts*, die öffentlich und kostenlos zitierfähig einsehbar sind.<sup>233</sup> Anders gestaltet sich die Lage in Kalifornien: Der dortige Supreme Court hat in seiner justiziellen Supervisionsfunktion die Letztentscheidung über die Publikation gerichtlicher Entscheidungen im gesamten Justizsystem.<sup>234</sup> Die *Cal. Rules of Court* gehen dabei davon aus, dass zwar alle Entscheidungen des Supreme Court, aber nur solche Judikate der Courts of Appeal und der Appellate Divisions der unteren Instanzen veröffentlicht werden, bei denen sich eine Mehrheit des Spruchkörpers mittels *certification for publication* für eine Veröffentlichung ausgesprochen hat.<sup>235</sup> Dabei werden nur ca. 18 % der zivilrechtlichen Berufungsurteile veröffentlicht<sup>236</sup> und erstinstanzliche Entscheidungen praktisch nie publiziert. Nach Ansicht des California Supreme Court haben unveröffentlichte Entscheidungen keinen Mehrwert für den

„body of stare decisis, and if published would merely clutter overcrowded library shelves and databases with information utterly useless to anyone other than the actual litigants therein and complicate the search for meaningful precedent.“<sup>237</sup>

Eine Publikationswürdigkeit ist folglich nur gegeben, wenn die Entscheidung das Recht fortbildet, eine bestehende Rechtsprechung abändert oder eine abweichende Rechtsprechungslinie etabliert.<sup>238</sup> Wird ein rehearing durch das Berufungsgericht gewährt, entfällt rückwirkend die Publikationswürdigkeit des ersten Urteils.<sup>239</sup> Zudem kann der Supreme Court anordnen, dass die Entscheidung eines Court of Appeal, welche nicht zur Veröffentlichung vorgesehen ist, veröffentlicht oder vice versa ‚depubliziert‘ wird, wenn der Supreme Court in der Sache selbst entscheiden möchte,<sup>240</sup> mit der Folge, dass dem Judikat die präjudizielle Wirkung genommen wird.

<sup>233</sup> <https://www.nycourts.gov/reporter/Decisions.shtml> [20.08.2023].

<sup>234</sup> Hintergrund ist Art. VI, sec. 14 der California Constitution („The Legislature shall provide for the prompt publication of such opinions of the Supreme Court and courts of appeal as the Supreme Court deems appropriate, and those opinions shall be available for publication by any person.“).

<sup>235</sup> Cal. Rules of Court 8.1105(a) und (b).

<sup>236</sup> California 2020 Court Statistics Report, S. 46 (<https://www.courts.ca.gov/documents/2023-Court-Statistics-Report.pdf> [20.08.2023]).

<sup>237</sup> *Schmier v. Supreme Court* 78 CA.4<sup>th</sup> 703 (2000).

<sup>238</sup> Vgl. Cal. Rules of Court 8.1105(c): „An opinion of a Court of Appeal or a superior court appellate division [...] should be certified for publication in the Official Reports if the opinion: (1) Establishes a new rule of law; (2) Applies an existing rule of law to a set of facts significantly different from those stated in published opinions; (3) Modifies, explains, or criticizes with reasons given, an existing rule of law; [...]“.

<sup>239</sup> Cal. Rules of Court 8.1105(e)(1)(A).

<sup>240</sup> Cal. Rules of Court 8.1105(e)(1); im Geschäftsjahr 2022 wurde davon in 19 Fällen Gebrauch gemacht (California 2020 Court Statistics Report [o. Fn. 236], S. 34 f.).

Da nur veröffentlichte Entscheidungen präjudiziell sind, dürfen Parteien eines Rechtsstreits gem. Cal. Rules of Court 8.1115(a) grundsätzlich auf keine unveröffentlichte Entscheidung eines Court of Appeal verweisen.<sup>241</sup> Auch Berufungsurteile, die Gegenstand eines anhängigen Verfahrens vor dem Supreme Court sind, sind nur eingeschränkt zitierfähig („may be cited for potentially persuasive value only“<sup>242</sup>), wobei das Höchstgericht selbst feststellen kann, dass ein solches Urteil einen „binding or precedential effect“ hat oder nicht.<sup>243</sup>

### cc) Bewertung

Bei einem Blick auf die US-amerikanische Publikationspraxis ist die – zur deutschen Perspektive konträre<sup>244</sup> – Sichtweise bemerkenswert, dass lediglich eine geringe Anzahl an Entscheidungen Eingang in offizielle Periodika finden *sollte*, weil jedes veröffentlichte Urteil eines höhergeordneten Gerichts als binding precedent zum Rechtskorpus des common law wird und dieses, um auch bei veränderten rechtlichen oder gesellschaftlichen Rahmenbedingungen operabel zu bleiben, nicht durch eine Vielzahl an Einzelentscheidungen überfrachtet werden sollte („too much written material creating too little new law“). Eine Publikation erfolgt daher nur, wenn dies im öffentlichen Interesse an der Fortentwicklung der Rechtsordnung gerechtfertigt ist.<sup>245</sup> Die Veröffentlichung in einem offiziellen Reporter ist daher Gegenstand richterlichen Ermessens, wobei *non-publication* nicht bedeutet, dass Entscheidungen für die Öffentlichkeit nicht einsehbar sind bzw. nicht über Datenbanken abgerufen werden können; ihnen wird jedoch die Präjudizialität für zukünftige Entscheidungen genommen.

Dabei ist die derzeitige Veröffentlichungspraxis auch in den USA Gegenstand einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung, da sich durch *unpublished opinions* eine Art ‚Schattenrechtsordnung‘ etabliert hat, die neben das in den Official Reports veröffentlichte common law und möglicherweise in Konflikt dazu tritt.<sup>246</sup> Zudem wird auf die Gefahr hingewiesen, dass sich Richter der Pflicht zu einer *lege artis* abgefassten Entscheidungsbegründung durch die Nichtveröffentlichung ent-

<sup>241</sup> Sofern keine Ausnahme nach Cal. Rules of Court 8.1115(b) vorliegt.

<sup>242</sup> Cal. Rules of Court 8.1115(e)(1).

<sup>243</sup> Cal. Rules of Court 8.1115(e)(3); s. dazu die ergänzende Standing Order Exercising Authority Under California Rules of Court, Rule 8.1115(e)(3), Upon Grant of Review or Transfer of a Matter with an Underlying Published Court of Appeal Opinion (Administrative Order 2021–04–21).

<sup>244</sup> Vgl. bereits sub §7. III. 1. a).

<sup>245</sup> Hierzu und weiterführend *Martin* 60 Ohio St. L. J. 177, 181 (1999): „A large proportion of the opinions that have been coming out of American courts add essentially nothing to the corpus of the law. They are of interest and significance to the parties only.“

<sup>246</sup> Vgl. näher *Carpenter* 50 S. C. L. Rev. 235 ff. (1998–1999). Umfassend zur Kontroverse über unpublished opinions: *Schiltz* 62 Wash. & Lee L. Rev., 1429 (2005); *Pearson* 55 Hastings L. J. 1235 ff. (2003–2004); für die deutsche Rechtslage in Ansätzen *Braun* JZ 2020, 353 ff., der (aaO 355), konstatiert, dass durch eine zu umfassende Publikation gerichtlicher Entscheidungen „jeder innovative Gedanke in einem Wust von Mediokritäten zu ersticken droht“.

ziehen könnten.<sup>247</sup> Ferner wird von Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur eingewendet, dass sich die Gerichte teilweise selbst nicht an die von ihnen aufgestellten Publikationsrichtlinien halten und daher auch unveröffentlichte Entscheidungen eine Rechtsfortbildung oder ein neues Rechtsprinzip enthalten können, ohne jedoch eine präjudizielle Wirkung zu entfalten.<sup>248</sup>

## 5. Vergleichende Gegenüberstellung

### a) Rechtsvergleichende Bruchlinien

Bei der Publikation höchst- und obergerichtlicher Entscheidungen sind in rechtsvergleichender Perspektive noch keine Vereinheitlichungstendenzen zu beobachten. Vielmehr zeigt sich ein Rift zwischen kontinentaleuropäischer und common law-Rechtstradition. Revisions- und Kassationssysteme kontinentaleuropäischer Prägung sehen meist eine Pflicht zur Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen vor, die jedoch nicht in Form eines *Official Reporter* publiziert werden. Zudem wird dieser Gedanke – sowohl auf nationaler Ebene als auch vor den europäischen Gerichten – bereits dahingehend eingeschränkt, dass aus der Perspektive der Allgemeinheit ‚unbedeutende‘ und regelmäßig nicht oder nur kurz begründete Judikate zwar einsehbar sind, aber nicht Bestandteil einer Rechtsprechungssammlung werden. Dass eine gewisse Mäßigung bei der Veröffentlichung ober- und höchstgerichtlicher Judikate dabei durchaus seine Berechtigung hat, zeigt der italienische Kassationshof, den in Zivil- und Strafsachen jährlich etwa 89.000 Verfahren erreichen, mit der Konsequenz, dass das ausufernde und teils widersprüchliche Fallrecht des Gerichts für den Beschwerdeführer zu einem ‚Jahrmakel der Möglichkeiten‘ geworden ist, auf dem jede Partei ein ihr günstiges Präjudiz zu finden vermag.<sup>249</sup>

Dagegen werden die – zahlenmäßig meist begrenzten – Entscheidungen der Supreme Courts in England und den USA umfassend und in offizieller Form veröffentlicht. Dabei zeigt sich, dass die Rechtsordnungen des common law ein deutlich größeres Augenmerk auf die offizielle und autoritative Publikation höchstrichterlicher Entscheidungen legen als dies auf dem europäischen Kontinent der Fall ist. Ein Grund dafür dürfte sicherlich sein, dass höchstrichterliche Judikate mit ihrer Veröffentlichung präjudiziell im Sinne der *stare decisis*-Doktrin sind und Bestandteil des common law werden. Entscheidend dürfte zudem die Stellung der Rechtswissenschaft und deren Verhältnis zur Rechtsprechung sein: Anders als im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken kommt der rechtswissenschaftlichen Forschung im common law nicht vorrangig die Aufgabe zu, das bestehende Fallrecht

<sup>247</sup> *Pearson* 55 Hastings L.J. 1235 ff. (2003–2004).

<sup>248</sup> Umfassend *Hannon* 3 J. Appellate Practice and Process 199 (2001) mwN.

<sup>249</sup> Dazu *Ferraris*, Finding a Cure or Simply Relieving Symptoms? The Case of the Italian Supreme Court, in: *Bravo-Hurtado/van Rhee* (Hrsg.), *Supreme Courts Under Pressure*, S. 35, 36 mwN.

zu ordnen und in Kommentaren und Lehrbüchern für die Rechtspraxis aufzubereiten.

Nimmt man die Publikation von Entscheidungen der intermediären Appellationsinstanz in den Blick, zeigt sich eine zur deutschen Diskussion geradezu konträre Sichtweise: Nicht die umfassende Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen, sondern die Selektion derjenigen Verfahren, die einen Beitrag zur Rechtsfortbildung leisten, wird als erstrebenswert angesehen. Die Rechtsordnung und der Rechtsprechungs-acquis soll – vermutlich auch, weil die ordnende Funktion der Rechtswissenschaft nicht in einem in der kontinentaleuropäischen Rechts-tradition bekannten Umfang bekannt ist – nicht mit Einzeljudikaten überfrachtet werden. Dementsprechend wird die Kompetenz der Obergerichte zur selektiven Publikation (und teilweise sogar zur ‚Depublikation‘)<sup>250</sup> selbst von den Kritikern von *unpublished opinions* selten in Frage gestellt. Vielmehr dient die bewusste (Nicht-)Publikation der Steuerung der Gesamtrechtsordnung. Das öffentliche Interesse an der Konsistenz des Rechtsprechungs-acquis überwiegt damit das Risiko, dass eine Rechtskontrolle des Richters *coram publico* nur eingeschränkt existiert und eine ‚Schattenrechtsordnung‘ neben das in den offiziellen Law Reports dokumentierte *common law* tritt, was unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwendungs-gleichheit durchaus Bedenken hervorruft.

#### *b) Verbesserungspotenziale im deutschen Recht*

Was lässt sich daraus für die deutsche Rechtsordnung gewinnen? Eine kohärente Veröffentlichungspraxis höchst- und oberrichterlicher Entscheidungen ist noch immer nicht gegeben. Ein Official Reporter, der alle Entscheidungen autoritativ in sich vereinigt, existiert weder an den Bundesgerichten noch am BVerfG.<sup>251</sup> Nur ein sehr kleiner Teil wird in der semi-offiziellen Entscheidungssammlung des Revisionsgerichts wiedergegeben, die sich daher nicht als offizielles Zitationsmedium eignet. Auch eine neutrale Zitierweise wird meist nicht verwendet, da von den jeweiligen Fachverlagen in der Regel auf eine Entscheidungsfundstelle in einer im eigenen Haus erschienenen Zeitschrift verwiesen wird. Die Etablierung eines *Official Reporter* und einer umfassenden und frei zugänglichen Rechtsprechungsdatenbank mit kohärenter Zitierweise ist daher weiterhin anzumahnen.<sup>252</sup> Damit

<sup>250</sup> S. o. sub § 7. III. 4. c).

<sup>251</sup> Gerade am BVerfG ist dies misslich, kann doch aufgrund der überschaubaren Anzahl an (begründeten) Entscheidungen unschwer eine vollständige Entscheidungssammlung generiert werden. Die von dem (privatrechtlichen) Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts herausgegebene Entscheidungssammlung BVerfGE enthält in seinen derzeit (1952–2023) 163 Bänden nur eine Auswahl wichtiger Judikate. Pro Band schaffen es meist nur sehr wenige Entscheidungen in die Sammlung (z. B. sechs in Band 153, in Band 144 vier). Zwischen 2004 und 2014 existierte zudem die – ebenfalls vom Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts herausgegebene – Sammlung der Kammerentscheidungen (BVerfGK), die nach 20 Bänden wieder eingestellt wurde.

<sup>252</sup> Dies fordert z. B. auch Heese JZ 2021, 665, 673; ders. FS Roth, S. 283, 293 ff., 323 ff., 340; Pohl, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, S. 75 ff. Vgl. zudem die Forderungen des 70. Deutschen Anwaltstags (dazu Fusbahn IPRB 2019, 188, 190; Hamann JZ 2021, 656, 660).

könnte nicht nur die im Interesse der Rechtsfortbildung notwendige und verfassungsrechtlich abgesicherte Aufgabenzuweisung zur Publikation höchstrichterlicher Entscheidungen gegenüber der Allgemeinheit adäquat adressiert, sondern auch ein nicht unerheblicher Teil juristischer Arbeit effektiviert und hypertrophe juristische Fußnotenapparate entschlackt werden,<sup>253</sup> sofern ein Judikat nicht zunächst in einer der derzeit etwa 700 konkurrierenden deutschsprachigen juristischen Fachperiodika<sup>254</sup> identifiziert werden muss.

#### IV. Ergebnis

Der Kern revisionsgerichtlicher Tätigkeit konsolidiert sich in der Begründung und Veröffentlichung höchstrichterlicher, den zivilrechtlichen Instanzenzug abschließender Entscheidungen. Nicht zuletzt aufgrund des hohen Abstraktionsgrads revisionsgerichtlicher Urteile (als an einen juristisch versierten Leser gerichtete Fachvoten) kommt dabei vornehmlich die im Allgemeininteresse liegende Funktion der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung zum Ausdruck. Der Entscheidungsstil revisionsgerichtlicher Judikate setzt sich dabei durch seine nüchterne Adressierung juristischer Probleme und pathoslose Argumentationsstruktur sowohl vom autoritativen Entscheidungsstil des romanischen Rechtskreises als auch von der diskursiv-tastenden Weiterentwicklung des common law ab, läuft jedoch auch Gefahr, sich aufgrund seines hohen Abstraktionsgrades vom öffentlichen Meinungsdiskurs zu entkoppeln.<sup>255</sup>

Der auf die Kameraljurisprudenz zurückzuführende Entscheidungsstil des BGH misst dabei juristischen Lehrmeinungen ein besonderes Gewicht zu. Revisionsgerichtliche Entscheidungen sind insoweit ‚gelehrtes‘ Recht, wobei meist eine Einbettung des Judikats in die bestehende Rechtsordnung und das kumulierte Fallrecht als in sich schlüssiges Gesamtrechtssystem erfolgt. Durch die teilweise ausufernde Begründungsstruktur ist von dem einst auf das Wesentliche konzentrierten, knappen und autoritativen Begründungsstil des RG indes wenig geblieben. Trotz der Komplexität der modernen Rechtsfindung im Mehrebenensystem wäre der Rechtsklarheit bei einer knappen und präzisen Darstellung der relevanten

---

<sup>253</sup> Das Fehlen einer offiziellen Entscheidungsquelle führt zu einem Anschwellen juristischer Periodika, wenn Urteile reihenweise in Parallelfundstellen nachgewiesen werden. Z. B. findet sich die Entscheidung BGH, Urt. v. 12.7.2018 – III ZR 183/17, neben BGHZ 219, 243 ff. in wenigstens 34 anderen Periodika (exklusive Online-Datenbanken).

<sup>254</sup> Vgl. hierzu *von Bar Iuridica International* 2010, 4 ff.

<sup>255</sup> Vgl. bereits *Stürner*, Verfahrenszweck und Entscheidungsbegründung, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 384, 391: „Dies bedeutet aber, dass oberste Gerichte in demokratischen Gesellschaften nicht einen rein syllogistisch-legalistisch entpersönlichten Stil pflegen sollten, sondern sich zumindest teilweise dem diskursiv-substantialen persönlichen Stil öffnen müssen, um auch der nichtjuristischen Öffentlichkeit eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung zu erlauben.“

Gründe daher meist besser gedient, da überlange Judikate die Gefahr argumentativer Widersprüchlichkeiten in sich bergen und – gerade mit Blick auf die Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung im Rahmen des Revisionsverfahrens – ihren Zweck als ‚Leit‘entscheidung zu verlieren drohen. Eine maßvolle Rückbeschränkung revisionsgerichtlicher Entscheidungen in Bezug auf Urteilslänge und Zitationsdichte würde zudem höchstrichterliche Entscheidungen nicht nur bedeutend kürzer ausfallen lassen, sondern auch zur besseren Lesbarkeit und Rezeption entscheidend beitragen.

Bei der umfassenden Publikation revisionsgerichtlicher Entscheidungen, die im Kern einer verfassungsrechtlichen Pflicht entspricht, bestehen ebenfalls Verbesserungspotentiale. Zwar kommt der BGH seit der Jahrtausendwende seiner Veröffentlichungspflicht umfassend nach. Weder existiert indes eine autoritative Entscheidungssammlung noch eine zentrale Plattform zur Einsicht für die Rechtsschutz suchende Bevölkerung. Dies erschwert den Umgang mit juristischen Autoritäten nicht unerheblich, wobei sowohl ein Blick nach Frankreich als auch in common law-Rechtsordnungen zeigt, dass diese die Publikation höchstrichterlicher Entscheidungen durch in sich schlüssige Veröffentlichungsstrukturen mit deutlich größerer Sorgfalt forcieren.

*Teil III*

Die Revisionszwecke im Rechtsvergleich



## § 8 Revision, Kassation, *final appeal*, *writ of certiorari*

Die vorstehend untersuchten Vor-, aber auch Nachteile des zivilprozessualen Revisionsmodells können bei einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung der zivilgerichtlichen Höchstgerichtsbarkeiten verdeutlicht werden. Wie bereits eingangs dargestellt,<sup>1</sup> sehen sich alle Rechtsordnungen in westlicher Rechtstradition – trotz struktureller Systemunterschiede – dem gleichen Spannungsverhältnis zwischen Rechtsfortbildung und Individualrechtsschutz vor dem *Court of last resort* ausgesetzt,<sup>2</sup> scheinen darauf jedoch im romanischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis gegenläufige Antworten gefunden zu haben. Die vorliegende Arbeit nimmt daher das französische Recht als – neuerdings vermehrtem Reformdruck ausgesetztes – Urmodell der Kassation (§ 9), den UK Supreme Court als das Modell eines (gebundenen) *second appeal* (§ 10) und den US Supreme Court mit seiner rein ermessensabhängigen Jurisdiktionsgewalt (*writ of certiorari*, § 11) näher in den Blick.

### I. Ein *Caveat* zur Rechtsvergleichung

#### 1. *Divergierende Funktionskonzepte*

Eine funktionale Vergleichbarkeit mit dem deutschen Revisionsrecht sieht sich dabei mit erheblichen Funktionsdivergenzen der untersuchten Höchstgerichtsbarkeiten konfrontiert. Diese sind – mit Blick auf ihre historisch divergierend gewachsene Stellung – *disparate syblings*: Den meisten common law-Jurisdiktionen ist bereits das Konzept einer ausgegliederten Verfassungsgerichtsbarkeit mit einem spezifisch verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab (in kontinentaleuropäischer Rechtstradition) fremd.<sup>3</sup> Der UK Supreme Court übernimmt etwa – viele, aber nicht alle<sup>4</sup> – Aufgaben des BVerfG, auch spezifisch verfassungsrechtlicher

<sup>1</sup> Oben sub § 1. I. 1. b).

<sup>2</sup> Vgl. Dazu die rechtsvergleichende Analyse bei *Herzog/Karlen*, *Attacks on judicial decisions*, in: Cappelletti (Hrsg.), *International Encyclopedia of comparative law*, Volume XVI, ch. 8; *Shapiro*, *Courts – A comparative and political analysis* (1981); *Jolowicz/van Rhee*, *Recourse against Judgments in the European Union* (1999).

<sup>3</sup> BVerfG und die Landesverfassungsgerichte in Deutschland; Verfassungsgerichtshof in Österreich; Conseil Constitutionnel in Frankreich; Corte Costituzionale in Italien; Tribunal Constitucional in Spanien; Cour Constitutionnelle/Grondwettelijk Hof in Belgien.

<sup>4</sup> Der UK Supreme Court kann einen Act of Parliament nicht für unwirksam erklären (vgl.

Art.<sup>5</sup> ist jedoch in der großen Mehrheit der Verfahren als *Court of last resort* für die letztverbindlich einfachrechtliche Auslegung und Entscheidung in Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren zuständig.<sup>6</sup> Die in England historisch gewachsene Justizorganisation hat zudem die Besonderheit, dass mit dem Court of Appeal bereits in der intermediären Instanz ein zentrales Appellationsgericht neben dem UK Supreme Court besteht, weshalb sich die Rechtsprechungstätigkeit nur bei einer Untersuchung der symbiotischen Beziehung beider Gerichte vollständig erschließt.

Auch der US Supreme Court hat zwar – anders als die meisten kontinental-europäischen Höchstgerichte – eine Normverwerfungskompetenz,<sup>7</sup> ist aber vornehmlich ein letztinstanzliches Fachgericht ohne spezifisch verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab.<sup>8</sup> Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass sich das Gericht in den letzten Jahrzehnten teilweise von ‚klassischen‘ Zivilrechtsstreitigkeiten entfernt hat und sich verstärkt auf zivilrechtliche Fragen mit verfassungsrechtlichem Einschlag (civil liberties usw.) fokussiert,<sup>9</sup> wohingegen die Kernmaterien des materiellen Zivilrechts mehrheitlich den Höchstgerichten der Einzelstaaten zugewiesen sind.<sup>10</sup>

US und UK Supreme Court sind zudem für nahezu alle Rechtsgebiete zuständig – eine Stellung, die in Kontinentaleuropa auch beim Schweizerischen Bundesgericht beobachtet werden kann. Der BGH steht dagegen neben einer ausgegliederten Arbeits- (BAG), Verwaltungs- (BVerwG), Sozial- (BSG) und Finanzgerichtsbarkeit (BFH) und kann allein in quantitativer Hinsicht als *Primus inter Pares* der

---

*Jackson v. Att-Gen* [2005] UKHL 56 [9]), jedoch dessen Unvereinbarkeit mit Art. 6 EMRK feststellen und die Regierung auffordern, den konventionswidrigen Zustand zu beseitigen (sec. 4 Human Rights Act 1998). Vgl. hierzu etwa das Verfahren *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, in dem das House of Lords erklärte, dass eine Bestimmung des Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (welche es gestattete, Terrorverdächtige ohne Gerichtsverfahren festzunehmen) konventionswidrig ist.

<sup>5</sup> Jüngst etwa *R v. The Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41 zur Vertagung des Parlaments durch Premierminister *Johnson*, die „null and of no effect“ war ([69]). Das Gericht ist zudem für verfassungsrechtliche Kompetenzstreitigkeiten nach dem Scotland Act 1998, Northern Ireland Act 1998 und Government of Wales Act 2006 zuständig.

<sup>6</sup> Von den im Geschäftsjahr 2021/2022 erlassenen Urteilen des UK Supreme Court befasst sich nur ein geringer Teil mit Verfassungsrecht im engeren Sinne, vgl. The Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council Annual Report and Accounts 2021–2022 (<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2021-2022.pdf> [21.08.2023]), S. 101. Auch bei den PTAs zeigen sich im Zivilrecht Schwerpunkte im Wirtschafts-, Familien- und Haftungsrecht sowie in verfahrensrechtlichen Fragestellungen, vgl. aaO, S. 93.

<sup>7</sup> Vgl. *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>8</sup> Einzelheiten bei <https://harvardlawreview.org/supreme-court-statistics/> [21.08.2023]: Von den im Geschäftsjahr 2021 abgesetzten 60 Urteilen betreffen 13 strafgerichtliche Verurteilungen mit ihren verfassungs- und prozessrechtlichen Bezügen, drei Entscheidungen Zivilklagen vor den state courts, ein Verfahren mit original jurisdiction und die Mehrheit von 43 Fällen die Bundesjustiz, mit einer Verteilung auf 33 verwaltungsgerichtliche Entscheidungen und zehn Zivilklagen.

<sup>9</sup> Umfangreiche Darstellung für die USA bei *Mautzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 219ff., sowie kritisch *Kagan/Cartwright/Freidman/Wheeler* 30 Stan. L. Rev. 121, 132ff. (1977) und *dies.* 76 Mich. L. Rev. 961, 987ff. (1978) mit Verweis auf eine Abwendung des US Supreme Court von grundstücksrechtlichen Streitigkeiten und einer Aufwertung des auch rechtspolitisch umstritteneren Deliktsrechts (Sorgfaltspflichten, Produkthaftung usw.).

<sup>10</sup> Dazu noch sub § 11. II. 1. c) und 7. b).

fünf obersten Bundesgerichte gelten. Auch in anderen europäischen Staaten ist das Konzept einer ausgegliederten Verwaltungsgerichtsbarkeit bekannt, etwa in Frankreich (Conseil d'Etat), Österreich (Verwaltungsgerichtshof), Belgien (Conseil d'Etat) und in den Niederlanden (Raad van State).

Kassations- und Revisionsgerichte sind zudem (zumindest konzeptionell) auf die Überprüfung von Rechtsfragen beschränkt, wohingegen viele Höchstgerichte des common law-Rechtskreises (theoretisch) ebenso *questions of fact* adressieren können, obschon die Unterschiede nicht zu erheblich sein dürften, da sich die Supreme Courts anglo-amerikanischer Prägung fast immer auf eine Rechtskontrolle beschränken.<sup>11</sup> Weiterhin stechen Kassationshöfe in verfahrensrechtlicher Hinsicht besonders hervor, da ein *pourvoi en cassation* als außerordentlicher Rechtsbehelf (*voie de recours extraordinaire*) nach deutschem und englischem Verständnis schon kein Rechtsmittel im engeren Sinne wäre.<sup>12</sup>

Die genannten Funktionsdivergenzen können dabei selbst innerhalb eines Rechtsmittelkreises erheblich sein, wobei die Entwicklung in vielen Rechtsordnungen keinesfalls linear erfolgt. Portugal folgte etwa bis 1926 dem französischen Kassationsmodell, näherte sich jedoch in den darauffolgenden Jahren eher dem zentraleuropäischen Revisionsmodell an.<sup>13</sup> Ähnliches kann beim Hoge Raad in den Niederlanden beobachtet werden.<sup>14</sup> Die chilenische Corte Suprema de Justicia, welche historisch ein Kassationsgericht spanischen Einflusses war, jedoch immer auch Elemente eines Revisionsgerichts beinhaltet, wurde in den letzten Jahren dagegen verstärkt zu einem „court of precedents“ nach US-amerikanischem Vorbild umgebaut.<sup>15</sup>

## 2. Divergierende Größe und Fallbelastung

Diese unterschiedliche Funktionsbelegung hat erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des jeweiligen Höchstgerichts. Die französische Cour de Cassation erreichten im Jahr 2022 knapp 15.000 neue Zivilverfahren<sup>16</sup> und damit mehr als die doppelte Falllast der Zivilsenate am BGH.<sup>17</sup> Diese Verfahrensmenge wird von

<sup>11</sup> Dazu noch sub § 10. IV. 2. und § 11. II. 1. c) ff).

<sup>12</sup> Dazu noch sub § 9. II. 1.

<sup>13</sup> Einzelheiten bei *Kodek*, Appellate proceedings in civil cases – traditional remedies in light of contemporary problems, in: Uzelac/Van Rhee (Hrsg.), *Nobody's perfect. Comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters*, S. 35, 38.

<sup>14</sup> Zum Hoge Raad ausführlich *Numann* *RabelsZ* 2016, 313 ff.

<sup>15</sup> Einzelheiten bei *Bravo-Hurtado*, *Two Ways to Uniformity: Recourse to the Supreme Court in the Civil Law and Common Law World*, in: Uzelac/Van Rhee (Hrsg.), *Nobody's perfect. Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, S. 319, 320. Vgl. zudem für die Mischmodelle in Skandinavien *Lindblom*, *Progressive Procedure*, S. 93 ff.

<sup>16</sup> Cour de Cassation, *Rapport Annuel 2022* ([https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel\\_2022.pdf](https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2022.pdf) [21.08.2032]), S. 227 f.: Im Jahr 2017 erreichten das Gericht gar über 22.000 Verfahren.

<sup>17</sup> Vgl. schon oben sub § 3. III. 1. Dieses Verhältnis relativiert sich indes durch den Umstand, dass die Cour de Cassation auf für das Arbeits- und Teile des Sozialrechts zuständig ist.

den drei allgemeinen Zivilkammern (*chambres civiles*), einer Handelskammer (*chambre commerciale, économique et financière*) sowie einer *chambre sociale* (die auch für das Arbeitsrecht zuständig ist) von derzeit ca. 225 Richtern erledigt, wobei etwa 85 % der Entscheidungen in einem reduzierten Dreiergremium getroffen werden.<sup>18</sup> Dabei war die Kassationsbeschwerde – sofern sie nicht zurückgenommen wurde – in 32 % der Verfahren erfolgreich; in weiteren 65 % wurde das Rechtsmittel zurückgewiesen, im Übrigen erledigte sich das Verfahren auf andere Weise.<sup>19</sup>

Noch deutlichere Divergenzen zeigen sich zum UK Supreme Court. Innerhalb des letzten Geschäftsjahres wurden dort lediglich 200 *permission to appeal applications* (PTA) verhandelt, von denen 42 erfolgreich waren (21 %).<sup>20</sup> Diese Falllast wird von zwölf Richtern erledigt, die üblicherweise in einem Panel aus fünf Richtern entscheiden, bei besonders bedeutsamen Fällen auch in einer größeren Besetzung.<sup>21</sup> Aufgrund dieser geringen Anzahl der vom Höchstgericht entschiedenen Fälle wird der größte Teil der Rechtsfortbildungsfunktion und Fehlerkorrektur durch den Court of Appeal als zentrales Berufungsgericht sowie (teilweise) durch den High Court als Teil der *Senior Courts*<sup>22</sup> selbst wahrgenommen.

Ein abermals differenziertes Bild zeigt sich in den USA: Ende 2019 waren mit 6.534 Verfahren<sup>23</sup> vor dem US Supreme Court in etwa genauso viele Verfahren anhängig wie vor den Zivilsenaten des BGH, wobei allein 2.000 civil appeals gegen Entscheidungen der (Federal) Courts of Appeals eingingen.<sup>24</sup> Im gleichen Zeitraum wurden von den neun Richtern indes nur 73 Fälle mündlich verhandelt. Mit etwa 60 begründeten Urteilen p. a. liegt die Rechtsprechungstätigkeit dabei auf dem Niveau des UK Supreme Court.

### 3. Ein Ausschluss der Prozessrechtsvergleiung?

Vor diesem Hintergrund favorisieren manche Autoren eine zurückgenommene Prozessrechtsvergleiung und warnen vor einer simplifizierenden Gegenüber-

<sup>18</sup> Näher *Ferrand*, Der fragwürdige Wille des französischen Kassationshofes zur Selbstreform, in: Gsell/Hau (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelpacher, S. 47, 49, sowie noch sub § 9. III. 3. a).

<sup>19</sup> Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 (o. Fn. 16), S. 235.

<sup>20</sup> Vgl. dazu The Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council Annual Report and Accounts 2021–2022 (o. Fn. 6), S. 10, 91: Zudem wurden 31 appeals bzw. 9 appeals as of right anhängig gemacht.

<sup>21</sup> Einzelheiten noch sub § 10. IV. 2.

<sup>22</sup> Vgl. dazu den historischen Überblick sub § 10. I. 3.

<sup>23</sup> Supreme Court of the United States – Cases on Docket, Disposed of, and Remaining on Docket at Conclusion of October Terms, 2015 Through 2019, [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data\\_tables/supcourt\\_a1\\_0930.2020.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/supcourt_a1_0930.2020.pdf) [21.08.2023].

<sup>24</sup> Vgl. hierzu U. S. Courts of Appeals – Petitions for Review on Writs of Certiorari to the Supreme Court, Commenced, Terminated, and Pending During the 12-Month Period Ending September 30, 2020 ([https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data\\_tables/jb\\_b2\\_0930.2020.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_b2_0930.2020.pdf) [21.08.2023]). 1950 erreichten das Gericht noch 1.195 Fälle; bisheriges Rekordjahr war 2006 mit 8.895 neuen Verfahren (vgl. <https://www.fjc.gov/history/exhibits/graphs-and-maps/supremecourt-caseloads-1880-2015> [21.08.2023]).

stellung der Rechtsmittelmodelle von Revision, Kassation und final appeal bzw. writ of certiorari.<sup>25</sup> Bereits eine uniforme Verwendung des Begriffs „Supreme Court“ sei problematisch, wecke dieser Begriff doch in den unterschiedlichen Rechtstraditionen ganz unterschiedliche Assoziationen – etwa in der Frage, ob das Höchstgericht auch als Verfassungsgericht fungiert, auf die Beantwortung von Rechtsfragen beschränkt ist oder ob unterinstanzliche Entscheidungen nur auf ihre Rechtskonformität hin überprüft werden können. Die vergleichende Prozessrechtswissenschaft ist daher mit Blick auf das Rechtsmittelrecht besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt, zumal die tiefe historische Verwurzelung der Höchstgerichte im jeweiligen Justizsystem es gestatten würde, mehr als eine Monografie über jedes einzelne zu verfassen.<sup>26</sup>

Hat man sich indes aufgrund der unterschiedlichen Funktionsbelegung der Höchstgerichte bewusst gemacht, was eine funktionale Prozessrechtsvergleichung nicht zu leisten vermag – offene Fragen des nationalen Rechts durch eine unbelebte Übernahme von Rechtsimplantaten ausländischer Rechtsordnungen zu lösen – und die Untersuchung auf die zivilprozessuale Funktion des jeweiligen Court of last resort beschränkt, zeigt sich der besondere Reiz der Untersuchung: Mag die konkrete Besetzung und Arbeitslast der Höchstgerichte auch verschieden ausgestaltet sein, eint alle Gerichte ein vergleichbares Mandat: die Sicherung von Rechtseinheit und Rechtsanwendungsgleichheit durch die Korrektur fehlerhafter Entscheidungen sowie die Fortentwicklung des Rechts in den Grenzen des richterlichen Mandats. Die letztinstanzliche fachgerichtliche Überprüfung (final review) ist daher stets der Gewährung von Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtsfortbildung unter Auflösung des daraus resultierenden Spannungsverhältnisses verpflichtet, wobei insbesondere die Fallselektion und -differenzierung ein Topos ist, der alle Höchstgerichte betrifft. Insoweit kann eine Prozessrechtsvergleichung ihre Rechtfertigung gerade aus der Verschiedenheit der untersuchten Gerichte ziehen, die trotz eines abstrakt gleichlautenden Funktionsauftrags eine divergierende Ausgestaltung erfahren haben.

## II. Rechtsvergleichender Überblick zu den Höchstinstanzen in Zivilsachen

### 1. *Revision(sähnlich)*

(siehe Abb. 19, S. 268f.)

---

<sup>25</sup> Z. B. Geeroms 50 Am. J. Comp. Law 201 ff. (2002): „Too often, scholars unjustly treat cassation, revision and appeal on equal terms in their legal discourse, using either appeal when discussing final review cases for the civil law systems or cassation when discussing final review matters for common law systems; or confusing cassation and revision.“

<sup>26</sup> Näher Jolowicz, On Civil Procedure, S. 328 ff.

Staat	Instanzenzug	Freier Zugang zur Höchstinstanz?	Annahmehemessen?	Anzahl der Richter	Verfahren p. a.	Entscheidung des Gerichts
Österreich <sup>27</sup>	Bis 15.000 EUR: Bezirksgericht – Oberlandesgericht – OGH; darüber: Landesgericht – Oberlandesgericht – OGH.	Art. 92 Abs. 1 B-VG gewährt keinen allgemeinen Zugang zum OGH, aber eine objektive Bestandsgarantie. Konzeptionell handelt es sich um eine kombinierte Wert- und Grundsatzrevision (vgl. § 502 Abs. 1 öZPO) mit folgender Dreiteilung: 1. § 502 Abs. 2 öZPO: Die Revision ist unzulässig, wenn der Streitgegenstand 5.000 EUR nicht übersteigt. 2. § 502 Abs. 3 öZPO: Zwischen 5.000,01 und 30.000 EUR ist die Revision nur zulässig, wenn das Berufungsgericht die ordentliche Revision für zulässig erklärt hat. Die Zulassungsentscheidung obliegt allein dem Berufungsgericht; es besteht die Möglichkeit eines Abänderungsantrags gem. § 508 öZPO. 3. Über 30.000 EUR: Die Revision ist auch bei Nichtzulassung durch das Berufungsgericht als „außerordentliche Revision“ möglich (vgl. § 505 Abs. 4 öZPO)	§ 508a öZPO: keine Bindung des OGH an den Revisionsanspruch des Berufungsgerichts; außerordentliche Revision als „Annahmehemessen“.	Ca. 60 (Zivil- und Strafsachen); Besetzung als einfacher Senat mit fünf Richtern oder als Dreiersenat. Im Einzelfall entscheidet ein verstärkter Senat mit elf Richtern (vgl. hierzu §§ 6ff. OGHG).	2022: 2.819 Rechtsmittel in Zivilsachen; bei den ordentlichen Rechtsmitteln liegt die Erfolgsquote bei knapp 35 %; bei den außerordentlichen Rechtsmitteln liegt die Erfolgsquote bei über 80 %. <sup>28</sup>	§ 509 Abs. 1 öZPO: im Grundsatz keine mündliche Verhandlung (Aktenverfahren); Zurückweisung der Revision, eigene Sachentscheidung oder Zurückverweisung (§ 510 öZPO). Beschränkte Begründungspflicht (§ 510 Abs. 3 öZPO); Zurückweisung einer außerordentlichen Revision bedarf keiner Begründung.
Schweiz <sup>29</sup>	Untere kantonale Instanz – obere kantonale Instanz (regelmäßig durch Berufung, allerdings nur, wenn Streitwert 10.000 SFr. übersteigt, vgl. § 308 Abs. 2 schwZPO) –	Art. 191 der Schweizerischen Bundesverfassung gewährleistet grundsätzlich einen Zugang zum Bundesgericht. Der Bundesgesetzgeber darf jedoch eine Streitwertgrenze für Verfahren ohne grundsätzliche Bedeutung vorsehen, kann den Zugang zum Bundesgericht für bestimmte Sachgebiete ausschließen und für offensichtlich unbegründete Beschwerden ein vereinfachtes Zurückweisungsverfahren vorsehen. Dies wird umgesetzt in Art. 74 BGG: In vermögensrechtlichen Streitigkeiten gibt es eine Streitwert-	Nein, vgl. Art. 106 BGG.	38 Bundesrichter, 19 nebenamtliche Richter; Art. 108f. BGG: bei offensichtlich begründeten oder unbegründeten Verfahren erfolgt eine	2021: 1.767 Verfahren in Zivilsachen. <sup>31</sup>	Art. 107 Abs. 2 BGG: Zurückweisung bzw. kasatorische oder reformatorische Entscheidung.

Bundesgericht (Beschwerde in Zivilsachen oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde).	Beschwerde, wenn der Verfahrensgegenstand 30.000 SFr. in allgemeinen Zivilrechtsreitsigkeiten und 15.000 SFr. in arbeits- und mitrechtlichen Streitigkeiten übersteigt. Unterhalb dieser Streitwertgrenze ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, wenn sich z. B. eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, <sup>30</sup> oder in bestimmten Sachgebieten (Insolvenz-, Nachlass- und Patentrecht). Ist eine Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig, kann gem. Art. 113 BGG eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingelegt werden, mit der allerdings nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden kann (vgl. Art. 116 BGG).	Besetzung mit drei Richtern; zudem ist eine Einzelrichterentscheidung bei offensichtlich unzulässigem oder qualitativen Rechtsmitteln möglich. Im Übrigen: Besetzung mit fünf Richtern.
--	---	---

Abb. 19: Revisions- und revisionsähnliche Modelle im Rechtsvergleich.

<sup>27</sup> Es handelt sich hierbei nur um eine Grobkartierung, die nicht impliziert, dass das österreichische oder Schweizer Verfahrensrecht strukturell mit dem deutschen vergleichbar ist, zumal insbesondere das Schweizer Verfahren auch vom französischen Rechtskreis geprägt wurde und wird. Vgl. für Österreich und die Schweiz auch die vergleichende Gegenüberstellung von *Domcy*, What is an important case? Admissibility of appeals to the supreme courts in the German-speaking jurisdictions, in: Uzelac/Van Rhee (Hrsg.), Nobody's perfect. Comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters, S. 277 ff. S. zur Präjudizienpraxis in Österreich ferner *Schumann ZZZ Int 2022* i. E.

<sup>28</sup> OGH – Tätigkeitsbericht 2022, S. 8 ff. (<https://www.ogh.gv.at/media/ogh-taetigkeitsbericht-2022.pdf> [21.08.2023]); *Kodek/Mayr Zivilprozessrecht*, Rn. 1093.

<sup>29</sup> Umfassend *Hürni*, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozess, Rn. 301 ff., wonach auch dem Schweizer Bundesgericht die Funktion der Sicherung der Rechtsprechungseinheitlichkeit, der Rechtsfortbildung sowie der Garantie von „verfassungsmässigen Rechten“ zukommt. Für einen Vergleich zwischen BGH und Schweizer Bundesgericht vgl. aus der älteren Literatur *Hausser FS Spindel* S. 825 ff.

<sup>30</sup> Laut Botschaft zum BGG (S. 4309f.) wurde damit bewusst ein unbestimmter Rechtsbegriff geschaffen, um dem Bundesgericht einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen. Im Grundsatz (näher *Sutter-Somm*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 401 f. [Rn. 1459]) kommen folgende Kriterien in Betracht: (i) eine höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage; (ii) eine „wegleitende“ Entscheidung ist für die Praxis geboten; (iii) eine Überprüfung der bestehenden Rechtsprechung des Bundesgerichts ist notwendig, wenn diese nicht einheitlich oder in der Lehre auf Kritik gestossen ist (vgl. BGE 135 III 1, 4 f. E 1.3; BGE 134 III 354, 357 f. E 1.5). Die hohe Komplexität des Falles an sich begründet dagegen keine grundsätzliche Bedeutung (vgl. *Chevallier ZZZ* 2006, 333).

<sup>31</sup> Bundesgericht – Tätigkeitsbericht 2022, S. 18 ([https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/BGer\\_GB22\\_DE\\_Web.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/BGer_GB22_DE_Web.pdf) [21.08.2023]).

## 2. Kassation(sächlich)

Staat	Instanzenzug	Freier Zugang zur Höchstinstanz?	Annahmeer-messen?	Anzahl der Richter	Verfahren p. a.	Entscheidung des Gerichts
Frankreich	Tribunal judiciaire – Cour d'Appel – Cour de Cassation.	Ja, als Parteirechtsmittel und <i>voies de recours extraordinaires</i> stets zulässig, wenn kein anderer Rechtsbehelf zur Verfügung steht (oder Kassationsrekurs im Interesse des Rechts). Kein gesondertes Zulassungsverfahren vorgesehen; Kassationsgrund ist die Verletzung des Gesetzes ( <i>la non-conformité du jugement aux règles de droit</i> ); in der Praxis haben sich einzelne Kassationsgründe ( <i>cas d'ouverture à cassation</i> ) herausgebildet.	Nein.	Ca. 225 Richter; Vorprüfung durch die formation restreinte (drei Richter, Art. L. 431-1 C.O.); formation de section als Normalbesetzung mit fünf Richtern; in besonderen Fällen wird als <i>Chambre mixte</i> oder <i>Assemblée plénière</i> verhandelt.	2022: ca. 15.000 Zivilverfahren.	Regelfall: <i>rejet</i> oder <i>cassation avec renvoi</i> . Gem. Art. L411-3 Abs. 2 C. O. J. kann die Cour de Cassation auch eine eigene Sachentscheidung treffen ( <i>cassation sans renvoi</i> ).
Niederlande <sup>32</sup>	Rechtbanken – Gerechtshoven – Hoge Raad.	Ja, <i>beroep in cassatie</i> als Parteirechtsmittel, wenn kein anderer Rechtsbehelf zur Verfügung steht, oder Kassation im Interesse des Rechts (vgl. Art. 78 Wet op de rechterlijke organisatie). Kein gesondertes Zulassungsverfahren vorgesehen; Beschränkung der Überprüfung gem. Art. 79 Abs. 1 Wet op de rechterlijke organisatie auf Formmängel (lit. a) und Rechtsverletzung (lit. b: schending van het recht).	Nein.	Ca. 35 Richter; regelmäßig Besetzung mit fünf Richtern, bei einfachen Verfahren (ca. 1/3) drei, vgl. Art. 75 Wet op de rechterlijke organisatie. <sup>33</sup>	2022: ca. 600 Zivilverfahren. <sup>34</sup>	Bestätigung oder Aufhebung der Entscheidung; eigene Sachentscheidung bei Entscheidungsreife (Art. 420ff. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).
Italien <sup>35</sup>	Für Verfahren unter 5.000 EUR: Giudice di Pace – Corte Tribunale – Corte Suprema di Cassazione;	Teilweise verfassungsrechtlich verbürgtes Rechtsmittel zur Corte Suprema di Cassazione (vgl. Art. 111 Abs. 7 der italienischen Verfassung: „Controllo le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso	Nein, <i>ricorso per cassazione</i> ist ein reguläres Rechtsmittel.	350–400 Richter; <sup>36</sup> regelmäßig entscheiden Senate mit fünf Richtern, bei bedeutsamen Verfahren die <i>sezioni unite</i> (neun Richter);	Ende 2019: 117.033 anhängige Verfahren; 38.725 Neueingänge in Zivilsachen. <sup>37</sup>	Bestätigung, Aufhebung und Zurückverweisung oder – selten – eigene Sachentscheidung des Kassationshofs.

im Übrigen: Tribunale – Corte d'appello – Corte Suprema di Cassazione.	ricorso in Cassazione per violazione di legge. <sup>32</sup> Art. 360 Abs. 1 Codice di procedura civile nennt Kassationsgründe, insbesondere »violazione o falsa applicazione di norme di diritto«.	vereinfachtes Zurückweisungsverfahren (in limine) gem. Art. 360 bis Codice di procedura civile möglich.
--	--	---

Abb. 20: Kassations- und kassationsähnliche Modelle im Rechtsvergleich.

<sup>32</sup> Näher *Verkerk/van Rhee*, The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 77, 81 ff.

<sup>33</sup> Zudem existiert gem. Art. 80a Wet op de rechterlijke organisatie ein vereinfachtes Verfahren zur Zurückweisung offensichtlich erfolgloser Rechtsmittel.

<sup>34</sup> <https://www.wodc.nl/onderzoek-in-uitvoering/statistiek-en-monitoring/rechtspleging-civiel-en-bestaar> [21.08.2023].

<sup>35</sup> S. dazu *Silvestri*, The Italian Supreme Court of Cassation: Of Misnomers and Unaccomplished Missions, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 229 ff. Ist der *appello* gesetzlich ausgeschlossen, hat dies keinen Einfluss auf den *ricorso per cassazione*.

<sup>36</sup> Einzelheiten bei *Silvestri*, The Italian Supreme Court of Cassation: Of Misnomers and Unaccomplished Missions, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 229, 238.

<sup>37</sup> Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022, S. 46 ([https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_15\\_4.page](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_15_4.page) [21.08.2023]); Einzelheiten bei *Silvestri*, The Italian Supreme Court of Cassation: Of Misnomers and Unaccomplished Missions, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 229, 238: 2015 wurden 26.199 Urteile gesprochen, in 33 Prozent der Verfahren hatte das Rechtsmittel Erfolg.

## 3. Appeal-Modelle

Staat	Instanzenzug	Freier Zugang zur Höchstinstanz?	Annahmeer-messen?	Anzahl der Richter	Verfahren p. a.	Entscheidung des Gerichts
UK	Bei wirtschaftlichen Verfahren (regelmäßig über 25.000 GBP): High Court – Court of Appeal – Supreme Court; im Übrigen: County Court – County Court/High Court – Court of Appeal – UK Supreme Court.	Nein, <i>permission to appeal</i> vom <i>index a quo</i> oder ad quem stets notwendig; erforderlich ist meist eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache. Zulassungsgründe gem. UKSC PD 3.3.3: „Permission to appeal is granted for applications that, in the opinion of the Appeal Panel, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the Supreme Court at that time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal. An application which in the opinion of the Appeal Panel does not raise such a point of law is refused on that ground.“	Ja, Ermessens-kriterien in UKSC PD 3.3.3 niedergelegt.	Zwölf Richter; in der Regel wird jedoch nicht ein Sonderpanel von fünf Richtern entschieden.	2002: 200 PTA <i>applications</i> , davon 42 erfolgreich.	Zurückweisung des appeal (dismissal) oder Stattgabe; in diesem Fall regelmäßig Aufhebung und Zurückverweisung.
USA	Federal Level: District Court – Court of Appeals – US Supreme Court; State Level: Trial Court – [Appellate Court –] State Supreme Court [– US Supreme Court].	Nein, der Zugang zum Supreme Court ist ein „matter of grace“. Selektionskriterien gem. S. C. R. 10: „Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. [...] A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.“	Ja, freies Annahmeer-messen.	Neun Richter (Entscheidung ergeht stets en banc).	2019: 6.534 petitions for writ of certiorari; pro Jahr werden höchstens 100 Verfahren in der Sache entschieden.	Bestätigung des angegriffenen Urteils (aff'd) oder Aufhebung und Zurückverweisung (vac'd and rem'd).
Australien (federal level)	Bei einfachen Verfahren: Federal Circuit Court – Full Court of the Federal	Nein, nur mit <i>special permission</i> . Vgl. Art. 73 der australischen Verfassung und sec. 35A Judiciary Act 1903 zu den Selektionskriterien: „In considering whether to grant an application for special leave to appeal [...] the High Court may have regard to any matters	Ja (wide discretion).	Sieben Richter; Entscheidung über einen final appeal durch mindestens	2021/2022: 382 special leave and leave applications; 53 granted. <sup>39</sup>	Zurückweisung des appeal oder Aufhebung und Zurückverweisung.

<p>Court – High Court; im Übrigen: Federal Court – Full Court of the Federal Court – High Court.</p>	<p>that it considers relevant but shall have regard to: (a) whether the proceedings in which the judgment to which the application relates was pronounced involve a question of law; (i) that is of public importance, whether because of its general application or otherwise; or (ii) in respect of which a decision of the High Court, as the final appellate court, is required to resolve differences of opinion between different courts, or within the one court, as to the state of the law; and (b) whether the interests of the administration of justice, either generally or in the particular case, require consideration by the High Court of the judgment to which the application relates.</p>	<p>drei, bei besonderer Bedeutung durch fünf Richter, bei besonders hervorgehobenen Verfahren durch das Plenum (selten).</p>
<p>Kanada</p>	<p>Nein, nur mit leave des Höchstgerichts der Provinz oder des Federal Court of Appeal, „where, in the opinion of that court, the question involved in the appeal is one that ought to be submitted to the Supreme Court for decision“ (sec. 37.1 S. C. A.), bzw. nach Zulassung durch den Supreme Court selbst; gem. sec. 40(1) S. C. A. (sofern das Gericht „is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it.“)</p>	<p>Neun Richter (en banc). 2022.<sup>41</sup> 451 applications for leave; weniger als 35 Verfahren wurden zugelassen; 23 <i>appeals as of right</i>. In der Regel Ablehnung der Zulassung des Rechtsmittels; Aufhebung und Zurückverweisung (remand), sofern zusätzlich gab es weitere Sachverhaltsaufklärung geboten (vgl. sec. 43 S. C. A.).</p>
<p>Bundesebene: Federal Court – Federal Court of Appeal – Supreme Court.<sup>39</sup></p>		

Abb. 21: appeal-Modelle im Rechtsvergleich.

<sup>38</sup> Bislang gab es erst zwei en banc-Verfahren (elf Richter): *R (Miller & Anor) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3)* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583; *R v. The Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.  
<sup>39</sup> High Court Annual Report 2021–22, S. 20 (<https://www.hcourt.gov.au/publications/annual-reports/annual-reports> [21.08.2023]).  
<sup>40</sup> <https://www.scc-csc.ca/review-revue/2022/2022-Numbers-Statistiques-eng.html> [21.08.2023].  
<sup>41</sup> Vereinfacht, ohne Sonderzuständigkeiten.

### III. Zwischenbewertung

Die vorstehende Grobkartierung der Rechtsmittelsysteme in europäischer Rechts-tradition legt eine Dreiteilung der juristischen Welt offen. Prägend für den roma-nischen Rechtskreis ist – insbesondere in West- und Südeuropa, Mittelamerika sowie in Teilen Afrikas – ein für die Parteien frei zugängliches Kassations- als Höchstgericht, bei dem die umfassende Gewährleistung der Rechtsanwendungs-gleichheit als nachwehendes Ideal der französischen Revolution (*égalité*) im Vor-dergrund steht (dazu sogleich). Im italienischen Zivilprozess wird die Aufgabe des Kassationshofs etwa noch immer als *Nomofilachia* beschrieben (in Anlehnung an die Nomophylaken; dies waren in der griechischen Antike Beamte, die über die Einhaltung der Gesetze zu wachen und in der Volksversammlung gegen alle unrechtmäßigen Beschlüsse Einspruch zu erheben hatten):<sup>42</sup> „La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge [...]“<sup>43</sup>

Kennzeichnend für Kassationsgerichte ist sowohl deren besondere Größe als auch die mit dem oftmals verfassungsrechtlich abgesicherten, ungehinderten Zu-gang zum Gericht verbundene Fallbelastung, welche teilweise durch Vorprüf-verfahren, besondere Begründungserfordernisse und vereinfachte Zurückwei-sungsverfahren abgemildert wird. Waren Kassationshöfe in ihrer historischen Entwicklung oftmals allein kupierte Justizorgane zur Realisierung der Rechts-anwendungsgleichheit, die nur kassatorische Entscheidungen (als *iudicium rescin-dens*) erlassen konnten (dazu sogleich), wird insbesondere durch deren heute offen anerkannte rechtsfortbildende Funktion und die Möglichkeit, in geeigneten Fällen eine eigene Sachentscheidungen zu treffen, das historische Ideal des Kassations-gerichts indes nicht mehr in Reinform realisiert.<sup>44</sup>

Die Supreme Courts des anglo-amerikanischen Rechtskreises nehmen dazu einen Kontrapunkt ein. In Großbritannien, den USA und den meisten Staaten des Commonwealth of Nations ist der Zugang zum Höchstgericht nicht die – gar ver-fassungsrechtlich verbürgte – Regel, sondern die Ausnahme, welche an eine aktive Zulassungsentscheidung durch den *iudex a quo* oder *ad quem* geknüpft ist. Folglich steht bei diesen Gerichten die rechtsfortbildende Funktion stark im Vordergrund, wobei die Gewährung von Individualgerechtigkeit bisweilen zum ‚Beiprodukt‘ der Rechtsfortbildung denaturiert wird. Um dieser Funktion mit einer geringen Zahl an Richtern nachzukommen, kommt dem Höchstgericht meist ein umfassendes, nicht justiziables Ermessen bei der Fallselektion zu, welches sich vorrangig an des-

<sup>42</sup> Dazu *Caponi* ZZP Int 2015, 61, 63.

<sup>43</sup> Art. 65 Ordinamento giudiziario 1941.

<sup>44</sup> Exemplarisch kann dies in Italien beobachtet werden: Zwar sieht das italienische Prozess-recht die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache gem. Art. 383 Abs. 1 C. P. C. noch immer als Grundmodell an; möglich ist jedoch auch eine Aufhebung des Urteils ohne Rück-verweisung gem. Art. 382 Abs. 3 C. P. C. sowie bei Entbehrlichkeit weiterer Tatsachenfeststel-lungen (vgl. Art. 384 Abs. 2 Alt. 2 C. P. C.) eine Sachentscheidung durch die Corte Suprema di Cassazione selbst.

sen im öffentlichen Interesse ausgeübten Funktionen zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung orientiert.

Aufgrund der geringen Zahl an Entscheidungen beschränkt sich die rechtsfortbildende Funktion eines Supreme Court meist auf die Festlegung grober Leitlinien. Insoweit findet eine Arbeitsteilung mit der intermediären Instanz statt, die die Rechtsfortbildung in der Breite vorantreibt. Das Problem einer Überlastung des Höchstgerichts in kontinentaleuropäischer Tradition stellt sich insoweit nicht, weil die Richterschaft ihre Fallbelastung selbst steuern kann. Auch das Erfordernis, eine konzise Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen vorzunehmen, ist aufgrund der Funktionsbelegung des Höchstgerichts nicht erforderlich, weil dieses eine für den Einzelfall jeweils angemessene Entscheidung treffen kann.

Ausgehend von diesen Kontrapunkten nehmen Revisionsmodelle eine vermittelnde Position ein. Sie sind historisch stark vom Kassationsmodell beeinflusst, ohne dessen Ideal einer absoluten Sicherung der Rechtsanwendungsgleichheit in Reinform übernommen zu haben, beinhalten jedoch auch gemeinrechtliche Verfahrenselemente, die sich im common law zum Rechtsmittel des appeal verstetigt haben.<sup>45</sup> Strukturell stehen sie dem modernisierten Kassationsrecht jedoch noch deutlich näher und grenzen sich hinsichtlich ihrer Größe und Kompetenz von den Höchstgerichten in der Prägung des common law ab, weil ihnen kein Ermessen bei der Fallselektion und Entscheidung zukommt.<sup>46</sup> Charakteristisch ist regelmäßig ein arbeitsteiliges Verfahren zwischen Höchst- und intermediärer Instanz zur Selektion verhandlungswürdiger Verfahren, das durch ein komplementäres Kontrollverfahren vor dem Höchstgericht abgesichert wird. Diese vermittelnde Position bringt es mit sich, dass das letztinstanzliche Verfahren deutlich stärker zwischen Individual- und Kollektivinteressen oszilliert, wohingegen die Funktionsbelegung von Kassations- und appeal-Gerichten – zumindest *prima vista*<sup>47</sup> – klarer vorgezeichnet zu sein scheint.

---

<sup>45</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. bereits sub § 2. I.

<sup>46</sup> Vgl. zu den Funktionskonvergenzen noch sub § 12. I. 4. Hinsichtlich ihrer Qualifizierung als (ordentliches) Gericht dritter Instanz stehen Revisionsgerichte jedoch wiederum den Supreme Courts jedoch näher als den Kassationshöfen.

<sup>47</sup> Zu den Einschränkungen vgl. sogleich sub §§ 9–11.

## § 9 Das französische Kassationsmodell

Das französische Kassationsrecht mit der Cour de Cassation als Höchstgericht in Paris<sup>1</sup> hat – nicht zuletzt aufgrund der Napoleonischen Expansion im 19. Jahrhundert und der damit einhergehenden Verbreitung des französischen Zivil- und Zivilverfahrensrechts – für den kontinentaleuropäischen,<sup>2</sup> lateinamerikanischen und afrikanischen Rechtskreis eine noch immer große Strahlkraft.<sup>3</sup> Das geltende Kassationsverfahren findet sich nach der Ablösung des Code de procédure civile von 1806 vorrangig im (Nouveau) Code de procédure civile (C. P. C.) sowie dem Code de l'Organisation Judiciaire (C. O. J.).

### I. Historische Entwicklungslinien

#### 1. Ursprünge

Die Wurzeln des Kassationsrechts sind in der französischen Literatur noch immer umstritten und nicht abschließend geklärt.<sup>4</sup> Die Vorgänger der Cour de Cassation können jedoch weit ins Ancien Régime zurückverfolgt werden – manche Autoren sehen die *Praeceptio* von Chlothar II. oder die *Établissements de Saint Louis* (1272/1273) bzw. die unter der Herrschaft von Philippe IV le Bel erlassene *Ordonnance du 23 mars 1302* als frühesten Vorläufer<sup>5</sup>–, auch wenn der Begriff ‚Cassation‘ selbst (wohl) erst ab 1684 flächendeckend verwendet wurde.<sup>6</sup>

#### a) Royale Vorrechte in Frankreich

Bis in das Spätmittelalter delegierte der französische Monarch die Befugnis, Recht zu sprechen (*justice déléguée*) an aus Adel und Klerus bestehende regionale Gerichte (*parlements*), behielt sich jedoch das Recht vor, ein Verfahren im Einzel-

<sup>1</sup> Vgl. Art. L411-1 ff. und R411-1 ff. C. O. J.

<sup>2</sup> Zur Übernahme durch den italienischen Gesetzgeber (1865) vgl. *Caponi* ZZP Int 2015, 61 f.

<sup>3</sup> Siehe die rechtsvergleichende Analyse bei *Ferrand*, *Cassation française et révision allemande*, S. 1 ff. Zum Einfluss auf das deutsche Revisionsrecht vgl. schon sub § 2. III. 2. a) und b).

<sup>4</sup> Umfassend *Royer et al.*, *Histoire de la justice en France*, S. 102 ff.; *Chénon*, *Origines, conditions et effets de la cassation*, S. 3 ff. (insbesondere zu den Vorläufern im römischen Recht); *Ferrand*, *Cassation française et révision allemande*, S. XVI ff.

<sup>5</sup> Z. B. *Crépon*, *Cour de Cassation*, Rn. 2 f. S. ferner *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 20 ff.

<sup>6</sup> *Royer et al.*, *Histoire de la justice en France*, S. 45.

fall an sich zu ziehen (*droit d'évocation*) und in der Sache selbst zu entscheiden bzw. die vorgehende Entscheidung zu korrigieren (*justice retenue*).<sup>7</sup> Die *parlements* hatten dabei eine weitreichende Jurisdiktionsgewalt<sup>8</sup> und zudem die Befugnis, allgemeingültige Entscheidungsrichtlinien für alle Untertanen im jeweiligen Gerichtsbezirk zu erlassen (sog. *arrêts de règlements*).<sup>9</sup> Von eminenter Bedeutung war insbesondere das zwischen 1254–1260 unter Louis IX. errichtete *Parlement de Paris*, welches seit dem 13. Jahrhundert auch eine (obschon noch sehr limitierte) Appellationsfunktion über Teile des französischen Königreichs ausübte.<sup>10</sup>

Als Gegengewicht zu den *parlements*, die auch nach Billigkeit (*en équité*) Recht sprechen konnten und den königlichen Erlassen (*ordonnances*) teilweise nur unzureichend Folge leisteten – sie sahen sich häufig allein den (Eigen-)Interessen von Adel und Klerus verpflichtet<sup>11</sup> –, etablierte sich die rechtsprechende Gewalt des (vorrangig als Beratungsgremium für den Monarchen fungierenden) *Conseil du Roi* (*curia regis*).<sup>12</sup> Ausgehend vom royalen Gnadenrecht<sup>13</sup> konnte dieser Urteile der *parlements*, die nicht im Einklang mit den königlichen Dekreten und Anordnungen standen, auf Bitte einer Partei (*supplication au roi*) oder von Amts wegen aufheben und ggf. an die Vorinstanz zurückverweisen.<sup>14</sup> Aufgrund der in der Person des Monarchen liegenden, umfassenden Jurisdiktionsgewalt konnte der Rat zudem auch eine eigene Sachentscheidung treffen oder die Streitsache dem eigentlich zuständigen Gericht entziehen, was in der Bevölkerung mitunter Proteste auslöste.<sup>15</sup> Eine wachsende Bedeutung hatte der *Conseil du Roi* zudem, weil die lokalen *parlements* autonom entschieden und damit auch Kompetenzstreitigkeiten und widersprüchliche Entscheidungen provoziert wurden. Damit konnte nur noch der König als oberster Streitschlichter einschreiten, der die Zuständigkeit eines Gerichts bindend bestimmte oder eines der sich widersprechenden Urteile aufhob.<sup>16</sup>

<sup>7</sup> Umfassend *Royer et al.*, *Histoire de la justice en France*, S. 55ff.; *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 20; *Reynal*, *Histoire des institutions judiciaires*, S. 99; *Wijffels*, *Late-Medieval and Early-Modern France*, in: ders./van Rhee (Hrsg.), *European Supreme Courts*, S. 62, 66; *Rieß*, *Revision und Kassation*, S. 5 mwN.

<sup>8</sup> Dazu *Ducoudray*, *Les origines du parlement de Paris et de la justice aux XIIIe et XIVe siècles*, S. 1ff.

<sup>9</sup> *Geeroms* 50 *Am. J. Comp. Law* 201, 204f. (2002); vgl. zudem Art. 5 *Code civil*.

<sup>10</sup> Näher *Ducoudray*, *Les origines du parlement de Paris et de la justice aux XIIIe et XIVe siècles*, S. 45; *Declareuil*, *Histoire générale du Droit français des Origines à 1789*, S. 604ff.; 626ff.; *Reynal*, *Histoire des institutions judiciaires*, S. 71f.; *Müßig*, *Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England*, in: Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, S. 19, 25.

<sup>11</sup> Dazu *Kötz* *RabelsZ* 1973, 245, 250; *Ferrand*, *The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?*, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 175, 185ff.

<sup>12</sup> Einzelheiten bei *Royer et al.*, *Histoire de la justice en France*, Rn. 14, 37ff.

<sup>13</sup> Näher *Crépon*, *Cour de Cassation*, Rn. 2; zur Supplik im Alten Reich vgl. schon sub § 2. I.

<sup>14</sup> Näher *Crépon*, *Cour de Cassation*, Rn. 2ff.; *Geeroms* 50 *Am. J. Comp. Law* 201, 204 (2002); *Rieß*, *Revision und Kassation*, S. 5f.

<sup>15</sup> *Faye*, *La Cour de Cassation*, S. 1f.

<sup>16</sup> *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 20, der jedoch insgesamt kritisch ist, die Vorläufer der Kassationsbeschwerde bereits im 15. Jahrhundert zu verorten.

Diese Eingriffsbefugnis als *prérogative royale* legitimierte sich daraus, dass die judikative Gewalt ohnehin nur vom Souverän an die *parlements* delegiert wurde und diesem folglich stets die Möglichkeit verblieb, im Einzelfall korrigierend einzugreifen.<sup>17</sup> 1578 spaltete sich vom *Conseil du Roi* der *Conseil des Parties* (teilweise auch *Conseil privé* genannt) ab, welcher sich ausschließlich mit Parteibeswerden gegen Urteile wegen Gesetzesverletzung befasste,<sup>18</sup> wobei der Rat jedoch seine amtswegige Befugnis zur Aufhebung von Entscheidungen behielt.<sup>19</sup> Der *Conseil du Roi* konnte zunächst mittels einer *proposition d'erreur* angerufen werden, wobei sich im Laufe der Zeit gefestigte Verfahrensstrukturen entwickelten.<sup>20</sup>

Nach *Marty* soll der Ursprung der Kassationsbeschwerde dabei überwiegend in den *Lettres de Chancellerie* (Kanzleibriefe) liegen und damit Ausdruck des Kompetenzkonflikts zwischen dem König und den regionalen *parlements* gewesen sein. In diesen bekundete der König seinen Willen, einen Rechtsstreit selbst führen zu wollen (*lettres d'évocation*), einen Staatsbediensteten statt der regulären Gerichtsbarkeit einem besonderen Gericht zu unterstellen (*lettres de committimus*) oder ein Urteil auszusetzen (*lettres d'Etat*).<sup>21</sup> Setzte sich ein Gericht darüber hinweg, wurde die Entscheidung durch royale Anordnung aufgehoben.<sup>22</sup> Die – freilich noch nicht so genannte – Kassation richterlicher Entscheidungen wurde damit zu einem royalen Herrschaftsinstrument, um Richter zur Einhaltung königlicher Gesetze und Verordnungen zu disziplinieren.<sup>23</sup>

#### b) Die Entwicklung der Kassationsidee

Ein regulärer Rechtsbehelf mit gesicherter Sachentscheidung stand den Parteien jedoch nicht zu; vielmehr weigerte sich der *Conseil du Roi* zunächst sogar, über Kassationsanträge von Privatpersonen zu entscheiden.<sup>24</sup> Unter *Guillaume Poyet* (1473–1548) als Kanzler hatte sich jedoch die Praxis der *lettres pour être reçue à alléguer nullités, griefs et contrariétés* etabliert, die den Parteien einen Rechtsbehelf vor dem *Conseil du Roi* eröffnete, der sich sowohl auf Tatsachenfehler (welche mit der *proposition d'erreur* geltend gemacht werden konnten) als auch auf – mit der Kassation rügbare – Verfahrensfehler bezog.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> Müßig, Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England, in: Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, S. 19, 32 mwN.

<sup>18</sup> Boré/Boré, La cassation en matière civile, Rn. 01.52; Reynal, Histoire des institutions judiciaires, S. 103 f.

<sup>19</sup> Rieß, Revision und Kassation, S. 6: Darin ist wohl der Ursprung des „pourvoi dans l'intérêt de la loi“ zu sehen (vgl. noch sub § 9. IV. 1.).

<sup>20</sup> Einzelheiten bei Crépon, Cour de Cassation, Rn. 1.

<sup>21</sup> Marty, La distinction du fait et du droit, Rn. 21.

<sup>22</sup> Marty, La distinction du fait et du droit, Rn. 21.

<sup>23</sup> Als bedeutende Beispiele nennt *Marty* (La distinction du fait et du droit, Rn. 22) Art. 30 der Ordonnance de janvier 1563 und Art. 68 der Ordonnance de Moulins de février 1566, mit denen Verfahren „par petits commissaires“ verboten und im Falle des Zuwiderhandelns für nichtig erklärt wurden.

<sup>24</sup> Marty, La distinction du fait et du droit, Rn. 24 mwN.

<sup>25</sup> Marty, La distinction du fait et du droit, Rn. 24 mwN.

Unabhängig vom genauen Ursprung fand die Idee einer Kassation unterinstanzlicher Entscheidungen durch den Souverän (bzw. den Conseil des Parties in dessen Stellvertretung) damit im Spätmittelalter schleichend Eingang in das Prozessrecht.<sup>26</sup> In Art. 92 der *Ordonnance de Blois* (1579) – welche teilweise als Ursprung der Kassationsidee angesehen wird – ordnete der Monarch an, dass Rechtsfehler der *parlements* mittels Kassation im *Conseil* geltend gemacht werden können, wobei die Kassation vorrangig Verfahrensfehler in den Blick nahm, weil auch die königlichen *Ordonnances* mehrheitlich prozessrechtliche Bestimmungen enthielten:

„Déclarons que les arrêts de nos cours souveraines ne pourront estre cassez ne rétractez, sinon par les voyes de droit, qui sont requeste civile et proposition d’erreur, et par la forme portée par nos ordonnances, ni l’exécution d’iceux arrêts suspenduë ou retardée sur simple requeste à nous présentée en nostre conseil privé.“

Art. 208 der *Ordonnance de Blois* erklärte dabei die königlichen *Ordonnances* für verbindlich mit dem Hinweis

„à tous [...] juges [...] de les garder et faire garder exactement [...], déclarant les jugements, sentences et arrêts qui seront donnés contre la forme et teneur d’icelles, nuls, et de nul effet et valeur.“<sup>27</sup>

Die Kassation hat damit vorrangig den Charakter eines Hoheitsrechts (*droit régalien*), wohingegen sich die Prägung als Parteirechtsbehelf erst später herauskristallisieren sollte.<sup>28</sup>

### c) Die Kassation (auch) als Parteirechtsbehelf

Im 17. Jahrhundert befand sich die Kassation damit in einem Zwitterstadium: Einerseits herrschte auch in der Rechtswissenschaft noch immer der Gedanke vor, dass die Kassation der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung dient und damit Teil royalen Hoheitsrechte (*droit régalien*) und der gesetzgebenden Gewalt ist.<sup>29</sup> Andererseits wurde jedoch anerkannt, dass die Kassation den Parteien als Rechtsbehelf und *procédure d’intérêt privé* zur Verfügung stand; dies war schon dem Umstand geschuldet, dass die Ausweitung der gesetzgeberischen Tätigkeit der französischen Könige und die steigende Anzahl der Urteile eine Mitwirkung der Prozessparteien notwendig machte, um dem Conseil eine mögliche Rechtsver-

<sup>26</sup> Näher *Dauchy*, *Les voies de recours extraordinaires: propositions d’erreur et requête civile*, S. 53.

<sup>27</sup> S. ferner Art. 18 des *édit de Rouen* (1597). Umfassend *Chénon*, *Origines, conditions et effets de la cassation*, S. 34 f.; *Crépon*, *Cour de Cassation*, Rn. 18 ff.; *Müßig*, *Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England*, in: Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, S. 19, 32 (mit Text).

<sup>28</sup> *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 23, der sich (aaO Rn. 24) jedoch gegen die Ansicht wendet, die Kassation sei schon in Art. 92 der *Ordonnance de Blois* angelegt.

<sup>29</sup> *Denisart*, *Décisions nouvelles, v° Cassation*, § 1 n° 1: „Le droit d’inspecter les jugements et de les casser lorsqu’ils sont opposés aux lois fait donc partie du pouvoir législatif.“

letzung zur Kenntnis zu bringen.<sup>30</sup> Spätestens im 18. Jahrhundert hatte sich der Kassationsgedanke insoweit flächendeckend durchgesetzt,<sup>31</sup> wobei die Anrufung des Conseil neben die fortbestehende *requête civile* trat, mit der eine Entscheidungskorrektur beim iudex a quo beantragt werden konnte. Dabei entwickelte sich auch die prägende Definition der Kassationsbeschwerde als

„une voie par laquelle une partie demande au Roi et au Conseil de casser et annuler un jugement en dernier ressort, rendu contre elle, et qui est contraire aux loix“.<sup>32</sup>

Charakteristikum war damit die Beschränkung des Verfahrens auf eine Rechtsfehlerkontrolle (*violation de la loi*) sowie der kuptierte Entscheidungsstil, wonach keine eigene Sachentscheidung, sondern nur eine Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens (*casser et annuler*) erfolgen konnte. Als Rechtskontrollinstanz wurde die strikte Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage (*distinction du fait et du droit*) zudem wesensprägend für den französischen Kassationsrekurs. Eine Kassation führt nur zum Erfolg, wenn der Nachweis einer Gesetzesverletzung durch den Richter dargelegt werden kann, wobei im Wesentlichen die königlichen *Ordonnances* gemeint waren.<sup>33</sup> Auslegungsfehler waren dagegen kein Kassationsgrund, weil den Richtern eine Auslegung der *Ordonnances* ohnehin nicht zustand,<sup>34</sup> auch wenn bis heute ungeklärt ist – nicht zuletzt aufgrund des weitgehenden Fehlens schriftlicher Entscheidungsgründe –, inwieweit diese Differenzierung vom Conseil auch praktiziert wurde.<sup>35</sup>

Durch die *Ordonnance Civile touchant la réformation de la justice* (1667) als Teil der „Grandes Ordonnances“ und das *Règlement de Conseil* (1738) wurde das vorrevolutionäre Kassationsmodell weiter ausgestaltet, wobei insbesondere das *Règlement* die fehlende Sachentscheidungskompetenz des Conseil des Parties hervorhob („le rôle normal du Conseil n'est pas d'entrer en cognoissance du fond des affaires

<sup>30</sup> Einzelheiten bei *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 24 a. E. mwN.

<sup>31</sup> Vgl. *Dauchy*, *Les voies de recours extraordinaires: propositions d'erreur et requête civile*, S. 53 f.; *Pigeau*, *Introduction à la Procédure Civile*, S. 235; s. zuvor schon *Ordonnance Civile touchant la réformation de la justice* (1667), Tit. I, Art. VIII („Declarons tous Arrests & Jugemens qui seront donnez contre la disposition de nos Ordonnances, Edits & Declarations, nuls, & de nul effet & valeur; & les Iuges qui les auront rendus, responsables des dommages & interests des parties, ainsi qu'il sera par nous avisé.“).

<sup>32</sup> *Pigeau*, *Introduction à la Procédure Civile*, S. 235 (1784 erschienen). Insbesondere das Wirken von *Henri François d'Aguesseau* hatte erheblichen Einfluss auf die Entwicklung des Kassationsverfahrens (vgl. *Crépon*, *Cour de Caassation*, Rn. 39; *Ferrand*, *Cassation française et révision allemande*, S. XVI mwN).

<sup>33</sup> Einzelheiten bei *Royer et al.*, *Histoire de la justice en France*, Rn. 41.

<sup>34</sup> Vgl. Tit I, Art. VII der *Ordonnance Civile touchant la réformation de la justice* (1667): „Si dans les jugemens des procès qui seront pendants en nos Cours de Parlement, et autres nos Cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos Ordonnances, Edits, Déclarations et Lettres patentes; Nous leur défendons de les interpréter: mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera notre intention.“

<sup>35</sup> Einzelheiten bei *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 29 mwN.

des particulières“).<sup>36</sup> *Gilbert de Voisins* betonte zudem schon 1767 die strukturellen Unterschiede zwischen Kassation und *appel*:

„[...] la voie de cassation n'étant point une voie de ressort, elle n'engage point le jugement du fonds et il ne doit pas estre cumulé avec elle. C'est en quoi consiste essentiellement la différence de la voie de cassation et celle l'appel [...].“<sup>37</sup>

Da die Entscheidungen jedoch nicht begründet wurden, hatten sie noch immer den Charakter eines Hoheitsakts des Souveräns, der sich aus sich selbst heraus legitimiert.<sup>38</sup> Zudem wurde der Grundsatz, dass die Kassation eine reine Rechtskontrollinstanz ist, teilweise aufgeweicht, insbesondere bei der Korrektur von evidenten Fehlurteilen; bis zum Vorabend der Revolution wurde der Anwendungsbereich der Kassationsbeschwerde damit nicht unerheblich ausgeweitet.<sup>39</sup>

## 2. Die Gründung des Tribunal de Cassation

### a) Cour régulatrice du droit

Die Französische Revolution brachte 1789 wesentliche Umwälzungen im französischen Justizsystem, welche auf die Ausgestaltung der Höchstgerichtsbarkeit bedeutenden Einfluss hatten. Da die ausgerufene Assemblée Nationale fürchtete, die Richterschaft, welche mehrheitlich bereits während des verhassten Ancien Régime im Dienst war, könne das nachrevolutionäre Recht nicht anwenden oder durch *arrêts de règlements* lokales Sonderrecht schaffen, sahen die Gründungsväter der Republik den Tätigkeitsschwerpunkt des Kassationsgerichts darin, die einheitliche Rechtsanwendung und Gleichbehandlung der Parteien vor dem Richter sicherzustellen.<sup>40</sup> Wie auch bei der Gründung des Reichsgerichts gut 100 Jahre später,<sup>41</sup> war die Herstellung und Sicherung der Rechtseinheit daher zentrales Legitimationselement des Höchstgerichts.<sup>42</sup> Während sich die Stellung des *Conseil du Roi* – der sowohl Aufgaben der Judikative als der Legislative und der Exekutive wahrnahm – im Ancien Régime noch aus dem royalen Evokationsrecht legitimierte, trat nunmehr der in Art. 1 der *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) niedergelegte Gedanke der Freiheit und Gleichheit aller Bürger (Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.) in den Vordergrund.<sup>43</sup> Die zivilprozes-

<sup>36</sup> Vgl. *Tolozan*, Règlement du Conseil, S.260: „Un moyen de cassation ne peut donc être solide qu'autant qu'il renferme la preuve d'une contravention claire & littérale à une Loi connue des juges, c'est-à-dire autant qu'il fait voir que la disposition de la Loi & celle du jugement sont tellement opposées qu'elles se détruisent pour ainsi dire, respectivement, & qu'elles ne peuvent subsister ensemble.“

<sup>37</sup> *de Voisins*, Vues sur les Cassations d'Arrests et de Jugements en dernier Ressort.

<sup>38</sup> Näher *Ferrand*, Cassation française et révision allemande, S. XVII.

<sup>39</sup> Einzelheiten bei *Marty*, La distinction du fait et du droit, Rn. 30 mwN.

<sup>40</sup> *Geeroms* 50 Am. J. Comp. Law 201, 205 (2002).

<sup>41</sup> S. schon oben sub § 2. III.

<sup>42</sup> *Faye*, La Cour de Cassation, S. 1.

<sup>43</sup> *Boré/Boré* Cour de Cassation, Rn. 1: „Cour régulatrice du droit, elle a pour mission essentielle d'assurer l'unité du droit national, par l'unité de la jurisprudence, et de réaliser ainsi

suale Rechtsvereinheitlichung ging der Vereinheitlichung des materiellen Rechts (wie auch in Deutschland) dabei voraus und bildet nach französischer Vorstellung zugleich deren Schlussstein:<sup>44</sup> „L'unicité de la Cour assure l'unité du droit.“<sup>45</sup>

Nachdem der Kassationsrekurs zum *Conseil du Roi* zunächst provisorisch fortgalt, weil eine andere Gerichtsinstitution schlicht nicht vorhanden war,<sup>46</sup> übernahm das 1790 neu geschaffene *Tribunal de Cassation* dessen Aufgabe zur Legalitätskontrolle der unterinstanzlichen Gerichte.<sup>47</sup> Dabei bediente sich die Nationalversammlung jedoch weiter der Strukturen des Ancien Régime: Das Tribunal de Cassation trat an die Stelle des aufgelösten Conseil des Parties.<sup>48</sup> Auch der zweigeteilte Verfahrensablauf ähnelte noch stark dem (schwerfälligen) Prozess vor dem Conseil: In einem ersten Verfahrenszug (phase non contradictoire) befasste sich das zwischen 1796 und 1947 existierende *Bureau* bzw. die *Chambre des Requêtes*<sup>49</sup> nach Zahlung des Sukkumbenzgeldes mit dem Antrag des Kassationsführers und konnte diesen durch begründeten Beschluss als unzulässig zurückweisen; insoweit handelte es sich um ein ex parte-Verfahren ohne (notwendige) Beteiligung der Gegenseite. Im Falle der Zulässigkeit erfolgte mittels *lettre d'admission* eine Verweisung an die Zivilkammer, vor der sich das eigentliche Rechtsmittelverfahren (phase contradictoire) zwischen den Parteien anschloss.<sup>50</sup>

Durch das Tribunal de Cassation wurde die Gleichheit vor dem Gesetz institutionell vorgezeichnet, die durch den Erlass des Code Napoléon (1804) und den Code de procédure civile napoléonien (1806) ihren Abschluss fand: Die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gesetzes sollte nur der Kontrolle eines obersten

---

l'égalité effective des citoyens devant la loi, principe fondamental consacré par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [...].“

<sup>44</sup> *Canivet* (L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?, in: Molfessis [Hrsg.], La Cour de cassation et l'élaboration du droit, S. 3 f.), ehemaliger Präsident der Cour de Cassation, erklärte: „l'organisation de la Cour rejoint la démarche de codification. Une seule loi pour tout le territoire, donc une interprétation uniforme de cette loi imposée par une juridiction unique qui en est la gardienne. L'architecture de la Cour de cassation était donc logiquement déterminée par cette fonction unificatrice: la concentration nationale du contrôle de cohérence de la production jurisprudentielle, l'uniformité de la méthode d'interprétation de la loi [...], la ‚dogmatisation‘ du raisonnement, la normalisation de la présentation des moyens et du mécanisme d'examen des pourvois, la codification de la construction et de la sémantique des arrêts, le tout réuni dans le concept de ‚technique de cassation‘.“

<sup>45</sup> *Boré/Boré*, Cour de Cassation, Rn. 2.

<sup>46</sup> *Ferrand*, Cassation française et révision allemande, S. XVII.

<sup>47</sup> *Wijffels*, Late-Medieval and Early-Modern France, in: van Rhee (Hrsg.), European Traditions in Civil Procedure, S. 25, 27; *Rieß*, Revision und Kassation, S. 7.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 30 des Décret d'ensemble sur l'organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790: „Le conseil des parties est supprimé, et il cessera ses fonctions le jour que le Tribunal de Cassation aura été installé.“ S. ferner *Crépon*, Cour de Cassation, Rn. 65: „Les points communs entre le Conseil des parties et la Cour de cassation sont nombreux; sous bien des aspects, c'est l'identité, de telle sorte qu'on a pu dire que non seulement la Cour de cassation procédait du Conseil des parties, mais qu'elle en était, à proprement parler, la continuation.“

<sup>49</sup> Einzelheiten bei *Royer et al.*, Histoire de la justice en France, Rn. 41; *Crépon*, Cour de Cassation, Rn. 90ff.

<sup>50</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.111.

Gerichtshofs unterliegen,<sup>51</sup> wobei es eine möglichst absolut zu erreichende Rechtsanwendungsgleichheit verbot, Zugangsschranken zum Höchstgericht vorzusehen. Als Ausdruck des starken Hierarchie-Gedankens im französischen Justizsystem<sup>52</sup> sollte vielmehr *jede* rechtsfehlerhafte Entscheidung durch das ranghöchste Gericht aufgehoben werden können.<sup>53</sup> Das Tribunal war damit der Rechtseinheit in besonderem Maße verpflichtet, wohingegen die rechtliche oder tatsächliche Bedeutung der Sache oder die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung keine Rolle spielen durfte – ein Umstand, der sich im geltenden, über 200 Jahre fortgeschriebenen Kassationsrecht fortsetzt und erklärt, weshalb der französische Gesetzgeber bis heute keine formelle Zugangsbeschränkung zur Cour de Cassation eingeführt hat.<sup>54</sup>

### b) Institutionelle Stellung

Das Misstrauen gegenüber der Richterschaft des Ancien Régime hatte zudem erheblichen Einfluss auf die institutionelle Stellung des Kassationshofs. Im Sinne einer strengen Gewaltenteilung nach den Vorstellungen von *Montesquieu*<sup>55</sup> sollten die Richter als leblose Wesen (des êtres inanimés) nicht zur Fortentwicklung des Rechts berechtigt sein, was ausschließlich der demokratisch legitimierten Assemblée Nationale vorbehalten war.<sup>56</sup> Daher hatte sich auch das Tribunal de Cassation auf die Rechtskontrolle der unteren Instanzen bei einer ausdrücklichen Verletzung des geschriebenen Rechts (contravention expresse à la loi) oder einer Verfahrensbestimmung zu beschränken, wobei der revolutionäre Gesetzgeber jedoch übersah, dass die prozessualen Freiheiten der vorinstanzlichen Gerichte aufgrund dieser strikten Funktionszuweisung zunächst noch vergrößert wurden, weil eine

<sup>51</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.13.

<sup>52</sup> Literarisch verarbeitet etwa von *France*, L'Île des Pingouins, S. 316: „Les juges qui avaient condamné Colomban étaient des juges, mais de petits juges, vêtus d'une souquenille noire comme des balayeurs de sacristie, des pauvres diables de juges, des judicaillons faméliques. Au-dessus d'eux siégeaient de grands juges qui portaient sur leur robe rouge la simarre d'hermine. Ceux-là, renommés pour leur science et leur doctrine, composaient une cour dont le nom terrible exprimait la puissance. On la nommait Cour de cassation pour faire entendre qu'elle était le marteau suspendu sur les jugements et les arrêts de toutes les autres juridictions.“

<sup>53</sup> *Ferrand*, The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 175, 188.

<sup>54</sup> Zu den Reformüberlegungen de lege ferenda s. noch sub §9.I.4. und VII.

<sup>55</sup> De l'esprit des lois, 1749, Livre 11<sup>ème</sup>, chapitre VI. 127: „Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi, en faveur de la loi-même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.“ S. aber auch *Smid*, Rechtsprechung – Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozess, S. 12ff., zur vereinfachenden Übernahme von Montesquieus Ideen.

<sup>56</sup> *Robespierre* (Séance du 18 novembre 1790, Archives Parlementaires, XX, S. 516) erklärte in der Nationalversammlung: „Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence.“

fehlerhafte Entscheidung aus anderem Grund – wie etwa bei einem Verstoß gegen einen Erfahrungssatz – keine Aufhebung zur Folge hatte.<sup>57</sup>

Aus dieser Funktionszuweisung erklärt sich die für das Kassationsmodell (ebenso wie für das Revisionsverfahren) elementare Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen: Tatsachenfeststellungen begründen durch ihre Rückkopplung an das Individualverfahren keine Gefahr eines Verstoßes gegen die *Rechtsanwendungsgleichheit* und sind einer höchstgerichtlichen Kontrolle damit grundsätzlich entzogen.<sup>58</sup> Im Gründungsgesetz 1790 wird die Stellung des Tribunal de Cassation als ausschließliche Rechtskontrollinstanz insoweit ausdrücklich betont:

„Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. [...] *Sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires.* Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu’il sera fixé ci-après.“<sup>59</sup>

Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen: Erstens sollte das Tribunal de Cassation kein eigenständiges Gericht, sondern ein der Legislative untergeordnetes Kontrollorgan („établi auprès du Corps législatif“<sup>60</sup>) sein, um Gesetzesübertretungen durch die Richterschaft zu verhindern. Damit hatte sich die Funktion der Kassation wieder ihrem (royalen) Ursprung stärker angenähert, mit dem Unterschied, dass nicht das Primat der königlichen Ordonnances, sondern der Legislative sichergestellt werden sollte. Eine rechtsfortbildende Funktion sollte den Richtern nicht zukommen; vielmehr musste der Kassationshof der Assemblée Nationale Auslegungsfragen bei Zweifeln über den Inhalt eines Gesetzes vorlegen und das Verfahren bis dahin aussetzen. Dieses schon im Ancien Régime bekannte Modell des *référé législatif*<sup>61</sup> – welches auch in das Preußische Allgemeine Landrecht Eingang fand<sup>62</sup> – verbot dem Tribunal bzw. der Cour de Cassation jede Form der

<sup>57</sup> In den Worten des Generalanwalts *Merlin* (Questions de droit, v° Cassation, §37; nachgewiesen bei *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.92) ist zu konstatieren: „Mal juger et juger contre une loi expresse sont deux choses totalement différentes, et si la Cour peut et doit casser tous les arrêts qui jugent contre la loi, elle ne peut jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n’offense que des principes, universellement reçus il est vrai, mais auxquels le législateur n’a pas imprimé le sceau de sa puissance.“

<sup>58</sup> Vgl. noch sub §9.III.2.a) zur Bedeutung im geltenden Recht sowie schon sub §4.III.1.a) zum Revisionsverfahren.

<sup>59</sup> Art. 3 des Décret d’ensemble sur l’organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 (Hervorhebung hinzugefügt). Umfassend zur Diskussion in der Nationalversammlung: *Crépon*, Cour de Cassation, Rn. 73ff.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 1 des Décret d’ensemble sur l’organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790.

<sup>61</sup> Einzelheiten bei *Royer et al.*, Histoire de la justice en France, Rn. 133; *Huftean*, Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, S. 9ff.

<sup>62</sup> Vgl. §§46ff. der Einl. II zum Preußischen ALR (Hintergründe bei *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 74ff.); s. ferner das kurfürstliche Mandat zur Publikation der reformierten sächsischen Process- und Gerichtsordnung (1724); dazu *Paulus* ZJP 1957, 188f. Historische Vorläufer finden sich zudem z. B. im Vertrag von Osnabrück (1648) zum Westfälischen Frieden (vgl. *Instrumentum Pacis Osnabrugensis*, Art. 5 §56: „Wenn aber über die Auslegung von Reichsgeset-

Rechtsfortbildung.<sup>63</sup> Es kam insbesondere zur Anwendung, wenn ein Urteil nach zwei Kassationsverfahren mit gleicher Begründung zum dritten Mal mit einer Kassationsbeschwerde angegriffen wurde.<sup>64</sup> Formal bestand der *référé législatif* und das damit einhergehende Verbot der Rechtsfortbildung bis 1837 fort.<sup>65</sup>

Zweitens kam in dieser Funktionsbelegung die Furcht der Revolutionäre zum Ausdruck, das in der Tradition des Ancien Régime stehende<sup>66</sup> Kassationsgericht könnte als vollwertige *Haute juridiction* zu mächtig werden und damit in Konkurrenz zur neu geschaffenen Assemblée Nationale treten.<sup>67</sup> In den Worten *Robespierres* war das Kassationsgericht jedoch

„n'est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois, le surveillant et le censeur des juges, en un mot, il est placé en dehors de l'ordre judiciaire et au-dessus de lui pour le contenir dans les bornes et dans les règles où la Constitution le renferme.“<sup>68</sup>

Dementsprechend beschränkte sich die Kontrolle des Kassationsgerichts auf die Feststellung von Rechts- und Verfahrensfehlern (*error in iudicando* oder *procedendo*), während eigene Tatsachenfeststellungen und insbesondere der Erlass eines (Sach-)Urteils dem Gericht versagt blieben.<sup>69</sup> Diese – in frühen Kassationsurteilen noch deutlich sichtbare<sup>70</sup> – beschränkte Kompetenz des Höchstgerichts war von solch überragender Bedeutung, dass sie auch in die erste französische Verfassung (1791) Eingang fand:

„En matière de cassation, le Tribunal de cassation *ne pourra jamais connaître du fond des affaires*: mais après avoir cassé le jugement qui aura été rendu sur une procédure dans laquelle les formes auront été violées, ou qui contiendra une contravention expresse à la loi, il renverra le fond au tribunal qui doit en connaître.“<sup>71</sup>

zen und Reichsabschieden Zweifel aufkommen sollten, [...] soll die ganze Streitsache vor einen allgemeinen Reichstag gebracht werden.“) oder der Reichshofratsordnung von 1654 (Titulus V. §22).

<sup>63</sup> Vgl. *Royer et al.*, Histoire de la justice en France, Rn. 133, mit Verweis auf Art. 12 loi 16–24 août 1790: „[Les juges] ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.“

<sup>64</sup> Vgl. Franz. Verfassung 1791, Tit. III, Kap. 5, Art. 21: „Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer.“

<sup>65</sup> *Weber*, Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht, S. 160f.; s. ferner *Wunderli*, Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht, S. 6, 10f. („*évocation au conseil*“).

<sup>66</sup> Oben sub § 9. I. 1.

<sup>67</sup> *Geeroms* 50 Am. J. Comp. Law 201, 205 (2002).

<sup>68</sup> Séance du 24 mai 1790, Archives Parlementaires, XV, S. 670.

<sup>69</sup> *Rigaux*, La nature du contrôle de la Cour de cassation, S. 21; *Geeroms* 50 Am. J. Comp. Law. 201, 205 (2002).

<sup>70</sup> *Marty*, La distinction du fait et du droit, Rn. 38: Das Kassationsurteil verwies nur auf den Namen der Parteien, den Streitgegenstand und die (verletzten) Rechtsnormen.

<sup>71</sup> Französische Verfassung 1791, Tit. III, Kap. 5, Art. 20 (Hervorhebung hinzugefügt).

In der Konsequenz entfaltete die kassatorische Entscheidung keine präjudizielle Bindung für das Prozessgericht. Durch das *loi du 27 ventôse an VIII sur l'Organisation des Tribunaux* (1800) wurde lediglich festgelegt, dass im Falle einer erneuten Kassationsbeschwerde die vereinigten Kammern des Kassationsgerichts (Sections réunies) zur Entscheidung berufen waren.

### 3. Festigung der Cour de Cassation als Haute juridiction

Historisch war die Entstehung der Cour de Cassation daher eine gemischte Er rungenschaft: Das Gericht war einerseits allein mit einem (wenn auch nicht offen zuerkannten) rechtsvereinheitlichenden Funktionsauftrag ausgestattet, wohingegen der Gedanke einer höchstrichterlichen Rechtsfortbildung harsch unterbunden wurde. Andererseits brachte die Französische Revolution bereits sehr progressive Gedanken in das Zivilverfahren ein, da alle Entscheidungen des Kassationshofs zu begründen und öffentlich bekannt zu machen waren<sup>72</sup> und das Gericht dadurch entscheidend an Autorität gewann.<sup>73</sup> Insbesondere wurde durch Art. 264 der *Constitution du 5 fructidor an III* (1795) die Befugnis des Corps législatif, Kassationsurteile aufzuheben, stark eingeschränkt. Zudem war die Qualifikation der Kassation als Parteirechtsbehelf fest anerkannt; im Vergleich zu Deutschland war eine Höchstgerichtsbarkeit damit bereits knapp 80 Jahre vor Gründung des BOHG etabliert.<sup>74</sup>

Trotz seiner strengen Einhegung als subordinativer Teil der Legislative, der sich auf eine reine Subsumtionstätigkeit beschränken sollte, gelang es dem – 1804 in Cour de Cassation umbenannten<sup>75</sup> – Gericht zudem, seine Stellung als Höchstgericht und Kontrollinstanz über die Untergerichte in den nächsten Jahrzehnten zu stärken, nicht zuletzt aufgrund der immer größer werdenden Zahl an Kassationsbeschwerden.<sup>76</sup> Dieser graduelle Funktionswandel lässt sich partiell sowohl in den gerichtsverfassungsrechtlichen Grundlagen, welche den Begriff des Gesetzesverstoßes immer weiter fassten,<sup>77</sup> erkennen, als auch maßgeblich in einer angepassten

<sup>72</sup> Vgl. Art. 17 und 22 Décret d'ensemble sur l'organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790; die Begründung beschränkte sich zunächst jedoch auf die Angabe der Parteien, des Verfahrensgegenstands und der verletzten Rechtsnorm (o. Fn. 70).

<sup>73</sup> Ferrand, *Cassation française et révision allemande*, S. XVIII.

<sup>74</sup> S. o. sub § 2. II. 2.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 136 der französischen Verfassung vom 18.05.1804; Sénatus-consulte du 28 floréal an XII; Weber, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht*, S. 172.

<sup>76</sup> Einzelheiten bei Ferrand, *Cassation française et révision allemande*, S. XVIII. Zu beachten ist ferner, dass bereits Art. 2 Décret d'ensemble sur l'organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 dem Gericht originär rechtsprechende Tätigkeiten zuwies.

<sup>77</sup> Art. 3 des Décret d'ensemble sur l'organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 verlangte eine „contravention expresse au texte de la loi“; die Französische Verfassung von 1791 (Tit. III, Kap. 5, Art. 20) verwendet nur noch den Begriff „contravention expresse à la loi“; Tit. VI, Art. 88 des loi du 27 ventôse an VIII sur l'Organisation des Tribunaux (1800) spricht von „jugement contraire aux lois“.

gerichtlichen Praxis.<sup>78</sup> Nunmehr konnte nicht nur ein ausdrücklicher Widerspruch zu einer Gesetzesbestimmung, sondern auch die falsche Gesetzesinterpretation im Verfahren oder ein Verstoß gegen einen privatautonomen Vertrag geltend gemacht werden.<sup>79</sup>

Entscheidenden Anteil an der gefestigten Stellung des Kassationshofs – der die Umbrüche in fünf französischen Republiken unbeschadet überstehen sollte – hatte dabei das umsichtige Handeln der Kassationsrichterschaft, der es gelang, die Befugnisse des Gerichts allmählich auszuweiten und an veränderte politische Gegebenheiten anzupassen, ohne indes einen offenen Konflikt mit der Nationalversammlung zu provozieren. Hatten die Gründungsväter der französischen Revolution die Eingriffsbefugnis des Kassationshofs noch auf ausdrückliche Gesetzesverletzungen („*contravention expresse au texte de la loi*“) beschränkt – was die Unerreichbarkeit tatsächlicher Feststellungen für das Kassationsgericht betonte –, erweiterte der Kassationshof seine Kompetenzen graduell: Bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts führte auch eine fehlerhafte Gesetzesanwendung (*fausse application*) zur Aufhebung, was sich im weiter gefassten Begriff der Gesetzesverletzung (*violation de la loi*) widerspiegelte.<sup>80</sup> Auch bildete sich die Technik der einzelnen Kassationseröffnungsgründe (*cas d’ouverture à cassation*) allmählich heraus.<sup>81</sup> Zudem erweiterte die Cour de Cassation ihre Kompetenzen dahingehend, dass eine Kassationsbeschwerde gegen eine fehlerhaft begründete, aber im Ergebnis richtige Entscheidung zurückgewiesen und die falsche durch eine richtige Begründung ersetzt werden konnte.<sup>82</sup>

Auch das vorerwähnte Verbot der Rechtsfortbildung wurde schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts nicht unerheblich aufgeweicht, indem sich das geltende Recht fortentwickelnde Rechtsprechungslinien am Kassationshof herausbildeten,<sup>83</sup> um insbesondere die kodifikatorischen Lücken im Code civil des Français (1804) zu schließen.<sup>84</sup> Den Judikaten des Kassationshofs kam mehr und mehr eine faktische Präjudizialität für die nachgeordneten Gerichte zu. Die fehlende Bindungswirkung kassationsgerichtlicher Entscheidungen erwies sich dabei zunächst als hinderlich,

<sup>78</sup> Näher *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 46.

<sup>79</sup> Näher *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, Rn. 47 aE mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>80</sup> *Boré/Boré*, *La cassation en matière civile*, Rn. 01.101. sowie o. Fn. 77. De lege lata (vgl. Art. 604 C. P. C.) kann nicht nur die Verletzung geschriebenen Gesetzesrechts, sondern auch von „*règles de droit*“ gerügt werden, worunter allgemeine Rechtsgrundsätze fallen; dazu noch ausführlich sub § 9. III. 2.

<sup>81</sup> Einzelheiten bei *Ferrand*, *Cassation française et révision allemande*, S. XVIII, sowie noch sub § 9. III. 2. c).

<sup>82</sup> Vgl. Art. 620 Abs. 1 C. P. C.

<sup>83</sup> Umfassend *Weber*, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht*, S. 171 f. mwN.

<sup>84</sup> Art. 4 des Code Civil („*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.*“) legte dabei die Grundlage für eine Auslegung des Gesetzes durch den Richter. Art. 5 Code civil wurde dagegen nicht mehr als strenges Auslegungsverbot herangezogen (vgl. *Weber*, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht*, S. 173).

weil das Ausgangsgericht auch nach einem zweiten Rechtsmittelverfahren nicht an die Entscheidung gebunden war, was die Gefahr der Rechtszersplitterung provozierte. Seit 1837 ist das Urteil der Cour de Cassation daher nach einem zweiten *pourvoi en cassation*, der von den *Séctions réunies* entschieden wird, für das Ausgangsgericht bindend.<sup>85</sup> Dies versetzte den Kassationshof in die Position, seine Rechtsprechung gegenüber abweichenden Untergerichten nachhaltig durchzusetzen.

#### 4. Struktureller Fortbestand im 20. Jahrhundert

Im 20. Jahrhundert war die Stellung des Kassationshofs im französischen Justizsystem daher fest verankert, auch wenn insbesondere in der Nachkriegszeit bedeutende Veränderungen im institutionellen Aufbau zu beobachten sind. Anstelle der 1947 aufgelösten Vorprüfungskammer (Chambre des Requêtes) wurden drei (seit 1967: fünf) Zivilkammern sowie die Assemblée plénière zur Lösung von Rechtsprechungsdivergenzen errichtet.<sup>86</sup> Die Vereinfachungsnovellen von 1947 und 1967 adressierten dabei vorrangig das immer drängender werdende Problem der Überlastung des Kassationshofs – zwischen 1947 und 1998 hat sich die Zahl der Beschwerden verzehnfacht –, ließen die Grundstruktur des Kassationsverfahrens jedoch unangetastet.<sup>87</sup>

In den letzten Jahrzehnten setzte sich indes auch in der französischen Gesetzgebung der Gedanke durch, dass die Cour de Cassation als reines Supervisionsgericht den Anforderungen an die moderne Rechtsfindung nicht immer gerecht werden kann, zumal das Kassationsverfahren weiterhin von einem großen Formalismus geprägt war und ist (dazu sogleich). Eine partielle Aufweichung des Kassationsgedankens stellt daher die seit 1979 vorgesehene Möglichkeit dar, dass der Kassationshof bei Entscheidungsreife auch eine eigene Sachentscheidung treffen kann.<sup>88</sup> Aufgrund der stetig anwachsenden Zahl an Kassationsbeschwerden können offensichtlich unbegründete Beschwerden zudem in einem vereinfachten Verfahren mit reduzierter Besetzung (*formation restreinte*)<sup>89</sup> zurückgewiesen werden, was seit 2001 auch durch begründungslosen Beschluss erfolgen kann (*arrêt de rejet non spécialement motivé*).<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Vgl. Loi du 1 avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois sowie noch näher sub §9.V.1. Die Verabschiedung des Gesetzes erfolgte nicht ohne Widerstände, weil damit auch formal ein Bruch mit der Stellung des Kassationsgerichts nach Vorbild der französischen Revolution bewirkt wurde (näher *Marty*, La distinction du fait et du droit, Rn. 44 f.).

<sup>86</sup> Geändert durch Art. 1 ff. loi n°47–1366 du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation.

<sup>87</sup> Näher dazu *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1786 mwN.

<sup>88</sup> Vgl. nunmehr Art. 627 C. P. C.

<sup>89</sup> Eingeführt durch loi n° 67–523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation; dazu noch ausführlich sub §9.III.3.a).

<sup>90</sup> Einzelheiten bei *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.118.

Trotz dieser punktuellen Anpassungen kommt die starke Kontroll- und Vereinheitlichungsfunktion der Cour de Cassation (rôle régulateur)<sup>91</sup> im heutigen Kassationsrecht noch deutlich zum Ausdruck, obschon deren historisch lang unterbundene, rechtsfortbildende Funktion als Rechts(erkenntnis)quelle (développement prétoire du droit) nicht mehr in Frage gestellt wird.<sup>92</sup> Ihren Charakter einer (auch) am öffentlichen Interesse ausgerichteten Institution zur Sicherung der Rechtsanwendungsgleichheit hat die Cour de Cassation jedoch nie verloren, was sich in der weiterhin bestehenden Möglichkeit eines Kassationsrekurses *dans l'intérêt de la loi* oder der Rechtsklärung durch abstrakte Vorlageverfahren (*saisine pour avis*) zeigt.<sup>93</sup>

## II. Das Wesen des *pourvoi en cassation*

### 1. Grundsatz

Auch im 21. Jahrhundert trägt der *pourvoi en cassation* noch die Züge seiner revolutionären Wurzeln. Er ist als außerordentlicher Rechtsbehelf (*voie de recours extraordinaire/d'une nature particulière*)<sup>94</sup> zur Sicherung der Rechtseinheit gegen alle Entscheidungen zulässig, die nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln angegriffen werden können.<sup>95</sup> Nach deutschem Verständnis ist der Kassationsrekurs damit – im Gegensatz zum *appel* – kein Rechtsmittel im engeren Sinne, da ihm kein Suspensiveffekt zukommt (vgl. Art. 579 C. p.c.)<sup>96</sup> Ob ihm ein Devolutiveffekt gänzlich fehlt oder ob dieser auf die im Kassationsverfahren erfolgende Rechtsprüfung nach Maßgabe der Kassationsgründe beschränkt ist (*effet dévolutif restreint*), ist in der französischen Literatur dagegen nach wie vor umstritten.<sup>97</sup> Aufgrund des

<sup>91</sup> Ferrand, The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 175, 188.

<sup>92</sup> Einzelheiten bei Ferrand, The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 175, 187f.

<sup>93</sup> Vgl. noch § 9. IV. und § 13. II. 3. b) aa).

<sup>94</sup> Als weiteren außerordentlichen Rechtsbehelf kennt der C. P. C. den *recours en révision* (Art. 595 C. P. C.) sowie die *tierce opposition* (Art. 582 C. P. C.).

<sup>95</sup> Vgl. Art. 605 C. P. C. sowie Art. 606 ff. C. P. C. zu Sonderkonstellationen (dazu *Boré/Boré*, *La cassation en matière civile*, Rn. 34.91 ff.).

<sup>96</sup> *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, *Procédure civile*, Rn. 1407. In der Praxis werden die Divergenzen zum Revisionsverfahren jedoch insoweit nivelliert als sich der vollstreckende Gläubiger vor einer Entscheidung über den Kassationsrekurs einem erheblichem Haftungsrisiko ausgesetzt sieht und daher meist von einer Vollstreckung Abstand nehmen wird (sog. *effet suspensif de fait*; vgl. näher *Boré/Boré*, *La cassation en matière civile*, Rn. 101.48).

<sup>97</sup> Umfassend *Boré/de Salve de Bruneton* D. 2005, 180; *Boré/Boré*, *La cassation en matière civile*, Rn. 103.11 ff.; *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, *Procédure civile*, Rn. 1408, 1434: „À la différence de l'appel, le pourvoi en cassation ne fait pas monter à la Cour suprême le procès tel qu'il s'est présenté devant les premiers juges avec toutes ses questions de fait et de droit [...]. La Cour de cassation ne peut exercer sa censure que sur les questions de droit, et seulement sur celles qui peuvent lui être soumises par des moyens de cassation.“

beschränkten Prüfungsmaßstabs ist der *pourvoi en cassation* auch kein Wiedernahmeverfahren (*voie de réformation*), da die *Cour de Cassation* nicht in die Prüfung des gesamten Streitstoffs eintritt<sup>98</sup> und im Grundsatz keine eigenen Sachverhaltsfeststellungen trifft (vgl. Art. L411-2 Abs. 2 C. O. J.),<sup>99</sup> sondern ihrer Entscheidung den sich aus dem angegriffenen Urteil ergebenden Sachverhalt zugrunde zu legen hat.<sup>100</sup>

Nach heutigem Verständnis kommen dem Kassationsrekurs dabei zwei Hauptfunktionen zu: Er dient als *pourvoi normatif* der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung sowie als *pourvoi disciplinaire* der Kontrolle der Untergerichte zur Sicherung der Rechtsanwendungsgleichheit<sup>101</sup> und ist damit gleichermaßen dem *intérêt général* und dem *intérêt privé* verpflichtet.<sup>102</sup> Nach *Boré* handelt es sich daher um einen *recours ambivalent*, bei dem die Parteiinteressen mit denjenigen der Allgemeinheit untrennbar verwoben sind.<sup>103</sup> Die objektive Wahrung der Rechtsordnung durch den Kassationshof als *Cour régulatrice du droit* und durch die Korrektur (prinzipaliter) jedes Rechtsfehlers<sup>104</sup> ist dabei Wesenselement, die einheitliche Gesetzesauslegung und die damit einhergehende Wahrung der Rechtsanwendungsgleichheit vor dem Richter noch immer das Hauptziel der *Cour de Cassation*, weshalb es gem. Art. L411-1 C. O. J. nur einen Kassationshof für die gesamte Französische Republik geben kann. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zudem die gesellschaftliche Bedeutung einer einheitlichen Rechtsanwendung als *intérêt social* betont.<sup>105</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Absicherung

Dieser Funktionsauftrag ist verfassungsrechtlich abgesichert. In der Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel* ist anerkannt, dass nur der *Cour de Cassation* die Aufgabe zukommt, letztinstanzliche Entscheidungen zu treffen (vgl. Art. 622

<sup>98</sup> *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1408.

<sup>99</sup> Vgl. zu den Ausnahmen noch sub § 9. V. 2.

<sup>100</sup> Das Kassationsgericht kann weder eine eigenständige Beweisaufnahme anordnen noch die vom Vorderrichter herangezogenen Beweismittel einer erneuten Überprüfung unterziehen, vgl. Soc. v. 31.07.1950, Bull. civ. III, no. 711; Com. v. 07.03.1950, Bull. civ. II, no. 86; Soc. v. 11.06.1959, Bull. civ. IV, no. 720; Civ. 2e v. 08.11.1962, Bull. civ. II, no. 707; Com. v. 16.02.1970, Bull. civ. IV, no. 57.

<sup>101</sup> *Ferrand*, Cassation française et révision allemande, Rn. 245 ff.; 440 ff.; *Jobard-Bachellier/Bachellier*, La technique de cassation, S. 37.

<sup>102</sup> „[...] une voie de recours qui n'a pas exclusivement comme but l'intérêt des justiciables, mais aussi l'intérêt général de la société“ (*Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1408; ähnlich *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.22). S. ferner umfassend zur Funktion des Kassationshofs: *Perdriau* JCP 1991 I. 3538.

<sup>103</sup> *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 4: „Le *pourvoi en cassation* est donc un *recours ambivalent*. Il est un *recours d'intérêt privé* en ce qu'il constitue, pour les plaideurs, une garantie fondamentale de respect du principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Mais il est aussi un *recours d'intérêt public* [...] puisqu'il permet au juge de cassation d'assurer l'application uniforme de la loi, telle qu'interprétée par lui, sur l'ensemble du territoire.“

<sup>104</sup> Cass. v. 12.05.1812, Jur. gén. v° „Cassation“, no. 94 („il est dans les attributions de la *Cour de cassation* de réprimer toutes les atteintes portées à la loi et l'exercice“).

<sup>105</sup> Vgl. nur *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 2.

C. P. C.),<sup>106</sup> und gegen deren Urteile keine weiteren Rechtsbehelfe möglich sind.<sup>107</sup> Obschon die Cour de Cassation dabei kein Prozessgericht (*juge du fond*) ist,<sup>108</sup> kann der Kassationsrekurs als zentrales Element zur Sicherung der Gleichheit vor dem Richter nur durch Gesetz modifiziert oder ausgeschlossen werden,<sup>109</sup> wobei die Kassationsbeschwerde gegen eine anderweitig nicht angreifbare Entscheidung nach der Diktion von *Conseil constitutionnel* und *Cour de Cassation* eine „garantie fondamentale“ darstellt.<sup>110</sup> Ein *pourvoi en cassation* ist nur dann ausgeschlossen, wenn dies auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung beruht,<sup>111</sup> worin ein bemerkenswerter Gegensatz zu den meisten common law-Jurisdiktionen liegt, welche ein Rechtsmittel nur dann anerkennen, wenn dieses ausdrücklich gesetzlich normiert ist.<sup>112</sup>

### 3. Verhältnis zwischen *pourvoi en cassation* und *appel*

Da die Kassationsbeschwerde gegen alle Entscheidungen zulässig ist, die nicht mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können, tritt sie – anders als im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht<sup>113</sup> – in keine strenge Wechselbeziehung zum *appel* in der intermediären Instanz, auch wenn sie in der Rechtspraxis überwiegend als Rechtsbehelf gegen Entscheidungen einer *Cour d'Appel* dient. Vielmehr kann das Wesen des *pourvoi en cassation* gerade im Kontrast zum *appel* verdeutlicht werden: Dieser ist – der Berufung vor Erlass des ZPO-RG 2001 vergleichbar<sup>114</sup> – ordentliches und reformatorisches Rechtsmittel (vgl. Art. 527 C. P. C.), welches im Rahmen einer eigenen Sachentscheidung (vgl. Art. L311-1 Abs. 2 C. O. J.) auf die *réformation* oder *annulation* der erstinstanzlichen Entscheidung abzielt (Art. 542 C. P. C.). Grundsätzlich erfolgt dabei eine Neuentscheidung

<sup>106</sup> Vgl. Cons. const. v. 20.07.1977, D. 1978, 705, note *Hamon*, sowie den Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (2017), S. 133 (<https://www.courdecassation.fr/commission-de-reflexion-sur-la-reforme-de-la-cour-de-cassation-2017> [21.08.2023]).

<sup>107</sup> Civ. 2<sup>e</sup> v. 24.06.1998, no. 96-14.161 P, RG proc. 1999, 217, obs. *Wiederkehr*. Dieser Grundsatz basiert auf dem *règlement d'Aguesseau* vom 28.06.1738 über das Verfahren vor dem Conseil des Parties (näher *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 37.05).

<sup>108</sup> *Chainais/Ferrand/Mayer/Guincharde*, Procédure civile, Rn. 1408. Zu den Reformen von Art. L411-3 C. O. J. aufgrund des loi no. 2016-1547 v. 18.11.2016 s. noch sub § 9.V.2.

<sup>109</sup> Cons. const. v. 14.05.1980, no. 80-113, Rec. Cons. Const. 61 („une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles“); Cons. const. v. 10.05.1988, no. 88-157, Rec. Cons. Const. 56.

<sup>110</sup> Cons. const. v. 14.05.1980, no. 80-113, Rec. Cons. Const. 61; Cons. const. v. 10.05.1988, no. 88-157, Rec. Cons. Const. 56; Soc. v. 23.09.2009, no. 08-60.535, Bull. civ. V, no. 195, D. 2009, 2339, obs. *Perrin*: Dies hat es der Cour de Cassation ermöglicht, einen Kassationsrekurs auch dann zu gestatten, wenn dieser von Gesetzes wegen nicht vorgesehen ist.

<sup>111</sup> Vgl. Cass. v. 12.05.1812, Jur. gén. v<sup>o</sup> „Cassation“, no. 94. Eine Kassationsbeschwerde „pour excès de pouvoir“ bleibt jedoch auch in diesem Fall möglich (näher *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.24, 38.11, 38.131).

<sup>112</sup> Vgl. dazu sub § 10. I. und § 11 II.

<sup>113</sup> Vgl. sub § 3. II. 3. (Deutschland), § 10. III. (England) und § 11. II. 1. (USA).

<sup>114</sup> Oben sub § 3. II. 3.

(*novum iudicium*) in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht („à nouveau en fait et en droit“, Art. 561 Abs. 2 C. P. C.).<sup>115</sup> Die Cour d’Appel ist dabei nicht an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen gebunden; es besteht ein umfassendes Novenrecht der Parteien.<sup>116</sup> Die Cour de Cassation steht dagegen außerhalb dieser doppelten Tatsacheninstanz aus Tribunal Judiciaire und Cour d’Appel (als *double degré de juridiction*) und betont die Feststellung, dass das Gericht „juge du droit et non juge des faits“ ist.<sup>117</sup> Wesensprägend ist daher das grundsätzliche Verbot einer Hauptsacheentscheidung und die auf eine Rechtsrüge beschränkte Supervision über (gleichermaßen) abschließende Entscheidungen erster und zweiter Instanz.<sup>118</sup>

Strukturell ist das französische Zivilverfahrensrecht damit noch immer durch einen starken Kontrast zwischen einer reformatorisch agierenden intermediären Instanz und einer (vorrangig) kassatorischen Entscheidung in dritter Instanz geprägt. Dieser Duopol lag auch der CPO 1877 zugrunde, hat sich jedoch insbesondere im Zuge der ZPO-Reform 2001 zu einem Konzept der funktionalen Zweigliedrigkeit gewandelt, da auch der Berufung nunmehr vorrangig die Aufgabe der Fehlerkorrektur zugewiesen wird.<sup>119</sup>

#### 4. Rechtstatsächliche Bedeutung und Perspektiven

Der für das Kassationsrecht wesensprägende, nahezu unbeschränkte Zugang zum Höchstgericht schlägt sich auch in dessen Fallbelastung nieder: Im Jahr 2022 erreichten die Cour de Cassation knapp 15.000 neue Zivilverfahren.<sup>120</sup> Dem standen knapp 1,5 Mio. vor den Tribunaux Judiciaires initiierte, allgemeine Zivilverfahren und etwa 210.000 Berufungsverfahren vor den Cours d’Appel gegenüber.<sup>121</sup> Die Überlastung des Kassationsgerichts aufgrund einer Vielzahl von Einzelbeschwerden ohne rechtsgrundsätzliches Element – in Zivilsachen haben höchstens 10 % der Verfahren eine Bedeutung für die Rechtsfortbildung<sup>122</sup> – und dessen Reform zieht sich daher wie ein roter Faden durch die französische Rechtswissenschaft. Korrelierend zu den ZPO-Novellen in Deutschland und England wurde auch in Frankreich im Jahr 2001 eine Reform zur behutsamen Erneuerung des Kassationsrechts angestoßen, welche es insbesondere ermöglicht, Rechtsmittel in einem vereinfachten Verfahren zurückzuweisen, sofern der Beschwerdeführer

<sup>115</sup> Einzelheiten bei Ferrand, Appel (Répertoire de procédure civile), Rn. 7.

<sup>116</sup> Näher Bierschenk, Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren, S. 119ff.

<sup>117</sup> Boré/Boré, La cassation en matière civile, Rn. 60.01.

<sup>118</sup> Zu den Ausnahmen vgl. noch sub §9. V. 2.

<sup>119</sup> Einzelheiten bereits sub §3. II. 3.

<sup>120</sup> Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 ([https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel\\_2022.pdf](https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2022.pdf) [21.08.2023]), S. 227f.: Im Jahr 2017 erreichten das Gericht gar über 22.000 Verfahren.

<sup>121</sup> Zahlen für das Jahr 2021; vgl. Les chiffres clés de la justice – éd. 2022, S. 10 (<https://www.justice.gouv.fr/chiffres-cles-justice-2022> [21.08.2023]).

<sup>122</sup> Ferrand, The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 175, 189.

keinen durchgreifenden Kassationsgrund darlegen kann (non fondé sur un moyen sérieux de cassation).<sup>123</sup>

Da das Gericht jedoch weiterhin mit einer hohen Fallbelastung konfrontiert ist, hat sich die Cour de Cassation auf Initiative ihres ehemaligen Präsidenten Bertrand Louvel in den letzten Jahren vermehrt für ein Selektionsverfahren<sup>124</sup> zur Arbeitsreduktion eingesetzt.<sup>125</sup> Die derzeitigen Reformbemühungen – insbesondere die im sog. Nallet-Report erwogene Einführung eines Zulassungsverfahrens<sup>126</sup> – scheinen sich jedoch auf absehbare Zeit nicht verwirklichen zu lassen,<sup>127</sup> zumal in der französischen Diskussion immer wieder hervorgehoben wird, dass jede Form der Fallselektion durch den iudex a quo oder ad quem gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt<sup>128</sup> und dem Richter keine Kompetenz zustehen sollte, selbst die zulassungswürdigen Verfahren zu selektieren.<sup>129</sup> Dies verdeutlicht die noch immer präsente historische Stellung der Cour de Cassation zur Realisierung einer möglichst umfassenden Rechtsanwendungsgleichheit, zumal der breite Zugang zum Kassationsgericht in der rechtswissenschaftlichen Diskussion auch als notwendig und wünschenswert angesehen wird, um die Qualität der erst- und zweitinstanzlichen Verfahren weiter zu verbessern.<sup>130</sup> Zudem darf bei der Diskussion um eine Restriktion des Zugangs zur Cour de Cassation nicht übersehen werden, dass eine Individualverfassungsbeschwerde, welche in Deutschland insoweit als ausgleichendes Korrektiv fungieren kann, mangels eines Individualzugangs zum Conseil Constitutionnel nicht existiert.<sup>131</sup>

<sup>123</sup> Vigneau D. 2010, 102, sowie noch sub § 9. III. 3. a).

<sup>124</sup> Zu den – nicht weiter forcierten – Überlegungen, die Kriterien des deutschen Revisionsrechts heranzuziehen, vgl. Ferrand D. 2017, 1770.

<sup>125</sup> Näher dazu Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (2017) (o. Fn. 106); s. ferner den Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (2030) (<https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030> [21.08.2023]).

<sup>126</sup> Vgl. Ministère de la Justice, Rapport pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile v. 30.09.2019 (Vorschläge Nr. 1 und 2) (<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2019/11/nallet.pdf> [21.08.2023]).

<sup>127</sup> Vgl. die Rede der Première présidente de la Cour de cassation (2019–2022), Chantal Arens, v. 06.09.2019, JCP G 2019, no. 932.

<sup>128</sup> Ministère de la Justice, Rapport pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile v. 30.09.2019 (o. Fn. 106), S. 7: „Laisser subsister des illégalités car elles ne sont pas intéressantes aux yeux des juges est ressenti comme une injustice de surcroît contraire à l'égalité entre les citoyens. Cette critique très partagée au cours des auditions rend, de l'avis du groupe, inapplicable dans l'état actuel de ‚l'esprit public‘ cette proposition du projet de filtrage.“

<sup>129</sup> Ministère de la Justice, Rapport pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile v. 30.09.2019 (o. Fn. 126), S. 7 („Certaines personnes entendues ont même relevé que le juge n'était peut-être pas légitime à choisir les pourvois méritant d'être admis.“). Umfassend zur Kritik Théry JCP G 2019, 1285; Bénabent D. 2018, 731.

<sup>130</sup> Kritik bei Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard, Procédure civile, Rn. 1408; vgl. zur Reform des Generalanwalts auch Sainte-Rose/Domingo JCP G 2014, 1193.

<sup>131</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Revision und Individualverfassungsbeschwerde bereits sub § 5. I.; zur question prioritaire de constitutionnalité noch sub § 13. II. 3. b) aa) (2).

### III. Ablauf des Verfahrens

#### 1. Verfahrenseinleitung

Grundsätzlich kann jede unterlegene Partei gegen ein mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbares Urteil (*jugement rendu en dernier ressort*) Kassationsbeschwerde einlegen.<sup>132</sup> Da insbesondere der *appel* als ordentliches Rechtsmittel zur Cour d'appel nur gegen Urteile mit einem Streitwert von über 5.000 EUR zulässig ist (vgl. Art. R211–3–24 und R211–3–25 C. O. J.), kann die Cour de Cassation bei unter diesem Streitwert liegenden (inappellablen) Verfahren unmittelbar angerufen werden; im Übrigen findet die Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Berufungsgerichte statt. Damit steht in mehr Verfahren der außerordentliche *pourvoi en cassation* als der reguläre *appel* offen,<sup>133</sup> womit die zentrale Rolle des Kassationshofs bei der Sicherung der Rechtsanwendungsgleichheit innerhalb des französischen Justizsystems verdeutlicht wird.

Beim *pourvoi principal* ist jede Partei mit einem schützenswerten Interesse (*toute partie qui y a intérêt*) berechtigt, Kassationsbeschwerde einzulegen (Art. 609 C. P. C.), was grundsätzlich voraussetzt, dass sie in der Vorinstanz am Verfahren beteiligt war; zum Ausschluss von Popularkassationsbeschwerden sind Dritte nur berechtigt, wenn sie durch das Urteil beschwert sind.<sup>134</sup> Gem. Art. 973 C. P. C. müssen sich die Parteien von einem Kassationsanwalt vertreten lassen, sofern nicht – z. B. in Teilen der freiwilligen Gerichtsbarkeit – ein Fall der *procédure sans représentation obligatoire* gegeben ist.<sup>135</sup> Nach der Begründung durch den Kassationsführer erhält die Gegenseite Gelegenheit zur Stellungnahme.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> Vgl. Art. 605 C. P. C. sowie *Ferrand*, *Cassation française et révision allemande*, Rn. 31 ff.; *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 16 ff.

<sup>133</sup> *Ferrand*, *The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?*, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 175, 204. In der Rechtspraxis ist jedoch zu beachten, dass gegen Verfahren, die den *taux d'appel* nicht erreichen, nur in einer geringen Zahl Kassationsbeschwerde eingelegt wird (näher *Bierschenk*, *Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren*, S. 200 mwN).

<sup>134</sup> Vgl. *Soc. v. 19.12.2003*, no. 03-10.014 P, *Bull. civ. V*, no. 320; *Civ. 2<sup>e</sup> v. 11.02.2009*, *Procédure* 2009, no. 141; *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, *Procédure civile*, Rn. 1417. S. aber auch den Sonderfall bei *Civ. 2<sup>e</sup> v. 16.03.2000*, no. 98-14.655, *JCP 2000 II*, 10358, note *Perdriau*.

<sup>135</sup> Die mandatorische Vertretung durch einen Kassationsanwalt verstößt weder gegen die in der EMRK verbürgten Rechte (EGMR, *Urt. v. 08.02.2000* – no. 27362/95 [*Voisine v. France*]) noch gegen französisches Recht (*Civ. 2<sup>e</sup> v. 26.11.1990*, no. 09–12.812 P).

<sup>136</sup> Die Frist zur Einlegung der Kassationsbeschwerde beträgt im Grundsatz zwei Monate (Art. 612 C. P. C.). Innerhalb von vier Monaten muss sie begründet werden. Innerhalb von zwei weiteren Monaten kann der Gegner auf die Kassationsbeschwerde erwidern (Art. 982 C. P. C.). Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 180 ff.

## 2. Kassationsgründe

### a) Differenzierung zwischen Rechts- und Tatfrage

Gem. Art. 604 C.P.C. führt jede Rechtsverletzung („non-conformité du jugement aux règles de droit“) zur Aufhebung des Urteils. Dem deutschen Revisionsrecht vergleichbar, beschränkt sich die Tätigkeit des Kassationshofs daher auf eine Rechtskontrolle, wohingegen Tatsachenfeststellungen dem Prozessgericht obliegen und für das Höchstgericht im Grundsatz bindend sind. Aufgrund ihrer historischen Stellung ist die Cour de Cassation „juge du droit et non juge des faits“,<sup>137</sup> weil die an den jeweiligen Einzelfall rückgebundene Tatsachenfeststellung keine (verallgemeinerbare) Verletzung der Rechtsanwendungsgleichheit vor dem Richter begründen kann. Nach *Boré* beschränkt sich die Entscheidungskompetenz des Kassationshofs somit auf „la seule question de droit posée par le procès, et que le droit n'est jugé qu'à partir des faits souverainement constatés par l'arrêt“.<sup>138</sup> Insofern zeigen sich deutliche Parallelen zum Revisionsmodell, da auch der Kassationshof grundsätzlich keine neuen Beweismittel der Parteien berücksichtigen darf<sup>139</sup> und die freie Beweiswürdigung des Prozessgerichts zu respektieren hat, weshalb eine Kassationsbeschwerde, die ausschließlich auf eine Neubewertung der vorinstanzlichen Beweismittel abzielt, grundsätzlich unzulässig ist.<sup>140</sup>

Jedoch hat sich auch in der französischen Rechtspraxis die Erkenntnis durchgesetzt, dass sich eine trennscharfe Differenzierung zwischen *droit* und *faits* kaum realisieren lässt,<sup>141</sup> obschon das französische Recht bei einem Vergleich mit der deutschen Revisionspraxis<sup>142</sup> tendenziell noch immer eine etwas schärfere Scheidung propagiert. Während der Kassationshof daher grundsätzlich an die Feststellung der Vorinstanz gebunden ist und keine eigene Tatsachenfeststellung treffen darf,<sup>143</sup> ermöglicht die Kontrolle der Rechtsanwendung *bei* der Tatsachenfeststellung sowie die rechtliche Qualifikation der für festgestellt erachteten Tatsachen – etwa aufgrund einer unzureichenden oder un schlüssigen Begründung (*motivation inexacte ou insuffisante*) – in nicht unerheblichem Maße auch einen Eingriff in die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht,<sup>144</sup> z. B. bei der Beweislastverteilung.<sup>145</sup>

<sup>137</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 60.01. Noch immer grundlegend für die Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage ist das Werk von *Marty*, La distinction du fait et du droit (1929).

<sup>138</sup> *Boré*, Pourvoi en cassation, Rn. 250.

<sup>139</sup> Civ. v. 29.04.1819, S. 1819.1.320; Civ. 1<sup>re</sup> v. 25.04.1989, Bull. civ. I, no. 164.

<sup>140</sup> Vgl. Civ. 2<sup>e</sup> v. 27.01.2000, no. 96-11.410, Bull. civ. II, no. 17; Civ. 1<sup>re</sup> v. 14.03.2002, no. 99-19.239, Bull. civ. I, no. 41.

<sup>141</sup> *Saluden Lamblin*, Le phénomène de la jurisprudence, S. 71.

<sup>142</sup> S. o. sub § 4. III. 1.

<sup>143</sup> Vgl. auch Art. L411-2 Abs. 2 C. O. J. („La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire.“).

<sup>144</sup> Einzelheiten bei *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 60.01, 64.130ff., 65.04ff.; *Boré*, Pourvoi en cassation, Rn. 253. Der Kassationshof kann zudem Beweis über die eigenen Sachurteilsvoraussetzungen erheben (*Boré*, aaO, Rn. 252, 300).

<sup>145</sup> Com. v. 11.10.1994, no. 92-18.344, Bull. civ. IV, no. 284. Dies gilt ferner bei der Einhaltung von Beweisregeln (näher *Boré*, aaO, Rn. 295 mwN).

Daher hat sich die Kognitionsbefugnis im geltenden Kassationsverfahren von der rigiden historischen Konzeption als *juge du droit* emanzipiert.

In nicht unerheblichem Umfang können auch privatrechtliche Willenserklärungen als Tatsachenfragen zum Gegenstand eines Kassationsverfahrens gemacht werden.<sup>146</sup> Das Zustandekommen eines Vertrags, dessen Gültigkeit und (Fort-)Bestehen werden etwa von der Cour de Cassation überprüft.<sup>147</sup> Selbst die dem Prozessrichter grundsätzlich obliegende Freiheit zur Auslegung von Willenserklärungen wurde in der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung nicht unwesentlich eingeschränkt.<sup>148</sup> Zudem unterliegt auch die rechtliche Qualifikation von Tatsachen und Handlungen (z. B. im Rahmen des Verschuldens) einer Kontrolle durch die Cour de Cassation.<sup>149</sup>

### b) Begründungspflichten der Parteien

Dabei wird die Rechtskontrollfunktion zu einem nicht unerheblichen Teil auf die Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation<sup>150</sup> als Parteivertreter ausgelagert. Denn der Cour de Cassation kommen keine sua sponte-Kontrollbefugnisse zu; sie überprüft die angefochtene Entscheidung regelmäßig nur auf Grundlage einer entsprechenden Kassationsrüge.<sup>151</sup> Zentrales Element des Kassationsverfahrens und Ausprägung einer starken Schriftlichkeit ist dabei der *mémoire ampliatif* (Kassationsbegründung), in dem der Kassationsführer alle Gründe für die Aufhebung der Entscheidung (*moyens de cassation*) darzulegen hat. Dem deutschen Recht vergleichbar, ist das Rechtsmittel beim Fehlen eines Kassationsgrundes bereits unzulässig.<sup>152</sup>

Ein *moyen* – der immer nur einen Kassationseröffnungsgrund nennen darf (dazu sogleich) – weist dabei eine spezifische, von einer starken Formstrenge gekennzeichnete Dreiteilung auf: Nach Nennung der relevanten Bestimmung (*disposition attaquée*) wird die angegriffene(n) Begründung(en) des Urteils genannt (*motifs critiqués*); im stets mit *alors que* eingeleiteten dritten Teil (*branche*) wird ausgeführt, welche Rechtsverletzung gerügt wird, wobei dieser Teil bei mehreren Rügen in eine *première, seconde* usw. *branche* zerfällt (vgl. Art. 978 Abs. 1, 3

<sup>146</sup> Nach seiner Gründung sprach sich der Kassationshof zunächst für die umfassende Kompetenz zur Überprüfung und Auslegung von Willenserklärungen aus, gab dieses Rechtsauffassung jedoch zu Beginn des 19. Jahrhunderts wieder auf (durch Cass. ch. réun. v. 02.02.1808, S. 1808.1.183; Jur. gén. v<sup>o</sup> Société, no. 1093); umfassend hierzu *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 275 ff.

<sup>147</sup> Einzelheiten bei *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 278 ff. mwN.

<sup>148</sup> Einzelheiten bei *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 288 ff. mwN.

<sup>149</sup> Einzelheiten bei *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 305 ff. mwN.

<sup>150</sup> S. o. sub § 6. II. 1. b).

<sup>151</sup> *Jobard-Bachellier/Bachellier*, *La technique de cassation*, S. 7. Ausnahmen gelten bei amts- wie bei berücksichtigenden Rechtsfehlern (vgl. Art. 620 Abs. 2 C. P. C.); der *moyen* kann dabei sowohl im öffentlichen oder privaten Interesse liegen.

<sup>152</sup> Dieser Grundsatz gilt bereits seit Civ. v. 18.05.1898, DP 1900.1.481; Civ. v. 25.06.1901, DP 1901.1.549; Civ. v. 25.07.1939, Bull. civ., no. 207.

C. P. C.).<sup>153</sup> Dabei können keine neuen Angriffs- oder Verteidigungsmittel – wohl aber neue rechtliche Ausführungen – in den Prozess eingeführt werden.<sup>154</sup> Nur ausnahmsweise sind auch *moyens nouveaux* zulässig, sofern sich diese aus dem angefochtenen Urteil selbst ergeben (*moyens nés de la décision attaquée*)<sup>155</sup> oder rein rechtlicher Art (*moyens de pur droit*) sind (vgl. Art. 619 Abs. 2 C. P. C.)<sup>156</sup> und darüber unabhängig von den tatsächlichen Feststellungen des Prozessgerichts entschieden werden kann.<sup>157</sup>

c) *Die einzelnen cas d'ouverture à cassation*

aa) *Bedeutung*

Der letztlich uferlose Begriff der Rechtsverletzung in Art. 604 C. P. C. – noch immer dem historischen Ideal einer absoluten Rechtsanwendungsgleichheit vor dem Richter geschuldet – wurde dabei von der Rechtsprechung in verschiedene, gesetzlich nicht normierte<sup>158</sup> Kassationseröffnungsgründe (*cas d'ouverture à cassation*) ausdifferenziert.<sup>159</sup> Das Gesetz setzt die Erhebung eines Kassationseröffnungsgrundes als Zulässigkeitsgrund voraus, konturiert dessen Inhalt indes nicht näher (vgl. Art. 978 Abs. 3 C. P. C.).<sup>160</sup> Vielmehr obliegt die Kontrolle der angefochtenen Entscheidung am Maßstab der einzelnen *cas d'ouverture à cassation* und deren differenzierte Unterscheidung den Kassationsanwälten als historisch gewachsene Rechtspraxis.

Die verschiedenen Kassationseröffnungsgründe basieren alle auf dem Begriff der *non-conformité aux règles de droit* (Art. 604 C. P. C.), haben jedoch aufgrund ihrer stetigen Fortentwicklung im 19. Jahrhundert eine unterschiedliche Ausgestaltung erfahren. *Chainais et al.*<sup>161</sup> differenzieren etwa – wie die Mehrheit in der französischen Rechtswissenschaft – zwischen sieben Gründen (*violation de la loi, excès de pouvoir, incompétence, inobservation des formes, motivation inexistante ou insuffisante, contrariété de jugements, perte de fondement juridique*), wobei

<sup>153</sup> Dieser Grundsatz greift jedenfalls in Fällen mit Vertretungszwang ein; Einzelheiten bei *Jobard-Bachelier/Bachelier*, La technique de cassation, S. 8f.; s. ferner Civ. 3<sup>e</sup> v. 14.06.1984, Bull. civ. III, no. 119; Civ. 1<sup>re</sup> v. 24.05.1989, Bull. civ. I, no. 211; Com. v. 21.04.1992, no. 90–16.521 P.

<sup>154</sup> Cass. req. v. 23.11.1852, DP 1852.1.324.

<sup>155</sup> Z. B. der Formmangel der angefochtenen Entscheidung: Civ. 2<sup>e</sup> v. 29.03.1971, Bull. civ. II, no. 138.

<sup>156</sup> Z. B. Civ. 1<sup>re</sup> v. 09.04.2013, no. 11-27.071, D. 2013, 1100, avis *Chevalier; Boré*, Pourvoi en cassation, Rn. 576ff. mwN. Umfassend auch *Voulet* JCP 1973 I 2544.

<sup>157</sup> Vgl. Civ. 2<sup>e</sup> v. 20.07.1987, JCP 1987 IV 349; Com. v. 26.10.1983, Bull. civ. IV, no. 280.

<sup>158</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 70.01.

<sup>159</sup> Dazu umfassend *Perdriau* JCP 2001 I 364.

<sup>160</sup> Zu diesem Aspekt *Jobard-Bachelier/Bachelier*, La technique de cassation, S. 107: „Il est quelque peu paradoxal de voir sanctionner d'une irrecevabilité le défaut d'indication d'un concept dont, par ailleurs, aucun texte ne donne la définition ni même ne contient l'énoncé [...]“

<sup>161</sup> *Chainais/Ferrand/Mayer/Guincharde*, Procédure civile, Rn. 1423ff. Eine andere Unterscheidung findet sich etwa bei *Jobard-Bachelier/Bachelier*, La technique de cassation, S. 107ff. *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 79.09ff., nennt als weiteren Grund „la dénaturation de l'écrit“.

insoweit nicht der Anspruch erhoben wird, es handle sich um stets und in letzter Konsequenz trennscharf abgrenzbare Kategorien.<sup>162</sup> Jedoch hat sich die nähere Ausdifferenzierung der Kassationseröffnungsgründe zu einem zentralen Element der wissenschaftlichen Aufbereitung der Rechtsprechung der Cour de Cassation entwickelt.<sup>163</sup>

#### bb) Einzelheiten

Zentraler Kassationseröffnungsgrund ist die Rechtsverletzung (*violation de la loi/ de la règle de droit*). Darunter fällt insbesondere die Weigerung zur Anwendung des Gesetzes sowie dessen fehlerhafte Auslegung oder Applikation auf den Sachverhalt.<sup>164</sup> Neben Gesetzen und Verordnungen sind davon auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze (*principe général du droit non écrit*) umfasst.<sup>165</sup> Auch die Unzuständigkeit des Gerichts (*incompétence*) kann zur Aufhebung führen; dies muss von der Partei jedoch in der Regel vor dem Prozessgericht gerügt worden sein (vgl. Art. 74, 75 C. P. C.).<sup>166</sup> Gleiches gilt für die Verletzung von Form- und Verfahrensvorschriften (*inobservation des formes*),<sup>167</sup> wobei der französische Gesetzgeber in letzter Zeit vermehrt Rügeausschlüsse und Richtigkeitsvermutungen in das Prozessrecht implementiert hat, um so einer Aufhebung bei Verstößen gegen verzichtbare Verfahrensbestimmungen entgegenzuwirken.<sup>168</sup> Auch der Kassationshof geht regelmäßig von der Vermutung eines prozessordnungsgemäßen Verfahrens aus.<sup>169</sup>

Aufgrund der in Art. 455 C. P. C. verankerten und als Errungenschaft der französischen Revolution zur *garantie fondamentale*<sup>170</sup> erhobenen Begründungspflicht ist ein Kassationseröffnungsgrund auch gegeben, sofern die Entscheidung nicht mit Gründen versehen wurde (*défaut de motifs*; vgl. § 547 Nr. 6 ZPO). Dieser in der Praxis bedeutsame Angriffspunkt umfasst sowohl den Fall, dass die Ent-

<sup>162</sup> *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1423 („Mais en réalité, ces cas n'ont pas toujours de frontières intangibles et présentent une certaine porosité les uns envers les autres.“); ähnlich *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 70.02f.; *Boré*, Pourvoi en cassation, Rn. 342.

<sup>163</sup> Vgl. nur die Darstellung bei *Boré*, Pourvoi en cassation, welcher die einzelnen cas d'ouverture à cassation auf über 200 Rn. ausdifferenziert.

<sup>164</sup> Civ. 1<sup>re</sup> v. 16.03.1971, Bull. civ. I, no. 88; Com. v. 10.03.1976, Bull. civ. IV, no. 95, Civ. 1<sup>re</sup> v. 04.02.1976, Bull. civ. I, no. 53; s. ferner *Jobard-Bachellier/Bachellier*, La technique de cassation, S. 117 (fausse interprétation de la loi, fausse qualification des faits, fausse application ou refus d'application de la loi).

<sup>165</sup> Civ. 1<sup>re</sup> v. 16.12.1953, D. 1954, 145.

<sup>166</sup> Vgl. Cass. ch. mixte v. 24.05.1975, no. 73-13.556, Bull. ch. mixte no. 4. Ausnahmen gelten bei von Amts wegen zu berücksichtigenden Zuständigkeitsbestimmungen (vgl. Art. 76 f. C. P. C.); Details bei *Boré*, Pouvoir en cassation, Rn. 350 ff. mwN. Vgl. zum deutschen Recht dagegen § 545 Abs. 2 ZPO.

<sup>167</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 74.11 ff.

<sup>168</sup> Einzelheiten bei *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1427.

<sup>169</sup> Civ. 2<sup>e</sup> v. 24.11.1965, Bull. civ. II, no. 921; weiterführend *Boré*, Pourvoi en cassation, Rn. 366.

<sup>170</sup> Näher *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 77.11 mwN.

scheidungsgründe vollständig fehlen,<sup>171</sup> als auch denjenigen, dass eine den Tenor tragende Rechtsgrundlage fehlt, weil dem Kassationshof dann die Möglichkeit genommen wird, die angegriffene Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.<sup>172</sup> Gleiches gilt, wenn die genannten Gründe in sich widersprüchlich sind.<sup>173</sup>

Bis heute etwas unscharfe Konturen weist dagegen der Kassationseröffnungsgrund des *excès de pouvoir* auf.<sup>174</sup> Aufgrund des Misstrauens gegenüber der Richterschaft des Ancien Régime und der Befürchtung, diese könnten das nachrevolutionäre Recht missachten,<sup>175</sup> führt jede Überschreitung richterlicher Befugnisse zur Aufhebung der Entscheidung, sofern der erkennende Richter z. B. über den Streitgegenstand hinaus (*ne eat iudex ultra petita partium*)<sup>176</sup> oder gegen eine nicht ordnungsgemäß am Verfahren beteiligte Person entschieden hat.<sup>177</sup> Zudem werden die – praktisch kaum relevanten – Fälle der Justizverweigerung (*déni de justice*) erfasst.<sup>178</sup>

Eine weitere Besonderheit des französischen Kassationsrechts, welche die Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtsanwendungsgleichheit prominent hervorhebt, stellt schließlich der Kassationseröffnungsgrund der *contrariété de jugements* dar: Wurden in derselben Sache von einem oder mehreren Gerichten widersprechende Urteile erlassen, kann dagegen Kassationsbeschwerde erhoben werden, sofern dieser Umstand in den Vorinstanzen einredeweise geltend gemacht wurde.<sup>179</sup> Kassationsgrund ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der *res iudicata* (*violation de l'autorité de chose jugée*), der zur Aufhebung der zeitlich letzten Entscheidung führt (vgl. Art. 617 Abs. 2 C. P. C.). Darüber hinaus kann gem. Art. 618 C. P. C. gegen zwei konfligierende Entscheidungen,<sup>180</sup> selbst wenn sie nicht in letzter In-

<sup>171</sup> Civ. 1<sup>re</sup> v. 16.05.1960, Bull. civ. I, no. 261; Civ. 2<sup>e</sup> v. 26.10.1966, Bull. civ. II, no. 870; Com. v. 05.12.1967, Bull. civ. III, no. 399.

<sup>172</sup> Civ. v. 24.07.1946, JCP 1946 II 3301, note *Becqué*; Civ. 1<sup>re</sup> v. 11.02.1981, no. 79-14.236, D. 1981 IR 370, obs. *Julien*. Im Detail können sich hier schwierige Abgrenzungsprobleme ergeben, da das Fehlen von Entscheidungsgründen als Formfehler, die fehlende Angabe der Rechtsgrundlage – im Sinne einer unzureichenden Begründung – als materieller Fehler gewertet werden (vgl. z. B. Civ. 1<sup>re</sup> v. 22.01.2020, no. 18-21.155; Civ. 1<sup>re</sup> v. 27.11.2019, no. 18-16.537).

<sup>173</sup> Cass. ch. mixte v. 21.06.1974, Bull. ch. mixte no. 2; Civ. 2<sup>e</sup> v. 19.11.1986, JCP 1987 IV 35. Zur Aufhebung führt dies indes nur, wenn dadurch das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst wurde (vgl. Soc. v. 21.07.1986, JCP 1986 IV 294).

<sup>174</sup> Zum Begriff Cass. req. v. 05.07.1875, DP 1875, 475; vgl. zum Eingreifen des *procureur général* noch sub § 9.IV.2. S. ferner die empirische Studie bei *Sommer*, *L'excès de pouvoir du juge dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1999–2010 – Étude empirique*, in: *Cadiet/Loriferne* (Hrsg.), *La réforme de la procédure d'appel*, S. 108 ff.; *Boré/Boré*, *La cassation en matière civile*, Rn. 73.31 ff.

<sup>175</sup> S. o. bereits sub § 9.I.2.

<sup>176</sup> Civ. 1<sup>re</sup> v. 02.10.1979, Bull. civ. I, no. 231; Civ. 3<sup>e</sup> v. 13.03.1969, Bull. civ. III, no. 230; Civ. 1<sup>re</sup> v. 15.01.1980, Bull. civ. I, no. 25 – die genaue Einordnung ist auch hier umstritten.

<sup>177</sup> Com. v. 23.11.1955, JCP 1956 II 9159; Details bei *Boré*, *Pouvoir en cassation*, Rn. 353 ff.

<sup>178</sup> Civ. 3<sup>e</sup> v. 16.04.1970, D. 1970. 474, note *Contamine-Raynaud*.

<sup>179</sup> Soc. v. 12.02.1985, no. 84-60.857 P.

<sup>180</sup> Beispiele: Civ. 2<sup>e</sup> v. 16.05.2019, no. 18-16.797; Com. v. 24.11.2015, no. 14-23.942; Com. v. 26.01.2016, no. 14-17.672; Einzelheiten bei *Boré/Boré*, *La cassation en matière civile*, Rn. 75.11 ff.

stanz ergangen sind und gegen sie kein ordentlicher Rechtsbehelf mehr möglich ist, Kassationsbeschwerde eingelegt werden (und dies selbst für den Fall, dass gegen eine der Entscheidungen bereits erfolglos eine Kassationsbeschwerde eingelegt wurde). Im Rahmen von Art. 618 C. P. C. muss dabei keine strenge Identität des Streitgegenstands – insbesondere keine Parteiidentität<sup>181</sup> – vorliegen,<sup>182</sup> Unvereinbarkeit der Entscheidungen liegt schon vor, wenn sich die Vollstreckung beider als unmöglich erweist.<sup>183</sup> Die Kassationsbeschwerde richtet sich in diesem Fall gegen beide Entscheidungen, wobei die Cour de Cassation eine oder ggf. auch beide Entscheidungen aufheben kann.<sup>184</sup>

Kassationseröffnungsgrund ist schließlich der Entfall der Rechtsgrundlage (*perte de fondement juridique*): Sofern die gesetzliche Bestimmung, die das Ergebnis der angegriffenen (noch nicht rechtskräftigen) Entscheidung trägt, aufgrund einer Gesetzesnovelle, die auf den vor dem Kassationshof anhängigen Fall anwendbar ist, entfällt, kann dies im Rahmen eines *pourvoi en cassation* geltend gemacht werden, weil die Entscheidung auch insoweit nicht (mehr) rechtskonform ergangen ist.<sup>185</sup>

### 3. Verfahrensgang

#### a) Grundsatz

Zur Entscheidung in Zivilsachen sind die fünf Zivilkammern (*chambre commerciale/sociale* eingeschlossen) berufen, die entweder als *formation plénière*, *formation de section* oder *formation restreinte* (Art. R421–3 Abs. 1, 3 C. O. J.) verhandeln.<sup>186</sup> Seit dem Jahr 2020<sup>187</sup> arbeitet der Kassationshof dabei mit drei internen Arbeitsabläufen (*circuits*): der *circuit court* für einfache Entscheidungen, der *circuit approfondi* für solche, die neue oder wiederkehrende Rechtsfragen aufwerfen, sowie der *circuit intermédiaire* für alle übrigen.<sup>188</sup> Der Verfahrensgang erfolgt überwiegend schriftlich: Nach Einreichung der Schriftsätze durch die Parteien schließt sich zunächst ein Vorverfahren durch eine reduzierte Kammer aus drei Richtern (*formation restreinte*) an, welche die Kassationsbeschwerde zurückweisen kann,

<sup>181</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 75.33.

<sup>182</sup> Civ. 3<sup>e</sup> v. 06.01.1982, Bull. civ. III, no. 3; Gaz. Pal. 1982 II 388, note *Viatte*; Civ. 2<sup>e</sup> v. 23.01.1991, no. 89-18.023 P.

<sup>183</sup> Einzelheiten bei *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1430 sub b).

<sup>184</sup> Civ. 2<sup>e</sup> v. 22.01.2004, no. 01-11.665 P, D. 2004. Somm. 1202, obs. *Julien*; Com. v. 12.01.1988, Bull. civ. V, no. 10; Civ. 1<sup>re</sup> v. 11.01.1986, Bull. civ. I, no. 19; Com. v. 05.03.1991, no. 89-20.255 P.

<sup>185</sup> Soc. v. 21.11.1963, Bull. civ. IV, no. 820; Civ. 2<sup>e</sup> v. 28.02.1974, Bull. civ. II, no. 82; Civ. 2<sup>e</sup> v. 02.10.1985, Bull. civ. II, no. 144; weitere Details bei *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 413 ff. Vgl. dagegen zur Rechtslage im deutschen Revisionsverfahren MünchKommZPO/*Krüger* § 545 Rn. 9 mwN.

<sup>186</sup> Zu den Einzelheiten der Zusammensetzung vgl. Art. R421–4–1, R421–4–2, R421–4–3 C. O. J.

<sup>187</sup> Vgl. Gaz. Pal. v. 21.07.2020, no. 27, S. 77, sowie den Rapport du groupe de travail ‚Méthodes de travail‘ und die Présentation des Parcours différenciés [beide <https://www.courdecassation.fr/>, 21.08.2023] von *Loïc Caidet* und *Cécile Chainais*.

<sup>188</sup> Dazu wird in jeder Zivilkammer ein Entscheidungsgremium gebildet, das über die Zuordnung zu einem *circuit* entscheidet, vgl. Rapport du groupe de travail ‚Méthodes de travail‘ (o. Fn. 187), S. 7, mit weiteren Einzelheiten.

wenn diese unzulässig ist<sup>189</sup> oder kein Kassationsgrund dargelegt wurde, andererseits aber auch in der Sache entscheiden kann, sofern das Ergebnis eindeutig ist.<sup>190</sup>

In der Rechtspraxis ist die Entscheidung durch die *formation restreinte* zum Regelfall geworden; knapp 95 % der Kassationsbeschwerden werden auf diesem Wege ohne mündliche Verhandlung erledigt.<sup>191</sup> Die Beliebtheit des Verfahrens erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass offensichtlich erfolglose Rechtsbehelfe (auch teilweise) durch begründungslosen Beschluss zurückgewiesen werden können (*rejet non spécialement motivé*, vgl. Art. 1014 C. P. C.).<sup>192</sup> Diese vom EGMR gebilligte<sup>193</sup> Vorgehensweise hat sich als effektives Instrument zu Verringerung der Verfahrensbelastung des Kassationshofs erwiesen:<sup>194</sup> 2022 wurden etwa 47 % der inhaltlich verbeschiedenen Kassationsverfahren auf diese Weise beendet.<sup>195</sup> Die französische Diskussion legt jedoch Wert auf die Feststellung, dass der freie Zugang zur Cour de Cassation damit nicht versperrt wird, weil es sich um kein Zulassungs-/Filterverfahren handelt.<sup>196</sup> Den Richtern kommt kein Annahmehermessen bei der Entscheidung zu; auf der Grundlage eines Votums des Berichterstatters prüft die Kammer – der deutschen Nichtzulassungsbeschwerde nicht unähnlich – alle Rügen des Rechtsmittelführers.

Ergeht keine Entscheidung durch die *formation restreinte* – weil dem Verfahren etwa eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung zukommt oder die Erfolgsaussichten des *pourvoi* überwiegen bzw. offen sind – erfolgt eine Verweisung an die *formation de section* als reguläre Kammer (Art. L431-1 Abs. 2 C. O. J.). Dort wird in der Regel aufgrund einer mündlichen Verhandlung entschieden (vgl. Art. 1017 C. P. C.).<sup>197</sup>

<sup>189</sup> Näher *Vigneau* D. 2010, 105; *Berdah* D. 2010, 1426. Art. 1009-1 C. P. C. ermöglicht zudem die Streichung der Kassationsbeschwerde (*radier une affaire du rôle*) durch den Premier président, was immer wieder zu Konflikten mit Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt hat (näher *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1812 sub a); *Guinchard et al.*, Droit processual, Rn. 447 mwN).

<sup>190</sup> Vgl. Art. L431-1 C. O. J., Art. 1014 C. P. C. Eine erste Möglichkeit zur vereinfachten Zurückweisung wurde bereits 1979 (loi no. 79-9 v. 03.01.1979) geschaffen (Einzelheiten bei *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1417).

<sup>191</sup> Vgl. Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 (o. Fn. 120), S. 248: Im Jahr 2022 entschied die *formation de section* in nur 6,8 %, die *formation restreinte* in 93 % und die *formation plénière* in 0,2 % der Fälle.

<sup>192</sup> Vor dem décret no. 2014-1338 v. 06.11.2014 wurde von einem „*pourvoi non admis/non-admission du pourvoi*“ gesprochen, was dem Verfahren – zu Unrecht – den Charakter eines Zulassungsverfahrens gab. Umfassend, auch zur Kritik aus der Rechtswissenschaft: *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 23.44; *Boré*, Pourvoi en cassation, Rn. 856.

<sup>193</sup> Das Verfahren verstößt nicht gegen Art. 6 EMRK: EGMR, Urt. v. 10.07.2008 – no. 15948/03 (*Soulas and others v. France*); Urt. v. 21.03.2006 – no. 39765/04 (*Sale v. France*).

<sup>194</sup> Näher *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1812 sub b).

<sup>195</sup> Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 (o. Fn. 100), S. 235, 248 (bezogen auf die unterschiedenen Verfahren [ohne Rücknahmen, Verwerfungen usw.]).

<sup>196</sup> Vgl. zur Diskussion *Ferrand*, La juridiction judiciaire suprême en droit comparé: mission, filtrage, intensité du contrôle, in: Drago/Fauvarque-Cosson/Goré (Hrsg.), L'accès au juge de cassation, S. 147.

<sup>197</sup> Eine Fortführung vor der *formation plénière de chambre* erfolgt nur in Ausnahmefällen (z. B. Rechtsprechungsänderung der Kammer).

b) *Chambre mixte* und *Assemblée plénière*

Mit Blick auf die rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Funktion der Cour de Cassation treten zudem zwei weitere Kammern besonders hervor: die *Chambre mixte* und die *Assemblée plénière*.<sup>198</sup> Die den Großen Senaten am BGH<sup>199</sup> annähernd vergleichbare *Chambre mixte* – welche aus Vertretern von mindestens drei Kammern besteht (vgl. Art. L421-4 Abs. 1 C. O. J.) – muss sich mit einem Verfahren befassen, wenn in der zur Entscheidung berufenen Kammer Stimmgleichgewicht herrscht (vgl. Art. L431-5 S. 2 C. O. J.) oder wenn der Generalanwalt dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung beantragt hat (Art. L431-7 Abs. 2 C. O. J.). Sie kann zur präsumtiven Vermeidung von Rechtsprechungsdivergenzen zudem mit der Entscheidungsfindung betraut werden, wenn ein Verfahren in den Zuständigkeitsbereich mehrerer Kammern fällt oder die Gefahr einer divergierenden Rechtspraxis besteht (Art. L431-5 S. 1 C. O. J.).<sup>200</sup>

Die neunzehnköpfige *Assemblée plénière*<sup>201</sup> als ranghöchstes Entscheidungsorgan des Kassationshofs ist – den Vereinigten Großen Senaten gem. § 132 Abs. 1 S. 2 GVG entfernt vergleichbar – zwingend zuständig, sofern sich das Ausgangsgericht nach einem ersten Kassationsverfahren der Entscheidung der Cour de Cassation widersetzt (sog. *rébellion*, vgl. Art. L431-6 C. O. J.).<sup>202</sup> Zudem ist eine fakultative Befassung der Vollversammlung bei bedeutsamen Grundsatzfragen und Rechtsprechungsdivergenzen („une question de principe, notamment s’il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation“)<sup>203</sup> möglich. Beide Verfahren werden selten genutzt (2022: vier arrêts der *Assemblée plénière*, zwei arrêts der *formation mixte*).<sup>204</sup>

<sup>198</sup> Ausführlich *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 22.21 ff.

<sup>199</sup> Dazu schon sub § 5. I. 3. b).

<sup>200</sup> Umfassend zur *Chambre mixte*: *Jobard-Bachellier/Bachellier*, La technique de cassation S. 15 f.; *Perdriau* JCP 1994 I 3798. S. ferner *Boré/Boré*, Cour de Cassation, Rn. 161 („La chambre mixte apparaît donc principalement comme un instrument de régulation intérieure de la jurisprudence des diverses chambres de la Cour, destinée à éviter la naissance entre elles de doctrines divergentes.“). Über Art. 1015-1 Abs. 1 C. P. C. kann eine Kammer eine andere zudem zu einer rechtlichen Stellungnahme zu einem „point de droit qui relève de la compétence de celle-ci“ auffordern.

<sup>201</sup> Zur Zusammensetzung vgl. Art. L421-5 C. O. J.

<sup>202</sup> Dazu noch sub § 9. V. 1. Korrelierend dazu gibt es auch in der französischen Berufungsinstanz verstärkte Kammern: An einer Cour d’Appel tritt grundsätzlich eine Kammer aus drei Richtern zusammen (*audience ordinaire/formation collégiale*, vgl. Art. L312-1 f. und R312-7 C. O. J.). Zusätzlich existiert jedoch auch die *audience solennelle*, die aus dem Präsidenten der jeweiligen Cour d’Appel und aus vier Beisitzern aus zwei verschiedenen Kammern besteht (Art. L312-2 Abs. 2 und R312-9 Abs. 1 C. O. J.). Insbesondere wenn das Urteil nach einem *pourvoi en cassation* aufgehoben wurde, wird das Verfahren vor der *audience solennelle* fortgeführt (vgl. Art. R312-9 Abs. 1 C. O. J.). Umfassend hierzu *Bierschenke*, Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren, S. 24.

<sup>203</sup> Art. L431-6 C. O. J.

<sup>204</sup> Vgl. den Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 (o. Fn. 120), S. 97 ff., sowie 235 ff.

## c) Die Funktion des Procureur général près la Cour de cassation

Die historisch verwurzelte Funktion des Kassationshofs zur Sicherung der objektiven Rechtsordnung und der einheitlichen Rechtsanwendung manifestiert sich weiterhin in der Mitwirkung des Generalanwalts in Zivilsachen.<sup>205</sup> Bereits das Gründungsgesetz des Kassationshofs<sup>206</sup> sah einen „commissaire du Roi auprès du Tribunal“ vor. Wenngleich strukturell der Judikative zugeordnet, werden die Mitglieder der Generalanwaltschaft (Parquet général) von der Exekutive ernannt.<sup>207</sup> Vorstand des *Parquet général* ist der *Procureur général*, der über einen eigenständigen Verwaltungsapparat aus Generalanwälten verfügt,<sup>208</sup> wobei diese vor der ihnen zugewiesenen Kammer weitgehend unabhängig agieren, aber einer umfassenden Weisungs- und Ersetzungsbefugnis des *Procureur général* unterliegen.<sup>209</sup>

Die Generalanwaltschaft nimmt zu den Erfolgsaussichten einer Kassationsbeschwerde Stellung und soll dabei durch einen zweiten Blick (*double regard*) gewährleisten, dass kein rechtlicher Aspekt bei der Entscheidung übersehen wird.<sup>210</sup> Dabei tragen die Generalanwälte entscheidend zur Rechtsfortbildung bei<sup>211</sup> und unterrichten das Gericht über die soziale und wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens.<sup>212</sup> Ihnen kommt durch die vorerwähnten Verweisungsbefugnisse an die *Chambre mixte* und die *Assemblée plénière* zudem eine besondere Bedeutung bei der Herstellung der Rechtsprechungseinheit innerhalb des Kassationshofs und zwischen den Instanzen zu.<sup>213</sup> Nach der gesetzlichen Grundkonzeption soll der *Procureur général* dabei in jedem Zivilverfahren eine Stellungnahme abgeben.<sup>214</sup> Angesichts der hohen Zahl an Kassationsbeschwerden ist dies jedoch nicht mög-

<sup>205</sup> Ausführlich *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 12.11 ff.

<sup>206</sup> Art. 23 Décret d'ensemble sur l'organisation du tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790.

<sup>207</sup> Art. 38 Ordonnance no. 58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature v. 22.12.1958.

<sup>208</sup> Art. R432-1 C. O. J. („Les fonctions du ministère public sont confiées au procureur général. Les premiers avocats généraux, les avocats généraux et les avocats généraux référendaires participent à l'exercice de ces fonctions sous la direction du procureur general.“). Derzeit verfügt die Cour de Cassation über einen Procureur général, sieben Premiers avocats généraux, 43 Avocats généraux und sieben Avocats généraux référendaires (näher *Ferrand* 80 RabelsZ 2016, 288, 290).

<sup>209</sup> Einzelheiten bei *Ferrand* 80 RabelsZ 2016, 288, 291 f. mwN, sowie Art. L432-3 C. O. J. Vor der Chambre mixte und der Assemblée plénière tritt in der Regel der Procureur général selbst auf (Art. L432-1 Abs. 1 C. O. J.).

<sup>210</sup> *Ferrand* 80 RabelsZ 2016, 288, 291: Dies geschieht entweder in Form einer schriftlichen Eingabe oder einer Äußerung während der Verhandlung.

<sup>211</sup> Beispiele sind etwa Civ. v. 17.05.1927, „Pelissier du Besset“, DP 1928.1.25; Cass. ch. mixte v. 24.05.1975, no. 73-13.556, Bull. ch. mixte no. 4. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Schlussanträge meist nur in von der Chambre mixte und der Assemblée plénière entschiedenen Kassationsbeschwerden veröffentlicht werden, vgl. *Ferrand* 80 RabelsZ 2016, 288, 299.

<sup>212</sup> Art. L432-1 Abs. 3, Art. L431-3-1 C. O. J. ermöglicht zudem die Hinzuziehung von *amici curiae*.

<sup>213</sup> Näher *Ferrand* 80 RabelsZ 2016, 288, 290, 294.

<sup>214</sup> Vgl. Art. 1019 C. P. C.

lich – das Verhältnis zwischen Richtern und Generalanwälten liegt bei etwa 6:1<sup>215</sup> –, weshalb sich ihre Mitwirkung auf die komplexen und rechtsgrundsätzlichen Verfahren beschränkt.<sup>216</sup>

#### IV. Die Kassationsbeschwerde im öffentlichen Interesse

Ein weiteres, die objektiv-rechtliche Funktion des französischen Rechtsmittelrechts noch immer prägendes Charakteristikum ist die Kassationsbeschwerde im öffentlichen Interesse. Die schon in Art. 23, 25 *Décret d'ensemble sur l'organisation du tribunal de cassation* (1790) und in Art. 80, 88 *loi du 27 ventôse an VIII sur l'Organisation des Tribunaux* (1800) vorgesehene Möglichkeit einer objektiv-rechtlichen Sicherung der Rechtsanwendungsgleichheit ist in zwei Ausprägungen bis heute erhalten geblieben.<sup>217</sup>

##### 1. Die Kassationsbeschwerde „dans l'intérêt de la loi“

Die Generalanwaltschaft hat die Befugnis, eine prozessual oder materiellrechtlich fehlerhafte Entscheidung (*une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder*), gegen die keine der Parteien fristgerecht einen Rechtsbehelf eingelegt hat oder die bereits vollstreckt ist, durch eine Kassationsbeschwerde im Interesse des Rechts vor die Cour de Cassation zu bringen.<sup>218</sup> Historisch ist das Verfahren auf den *Commissaire du Roi* zurückzuführen, der das Tribunal de Cassation bei einer Gesetzesverletzung anrufen konnte, auch wenn er am Verfahren nicht beteiligt war.<sup>219</sup> Vor dem Hintergrund von Art. 6 EMRK und dem nicht unerheblichen Eingriff in den Grundsatz der *res iudicata* kann die Generalanwaltschaft seit 2014 indes nicht mehr unbeschränkt rückwirkend in ein Verfahren eingreifen, sondern muss innerhalb von fünf Jahren tätig werden, nachdem die Rechtsmittelfrist für die Parteien abgelaufen oder die Entscheidung vollstreckt worden ist.<sup>220</sup> Der Kassationsbeschwerde im Interesse des Rechts fehlt dabei ein kontradiktorisches Element: Gem. Art. 639-1 Abs. 1 C. P. C. wird das Verfahren durch einen begründeten Antrag des Generalanwalts – nach seinem pflichtgemäßen Ermessen<sup>221</sup> – initiiert und durch die jeweilige Zivilkammer entschieden; die Parteien

<sup>215</sup> Ferrand 80 *RabelsZ* 2016, 288, 305.

<sup>216</sup> Einzelheiten bei Ferrand 80 *RabelsZ* 2016, 288, 294 f., 306: Ein Schlussantrag in Zivilsachen wird nur in etwa 20 % der eingegangenen Verfahren gestellt. Zur Verfahrenseffektivierung hat der Procureur général zudem mit der Rechtsanwaltskammer bei der Cour de cassation eine Vereinbarung getroffen, wonach die Anwälte beim Kassationshof den Generalanwalt auf ein Verfahren aufmerksam machen, welches eine besondere rechtliche Bedeutung hat.

<sup>217</sup> Einzelheiten bei Ferrand, *Cassation française et révision allemande*, Rn. 36 f.

<sup>218</sup> Art. 17 *loi n° 67–523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation*.

<sup>219</sup> Einzelheiten bei Ferrand 80 *RabelsZ* 2016, 288 f.

<sup>220</sup> Art. 639-1 Abs. 1 C. P. C.

<sup>221</sup> Die Entscheidung des Generalanwalts kann nicht vor den Verwaltungsgerichten überprüft werden, vgl. CE v. 11.07.1992, no. 111119, D. 1992. Somm. 122, obs. Julien.

des Ausgangsverfahrens sind dabei zu hören (vgl. Art. 639-1 Abs. 5 C. P. C.). Die Rechtsmittelentscheidung ist jedoch ‚platonisch‘ und hat keine Wirkung für die Beteiligten oder das Prozessrechtsverhältnis („*censure platonique*“).<sup>222</sup>

Obwohl das Verfahren in der Praxis nur sehr selten genutzt wird – nicht zuletzt aufgrund mangelnder personeller Ressourcen des *Parquet général*<sup>223</sup> –, zeigt sich darin paradigmatisch der am öffentlichen Interesse ausgelegte Prozesszweck des Kassationsrekurses, der etwa im Familienrecht zum Einsatz kommt:<sup>224</sup> Eine fehlerhafte Entscheidung soll auch dann korrigiert werden, wenn die Parteien kein Interesse daran haben, weil das Allgemeininteresse (*intérêt général*) eine Korrektur erfordert, um die objektive Rechtsordnung zu schützen und eine negative Vorbildwirkung des Judikats zu verhindern. Nach *Tarbé* hat das Verfahren zudem einen stark disziplinierenden Charakter für die unteren Instanzen („*leçon pour l'inexpérience des tribunaux*“).<sup>225</sup>

## 2. Die Kassationsbeschwerde „*pour excès de pouvoir*“

Eng verwandt mit der Kassationsbeschwerde im Interesse des Rechts sind die Eingriffsbefugnisse der Generalanwaltschaft bei einer richterlichen Befugnisüberschreitung. Als historischer Annex zur Kontrolle der Richterschaft, welche im Ancien Régime oftmals *ultra vires* handelte,<sup>226</sup> muss die Generalanwaltschaft auf Anweisung des Justizministers Kassationsbeschwerde „*pour excès de pouvoir*“ in Fällen richterlicher Kompetenzanmaßung einlegen.<sup>227</sup> Dementsprechend ist auch der Impetus des Verfahrens different vom Kassationsrekurs im Interesse des Rechts: Nicht die Einheit der Rechtsordnung, sondern die Sicherung der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Disziplinierung der Richterschaft bei (schweren) rechtsstaatlichen Verstößen durch Eingriffe in die Legislative oder Exekutive steht im Vordergrund.<sup>228</sup> Folglich muss es sich bei der zur Überprüfung gestellten Entscheidung auch nicht um ein letztinstanzliches Urteil handeln; die Kassationsbeschwerde kann jedes richterliche Handeln betreffen.<sup>229</sup> Im Gegensatz zur Kassationsbeschwerde im Interesse des Rechts handelt es sich zudem um ein kontra-

<sup>222</sup> Vgl. Art. 639-2 C. P. C. („Le jugement attaqué conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés.“); s. ferner Art. 17 Abs. 2 loi no. 67–523 v. 03.07.1967.

<sup>223</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 141.05.

<sup>224</sup> Vgl. Cass. ass. plén. v. 31.05.1991, no. 90-20.105, D. 1991, 417 rapp. *Chartie*; Civ. 1<sup>re</sup> v. 18.03.2020, no. 19-50.031; Civ. 1<sup>re</sup> v. 10.10.2006, no. 06-15.264, Bull. civ. I, no. 431; Civ. 1<sup>re</sup> v. 02.10.2001, no. 01-03.779.

<sup>225</sup> *Tarbé*, Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation, S. 37.

<sup>226</sup> Vgl. oben sub § 9. I. 1. und 2.

<sup>227</sup> Art. 18 Abs. 1 loi no. 67–523 v. 03.07.1967 („Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut, en matière civile, prescrire au procureur général de déférer à la chambre compétente de la Cour de cassation les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs.“); vgl. zudem zum sog. *pourvoi restauré*: *Marlange*, Le pourvoi-nullité. Note de jurisprudence, in: Justice et cassation, Rev. des avocats aux conseils, S. 237.

<sup>228</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 142.04.

<sup>229</sup> Einzelheiten bei *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1420 sub b).

diktorisches Verfahren unter Beteiligung der Parteien des Ausgangsverfahrens,<sup>230</sup> wobei die Aufhebung stets zu einer Rechtsänderung erga omnes führt.<sup>231</sup> Vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist die Frist zur Einlegung auf fünf Jahre ab Entscheidungserlass limitiert.<sup>232</sup>

Aus heutiger Perspektive kann der – praktisch kaum genutzte – Kassationsrekurs wegen richterlicher Kompetenzüberschreitung nur mit Blick auf seine historischen Wurzeln begreifbar gemacht werden: Das Misstrauen gegenüber den Richtern des Ancien Régime war bei Gründung des Tribunal de Cassation derart stark, dass eine unter Überschreitung richterlicher Kompetenzen ergangene Entscheidung in jedem Fall zu korrigieren und dabei – anders als bei einer nur fehlerhaften Entscheidung – nicht nur hinsichtlich ihrer Existenz, sondern auch ihrer Rechtswirkungen zu vernichten war. Dieses Grundanliegen zur Sicherung der objektiven Rechtsordnung hat sich im geltenden Kassationsrecht erhalten und durchbricht insoweit auch den Grundsatz der *res iudicata*.

## V. Verfahrensbeendigung

Die Entscheidung des Kassationshofs zielt vorrangig auf die Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit und die damit einhergehende Rechtsanwendungsgleichheit im Verfahren ab, was der historischen Stellung des Kassationshofs zur Supervision unterinstanzlicher Gerichte entspricht.<sup>233</sup> Da die Cour de Cassation kein Prozessgericht (*juge du fond*) ist, kann sie den *pourvoi en cassation* grundsätzlich nur zurückweisen (*rejet*) oder das Urteil aufheben (*casser et annuler*) und das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverweisen (*renvoi*). Ein *arrêt de rejet* erfolgt, sofern ein die Entscheidung tragender Rechtsfehler nicht gegeben ist; das angegriffene Urteil wird rechtskräftig (Art. 621 Abs. 1 C. P. C.). Dabei kann die Cour de cassation auch eine fehlerhafte durch eine richtige Begründung aus Gründen der Prozessökonomie ersetzen, wenn das Rechtsmittel im Ergebnis keinen Erfolg hat.<sup>234</sup>

### 1. Cassation totale ou partielle

Im Erfolgsfall stellt die Cour de Cassation die „non-conformité du jugement [...] aux règles de droit“ (Art. 604 C. P. C.) fest und hebt die angegriffene Entscheidung

<sup>230</sup> Für Einzelheiten vgl. Art. 18 Abs. 1 loi no. 67–523 v. 03.07.1967 und Art. 639-3 Abs. 3 C. P. C.

<sup>231</sup> Vgl. Art. 639-3 Abs. 5 C. P. C. („L’annulation pour excès de pouvoir vaut à l’égard de tous.“).

<sup>232</sup> Art. 639 Abs. 2 C. P. C.; näher zur Diskussion *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1420 sub b).

<sup>233</sup> Dazu schon sub § 9. I. 2.

<sup>234</sup> Näher *Jobard-Bachellier/Bachellier*, La technique de cassation, S. 28 ff.; *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, Procédure civile, Rn. 1819, sowie Art. 620 Abs. 1 C. P. C.

auf. Die Rechtsmittelentscheidung ist daher kassatorisch, womit der angefochtenen Entscheidung jede Rechtswirkung genommen wird.<sup>235</sup> Eine Aufhebung erfolgt in knapp einem Drittel der in der Sache entschiedenen Verfahren,<sup>236</sup> wobei auch eine *cassation partielle* möglich ist, sofern nur ein abtrennbarer Streitgegenstand vom Rechtsfehler betroffen ist.<sup>237</sup> Im Umfang der Kassation werden die Parteien in den Status quo ante versetzt: Beim Regelfall einer *cassation avec renvoi* erfolgt eine Zurückverweisung an ein anderes, gleichgeordnetes Gericht oder an dasselbe Gericht in einer anderen Besetzung, welches erneut über das Verfahren entscheiden muss.<sup>238</sup> Anders als im Revisionsverfahren (vgl. § 563 Abs. 2 ZPO) ist die Kassationsentscheidung für das Ausgangsgericht jedoch nicht bindend.<sup>239</sup> Nur sofern gegen die zweite Entscheidung des Ausgangsgerichts (*cour de renvoi*) erneut Kassationsbeschwerde mit der gleichen Begründung eingelegt wird, entscheidet die *Assemblée plénière*, deren Urteil das Untergericht hinsichtlich der tragenden Gründe bindet (Art. L431-4 Abs. 2 C. O. J.).<sup>240</sup>

## 2. Cassation sans renvoi

Bereits in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat sich der Gedanke eines Kassationshofs als *Cour régulatrice* über die nachgeordneten Gerichte ohne eigene Sachentscheidungskompetenz jedoch erheblich abgeschwächt. Art. L411-3 Abs. 2 C. O. J. ermöglichte es der Cour de Cassation bis zum Jahr 2016, eine eigene Sachentscheidung zu treffen, sofern der im Ausgangsverfahren festgestellte Sachverhalt rechtsfehlerfrei ermittelt wurde und dem Gericht die Gesetzesanwendung damit selbst möglich ist.<sup>241</sup> Durch eine Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2016<sup>242</sup> wurde diese Möglichkeit noch einmal erheblich erweitert, um der Effizienz des Kassationsver-

<sup>235</sup> Com. v. 07.02.1962, Bull. civ. IV, no. 82.

<sup>236</sup> Näher Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 (o. Fn. 120), S. 235.

<sup>237</sup> Vgl. Art. 623 S. 2 C. P. C. Der Umfang der Aufhebung ergibt sich dabei aus dem Tenor des Kassationsurteils, vgl. Art. 624 C. P. C.

<sup>238</sup> Vgl. Art. L431-4 C. O. J., Art. 626 C. P. C. Bisherige Vollstreckungsmaßnahmen auf der Grundlage des Berufungsurteils sind aufzuheben, vgl. *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 920ff. mwN. Zum weiteren Verfahren vor dem Ausgangsgericht vgl. *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, *Procédure civile*, Rn. 1826ff. mwN.

<sup>239</sup> Civ. 3<sup>e</sup> v. 03.05.1978, Bull. civ. III, no. 184; Com. v. 16.02.1988, *Gaz. Pal.* 1988, 2. Somm. 491, obs. *Croze et Morel*; Civ. 2<sup>e</sup> v. 03.02.2000, no. 98-13.718 P.

<sup>240</sup> Vgl. oben sub § 9. III. 3. b). Zum Verfahren vor der Vollversammlung vgl. *Boré*, *Pourvoi en cassation*, Rn. 1007ff. Es steht dem Gericht aber frei, hinsichtlich der tatrichterlichen Würdigung zu einem anderen Ergebnis zu kommen oder in einem gleich gelagerten Fall abweichend zu entscheiden (näher *Chainais/Ferrand/Mayer/Guinchard*, *Procédure civile*, Rn. 1830 mwN).

<sup>241</sup> Vgl. Art. L411-3 Abs. 2 C. O. J. aF („La cour peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.“). Anwendungsfälle sind etwa die Abweisung einer Klage als unzulässig, vgl. Soc. v. 14.10.1981, Bull. civ. V, no. 781; Crim. v. 25.06.1979, Bull. crim. no. 222, D. 1980, 153, note *Jeandidier*.

<sup>242</sup> Art. 38 loi no. 2016-1547 v. 18.11.2016; umfassend zur Novelle *Ferrand* JCP G 2017, 400; zuvor schon *dies.*, *Cassation française et révision allemande*, Rn. 282ff. (zum alten Recht).

fahrens stärker Rechnung zu tragen: Bei einer *cassation sans renvoi*<sup>243</sup> (vgl. Art. L411-3 Abs. 1 C. O. J., Art. 627 C. P. C.) kann der Kassationshof nunmehr nach seinem Ermessen<sup>244</sup> eine Sachentscheidung ohne Rückverweisung treffen, sofern dies im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtsanwendung („l'intérêt d'une bonne administration de la justice“) gerechtfertigt ist.

Damit ist eine bedeutsame Hinwendung der Cour de Cassation von einer Rechtskontrollinstanz über die nachgeordneten Gerichte (als *juge du juge*) zu einem Prozessgericht (als *juge du fond*)<sup>245</sup> und eine Entfernung von ihren historischen Wurzeln verbunden, weil der Gerichtshof nunmehr in gewissem Umfang durch Erlass einer reformatorischen Entscheidung als dritte (ordentliche) Instanz („troisième degré de pleine juridiction“) fungiert.<sup>246</sup> Derzeit erfolgt in ca. 10 % der Verfahren eine *cassation sans renvoi*,<sup>247</sup> was in etwa der Quote am BGH entspricht (vgl. §563 Abs. 3 ZPO).<sup>248</sup>

## VI. Begründungsstil

### 1. Grundsatz

Wesensprägend für das französische Kassationsrecht ist noch immer der lakonische und knappe Begründungsstil der Cour de Cassation, welcher dem Ideal von *Montesquieus* Richterbild als *bouche de la loi* folgt. In der apodiktischen Entscheidungskürze kommt zudem die historische Funktion des Kassationshofs als (Hilfs-)Organ der Legislative zur Aufsicht über die Untergerichte zum Tragen, da sich der Entscheidungsinhalt auf die Aussage, ob die nachgeordneten Gerichte das Gesetz korrekt angewendet haben, beschränkt. Die aus der Stellung der Cour de Cassation als Höchstgericht fließende Autorität sollte dabei eine vertiefte Begründung der Entscheidung entbehrlich machen.<sup>249</sup>

Durch die stark verdichtete Schilderung des Lebenssachverhalts und der entscheidungserheblichen Rechtssätze wird im Rahmen der Urteilsgründe suggeriert, dass die Richtigkeit des Ergebnisses aus dem Gesetz selbst folgt und sich die Rechtsfindung in einem rein technischen Subsumtionsakt erschöpft.<sup>250</sup> Der recht-

<sup>243</sup> Zu den Besonderheiten bei Verfahren nach Art. 617, 618 C. P. C. s. bereits sub §9. III. 2. c).

<sup>244</sup> Zu den Maßstäben vgl. Civ. 1<sup>re</sup> v. 28.01.2010, no. 08-14.470, D. 2010, 449.

<sup>245</sup> Dazu näher *Luxembourg* D. 2006, 2358.

<sup>246</sup> *Boré/de Salve de Bruneton* D. 2005, 180; *Cadiet*, La loi „J 21“ et la Cour de cassation: la réforme avant la réforme?, *Procédures* 2017, no. 2, étude 3. Eine Anwendung des neuen Verfahrens findet sich z. B. in Civ. 1<sup>re</sup> v. 10.01.2018, no. 16-22.494, JCP G 2018, no. 295, note *Laazouzi*; Soc. v. 17.04.2019, no. 18-11.656; Cass. ass. plén. v. 04.10.2019, no. 10-19.053.

<sup>247</sup> Näher Cour de Cassation, *Rapport Annuel 2022* (o. Fn. 120), S. 235.

<sup>248</sup> Im Jahr 2022 hat der BGH in etwa 9,5 % der Revisionsverfahren die Berufungsentscheidung durch Urteil aufgehoben und eine eigene Sachentscheidung getroffen, vgl. BGH, *Jahresstatistik Zivilsenate – 2022*, S. 27 f.

<sup>249</sup> *Ferrand*, *Cassation française et révision allemande*, Rn. 307 ff.; *Hager*, *Rechtmethoden in Europa*, S. 191 mwN.

<sup>250</sup> Umfassend zum Begründungsstil der Cour de Cassation *Ghestin* *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004, 2239.

setzende Charakter der Entscheidungen – obschon inzwischen auch in Frankreich anerkannt – soll sich nicht im Entscheidungsstil niederschlagen. Eine dialektische Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Rechtsfragen oder Bezugnahmen auf bestehendes Fallrecht oder Literaturmeinungen findet kaum statt, ein Verweis auf rechtspolitische bzw. außerjuristische soziale Implikationen erfolgt allein im Rahmen des vorgelagerten Urteilsfindungsprozesses.<sup>251</sup> Auch Obiter dicta oder ausschweifende Darstellungen richterlicher Belesenheit finden sich nicht.<sup>252</sup> Bis Ende 2019 hielt die Cour de Cassation zudem am – fast anachronistisch anmutenden – Ideal einer Entscheidung in einem Satz (*jugement à phrase unique*) fest.<sup>253</sup> Der konkrete Aufbau der Entscheidungsbegründung mit verschachtelten Konditionalsätzen (*attendu/considerant que*) machte viele Urteile dabei nur unter Bezugnahme auf die Stellungnahmen des Rapporteur oder des Generalanwalts verständlich,<sup>254</sup> welche in geeigneten Fällen ergänzend auf der Website der Cour de Cassation veröffentlicht werden.<sup>255</sup> Daher werden zu den Entscheidungen häufig sog. *notes d'arrêts* (von der Rechtswissenschaft verfasste Erläuterungen und Einordnungen des Urteils) veröffentlicht, um die Entscheidung für den juristisch versierten Leser aufzubereiten.<sup>256</sup>

## 2. Reformperspektiven

Der tradierte Begründungsstil der Cour de Cassation kam zu Beginn des 21. Jahrhunderts vermehrt unter Druck, da die Entscheidungen selbst für Juristen teilweise nur schwer verständlich sind und die rechtsfortbildende Funktion des Kassationshofs insbesondere durch das Konzept des *jugement à phrase unique* beschränkt wurde. Ein vor einigen Jahren angestoßener Reformprozess,<sup>257</sup> zielte daher auf eine behutsame Erneuerung des Urteilsstils ab, indem das Konzept des *jugement à phrase unique* im Jahr 2019 aufgegeben wurde.<sup>258</sup> Die *arrêts* der Cour de Cassation folgen nunmehr einer – der revisionsgerichtlichen Praxis nicht unähnlichen – einheitlichen Gliederung: ‚Sachverhalt und Prozessgeschichte‘ (*faits et procédure*), ‚Erörterung der Kassationsgründe‘ (*examen du ou des moyens*) sowie ‚Tenor‘ (*dispositif*).<sup>259</sup> Die Umsetzung der Reform zeigt jedoch auch, dass damit keine Annäherung an den diskursiven Stil der common law-Gerichte oder eine

<sup>251</sup> Kötz RabelsZ 1973, 245, 248 f.

<sup>252</sup> Näher Kötz RabelsZ 1973, 245, 249.

<sup>253</sup> Babusiaux JZ 2021, 637.

<sup>254</sup> Vgl. Touffait/Tunc RTD civ. 1974, 489 f.

<sup>255</sup> <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre> [21.08.2023].

<sup>256</sup> Zur historischen Entwicklung näher Weber, Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht, S. 174 f.

<sup>257</sup> Vgl. dazu insbesondere das Positionspapier Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (2017) (o. Fn. 106).

<sup>258</sup> Note de la Cour de cassation relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée sowie Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts (2019), jeweils unter <https://www.courdecassation.fr/> [21.08.2023].

<sup>259</sup> Babusiaux JZ 2021, 637, 638.

rechtswissenschaftlich vertiefte Erörterung nach Vorbild des deutschen Revisionsrechts angestrebt wird, sondern lediglich eine bessere sprachliche Verständlichkeit für den Leser intendiert ist.<sup>260</sup> Folglich wird auch in der französischen Literatur und von den Mitgliedern der Cour de Cassation selbst betont, dass die Funktionsprinzipien des Kassationsverfahrens oder der Begründungsstil nicht verändert werden sollen.<sup>261</sup>

Allerdings soll die – historisch negierte – rechtsfortbildende Funktion der Cour de Cassation durch die Reform des Begründungsstils deutlicher hervorgehoben werden: Wichtige Urteile werden mit einer erweiterten Begründung (*motivation enrichie*) versehen, um diese für die Allgemeinheit verständlicher zu machen.<sup>262</sup> Auf der Internetpräsenz des Gerichts wird publikationswürdigen Entscheidungen zudem ein Leitsatz vorangestellt.<sup>263</sup> Dabei wird hervorgehoben, dass die Cour de Cassation ihre rechtsprechende Funktion nur ausüben kann, wenn sie ihre Entscheidungen – insbesondere bei Rechtsprechungsänderungen, Grundsatzentscheidungen oder im Europa- und Verfassungsrecht – vertiefter begründet.<sup>264</sup> Damit einher geht auch eine Abkehr von manchen als unumstößlich geltenden Prinzipien der französischen Kassationspraxis, da nunmehr z. B. die Rechtsprechung des eigenen Hauses bei Fortführung oder Aufgabe einer Rechtsprechungslinie zitiert werden kann.<sup>265</sup>

## VII. Bewertung

Das französische Kassationsrecht als Phänotyp für die Ausgestaltung des Höchstgerichts im romanischen Rechtskreis ist im Umbruch begriffen. Einerseits legitimiert sich die Stellung der Cour de Cassation noch immer aus ihren historischen Wurzeln und sieht sich als Supervisionsgericht über alle nachgeordneten Gerichte und *gardienne de l'égalité devant la loi*<sup>266</sup> insbesondere der Sicherung der Rechts Einheit und der Rechtsanwendungsgleichheit verpflichtet. Auch der Charakter des Kassationsrekurses als außerordentlicher Rechtsbehelf, der am öffentlichen Interesse an der Sicherung der objektiven Rechtsordnung ausgerichtet ist, hat sich im Grundsatz erhalten: Durch die Herstellung von Rechtsanwendungsgleichheit dient das private dem öffentlichen Rechtsfindungsinteresse. Dabei soll die Anrufung des Höchstgerichts jedem Bürger gleichermaßen offenstehen. Durch den unbeschränkten Parteizugang zum Höchstgericht ist das Kassationsgericht eine *conception démocratique du juge suprême*, dem von der französischen Rechtswis-

<sup>260</sup> *Babusiaux* JZ 2021, 637, 638 f.; *Deumier* D. 2017, 1783, 1786.

<sup>261</sup> Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts (2019) (o. Fn. 258), S. 3; näher *Hortala* JCP 2020 G 1537.

<sup>262</sup> Vgl. jüngst Cass. ass. plén. v. 29.04.2022, no. 18-18.542.

<sup>263</sup> Vgl. <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre> [21.08.2023].

<sup>264</sup> Hierzu und zur Entwicklung *Babusiaux* JZ 2021, 637, 639 f. mwN.

<sup>265</sup> *Babusiaux* JZ 2021, 637, 639; vgl. auch *Hortala* JCP 2020 G 1537, 1538.

<sup>266</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 01.11.

senschaft die limitierte *conception aristocratique* der Höchstgerichte anglo-amerikanischer Prägung kontrastierend gegenübergestellt wird.<sup>267</sup> Die Mitwirkung des Generalanwalts am Kassationshof und dessen Befugnis, Rechtsmittel gegen eine fehlerhafte Entscheidung unabhängig vom Parteiwillen einzulegen, betont zudem die Sicherung der objektiven Rechtsordnung als Verfahrenszweck, sollte jedoch nicht zu einer apodiktisch-kontrastierenden Gegenüberstellung mit dem deutschen Revisionsverfahren verleiten, weil diesen in der Rechtspraxis kaum eine Bedeutung zukommt (*caractère exceptionnel*).

Indes hat sich der Kassationshof bereits früh von seiner Stellung als reines Hilfsorgan der Legislative emanzipiert. Insbesondere die in den *rappports* veröffentlichten Urteile legen ein beredtes Zeugnis darüber ab, dass der französische Kassationshof zwar – im Vergleich zu seinen deutschen, englischen oder US-amerikanischen Pendanten – noch immer stärker die formale Stellung eines Kontrollorgans innehat, er jedoch in erheblichem Maße auch rechtsfortbildend tätig ist, was jüngst durch die Reform des Begründungsstils und die Möglichkeit einer *motivation enrichie* noch einmal betont wurde.<sup>268</sup> Art. R431–10 C. O. J. gibt dem *premier président* und dem *procureur général* zudem die Möglichkeit, den Justizminister auf Verbesserungen des geltenden Rechts hinzuweisen,<sup>269</sup> worin einmal mehr das historische Spannungsverhältnis<sup>270</sup> des Kassationshofs zur Legislative zum Ausdruck kommt, indem die Entscheidung zur Fortentwicklung des Rechts der Exekutive bzw. dem historisch legitimierten Gesetzgeber (rück-)überantwortet wird.

Die vereinfachte Zurückweisung eindeutig gelagerter Fälle durch ein *rejet non spécialement motivé* und die Möglichkeit einer *cassation sans renvoi*<sup>271</sup> lässt dabei auch die bestehenden Divergenzen zwischen Revision und Kassation kleiner werden, welche durch ihre (partiell) gemeinsame historische DNA<sup>272</sup> ohnehin viele Parallelen aufweisen (z. B. durch die Limitierung des Verfahrens auf eine Rechtsfehlerkontrolle, die Strukturierung des Verfahrens nach Kassations-/Revisionsgründen sowie die Existenz einer spezialisierten Anwaltschaft).<sup>273</sup> Aufgrund der

<sup>267</sup> Dazu sogleich sub §§ 10, 11. Die französische Diskussion steht dem Konzept des englischen und US-amerikanischen Supreme Court daher durchaus kritisch gegenüber, vgl. mit Blick auf diese *Boré/Boré*, La Cour de Cassation, Rn. 176: „Surtout, ce système exprime une très large indifférence à l’égard des justiciables. Vivant dans l’empyrée des principes, dont ils ne descendent qu’épisodiquement pour délivrer les tables de la loi jurisprudentielle, les juges suprêmes ne s’abaissent pas à censurer une simple violation de la loi dont aurait été victime un citoyen, et ne s’intéressent qu’aux affaires exceptionnelles.“

<sup>268</sup> Umfassend zur rechtsfortbildenden Funktion des Kassationshofs: *Charbonneau*, La Contribution de la Cour de Cassation à l’Élaboration de la Norme, S. 1 ff., 33 ff.

<sup>269</sup> Vgl. Cour de Cassation, Rapport Annuel 2022 (o. Fn. 120), S. 23 ff.

<sup>270</sup> S. o. sub § 9. I. 2. b).

<sup>271</sup> Vgl. für den italienischen Kassationsprozess zudem Art. 384 Codice di procedura civile.

<sup>272</sup> Vgl. schon oben sub § 2. III. 2. a) und b).

<sup>273</sup> Ähnlicher Befund bei *Ferrand*, Cassation française et révision allemande, Rn. 440 („Le recours en cassation et le pourvoi en révision ne sont pas fondamentalement opposés. Ils tendent tous deux à réaliser l’unité de droit; celle-ci peut cependant plus difficilement être atteinte par la Cour fédérale de Justice du fait que toutes les décisions civiles rendues en dernier ressort ne peuvent lui être soumises. On constate ainsi que les différences essentielles relatives au contrôle exercé par

anhaltend hohen Fallbelastung des Kassationshofs ist zudem mit weiteren Eingriffen des französischen Gesetzgebers in das Verfahrensrecht zu rechnen, wobei auch aus der Justiz Stimmen nach einer Selbsterneuerung des Gerichts und einer partiellen Abkehr vom rigiden Verfahrensformalismus zu vernehmen sind. Chantal Arens, Präsidentin der Cour de Cassation (2019–2022), hat jüngst die Reformkommission *Cour de Cassation 2030* eingesetzt, welche in einem ersten Bericht 37 Reformvorschläge unterbreitet hat.<sup>274</sup> Der bisweilen – selbst verglichen mit dem angelsächsischen Rechtskreis – zu beobachtende rigide Traditionalismus des französischen Rechts, der manchen Eigensinn seit über 230 Jahren konserviert, hat die schon seit Jahrzehnten angemahnte, umfassende Reform des Kassationshofs bislang indes verhindert.

---

la Cour de Cassation et par la Cour fédérale de Justice se trouvent surtout en matière d'accès au pourvoi.“).

<sup>274</sup> Näher <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030> [21.08.2023].

## § 10 Das *appeal*-Modell im englischen Recht

Trotz im Ausgangspunkt bestehender historischer Kohärenzen nimmt das englische *appeal*-Modell einen Kontrapunkt zum französischen Kassationsrecht ein. Der geltende englische Zivilprozess ist durch eine starke Betonung des erstinstanzlichen Verfahrens ausgesprochen rechtsmittelavers und steht einem mehrstufigen Instanzenzug insgesamt skeptisch gegenüber. Eine Untersuchung des englischen Rechts weist dabei die Besonderheit auf, dass mit dem Court of Appeal und dem UK Supreme Court ein höchstgerichtlicher Duopol existiert, wobei beiden Gerichten die Rechtsfehlerkontrolle und zivilrechtliche Präjudizienbildung gemeinschaftlich zukommt.

### I. Historische Entwicklung

#### 1. Ursprünge

Die Ursprünge zivilprozessualer Rechtsmittel und die Etablierung einer Höchstgerichtsbarkeit können in England weit in die Geschichte zurückverfolgt werden, gestalteten sich jedoch über einen langen Zeitraum derart unübersichtlich, dass noch nicht von einem Rechtsmittelsystem im engeren Sinne gesprochen werden kann.<sup>1</sup> Seit der Herrschaft der Normannen nimmt der König die Gerichtshoheit als zentrales Element hoheitlicher Gewalt in seiner Person wahr.<sup>2</sup> Nach *Bracton* (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*) ist dieser zugleich oberster Richter: „Ad hoc autem creatus est rex et electus, ut iustitiam faciat universis.“<sup>3</sup>

#### a) Die Entstehung der Royal Courts

Die ersten, einem formalen Rechtsmittel entfernt vergleichbaren Rechtsschutzmöglichkeiten wurzeln daher im royalen Gnadenrecht, da der König (bzw. später auch der Court of King's Bench) um einen *prerogative writ*<sup>4</sup> zur Korrektur einer

---

<sup>1</sup> Einzelheiten bei *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, S. 137f. mwN; *Blom-Cooper/Drewry*, *Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity*, S. 18ff. mwN.

<sup>2</sup> Vgl. *Carter*, *A History of the English Courts*, S. 14; *Mießig*, *Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England*, in: *Auer/Ogris/Ortlieb* (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, S. 19, 35.

<sup>3</sup> *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (hrsg. v. Woodbine), Vol. II, S. 305.

<sup>4</sup> *Writ of Prohibition*, *Writ of Quo Warranto*, *Writ of Habeas Corpus*, *Writ of Mandamus*, *Writ of Certiorari*; näher *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, S. 143f.; *Drewry/*

Entscheidung der Feudalgerichte ersucht werden konnte.<sup>5</sup> Dem *Conseil du Roi* in Frankreich vergleichbar, siedelte sich mit der *Curia regis* zudem ein den Monarchen beratendes Gremium am Königshof an, welches im Laufe der Zeit auch judikative Tätigkeiten wahrnahm und neben die Feudalgerichte trat.<sup>6</sup> Insbesondere unter der Herrschaft von Henry II. (Henry Curtmantle) erlebte die *Curia regis* eine erste Blütezeit.<sup>7</sup>

Flankierend entwickelte sich seit dem 14. Jahrhundert am Königssitz in Westminster eine eigenständige, zentralisierte Gerichtsgewalt durch die *Royal Courts* (Court of King's Bench, Court of Common Pleas, Court of Exchequer),<sup>8</sup> obwohl die Aufgabe, Recht zu sprechen, in der Breite noch immer den jeweiligen Lehnsherren und deren Feudalgerichten zufiel.<sup>9</sup> Neben diese Gerichte trat zudem der Court of Chancery, der nach den Maßstäben der Billigkeit (*equity*) zu entscheiden hatte und dazu diente, die Härten des formalistischen *common law* auszugleichen.<sup>10</sup> In den beiden Gerichtszweigen *in law* und *in equity* entwickelten sich im Laufe des Hoch- und Spätmittelalters zwei separate Instanzenzüge. In *common law*-Streitigkeiten war meist die 1585 formal errichtete<sup>11</sup> *Court of Exchequer Chamber* als Rechtsmittelgericht (*court of error*) zuständig, für *equity*-Verfahren der Lord Chancellor selbst bzw. der 1851 errichtete *Court of Appeal in Chancery*.<sup>12</sup>

#### b) Die Stellung des House of Lords

Neben den *courts of error* kristallisierte sich auch die judikative Tätigkeit des House of Lords verstärkt heraus.<sup>13</sup> Beginnend im 14. Jahrhundert konnte das Parlament mittels *writ of error* gegen Entscheidungen der King's Bench angerufen werden, wobei diese Tätigkeit (wohl) im 15. Jahrhundert wieder zum Erliegen kam.<sup>14</sup> Spätestens im 16. Jahrhundert ist jedoch nachgewiesen, dass auch das

---

*Blom-Cooper/Blake*, The Court of Appeal, S. 18f. Zu den einzelnen royal writs vgl. *Carter*, A History of the English Courts, S. 24ff. S. ferner zur Entwicklung des writ-Systems: *Maultzsch*, Streitscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 129ff. mwN.

<sup>5</sup> Vgl. *Carter*, A History of English Legal Institutions, S. 48 („royal command“).

<sup>6</sup> Zum *Conseil du Roi* vgl. schon sub §9.I.1.; zur *curia regis* ausführlich *Holdsworth*, A History of English Law, Vol. I, S. 32ff.; *Carter*, A History of English Legal Institutions, S. 34ff.

<sup>7</sup> Einzelheiten bei *Turner*, The English Judiciary in the Age of Glanville and Bracton, c. 1176–1239, S. 17.

<sup>8</sup> Näher *Musson/Ormrod*, The Evolution of English Justice, S. 12ff. Als *assize judges* reisten die Richter dabei teilweise auch durch England.

<sup>9</sup> Dies waren insbesondere die *manorial courts*. Einzelheiten bei *Müßig*, Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England, in: Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, S. 19, 36 (insbesondere Fn. 109).

<sup>10</sup> Näher *Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 18f. mwN.

<sup>11</sup> Vgl. *Error from Queen's Bench*, 27 Eliz. 1 c. 8. Zuvor nahm schon die King's Bench eine Appellationsfunktion wahr (Details bei *Kiralfy*, Potter's Outlines of English Legal History, S. 66ff.).

<sup>12</sup> Umfassend *Baker*, An Introduction on English Legal History, S. 97ff.; *Carter*, A History of English Legal Institutions, S. 102ff., 169; *ders.*, A History of the English Courts, S. 47f. (zu den Chancery Appeals).

<sup>13</sup> Einzelheiten bei *Downes*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 5–101 ff.

<sup>14</sup> *Kiralfy*, Potter's Outlines of English Legal History, S. 95 f.

House of Lords eine Oberappellationsfunktion innehatte, indem dort ein *writ* gegen Entscheidungen der *Court of Exchequer Chamber* vorgebracht werden konnten.<sup>15</sup> Dabei handelte es sich zunächst noch eher um (historisch mit unterschiedlicher Intensität gebräuchliche) Gnadengesuche, da der *writ of error* in der Befugnis des Souveräns (als King/Queen in Parliament) zum Erlass von *prerogative writs* wurzelte, mit denen die Entscheidungen untergeordneter Gerichte aufgehoben werden konnten.<sup>16</sup>

Ursprünglich nahmen dabei sowohl das House of Commons als auch das House of Lords für sich in Anspruch, Entscheidungen der unteren Gerichte aufzuheben, ehe die Commons 1399 gegenüber dem König erklärten, dass diese rechtsprechende Funktion allein von diesem und dem House of Lords ausgeübt werden sollte.<sup>17</sup> Während das House of Lords dabei bis 1666 auch noch vor Urteilerlass der Untergerichte in ein bestimmtes Verfahren eingriff, nahm es seit dem sog. *Skinner's Case*<sup>18</sup> keine erstinstanzliche Tätigkeit in Zivilsachen mehr wahr, sondern handelte nur als Appellationsinstanz, die von den *Lords* für wesensverwandt mit der legislativen Funktion des House of Lords erachtet wurde. Im Laufe der Zeit wurde die Aufgabe dabei einem speziellen *Committee for Petitions* übertragen.<sup>19</sup>

### c) Die Festigung des Instanzenzugs

Im 18. Jahrhundert hatte sich bei den Royal Courts ein festes Rechtsmittelsystem etabliert. Die Schaffung einer zentralisierten Appellationsgerichtsbarkeit in London prägt das englische Justizsystem dabei bis heute: Die Konzentration der rechtsprechenden Tätigkeit auf eine kleine Zahl von Gerichten und Richtern ermöglichte eine frühzeitige Herausbildung und Verfestigung des common law und eine systematische Erfassung des Fallrechts in den Law Reports,<sup>20</sup> auch wenn die rechtsfortbildende Funktion der Obergerichte noch keinen eigenständigen Stellenwert hatte. Bereits in einem Urteil aus dem Jahr 1723 werden die Vorzüge des englischen Rechtsmittelsystems jedoch deutlich hervorgehoben:

„the glory and happiness of our excellent constitution, that to prevent injustice no man is concluded by the first judgment; but that if he apprehends himself to be aggrieved he has another court to which he can resort for relief.“<sup>21</sup>

<sup>15</sup> *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 18f. Vgl. zu den (hier nicht behandelten) komplexen frühen Erscheinungsformen einer Appellationszuständigkeit des Parlaments: *Musson/Ormrod*, The Evolution of English Justice, S. 26; *Carter*, A History of English Legal Institutions, S. 102.

<sup>16</sup> *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 19.

<sup>17</sup> *Downes*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 5–101.

<sup>18</sup> *The Case of Thomas Skinner, Merchant v. The East India Company* (1666) 6 State Trials 710 (H.L.) (dazu *Carter*, A History of the English Courts, S. 47f.).

<sup>19</sup> Vgl. *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 21.

<sup>20</sup> Vgl. schon sub §7.III.4.b).

<sup>21</sup> *R v. Cambridge University, ex parte Bentley* (1723) 1 Stra. 557 at 565 (per Pratt C. J.).

Allerdings muss dabei auch berücksichtigt werden, dass der Zugang zu den Royal courts in der Regel nur der Ober- und wirtschaftlich gehobenen Mittelschicht offenstand und diese – im Gegensatz zum französischen Recht – deshalb weiten Teilen der Bevölkerung verschlossen blieben.

Als *court of error* beschränkte sich die Funktion der Rechtsmittelgerichte auf die Korrektur von Rechtsfehlern. Dies gründet sich insbesondere in dem Umstand, dass die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung in Zivilsachen meist einer Jury vor dem Prozessgericht oblag<sup>22</sup> und die unmittelbar aus dem Prozessgeschehen gewonnene Tatsachenüberzeugung einer Kontrolle durch die höhere Instanz generell entzogen war. Das mit einem *writ of error* ersuchte Gericht musste den court record der Rechtsmittelinstanz vorlegen, die – dem Kassationsgedanken nicht unähnlich – auf dessen Grundlage keine Kontrolle der Tatsachenfeststellungen vornehmen, sondern nur das Bestehen eines Rechtsfehlers feststellen, die vorinstanzliche Entscheidung aufheben und ggf. ein *retrial* anordnen konnte.<sup>23</sup> Von der Verwendung des Begriffs *appeal* kann dagegen erst im Jahr 1854 sicher ausgegangen werden.<sup>24</sup>

## 2. Die Reform durch die Judicature Acts

### a) Vereinheitlichungstendenzen

Aufgrund der industriellen Revolution und des starken Bevölkerungswachstums kam es im 19. Jahrhundert zu einer Vielzahl von Reformen im englischen Prozessrecht, wobei insbesondere die 1846 errichteten County Courts als Eingangsinstanz zu einer Veränderung der juristischen Landschaft führten.<sup>25</sup> Das Rechtsbehelfssystem wurde indes noch als chaotisch beschrieben<sup>26</sup> und war mit bis zu zwölf divergierenden courts of error außerordentlich komplex. Zur Vereinfachung wurde mit Erlass der Supreme Court of Judicature Acts 1873<sup>27</sup> und 1875<sup>28</sup> die common law- und equity-Zuständigkeit der Royal Courts gebündelt und der Supreme

<sup>22</sup> *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 44, 47. Zu den historischen Hintergründen des *trial by jury* vgl. *Kiralfy*, Potter's Outlines of English Legal History, S. 119ff. und Appendix B, S. 273ff.

<sup>23</sup> Einzelheiten bei *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 299ff. Durch den Common Law Procedure Act 1852 (c. 76) wurde der *writ of error* vor den Obergerichten zugunsten eines *memorandum of error* aufgegeben, welcher wiederum insbesondere durch die Judicature Acts (dazu sogleich) zugunsten des *appeal* abgeschafft wurde (näher *Carter*, A History of English Legal Institutions, S. 97).

<sup>24</sup> Vgl. sec. XXXIV Common Law Procedure Act 1854 (c. 125): „[...] the Party decided against may appeal.“

<sup>25</sup> *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 23. Dabei existiert nur ein County Court, der in derzeit 92 Städten und Gemeinden eine Niederlassung hat.

<sup>26</sup> *Drewry/Blom-Cooper/Blake*, The Court of Appeal, S. 31ff. Vgl. zudem die Übersicht bei *Kiralfy*, Potter's Outlines of English Legal History, Appendix B, S. 273ff., sowie S. 114.

<sup>27</sup> 36 & 37 Vict. c. 66; umfassend zur Reform *Plucknett*, A Concise History of the Common Law, S. 211f.

<sup>28</sup> 38 & 39 Vict. c. 77.

Court of Judicature,<sup>29</sup> bestehend aus High Court (zentrale Eingangsinstanz mit *subdivisions*) und Court of Appeal als zentrale Appellationsinstanz, die ohne Zugangsbeschränkungen angerufen werden konnte, etabliert.

Die Frage, ob das House of Lords seine appeal-Zuständigkeit bewahren sollte, war dabei lange umstritten. 1872 wurde vom englischen Gesetzgeber zunächst beschlossen, den (*second*) *appeal* zum House of Lords abzuschaffen, da eine erneute Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung im Rahmen einer zweiten Berufungsinstanz nicht für notwendig erachtet wurde und zudem an der Qualität der rechtsprechenden Tätigkeit durch *hereditary peers* Zweifel bestanden.<sup>30</sup> Konservative Kräfte unter Premierminister Disraeli bewirkten indes eine Änderung durch den Appellate Jurisdiction Act 1876,<sup>31</sup> welcher die finale Appellationszuständigkeit zum House of Lords gegen Entscheidungen des Court of Appeal beibehielt, da die Lords mit der Aufgabe der judikativen Tätigkeit eine politische Schwächung des Oberhauses befürchteten.<sup>32</sup> Jedoch wurde die Rechtsprechungsfunktion insoweit professionalisiert, als sie dauerhaft von einem vom laufenden Parlamentsbetrieb weitgehend losgelösten Appellate Committee ausgeübt wurde, welches mit juristisch versierten *Lords of Appeal in Ordinary* („Law Lords“) besetzt war.<sup>33</sup>

#### b) Rechtsnatur des appeal

Auch auf Ebene des Court of Appeal wurde das streng formalistische System des *writ of error* durch ein *appeal*-System ersetzt, welches dem Rechtsmittelgericht grundsätzlich die gleiche Kompetenz zusprach wie der Eingangsinstanz.<sup>34</sup> Das *writ*-System wurde daher von dem aus dem equity-Recht entnommenen, flexibleren *appeal*-Gedanken abgelöst, wobei der Court of Appeal grundsätzlich „by way of rehearing“ entscheiden sollte.<sup>35</sup> Auch der im Wesentlichen einem *first appeal* nachgebildete und prozessual kaum ausdifferenzierte *appeal* zum House of Lords konnte zunächst unbeschränkt (as of right) eingelegt werden,<sup>36</sup> wodurch die Stellung des Court of Appeal als zentrales Berufungsgericht erheblich einschränkt wurde.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Durch sec. 1(1) des Supreme Court Act 1981 erfolgte eine Umbenennung in Supreme Court of England and Wales; aufgrund von sec. 4 des Constitutional Reform Act 2005 zählen High Court und Court of Appeal nunmehr zu den Senior Courts of England and Wales.

<sup>30</sup> *Baker*, An Introduction to English Legal History, S. 142; *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 27 ff.

<sup>31</sup> 39 & 40 Vict. c. 59.

<sup>32</sup> Ausführlich zur damaligen Debatte: *Steele*, The Judicial House of Lords: Abolition and restoration 1873–6, in: *Blom-Cooper/Dickson/Drewry* (Hrsg.), The Judicial House of Lords 1876–2009, S. 13 ff.

<sup>33</sup> Näher *Baker*, An Introduction to English Legal History, S. 142; *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 23 ff. mwN.

<sup>34</sup> Vgl. sec. 19(2) Judicature Act 1873.

<sup>35</sup> *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 304.

<sup>36</sup> Vgl. sec. 3 Appellate Jurisdiction Act 1876; weiterführend *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 120.

<sup>37</sup> S. dazu *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 120.

Bei der Anrufung des Höchstgerichts standen folglich noch die Individualinteressen der Parteien im Vordergrund. Umfassende Verfahrensregeln nach dem Vorbild kontinentaleuropäischer Kodifikationen existierten nicht, ebenso wenig eine konzise Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfrage oder eine Ausdifferenzierung von Rechtsmittelgründen. Vielmehr kamen dem House of Lords ein umfassendes Ermessen bei der Fallselektion und eine weitreichende Entscheidungsgewalt zu, welche sich noch immer an die vorstehend beschriebenen, royalen Gnadengesuche anlehnte. In sec. 4 des Appellate Jurisdiction Act 1876 wird etwa ausgeführt:

„Every appeal shall be brought by way of petition to the House of Lords, praying that the matter of the order or judgment appealed against maybe reviewed before Her Majesty the Queen in her Court of Parliament, in order that the said Court may determine what of right, and according to the law and custom of this realm, ought to be done in the subject-matter of such appeal.“

Die enorme Kostenlast eines appeal-Verfahrens und die selektierende Funktion der *barristers* verhinderte dabei prohibitiv eine Überlastung der Obergerichte,<sup>38</sup> zumal das House of Lords bei Verfahren von bedürftigen Parteien (in formâ pauperis) den appeal bereits zurückweisen konnte, wenn dieser prima facie keine Aussicht auf Erfolg hatte.<sup>39</sup>

Abgesehen von equity-Verfahren lehnten es die appeal-Gerichte dabei lange Zeit ab, eine von der Eingangsinstantz abweichende Tatsachenfeststellung zu treffen, selbst wenn keine Jury im Ausgangsverfahren beteiligt war.<sup>40</sup> Erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts setzte sich die Ansicht durch, dass die Rechtsmittelgerichte eine Sachentscheidung (auch) durch eine Neubewertung der vorinstanzlichen Tatsachenfeststellung treffen können<sup>41</sup> und diesen eine „duty to exercise their jurisdiction as tribunals on fact as well as on law“ zukommt.<sup>42</sup> Die Idee eines *novum iudicium* in der Appellationsinstanz war damit jedoch nicht verbunden. Vielmehr waren Court of Appeal und Supreme Court/House of Lords als Rechtskontrollgerichte stets um eine zurückgenommene Tatsachenkontrolle bemüht,<sup>43</sup> die sich vom Appellations-/Berufungsgedanken kontinentaleuropäischer Prägung absetzte.

<sup>38</sup> Zu diesem Aspekt *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 143 mwN.

<sup>39</sup> Vgl. sec. 1 The Appeal (Formâ Pauperis) Act 1893, c. 22: „Power to refuse in formâ pauperis – wherein an appeal to the House of Lords a petition is presented for leave to sue in formâ pauperis, and the House on Report of its Appeal Committee determines that there is no prima facie case for the appeal the House may refuse the prayer on the petition.“

<sup>40</sup> *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 304; *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 47.

<sup>41</sup> Z. B. in *S. S. Hontestroom v. S. S. Sagaporak* [1927] AC 37, 47.

<sup>42</sup> *Powell v. Streatham Manor Nursing Home* [1935] AC 243, 256 (per *Lord MacMillan*).

<sup>43</sup> Das House of Lords erklärte etwa 1951, die Tatsachenfeststellungen des Prozessgerichts „should have been respected as equivalent to a verdict of a jury on a question of fact“ (*Bolton v. Stone* [1951] AC 850, 863 [per *Lord Normand*]).

### 3. Die Entwicklung im 20. Jahrhundert

Sah sich die französische Cour de Cassation daher vor dem Hintergrund der Ideale der französischen Revolution der Verwirklichung einer möglichst umfassenden Rechtsanwendungsgleichheit verpflichtet,<sup>44</sup> konnte dieser Gedanke im englischen Verfahrensrecht auch zu Beginn der Neuzeit nicht Platz greifen. Da ein fundamentaler Umbau des Justizsystems im 18. und 19. Jahrhundert nicht erfolgte, fand keine Öffnung der Höchstgerichtsbarkeit in der Breite der gerichtlichen Verfahren statt. Die Idee, eine höchstrichterliche Entscheidung auch bei wirtschaftlich ‚unbedeutenden‘ Verfahren vor den County Courts zu forcieren und insoweit die rechtsvereinheitlichende Funktion des Höchstgerichts zu fördern, konnte sich nicht etablieren.

Diese Entwicklung verstärkte sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts weiter. Durch den Administration of Justice (Appeals) Act 1934<sup>45</sup> wurde ein Zulassungsverfahren implementiert, welches bei *appeals* zum House of Lords eine (im Ermessen des Gerichts stehende) Zulassungsentscheidung durch den iudex a quo oder ad quem erforderte.<sup>46</sup> Ursache für diesen Reformprozess war dabei jedoch weniger eine Funktionsunfähigkeit des Höchstgerichts aufgrund einer zu großen Fallbelastung. Vorrangig sollte – neben einer ersten Verfahrenskanalisation – verhindert werden, dass die in der Vorinstanz obsiegende Partei durch einen erfolglosen, aber zeit- und kostenintensiven appeal zum House of Lords der Gegenseite benachteiligt würde.<sup>47</sup> Gleichzeitig wurde die Stellung des Court of Appeal als zentrales Berufungsgericht gestärkt, der nunmehr oftmals auch für Rechtsmittel gegen Entscheidungen der County Courts zuständig war.<sup>48</sup>

Im Laufe des 20. Jahrhunderts verfestigte sich daher – weniger durch aktive legislative Reformen und mehr durch eine graduelle Veränderung des Funktionsverständnisses des Höchstgerichts – der Gedanke, dass das House of Lords nicht primär als weitere individualschützende Instanz fungieren, sondern vorrangig Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung entscheiden sollte.<sup>49</sup> Denn eine Zulassung erfolgte nur bei Darlegung eines *point of law of importance*.<sup>50</sup> Damit wandelte sich allmählich die Primäraufgabe des House of Lords von einer individuellen Fehlerkorrektur zu einer abstrakt-normbildenden Instanz für die Zivilrechtsprechung,<sup>51</sup> wohingegen der Court of Appeal zur zentralen Institution der Rechts-

<sup>44</sup> Vgl. oben sub. § 9.I.2.

<sup>45</sup> c. 40.

<sup>46</sup> Sec. 1(1) Administration of Justice (Appeals) Act 1934: „No appeal shall lie to the House of Lords from any order or judgment made or given by the Court of Appeal [...], except with the leave of that Court or of the House of Lords.“

<sup>47</sup> Einzelheiten bei *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 144.

<sup>48</sup> Vgl. sec. 2(1) Administration of Justice (Appeals) Act 1934.

<sup>49</sup> *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 118f.

<sup>50</sup> Vgl. z. B. *In re Wilson* [1985] 1 AC 750, 756, per Lord *Roskill*.

<sup>51</sup> Einzelheiten bei *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 170ff. mwN.

fehlerkontrolle und – in der Breite der juristischen Themen – auch der Rechtsfortbildung wurde. Dem entspricht es, dass durch sec. 12 ff. Administration of Justice Act 1969<sup>52</sup> die Möglichkeit eines *leapfrog appeal* vom High Court zum House of Lords geschaffen wurde, um bei rechtsgrundsätzlichen Fragen eine schnelle höchstrichterliche Klärung herbeizuführen.<sup>53</sup>

#### 4. Die Woolf-Reformen

Durch die Woolf-Reformen<sup>54</sup> und das Inkrafttreten der Civil Procedure Rules (C. P. R.)<sup>55</sup> erfolgte – parallel zum Erlass des ZPO-RG 2001 – auch im englischen Recht zu Beginn des 21. Jahrhunderts ein weiterer, tiefgreifender Bedeutungswandel im Rechtsmittelrecht. Das gesamte appeal-Verfahren (mit Ausnahme des UK Supreme Court) ist nunmehr einheitlich in sec. 54 ff. Access to Justice Act 1999, Part 52 C. P. R. und den ergänzenden Practice Directions (PD 52A–52E) kodifiziert.<sup>56</sup> Durch den Constitutional Reform Act 2005 wurde zudem die rechtsprechende Tätigkeit des Appellate Committee des House of Lords abgeschafft; seitdem ist der UK Supreme Court als höchstes Rechtsmittelgericht für zivilrechtliche Streitigkeiten zuständig.<sup>57</sup> Die damit verbundenen Neuerungen werden als „most significant changes“ im englischen Rechtsmittelsystem seit Erlass der Supreme Court of Judicature Acts 1873 und 1875 bewertet.<sup>58</sup>

##### a) Reduktion des Instanzenzugs

Erklärtes Ziel der Woolf-Reformen war dabei die Reduktion der Arbeitsbelastung der Rechtsmittelgerichte und eine Verfahrensstraffung bei aussichtslosen Fällen („weeding out of hopeless appeals“),<sup>59</sup> um zu verhindern, dass die erstinstanzlich unterlegene Partei allein des Zeitgewinns wegen einen appeal einlegt. Standen den Parteien zuvor ein oder zwei appeal-Möglichkeiten offen, in besonderen Fällen sogar drei,<sup>60</sup> ist nunmehr stets eine *permission to appeal* für das Rechtsmittelver-

<sup>52</sup> c. 58.

<sup>53</sup> Ausführlich dazu noch sub § 13. II. 1. b) aa).

<sup>54</sup> Dazu umfassend *Drewry/Blom-Cooper/Blake*, The Court of Appeal, S. 43 ff. Part 52 C. P. R. als zentrale Reform des Rechtsmittelrechts ist zum 02.05.2000 in Kraft getreten (vgl. Civil Procedure [Amendment] Rules 2000 SI 2000/221, rule 1(b)).

<sup>55</sup> Die C. P. R. werden vom Procedure Rule Committee erlassen, welches es zur Aufgabe hat, diese – wenn nötig – zu aktualisieren (vgl. sec. 2 Civil Procedure Act 1997); umfassend hierzu *Stürmer*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 2; *Zuckerman ZZP Int* 1997, 31 ff.

<sup>56</sup> Der Instanzenzug ist in sec. 56 Access to Justice Act 1999 und PD 52A sec. III erläutert. Abweichende Regeln gelten in Schottland und Nordirland: Dort nimmt der Court of Session (Inner House) bzw. der Court of Appeal in Northern Ireland in den meisten Zivilsachen die appeal-Funktion des Court of Appeal (England and Wales) wahr.

<sup>57</sup> Zur Entwicklung *Downes*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 5–100 ff.

<sup>58</sup> *Tanfern Ltd. v. Cameron-Macdonald & Anor* [2000] EWCA Civ 3023 [50] (per Brooke L. J.).

<sup>59</sup> *Burton*, in: ders. (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 1–302, der sich durchaus kritisch zu den vorgenommenen Änderungen verhält (vgl. aaO, Rn. 1–300 f.).

<sup>60</sup> Einzelheiten bei *Burton*, in: ders. (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 1–200.

fahren notwendig.<sup>61</sup> Erinstanzliche Entscheidungen sind im Grundsatz abschließend.<sup>62</sup> Das reformierte Zivilprozessrecht wendet sich ausdrücklich gegen eine als zu weitreichend empfundene *appeal*-Möglichkeit,<sup>63</sup> wobei der damit verbundene Verlust an Einzelfallgerechtigkeit nach pragmatischer Ansicht der Rechtsprechung als „an imperfection of the legal system that an error may be left uncorrected“ hinzunehmen sei.<sup>64</sup>

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen in der englischen Rechtswissenschaft insoweit nicht. Denn ein *right to appeal* besteht nach der *doctrine of statutory appeal*<sup>65</sup> ohnehin nur aufgrund Gesetzes oder gesetzlicher Ermächtigung.<sup>66</sup> Auch die Judikative selbst kann keinen (außerordentlichen) *appeal* zulassen, sofern ein solcher gesetzlich nicht vorgesehen ist.<sup>67</sup> Ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf einen Instanzenzug besteht damit nicht, das Konzept einer *double degré de jurisdiction* ist unbekannt:<sup>68</sup>

„Rights of appeal are not so much rights of access to a court, as rights to have the opportunity of persuading a higher court that the first instance decision is wrong.“<sup>69</sup>

#### b) Stärkung der rechtsfortbildenden Funktion

Ergänzend zur Reduktion des Instanzenzugs sollte zudem die rechtsfortbildende Funktion der Ober- und Höchstgerichte gestärkt werden.<sup>70</sup> Die Woolf-Reformen bilden damit in gewisser Weise den Schlussstein der sich im gesamten 20. Jahrhundert abzeichnenden Entwicklung, wonach der Court of Appeal und der UK Supreme Court bzw. das House of Lords ein hervorgehobenes Mandat zur Rechts-

<sup>61</sup> S. ausführlich noch sub § 10. III. und IV. Vgl. zudem sec. 54(1) Access to Justice Act 1999: „Rules of court may provide that any right of appeal to (a) a county court, (b) the High Court, or (c) the Court of Appeal, may be exercised only with permission.“ Vgl. zur alten Rechtslage noch *Bowman*, Review of the Court of Appeal (Civil Division), S. 29 ff.

<sup>62</sup> *Burton*, in: ders. (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 1–401 ff. („for if a party is unsuccessful, the availability of a rerun on appeal cannot be guaranteed“).

<sup>63</sup> „[...] the whole thrust of the [C. P. R.] was against appeals being brought against decisions from judges and district judges [...]“ (*Copeland v. Smith* [Practice Note] [2000] 1 WLR 1371). S. ferner *Colley v. Council for Licensed Conveyancers* [2001] EWCA Civ 1137; [2002] 1 WLR 160; grundlegend auch *Sime* [2017] 36 C. J. Q. 51.

<sup>64</sup> *R. (Capewell) v. Stoke-on-Trent County Court* [2011] EWHC 3851 (Admin) bei *Andrews*, On civil processes, Rn. 15.06.

<sup>65</sup> Vgl. *National Telekom Co. Ltd. v. Postmaster General* [1913] 2 K. B. 614, 621. Wird dem Gericht durch *statute* jedoch die Entscheidungskompetenz in einem gewissen Gebiet zugewiesen, spricht eine Vermutung dafür, dass damit auch ein regulärer Instanzenzug etabliert werden sollte (vgl. das House of Lords in der Rechtsmittelinstanz zu vorgenannter Entscheidung, [1913] AC 546, 552).

<sup>66</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 2.001.

<sup>67</sup> Vgl. *Attorney General v. Sillem* [1864] 10 H. L. Cas 704.

<sup>68</sup> *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 276.

<sup>69</sup> *Colley v. Council for Licensed Conveyancers* [2001] EWCA Civ 1137; [2002] 1 WLR 160 [31].

<sup>70</sup> Zudem spielten die Interessen der öffentlichen Hand, Richterstellen durch ein Vorprüfverfahren einzusparen, eine Rolle; näher *Bowman*, Review of the Court of Appeal (Civil Division), S. 31.

fortbildung und Rechtsvereinheitlichung im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Beide Aufgaben konzentrieren sich in England dabei auf einen kleinen Kreis aus zwölf Richtern am UK Supreme Court<sup>71</sup> und die 39 ordinary judges am Court of Appeal sowie den Master of the Rolls als Head of Civil Justice.<sup>72</sup>

## II. Die Rechtsmittelzwecke de lege lata

Vor diesem Hintergrund wird in der englischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft die Doppelfunktionalität des Rechtsmittelverfahrens zwischen privaten und öffentlichen Interessen hervorgehoben, ohne den dogmatischen Gehalt des appeal vertieft zu ergründen.<sup>73</sup> Baron *Wolf* – Spiritus rector der Justizreformen – hob die Dichotomie der Rechtsmittelzwecke in *Taylor v. Lawrence*, einer der ersten Entscheidungen unter neuem Recht, hervor:

„The first is a private objective of correcting wrong decisions so as to ensure justice between the litigants involved. The second is a public objective, to ensure public confidence in the administration of justice not only by remedying wrong decisions but also by clarifying and developing the law and setting precedents.“<sup>74</sup>

Dieser zweigliedrige Zweck wird ohne nähere Differenzierung sowohl first als auch second appeals zugeschrieben, wobei vor dem Supreme Court die normbildende Funktion im öffentlichen Interesse besonders deutlich in den Vordergrund tritt.<sup>75</sup> Dies korreliert mit dem Grundsatz, dass im englischen common law alle nachgeordneten Gerichte an die tragenden Entscheidungsgründe höherrangiger Judikate gebunden sind (theory of binding precedent).<sup>76</sup>

Abweichend zur kontinentaleuropäischen Tradition wird der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache dabei entscheidende Bedeutung zugemessen, was sich im (komplexen) Instanzenzug des englischen Rechts niederschlägt. Denn der Court of Appeal ist meist nur für appeals gegen Entscheidungen des High Court zuständig oder diejenigen eines County Court, die im *multi track* ergangen sind,<sup>77</sup> was in der Regel einen Streitwert von über 25.000 GBP voraussetzt.<sup>78</sup> Fälle mit

<sup>71</sup> Sec. 23(1) Constitutional Reform Act 2005, c. 4.

<sup>72</sup> Sec. 2(1) Senior Courts Act 1981, c. 54.

<sup>73</sup> Auch eine detailscharfe Differenzierung zwischen Rechtsmittel und -behelf, zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln existiert im englischen Recht nicht.

<sup>74</sup> *Taylor v. Lawrence* [2002] EWCA Civ 90 [26]; ähnlich *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18.002.

<sup>75</sup> Vgl. *R v. Secretary of State For Trade and Industry ex Parte Eastaway* [2000] 1 WLR 2222.

<sup>76</sup> S. zur Frage einer Selbstbindung des UK Supreme Court in Bezug auf das Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 WLR 1234 des House of Lords: *Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28 [24]. Der Court of Appeal beachtet grundsätzlich *binding precedents* und kann nur in Ausnahmefällen davon abweichen, vgl. *Rickards v. Rickards* [1989] 3 ALLER 193.

<sup>77</sup> Einzelheiten finden sich in PD 52A, insbesondere sec. III – Destinations of Appeals.

<sup>78</sup> Vgl. C. P. R. 26.6(6).

geringer wirtschaftlicher Bedeutung werden im Rahmen eines ersten appeal auf Ebene der County Courts bzw. des High Court erledigt und erreichen in der Regel nur dann den Court of Appeal als Rechtsmittelinstanz, wenn die Entscheidung einen „important point of principle or practice“ aufwirft.<sup>79</sup> Diese Differenzierung wird angesichts hoher Anwaltskosten vor den englischen Obergerichten auch mit dem Gedanken legitimiert, jedem Zivilverfahren einen proportionalen Wert der ‚Ressource Justiz‘ zuzuweisen.<sup>80</sup> In der Folge haben wirtschaftsrechtliche Großverfahren, die vor dem High Court initiiert werden, eine deutlich höhere Chance, im Rahmen eines first appeal zum Court of Appeal und im Anschluss zum UK Supreme Court zu gelangen.

Aus dieser Differenzierung erklärt sich die extreme pyramidale Verjüngung des englischen Justizsystems: Wurden 2022 vor den County Courts 1,58 Millionen Zivilklagen<sup>81</sup> und etwa 4.500 Zivilverfahren vor dem High Court initiiert, gingen am Court of Appeal in der – sehr umfassend zu verstehenden – *civil division* nur noch 372 *appeals* ein.<sup>82</sup> Den UK Supreme Court erreichten im Geschäftsjahr 2021/2022 (in Bezug auf alle Rechtsgebiete) lediglich 200 *PTA applications*; pro Jahr ergehen ca. 50 Entscheidungen.<sup>83</sup> Die höchstrichterliche Tätigkeit wird damit ab initio auf einen beschränkten Kreis von Entscheidungen limitiert.

### III. First appeals

#### 1. *Permission to appeal*

Gem. sec. 54(1) Access to Justice Act 1999 und C. P. R. 32.3(1) benötigt eine Prozesspartei stets eine *permission to appeal*, um gegen eine erstinstanzliche Entscheidung Rechtsmittel einlegen zu können. Ausnahmen existieren – dem deutschen Recht vergleichbar<sup>84</sup> – in Freiheitsentziehungssachen und bestimmten Familienverfahren, bei denen ein appeal aufgrund der Grundrechtsintensität des Verfahrens *as of right* gewährt wird. Für die Zulassung eines *first appeal* muss die beschwerte

<sup>79</sup> Vgl. C. P. R. 52.23(1)(a) sowie noch sub § 10. IV. 1.

<sup>80</sup> *Sorabij*, The Supreme Court of the United Kingdom and the Court of Appeal in England and Wales: Sharing the Appellate Load, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), Supreme Courts Under Pressure, S. 155, 169 („the need to ensure that court resources are targeted properly, so that appeals from the lowest value claims [...] are allocated a proportionate amount of the civil justice system’s resources“); s. ferner *Tanfern v. Cameron-MacDonald (Practice Note)* [2000] 1 WLR 1311.

<sup>81</sup> Court statistics for England and Wales, S. 9 (<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8372/> [21.08.2023]).

<sup>82</sup> Ohne Familienverfahren und Sonderzuständigkeiten; näher Royal Courts of Justice Annual Tables – 2022 ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/991062/RCJ\\_Tables.ods](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/991062/RCJ_Tables.ods) [13.04.2022]).

<sup>83</sup> Vgl. The Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council Annual Report and Accounts 2021–2022 (<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2021-2022.pdf>), S. 91, und (<https://www.supremecourt.uk/decidedcases/index.html> [jeweils 21.08.2023]).

<sup>84</sup> Vgl. z. B. § 70 Abs. 3 FamFG.

Partei noch keine rechtsgrundsätzliche Frage aufzeigen, sondern hat nur darzulegen, dass das Rechtsmittel einen „real prospect of success“ hat.<sup>85</sup> Dafür muss das erstinstanzliche Urteil auch nur „unjust“ gewesen sein.<sup>86</sup> Im Rahmen eines *first appeal* – sei es auf Ebene der County Courts oder der Senior Courts – überwiegt daher noch die Fehlerkorrektur als Rechtsmittelpurpose,<sup>87</sup> wobei weder eine nähere Ausdifferenzierung einzelner Zulassungs- noch möglicher Aufhebungsgründe erfolgt. Jedoch kommt insbesondere dem Court of Appeal bereits im Rahmen eines *first appeal* eine – dem Revisionsgericht und der Cour de Cassation partiell vergleichbare – Supervisionsfunktion durch die Korrektur von Fehlentscheidungen und die Überwachung der nachgeordneten Gerichte zu.<sup>88</sup>

## 2. Zulassungsverfahren

Die mit den Woolf-Reformen verbundene Hoffnung einer Vereinfachung des Rechtsmittelverfahrens hat sich indes nicht umfassend realisiert. Denn die unterlegene Partei kann zunächst beim *iudex a quo* im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Zulassung des Rechtsmittels verlangen;<sup>89</sup> mit formellem Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens wird der erstinstanzliche Richter zum *functus officio* und kann das Rechtsmittel nicht mehr zulassen.<sup>90</sup> Nach dessen Ablehnung (oder – seltener<sup>91</sup> – auch unmittelbar) schließt sich ein schriftlicher Zulassungsantrag beim *iudex ad quem* an (C. P. R. 52.3(3), 52.4(1), 52.5(1)). Wird auch dieser abgelehnt, kann der Rechtsmittelführer ggf. ein *rehearing* beantragen, sofern der *iudex ad quem* im erstmaligen Ablehnungsverfahren nicht festgestellt hat, dass das Rechtsmittel „totally without merit“ ist (C. P. R. 52.4(3)). Bei Rechtsmitteln zum Court of Appeal wird – von wenigen Ausnahmefällen abgesehen – immer im schriftlichen Verfahren entschieden.<sup>92</sup>

Im Ergebnis erweist sich die Selektionswirkung in der intermediären Instanz jedoch als effektiv mit Blick auf die Entlastung der höheren Rechtsmittelgerichte. Denn im Gegensatz zum deutschen Berufungsrechtszug (vgl. § 522 Abs. 2, 3 ZPO) ist gegen eine Entscheidung, die eine *permission to appeal* zur intermediären Instanz ablehnt, kein weiteres Rechtsmittel gegeben.<sup>93</sup> Die Ablehnung der Zulassung

<sup>85</sup> C. P. R. 52.6.1.

<sup>86</sup> Vgl. C. P. R. 52.21(3)(a).

<sup>87</sup> Näher *Colley v. Council of Licensed Conveyancers* [2001] EWCA Civ 1137, [2002] 1 WLR 160 [31]; *Zuckerman*, On Civil Procedure: Principles of Practice, S. 1112 mwN.

<sup>88</sup> *Andrews*, On civil processes, Rn. 15.18 ff.

<sup>89</sup> C. P. R. 52.3(3); vgl. näher auch *Monrie v. Hopkins (no 2)* [2017] EWHC 645 (Q. B.); [2017] 1 WLR 3587 [11] ff.

<sup>90</sup> *Monrie v. Hopkins (no 2)* [2017] EWHC 645 (Q. B.); [2017] 1 WLR 3587 [11]–[15].

<sup>91</sup> Obwohl es keine formell bindende Regel gibt, den Antrag zunächst beim *iudex a quo* zu stellen, entspricht es der Konvention, zunächst den sachnäheren Richter entscheiden zu lassen, vgl. *Re T (A Child)* [2002] EWCA Civ 1736; *Manning*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 2–314 f.

<sup>92</sup> Vgl. die 2016 erfolgten Änderungen durch die Civil Procedure (Amendment No. 3) Rules 2016 (SI 2016/788) sowie C. P. R. 52.5(1) und (2).

<sup>93</sup> Sec. 54(4) Access to Justice Act 1999 („No appeal may be made against a decision of a court

des *first appeal* ist verfahrensabschließend („the end of the road“)<sup>94</sup> und muss – weil eine Individualverfassungsbeschwerde als Kontrollinstanz nicht existiert – auch nicht umfassend begründet werden.<sup>95</sup> Aussichtslose Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung können damit von den Obergerichten ferngehalten werden.<sup>96</sup>

### 3. Entscheidung über die Zulassung

Die Zulassungsentscheidung folgt dem sog. *test for granting permission* gem. C. P. R. 52.6(1). Eine Zulassung erfolgt, sofern die Sache nicht unwesentliche Erfolgsaussichten („a real prospect of success“<sup>97</sup>) hat bzw. es eine sonstige „compelling reason“ gibt, worunter auch die Grundsatzbedeutung oder das Bedürfnis nach Rechtsfortbildung gefasst werden.<sup>98</sup> Grundlage für die Zulassungsentscheidung ist jedoch keine detaillierte Analyse, ob das Rechtsmittel auch im Ergebnis Erfolg haben wird, sondern eine summarische Prognoseentscheidung, die in der Regel im schriftlichen Verfahren erfolgt.<sup>99</sup> Dem Gericht kommt dabei ein nicht-justiziables Ermessen zu,<sup>100</sup> wobei die Zulassung auch auf Teile des Verfahrens begrenzt oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann.<sup>101</sup>

### 4. Entscheidungskompetenz

Wurde das Rechtsmittel zugelassen, steht dem appeal-Gericht eine umfassende Entscheidungs- und Selbsteintrittskompetenz („all the powers of the lower court“; C. P. R. 52.20.(1)) zu.<sup>102</sup> War die Vorinstanz ein Gericht für Rechts- und Tatfragen,

---

under this section to give or refuse permission.“); s. ferner *Riniker v. University College London* [2001] 1 WLR 13 [6] und [10] ff.

<sup>94</sup> *Andrews*, On civil processes, Rn. 15.16; s. ferner *Moyse v. Regal Partnerships Ltd.* [2004] EWCA Civ 1269 [31].

<sup>95</sup> Einzelheiten bei *Andrews*, On civil processes, Rn. 15.17 mit Verweis auf *R v. South Oxfordshire DC* [2018] EWCA Civ 860; [2018] 1 WLR 5161 [35]; *North Range Shipping Ltd v. Seatrans Shipping Corporation* [2002] EWCA 405.

<sup>96</sup> *Bowman*, Review of the Court of Appeal (Civil Division), S. 30. Eine eng begrenzte Ausnahme in Form eines außerordentlichen Rechtsbehelfs besteht nach Ansicht des Court of Appeal, sofern die Zulassungsentscheidung selbst mit einer „serious procedural irregularity“ behaftet und daher willkürlich ist (vgl. *Patel v. Mussa* [2015] EWCA Civ 343; [2015] 1 WLR 4788). Dies ist etwa bei einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren möglich (näher *Manning*, in: Burton [Hrsg.], Civil Appeals, Rn. 2–314; *Gregory v. Turner* [2003] EWCA Civ 183; [2003] 1 WLR 1149; *CGU Int. Insurance Plc. v. AstraZeneca Ins. Co. Ltd* [2006] EWCA Civ 1340).

<sup>97</sup> Im Gegensatz zum „fanciful prospect of success“; vgl. *Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 110 mwN.

<sup>98</sup> Vgl. *Smith v. Cosworth Casting Processes Ltd. (Practice Note)* [1997] 4 ALLER 840; [1997] 1 WLR 1538.

<sup>99</sup> *Manning*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 2–343 mwN.

<sup>100</sup> Näher *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 13–007f.

<sup>101</sup> Vgl. C. P. R. 52.6(2).

<sup>102</sup> Gem. sec.15(3) Supreme Court Act 1981 (c. 54) hat insbesondere der Court of Appeal „all the authority and jurisdiction of the court or tribunal from which the appeal was brought.“

kommt auch der Appellationsinstanz diese Befugnis zu,<sup>103</sup> wobei das Rechtsmittelgericht die vorinstanzliche Entscheidung bestätigen, aufheben, abändern, zur neuen Verhandlung zurückverweisen oder insgesamt ein *new trial* anordnen kann.<sup>104</sup> Obwohl dabei eine klare Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen nach kontinentaleuropäischer Prägung im englischen Recht nicht existiert, ist bereits der erste, als *review* ausgestaltete (vgl. C. P. R. 52 und PD 52A–E) *appeal* weitgehend auf eine Rechtsfehlerkontrolle (in iure) beschränkt, weil der Berufungsrichter nach Ansicht des Court of Appeal in keiner besseren Position zur Überprüfung von Tatfragen gegenüber dem Ausgangsgericht ist:

„In appeals against conclusions of primary fact the approach of an appellate court will depend upon the weight to be attached to the findings of the judge and that weight will depend upon the extent to which, as the trial judge, the judge has an advantage over the appellate court; the greater that advantage the more reluctant the appellate court should be to interfere.“<sup>105</sup>

In aller Regel nimmt das Rechtsmittelgericht die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen daher als gegeben an und berücksichtigt keine Zeugenaussagen (oral evidence) und vorinstanzlich nicht vorgebrachte Beweismittel.<sup>106</sup> Die Bindung an die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung entfällt nur, wenn dem iudex a quo ein schwerwiegender Fehler bei der Sachverhaltsermittlung unterlaufen ist („plainly wrong“),<sup>107</sup> wobei das Rechtsmittelgericht bei *documentary evidence* in den Gerichtsakten tendenziell noch eher zu einer Neubewertung neigt als bei Zeugenaussagen.<sup>108</sup> Auch neue Beweismittel (fresh evidence) können nur unter sehr engen Voraussetzungen zum Gegenstand des appeal-Verfahrens gemacht werden (vgl. CPR 52.21(2)(b)).<sup>109</sup> Neue Erwägungen sachlicher oder rechtlicher Natur, die

<sup>103</sup> Näher *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 272.

<sup>104</sup> Vgl. C. P. R. 52.20(2).

<sup>105</sup> *Assicurazioni Generali Spa v. Arab Insurance Group* [2002] EWCA Civ 1642; [2003] 1 WLR 577 [46]; *Watt v. Thomas* [1947] AC 484, 487. Noch stärker in *Fage UK Ltd v. Chobani Ltd* [2014] EWCA Civ 5 [114] (per *Lewison* L.J.): „Duplication of the trial judge’s role on appeal is a disproportionate use of the limited resources of an appellate court, and will seldom lead to a different outcome in an individual case. [...] In making his decisions the trial judge will have regard to the whole of the sea of evidence presented to him, whereas an appellate court will only be island hopping. [...] The atmosphere of the courtroom cannot, in any event, be recreated by reference to documents (including transcripts of evidence).“

<sup>106</sup> C. P. R. 52.21(2): die Kompetenz zur Erhebung von oral evidence kommt ausschließlich dem trial court zu; s. auch *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 283 f.; bildlich *Fage UK Ltd v. Chobani Ltd* [2014] EWCA Civ 5 [114] (per *Lewison* L.J.): „The trial is not a dress rehearsal. It is the first and last night of the show.“

<sup>107</sup> *McGraddie v. McGraddie* [2013] UKSC 57; [2013] 1 WLR 2477; *Henderson v. Foxworth Investment Ltd* [2014] UKSC 41; [2014] 1 WLR 2600; Einzelheiten bei *Stürmer*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 231 ff.

<sup>108</sup> *Andrews*: Judicial Decisions and the Duty to Give Reasons: the English Experience, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 49, 52 f.

<sup>109</sup> Grundlegend *Ladd v. Marshall* [1954] 1 WLR 1489: „In order to justify the reception of fresh evidence or a new trial, three conditions must be fulfilled: first, it must be shown that the

nicht bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens waren, sind in der Regel ebenfalls vor dem Rechtsmittelgericht ausgeschlossen.<sup>110</sup>

## IV. Second und third appeals

### 1. Second appeal zum Court of Appeal

Durch die Unanfechtbarkeit einer Ablehnung des appeal im ersten Rechtsmittelzug<sup>111</sup> wird die Zahl potenzieller Verfahren in den höheren Instanzen bereits deutlich dezimiert. Alle *second appeals* werden daher vom Court of Appeal als zentralem Appellationsgericht entschieden, sofern dieser nicht bereits für den ersten *appeal* gegen Entscheidungen des High Court zuständig war.<sup>112</sup> Ein zweiter *appeal* soll nach Vorstellungen des Gesetzgebers die Ausnahme bleiben<sup>113</sup> und ist nur zulässig, sofern das Rechtsmittel vom Court of Appeal als *iudex ad quem* zugelassen wurde. Dies verdeutlicht die starke Stellung des Court of Appeal als zentrales Appellationsgericht, weil nur dieser einen *second appeal* zulassen kann und an eine dennoch ausgesprochene Zulassung durch den *iudex a quo* nicht gebunden ist.<sup>114</sup>

Gem. sec. 55(1) Access to Justice Act 1999<sup>115</sup> findet eine Zulassung nur bei rechtlich oder wirtschaftlich bedeutsamen Fällen statt. Erforderlich ist – neben Erfolgsaussichten in der Sache – entweder „an important point of principle or practice“ oder eine „other compelling reason“, wobei dem Court of Appeal ein breiter Ermessensspielraum zukommt.<sup>116</sup> In *Tanfern*<sup>117</sup> ordnete der Court of Appeal die Anforderungen für einen *second appeal* nach den Woolf-Reformen neu. Danach

---

evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial: second, the evidence must be such that, if given, it would probably have an important influence on the result of the case, though it need not be decisive: thirdly, the evidence must be such as is presumably to be believed, or in other words, it must be apparently credible, though it need not be incontrovertible.“ S. ferner *Riyad Bank v. Abli United Bank (UK) plc* [2005] EWCA Civ 1419 [26] ff; *Noble v. Owens* [2010] EWCA Civ 224; [2010] 1 WLR 2491.

<sup>110</sup> *Wilson v. Liverpool Corporation* [1971] 1 WLR 302: „[...] if a point is not taken in the court of trial, it cannot be taken in the appeal court unless that court is in possession of all the material necessary to enable it to dispose of the matter finally, without injustice to the other party, and without recourse to a further hearing below.“ S. ferner *Jones v. Environcom Ltd.* [2011] EWCA Civ 1152.

<sup>111</sup> S. o. sub § 10. III. 3.

<sup>112</sup> Näher *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 13.026.

<sup>113</sup> Vgl. *Bowman*, Review of the Court of Appeal (Civil Division), S. 26, 42f.

<sup>114</sup> Die durch den *iudex a quo* ausgesprochene Zulassung ist unwirksam („nullity“; *Clark v. Perks* [2001] 1 WLR 17 [15]). Zu den Entscheidungskompetenzen des Court of Appeal vgl. bereits näher sub § 10. III. 4.

<sup>115</sup> „No appeal may be made to the Court of Appeal from that decision unless the Court of Appeal considers that – (a) the appeal would raise an important point of principle or practice, or (b) there is some other compelling reason for the Court of Appeal to hear it.“ Vgl. zudem C. P. R. 52.7 sowie PD 52C para. 5A.

<sup>116</sup> Vgl. C. P. R. 52.7(2).

<sup>117</sup> *Tanfern Ltd. v. Cameron-Macdonald & Anor* [2000] EWCA Civ 3023.

reichen selbst erhebliche Erfolgsaussichten oder eine Divergenz zwischen erst- und zweitinstanzlichem Gericht (*contra duae conformes*) nicht für eine Zulassung, sofern keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung des Falles dargelegt werden kann.<sup>118</sup> Idealerweise soll der Court of Appeal daher – vergleichbar dem UK Supreme Court selbst – nur noch Verfahren von grundsätzlicher Bedeutung entscheiden, welche einen Beitrag zur Fortentwicklung der Rechtsordnung leisten.<sup>119</sup>

## 2. *Second oder third appeal zum UK Supreme Court*

Gem. sec. 40(2) Constitutional Reform Act 2005 ist der Supreme Court das oberste Rechtsmittelgericht gegen alle zivilrechtlichen Entscheidungen des Court of Appeal (mit Ausnahme von Entscheidungen, in denen dieser die Zulassung eines Rechtsmittel abgelehnt hat, vgl. sec. 54(4) Access to Justice Act 1999).<sup>120</sup> Ein Verfahren erreicht den Supreme Court mithin nur dann, wenn dieses zuvor vom Court of Appeal im Rahmen eines *first appeal* (wenn das Verfahren vor dem High Court seinen Anfang nahm) oder als *second appeal* (wenn das Verfahren vor den County Courts begann) verhandelt wurde. In engen Ausnahmefällen kann zudem ein *leapfrog appeal* direkt gegen die erstinstanzliche Entscheidung erfolgen.<sup>121</sup> Diese Verfahrensgestaltung hat erheblichen Einfluss auf das appeal-Verfahren, da z. B. Fälle einer horizontalen Rechtssatzdivergenz bereits durch den Court of Appeal entschieden werden.

Seit 1934 ist ein appeal nur zulässig, wenn der Court of Appeal eine *permission* gewährt hat oder der Supreme Court eine solche selbst erteilt.<sup>122</sup> Der Court of Appeal nimmt diese Kompetenz indes nur in sehr wenigen Fällen wahr<sup>123</sup> und respektiert damit die Entscheidungsgewalt des Supreme Court, seine Arbeitsbelastung selbst zu steuern.<sup>124</sup> Im Gegensatz zu *first appeals* ist jedoch zwingend zunächst eine *permission* beim iudex a quo zu beantragen.<sup>125</sup> Es entspricht dabei dem

<sup>118</sup> *Tanfern Ltd. v. Cameron-Macdonald & Anor* [2000] EWCA Civ 3023 [42] (per Brooke L. J.): „The decision of the first appeal court is now to be given primacy unless the Court of Appeal itself considers that the appeal would raise an important point of principle or practice, or that there is some other compelling reason for it to hear this second appeal.“

<sup>119</sup> Vgl. umfassend *Clark v. Perks* [2001] 1 WLR 17.

<sup>120</sup> Näher *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–005.

<sup>121</sup> Einzelheiten bei *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–004 sowie noch sub § 13. II. 1. b) aa).

<sup>122</sup> Vgl. § 40(6) Constitutional Reform Act 2005; Einzelheiten bei *Blom-Cooper/Dickson/Drewry*, The Judicial House of Lords 1876–2009, S. 52 ff.

<sup>123</sup> *Andrews*, On Civil Processes, Rn. 15.121.

<sup>124</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–023. Exemplarisch dazu etwa *Taylor v. Lawrence* [2002] EWCA Civ [46] f.: „In the case of an appeal to the House of Lords it is not enough to show a sufficient prospect of the appeal succeeding. The would-be appellant has to show in addition that the case is of such importance that it justifies the attention of the House of Lords. It is the House of Lords which is the best judge of whether a particular case meets this test. It is the House of Lords which is the best judge of whether its limited judicial resources are properly deployed in hearing a particular appeal. That is why this court rarely exercises its jurisdiction to give permission to appeal to the House of Lords.“

<sup>125</sup> S. C. R. 10(2).

historisch gewachsenen Selbstverständnis der Richterschaft am Supreme Court – in Tradition des House of Lords –, dass deren Tätigkeit vornehmlich am öffentlichen Interesse an der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung ausgerichtet ist und die Fehlerkorrektur unterinstanzlicher Entscheidungen keine Zulassung rechtfertigt.<sup>126</sup>

„In its role as a supreme court the House must necessarily concentrate its attention on a relatively small number of cases recognised as raising legal questions of general public importance. It cannot seek to correct errors in the application of settled law, even where such are shown to exist.“<sup>127</sup>

Daher spricht eine präsumtive Vermutung gegen eine Zulassung des appeal. Aufgabe des Rechtsmittelführers ist es, die Richterschaft von der Verhandlungswürdigkeit des Falles zu überzeugen, wobei der Supreme Court nur dann korrigierend eingreift, wenn er dies für unbedingt erforderlich erachtet: „The Supreme Court is a judicial resource that is sparingly used.“<sup>128</sup>

#### a) Zulassungskriterien

Diese exponierte Stellung des UK Supreme Court wird durch den Umstand verstärkt, dass der Constitutional Reform Act 2005 die nähere Ausgestaltung des appeal-Verfahrens mehrheitlich den vom Präsidenten des Supreme Court erlassenen *Supreme Court Rules* (S. C. R.)<sup>129</sup> und den diese ergänzenden *Practice Directions* (PD) überantwortet. Die Ausgestaltung der – ohnehin durch richterliches Ermessen geformten – Zulassungskriterien obliegt damit dem Höchstgericht selbst, wobei die maßgebliche UKSC PD 3.3.3 die Bedeutung des appeal-Verfahrens im öffentlichen Interesse hervorhebt:

„Permission to appeal is granted for applications that, in the opinion of the Appeal Panel, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the Supreme Court at that time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal. An application which in the opinion of the Appeal Panel does not raise such a point of law is refused on that ground.“<sup>130</sup>

Eine nähere Definition der Zulassungsgründe existiert dagegen nicht, da in der englischen Richterschaft ohnehin der Gedanke vorherrscht, eine abstrakte Definition ‚verhandlungswürdiger‘ Fälle existiere nicht<sup>131</sup> und auch in der Rechts-

<sup>126</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–002.

<sup>127</sup> *R v. Secretary of State For Trade and Industry ex Parte Eastaway* [2000] UKHL 56; [2000] 1 WLR 2222 (per L. J. Bingham).

<sup>128</sup> *Partington*, Introduction to the English Legal System, S. 231.

<sup>129</sup> Die Kompetenz zum Erlass der S. C. R. und die nähere Verfahrensausgestaltung folgt aus sec. 45 Constitutional Reform Act 2005. Gem. sec. 46(3) Constitutional Reform Act 2005 unterliegen die S. C. R. in gewissem Umfang der Kontrolle durch das Parlament.

<sup>130</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>131</sup> Z. B. *In re Wilson* [1985] 1 AC 750, 756 (per Lord Roskill); umfassend *Dickson* 123 L. Q. R. 571, 586 f. (2007).

wissenschaft insoweit kein weiterer Klärungsbedarf gesehen wird. Es handelt sich vielmehr um eine komplexe Abwägungsentscheidung, bei der dem Supreme Court ein hohes Maß an richterlichem Ermessen zukommt, das losgelöst von Parteiinteressen ausübt wird:

„Public importance‘ must be weighed against features of the particular litigation, costs, possible delays, triviality of subject matter, etc. Given a system which stipulates that leave is necessary, it is probably more desirable that the flexible criteria should be applied impressionistically from case to case rather than that rigid rules should be drawn up. The fetish of ‚certainty‘ is not the ultimate virtue here.“<sup>132</sup>

Im Unterschied zur kontinentaleuropäischen, insbesondere zur deutschen<sup>133</sup> Rechtstradition wird die rechtliche Einhegung des Zugangs zum Höchstgericht folglich nicht nur für rechtlich unmöglich, sondern auch für nicht erstrebenswert erachtet und die Flexibilität des Höchstgerichts bei der Fallselektion hervorgehoben. In der Rechtsprechung finden sich daher häufig nur Anhaltspunkte dafür, welche Aspekte eine Zulassung *nicht* rechtfertigen: So hat der UK Supreme Court mehrfach betont, dass eine Nachprüfung von Tatsachenfeststellungen und prozessualen Ermessensentscheidungen durch die Untergerichte im Regelfall nicht erfolgt.<sup>134</sup> Auch sonstige prozessuale Fragen oder Kostenentscheidungen werden in der Regel nicht beantwortet (vgl. S. C. R. 2(3): „[...] unnecessary disputes over procedural matters are discouraged“).<sup>135</sup> Selbst die grobe Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Urteils bei der Tatsachenermittlung oder der Rechtsanwendung reicht allein nicht aus, da der UK Supreme Court kein „court of errors and corrections“ ist.<sup>136</sup>

Maßgebliches Kriterium neben der rechtsgrundsätzlichen Bedeutung der Sache dürften jedoch die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels sein. Folglich kann die Zulassung auch dann versagt werden, wenn zwar eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung gegeben ist, das Rechtsmittel aber im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg hat. Hier zeigt sich die von Pragmatismus getragene Tendenz des UK Supreme Court, eine umfangreiche mündliche Verhandlung nicht durchzuführen, wenn das Urteil im Ergebnis Bestand hat und nur zu einer verzögerten Entscheidung des Rechtsstreits und weiteren Verfahrenskosten führt.<sup>137</sup> Auch wirtschaftliche und

<sup>132</sup> *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. 146.

<sup>133</sup> Vgl. oben sub § 3. I. 1. d) cc) sowie § 4. I.

<sup>134</sup> *Global Torch Ltd. v. Apex Global Management (No. 2)* [2014] UKSC 64 [39]; *Flood v. Times Newspapers Ltd (2012)* [2012] UKSC 11; [2012] 2 AC 273 [105] mit Verweis auf *In re Grayan Building Services Ltd* [1995] Ch 241, 254 (per *Hoffmann* L.J.): „generally speaking, the vaguer a standard and the greater the number of factors which the court has to weigh up in deciding whether or not the standards [i. e. the relevant legal standards or test] have been met, the more reluctant an appellate court will be to interfere with the trial judge’s decision“.

<sup>135</sup> *Birkett v. James* [1978] AC 297 [317]; *Callery v. Gray (Nos 1 & 2)* [2002] 1 WLR 2000, 2005.

<sup>136</sup> Näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 363 mwN.

<sup>137</sup> Beachte aber auch die Ausführungen von Lord *Roskill* zu *In re Wilson* [1985] 1 AC 750, 756.

prozessökonomische Aspekte können bei der Zulassungsentscheidung eine Rolle spielen: Während eine überragende wirtschaftliche Bedeutung – insbesondere im Bank-, Versicherungs- und Kapitalmarktrecht – die Zulassung des appeal legitimieren kann,<sup>138</sup> wurde etwa in *Chapman v. Honig* die Zulassung durch das House of Lords mit der Begründung verweigert, dass der Beschwerdeführer selbst im Falle des Obsiegens vom (mittellosen) Gegner nicht einmal die Verfahrenskosten ersetzt bekommen hätte.<sup>139</sup>

Der Antrag kann zudem zurückgewiesen werden, weil die aufgeworfene Rechtsfrage für das Streitverfahren nicht (mehr) entscheidungserheblich und damit hypothetischer Natur ist.<sup>140</sup> „Academic appeals“ werden vom Rechtsmittelgericht nicht entschieden,<sup>141</sup> wobei Ausnahmen im öffentlichen Interesse anerkannt sind, sofern dem Verfahren Mustercharakter für eine Vielzahl zukünftiger Streitigkeiten und eine „general public importance“ zukommt.<sup>142</sup> Dies veranlasste den UK Supreme Court etwa dazu, in *Al Rawi v. Security Service*<sup>143</sup> zu verschiedenen Fragen der Geheimhaltungspflicht im Zivilprozess (sog. closed material procedure) zu judizieren, obwohl die Parteien den Rechtsstreit vor Durchführung der mündlichen Verhandlung bereits durch Vergleich erledigt hatten. Dabei kommt dem Gericht jedoch ein weitreichendes Ermessen zu.<sup>144</sup>

#### b) Zulassungsverfahren

Wurde nicht schon vom Court of Appeal eine permission ausgesprochen, erfolgt die Zulassung durch eine *permission to appeal (PTA) application*. UKSC PD 3 legt dabei spezifische Formvorgaben an Inhalt und Umfang des Antrags fest, dessen Ausarbeitung meist einem spezialisierten *barrister*<sup>145</sup> überantwortet ist. Über den Antrag wird von einem flexibel zusammengesetzten *appeal panel* (aus regelmäßig drei Richtern<sup>146</sup>) entschieden. Dieser kann den Antrag bei formellen Fehlern als unzulässig verwerfen oder in die Sachprüfung eintreten.<sup>147</sup> Die Entscheidung er-

<sup>138</sup> Jüngst etwa *Alize 1954 v. Allianz Elementar Versicherungs AG* [2021] UKSC 51.

<sup>139</sup> *Chapman v. Honig* [1963] 1 WLR 19, 24 (per Lord Denning).

<sup>140</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–024 mwN.

<sup>141</sup> Grundlegend *Sun Life Assurance Co of Canada v. Jervis* [1944] 1 ALLER 469, 470.

<sup>142</sup> *Ainsbury v. Millington* [1987] 1 ALLER 929, 931.

<sup>143</sup> [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531.

<sup>144</sup> Einzelheiten bei *Hutcheson v. Popdog Ltd.* [2011] EWCA Civ 1580. Eine weitere Ausnahme ist anerkannt, wenn die britische Regierung am Verfahren beteiligt ist, vgl. *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salem* [1999] 1 AC 450 (per Lord Slynn): „in a cause where there is an issue involving a public authority as to a question of public law, your Lordships have a discretion to hear the appeal, even if by the time the appeal reaches the House there is no longer a lis to be decided which will directly affect the rights and obligations of the parties inter se.“ Weiterführend *Andrews*, On civil processes, Rn. 15.04, 15.91 ff. mit Verweis auf *Bowman v. Fels* [2005] EWCA 226 Civ; [2005] 1 WLR 3083 [7] ff.

<sup>145</sup> Eine spezialisierte Anwaltschaft vor dem UK Supreme Court existiert nicht. Regelmäßig treten dort jedoch Queen’s Counsel/King’s Counsel als besonders erfahrene und qualifizierte Prozessanwälte auf.

<sup>146</sup> Vgl. UKSC PD 3.1.1.

<sup>147</sup> UKSC PD 3.3.1; *Downes*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 5–232 ff.

geht im schriftlichen Verfahren,<sup>148</sup> wobei in Ausnahmefällen eine mündliche Verhandlung über den Zulassungsantrag angesetzt werden kann.<sup>149</sup> In der Regel soll innerhalb von acht Wochen über den Antrag entschieden werden.<sup>150</sup> Da die Zulassung allein im Ermessen des Höchstgerichts steht, kommt auch eine *permission to appeal on terms* (d. h. unter der Auflage bestimmter, noch zu erfüllender Voraussetzungen) in Betracht.<sup>151</sup>

Wird die Zulassung abgelehnt, erfolgt meist nur eine kurze, formelhafte Begründung,<sup>152</sup> die keine präjudizielle Wirkung hat. Denn mit der Nichtannahme des appeal geht keine Billigung der vorinstanzlichen Entscheidung einher, sondern nur die Feststellung, dass kein „arguable point of law of general public importance“ dargelegt wurde und eine Entscheidung des UK Supreme Court daher nicht notwendig ist.<sup>153</sup>

### c) Mündliche Verhandlung

Wurde der *appeal* ganz oder teilweise gestattet, schließt sich das Rechtsmittelverfahren unmittelbar an,<sup>154</sup> in dem regelmäßig mündlich verhandelt wird.<sup>155</sup> Im Grundsatz können die Parteien dabei jede fehlerhafte Rechtsanwendung der Vorinstanz rügen – sei es eine fehlerhafte Anwendung von statutes, sei es eine falsche Applikation bzw. Erweiterung des bestehenden case law. Da eine strikte Trennung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen nicht existiert, können theoretisch auch die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen zum Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gemacht werden, auch wenn dies in der Praxis kaum erfolgt, da die Zulassung eines appeal einen „arguable point of law of general public importance“ erfordert (UKSC PD 3.3.3). Spezielle Rügegründe existieren dabei ebenso wenig wie eine trennscharfe Differenzierung zwischen Rechts- und Verfahrensfehlern;

<sup>148</sup> S. C. R. 16(1); UKSC PD 3.1.1; vgl. jedoch auch die Möglichkeit eines *referral* in UKSC PD 3.3.12.

<sup>149</sup> UKSC PD 3.3.12; *Andrews*, On Civil Processes, Rn. 15.121.

<sup>150</sup> UKSC PD 3.4.3. Die Entscheidungen über die Zulassung des appeal werden monatsweise online verfügbar gemacht, vgl. <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal.html> [21.08.2023]. Eine Zurücknahme der permission ist nur mit Zustimmung aller Parteien und einer Einigung über die Kosten möglich. Gleiches gilt bei einem appeal, der noch nicht für die mündliche Verhandlung terminiert wurde (umfassend *Downes*, in: Burton [Hrsg.], *Civil Appeals* Rn. 5–1000f.). Wurde bereits eine mündliche Verhandlung bestimmt, muss auch das Gericht der Rücknahme zustimmen (aaO, Rn. 5–1002f.).

<sup>151</sup> Einzelheiten bei *Leabeater et al.*, *Civil appeals – Principle and Procedure*, Rn. 18–036. Vgl. zudem UKSC PD 3.3.5 zur „permission given outright“ bei offensichtlich begründeten Rechtsmitteln.

<sup>152</sup> Z. B.: „Permission to appeal is refused because the application does not raise an arguable point of law.“ bzw. „In the opinion of the Committee the petition did not disclose a point of law which merited an appeal to the House.“ Vgl. zudem UKSC PD 3.3.3 S. 2; *Andrews*, *The Supreme Court of the United Kingdom: a selective tribunal with the final say in most matters*, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 37, 41.

<sup>153</sup> UKSC PD 3.3.3.

<sup>154</sup> Prozessuale Einzelheiten bei *Leabeater et al.*, *Civil appeals – Principle and Procedure*, Rn. 18–039ff. mwN.

<sup>155</sup> *Leabeater et al.*, *Civil appeals – Principle and Procedure*, Rn. 18–057ff.

dementsprechend ist die wissenschaftliche Durchdringung der Thematik – verglichen mit dem Revisions- und Kassationsrecht – rudimentär. Auch die für den englischen Rechtsmittelprozess spezifische Argumentations- und Begründungsstruktur basiert überwiegend nicht auf legislativer Anordnung, sondern auf Konvention und Erfahrung, die an die Besonderheiten des jeweiligen Falles angepasst wird.

#### d) Entscheidungskompetenz

Über den appeal entscheidet nie das Plenum des UK Supreme Court, sondern ad hoc-panels, die aus fünf Richtern, bei besonders wichtigen Verfahren auch aus sieben bis elf Richtern bestehen.<sup>156</sup> Da dem englischen Recht das Konzept des gesetzlichen Richters kontinentaleuropäischer Prägung grundsätzlich fremd ist, können diese fallabhängig mit Blick auf die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zusammengesetzt werden. Diese flexible Verfahrensstruktur setzt sich in der Entscheidungsfindung fort: Gem. sec. 40(5) Constitutional Reform Act 2005 hat der Supreme Court eine umfassende Entscheidungskompetenz („power to determine any question necessary to be determined for the purposes of doing justice in an appeal“), weshalb die Verfahrensbeendigung gesetzlich nicht vorgezeichnet ist. Vielmehr kommt dem Supreme Court ein umfassendes, nicht näher ausdifferenziertes Ermessen zum Verfahrensfortgang zu: Er kann – auch mit einer anderen Begründung als die Vorinstanz – nicht nur den appeal zurückweisen oder das Urteil aufheben und an die Vorinstanz zurückverweisen, sondern zudem unmittelbar eine neue mündliche Verhandlung anordnen bzw. dem Instanzgericht Instruktionen zum weiteren Verfahren erteilen.<sup>157</sup>

#### e) Begründungsstil

Auch hinsichtlich des Begründungsstils des UK Supreme Court – wie auch des Court of Appeal – bestehen deutliche Divergenzen zum Revisions- und Kassationsmodell. Dieser ist in England noch immer vom Gedanken eines „reasoning from case to case“ geprägt und adaptiert – da die höhere Richterschaft vorrangig aus den Reihen der von der Gerichtspraxis geprägten *barristers* rekrutiert wird – weder die wissenschaftliche Methode der Rechtsfindung in deutscher Tradition noch die aus der Stellung der Cour de Cassation erwachsende, verkürzte französische Entscheidungstechnik.<sup>158</sup> Sie basiert, wie vieles im englischen Prozessrecht, im Schwerpunkt noch immer auf Tradition und Konvention.<sup>159</sup>

Obschon heutzutage auch in England viele Rechtsbereiche erschöpfend gesetzlich determiniert sind, steht die präzise Herausarbeitung des existierenden case law

<sup>156</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–003.

<sup>157</sup> Vgl. S. C. R. 29(1).

<sup>158</sup> Näher bereits *Kötz RabelsZ* 1973, 245, 252f.

<sup>159</sup> *Andrews*, Judicial Decisions and the Duty to Give Reasons: the English Experience, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 49, 52.

und dessen Anwendung auf den konkreten Fall (insbesondere durch die Differenzierung zwischen *ratio decidendi* und *obiter dicta* vorgehender Entscheidungen) noch immer im Vordergrund. Auch das *reasoning by example* ist axiomatischer Kernbestandteil der Rechtsprechung englischer Obergerichte.<sup>160</sup> Dies macht eine ausführliche – teilweise pleonastische – Beschreibung des Lebenssachverhalts (factual background), der Prozessgeschichte (proceedings below), der anwendbaren Rechtsnormen (legal context) und des existierenden Fallrechts sowie ökonomischer und soziokultureller Hintergründe notwendig, wohingegen sich das kontinentaleuropäische Ideal eines kondensierten Sachberichts nicht durchsetzen konnte und die Entscheidungen des UK Supreme Court regelmäßig 30–40 Seiten überschreiten. Da im englischen Recht zu keinem Zeitpunkt eine legislatorische oder wissenschaftliche Rationalisierung der Rechtsschöpfung in kontinentaleuropäischer Rechtstradition stattgefunden hat, kann das englische Verfahrensrecht – im Kontrast zum französischen – auch freimütig zugestehen, dass Höchstgerichte durch Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung selbst ‚Recht‘ schaffen,<sup>161</sup> was abermals den pragmatischen Ansatz des UK Supreme Court bei der Lösung ungeklärter Rechtsfragen verdeutlicht.

Die geringe Richterzahl an den englischen Obergerichten rückt zudem deren Persönlichkeit stärker in den Vordergrund der Entscheidungsfindung und bildet damit einen Kontrast zum Kassations- und Revisionsmodell eines anonymen Kollegialrichterorgans mit seinem nüchternen, idealiter von subjektiven Einfärbungen vollständig befreiten Entscheidungsstil.<sup>162</sup> Die Urteilsbegründung ist noch immer vom lebensnahen Blick des berichterstattenden Richters („in my judgment“) und der (formellen) Existenz von Einzelvoten (seriatim opinions)<sup>163</sup> geprägt, wobei das Urteil nicht aus sich selbst heraus Autorität gewinnen will, sondern den Leser in Form eines diskursiven Rechtsgesprächs von der Richtigkeit der Entscheidung überzeugen und Gegenargumente antizipiert entkräften möchte. Dissenting opinions finden sich – im Gegensatz zum US Supreme Court – dagegen eher selten, weil die Richterschaft noch eher um einen Konsens bemüht zu sein scheint.<sup>164</sup>

Obwohl die Judikate des UK Supreme Court daher in historischer Perspektive von der argumentativ-diskursiven Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung des bestehenden case law und unter Einschluss ökonomischer und sozio-kultureller Faktoren geprägt sind, hat sich in der Rechtsprechungstätigkeit der letzten Jahrzehnte ein – behutsamer – Funktionswandel im Entscheidungsstil niederge-

<sup>160</sup> Jolowicz, On Civil Procedure, S. 285.

<sup>161</sup> Kötz RabelsZ 1973, 245, 253.

<sup>162</sup> Dementsprechend stellt das Urteil den Namen des die Entscheidung verfassenden Richters (sowie den der Entscheidung zustimmenden) dem Urteilstext voran.

<sup>163</sup> Hierzu näher Maultzsch, Einheitsvoten und Votenmehrheit als Begründungsformen für höchstgerichtliche Zivilentscheidungen, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, S. 499, 503 ff.

<sup>164</sup> Umfassend zum englischen Recht Jolowicz, On Civil Procedure, S. 281 f.; vgl. zu den USA noch sub § 11. II. 6.

schlagen. Da die Zulassung eines second appeal stets eine bedeutsame, ungeklärte Rechtsfrage erfordert, erfolgt tendenziell eine stärkere argumentative Abstraktion bei der Entscheidungsfindung, weil das Urteil auf die Lösung dieser Rechtsfrage zugeschnitten ist. Diese wird dem Leser als ‚Ergebnis‘ der Rechtsfindung präsentiert (conclusion), auch wenn damit nicht annäherungsweise der Abstraktionsgrad von revisionsgerichtlichen Leitsätzen verbunden ist.<sup>165</sup> Korrelierend wird auch auf der Internetpräsenz des UK Supreme Court jeder Entscheidung die relevante Rechtsfrage in Form eines abstrakten Obersatzes vorangestellt.<sup>166</sup> Bei besonders bedeutsamen Verfahren ist der UK Supreme Court sogar dazu übergegangen, abstrakte Leitlinien an die unteren Instanzen in Form eines *test case* vorzugeben.<sup>167</sup>

## V. Bewertung

### 1. Rechtsmittelverständnis im englischen Recht

Das englische Zivilverfahrensrecht ist rechtsmittelavers. Während im deutschen Zivilprozess teilweise bis zu vier Instanzen zur Verfügung stehen (Individualverfassungsbeschwerde eingerechnet), werden in England über 99% der Verfahren auf der Ebene der Eingangsinstanz oder des first appeal abschließend entschieden.<sup>168</sup> Ein verfassungsrechtlich oder prozessual verbürgtes Recht auf Zugang zu den höheren Instanzen existiert nicht und wird weder von der Rechtspraxis noch von der Rechtswissenschaft als wünschenswert angesehen. Vielmehr ist die Finalität erstinstanzlicher Entscheidungen Leitgedanke des Zivilverfahrensrechts. Die – durch die Woolf-Reformen noch einmal stärker akzentuierte – Abneigung gegen eine Verfahrenswiederholung in der höheren Instanz ist dabei historisch tief verwurzelt und entspricht dem Selbstverständnis der englischen Richterschaft, der die Hierarchiestrukturen des Berufsrichtertums in Deutschland und Frankreich noch immer fremd sind. Ein juristischer Beobachter betonte daher bereits 1832:

„The only ground upon which a suitor ought to be allowed to bring the judgment of one court for examination before the members of another is the certainty or extreme probability of finding in the latter tribunal more wisdom and learning, more maturity of deliberation, and a greater capacity of sound decisions than existed in the court from which the appeal is to proceed.“<sup>169</sup>

<sup>165</sup> Vgl. jüngst *Alize 1954 v. Allianz Elementar Versicherungs AG* [2021] UKSC 51 [145] oder *R v. Luckhurst* [2022] UKSC 23 [42].

<sup>166</sup> <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html> [21.08.2023]; dies gilt auch für noch vor dem UKSC anhängige Verfahren („case summary“).

<sup>167</sup> Vgl. dazu noch sub § 13. II. 2. c).

<sup>168</sup> Dementsprechend sind erstinstanzliche Entscheidungen im Grundsatz auch trotz Einlegung eines appeal sofort vollstreckbar (kein *automatic stay*), vgl. *Andrews*, On Civil Processes, Rn. 1525 ff. mwN.

<sup>169</sup> Some observations on the necessity of reforming the judicial House of Lords, considered as the court of ultimate appeal in the administration of civil justice (1832), nachgewiesen bei *Blom-Cooper/Drewry*, Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, S. vi.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der Zugang zu den höheren Instanzen eine stark überindividuelle Prägung aufweist. Sowohl der Court of Appeal als auch im besonderen Maße der UK Supreme Court sehen sich der Rechtsfortbildung, der Rechtsvereinheitlichung und der Supervision der Untergerichte verpflichtet, wohingegen Rechtsfehler im Einzelfall als einem jeden Rechtssystem inhärentes und somit notwendiges Übel hinzunehmen sind.<sup>170</sup> Dabei ist augenfällig, dass diese Funktionszuweisung weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtswissenschaft Gegenstand vertiefter Diskussion ist oder auf ihre Legitimation hinterfragt wird. Dementsprechend existieren in der englischen rechtswissenschaftlichen Diskussion – soweit ersichtlich – auch keine Stimmen, die sich für einen Ausbau der Rechtsbehelfsmöglichkeiten im Interesse der Parteien aussprechen.<sup>171</sup>

Bemerkenswert ist zudem die noch immer sehr geringe wissenschaftliche Durchdringung des Rechtsmittelverfahrens. Kontrastierend zum deutschen und französischen Recht finden sich systematische Aufarbeitungen nur spärlich, rechtstheoretische oder rechtsvergleichende Arbeiten sind praktisch nicht vorhanden. Vielmehr herrscht – nicht zuletzt, da Rechtsmittel als Domäne der Praxis angesehen werden – noch immer ein pragmatischer Ansatz vor, bei dem das Verfahrensrecht von Fall zu Fall angewendet wird.<sup>172</sup> Dabei fehlt trotz Erlass der C.P.R. noch immer eine einheitliche Verfahrenskodifikation, da der Zugang zu den höheren Instanzen in verschiedenen Einzelgesetzen und im Rahmen von *Practice Directions* geregelt ist. Durch diese Flexibilität des Rechtsmittelrechts stellt sich eine große Zahl der aus dem Revisions- und Kassationsrecht bekannten Schwierigkeiten – der Schutz des Obergerichts vor Überlastung, die Ausgestaltung des Zugangs zum Höchstgerichts und die mitunter schwierige Ausdifferenzierung von materiellrechtlichen und prozessualen Fehlern – a limine nicht, wobei grundlegende Reformen des Verfahrensrechts auch in Zukunft nicht zu erwarten sind.

<sup>170</sup> Tendenziell aA *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 187, der aaO (S. 188) jedoch konstatiert, „[...] dass im Zuge jüngerer Entwicklungen auch in England die Funktion der Appellationsrechtsprechung einer Neubewertung unterliegt. So tendiert die höchstrichterliche englische Rechtsprechung in jüngerer Zeit durchaus dazu, das klassisch fallbezogene Vorgehen zurückzustellen, wenn eine bürokratisierte oder abstrakt-gesetzesähnliche Form der Urteilsfindung die Lösung drängender Regelungsprobleme erwarten lässt“.

<sup>171</sup> Es sind vielmehr gegenläufige Tendenzen zu beobachten: Lord Justice *Briggs* machte etwa in seinem 2016 erschienenen Bericht *Civil Courts Structure Review: Final Report* (<https://www.judiciary.uk/publications/civil-courts-structure-review-final-report/> [21.08.2023]) Vorschläge zu einer weiteren Entlastung des Court of Appeal.

<sup>172</sup> Vgl. *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 294: „Any procedural system, but especially a procedural system such as that of common law in which procedure and substance are so closely linked, must constantly seek the appropriate compromise between competing objectives. It is the English view that such a compromise is better maintained by gradual shifts in the balance of preference between one objective and another than by attempting to provide for it by legislation. The system is intended to be adaptable to changing circumstances.“

## 2. Verfahrensausgestaltung

Diese Herangehensweise steht in Kontrast zur wissenschaftlichen Methode revisionsgerichtlicher Rechtsfindung oder der Formenstrenge des französischen Kassationsverfahrens. Positiv formuliert, gelingt es der englischen Gerichtsbarkeit mit einem Bruchteil an judikativem Aufwand und ohne einen dogmatischen Überbau, die Rechtsordnung vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wandels stetig weiterzuentwickeln,<sup>173</sup> wenn auch partiell auf Kosten der Rechtssicherheit und der Individualgerechtigkeit. In dem vom Fallrecht besonders geprägten Rechtssystem Englands tritt damit das Allgemeininteresse an der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung deutlich in den Vordergrund, weil jeder höchstrichterlichen Entscheidung eine besondere Bedeutung für den Korpus des common law zukommt<sup>174</sup> und sowohl der UK Supreme Court als auch der Court of Appeal aufgrund ihrer Größe nur in einer sehr überschaubaren Zahl von Verfahren durch *binding precedents* rechtsgestaltend tätig werden können.

Die Einzelfallgerechtigkeit spielt bei der Verfahrensauswahl dagegen nur eine nachrangige Rolle; die Parteien des Ausgangsverfahrens werden in den höheren Instanzen mediatisiert.<sup>175</sup> Verfassungsrechtlich und zivilprozessual legitimiert sich dies aus dem Gedanken, dass kein Anspruch auf einen Instanzenzug besteht und jede Form einer *judicial review* über die Eingangsinstanz hinaus nur mit permission möglich ist, bei deren Erteilung den Interessen der Gesamtrechtsordnung maßgebliche Bedeutung zukommt:

„The governing concept is that a party who has had his case duly heard and determined by a court or tribunal should be content with its decision, and there is no social or political need to provide an open avenue to reverse or vary that decision except within somewhat strict limits.“<sup>176</sup>

Die englische Gerichtsstruktur bedingt zudem, dass den Court of Appeal und den UK Supreme Court regelmäßig nur vor dem High Court initiierte Verfahren mit hohem Streitwert erreichen. Dem Vorwurf, dass der Supreme Court als „aristokratische Höchstgerichtsbarkeit“<sup>177</sup> mehrheitlich für „Eliterechtsstreitigkeiten“ mit wirtschaftsrechtlichem Hintergrund zuständig ist, kann man sich folglich nicht erwehren,<sup>178</sup> weshalb der amtlichen Statistik auch überwiegend zivilrechtliche Verfahren mit gesellschafts-, versicherungs- bzw. insolvenzrechtlichem Hintergrund zu entnehmen sind.<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Zuckerman, On Civil Procedure: Principles of Practice, S. 1112.

<sup>174</sup> Vgl. Bowman, Review of the Court of Appeal (Civil Division), S. 25; Jolowicz, On Civil Procedure, S. 74 ff., 293; Woolf 7 C. J. Q. 44, 46 (1988). S. zur Publikation von Entscheidungen des UK Supreme Court und des Court of Appeal bereits sub § 7. III. 4. b).

<sup>175</sup> Ähnlich Stürner, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 44.

<sup>176</sup> Jacob, The Fabric of English Civil Justice, S. 232.

<sup>177</sup> So die Charakterisierung in der französischen Diskussion, vgl. oben sub § 9. VII.

<sup>178</sup> Vgl. C. P. R. PD 7A(2.1): In der Regel haben vor dem High Court initiierte Verfahren einen Streitwert von über 100.000 GBP. S. ferner Maultzsch, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 281, mit Verweis auf Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 511.

<sup>179</sup> Vgl. <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html> [21.08.2023].

## § 11 Das *certiorari*-Verfahren im US-amerikanischen Recht

Dem US-amerikanischen Rechtssystem ist der Gedanke eines einfach- oder verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf die Kontrolle unterinstanzlicher Entscheidungen durch ein Höchstgericht weitgehend fremd. Dies gilt sowohl für den US Supreme Court auf Bundesebene als auch für die letztinstanzlichen Gerichte in den Bundesstaaten, welche weitgehend vergleichbaren Strukturprinzipien unterliegen. Es entspricht vielmehr dem – historisch gewachsenen – Selbstverständnis der höheren Richterschaft, ihre rechtsfortbildende Funktion an den Bedürfnissen der Öffentlichkeit auszurichten, wohingegen der Fehlerkontrolle und -korrektur nur eine nachrangige Bedeutung zukommt.

Kennzeichnend für das Rechtsmittelsystem in den USA ist dabei die Parallelität zwischen föderalen und einzelstaatlichen Gerichten, welche im Detail zwar divergierend ausgestaltet sind, aber meist einer gemeinsamen Grundstruktur folgen: *Trial courts of general jurisdiction* entscheiden als Eingangsinstanz<sup>1</sup> in allen Zivilrechtsstreitigkeiten, sofern nicht eine abdrängende Sonderzuweisung an einen *trial court of limited jurisdiction* vorliegt (z. B. für Verfahren mit kleinen Streitwerten, Familien- oder Nachlasssachen). Dem schließt sich eine intermediäre Appellationsinstanz an,<sup>2</sup> die in der Regel ohne gesonderte Zulassung *as of right* angerufen werden kann, wohingegen die Höchstgerichtsbarkeit durch einen ermessensabhängigen Zulassungsprozess gekennzeichnet ist.

### I. Historische Entwicklung der Bundesgerichtsbarkeit

Das für den Zugang zum Höchstgericht wesensprägende und nachfolgend näher untersuchte *certiorari*-Verfahren ist ein Kind jüngerer Zeit und steht stellvertretend für den erheblichen Wandel des US-Justizsystems, der sich in den letzten 250 Jahren vollzogen hat.<sup>3</sup> In rechtshistorischer Perspektive nimmt die Entwick-

<sup>1</sup> Z. B. die 94 Federal District Courts, die Florida Circuit Courts oder die Superior Courts of California.

<sup>2</sup> Z. B. die 13 Federal Courts of Appeals oder die sechs Courts of Appeal in Kalifornien; umfassend zum Themenkreis *Cooper*, in: Wright and Miller, 15A Fed. Prac. & Proc. Juris., § 3901, sowie *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 99 ff.

<sup>3</sup> Für eine umfassende Darstellung zur Entwicklung vgl. *Crowe*, Building, the Judiciary (2012); *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system (1927); *Friedman*, A history of American Law (2005).

lung in den USA dabei eine Sonderstellung gegenüber Deutschland, Frankreich oder England ein, weil die Höchstgerichtsbarkeit – zwar in Tradition des englischen common law stehend – eine Neugründung ohne unmittelbare historische Vorläufer ist.

### 1. Die Anfänge

Im Laufe der Kolonialzeit entwickelte sich im 17. und 18. Jahrhundert zunächst in den einzelnen Provinzen und Territorien des späteren Staatsgebiets der USA eine Gerichtsbarkeit heraus, die häufig dem englischen Recht nachempfunden war, jedoch schon in den 13 Gründungsstaaten einen unterschiedlichen Verlauf nahm.<sup>4</sup> Eine selbstständige Bundesjustiz existierte auch nach der Unabhängigkeitserklärung von 1776 noch nicht. Die Voraussetzungen dafür wurden erst durch Art. III §1 der US-Verfassung von 1787 geschaffen,<sup>5</sup> wonach von Verfassungs wegen ein Supreme Court als Höchstgericht existiert und der Kongress autorisiert wird, weitere Bundesgerichte zu errichten. Es handelte sich damit um eine top-down-Gründung, weil sich nicht aus einer bereits existierenden, historisch gewachsenen Gerichtsbarkeit eine Höchstinanz entwickelt hat, sondern diese vor einer Instanzgerichtsbarkeit existierte.

Der verfassungsrechtliche Auftrag in Art. III §1 der US-Verfassung wurde zwei Jahre später durch den Judiciary Act 1789<sup>6</sup> umgesetzt, mit dem sowohl der US Supreme Court mit zunächst einem *Chief Justice* und fünf *associate judges* als auch District und Circuit Courts auf Bundesebene geschaffen wurden. Die District Courts waren insbesondere für Rechtsstreitigkeiten zwischen Bürgern verschiedener Bundesstaaten (diversity of citizenship) zuständig,<sup>7</sup> sofern der Streitwert 500 US\$ überschritt,<sup>8</sup> und traten neben die sich den einzelnen Bundesstaaten herausbildenden Gerichtssysteme. Zudem wurde durch den Judiciary Act 1789 das sog. *ride circuit* etabliert, bei dem die Supreme Court-Richter durch das Bundesgebiet reisten und erstinstanzliche Entscheidungen gemeinsam mit den jeweiligen ortsansässigen *federal judges* als Circuit Court überprüften, wobei diesen in manchen Zivil- und Strafsachen auch eine *original jurisdiction* zukam.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Einzelheiten bei *Friedman*, A history of American Law, S. 3 ff., 7 ff., 16 ff.

<sup>5</sup> „The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as Congress may from time to time ordain and establish.“

<sup>6</sup> 1 Stat. 73.

<sup>7</sup> Vgl. jetzt 28 U. S. C. §1332. Einzelheiten bei *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 12f.: Diese hatten zudem die Funktion der damals bedeutsamen admiralty courts.

<sup>8</sup> Näher *Wright/Kane*, Law of Federal courts, S. 173. Dabei handelte es sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts um eine verhältnismäßig hohe Summe. Diese wurde im Laufe der Zeit immer weiter angehoben und beläuft sich derzeit auf 75.000 US\$ (28 U. S. C. §1332(a)).

<sup>9</sup> Einzelheiten bei *Marcus*, A Happy-Go-Lucky Story: The American Supreme Court and Overload Problems, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), Supreme Courts Under Pressure, S. 183, 187. Historische Vorbilder zum circuit riding finden sich bei den courts of assizes und circuit judges in England.

Der US Supreme Court konnte als oberstes Berufungsgericht mittels eines (aus dem englischen Recht entlehnten) *writ of error* gegen die Entscheidungen der Circuit Courts und – sofern eine *federal question* Verfahrensgegenstand ist – der höchsten einzelstaatlichen Gerichte angerufen werden, wobei die Streitwertgrenze von 2.000 US\$ die Zuständigkeiten des Gerichts nicht unerheblich einschränkte.<sup>10</sup> Durch den *writ of error* erfolgte eine Rechtskontrolle der vorinstanzlichen Entscheidung, begrenzt auf „errors on the record“,<sup>11</sup> womit ein *retrial* und eine eigenständige Beweisaufnahme vor dem US Supreme Court ausgeschlossen wurde.<sup>12</sup> Das Gericht erklärte daher bereits 1796, Tatsachenfeststellungen der Circuit Courts im Grundsatz nicht zu überprüfen.<sup>13</sup>

Da der Supreme Court gleichsam auf dem Reißbrett der US-Verfassung geschaffen wurde, sah er sich in der Anfangszeit einem zur heutigen Lage konträren Problem ausgesetzt: Ihm wurden keine Fälle zugetragen,<sup>14</sup> während der Amtszeit von Chief Justice Jay (1789–1795) wurden lediglich sechs Fälle entschieden. Ein gesetzlich normierter Appellationsprozess, die Trennung zwischen Rechts- und Tatfragen oder eine klare Funktionszuweisung des Höchstgerichts konnte sich dabei noch nicht herauskristallisieren. Das Gericht trat vielmehr in unregelmäßigen Abständen zusammen, wenn ein neues Verfahren dies erforderte, und entschied ohne ausdifferenzierte Verfahrensordnung auf einer case by case-Basis.<sup>15</sup>

## 2. Expansion im 19. Jahrhundert

Erst unter Chief Justice John Marshall (1801–1835) konnte der US Supreme Court seine institutionelle Stellung als *Court of last resort* ausbauen und mit einer Reihe von Leitentscheidungen, insbesondere *Marbury v. Madison*,<sup>16</sup> auch seine Position im Verfassungsgefüge der noch jungen amerikanischen Republik festigen. Das explodierende Bevölkerungswachstum – zwischen 1780 und 1830 hatte sich die Bevölkerung versechsfacht – und die steigenden Fallzahlen bei einer gleichbleibenden Richterschaft führten nunmehr dazu, dass die Bundesgerichtsbarkeit den zu entscheidenden Verfahren nicht mehr nachkam.<sup>17</sup> Dies war auch dem Umstand geschuldet, dass der US-Kongress die Zuständigkeiten der Bundesgerichte im Jahr 1875 auf Verfahren ausweitete, die eine *federal question* zum Gegenstand

<sup>10</sup> Vgl. § 22, 1 Stat. 73, 84; näher *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 2.

<sup>11</sup> Vgl. *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 310; zum englischen Recht bereits sub § 10. I. 1. S. fern den ersten vom Supreme Court entschiedenen Fall *West v. Barnes* 2 U. S. (2 Dall.) 401 (1791).

<sup>12</sup> Näher *Ritz*, Rewriting the History of the Judiciary Act of 1789, S. 88.

<sup>13</sup> *Wiscart v. D'Auchy* 3 U. S. (3 Dall.) 321, 1 L. Ed. 619 (1796).

<sup>14</sup> Vgl. *Marcus*, A Happy-Go-Lucky Story: The American Supreme Court and Overload Problems, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), Supreme Courts Under Pressure, S. 183, 184, 190.

<sup>15</sup> Vgl. etwa den nur rudimentären Regelungsgehalt in den S. C. R. 1803 (<https://www.supremecourt.gov/ctrules/scannedrules.aspx> [23.08.2023]).

<sup>16</sup> 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>17</sup> *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 52.

hatten.<sup>18</sup> In der Konsequenz kam es auch beim US Supreme Court zu einer erheblichen Mehrbelastung, die eine effektive Bearbeitung der Fälle teilweise unmöglich machte.<sup>19</sup>

Der Bundesgesetzgeber reagierte auf die desolante Situation des Gerichts durch den Evarts Act 1891.<sup>20</sup> Damit wurde zum einen das circuit riding – welches angesichts noch immer schlechter Transportbedingungen sowie der geographischen und demographischen Expansion der USA immer schwerer zu bewerkstelligen war – abgeschafft und zum anderen mit den Circuit Courts of Appeals eine vollwertige intermediäre Instanz geschaffen, welche als Puffer zwischen die trial courts und den US Supreme Court trat. Dadurch sank dessen Fallbelastung zunächst erheblich ab, weil eine Anrufung des Höchstgerichts nur nach Abschluss des ersten appeal-Verfahrens zu den Circuit Courts möglich war,<sup>21</sup> wobei eine klare strukturelle Grenzziehung zwischen first and second appeal (in Form eines *writ of error*) noch nicht erfolgte. Durch den Evarts Act emanzipierte sich der Supreme Court jedoch schon teilweise von seiner Aufgabe zur Gewährung von Individualrechtsschutz, da manche Verfahren vor den Circuit Courts of Appeals nunmehr als verfahrensabschließend galten und vor dem Höchstgericht auf eine (ermessensabhängige) certiorari-Kontrolle beschränkt waren, wohingegen in den übrigen Verfahren weiterhin der appeal offenstand.<sup>22</sup>

### 3. Strukturveränderungen durch den Certiorari Act 1925

Infolgedessen nahm die Falllast zu Beginn des 20. Jahrhunderts wiederum deutlich zu, da der US Supreme Court überwiegend noch immer als ordentliche dritte Instanz im Wege eines *writ of error* angerufen werden konnte.<sup>23</sup> Das Verfahren vor dem Supreme Court bewegte sich damit weiterhin in Tradition des englischen Rechtsmittelrechts als eine zulassungsfreie, auf Rechtsfehler beschränkte Kontrollinstanz im Parteiinteresse.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Eingeführt durch den Jurisdiction and Removal Act 1875 (18 Stat. 470), vgl. nunmehr 28 U.S.C. §1331. Ergänzend dazu wurde die Berufungssumme auf 5.000 US\$ angehoben (vgl. §3, Act of Feb. 16, 1875, 18 Stat. 315).

<sup>19</sup> Näher *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 86.

<sup>20</sup> Judiciary (Circuit Court of Appeals) Act 1891 (26 Stat. 826).

<sup>21</sup> *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 101: „The remedy was decisive. The Supreme Court at once felt its benefit. A flood of litigation had indeed been shut off.“ Gem. sec. 5 Judiciary Act of 1891 blieb jedoch in bestimmten Verfahren die Möglichkeit eines direct appeal zum US Supreme Court weiterhin möglich.

<sup>22</sup> Einzelheiten bei *Cooper*, in: Wright and Miller 16B Fed. Prac. & Proc. Juris., §4002, sowie sec. 6 Judiciary Act of 1891. Der US Supreme Court äußerte sich zum ersten Mal grundlegend zur Funktion des certiorari-Verfahrens in *Forsyth v. City of Hammond* 166 U.S. 506, 17 S.Ct. 665, 41 L.Ed. 1095 (1897).

<sup>23</sup> Näher *Crowe*, Building the judiciary: law, courts, and the politics of institutional development, S. 197 ff. Zu den Besonderheiten im Strafrecht vgl. *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 109 ff.

<sup>24</sup> S. o. sub §10. I. 3.

## a) Von „obligation“ zu „discretion“

Um die Funktionsfähigkeit des Supreme Court zu gewährleisten, griff der Gesetzgeber daher seit 1914 verstärkt in das Zivil- und Strafverfahrensrecht ein und ersetzte den Zugang zum Supreme Court mittels *writ of error* in vielen Rechtsgebieten durch eine *petition for writ of certiorari*, welche die Annahme eines Verfahrens weitgehend in das richterliche Ermessen des Höchstgerichts legte.<sup>25</sup> Der Certiorari Act 1925<sup>26</sup> führte diese graduelle Expansion ermessensabhängiger Entscheidungsgewalt zu Ende, indem die verbleibende appeal-Zuständigkeit im Zivil- und Strafrecht weitgehend zugunsten des certiorari-Verfahrens aufgegeben wurde.

Die Ursprünge dieses – schon im römischen Recht bekannten<sup>27</sup> – Instituts lassen sich dabei bis ins frühe englische Recht der *prerogative writs* zurückverfolgen.<sup>28</sup> Mit *writ of certiorari* wurde zunächst ein Rechtsbehelf bezeichnet, mit dem ein höherrangiges Gericht die Gerichtsakten von oder Informationen über ein anhängiges Verfahren bei einem nachgeordneten Gericht anfordern konnte, was durch die Eingangsformel des writ („certiorari volumus“) deutlich gemacht wurde.<sup>29</sup> Im Laufe der Zeit änderte sich die Funktionsbelegung dahingehend, dass ein höherrangiges Gericht auf Antrag einer Partei oder auch auf eigene Initiative (*sua sponte*) die Akten eines unterinstanzlichen Verfahrens anfordern konnte, um über das Verfahren selbst oder über Einzelfragen zu entscheiden, teilweise sogar schon vor Erlass des Urteils (sog. *certiorari before judgment*).<sup>30</sup>

## b) Ein gewandeltes Funktionsverständnis

Diese Neuordnung des Zugangs führte zu einem grundlegenden Wandel des Funktionsverständnisses des US Supreme Court.<sup>31</sup> War dieser bislang auch mit der einfachrechtlichen Fehlerkontrolle nachgeordneter Gerichte befasst, legte das Gericht nunmehr seinen Schwerpunkt auf eine Rechtsprechungsfunktion im öffentlichen Interesse,<sup>32</sup> wie Justice *McReynolds* 1924 vor dem Repräsentantenhaus verlautbarte:

<sup>25</sup> S. insbesondere Act of Dec. 23, 1914, c. 2, 38 Stat. 790, und Act of Sept. 6, 1916, c. 448, 39 Stat. 726. Einzelheiten zu den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen bei *Frankfurter/Landis*, *The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system*, S. 203 ff. mwN.

<sup>26</sup> Judiciary Act 1925, 43 Stat. 936 (insbesondere sec. 237(b)).

<sup>27</sup> Vgl. insbesondere *Ulpian* bei Dig. 19, 1, 1 § 1.

<sup>28</sup> S. o. sub § 10. I. 1. a).

<sup>29</sup> Näher *Carter*, *A History of English Legal Institutions*, S. 95 f.; *ders.*, *A History of the English Courts*, S. 57 f.; *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, S. 148 f. Im englischen Recht wurden die verbliebenen writs of certiorari durch die Civil Procedure (Modification of Supreme Court Act 1981) Order 2004 in *quashing order* umbenannt.

<sup>30</sup> Das Verfahren kommt in den USA indes sehr selten zur Anwendung, vgl. S. C. R. 11 („[...] will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court.“) sowie 28 U. S. C. § 2101(e).

<sup>31</sup> *Crowe*, *Building the judiciary*, S. 200. Ein *common law certiorari* war bereits Bestandteil des Judiciary Act 1789, nahm zu Beginn jedoch nur eine randständige Bedeutung ein (näher *Coope*r, in: *Wright and Miller* 16B Fed. Prac. & Proc. Juris., § 4004.1).

<sup>32</sup> Dies spiegelte sich bereits in sec. 35.5 S. 1 der S. C. R. 1925 ([https://www.supremecourt.gov/pdfs/rules/rules\\_1925.pdf](https://www.supremecourt.gov/pdfs/rules/rules_1925.pdf) [23.08.2023]) wider: „A review on writ of certiorari is not a matter

„Cases ought to stop after two Federal Courts have passed upon them, unless they are of particular importance or unless they involve something more than the mere rights of the litigants and concern the public.“<sup>33</sup>

Der Supreme Court-Richter *Felix Frankfurter* sowie *James Landis* erklärten die Neuordnung des Supreme Court daher bereits 1927 zu einem neuen Kapitel in der US-Bundesgerichtsbarkeit<sup>34</sup> und die Umgestaltung der Fallselektion von „obligation“ zu „discretion“ zu einer der signifikantesten Veränderungen in der Geschichte des US Supreme Court in seiner Funktion als „public law tribunal“.<sup>35</sup> Dies bestärkte das Selbstverständnis des Gerichts, nicht mehr als originärer „court of error“ zu fungieren, sondern seine beschränkten justiziellen Ressourcen vorrangig für die Fortentwicklung der Rechtsordnung einzusetzen. Die Verwirklichung subjektiver Rechte und die Korrektur einfacher Rechtsfehler traten damit in den nächsten Jahrzehnten mehr und mehr in den Hintergrund, was Chief Justice *Vinson* 1949 zu der – historisch durchaus streitbaren – Aussage veranlasste:

„The Supreme Court is not, and never has been, primarily concerned with the correction of errors in lower court decisions.“<sup>36</sup>

Die gewandelte Funktionsbelegung spiegelte sich auch im Selbstverständnis der Richterschaft wider: Bereits in den 1930er Jahren judizierte der US Supreme Court, auch bei den wenigen noch verbleibenden appeal-Möglichkeiten als *obligatory jurisdiction* könne das Rechtsmittel vom Gericht abgelehnt werden, wenn der Fall z. B. eine „insubstantial federal question“ beinhalte; zudem erfordere ein *appeal* weder eine mündliche Verhandlung noch eine umfassend begründete Entscheidung.<sup>37</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass der US Supreme Court das damit verbundene, graduelle Verschwimmen zwischen gebundener (as of right) und ermessensabhängiger Jurisdiktionsgewalt selbst vorantrieb, indem etwa S. C. R. 15.1(h) (1980) für den *appeal brief* Darlegungen zur Annahme des Rechtsmittels erforderlich machte.<sup>38</sup> In der Konsequenz hatte sich spätestens Mitte der 1970er Jahre

of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefor.“

<sup>33</sup> Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and of the Supreme Court of the United States, Hearing before the Committee of the Judiciary, House of Representatives, 68<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session, on H. R. 8206, December 18, 1924, Serial 45, testimony of Justice *McReynolds*, S. 22.

<sup>34</sup> *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 1.

<sup>35</sup> Vgl. zudem *Frankfurter/Landis* 45 Harv. L. Rev. 271, 288 (1931): „The reversal of the sources of the Court’s business as between obligation and discretion [...] is perhaps the most significant fact in the Court’s recent history.“

<sup>36</sup> Address of Chief Justice *Vinson* before the American Bar Association, Sept. 7, 1949 (nachgewiesen in *Boag v. MacDougall* 454 U. S. 364, 386 [1982] [*Rehnquist* J., dissenting]).

<sup>37</sup> Einzelheiten bei *Cooper*, in: Wright and Miller 16B Fed. Prac. & Proc. Juris., § 4003. Nach *Provine* (Case Selection in the United States Supreme Court, S. 13f.) hatte das Gericht seinen Kontrollmaßstab bei den verbleibenden appeal-Zuständigkeiten schon seit den 1920er Jahren dem certiorari-Prozess angenähert.

<sup>38</sup> „A statement of the reasons why the questions presented are so substantial as to require plenary consideration [...]“

die Ansicht durchgesetzt, dass appeal- und certiorari-Verfahren letztlich einheitlich wie letztere behandelt werden.<sup>39</sup> Diese Entwicklung fand durch den Supreme Court Case Selections Act 1988<sup>40</sup> ihren vorläufigen Abschluss, als die letzten verbleibenden appeal-Möglichkeiten *as of right* – welche ohnehin nur noch einen geringen Prozentsatz der Tätigkeit des US Supreme Court ausmachten – insgesamt abgeschafft wurden.

### c) Deciding to decide

Die allein in das Ermessen des US Supreme Court gestellte Fallselektion ließ dessen institutionelle Machtstellung im Laufe des 20. Jahrhunderts weiter anwachsen, da es dem Gericht ermöglicht wurde, nicht nur seine Arbeits- und Fallbelastung, sondern auch die Themenauswahl der zu entscheidenden Fälle selbst zu steuern.<sup>41</sup> Die Einführung des certiorari-Verfahrens hatte damit nachhaltigen Einfluss auf die Arbeitsstruktur des Supreme Court. Die beim *writ of error* noch im Vordergrund stehende Rechtsfehlerkontrolle anhand des *court record* und des Parteivorbbringens sowie das Abfassen von appeal-Urteilen trat in den Hintergrund. Ein Großteil der Arbeitsbelastung des Gerichts verlagerte sich auf die Frage des *deciding to decide*, d. h. die Annahme eines bestimmten Verfahrens zur (das Recht fortbildenden) Entscheidung.<sup>42</sup>

Bereits *Frankfurter/Landis* wiesen dabei auf das – im Gesetzgebungsverfahren als solches wohl nicht erkannte – Paradox hin, dass eine allein dem richterlichen Ermessen unterliegende Annahmeentscheidung nicht zu einer Verringerung, sondern vielmehr zu einer Erhöhung des Fallaufkommens führte. Denn die uneingeschränkte Ermessensausübung durch den Supreme Court, welche sich in einem keinen justiziablen Maßstäben unterworfenem Selektionsverfahren niederschlägt,<sup>43</sup> hält die Parteien nicht von der Anrufung des Gerichts ab, sondern animiert Rechtsschutzsuchende Bürger auch in ersichtlich aussichtslosen Verfahren oder solchen ohne jede rechtsgrundsätzliche Bedeutung zur Anrufung des Höchstgerichts. Dabei hat die geringe Zulassungsquote die Stellung des Supreme Court als Parteiengericht in der öffentlichen Wahrnehmung nicht abgeschwächt, sondern vielmehr gestärkt.

<sup>39</sup> *Griswold* 60 Cornell. L. Rev. 335, 345 (1975); *Kurland* 59 Cornell L.Rev. 616, 624 (1974): „The fact is that the Court doesn't seem to treat appeals any differently from the way it treats petitions for certiorari, the congressional mandate to the contrary notwithstanding.“ S. ferner *Hogge v. Johnson* 526 F.2d 833, 836 (4th Cir. 1975).

<sup>40</sup> 102 Stat. 662. Zuvor wurde schon 1974 in einer Reihe von Verfahren die Möglichkeit eines *direct appeal* zum Supreme Court ausgeschlossen, vgl. 88 Stat. 1708–09.

<sup>41</sup> Flankierend konnte die Richterschaft am Supreme Court durch die Ausdifferenzierung der S. C. R. die interne Verfahrensstruktur des Gerichts nach ihren Vorstellungen prägen, vgl. noch sub § 11. II. 3. S. ferner zur historischen Entwicklung der S. C. R.: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/scannedrules.aspx> [28.08.2023]).

<sup>42</sup> Vgl. *Frankfurter/Landis* 42 Harv. L. Rev. 1, 11 (1928), wonach der größte Teil der Arbeitskraft in der Entscheidung zur Entscheidung liegt („not in the adjudication of cases and the writing of opinions, but in determining whether cases should be adjudicated“).

<sup>43</sup> Dazu noch ausführlich sub § 11. II. 2.

Nach einer Untersuchung von *Provine*<sup>44</sup> vermittelt gerade die Abwesenheit justizabler Zulassungskriterien dem Supreme Court in der breiten Bevölkerung den Nimbus als „available source of relief for legal wrongs“, was sich insbesondere auch in der hohen Zahl der *in forma pauperis* geführten Verfahren zeigt.<sup>45</sup>

#### 4. Jüngere Entwicklungen

Die Transformation des US Supreme Court in den letzten 240 Jahren ist folglich bemerkenswert: von einem Appellationsgericht in Tradition des englischen Rechts, das sich durch einen *writ of error* noch der Individualgerechtigkeit verpflichtet sah, zu einer ermessenabhängigen Fallselektion, die in den letzten Jahrzehnten trotz drastisch gestiegener Fallzahlen zu einer immer geringeren Zahl von Sachentscheidungen führt. Diese Entwicklung wird durch den Umstand verstärkt, dass die Zahl der Richter seit 1869 unverändert geblieben ist,<sup>46</sup> obwohl sich die Bevölkerung der USA im gleichen Zeitraum fast verzehnfacht hat.<sup>47</sup> Chief Justice *Rehnquist* fasste diesen Funktionswandel wie folgt zusammen:

„Many would intuitively say that the task of the ‚highest court in the land‘ is to make sure that justice is done to every litigant, or some similarly general and appealing description. The Supreme Court of the United States once played a role in the federal system corresponding fairly closely to that description, but the days when it could do so are long gone.“<sup>48</sup>

Während die US-Bundesgerichte ihre Zuständigkeit über viele Rechtsgebiete in den letzten Jahrzehnten ausbauen und festigen konnten, ist beim US Supreme Court seit den 1950er Jahren eine entgegengesetzte Tendenz zu beobachten: Insbesondere unter Chief Justice *Vinson* (1946–1953) und *Warren* (1953–1969) folgte eine deutliche Abwendung von klassischen zivilrechtlichen und zivilprozessualen Themenbereichen, deren Entscheidung der intermediären Instanz und den *state courts* überantwortet wurde. Die Fallselektion und damit auch die Zahl der ausgewählten Entscheidungen und Themengebiete, in denen eine höchstrichterliche Entscheidung ergeht, ist seit mehreren Jahrzehnten rückläufig.<sup>49</sup> 1986 entschied der Supreme Court noch viermal mehr Fälle als im letzten Jahrzehnt, obwohl sich die Zahl der *petitions for writ of certiorari* seitdem ständig erhöht hat.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Case Selection in the United States Supreme Court, S. 3.

<sup>45</sup> Dazu noch sub § 11. II. 3. a).

<sup>46</sup> Vgl. sec. 1 Judiciary Act 1869 (Circuit Judges Act, 16 Stat. 44).

<sup>47</sup> Vgl. <https://www.u-s-history.com/pages/h980.html> [28.08.2023]: von 1870 (38,5 Mio.) zu 2020 (331,5 Mio.).

<sup>48</sup> *Rehnquist*, The Supreme Court, S. 267, sowie aaO, S. 269: „Occasionally, these [federal] trial judges make mistakes, but the federal courts of appeals sit to correct these mistakes within the federal system, and state appellate courts sit to do the same in every state system. It would be a useless duplication of these functions if the Supreme Court of the United States were to serve simply as an even higher court for the correction of errors in cases involving no generally important principle of law.“

<sup>49</sup> So schon *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 187.

<sup>50</sup> *Stras* 85 Texas Law Rev 947, 967 (2007).

## II. Der *writ of certiorari* vor dem US Supreme Court

### 1. Verfahrensrechtliches Grundraster

Ein umfassendes Funktionsverständnis des geltenden certiorari-Verfahrens vor dem US Supreme Court erschließt sich dabei nur bei einer Einbettung in das zivilprozessuale appeal-Modell. Die intermediäre Instanz – etwa ein erster *appeal* zu den Federal Courts of Appeals (28 U.S.C. §1291) – kann in der Regel *as of right* angerufen werden,<sup>51</sup> auch wenn jede Form der *appellate review* im Ermessen der Legislative liegt<sup>52</sup> und es sich dabei nach Ansicht des Supreme Court nicht um ein verfassungsrechtlich verbürgtes oder prozessual notwendigerweise bestehendes Recht handelt.<sup>53</sup>

#### a) Die Appellationsinstanz als court of error

Aufgrund der starken Betonung des erstinstanzlichen Verfahrens und der dortigen Beweisaufnahme<sup>54</sup> ist bereits die intermediäre Instanz im US-Recht weitgehend auf eine Rechtsfehlerkontrolle limitiert. Dieser Umstand wird durch die *final judgment rule* verstärkt, wonach grundsätzlich nur Streitige Endurteile, nicht jedoch Zwischenentscheidungen appellabel sind.<sup>55</sup> Der Gedanke einer vollwertigen zweiten Tatsacheninstanz oder eines de novo-Verfahrens vor einer höheren Instanz konnte im US-Recht folglich nie Fuß fassen. Grundlage der appeal-Entscheidung

<sup>51</sup> Näher *Meador*, Appellate Courts in the United States, S.2: „Today there is a widespread and deeply belief among American judges and lawyers that every losing litigant should have an opportunity for at least one appeal as a matter of right.“

<sup>52</sup> Dies gilt auch für den Strafprozess, vgl. *McKane v. Durston* 153 U.S. 684, 687 (1894): „An appeal from a judgment of conviction is not a matter of absolute right, independently of constitutional or statutory provisions allowing such appeal. A review by an appellate court of the final judgment in a criminal case, however grave the offense of which the accused is convicted, was not at common law, and is not now, a necessary element of due process of law. It is wholly within the discretion of the state to allow or not to allow such a review.“ S. ferner *Griffin v. Illinois* 351 U.S. 12, 18 (1956); *Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw* 486 U.S. 71 (1988).

<sup>53</sup> Vgl. *M. L. B. v. S. L. J.* 519 U.S. 102, 110 (1996): „[...] the Federal Constitution guarantees no right to appellate review [...]“. Da die Courts of Appeals in der US-Verfassung selbst nicht vorgesehen sind, ist ihre Jurisdiktionsgewalt auf eine ausdrückliche gesetzliche Funktionszuweisung beschränkt, vgl. *Adani v. Miller* 139 F.3d 67, 77 (2<sup>nd</sup> Cir. 1998), cert. den. 119 S.Ct. 176, 525 U.S. 875, 142 L.Ed.2d 144.

<sup>54</sup> Einzelheiten bei *Marcus*, Appellate Review in the Reactive Model: the Example of the American Federal Courts, in: Uzelac/van Rhee (Hrsg.), *Nobody's perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, S. 105, 112 ff.

<sup>55</sup> *Interlocutory appeals* sind nur in eng begrenzten Ausnahmefällen möglich (vgl. 28 U.S.C. §1292), teilweise auch nur mit einer speziellen *permission* (vgl. 28 U.S.C. §1292(b) sowie noch sub §13.II.3.b)ee(3)). Zwischenentscheidungen, die nach deutschem Verständnis selbstständig angreifbar wären, unterliegen damit regelmäßig keiner Kontrolle durch das Berufungsgericht (Einzelheiten bei *Marcus*, Appellate Review in the Reactive Model: the Example of the American Federal Courts, in: Uzelac/van Rhee [Hrsg.] *Nobody's perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, S. 105, 114 f., sowie jüngst *Mohawk Industries, Inc. v. Carpenter* 558 U.S. 100 (2010)).

ist – dem deutschen Revisionsverfahren nicht unähnlich<sup>56</sup> – der erstinstanzliche *record*, eine Darstellung des Vorbringens und der Beweisantritte der Parteien, des Inhalts der Beweisaufnahme sowie wesentlicher Verfahrenshandlungen. Der Court of Appeals kann nur darüber entscheiden, ob die im *trial court record* enthaltenen Beweisergebnisse ausreichend sind, um das Entscheidungsergebnis zu tragen. Neue Beweismittel sind grundsätzlich unzulässig,<sup>57</sup> ebenso neue Angriffs- und Verteidigungsmittel.<sup>58</sup>

Als Kontrollmaßstab für die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen gilt zudem der *clearly erroneous standard*:<sup>59</sup> Aufgrund einer Vermutung der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen des *trial court* binden diese die Appellationsinstanz, sofern der Richter nicht davon überzeugt ist, dass die Feststellungen der Vorinstanz rechtsfehlerhaft ermittelt wurden.<sup>60</sup> Notwendig ist insoweit die „definite and firm conviction that a mistake has been committed“.<sup>61</sup> Eine Neubewertung durch die intermediäre Instanz scheidet bereits aus, sofern die Feststellungen der Vorinstanz unter Berücksichtigung aller Beweisgrundlagen wenigstens vertretbar sind,<sup>62</sup> selbst wenn die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgericht anders ausgefallen wäre.<sup>63</sup> Insoweit bewegt sich der US-amerikanische *appeal* schon nahe am kontinentaleuropäischen Verständnis der Tatsachenkontrolle durch ein Kassations- oder Revisionsgericht.

Diese Zurückhaltung bei der Tatsachenermittlung im Rechtsmittelverfahren hat sich historisch aus dem *jury trial* entwickelt, da Feststellungen der Jury nicht durch den Berufungsrichter übergangen werden dürfen,<sup>64</sup> und der VII. Zusatzartikel der US-Verfassung noch immer die Unanfechtbarkeit von deren Feststellungen garantiert („no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court“). Auch wenn in den meisten Zivilverfahren keine Jury mehr beteiligt wird, hat sich in der US-Justiz die Überzeugung konserviert, dass Rechtsmittelgerichte keine Tatsachenbewertung de novo vornehmen sollen und lediglich eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung auf *errores in iudicando* oder *procedendo* erfolgt.

<sup>56</sup> Vgl. oben sub § 4. III. 1. c).

<sup>57</sup> *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 304.

<sup>58</sup> Vgl. *McGinnis v. Ingram Equipment Co.* 918 F.2d 1491, 1495 (11<sup>th</sup> Cir. 1990).

<sup>59</sup> Rule 52(a)(6) F. R. C. P.: „Findings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, and the reviewing court must give due regard to the trial court’s opportunity to judge the witnesses’ credibility.“

<sup>60</sup> *Easley v. Cromartie* 532 U. S. 234, 242 (2001); *Concrete Pipe & Prods. v. Construction Laborers Pension Trust* 508 U. S. 602, 623 (1993).

<sup>61</sup> *U. S. v. U. S. Gypsum Co.* 333 U. S. 364, 395, 68 S.Ct. 542, 92 L.Ed. 746 (1948). Bei evidenten Rechtsfehlern bei der Tatsachenfeststellung kann ein *retrial* angeordnet werden (vgl. F. R. A. P. 59(a)(1)).

<sup>62</sup> *Anderson v. City of Bassemmer* 470 U. S. 564, 574 (1985).

<sup>63</sup> *Cooter & Gell. v. Hartmax Corp.* 496 U. S. 384, 400 (1990); nähere Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 31:2.

<sup>64</sup> *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 19 mwN.

## b) Verstärkte Normbildungstendenzen der intermediären Instanz

Neben dem limitierten Prüfungsumfang hat die Ausgestaltung des *appeal* als Parteirechtsmittel *as of right* in den letzten Jahrzehnten weitere Abschwächungen erfahren, welche insbesondere der personellen Überlastung der Bundesberufungsgerichte<sup>65</sup> und einem verstärkt wahrgenommenen Mandat zur Rechtsfortbildung durch die Berufungsrichter geschuldet sind.<sup>66</sup> Das geltende, in den *Federal Rules of Appellate Procedure* (F. R. A. P.) niedergelegte Verfahren vor den Courts of Appeals ist nicht unwesentlich vom Gedanken geprägt, rechtsgrundsätzliche Verfahren bereits in der intermediären Instanz herauszudestillieren und nimmt insoweit ein dem certiorari-Verfahren vorgeschaltetes Mandat zur Rechtsfindung im öffentlichen Interesse wahr.

Dies erfolgt jedoch weniger in institutioneller denn in informeller Hinsicht: Zunächst nehmen die Courts of Appeals die in F. R. A. P. 34(a)(2)<sup>67</sup> vorgesehene Möglichkeit, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, bei Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung in extensivem Umfang wahr, was das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Norm letztlich umgekehrt hat.<sup>68</sup> Ferner ergehen Entscheidungen über erfolglose Rechtsmittel häufig durch eine unbegründete, die Vorinstanz lediglich bestätigende („affirmed“) Entscheidung (vgl. F. R. A. P. 36(a)(2)),<sup>69</sup> wohingegen besonders exponierte Verfahren durch eine *en banc determination* (F. R. A. P. 35) eine hervorgehobene Behandlung erfahren. Diese Entwicklung wird dadurch verstärkt, dass auch an Bundesberufungsgerichten in nicht unerheblichem Maße juristisches Hilfspersonal (law clerks, staff lawyers) zum Einsatz kommt,<sup>70</sup> welches für die Richterschaft ein Screening hinsichtlich der für eine Rechtsfortbildung ertragreichen Verfahren vornimmt, wodurch ein Großteil der richterlichen Arbeit delegiert wird, damit sich die Richterschaft auf *landmark cases* konzentrieren kann.<sup>71</sup> Die sehr selektive Publikation obergerichtlicher Entscheidungen verstärkt diesen Trend.<sup>72</sup> Im Ergebnis steht den Parteien damit ein formales *right to appeal* zur intermediären Instanz zu; die Rechtspraxis diminuiert die Ausfü-

<sup>65</sup> Vgl. näher zur Entwicklung *Cohen*, Inside Appellate Courts, S. 7.

<sup>66</sup> Umfassend *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 380 mwN.

<sup>67</sup> „Oral argument must be allowed in every case unless a panel of three judges who have examined the briefs and record unanimously agrees that oral argument is unnecessary for any of the following reasons: (A) the appeal is frivolous; (B) the dispositive issue or issues have been authoritatively decided; or (C) the facts and legal arguments are adequately presented in the briefs and record, and the decisional process would not be significantly aided by oral argument.“

<sup>68</sup> Vgl. exemplarisch Circuit rule 34–4 (classes of cases to be submitted without oral argument) des Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit. S. ferner *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 54.

<sup>69</sup> Näher *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 54.

<sup>70</sup> Zur Unterscheidung vgl. *Cohen*, Inside Appellate Courts, S. 64 ff.; zum Einsatz von *law clerks* vor dem US Supreme Court vgl. sogleich sub § 11. II. 3. b).

<sup>71</sup> *Jacob*, Courts and Politics in the United States, in: ders. et al. (Hrsg.), Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective, S. 16, 70.

<sup>72</sup> S. hierzu bereits sub § 7. III. 4. c) aa).

lung dieses Rechts jedoch nicht unerheblich, weil damit weder ein Recht auf eine mündliche Verhandlung noch eine ausführlich begründete Entscheidung einhergeht, wobei dem richterlichen Ermessen bei der Behandlung des *appeal* aufgrund der institutionellen Stellung des US Supreme Court (dazu sogleich) nur wenige Grenzen gesetzt sind.

c) *Einfluss auf das Funktionsverständnis des US Supreme Court*

Nach US-amerikanischem Verständnis sollen Entscheidungen der intermediären Instanz grundsätzlich verfahrensabschließend sein, was sich auch in der im US-Zivilprozess typischerweise hohen Vergleichsquote widerspiegelt: 2021 standen 461.000 *filings* in den District Courts nur knapp 24.000 *civil appeals* in den Courts of Appeals gegenüber (mit weiter sinkender Tendenz).<sup>73</sup> Da bereits das Verfahren vor den Courts of Appeals auf eine Rechtsfehlerkontrolle im Parteiinteresse limitiert ist und dabei ein verstärktes Mandat zur Normbildung durch rechtsgrundsätzliche Entscheidungen wahrnimmt, kann die Eröffnung einer weiteren Instanz folglich nur mit Blick auf das im besonderen öffentlichen Interesse ausgeübte Mandat des US Supreme Court zur Rechtsfortbildung und Rechtseinheitlichung legitimiert werden. Von den sehr seltenen Fällen eines *direct appeal*,<sup>74</sup> einer *original jurisdiction*<sup>75</sup> oder dem *certified-question*-Verfahren<sup>76</sup> abgesehen, kann das Höchstgericht nur im Wege einer *petition for writ of certiorari* gegen eine Entscheidung der Federal Courts of Appeals angerufen werden (vgl. 28 U. S. C. § 1254(1)). Gleiches gilt für die Entscheidungen eines Höchstgerichts in den Einzelstaaten,<sup>77</sup> sofern die Gültigkeit von Bundesgesetzen, die Vereinbarkeit von Landes- mit Bundesgesetzen oder in der US-Verfassung oder im Bundesrecht verbürgte Rechte in Streit stehen (28 U. S. C. § 1257(a)).<sup>78</sup> Da in den USA kein „federal general common law“ (Erie doctrine)<sup>79</sup> existiert, sind diejenigen Teile des Kernzivilrechts, die in der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Bundesstaaten liegen, einer letztinstanzlichen Kontrolle auf Bundesebene folglich ab initio entzogen, wohingegen dem Supreme Court weitreichende Entscheidungskompetenzen u. a. im Bereich Arbitration, Bankruptcy, Banks and Banking, Commerce and Trade, Copyrights, Judiciary and Judicial Procedure, Labor sowie Patents verbleiben.<sup>80</sup>

<sup>73</sup> Bundesjustiz, inklusive *multidistrict litigation*, jedoch ohne den Federal Court of Appeals for the Federal Circuit; <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/federal-judicial-caseload-statistics-2021> [28.08.2023].

<sup>74</sup> Vgl. 28 U. S. C. § 1253.

<sup>75</sup> Vgl. 28 U. S. C. § 1251.

<sup>76</sup> Dazu noch ausführlich sub § 13. II. 3. b) ee).

<sup>77</sup> Der einzelstaatliche Instanzenzug muss zuvor ausgeschöpft worden sein, vgl. *Gorman v. Washington Univ.* 316 U. S. 98, 100f. (1942).

<sup>78</sup> Näher *Shapiro et al.*, Supreme Court practice, 3–14f.; vgl. zudem die Besonderheiten in 28 U. S. C. § 1258 und § 1259.

<sup>79</sup> *Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U. S. 64, 78 (1938).

<sup>80</sup> Vgl. Title 9, 11, 12, 15, 17, 28, 29 und 35 U. S. C.

Da damit potenziell jede Entscheidung der Bundesgerichte sowie eine große Zahl der Urteile der einzelstaatlichen *Courts of last resort* Gegenstand eines certiorari-Verfahrens sein kann, kommt dem Supreme Court eine umfassende Jurisdiktionsgewalt über das gesamte (föderale) Zivil- und Zivilverfahrensrecht zu,<sup>81</sup> was auch in den weitreichenden Befugnissen gem. 28 U. S. C. § 1651(a) (All Writs Act)<sup>82</sup> zum Ausdruck kommt. Daraus folgt zum einen eine – auch rechtsvergleichend besehen – ungeheure Machtfülle des Höchstgerichts, die noch durch den Umstand verstärkt wird, dass der Bundesgesetzgeber nur eine rudimentäre einfachgesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens vor dem US Supreme Court in Title 28 U. S. C. vorgenommen hat<sup>83</sup> und weite Teile des Verfahrensrechts in den vom Gericht selbst verabschiedeten *Supreme Court Rules* (S. C. R.) geregelt sind.<sup>84</sup> Zum anderen wirkt sich der verfahrensabschließende Charakter der appeal-Gerichte entscheidend auf das Funktionsverständnis des Höchstgerichts aus. Bereits Chief Justice *Taft* (1921–1930) wies darauf hin, dass das Verfahren vor dem US Supreme Court seine subjektiv-rechtliche Dimension durch die vorherige Rechtsfehlerkontrolle in der intermediären Instanz weitgehend verloren habe:

„No litigant is entitled to more than two chances, namely, to the original trial and to a review, and the intermediate courts of review are provided for that purpose. When a case goes beyond that, it is not primarily to preserve the rights of the litigants. The Supreme Court's function is for the purpose of expounding and stabilizing principles of law for the benefit of the people of the country, passing upon constitutional questions and other important questions of law for the public benefit. It is to preserve uniformity of decision among the intermediate courts of appeal.“<sup>85</sup>

Das Gericht übt seine Jurisdiktionsgewalt daher im öffentlichen Interesse an der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung aus, wohingegen einer Fehlerkorrektur im Einzelfall an sich keine Bedeutung zukommt.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Im Zivilprozess hat der Mindeststreitwert von derzeit 75.000 US\$ zur Begründung einer Zuständigkeit bei *diversity jurisdiction* (vgl. 28 U. S. C. § 1332 (a)(1)) jedoch zur Folge, dass klassische Zivilrechtsstreitigkeiten vor den Bundesberufungsgerichten eine immer geringere Rolle spielen (näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 219 mwN).

<sup>82</sup> „The Supreme Court [...] may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law.“

<sup>83</sup> Vgl. insbesondere 28 U. S. C. §§ 1–6; 671–677; 1251–1260.

<sup>84</sup> Vgl. dazu insbesondere die Kompetenzen in 28 U. S. C. § 2071(a) sowie § 2072 (general rules of practice and procedure and rules of evidence in the district courts and courts of appeals) und § 2075 (bankruptcy rules).

<sup>85</sup> Chief Justice *Taft*, in: Hearings Before the House Committee on the Judiciary, 67<sup>th</sup> Cong., 2<sup>nd</sup> Sess., ser. 33 [2] (1922). S. ferner *ders.*, Letter to Senator Copeland seeking support for the Judges' Bill (US Congressional Record – 1925 – 66–2920) (zitiert nach *Cordray/Cordray* 82 Washington University Law Quarterly 389, 390 [2004]): „The business of the Supreme Court should be to consider and decide for the benefit of the public and for the benefit of uniformity of decisions only questions of importance.“

<sup>86</sup> Vgl. *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–50, wonach „burden and responsibility“ des Supreme Court zu groß seien „to permit it to review and correct every misstep made by the lower courts in the application of accepted principles.“

## 2. Entscheidungsfaktoren

### a) Supreme Court Rule 10

Diese Verfahrensausgestaltung bedingt, dass keine gesetzlich niedergelegten Zulassungskriterien für eine *petition for writ of certiorari* existieren. 28 U.S.C. §§ 1254 ff. setzen zwar den certiorari-Prozess als gegeben voraus, überlassen die nähere Ausgestaltung aber den S. C. R. und damit dem Höchstgericht selbst, dem durch die nähere Ausformung des Rechtsbehelfs als judikative Kompetenz-Kompetenz zukommt.<sup>87</sup> S. C. R. 10 zeichnet dabei die Grundstruktur des certiorari-Verfahrens vor:

„Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

- (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power;
- (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;
- (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.“

Entscheidungskriterien sind damit eine horizontale, vertikale oder föderale Rechtssatzdivergenz sowie das Bedürfnis nach einer rechtsgrundsätzlichen Klärung durch das Höchstgericht. Dagegen führen Fehler bei der Tatsachenfeststellung und Subsumtionsfehler bei der Anwendung etablierter Rechtsregeln als *errores in procedendo* oder *iudicando* nicht zur Zulassung, da die Parteiinteressen an der Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung – und sei der Rechtsfehler auch noch so gravierend – hinter den Funktionsauftrag des Höchstgerichts zurücktreten, was auch dem offen vertretenen Selbstbild des US Supreme Court entspricht: „We are much too busy to correct every error that is called to our attention in the thousands of certiorari petitions that are filed each year.“<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Einzelheiten bei *Shapiro et al.*, Supreme Court practice, 4–2ff.; vgl. zur grundlegenden Kritik an S. C. R. 10 schon *Harper/Rosenthal* 99 U. Pa. L. Rev. 293 (1950); *Harper/Etberington* 100 U. Pa. L. Rev. 354 (1951); *Harper/Pratt* 101 U. Pa. L. Rev. 439 (1953); *Harper/Leibowitz* 102 U. Pa. L. Rev. 427 (1954).

<sup>88</sup> *Idaho Dept. of Employment v. Smith* 434 U. S. 100, 104 (1977) (*Stevens* J. dissenting).

## b) Verfahrenssteuerung

Der objektiv-rechtliche Verfahrenscharakter manifestiert sich dabei schon im Antragsprozess, da der US Supreme Court nicht mit der Behauptung einer Rechtsverletzung angerufen werden kann, sondern im Rahmen einer *petition for writ of certiorari* stets abstrakte Rechtsfragen darzulegen sind („questions presented for review, S. C. R. 14(1)(a)). Selbst im Falle einer Zulassung nimmt das Gericht keine Prüfung über die dargelegten Fragen hinaus vor (vgl. S. C. R. 14(1)(a) S. 6),<sup>89</sup> weshalb das *certiorari*-Verfahren nach kontinentaleuropäischer oder englischer Vorstellung kein Rechtsmittel im engeren Sinne darstellt, weil nicht notwendigerweise eine Kontrolle der Ergebnisrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung erfolgt. Dem Gericht steht es jedoch in seinem Ermessen frei, andere Aspekte des Verfahrens zu thematisieren, sofern es dies für angebracht hält.<sup>90</sup>

S. C. R. 14(1)(a) dient daher der Verfahrenskanalisation, um zulassungswürdige („certworthy“) Entscheidungen schon auf der Ebene des Antragsprozesses zu selektieren:

„To use our resources most efficiently, we must grant *certiorari* only in those cases that will enable us to resolve particularly important questions. [...] Rule 14.1(a) forces the parties to focus on the questions the Court has viewed as particularly important, thus enabling us to make efficient use of our resources.“<sup>91</sup>

Königsdisziplin des *certiorari*-Verfahrens ist daher die Formulierung einer entscheidungserheblichen, abstrakten Rechtsfrage, die auf das Interesse des Gerichts stößt. In der Regel werden nicht mehr als zwei Fragen präsentiert, unabhängig von der Komplexität des Falles,<sup>92</sup> wobei der US Supreme Court auch zum Umformulieren oder Präzisieren der Frage berechtigt ist<sup>93</sup> bzw. die Frage in Einzelfällen erweitern kann.<sup>94</sup> Die Geeignetheit einer Frage lässt sich indes nicht abstrakt bestimmen, wobei in der auf Verfahren vor dem US Supreme Court spezialisierten Anwaltschaft jedoch gewisse Erfahrungswerte existieren: Die Frage darf nicht zu lang und nicht zu kurz, nicht zu abstrakt und nicht zu spezifisch, innovativ aber nicht konstruiert, die Antwort nicht zu offensichtlich und aber auch nicht zu

<sup>89</sup> Näher *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 U. S. 137, 159 (1999) (Stevens J., concurring in part, dissenting in part: „[...] I firmly believe that it is neither fair to litigants nor good practice for this Court to reach out to decide questions not raised by the *certiorari* petition.“). Auch rein hypothetische Fragen, die nicht Gegenstand des Verfahrens sind, werden nicht beantwortet, vgl. *Youakim v. Miller* 425 U. S. 231, 234 (1976); *Adickes v. Kress & Co.* 398 U. S. 144, 147 (1970). Davon wird lediglich in seltenen Fällen eine Ausnahme gemacht, wenn eine bedeutsame Frage z. B. in einem *brief of amicus curiae* dargelegt wird, vgl. *Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp* 467 U. S. 691 (1984); *U. S. v. Leon* 468 U. S. 897, 905 (1984).

<sup>90</sup> Vgl. z. B. die „plain error exception“ in S. C. R. 24(1)(a).

<sup>91</sup> *Yee v. City of Escondido* 503 U. S. 519, 535 f. (1992).

<sup>92</sup> *O’Sullivan v. Boerckel* 526 U. S. 838, 858 (1999); Einzelheiten bei *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 6–91 ff.

<sup>93</sup> Z. B. in *Ankenbrandt v. Richards* 502 U. S. 1023 (1992); *Harris v. U. S.* 534 U. S. 1064 (2001).

<sup>94</sup> Vgl. z. B. *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 U. S. 235, 247 (1981).

schwierig sein; zudem muss die Thematik aus sich selbst heraus verständlich sein, um die Neugierde des Lesers zu wecken.<sup>95</sup>

### c) Erfolgsfaktoren

Eine präzisere Konturierung der einzelnen Zulassungsfaktoren existiert daher nicht; vielmehr wird in der US-amerikanischen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass sich die *certworthyness* eines Verfahrens nicht abstrakt determinieren lässt.<sup>96</sup> Nach Justice *Frankfurter* folgt das Gericht bei der Verfahrensselektion zudem in erheblichem Maße auch außerjuristischen Zweckmäßigkeitserwägungen:

„Pertinent considerations of judicial policy here come into play. A case may raise an important question, but the record may be cloudy. It may be desirable to have different aspects of an issue further illumined by the lower courts. Wise adjudication has its own time for ripening.“<sup>97</sup>

Die kaum determinierte Zulassungsentscheidung des Supreme Court hat in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft – anders als im englischen Recht<sup>98</sup> – jedoch zu einer eigenständigen Wissenschaftsdisziplin geführt, die sich der Frage verschrieben hat, nach welchen Kriterien der Supreme Court die Verfahren auswählt und wie ein Fall zu präsentieren ist, um ihn in die „judicial agenda“ des Gerichts einzupassen.<sup>99</sup> Auch damit können jedoch keine verbindliche Antwort, sondern allenfalls Indikatoren vorgegeben werden,<sup>100</sup> da weder die Existenz der nachfolgend beschriebenen Faktoren eine Zulassung garantiert, noch deren Abwesenheit einer solchen notwendigerweise entgegensteht.<sup>101</sup>

### aa) Horizontale Divergenz (circuit split)

Einer der häufigsten Gründe zur Gewährung eines *writ of certiorari* ist die horizontale Rechtssatzdivergenz, insbesondere wenn zwei Entscheidungen der Courts of Appeals in der gleichen Rechtsfrage entscheidungserheblich divergieren (sog. *circuit split*).<sup>102</sup> Damit wird die rechtsvereinheitlichende Funktion des Verfah-

<sup>95</sup> Vgl. *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 6–102: „In sum, a well-tempered question should be concise, clear, interesting if not provocative, nonargumentative, reflective of the ruling below, admitting of no immediately obvious answers, and complete unto itself in the sense that the reader should not have to look elsewhere to understand the nature and scope of the question posed.“

<sup>96</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–8.

<sup>97</sup> *Maryland v. Baltimore Radio Show* 338 U.S. 912, 917f. (1950).

<sup>98</sup> Vgl. oben sub § 10. V. 1.

<sup>99</sup> Etwa *Perry*, Deciding to decide (1991) (welcher durch Interviews mit Supreme Court Richtern und Law Clerks die Faktoren für eine „certworthyness“ zu ermitteln versucht); *Sommer*, Supreme Court Agenda Setting (2014) (welcher den Versuch unternimmt, die Wahrscheinlichkeit für die Annahme einer *petition* mathematisch-empirisch vorherzubestimmen).

<sup>100</sup> Vgl. das dürftige Ergebnis bei *Perry*, Deciding to decide, S. 16 („each case contains reasons to take it and not to take it“).

<sup>101</sup> *S. Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–8f. mwN: „Certiorari is a discretionary jurisdiction, one that can be invoked or withheld for any reason that the Court sees fit.“

<sup>102</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–11; vgl. auch *Moskal v. United States* 498 U.S. 103,

rens vor dem Höchstgericht betont.<sup>103</sup> In gleicher Weise kann ein Konflikt über Bundesrecht zwischen einem einzelstaatlichen Höchstgericht und einem Federal Court of Appeals die Zulassung rechtfertigen.<sup>104</sup> Dagegen reicht ein intra-instanzialer Rechtssatzkonflikt, z. B. zwischen District Court und Court of Appeals,<sup>105</sup> oder ein *intracircuit conflict* (zwischen verschiedenen Spruchkörpern desselben Gerichts)<sup>106</sup> nicht aus, weil der US Supreme Court seine Supervisionsfunktion nur nachrangig ausübt, d. h. sofern die Rechtssatzdivergenz nicht von den nachgeordneten Instanzen selbst in Form einer en banc-Entscheidung bzw. eines *circuit precedent* geklärt werden kann.<sup>107</sup>

Hat die zugrunde liegende Rechtsfrage daher eine ausreichende Bedeutung und besteht ein klarer Rechtssatzkonflikt, der von der intermediären Instanz nicht gelöst werden kann, sind die Chancen gut, dass der US Supreme Court seine Jurisdiktionsgewalt ausübt.<sup>108</sup> Garantiert ist dies indes nicht; jüngere Schätzungen gehen davon aus, dass ein nicht unerheblicher Teil von Divergenzentscheidungen nicht zur Entscheidung angenommen wird, weil die divergierende Rechtsfrage z. B. nicht bedeutend genug ist.<sup>109</sup> Zudem scheint zwischen den einzelnen Supreme Court-Richtern häufig keine Einigkeit in der Frage zu bestehen, wann eine genuiner Konflikt zwischen verschiedenen Berufungsurteilen vorliegt.<sup>110</sup>

#### *bb) Vertikale (Abweichungs-)Divergenz*

Ein weiterer Zulassungsfaktor ist ein Divergenzkonflikt zwischen einer bestehenden Rechtsprechungslinie des Supreme Court und dem angegriffenen Urteil. Dies erfordert jedoch – dem deutschen Revisionsrecht vergleichbar<sup>111</sup> – eine Abgrenzung zum Subsumtionsfehler: Die fehlerhafte („erroneous“) Entscheidung des Untergerichts allein ist nicht zulassungsrelevant; nach S. C. R. 10(c) reicht

106 (1990). Dabei wird die Existenz von *circuit splits* in den USA nicht nur negativ bewertet; diese sollen nach einer in der rechtswissenschaftlichen Literatur teilweise vertretenen Ansicht dazu beitragen, in einem föderalen Gerichtssystem neue Rechtsentwicklungen zu ermöglichen, da eine rigide Uniformität bei der weiteren Rechtsentwicklung hinderlich sein kann (näher *Frost* 94 Va. L. Rev. 1567, 1578 [2008]; *Wallace* 71 Cal. L. Rev. 913, 923, 929 [1983]).

<sup>103</sup> *Thompson v. Keohane* 516 U.S. 99, 106 (1995).

<sup>104</sup> Z. B. *Turner v. Rogers* 564 U.S. 431 (2011); *Johnson v. California* 545 U.S. 162, 164 (2005); *Florida v. White* 526 U.S. 559, 563 (1999).

<sup>105</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–27 ff.

<sup>106</sup> *Joseph v. United States* 135 S.Ct. 705, 707 (2014).

<sup>107</sup> Vgl. hierzu bereits sub § 5. I. 3. b).

<sup>108</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–12, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>109</sup> Vgl. hierzu z. B. *Hellman*, Unresolved Intercircuit Conflicts: The Nature and Scope of the Problem, S. 34–64. Vgl. ferner die Aussage von Justice *Stevens* in *Hiersche v. United States* 503 U.S. 923 (1992): „This Court has a duty to resolve conflicts among the courts of appeal. As several scholars have recognized, however, that duty is not absolute. Some conflicts are tolerable. Others can be resolved more effectively by Congress.“

<sup>110</sup> Vgl. *Perry*, Deciding to decide, S. 249: „But there are conflicts, and there are conflicts. They vary not only in terms of the importance of the issue but also in the extent to which there is a conflict.“

<sup>111</sup> Oben sub § 4. I. 3. a).

auch eine verdeckte Divergenz in Form einer fehlerhaften Interpretation eines anerkannten Rechtssatzes nicht aus. Der Konflikt muss vielmehr „truly be direct and must be readily apparent from the lower court’s rationale or result“. <sup>112</sup> Dem Kriterium des offensichtlichen Übergehens einer anerkannten Rechtsprechungslinie des Supreme Court wird daher ein besonderes Gewicht beigemessen, weil nur insoweit die Letztverbindlichkeit von dessen Entscheidungen als *binding precedent* in Gefahr gerät. <sup>113</sup> Vereinzelt erlässt das Berufungsgericht dabei auch eine bewusst vom bestehenden case law abweichende Entscheidung, um den Supreme Court zum Überdenken einer bestehenden Rechtsprechungslinie anzuregen (offene Abweichungsdivergenz), <sup>114</sup> was dieser häufig zum Anlass nimmt, seine bestehende Rechtsprechung auf ihre fortbestehende Gültigkeit zu untersuchen (re-examination) oder aufzugeben (overruling) <sup>115</sup> bzw. deren Anwendungsbereich zu präzisieren oder einzuschränken. <sup>116</sup>

### cc) Die (verfassungsrechtliche) Bedeutung der Rechtsfrage

Auch die Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfrage ist ein entscheidendes Kriterium für die Zulassung der *petition*. <sup>117</sup> Eine ausdifferenzierte Definition des Begriffs der *important question* existiert dabei nicht. Dieser wird vielmehr bedeutungs- offen ausgelegt, <sup>118</sup> wobei ein maßgebliches Augenmerk auf das Allgemeininteresse an der Rechtsklärung („importance to the public, as distinguished from that of the parties“) gelegt wird. <sup>119</sup> Folglich kann eine rechtsgrundsätzliche Frage zur Auslegung von Bundesgesetzen oder *administrative regulations* zur Zulassung führen, sofern diese einen signifikanten Einfluss auf die korrekte Gesetzesanwendung hat. <sup>120</sup> Auch der Umstand, ob das Gesetz neu in Kraft getreten ist und daher noch kein bestehendes Fallrecht existiert, kann die Zulassung rechtfertigen, <sup>121</sup> ebenso Parallelverfahren in den unteren Instanzen, die eine schnelle Entscheidung des Supreme Court geboten erscheinen lassen, <sup>122</sup> oder die besondere wirtschaftliche

<sup>112</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–20.

<sup>113</sup> Näher *Shapiro* aaO. Gleiches gilt, wenn eine Supreme Court-Entscheidung nur falsch verstanden wird (*S. E. C. v. Edwards* 540 U. S. 389, 392 f. [2004]).

<sup>114</sup> Näher *Wasby* 63 Mont. L. Rev. 119, 140 (2002); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.* 490 U. S. 477 (1989).

<sup>115</sup> Von einem *overruling* hat der Supreme Court seit seiner Gründung schätzungsweise in 300 Verfahren Gebrauch gemacht, vgl. <https://constitution.congress.gov/resources/decisions-overruled/> [28.08.2023]. Vgl. jüngst zur stare decisis-Doktrin *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC* 576 U. S. 446 (2015) mit Verweis auf *Michigan v. Bay Mills Indian Community* 572 U. S. 782 (2014).

<sup>116</sup> *Z. B. Janus v. American Fed’n of State, Cty., & Mun. Emps.* 138 S.Ct. 2448 (2018); *McDonald v. City of Chi.* 561 U. S. 742 (2010); *Afroyim v. Rusk* 387 U. S. 253, 255 (1967); *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* 547 U. S. 28, 33 (2006).

<sup>117</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–33.

<sup>118</sup> Vgl. *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–33.

<sup>119</sup> *Layne & Bowler Corp. v. Western Well Works* 261 U. S. 387, 393 (1923); *Rice v. Sioux City Mem’l Park Cemetary* 349 U. S. 70, 79 (1955).

<sup>120</sup> *U. S. v. Ruzicka* 329 U. S. 287 (1946); *U. S. v. Coleman* 390 U. S. 599, 601 (1968).

<sup>121</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–40f. mit Einzelheiten.

<sup>122</sup> *Z. B. Laing v. U. S.* 423 U. S. 161, 167 (1976); *FTC v. Jantzen, Inc.* 386 U. S. 228, 229 (1967).

Bedeutung des Falles.<sup>123</sup> Auch Fragen mit internationalem Bezug, etwa bei grenzüberschreitenden Schiedsverfahren oder im internationalen Zivil- und Zivilprozessrecht scheinen auf das Interesse des Gerichts zu stoßen.<sup>124</sup>

Bei einer Entscheidung, die den Rechtskreis der Prozessparteien nicht überschreitet, kommt eine Zulassung dagegen regelmäßig nicht in Betracht, selbst wenn alle Parteien eine Entscheidung durch den Supreme Court begehren.<sup>125</sup> Zum Nachweis der Allgemeinbedeutung bedienen sich die Parteien daher häufig eines oder mehrerer *briefs of amicus curiae* von nicht am Verfahren beteiligten Institutionen oder Personen (vgl. S. C. R. 37). Deren Bedeutung hat sich in den letzten Jahren noch einmal erheblich vergrößert; das Einreichen eines *amicus brief* soll die Wahrscheinlichkeit für eine Zulassung bereits um 40–50 % erhöhen,<sup>126</sup> womit sich die Parameter der Zulassungsentscheidung noch weiter von der ‚richtigen‘ Entscheidung im Einzelfall zu objektiv-rechtlichen Erwägungen verschoben haben.

Da der Supreme Court neben seiner Funktion als *Court of last resort* auch oberstes Verfassungsgericht in den USA ist, stoßen insbesondere Zivilverfahren mit verfassungsrechtlichem Hintergrund auf das Interesse der Richterschaft. Gute Erfolgsaussichten haben etwa Verfahren, in denen die Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes in Streit steht,<sup>127</sup> wohingegen die Entscheidung eines Bundesberufungsgerichts, ein einzelstaatliches Gesetz für mit der Bundesverfassung unvereinbar zu erklären, nicht notwendigerweise zur Zulassung führt. Der Supreme Court gewichtet insoweit einzelfallbezogen die Bedeutung des Gesetzes (z. B. parallele Gesetzesbestimmungen in anderen Bundesstaaten) sowie den Umstand, ob es sich um eine neue Rechtsfrage oder nur die Anwendung bestehender Rechtsprinzipien handelt.<sup>128</sup> Die individuelle Verletzung verfassungsmäßiger Rechte und Garantien rechtfertigt dagegen nicht die Zulassung, da die *petition for writ of certiorari* nicht den Charakter einer Individualverfassungsbeschwerde hat. Vielmehr muss der *petitioner* auch insoweit eine ungeklärte Rechtsfrage oder eine Rechtsprechungsdivergenz aufzeigen bzw. darlegen können, inwieweit der Fall Gelegenheit gibt, eine bestehende Rechtsprechung zu erweitern oder zu präzisieren.<sup>129</sup> Der Supreme Court gewährt damit auch im verfassungsrechtlichen Sinne keinen Individualrechtsschutz:

<sup>123</sup> Z. B. *Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes* 564 U.S. 338, 342 (2011); *Fidelity Fed. Bank & Trust v. Kehoe* 547 U.S. 1051 (2006); *Barnhart v. Walton* 535 U.S. 212, 217 (2002).

<sup>124</sup> Ad I: *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.* 596 U.S. \_\_\_ (2022); ad II: *Cassirer et al. v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* 596 U.S. \_\_\_ (2022); ad III: *Philipp v. Germany* 592 U.S. \_\_\_ (2021).

<sup>125</sup> *Feijoo Tomala v. U. S.* 504 U.S. 932, 112 S.Ct. 1997, 118 L.Ed.2d 593 (1992).

<sup>126</sup> Näher *Cordray/Cordray* 82 Washington University Law Quarterly 389, 408 f. (2004).

<sup>127</sup> Z. B. *National Fed'n of Ind. Bus. v. Sebelius* 567 U.S. 519 (2012).

<sup>128</sup> Z. B. *New York v. Ferber* 458 U.S. 747, 749 (1982); *New York v. O'Neill* 359 U.S. 1, 3 n. 2 (1982); *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* 528 U.S. 377, 385 (2000); *Pharmaceutical Research & Mtrs. of Am. v. Walsh* 538 U.S. 644, 650 (2003).

<sup>129</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–36; z. B. in *J. D. B. v. North Carolina* 564 U.S. 261, 268 (2011).

„Petitions may have been denied because, even though serious constitutional questions were raised, it seemed to at least six members of the Court that the issue was either not ripe enough or too moribund for adjudication; that the question had better await the perspective of time, or that time would soon bury the question, or, for one reason or another, it was desirable to wait and see; or that the constitutional issue was entangled with nonconstitutional issues that raised doubt whether the constitutional issue could be effectively isolated; or for various other reasons not relating to the merits.“<sup>130</sup>

#### dd) Die Beteiligung des Solicitor General

Die starke Ausrichtung des Supreme Court an einer Entscheidungsfindung im öffentlichen Interesse manifestiert sich ferner in der Funktion des Solicitor General. Dieser dem US-Justizministerium unterstehende Beamte<sup>131</sup> vertritt die US-Bundesregierung vor dem Supreme Court, sofern sie in einem Rechtsstreit involviert ist, beteiligt sich an anderen Verfahren als *amicus curiae* und koordiniert die Vertretung vor den Federal Courts of Appeals. *Petitions* des Solicitor General werden in etwa 2/3 aller Fälle gewährt, wohingegen die von den Parteien initiierten *paid cases* meist eine Erfolgsquote im unteren einstelligen Prozentbereich haben.<sup>132</sup> Dem Solicitor General kommt damit – bemerkenswerterweise vergleichbar mit der Generalanwaltschaft bei der Cour de Cassation<sup>133</sup> – eine nicht zu unterschätzende Bedeutung bei der Fallselektion zu. In geeigneten Fällen kann der Supreme Court diesen zudem bitten, die Position der US-Regierung zu einem bestimmen Verfahren oder einer aufgeworfenen Rechtsfrage darzulegen, wobei dessen Einschätzung erheblichen Einfluss auf die Annahmeentscheidung hat. In einem aktuellen Schadensersatzprozess um die zivilrechtliche Haftung eines möglicherweise krebserregenden Unkrautvernichters (Monsanto) lehnte der Supreme Court eine *petition* z. B. nach neunmonatiger Beratung ab, weil der Solicitor General nachdrücklich von einer Zulassung abgeraten hatte.<sup>134</sup>

#### ee) Die Erfolgsaussichten in der Sache

Auch die (summarisch bewerteten) Erfolgsaussichten des Verfahrens scheinen eine nicht unwesentliche Rolle zu spielen, da der US Supreme Court eine *petition* ungern gewährt, um die vorinstanzliche Entscheidung im Ergebnis zu bestätigen.<sup>135</sup> Vielmehr scheint das Gericht seine begrenzten Ressourcen auf Verfahren beschränken zu wollen, die ein korrigierendes Eingreifen des Höchstgerichts er-

<sup>130</sup> *Darr v. Burford* 339 U. S. 200, 227 (1950) (Frankfurter J., dissenting).

<sup>131</sup> Vgl. 28 U. S. C. § 505.

<sup>132</sup> Näher noch sub § 11. II. 4. sowie *Provine*, Case Selection in the United States Supreme Court, S. 4. Auch das kalifornische Recht (vgl. § 902.1 Cal. Code of Civil Procedure) kennt in bestimmten Fällen ein Interventionsrecht des Attorney General, spricht ihm jedoch keine eigenständige appeal-Befugnis zu.

<sup>133</sup> Vgl. bereits sub § 9. IV.

<sup>134</sup> *Monsanto Company v. Edwin Hardeman*, Case 21–241 (die Stellungnahme des Solicitor General ist unter <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/21-241.html> [28.08.2023]) abrufbar.

<sup>135</sup> *Estelle v. Gamble* 429 U. S. 97, 115 (1976) (Stevens, J., dissenting).

forderlich machen, und eine bestehende Rechtsprechung andernfalls durch die Ablehnung einer *petition for writ of certiorari* inzidenter zu billigen, auch wenn im Rahmen des Zulassungsverfahrens keine dezidierte Prüfung der Erfolgsaussichten erfolgt<sup>136</sup> und einer Ablehnung der *petition* keine präjudizielle Wirkung zukommt.<sup>137</sup> In den im Jahr 2016 aufgrund mündlicher Verhandlung entschiedenen Verfahren wurde daher in ca. 80 % das vorinstanzliche Urteil aufgehoben und an die Vorinstanz zurückverwiesen.<sup>138</sup>

*ff) Der Ausschluss von Tatfragen und Einzelwertungen*

Tatfragen – insbesondere das Ergebnis der Beweisaufnahme und deren Auswirkungen auf die Entscheidung – oder besondere Wertungen im Einzelfall führen nicht zur Zulassung einer *petition*, vgl. S. C. R. 10 a. E.<sup>139</sup> Zwar ist dem Supreme Court – der teilweise auch als erstinstanzliches Gericht fungiert (vgl. Art. III § 2 der US-Verfassung) – im Gegensatz zu Kassations- und Revisionsgerichten nicht per se eine Tatsachenermittlung verwehrt, sofern es sich nicht um Jury-Feststellungen handelt.<sup>140</sup> Das Gericht limitiert die Nachprüfung von Tatsachenfeststellungen und deren prozessordnungsgemäße Erhebung auf Bundesebene allerdings nach der sog. *two court rule*: Haben erst- und zweitinstanzliches Gericht eine Tatsache für festgestellt erachtet, findet keine weitere Überprüfung statt, wobei eine solche durch den in der intermediären Instanz bereits stark zurückgenommenen Kontrollmaßstab bei Tatsachenfeststellungen noch weiter beschränkt wird.<sup>141</sup> Lediglich in Evidenzfällen kann es zu einer Aufhebung aufgrund der Tatsachenfeststellungen kommen, sofern die vorinstanzliche Entscheidung „shockingly wrong“ ist bzw. „a very obvious and exceptional showing of error“ zeigt<sup>142</sup> und daher ein Eingreifen des Supreme Court in seiner disziplinierenden Supervisionsfunktion über die nachgeordneten Gerichte erforderlich macht. Unter Umständen erfolgt auch eine Aufhebung von Tatsachenfeststellungen, wenn diese untrennbar mit einer Rechtsfrage verknüpft sind (mixed question of law and fact).<sup>143</sup>

<sup>136</sup> Vgl. *Wade v. Mayo* 334 U. S. 672, 680 (1948).

<sup>137</sup> *Maryland v. Baltimore Radio Show* 338 US 912, 917, 919 (1950): „Inasmuch, therefore, as all that a denial of a petition for a writ of certiorari means is that fewer than four members of the Court thought it should be granted, this Court has rigorously insisted that such a denial carries with it no implication whatever regarding the Court’s views on the merits of a case which it has declined to review.“

<sup>138</sup> Einzelheiten bei *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–53 (insbesondere Fn. 67).

<sup>139</sup> *U. S. v. Johnston* 268 U. S. 220, 227 (1925): „We do not grant a certiorari to review evidence and discuss specific facts.“

<sup>140</sup> Vgl. den VII. Zusatzartikel zur US-Verfassung sowie oben sub § 11. II. 1. a).

<sup>141</sup> S. o. sub § 11. II. 1. a).

<sup>142</sup> Grundlegend *Goodman v. Lukens Steel Co.* 482 U. S. 656, 665 (1987): „[B]oth courts below having agreed on the facts, we are not inclined to examine the record for ourselves absent some extraordinary reason for undertaking this task.“); *Rogers v. Lodge* 102 S.Ct. 3272, 3278, 458 U. S. 613, 623, 73 L.Ed.2d 1012 (1982) („[T]his Court has frequently noted its reluctance to disturb findings of fact concurred in by two lower courts.“); *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Prods. Co.* 336 U. S. 271, 275 (1949); *Pick Mfg. Co. v. General Motors Corp.* 299 U. S. 3, 4 (1936).

<sup>143</sup> Näher *Neil v. Biggers* 93 S.Ct. 375, 379 n. 3, 409 U. S. 188, 193 n. 3, 34 L.Ed.2d 401 (1972);

## gg) Keine Korrektur einfacher Rechtsfehler

Neben dem Ausschluss von Tatsachenfeststellungen bietet auch eine fehlerhafte Einzelentscheidung keinen Anlass zur Gewährung eines *writ of certiorari*: „the fact that a case may have been wrongly decided as between the parties is not, standing alone, enough to assure certiorari“.<sup>144</sup> Die Fehlerhaftigkeit des Berufungsurteils ist lediglich einer unter zahlreichen Faktoren, wobei die Zulassungsentscheidung „on numerous factors other than the perceived correctness of the judgment“ basiert.<sup>145</sup> In der Regel führt die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung nur dann zu einer Zulassung, wenn zugleich eine bedeutsame Rechtsfrage oder eine Rechtsatzdivergenz aufgezeigt werden kann.<sup>146</sup> Die fehlende Relevanz einfacher Rechtsfehler wird dabei sogar zum konstituierenden Element des derzeitigen Funktionsverständnisses des US Supreme Court erhoben:

„The belief that the Supreme Court should not function primarily as an appellate court for correcting lower court errors constitutes an important element of the modern Court’s conception of itself.“<sup>147</sup>

Dies verwehrt es dem Gericht jedoch nicht, eine Entscheidung in Ausnahmefällen allein aufgrund ihrer Fehlerhaftigkeit aufzuheben, sofern diese z. B. eine negative Vorbildwirkung für andere Verfahren haben könnte.<sup>148</sup> Dabei findet wiederum eine Rückkopplung an die Rechtsprechungstätigkeit im öffentlichen Interesse statt, da der Supreme Court seine Überwachungs- und Kontrollfunktion entsprechend S. C. R. 10(a) nur wahrnimmt, um der Gefahr vorzubeugen, anerkannte Rechtsprinzipien könnten in den unteren Instanzen erodieren.<sup>149</sup> Von eindeutigen Rechtsfehlern getragene Entscheidungen werden dabei meist ohne mündliche Verhandlung in einem *per curiam*-Beschluss abgehandelt.<sup>150</sup> In den letzten Jahren hat der Supreme Court von dieser Möglichkeit jedoch selten Gebrauch gemacht; insbesondere die konservativen Kräfte des Gerichts haben sich immer wieder gegen eine Erweiterung der Rechtsprechungstätigkeit zur Korrektur fehlerhafter Entscheidungen ohne grundsätzliche Bedeutung gewandt.<sup>151</sup>

*Great Atl. & Pac. Tea Co. v. Supermarket Equipment Corp.* 71 S.Ct. 127, 131, 340 U. S. 147, 153 f., 95 L.Ed. 162 (1950); *Baumgartner v. U. S.* 64 S.Ct. 1240, 322 U. S. 665, 88 L.Ed. 1525 (1944). Auch bei der Kontrolle einzelstaatlicher Entscheidungen ist die Prüfungsdichte teilweise umfassender, vgl. *Cooper*, in: Wright and Miller 16B Fed. Prac. & Proc. Juris., §4033 mwN.

<sup>144</sup> *Harlan* 13 Rec. Ass’n N. Y. City 541, 551 (1958).

<sup>145</sup> *Ross v. Moffitt* 417 U. S. 600, 616 (1974).

<sup>146</sup> Näher *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–53 mwN.

<sup>147</sup> *Provine*, Case selection in the United States Supreme Court, S. 12.

<sup>148</sup> Einzelheiten bei *Baker* 33 Cath. U. L. Rev. 611, 619 (1984).

<sup>149</sup> *Thompson v. City of Louisville* 362 U. S. 199 (1960); *Washington v. U. S.* 357 U. S. 348 (1958); *Montana v. Kennedy* 366 U. S. 308, 309 (1961). Gelegentlich klingt dabei auch der Gedanke an, die Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung im Einzelfall könne der Allgemeinheit dienen, auch wenn sich dies nicht als konsistenter Rechtssatz entwickelt hat, vgl. *Harrington v. Richter* 562 U. S. 86 (2011); *Rice v. Collins* 546 U. S. 333, 335 (2006); *Arizona v. Maricopa Cty. Med. Soc’y* 457 U. S. 332, 336 (1982).

<sup>150</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 4–52 mwN.

<sup>151</sup> Vgl. bereits *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.* 361 U. S. 107, 111 (1959) (*Stewart*,

### 3. Der Einfluss des Auswahlverfahrens

Wie bereits ausgeführt,<sup>152</sup> entscheiden die neun Richter des Supreme Court über jährlich bis zu 8.000 *petitions for writ of certiorari*. Der Supreme Court verhandelt stets in Plenarbesetzung, da eine Unterteilung des Gerichts in Panels angesichts des Verfassungsauftrags („one Supreme Court“) als unzulässig angesehen wird.<sup>153</sup> Für das Heraussieben von maximal 70–120 (ca. 1–2 %) zulassungswürdigen Fällen hat sich dabei ein besonderes Selektionsverfahren entwickelt, das auf einer historisch gewachsenen Gerichtspraxis beruht. Statistische Auswertungen legen dabei nahe, dass die Erfolgsaussichten mit der allgemeinen Fallbelastung des Gerichts korrelieren und auch innerhalb eines Gerichtsjahres erheblich schwanken können.<sup>154</sup>

#### a) *ifp* und *paid cases*

Über den genauen Zeitaufwand des Zulassungsverfahrens kann dabei naturgemäß nur spekuliert werden. Nach gerichtsinternen Angaben scheint die Selektion indes weniger arbeitsintensiv zu sein als weitläufig angenommen. Grund dafür ist, dass etwa 70 % der *petitions in forma pauperis* (*ifp*) erfolgen.<sup>155</sup> Darunter versteht man – in Abgrenzung zu *paid cases* – Verfahren, die gem. S. C. R. 39 ohne die Erhebung von Gerichtsgebühren<sup>156</sup> und mit Formerleichterungen gem. S. C. R. 12.2, 33.2 eingeleitet werden können. Ein großer Teil dieser *ifp*-Verfahren wird von unterlegenen Parteien oder Strafgefangenen, teilweise pro se (ohne anwaltliche Vertretung) initiiert,<sup>157</sup> und hat damit a limine keine Aussicht auf Erfolg, weil nach vorstehenden Maßstäben kein „important issue of law“ dargelegt, sondern nur eine Rechtsfehlerkontrolle im Einzelfall begehrt wird. Aufgrund der rigiden Selektionsstandards des Supreme Court ist davon auszugehen, dass 60 % der *paid cases* und über 90 % der *ifp*-Verfahren ersichtlich aussichtslos („utterly without merit“) sind und daher bereits ohne vertiefte Sachprüfung zurückgewiesen werden.<sup>158</sup>

---

J., concurring: „Cases like this, I am firmly convinced, do not belong in this Court. To review individualized personal injury cases, in which the sole issue is sufficiency of the evidence, seems to me not only to disregard the Court’s proper function, but also to deflect the Court’s energies from the mass of important and difficult business properly here.“).

<sup>152</sup> S. bereit sub §8.I.1.b).

<sup>153</sup> *Marcus*, A Happy-Go-Lucky Story: The American Supreme Court and Overload Problems, in: *Bravo-Hurtado/van Rhee* (Hrsg.), *Supreme Courts Under Pressure*, S. 183, 188.

<sup>154</sup> Umfassend *Cordray/Cordray* 36 *Ariz. St. L.J.* 183, 185 ff. (2004).

<sup>155</sup> Im October Term 2019 waren 6.534 Verfahren vor dem US Supreme Court anhängig – 4.706 *ifp*-Verfahren, 1.818 im *paid docket*, 10 Fälle einer original jurisdiction (US Supreme Court – Cases on Docket, Disposed of, and Remaining on Docket at Conclusion of October Terms, 2015 Through 2019, [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data\\_tables/supcourt\\_a1\\_0930.2020.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/supcourt_a1_0930.2020.pdf) [28.08.2023]).

<sup>156</sup> Derzeit rund 300 US\$, vgl. S. C. R. 38(a).

<sup>157</sup> Einzelheiten bei *Perry*, *Deciding to decide*, S. 102. Es gibt jedoch auch – sehr selten – Ausnahmen, vgl. z. B. *Gideon v. Wainwright* 372 U. S. 335 (1963).

<sup>158</sup> *Brennan* 49 U. Chi. L. Rev. 473, 476 f. (1972–1973). Für das Geschäftsjahr 2017 reduziert sich z. B. die Gesamtzahl potenziell zulassungswürdiger Verfahren (7.390 Verfahren) bei 5.320 *ifp*-Verfahren auf etwas über 2.000 *paid*-Verfahren oder *original cases*, von denen ca. 40 % (ca.

## b) Bedeutung der law clerks

Trotz dieser Erleichterungen macht die Menge der *petitions* ein spezielles Zulassungsverfahren am Höchstgericht erforderlich: Nach Einreichen der *petition* sowie des *opposing brief* werden die Gerichtsakten innerhalb von zwei Wochen auf die Büros der einzelnen Richter verteilt. Eine Aufteilung in *committees* gibt es auch im Rahmen des Zulassungsverfahrens nicht; vielmehr untersucht jeder Richter den Antrag selbstständig.<sup>159</sup> In Anbetracht von mehreren tausend Anträgen und diese begleitende Dokumente (*brief of amicus curiae* etc.) kann indes nicht gewährleistet werden, dass die einzelnen Richter alle Schriftsätze auch nur zur Kenntnis nehmen,<sup>160</sup> weshalb der Selektionsprozess überwiegend an die *law clerks* delegiert wird. Dabei handelt es sich um Absolventen von US-amerikanischen *law schools*, die einen Supreme Court-Richter nach Abschluss eines kompetitiven Auswahlverfahrens für ein bis zwei Jahre als wissenschaftliche Mitarbeiter unterstützen.<sup>161</sup> In der Regel verfügt jeder Richter über vier *law clerks*.<sup>162</sup> Diese sind zu einem wesentlichen Teil die wahren ‚Entscheider‘ bei der Verfahrensselektion, obschon sich der genaue Einfluss ihrer Tätigkeit nur schwer qualifizieren lässt.<sup>163</sup>

Da jedoch auch der Einsatz von *law clerks* die insbesondere in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts aufkommende Flut an Verfahren nicht eindämmen konnte, wurde 1972 durch Chief Justice Warren E. Burger auf Vorschlag von Justice Lewis F. Powell der sog. *cert. pool* etabliert,<sup>164</sup> an dem sich derzeit sieben der neun Richter beteiligen. Die Verfahrenseingänge werden dabei nach einem Zufallsmodus zwischen den *law clerks* der einzelnen Richter verteilt. Der Ausgewählte verfasst ein Memorandum, eine meist einseitige Kurzzusammenfassung über den Inhalt des Falls, die aufgeworfene Rechtsfrage sowie eine Entscheidungsempfehlung, die an alle Mitglieder des Pools zirkuliert wird.<sup>165</sup> In der Regel wird die Entscheidung über die Annahme der *petition* allein auf Grundlage dieses Memorandums getroffen, nur in Zweifelsfällen oder bei besonders exponierten und öffentlichkeitswirksamen Verfahren zieht der Richter auch die ursprüngliche *petition* zurate.<sup>166</sup>

Die Arbeit des *cert. pool* ist in den USA nicht ohne Kritiker geblieben, obwohl strukturelle Änderungen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sind. Denn letzt-

800) einer vertieften Analyse bedürfen (Einzelheiten bei *Shapiro*, Supreme Court Practice, 8–3 mwN). Vgl. auch die – wengleich zeitlich nicht mehr aktuelle – Analyse bei *Hellman* 1996 Sup. Ct. Rev. 403, 430f.

<sup>159</sup> Vgl. hierzu die Darstellung von Justice *Brennan* 31 Pa. Bar Ass'n Q. 393, 405 f. (1960).

<sup>160</sup> Jede Woche werden mehrere hundert neue Schriftstücke verteilt, vgl. *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–6f.

<sup>161</sup> Vgl. bereits sub § 6. I. 1. c).

<sup>162</sup> *Jolowicz*, On civil procedure, S. 346.

<sup>163</sup> Umfassend *Ward/Weiden*, Sorcerers' apprentices: 100 years of law clerks at the United States Supreme Court, S. 1 ff.

<sup>164</sup> Einzelheiten bei *Perry*, Deciding to Decide, S. 42.

<sup>165</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–7 (auch wenn die Richter ihre *law clerks* teilweise dazu anhalten, trotz Vorliegens eines *pool memorandum* eine eigenständige Prüfung des Falles anhand der ursprünglichen Schriftsätze vorzunehmen).

<sup>166</sup> Näher *Perry*, Deciding to Decide, S. 42ff.

lich entscheiden am höchsten US-Bundesgericht Berufsanfänger ohne praktische Vorerfahrung und nach kurzer Einarbeitungszeit<sup>167</sup> in erheblichem Maße mit über die Frage, ob eine *petition* gewährt werden soll.<sup>168</sup> Von den seltenen Fällen eines zweiten (Gegen-)Memorandums abgesehen,<sup>169</sup> ist die Vorarbeit eines *law clerks* maßgebliche Entscheidungsgrundlage für die Zulassungsentscheidung. Dabei hat die *cert. pool*-Struktur oftmals zur Folge, dass gerade neue *law clerks* sehr restriktiv bei der Zulassung einer *petition* sind, weil sie glauben, eine übermäßige Zulassungspraxis würde sich nachteilhaft auf ihre Reputation bei Gericht auswirken.<sup>170</sup>

### c) Die Zulassungsentscheidung

Die Entscheidung über die Zulassung der *petition* erfolgt während des Gerichtsjahrs jeden Freitag im Rahmen einer Konferenz der Richter, wobei etwa acht Wochen nach Eingang über das Verfahren entschieden werden soll.<sup>171</sup> Auf Grundlage der *memoranda* wird vom Chief Justice eine *discuss list* mit den diskussionswürdigen Fällen für die Konferenz erstellt.<sup>172</sup> Fälle, die nicht bis einen Tag vor der Konferenz in die *discuss list* aufgenommen werden, werden ex officio zurückgewiesen (*dead list*), ohne dass es eines besonderen Beschlusses bedarf oder diese auf der Konferenz erwähnt werden.<sup>173</sup> Nach Ansicht der Richterin *Ruth B. Ginsburg* entfallen damit automatisch mehr als 85 % aller Verfahren, die von keinem Richter bzw. *law clerk* als diskussionswürdig empfunden wurden.<sup>174</sup>

Für die Zulassung des *writ of certiorari* hat sich die sog. *Rule of Four*<sup>175</sup> etabliert: Mindestens vier der neun Richter müssen für eine Zulassung stimmen.<sup>176</sup> Wurde einer *petition* von dieser Minderheit stattgegeben, kann diese nicht nachträglich

<sup>167</sup> Vgl. *Perry*, *Deciding to Decide*, S. 78 („Obviously, they are bright people, but it is really rather remarkable how little they know when they arrive at the Supreme Court and how fast they have to learn.“), sowie das Zitat eines *law clerk* („At the beginning I didn't really know what the hell I was doing.“) bei *Perry*, aaO, S. 78. Andere Gerichte, z. B. der California Supreme Court, haben sich daher vom Konzept der *law clerks* teilweise verabschiedet und stellen dauerhaft wissenschaftliche Mitarbeiter ein (näher *Liu* 61 UCLA L. Rev. 61, 1246 ff. [2014]).

<sup>168</sup> Vgl. *Perry*, *Deciding to Decide*, S. 69ff.: Die *law clerks* erhalten in der Regel keine Einführung in die Auswahl der *petition* (*Perry*, aaO, S. 78).

<sup>169</sup> Vgl. *Perry*, *Deciding to Decide*, S. 42.

<sup>170</sup> *Shapiro et al.*, *Supreme Court Practice*, 5–8 mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>171</sup> Bei Verfahren von besonderer Bedeutung kann es nach Ermessen des Gerichts auch noch schneller gehen, vgl. *Trump v. Int. Refugee Assistance Project* 137 S.Ct. 2080, 2085 (2017).

<sup>172</sup> *Shapiro et al.*, *Supreme Court Practice*, 5–10.

<sup>173</sup> *Brennan* 49 U. Chi. L. Rev. 473, 478 f. (1972–1973); *Perry*, *Deciding to decide*, S. 43 ff., 85 ff.

<sup>174</sup> *Ginsburg* 25 Thomas Jefferson L. Rev. 517, 519 f. (2003).

<sup>175</sup> Dazu *Harris v. Pennsylvania R. R. Co.* 361 U. S. 15, 18 (1959); *Maryland v. Baltimore Radio Show* 338 U. S. 912, 917 (1950); *Leiman* 57 Colum. L. Rev. 975 (1957); *Stevens* 58 N. Y. U. L. Rev. 1, 10 ff. (1983). Die Ursprünge des Verfahrens sind weitgehend unbekannt, vgl. *Provine*, *Case Selection in the United States Supreme Court*, S. 32 ff.

<sup>176</sup> Z. B. *Allen v. Lawhorn* 562 U. S. 118, 119 (2010); *Wong v. Smith* 562 U. S. 1021 (2010); *Colorado Gen. Assembly v. Salazar* 541 U. S. 1093 (2004); *Williams v. United States* 535 U. S. 911 (2002). Empfehlen mindestens drei Richter nachdrücklich die Zulassung, können die übrigen Richter auch allein aufgrund dieses Umstandes zustimmen (näher *Shapiro et al.*, *Supreme Court Practice*, 5–15).

durch eine Mehrheitsentscheidung der fünf verbliebenen Richter wieder zurückgenommen werden, weil das Konzept der *Rule of Four* (auch) dazu dient, die Minderheitsmeinung des Gerichts bei der Fallauswahl zu schützen.<sup>177</sup> In den letzten Jahren hat sich unter Chief Justice Roberts zudem das Konzept des *relisting* etabliert:<sup>178</sup> Wurde ein Verfahren für prinzipiell „certworthy“ befunden, jedoch noch nicht abschließend über dessen Zulassung entschieden, kann der Fall in die nächste Sitzung ‚vorgetragen‘ werden. In der Zwischenzeit können die Richter und *law clerks* das Verfahren noch einmal dahingehend untersuchen, ob dieses eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft.<sup>179</sup> Derzeit wird die Mehrheit der Fälle, bei denen die *petition* zugelassen und im Anschluss mündlich verhandelt wird, per *relisting* entschieden,<sup>180</sup> was die Zurückhaltung des Gerichts, voreilig eine Zulassung auszusprechen, verdeutlicht. Im Zweifel greift eine „presumption against a grant“.<sup>181</sup>

Häufig erfolgt zudem nur ein „limited grant of certiorari“, bei dem die *petition* auf die aus Sicht des Gerichts relevante Rechtsfrage beschränkt wird.<sup>182</sup> Selten macht der Supreme Court zudem von seiner sua sponte-Befugnis Gebrauch und ergänzt den *grant of certiorari* um Fragen, die aus Sicht des Gerichts im Rahmen der mündlichen Verhandlung ebenfalls diskutiert werden sollten, aber von den Parteien nicht thematisiert wurden.<sup>183</sup>

#### d) Inhalt der Zulassungsentscheidung

Die Entscheidung über die Zulassung oder Ablehnung der *petition* wird nicht begründet. Auch dies spiegelt die stark ermessensgeprägte Natur des Rechtsbehelfs wider, weil eine nicht justiziable Entscheidung keiner näheren Erklärung gegenüber den Parteien oder der Öffentlichkeit bedarf.<sup>184</sup> Die Ablehnung einer *petition* hat – wie schon im englischen Recht<sup>185</sup> – keine präjudizielle Wirkung:

„Our denial of the petitions for certiorari in these cases should not be taken in any way as sanctioning the proceedings or of approving of the judgments below. It means only that ‚for

<sup>177</sup> Einzelheiten bei *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–17f. mwN. Eine Rücknahme nach Zulassung, aber vor der mündlichen Verhandlung kommt in Einzelfällen als „dismissed as improvidently granted“ vor; vgl. umfassend *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–50ff.

<sup>178</sup> Dazu *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–9f.

<sup>179</sup> Auch ein wiederholtes *relisting* ist möglich; das Verfahren *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* 138 S.Ct. 466 (2018) wurde insgesamt 14 Mal *relisted*, ehe über die Zulassung – positiv – entschieden wurde.

<sup>180</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–9.

<sup>181</sup> Näher *Perry*, *Deciding to Decide*, S. 218ff.

<sup>182</sup> *Z. B. Knick v. Township of Scott* 138 S.Ct. 1262 (2018); *First Am. Fin. Corp. v. Edwards* 564 U.S. 1018 (2011); *Wood v. Allen* 558 U.S. 290 (2009).

<sup>183</sup> *Z. B. Harrington v. Richter* 559 U.S. 935 (2010). Damit ist jedoch keine Abweichung von dem Grundsatz verbunden, dass keine umfassende Fehlerkontrolle des vorinstanzlichen Verfahrens erfolgt (vgl. oben sub § 11. II. 2. b)).

<sup>184</sup> Vgl. *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–19f.

<sup>185</sup> S. oben sub § 10. IV. 2. b).

one reason or another these cases did not commend themselves to at least four members of the Court as falling within those considerations which should lead this Court to exercise its discretion in reviewing a lower court's decision."<sup>186</sup>

Angesichts der exorbitant hohen Fallzahlen von mehreren tausend Verfahren p. a. wäre eine Begründung zudem faktisch kaum zu bewerkstelligen. Justice *Felix Frankfurter* fasste die dahinterstehende Ratio wie folgt zusammen:

„If the Court is to do its work, it would not be feasible to give reasons, however brief, for refusing to take these cases. The time that would be required is prohibitive, apart from the fact [...] that different reasons not infrequently move different members of the Court in concluding that a particular case at a particular time makes review undesirable.“<sup>187</sup>

Nur gelegentlich begründet das Gericht seine Entscheidung, wenn das Rechtsmittel aus formalen Gründen abgelehnt wird, weil der Rechtsweg z. B. nicht ausgeschöpft wurde oder die aufgeworfenen Fragen rein hypothetischer Natur sind.<sup>188</sup> In den letzten Jahrzehnten hat zudem die Praxis zugenommen, *dissenting opinions* bereits bei der Ablehnung einer *petition* zu veröffentlichen, meist bei Verfahren, in denen sich ein klarer ideologischer Konflikt innerhalb der Richterschaft offenbart. *Dissenting opinions* können dabei die Frage betreffen, ob das angegriffene Urteil nach Ansicht des Richters fehlerhaft ist,<sup>189</sup> oder als Hinweis an prospektive Rechtsmittelführer gelten, dass der Supreme Court in Zukunft bestimmte Rechtsfragen untersuchen oder seine bestehende Rechtsprechung erneut zur Entscheidung stellen wird.<sup>190</sup>

#### 4. Zulassungsquote

Die Ausrichtung des Supreme Court als Gericht zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung im öffentlichen Interesse wird durch die Zulassungsquote verdeutlicht. Trotz einer insgesamt sehr niedrigen Erfolgsquote ist diese durch eine Zweiteilung zwischen paid- und ifp-Verfahren gekennzeichnet: Während sich die Erfolgsaussichten bei ausschließlich am Individualrechtsschutz ausgerichteten ifp-Verfahren an der Grenze zur statistischen Messbarkeit bewegen (meist 0,1–

<sup>186</sup> *Martin v. Texas* 382 U.S. 928, 929 (1965); *U. S. v. Carver* 260 U.S. 482, 490 (1923); s. ferner *Brown v. Allen* 344 U.S. 443, 489, 73 S.Ct. 397, 437, 97 L.Ed. 469 (1953); *State of Md. v. Baltimore Radio Show* 338 U.S. 912, 70 S.Ct. 252, 94 L.Ed. 562 (1950). Wohl entfaltet die angegriffene Entscheidung aber Präjudizialität für die dem Berufungsgericht nachgeordneten Gerichte (z. B. als *circuit precedent* im jeweiligen Federal Court of Appeals Circuit).

<sup>187</sup> *Maryland v. Baltimore Radio Show* 338 U.S. 912, 917f. (1950).

<sup>188</sup> Ad I: *Mertz v. Denny* 459 U.S. 883 (1982); ad II: *District Attorney of Sacramento Cty. v. Sacramento Cty Civil Serv. Comm'n* 449 U.S. 811 (1980).

<sup>189</sup> Z. B. *Nurre v. Whitehead* 559 U.S. 1025 (2010) (*Alito*, J., dissenting); *Bell v. Quintero* 544 U.S. 936 (2005) (*Thomas*, J., dissenting); *Concrete Works of Colo., Inc. v. City & Cty of Denver* 540 U.S. 1027 (2003) (*Scalia*, J., dissenting).

<sup>190</sup> Z. B. *Knigh v. Florida* 528 U.S. 990 (1999) (*Breyer*, J., dissenting); *E. I. du Pont de Nemours v. Smiley* 138 S.Ct. 2563 (2018); *Mathis v. Shulkin* 137 S.Ct. 1994 (2018) (*Sotomayor*, J., dissenting).

0,2 %),<sup>191</sup> hatten paid-Verfahren zwischen 1970 und 1988 in etwa 6 bis 8 % Erfolg, in den letzten Jahren meist in 3 bis 5 %.<sup>192</sup> Das Zulassungsverfahren des US Supreme Court führt damit zu einer deutlichen Bevorzugung juristisch versierter und finanziell schlagkräftiger Parteien, die – ebenso wie bestimmte Interessenvertretungen (z. B. die *American Civil Liberties Union*<sup>193</sup>) – Kenntnis von den Usancen des Gerichts haben und ihre Verfahren in einer der Gerichtspraxis entsprechenden Art und Weise präsentieren oder einen *test case*<sup>194</sup> zu einem bestimmten Thema zum Supreme Court bringen können.<sup>195</sup>

Dabei kann in den letzten Jahrzehnten ein signifikanter und sich gegenläufig zu der gestiegenen Falllast entwickelnder Rückgang der Zulassungsquote beobachtet werden. Während bis in die 1980er Jahre hinein 100–200 Verfahren p. a. zur Entscheidung angenommen wurden, pendelt sich die Zahl der zugelassenen *petitions* derzeit auf 70–90 p. a. ein.<sup>196</sup> Dies ist umso bemerkenswerter, wenn man sich die Größe des Gerichts vergegenwärtigt: Obwohl der Supreme Court seit 1869 aus neun Richtern besteht, ist die Zahl der Verfahren im gleichen Zeitraum – von 280 Neueingängen im Jahr 1893 auf 1.195 im Jahr 1950 und 8.857 Verfahren im Jahr 2006 – exponentiell angestiegen.<sup>197</sup> Diese Steigerung (zwischen 1893 und 2006 um den Faktor dreißig) führt in der US-Literatur zu der Annahme, dass der Supreme Court seine Funktion als parteibezogenes Rechtsmittelgericht schon seit den 1960er Jahren nicht mehr erfüllen kann (und auch nicht möchte).<sup>198</sup> Denn angesichts umfangreicher werdender Fußnotenapparate und stetig zunehmender *dissenting opinions* dürfte es dem Gericht auch in Zukunft nicht möglich sein, mehr als 90 Urteile p. a. zu erlassen.<sup>199</sup> Auch wenn der *shrinking docket* des Supreme Court dabei – ebenso wie dessen Auswahlpraxis – Gegenstand heftiger

<sup>191</sup> *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 1–63: Obwohl die Mehrheit der Anträge *ifp* erfolgt, stellen diese nur einen sehr kleinen Teil der *granted petitions* dar; 2015 standen sich 12 *ifp*-Verfahren und 66 im *paid docket* gegenüber.

<sup>192</sup> Einzelheiten bei *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 1–64 ff., 8–4. S. ferner Letter of Chief Justice Hughes to Senator Burton K. Wheeler vom 21.03.1937, nachgewiesen bei aaO, 1–62 f. [insbesondere Fn. 123]).

<sup>193</sup> Die American Civil Liberties Union (ACLU) hat ein Jahresbudget von 300 Millionen EUR und finanziert sich durch Spenden und Mitgliedsbeiträge. Auch die spätere Supreme Court-Richterin Ruth Bader Ginsburg war für die ACLU tätig.

<sup>194</sup> Zum Musterprozess noch ausführlich sub § 13. II. 2.

<sup>195</sup> Gleicher Befund bei *Provine*, Case Selection in the United States Supreme Court, S. 4, 45.

<sup>196</sup> Einzelheiten bei <https://www.fjc.gov/history/exhibits/graphs-and-maps/supreme-court-caseloads-1880-2015> [28.08.2023].

<sup>197</sup> S. dazu <https://www.fjc.gov/history/exhibits/graphs-and-maps/supreme-court-caseloads-1880-2015> [28.08.2023].

<sup>198</sup> Ähnlich *Provine*, Case Selection in the United States Supreme Court, S. 12.

<sup>199</sup> Vgl. dazu *Strauss* 87 Colum. L. Rev. 1093, 1104 (1987); *Posner*, The Federal Courts, S. 114; zu den aktuellen Reformüberlegungen *Marcus*, A Happy-Go-Lucky Story: The American Supreme Court and Overload Problems, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), Supreme Courts Under Pressure, S. 183, 192 ff. mwN. S. aber auch *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 1–63, zur Gegenkritik.

Kontroversen in den US-amerikanischen Literatur ist, dürfte eine Funktionsänderung in den nächsten Jahrzehnten nicht zu erwarten sein.<sup>200</sup>

## 5. Entscheidungsart

### a) Summary disposition

Seinem Funktionsauftrag im öffentlichen Interesse entsprechend, genießt der US Supreme Court auch große Freiheiten in der Frage, wie mit einem Verfahren nach erfolgter Zulassung umzugehen ist. Eine mandatorische mündliche Verhandlung existiert nicht, die Sache kann auch mittels *summary disposition* entschieden werden (S. C. R. 16.1).<sup>201</sup> Dies erfolgt etwa, wenn eine Entscheidung des Supreme Court nach Erlass des Berufungsurteils ergangen ist, die für das Verfahren von Bedeutung ist,<sup>202</sup> wenn das Berufungsurteil so offensichtlich rechtsfehlerhaft ist, dass eine mündliche Verhandlung entbehrlich erscheint,<sup>203</sup> oder bei sonstigen Sachentscheidungen in einem *per curiam*-Beschluss.

Im ersten und zweiten Fall erfolgt meist eine „summary disposition without opinion“, indem ohne weitere Verhandlung *certiorari* gewährt und das vorinstanzliche Urteil mit einem kurzem Hinweis auf die entgegenstehende Rechtsprechung aufgehoben wird, ohne dass eine vertiefte Begründung erfolgt.<sup>204</sup> In den übrigen Fällen einer *summary disposition on the merits* werden – dem deutschen Beschlussverfahren gem. § 544 Abs. 9 ZPO<sup>205</sup> entfernt vergleichbar – durch einen *per curiam*-Beschluss *certiorari* gewährt, die aufgeworfenen Rechtsfragen entschieden und das unterinstanzliche Urteil bestätigt oder aufgehoben. Dieses Verfahren wird insbesondere angewendet, wenn die Rechtslage weitgehend geklärt und die angegriffene Entscheidung ersichtlich fehlerhaft ist.<sup>206</sup> Damit geht jedoch kein Bruch mit dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit einfacher Rechtsfehler einher,<sup>207</sup> da das Verfahren – im Rahmen der Supervisionsfunktion des Supreme Court – nur bei „fundamental errors“ der Vorinstanz zur Anwendung gelangt.<sup>208</sup>

<sup>200</sup> Vgl. jüngst etwa *Lazarus* 119 Yale L. J. Online 89 (2009); *Tyler* 78 Geo. Wash. L. Rev. 1310 (2010); *Watts* 160 U. Pa. L. Rev. 1, 68 (2011); *Owens/Simon* 53 Wm. & Mary L. Rev. 1219, 1283 ff. (2012).

<sup>201</sup> Die Entscheidung erfolgt meist in einem Umlaufverfahren, ohne dass die Parteien in der Sache verhandeln.

<sup>202</sup> Dies kann auch in Form einer *GVR order* erfolgen; s. dazu sogleich sub § 11.I.5.b).

<sup>203</sup> Z. B. *American Tradition P'ship v. Bullock* 567 U. S. 516 (2012).

<sup>204</sup> Z. B. *U. S. v. Lane Motor Co.* 344 U. S. 630 (1953); Einzelheiten auch bei *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 5–35 f.; *Wright/Kane*, Law of Federal Courts, S. 724 mwN. Aktuelle Beispiele finden sich unter [https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062623zor\\_7m58.pdf](https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062623zor_7m58.pdf) [28.08.2023].

<sup>205</sup> Dazu noch sub § 14. III. 4.

<sup>206</sup> Vgl. *Schweiker v. Hansen* 450 U. S. 785, 791 (1981) (*Marshall, J.*, dissenting).

<sup>207</sup> Oben sub § 11. II. 1. c) gg).

<sup>208</sup> *Sexton v. Beaudreaux* 138 S. Ct. 2555 (2018); *U. S. v. Hollywood Motor Car Co.* 458 U. S. 263, 271 (1982); s. ferner *Anderson v. Harless* 459 U. S. 4, 12 (1982) (*Stevens, J.*, dissenting): „It is not appropriate for this Court to expend its scarce resources crafting opinions that correct

## b) GVR order

Bei Parallelverfahren kann zudem eine *GVR order* (grant, vacate, remand order)<sup>209</sup> erlassen werden. Ohne eine ausführlich begründete Sachentscheidung zu treffen, wird der *petition* stattgegeben, das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, verbunden mit einem Hinweis,<sup>210</sup> dass ein nach Erlass des Berufungsurteils ergangenes Urteil des Supreme Court oder eine aktuelle Rechts- oder Gesetzesentwicklung für das weitere Verfahren zu berücksichtigen sind.<sup>211</sup> Die Entscheidung des Berufungsgerichts muss dabei keinen (zulassungsrelevanten) Rechtsfehler aufweisen; vielmehr wird der Vorinstanz die Möglichkeit eingeräumt, den Fall im Lichte aktueller Rechtsprechungs- oder Gesetzesentwicklung neu zu entscheiden.<sup>212</sup> Hinter einer *GVR order* steht dabei die präsumtive Vermutung, dass die Entscheidung bei Kenntnis der aktuellen Rechtslage anders ausgefallen wäre.<sup>213</sup>

Meist geschieht dies durch eine *summary disposition*, mit der eine Vielzahl an *petitions* im Sammelverfahren entschieden wird.<sup>214</sup> Diese – gelegentlich kritisierte – Praxis<sup>215</sup> ist effizient, da der US Supreme Court seine Entscheidung in Parallelverfahren nicht detailliert begründen muss, sondern diese Aufgabe an die Vorinstanz zurückspielt.<sup>216</sup> In der Strafsache *U. S. v. Booker*<sup>217</sup> zur Auslegung einer Bestimmung der *Federal Sentencing Guidelines* erließ der Supreme Court beispielsweise in etwa 800 Fällen eine *GVR order*.<sup>218</sup>

## c) Oral argument und Entscheidung

In den übrigen Verfahren wird eine mündliche Verhandlung nach Austausch der *briefs on the merits*<sup>219</sup> terminiert (vgl. S. C. R. 16.1).<sup>220</sup> Dabei kann jede Partei durch

---

technical errors in cases of only local importance where the correction in no way promotes the development of the law.“

<sup>209</sup> Umfassend *Brubl* 107 Mich. L. Rev. 711 (2009).

<sup>210</sup> Der Inhalt einer *GVR order* lautet in der Regel nur: „The petition for a writ of certiorari is granted. The judgment is vacated and the case is remanded to [the relevant lower court] for further consideration in light of [the relevant recent event].“

<sup>211</sup> In mehr als 90% der Fälle erfolgt eine Aufhebung wegen einer neuen Entscheidung des Supreme Court, vgl. *Brubl* 107 Mich. L. Rev. 711, 720 (2009).

<sup>212</sup> *Glazer v. Whirlpool Corp.* 722 F.3d 838 (6<sup>th</sup> Cir. 2013); umfassend *Brubl* 107 Mich. L. Rev. 711, 712 (2009); *Martin* 36 Ariz. St. L. J. 551 (2004).

<sup>213</sup> Vgl. *Lawrence v. Chater* 516 U. S. 163, 167 (1996); *Tyler v. Cain* 533 U. S. 656, 666 (2001).

<sup>214</sup> *S. Youngwood v. West Virginia* 547 U. S. 867 (2006); *Stern v. U. S.* 138 S.Ct. 2619 (2018); *Cardona-Lopez v. Holder* 561 U. S. 1001 (2010); *Baleras v. U. S.* 553 U. S. 1091 (2008).

<sup>215</sup> Eingehend *Armbruster* 76 N. C. L. Rev. 1387 (1998); *Brubl* 107 Mich. L. Rev. 711 (2009).

<sup>216</sup> *Z. B. Zubik v. Burwell* 136 S.Ct. 1557, 194 L.Ed.2d 696 (2016).

<sup>217</sup> 543 U. S. 220 (2005).

<sup>218</sup> *Brubl* 107 Mich. L. Rev. 711, 720 (2009); weitere Verfahren in dieser Größenordnung sind z. B. *Cunningham v. California* 549 U. S. 270 (2007) (200 Fälle) und *Apprendi v. New Jersey* 530 U. S. 466 (2000) (51 Fälle).

<sup>219</sup> Diese sind strukturell einer *petition for writ of certiorari* sehr ähnlich ausgestaltet, vgl. S. C. R. 24f.

<sup>220</sup> [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/oral\\_arguments.aspx](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/oral_arguments.aspx) [28.08.2023].

einen am Supreme Court zugelassenen Rechtsanwalt (S. C. R. 28.8)<sup>221</sup> zu den aufgeworfenen Rechtsfragen 30 Minuten in freier Rede Stellung nehmen (S. C. R. 28.1, 3). Die mündliche Verhandlung entspricht dabei einem Rechtsgespräch unter Beteiligung aller Richter,<sup>222</sup> wobei diese oftmals bereits erkennen lassen, wie die Entscheidung ausfallen wird. In argumentativer Hinsicht bewegt sich der US Supreme Court dabei zwischen der Verhandlungspraxis vor dem BGH und dem UK Supreme Court: Zwar wird die Abstraktionshöhe revisionsgerichtlicher Rechtsfindung nicht erreicht; nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Selektionsverfahrens weist das Rechtsgespräch zwischen Richterschaft und Anwaltschaft jedoch oftmals eine von den Besonderheiten des Einzelfalles entkleidete Argumentationsstruktur auf, womit der Parteibezug deutlich in den Hintergrund rückt. Im Rahmen seiner umfassenden Jurisdiktionsgewalt kann der US Supreme Court die vorinstanzliche Entscheidung dabei entweder bestätigen (*affirm*), abändern (*modify*) oder aufheben (*vacate*, *set aside*, *reverse*) und – häufig mit Anweisungen für das weitere Verfahren – an die Vorinstanz zurückverweisen (*remand [with instructions]*).<sup>223</sup>

## 6. Entscheidungsstil

Die schriftlichen Entscheidungsgründe werden meist erst einige Wochen oder Monate nach der mündlichen Verhandlung veröffentlicht. Insbesondere im Vergleich zum UK Supreme Court, dessen Entscheidungen noch immer von einem starken *reasoning case by case* gekennzeichnet sind und der sich stärker an der deduktiven Einordnung des Falles in das bestehende *case law* orientiert,<sup>224</sup> weist der Begründungsstil des US Supreme Court Konvergenzen mit einer revisionsgerichtlichen, objektivierten Entscheidungspraxis auf. Die von der Einzelentscheidung entkoppelte Rechtsfindung manifestiert sich zunächst darin, dass jeder Entscheidung ein *Syllabus* vorangestellt wird, der nicht vom Gericht selbst, sondern vom *Reporter of Decisions*<sup>225</sup> erstellt wird. Zwar ist diese *Headnote*, die nach einer komprimierten Zusammenfassung von Sachverhalt und Verfahrensgeschichte die Entscheidung des Gerichts in Leitsätzen zusammenfasst, nicht Bestandteil des Urteils.<sup>226</sup> In der Rechtspraxis wird das Judikat jedoch häufig auf die im *Syllabus* dargestellten Leitsätze kondensiert. Dem entspricht es, dass jeder Entscheidung auf der Internetpräsenz des Supreme Court das Ergebnis der rechtsfortbildenden Funktion in Form eines abstrakten Orientierungssatzes vorangestellt wird.<sup>227</sup>

<sup>221</sup> Vgl. dazu schon sub § 6. II. 1. b).

<sup>222</sup> Die Audiotranskriptionen sind frei über das Internet verfügbar, vgl. [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/availabilityoforalargumenttranscripts.aspx](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/availabilityoforalargumenttranscripts.aspx) [28.08.2023].

<sup>223</sup> Vgl. 28 U. S. C. § 2106.

<sup>224</sup> Dazu bereits sub § 10. IV. 2. e).

<sup>225</sup> Dazu bereits sub § 7. III. 4. c) aa).

<sup>226</sup> *U. S. v. Detroit Timber & Lumber Co.* 200 U. S. 321, 337 (1906) („the headnote is not the work of the court, nor does it state its decision“).

<sup>227</sup> Vgl. <https://www.supremecourt.gov/> [28.08.2023].

Auch die Entscheidungsgründe nehmen eine Zwitterstellung zwischen dem deskriptiven Stil englischer Höchstgerichte und der abstrakten Rechtsfindung und Rechtsklärung kontinentaleuropäischer Prägung ein. Mit englischen Gerichten hat der US Supreme Court gemein, dass der Entscheidung stets der Name des berichtenden Richters vorangestellt wird und die mit den Namen der Parteien versehene Entscheidung aus der ‚Ich‘- oder ‚Wir‘-Perspektive erfolgt, welche die jeweilige Richterpersönlichkeit deutlich hervorhebt, auch wenn keine *seriatim opinion*,<sup>228</sup> sondern eine *opinion of the court* ergeht. Die Darstellung von Sachverhalt und Entscheidungsgründen steht in ihre Struktur jedoch einer revisionsgerichtlichen Entscheidung näher als den appeal-Urteilen englischer Prägung: Nach einer kurzen Einleitung – die das Ergebnis der Entscheidung meist schon vorwegnimmt<sup>229</sup> – erfolgt eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts, der Prozessgeschichte und des anwendbaren Rechtsrahmens, wobei diese von allen für das Verständnis der Entscheidung unnötigen Details entkleidet ist. Dementsprechend umfassen *unanimous opinions* meist auch nur 10–20 Textseiten.

Die sich anschließenden Entscheidungsgründe sind autoritativ; das gefundene Ergebnis wird festgestellt, mit Argumenten unterlegt und in das bestehende Fallrecht eingebettet, jedoch ohne ausschweifende Wiedergabe von Präjudizien. Die aufgeworfenen Rechtsfragen werden mit einzelnen Argumenten und Gegenargumenten teilweise schulbuchmäßig abgehandelt. Wiederholungen oder ersichtlich erfolglose Argumente der Parteien finden keinen oder nur einen sehr kurzen Niederschlag im Urteil. In der Mehrheit der Entscheidungen ist man daher um ein möglichst kurzes und informatives Urteil in Form eines Rechtsgutachtens oder Essays bemüht; *brevity* und *clarity* gilt als Richtschnur. Diese Grundsätze gelten jedenfalls für zivilrechtliche Entscheidungen im weiteren Sinne, in denen die Entscheidung meist einstimmig oder mit deutlicher Mehrheit ergeht, wohingegen im Bereich politisch umstrittener, verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Entscheidungen dagegen – insbesondere aufgrund der hohen Anzahl der neben die *majority opinion* tretenden *concurring* bzw. *dissenting opinions*<sup>230</sup> – eine deutliche Zunahme des Entscheidungsumfangs und des juristischen Begründungsapparats zu beobachten ist.<sup>231</sup>

Trotz dieser Parallelen bleibt dem Supreme Court eine wissenschaftlich-deduktive Entscheidungsfindung deutscher Prägung weiterhin fremd. Der Entscheidungsstil ist zwar einerseits deutlich weniger ausschmückend als englische Judikate, erreicht andererseits jedoch nicht annäherungsweise den Abstraktionsgrad revisionsgerichtlicher Entscheidungen. Eine argumentative Auseinanderset-

<sup>228</sup> Vgl. bereits sub § 10. IV. 2. e).

<sup>229</sup> Z. B. jüngst *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.* 596 U.S. \_\_\_ (2022) (S. 1).

<sup>230</sup> Historische Hintergründe bei *Maultzsch*, Einheitsvoten und Votenmehrheit als Begründungsformen für höchstgerichtliche Zivilentscheidungen, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, S. 499, 507 ff.

<sup>231</sup> Z. B. in *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. \_\_\_ (2022) zum Recht auf Abtreibung.

zung außerhalb des eigenen *case law* findet in den Entscheidungsgründen nur selten einen Niederschlag; juristische Lehrmeinungen finden nur marginal Eingang in die Entscheidungsgründe. Das Ergebnis der Rechtsfindung wird meist allein aus einer Fortschreibung des bestehenden *case law* entwickelt.

## 7. Ergebnis

### a) Stellenwert der Individualgerechtigkeit

Die Ausgestaltung des *certiorari*-Verfahrens verdeutlicht, dass der US Supreme Court kein „tribunal of errors and corrections“ ist. Angesichts mehrerer tausend Verfahren, die das Gericht jährlich erreichen, und selbst unter Berücksichtigung, dass davon eine signifikante Zahl für die Rechtsfortbildung unbedeutend ist, kann das Höchstgericht seiner Aufgabe als parteibezogenes Rechtsmittelgericht nach kontinentaleuropäischem Verständnis nicht mehr nachkommen. Im Rahmen einer *petition for writ of certiorari* dienen das vorinstanzliche Urteil und die Parteien lediglich als Blaupause bzw. *strumento della utilità collettiva dello Stato* (*Calamandrei*),<sup>232</sup> um ein bedeutsames Rechtsproblem zu abstrahieren, weshalb auch die für das Revisions- und Kassationsrecht prägende Formstrenge nicht existiert. Innerhalb seiner nahezu unbeschränkten Jurisdiktionsgewalt kann der Supreme Court entscheiden, wie er es für angebracht hält,<sup>233</sup> weshalb sich viele dogmatische Fragestellungen in kontinentaleuropäischer Rechtsmitteltradition ab initio erübrigen.

Obwohl der Zugang zum Höchstgericht als Parteirechtsbehelf ausgestaltet ist, spielt der Individualrechtsschutz vor dem US Supreme Court gegenüber seiner normbildenden Funktion („institutional review“) nur noch eine untergeordnete Rolle, da das Gericht seine Arbeitsbelastung selbst steuern kann<sup>234</sup> und auch im Falle einer Zulassung keine umfassende Rechtskontrolle erfolgt. Die Parteien des Individualrechtsstreits werden damit durch das Verfahren im öffentlichen Interesse mediatisiert, wie Chief Justice *Vinson* schon vor 70 Jahren gegenüber der American Bar Association offen zu erkennen gab:

„Those of you whose petitions for certiorari are granted by the Supreme Court will know, therefore, that you are, in a sense, prosecuting or defending class actions; that you represent not only your clients, but tremendously important principles, upon which are based the plans, hopes and aspirations of a great many people throughout the country.“<sup>235</sup>

<sup>232</sup> Vgl. *Calamandrei*, Opere giuridiche (Volume VII – La Cassazione civile [parte seconda]), sub 64 (S. 135), sowie schon sub § 1.I.1.a).

<sup>233</sup> Vgl. 28 U. S. C. § 1651(a); s. ferner zu den sog. *extraordinary writs*: *Cooper*, in: Wright and Miller 16B Fed. Prac. & Proc. Juris., § 4005, sowie S. C. R. 20.1.

<sup>234</sup> Anders das deutsche Revisionsrecht, wonach das Revisionsgericht nicht „mit Rücksicht auf die jeweilige Arbeitsbelastung des Spruchkörpers die Annahme einer Revision ablehnen darf“ (BVerfGE 54, 277, 281); näher schon sub § 3.I.1.

<sup>235</sup> Chief Justice *Vinson*, Address to the American Bar Association am 07.09.1949, 69 S.Ct. v, vi. S. ferner *Layne & Bowler Corp. v. Western Well Works* 261 U. S. 387, 393, 43 S.Ct. 422, 423, 67 L.Ed. 712 (1923) (per *Taft*, C. J.): „[I]t is very important that we be consistent in not granting the writ of certiorari except in cases involving principles the settlement of which is of importance to

Für die Rechtsschutz suchende Partei wird die Anrufung des US Supreme Court damit zu einer Wette mit ungewissem Ausgang – *fortuna rota volvitur*<sup>236</sup> –, zumal das Gericht in den letzten Jahren noch stärker hervorhebt, dass es seine Aufgabe nicht in der Fehlerkorrektur unterinstanzlicher Entscheidungen sieht und selbst seine rechtsfortbildende und rechtsvereinheitlichende Funktion nur noch punktuell wahrnehmen möchte.<sup>237</sup>

Auch die in jüngerer Zeit gesunkenen Zulassungszahlen sind Beleg dafür, dass der US Supreme Court nahezu ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig wird,<sup>238</sup> wobei diese Entwicklung auch in anderen common law-Jurisdiktionen, etwa Australien,<sup>239</sup> beobachtet werden kann. Aus historischer Perspektive ist insoweit bemerkenswert, dass sich die Entscheidungsgewalt des Gerichts durch die Gewährung eines *writ of certiorari* als *matter of grace*<sup>240</sup> dem Gnadenrecht des Souveräns als mittelalterlichem Vorläufer moderner Rechtsmittelsysteme<sup>241</sup> in neuem Gewande wieder annähert.

Der Reputation des Supreme Court hat dies jedoch keinen Abbruch getan. Trotz verschwindend geringer Zulassungszahlen und einem Selektionsprozess, bei dem die Fallauswahl einem glücklichen Zufall (*serendipity*)<sup>242</sup> gleichkommt, bewegt sich die Anzahl der *petitions* seit Jahrzehnten auf einem gleichbleibend hohen Niveau. Aus diesem Grund wird die Fallbelastung des Supreme Court und dessen Aufgabe individualrechtsschützender Belange auch von der US-Literatur nicht als vordringliches Problem identifiziert,<sup>243</sup> wobei strukturelle Reformen, wie etwa die

---

the public, as distinguished from the parties, and in cases where there is a real and embarrassing conflict of opinion and authority between the Circuit Courts of Appeals.“

<sup>236</sup> Orff, Carmina Burana (Fortunae plango vulnere).

<sup>237</sup> „[...] the Court is reducing its role as a source of precedential guidance for lower courts and its responsibility for supervising the nation’s system of justice, a system that concerns itself with far more than politically sensitive issues of law“ (*Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 1–67, mit Verweis auf *Hellman* 1996 Sup. Ct. Rev. 403, 405); *Strauss* 87 Colum. L. Rev. 1093 (1987); *Ginsburg/Huber* 100 Harv. L. Rev. 1417, 1434 (1987).

<sup>238</sup> Näher auch *Perry*, Deciding to Decide, S. 153 („no individual case is seen as that important [...]. If the issue is important, it will come up again in another case.“).

<sup>239</sup> Vgl. *Morris v. R.* (1987) 74 ALR 161 in Bezug auf den High Court of Australia: „In exercising its wide discretion to grant special leave to appeal, it is proper that the Court should be influenced by the function which it performs as the final appellate court in the judicial hierarchy. [...] Since the number of cases with which the Court can properly deal in any one year is limited, it is inevitable that a careful choice must be made having regard to the duty which the Court has to develop and clarify the law and to maintain procedural regularity in the courts below. The Court must necessarily place greater emphasis upon its public role in the evolution of the law than upon the private rights of the litigants before it. Whilst procedurally and otherwise this Court performs in many ways a truly appellate function, more significantly it operates as a court of review and this must ultimately be the most important factor in the selection of those cases in which special leave to appeal is to be granted.“

<sup>240</sup> *Wade v. Mayo* 334 U.S. 672, 680 (1948).

<sup>241</sup> S. o. sub § 2. I. 2. a) und 3.; § 9. I. 1.; § 10. I. 1.

<sup>242</sup> Vgl. *Perry*, Deciding to decide, S. 5 (einen ehemaligen *law clerk* am Supreme Court zitierend): „How does a case get chosen? Serendipity.“

<sup>243</sup> Vgl. *Douglas* 45 Cornell Law Q. 401 (1960), wonach die Behauptung, der Supreme Court sei überlastet, ein Mythos sei.

unter Präsident *Biden* angestoßene Idee eines *Court packing*,<sup>244</sup> angesichts der derzeitigen politischen Verhältnisse in den USA auf absehbare Zeit ohnehin kaum realisierbar erscheinen.<sup>245</sup>

#### b) Supreme Court Agenda Setting

Die Freiheit des Supreme Court, seine Fallbelastung und -auswahl losgelöst vom Rechtsschutzinteresse der Parteien zu regulieren, ermöglicht dabei eine Form von *agenda setting* und *judicial activism*, indem bestimmte Fragen – vorrangig im Verfassungs-, aber auch im Zivil- und Zivilverfahrensrecht – bewusst (k)einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden.<sup>246</sup> Die Rechtsprechungstätigkeit des US Supreme Court ist daher nicht durch die systematisch-dogmatische Fortentwicklung der Rechtsordnung gekennzeichnet, sondern wird – insbesondere in den letzten Jahrzehnten – als durchweg rechtspolitische Aufgabe wahrgenommen,<sup>247</sup> wobei ein umfassendes *social engineering* als legitimes Mandat der höchstrichterlichen Rechtsprechung wahrgenommen wird.<sup>248</sup> Im Gegensatz zu seinem englischen Pendant ist der US Supreme Court damit ein hochgradig politisiertes Höchstgericht, woran auch die Ernennung der Richter auf Lebenszeit einen entscheidenden Anteil hat.<sup>249</sup> Dabei haben insbesondere die ideologischen Kämpfe der letzten Jahre die juristische Autorität des Gerichts nicht unerheblich unterminiert.<sup>250</sup>

Der *Robert's Court* konzentriert sich vorrangig auf umstrittene Fragen des Verfassungsrechts sowie kontroverse Zivil- und Strafrechtsstreitigkeiten mit verfassungsrechtlichem Hintergrund (z. B. civil liberties, equal rights, race, sex und age discrimination)<sup>251</sup> und führt damit die sich schon im Laufe des 20. Jahrhunderts

<sup>244</sup> Dies wurde schon von Präsident Roosevelt während des New Deal forciert, blieb jedoch im Repräsentantenhaus und Senat erfolglos, da dahinter vorrangig der Versuch steckte, die politische Zusammensetzung des Gerichts zu verändern, nachdem mehrere Gesetzesvorhaben von Roosevelt für verfassungswidrig erklärt wurden (näher *Wright/Kane*, Law of Federal Courts, S. 12).

<sup>245</sup> Vgl. *Wright/Kane*, Law of Federal Courts, S. 12. Eine echte Linderung dürfte damit nicht einhergehen, da nach Art. III sec. 1 der US-Verfassung nur „one supreme Court“ existiert, was eine Untergliederung in einzelne Panels ausschließt (vgl. oben sub § 11. I.).

<sup>246</sup> Umfassend zum *judicial activism*: *Scalia*, A matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, S. 9 ff.; berühmte Beispiele sind etwa *Obergefell v. Hodges* 576 U. S. 644; *Roe v. Wade* 410 U. S. 113 (overruled durch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U. S. [2022]\_\_); *Brown v. Board of Education* 347 U. S. 483.

<sup>247</sup> Näher *Maultzsch*, Einheitsvoten und Votenmehrheit als Begründungsformen für höchstgerichtliche Zivilentscheidungen, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, S. 499, 508 f.

<sup>248</sup> Vgl. hierzu umfassend *Eisenberg*, The Nature of the Common Law, S. 26 ff.

<sup>249</sup> Vgl. Art. III sec. 1 der US-Verfassung. S. ferner *Jaffe*, English and American Judges as Lawmakers, S. 60 ff.

<sup>250</sup> Vgl. *Murray*, The Judicial Opinion in the American Legal Culture, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, S. 227, 245 f.

<sup>251</sup> Einzelheiten bei *Provine*, Case Selection in the United States Supreme Court, S. 50; s. ferner *Perry*, Deciding to Decide, S. 217 mwN.

abzeichnenden Entwicklung fort, wonach der Supreme Court sich immer mehr von der Beurteilung kernzivilrechtlicher Fragestellungen zurückgezogen hat.<sup>252</sup> Durch die langfristig angelegte, konservativ ausgerichtete Richtermehrheit ist zudem eine weitere Politisierung und Zersplitterung des Gerichts eingetreten,<sup>253</sup> weshalb derzeit in mehr als der Hälfte der Entscheidungen eine oder mehrere *dissenting opinions* verfasst werden.<sup>254</sup> Seine – durch die *Erie doctrine*<sup>255</sup> ohnehin bereits limitierte – Aufgabe zur Rechtsfortbildung in den Kernmaterien des Zivil- und Zivilverfahrensrechts hat das Gericht dagegen weiter reduziert<sup>256</sup> und auf die intermediären Instanzen verlagert: Nur noch etwa ein Viertel der Verfahren vor dem US Supreme Court betreffen Zivilverfahren im engeren Sinne; deren Zahl bewegt sich im unteren zweistelligen Bereich p. a.<sup>257</sup>

### III. Supreme Courts in den US-Bundesstaaten

Die Entwicklung des US Supreme Court vom Parteiengericht hin zum „public law tribunal“<sup>258</sup> steht Pate für die – nachfolgend am Beispiel von New York und Kalifornien dargestellte – Rechtsentwicklung in den Bundesstaaten. Die bereits beschriebene Dreiteilung *trial courts – appellate courts – supreme court*<sup>259</sup> spiegelt sich auch auf Ebene der meisten US-Bundesstaaten wider. Der *first appeal* zur intermediären Instanz wird dabei meist *as of right*<sup>260</sup> gewährt, während der Zugang

<sup>252</sup> Näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 216f. mwN.

<sup>253</sup> Vgl. insbesondere die Entscheidungen *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 597 U.S. \_\_\_ (2022); *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen* 597 U.S. \_\_\_ (2022); *West Virginia v. EPA* 597 U.S. \_\_\_ (2022).

<sup>254</sup> Einzelheiten bei <https://harvardlawreview.org/supreme-court-statistics/> und <https://www.scotusblog.com/statistics/> [jeweils 28.08.2023]: Insbesondere zwischen dem liberalen Richterflügel (Brown Jackson, Kagan, Sotomayor) und dem Rest des Gerichts zeigt sich ein deutlicher Bruch.

<sup>255</sup> S. o. sub § 11. II. 1. c).

<sup>256</sup> „Despite the broad sweep of its powers, the Supreme Court has long since lost the capacity to function as a final source of general appellate jurisdiction. It cannot possibly hear all litigants who present a worthy claim that a lower court has committed an error falling within its corrective jurisdiction. Both the justices and commentators agree that the Court must husband its scarce adjudicatory resources for the most fundamental constitutional and statutory questions, along with an occasional question of federal common law, sparing such additional energy as it can muster to seek as much uniformity as possible on lesser questions“ (*Cooper*, in: *Wright and Miller* 16B Fed. Prac. & Proc. Juris., § 4001).

<sup>257</sup> S. o. § 8, Fn. 8.

<sup>258</sup> Vgl. *Frankfurter/Landis*, The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system, S. 1.

<sup>259</sup> S. bereits sub § 11. I. In New York und Maryland trägt das Höchstgericht den Namen *Court of Appeals*, in *West Virginia Supreme Court of Appeals*. Die bevölkerungsarmen Staaten Delaware, Maine, Montana, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia und Wyoming kennen keine intermediäre Instanz (Einzelheiten bei *Meador*, Appellate Courts in the United States, Appendix A und B).

<sup>260</sup> Näher *Najam* 35 Ind. L. Rev. 329, 330 (2002), für die einzelstaatlichen Gerichte.

zu den State Supreme Courts ermessensabhängig und nur im Einzelfall nach einem *leave to appeal* möglich ist.<sup>261</sup> Plastisch hat das Gerichtssystem daher eine breite Basis, die sich zu einer sehr kleinen Spitze pyramidal verjüngt. Die intermediäre Instanz dient als Institution der Rechtskontrolle vorrangig als Bugschutz für die Höchstgerichtsbarkeit, damit diese sich auf die Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen konzentrieren kann.<sup>262</sup>

### 1. New York

Im Bundesstaat New York ist gegen erstinstanzliche Entscheidungen eine zulassungsfreie Berufung zur *Appellate Division* des NY Supreme Court möglich (vgl. § 5701(a)(1) C. P. L. R.). Der Court of Appeals als Höchstinanz mit Sitz in Albany kann dagegen als *appeal as of right* nur angerufen werden, wenn die Berufungsentscheidung eine *dissenting opinion* zugunsten der beschwerten Partei enthält (§ 5601(a) C. P. L. R.)<sup>263</sup> oder eine verfassungsrechtliche Frage bzw. die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes streitgegenständlich ist (§ 5601(b) C. P. L. R.).<sup>264</sup> Im Übrigen ist eine *permission* durch das Berufungsgericht oder den Court of Appeals selbst notwendig (§ 5602(a) C. P. L. R.). Die Gründe für eine Zulassung werden von der Rechtsprechung nicht weiter konkretisiert, um dem Höchstgericht ein freies Zugriffsermessen zu gewährleisten; eine Zulassung erfolgt „whenever it will further the interest of substantial justice.“<sup>265</sup>

Von einer Zulassung wird dabei sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Ein Eingreifen des Höchstgerichts wird nur dann für sinnvoll erachtet, wenn die Rechtsklärung in den unteren Instanzen beeinträchtigt zu werden droht, weshalb Fälle einer offenen Rechtssatzdivergenz sowie eine höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage die besten Chancen auf eine Zulassung haben. Im Geschäftsjahr 2022 entschied der Court of Appeals 60 zivilrechtliche Verfahren.<sup>266</sup> Vor der *Appellate Division* und den *Appellate Terms* des NY Supreme Court wurden im gleichen

<sup>261</sup> *Cordray/Cordray* 69 Ohio St. L. J. 1, 3 ff. (2008).

<sup>262</sup> *Najam* 35 Ind. L. Rev. 329, 330 f. (2002); *Eagles* 35 Ind. L. Rev. 457, 463 (2002); *Meador/Bernstein*, *Appellate Courts in the United States*, S. 26: „The intermediate court is a buffer, a breakwater against which the tidal waves of appeals spend themselves, leaving the top court protected in quieter waters to deliberate on specially important questions.“

<sup>263</sup> Zu den Kriterien vgl. *Christovao v. Unisul-Uniao de Coop. Transf. de Tomate Do Sul Do Tejo*, S. C. R. L. 41 N. Y. 2d 338, 392 N. Y. S. 2d 609, 360 N. E. 2d 1309 (NY Ct. App. 1977).

<sup>264</sup> Näher *In re Levy* 255 N. Y. 223, 174 N. E. 461 (NY Ct. App. 1931).

<sup>265</sup> *West 158<sup>th</sup> Street Garage Corp. v. State* 256 A. D. 401, 10 N. Y. S. 2d 990 (NY App. Div. 1939), appeal and reargument denied 257 A. D. 875, 12 N. Y. S. 2d 759. Aus der Zurückweisung folgt keine präjudizielle Wirkung für die vorinstanzliche Entscheidung (*Conservative Party of State v. New York State Bd. of Elections* 88 N. Y. 2d 998, 648 N. Y. S. 2d 868, 671 N. E. 2d 1265 [NY Ct. App. 1996]: „Denial of motion for leave to appeal is not equivalent to affirmance and has no precedential value.“).

<sup>266</sup> In 31 Verfahren gewährte der Court of Appeals die *permission* selbst, in 13 die Vorinstanz, im Übrigen war der *appeal* aus anderen Gründen zulässig; Einzelheiten bei Annual Report of the Clerk of the Court of Appeals 2022, Appendix 2 und 3 (<https://www.nycourts.gov/ctapps/news/annrpt/AnnRpt2022.pdf> [29.08.2023]).

Zeitraum mehr als 6.000 zivilrechtliche *appeal*-Prozesse anhängig gemacht, denen wiederum knapp eine Million Zivilverfahren und ca. 600.000 Familien- und Nachlasssachen vor den *trial courts* gegenüberstanden.<sup>267</sup>

## 2. Kalifornien

Auch in Kalifornien ist eine unbeschränkte Berufungsinstanz vorgesehen (vgl. sec. 902, 904.1 Cal. C.C.P.). Gem. Art. VI sec. 12(b) California Constitution unterliegen alle Entscheidungen der intermediären Instanz zudem der Kontrolle durch den kalifornischen Supreme Court. Von (seltenen) Fällen einer Appellationszuständigkeit abgesehen, erfolgt die Anrufung mittels *petition for writ of certiorari*, vgl. Cal. Rules of Court 8.500(a)(1). Die Gründe für eine Zulassung des *writ* sind dabei limitiert, u. a. auf die Grundsatzbedeutung oder Divergenz zu einer von einem gleichrangigen Gericht erlassenen Entscheidung, die fehlende gerichtliche Zuständigkeit des Berufungsgerichts oder schwerwiegende Besetzungsfehler (Cal. Rules of Court 8.500(b)). Tatsachenfragen werden in der Regel nicht überprüft.<sup>268</sup>

Kennzeichnend ist auch insoweit die extreme Verjüngung des Justizaufbaus: Von den im Geschäftsjahr 2021 etwa 636.000 erstinstanzlich vor den Superior Courts anhängig gemachten Zivilverfahren wurde die überwältigende Mehrheit bereits vor dem *trial court* – meist vergleichsweise – erledigt. Nur in rund 5.000 zivilrechtlichen Streitigkeiten erfolgte eine *notice of appeal* zu einem Court of Appeal, wobei lediglich die Hälfte durch ein begründetes Urteil entschieden wurde. Von den daraufhin verbleibenden Verfahren wurde in rund 753 Verfahren der California Supreme Court angerufen, wobei eine Zulassung und Entscheidung in 38 Verfahren erfolgte (Zurückweisungsquote: 94 %).<sup>269</sup>

## 3. Ergebnis

Dem US Supreme Court vergleichbar, nehmen auch alle *State Courts of last resort* ihre Rechtsprechungstätigkeit vorrangig im öffentlichen Interesse wahr, obschon hier eine größere Ausdifferenzierung zu beobachten ist. Die für alle Bundesstaaten wesensprägende, geringe Größe der Höchstgerichte mit meist weniger als zehn Richtern verbietet insoweit eine einfachrechtliche Fehlerkontrolle und verlagert nicht unbedeutende Teile der höchstgerichtlichen Rechtsfortbildungsfunktion auf die Appellationsebene.<sup>270</sup> Der Individualrechtsschutz tritt dabei hinter das im All-

---

<sup>267</sup> Zu den Einzelheiten vgl. den Annual Report of the Chief Administrator 2022 (<https://www2.nycourts.gov/reports/annual/index.shtml> [29.08.2023]).

<sup>268</sup> Cal. Rules of Court 8.500(c)(2). Bedeutsam ist zudem, dass der Supreme Court ein Selbsteintrittsrecht für ein in der Berufungsinstanz anhängiges Verfahren hat (vgl. Art. VI sec. 12 California Constitution).

<sup>269</sup> Vgl. dazu die Angaben im 2022 Court Statistics Report: Statewide Caseload Trends des Judicial Council of California (<https://www.courts.ca.gov/13421.htm> [29.08.2023]).

<sup>270</sup> Vgl. *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 3.

gemeininteresse wahrgenommene Mandat des Höchstgerichts zurück, da eine einmalige Kontrolle richterlicher Entscheidungen geboten, aber auch ausreichend ist:

„While it is widely believed that every losing litigant should have the opportunity as a matter of right to a review, it is also believed that one review is sufficient to protect litigant’s interest in an error-free trial proceeding. Two reviews, absent special justification in a particular case, are seen as wasteful of judicial resources, imposing undue expense on litigants, and unnecessary to protect rights of the parties. [...] As a result, in three-tiered judicial systems it is generally provided that an appeal may be taken as a matter of right to the intermediate court but that further review in the supreme court is at the discretion of that court.“<sup>271</sup>

---

<sup>271</sup> Meador, Appellate Courts in the United States, S. 17.

## § 12 Vergleichende Bewertung

	<i>Kassation</i> (Frankreich)	<i>Revision</i> (Deutschland)	<i>Final Appeal</i> (UK)	<i>Writ of Certiorari</i> (USA)
<i>Anzahl der Instanzen</i>	3 (bzw. 2) Tribunal Judiciaire [- (zulassungsfreie) Berufung zur Cour d'Appel] – <i>pourvoi</i> <i>en cassation</i> zur Cour de Cassation.	3 (bzw. 4) AG/LG – (zu- lassungsfreie) Berufung zum LG/OLG – Zu- lassungsrevision oder Nichtzulas- sungsbeschwerde zum BGH [- Ver- fassungsbeschwerde zum BVerfG].	3 (bzw. 4) [County Courts –] High Court – <i>first</i> oder <i>second appeal</i> (mit <i>permission</i> ) zum Court of Ap- peal – <i>second</i> oder <i>third appeal</i> (mit <i>permission</i> ) zum UK Supreme Court.	3 (federal level) District Court – <i>appeal (as of right)</i> zum Court of Appeals – <i>petition</i> for writ of certiorari zum US Supreme Court.
<i>Zugangs- schranke</i> zum Höchst- gericht	Nein.	Ja, Zulassung durch den iudex a quo (Revision) oder den iudex ad quem (Nichtzulassungs- beschwerde).	Ja, <i>permission to</i> <i>appeal</i> durch den iudex a quo (selten) oder iudex ad quem.	Ja, Zulassung allein durch den iudex ad quem ( <i>granting</i> <i>order</i> ).
<i>Qualität</i> des Rechts- behelfs	Außerordentlicher Rechtsbehelf ( <i>voie</i> <i>extraordinaire</i> ).	Revision: ordentli- ches Rechtsmittel; Nichtzulassungs- beschwerde: Rechts- behelf sui generis (str.).	Parteirechtsmittel.	Rechtsbehelf <i>sui</i> <i>generis</i> .
<i>Prüfungs- dichte des</i> <i>Zulassungs- verfahrens</i>	–	Nichtzulassungs- beschwerde: nur hinsichtlich der in § 543 Abs. 2 ZPO genannten Revi- sionszulassungs- gründe.	Richterliches Ermessen.	Richterliches Ermessen.
<i>Wertbe- schränkung</i>	Keine.	Revision: keine; Nichtzulassungs- beschwerde: 20.000 EUR.	Keine; faktische Privilegierung von Verfahren mit höhe- rem Streitwert.	Keine; faktische Privilegierung von Verfahren mit höhe- rem Streitwert.
<i>Kontroll- maßstab in</i> <i>der Haupt- sache</i>	Verletzung des Rechts; inzident ist auch die Über- prüfung vorinstanz- licher Tatsachenfest- stellungen möglich.	Rechtsverletzung; inzident ist auch die Überprüfung vor- instanzlicher Tatsa- chenfeststellungen möglich.	Keine strikte Trennung zwischen Rechts- und Tat- fragen, faktisch aus- schließlich Rechts- kontrolle.	Keine strikte Trennung zwischen Rechts- und Tat- fragen, faktisch aus- schließlich Rechts- kontrolle.
<i>Verein- faches Ent- scheidungs- verfahren</i>	Ja, <i>rejet non spécia-</i> <i>lement motivé</i> .	Ja, § 544 Abs. 9 ZPO bei Gehörsverlet- zungen.	Nein.	Ja, <i>summary dis-</i> <i>position</i> bzw. <i>GVR</i> <i>order</i> .

Abb. 22: Vergleich der Appellationsmodelle.

## I. Divergierende Rechtstraditionen

### 1. Grundsatz

Der Zugang zum Höchstgericht ist in rechtsvergleichender Perspektive noch immer von unüberbrückbaren Divergenzen geprägt. Verbindendes kommt den *Courts of last resort* zwar insoweit zu, als diese eine abstrakt vergleichbare Funktionsbelegung mit der Trias *Rechtsfortbildung*, *Rechtsvereinheitlichung*, *Rechtsfehlerkontrolle* erfahren haben und sich vorrangig auf die Kontrolle von Rechtsfehlern konzentrieren. Schon die Rechtsnatur des Zugangs zum Höchstgericht als ordentliches Parteirechtsmittel (Deutschland/England), außerordentlicher Rechtsbehelf (Frankreich) oder Rechtsbehelf *sui generis* (USA) zeigt jedoch einen fundamentalen Bruch der Rechtstraditionen, der sich auch in der divergierenden Stellung der Höchstgerichte im jeweiligen Justizsystem niederschlägt. Insoweit hat die differenzierte Verwendung der Begriffe Kassationsgericht, Revisionsgericht und Supreme Court noch immer seine Berechtigung.

Trennendes zeigt sich insbesondere in der fundamentalen Frage, ob der Zugang zum Höchstgericht verfassungsrechtlich verbürgt (Frankreich) bzw. wenigstens durch eine Institutsgarantie abgesichert (Deutschland) ist oder allein einer Ermessens- (England) oder ‚Gnaden‘-Entscheidung (USA: *matter of grace*) des Gerichts unterliegt. Die Unterscheidung zwischen *entscheiden können* (*deciding to decide*) und *entscheiden müssen* wird dabei zum wesensprägenden Merkmal der jeweiligen Höchstgerichte, welches entscheidend auf den Urteilsstil, die behandelten Sachmaterien und das richterliche Selbstverständnis zurückwirkt. Damit einher geht noch immer eine Riftzone zwischen einem proaktiven kontinentaleuropäischem Rechtsmitteldenken und der offen forcierten Abneigung gegen primär auf Individualrechtsschutz abzielende Rechtsmittelverfahren in England und den USA sowie die damit verbundene Betonung der Finalität erstinstanzlicher Entscheidungen, welche in einer starken Verjüngung des Instanzenzugs und in den rigiden Zugangsschranken zum Höchstgericht deutlich zutage tritt.

Kontrastierend kann insoweit der Idealismus des französischen Kassationsrechts (als *conception démocratique du juge suprême*) zur Realisierung einer möglichst absoluten Rechtsanwendungsgleichheit und zur Sicherung der objektiven Rechtsordnung dem Pragmatismus der common law-Gerichte (als *conception aristocratique*) gegenübergestellt werden, welche diese Funktionsbelegung nie für sich in Anspruch genommen (England) oder jedenfalls im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts vollständig aufgegeben haben (USA). Das deutsche Revisionsrecht nahm und nimmt zwischen diesen Kontrapunkten eine vermittelnde Stellung ein, steht dem französischen Recht strukturell und institutionell jedoch noch immer bedeutend näher, trotz einer verstärkten Hinwendung zur Grundsatzrevision. Verglichen mit den Supreme Courts des common law – die eindeutig keine *courts of errors and corrections* sind – sind Kassations- und Revisionsgerichte – trotz einer in den letzten Dekaden stärkeren Akzentuierung ihrer rechtsfortbildenden Funktion – noch immer in erheblichem Maße der Realisierung von Individualgerechtigkeit verpflichtet.

## 2. Ursprünge

Diese divergierende Ausgestaltung ist ein Produkt langer historischer Entwicklungslinien, divergierender Richterbilder und der – selbst dem Wandel unterworfenen – gesetzgeberischen Gestaltungsentscheidung, verschiedene Zwecke des Rechtsmittelverfahrens in Ausgleich zu bringen, wobei das jedem Höchstgericht inhärente Spannungsverhältnis zwischen individuellen und kollektiven Interessen nach *Jolowicz*<sup>1</sup> nur durch einen Kompromiss verschiedener Verfahrenszwecke gelöst werden kann.

Bemerkenswert ist dabei eine geradezu konträre historische Entwicklung zwischen kontinentaleuropäischem und common law-Rechtsverständnis, welche zu einer Umkehrung der Funktionsbelegung geführt hat: Die Cour de Cassation sah sich historisch (als Hilfsorgan der Legislative) vorrangig der Disziplinierung der Instanzgerichtsbarkeit *im öffentlichen Interesse* verpflichtet, stellt heutzutage aufgrund des unbeschränkten Zugangs für die Parteien indes den Individualrechtsschutz und die Verwirklichung von Rechtsanwendungsgleichheit deutlich in den Vordergrund. Dagegen war sowohl der UK als auch der US Supreme Court in historischer Perspektive ein parteibezogenes appeal-Gericht, welches bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts noch vorrangig im Interesse der Parteien agierte, heutzutage jedoch deutlich überwiegend im öffentlichen Interesse tätig wird. Die strenge Zulassungspraxis vor beiden Gerichten verkehrt den rechtshistorischen Grundansatz damit in sein Gegenteil: Verfahren, die keine Bedeutung für die Allgemeinheit haben, kommen über das *intermediate appellate level* nicht hinaus. Insbesondere das US-amerikanische Rechtsverständnis hat sich vom europäischen Rechtsmittelgedanken zum Schutz und zur Verwirklichung subjektiver Rechte weitgehend entkoppelt. Die Entwicklung der letzten 100 Jahre verdeutlicht dabei, dass vorrangig Rechtssysteme, die der *stare decisis*-Doktrin folgen, den Zugang zum Höchstgericht erheblich limitiert haben, auch wenn höchstrichterlichen Entscheidungen im Kassations- und Revisionsmodell ebenfalls eine quasi-präjudizielle Wirkung zukommt.

Nach *Jolowicz* ist dies

„a paradoxical situation in that Supreme Courts which are courts of cassation of the kind derived from the French model and which are therefore ostensibly devoted to the public purpose, have come to be predominantly concerned with the private purpose while Supreme

<sup>1</sup> *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 348. S. ferner *ders.*, Managing Overload in Appellate Courts – ‚Western Countries‘, in: Wedekind (Hrsg.), Justice and Efficiency – the 8<sup>th</sup> World Conference on Procedural Law, General Reports and Discussions, S. 71 f. („The problem of overload in appellate courts is one of the most intractable, not least because the measures that have been, or might be, adopted all have disadvantages which must be balanced against their advantages, and what may appear to be a satisfactory balance at one time or place will not necessarily so appear to another.“) sowie aaO, S. 93 („Each legal system must find its own compromises, and it is at least likely that its choices will be largely controlled by what is regarded, or what is silently assumed, to be fundamental to it.“).

Courts which are courts of appeal and so, ostensibly, devoted to the private purpose, have moved in the opposite direction.<sup>2</sup>

Diesem Paradox entspricht es auch, dass das Kassations- und Revisionsgericht – historisch als *juge du droit et non juge des faits* bzw. Rechtsrügegericht strenger auf eine in iure-Kontrolle limitiert – heutzutage in wesentlichem Umfang auch die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz im Parteiinteresse überprüft und das Höchstgericht seine Befugnisse in dieser Hinsicht in den letzten Jahrzehnten graduell ausgeweitet hat, wohingegen die appeal-Gerichte des common law – welche strukturell als *courts of record* sowohl Rechts- als auch Tatsachenfragen in weitaus größerem Umfang adressieren könnten – von den Beweisergebnissen der Vorinstanz nur bei klaren Verfahrensverstößen abgehen. Damit ist nicht nur eine Annäherung zwischen Revisions- und Kassationsgericht (als *juge du fond*) verbunden; teilweise verschwimmen auch die traditionellen prozessdogmatischen Differenzierungen zwischen Rechts- und Tatfrage.

### 3. Prozessuale Funktionsdivergenzen

Diese Divergenzen bedingen eine diametral verschiedene Ausgestaltung des Verfahrensrechts: Während das französische Kassations- und das deutsche Revisionsrecht durch seine 233- bzw. 146jährige Entwicklungsgeschichte auf einem beachtenswerten dogmatischen Fundament steht – welches den Verfahrensablauf in hohem Maße plan- und vorhersehbar, die Prozesstruktur jedoch auch schwerfälliger und weniger offen für Veränderungen macht<sup>3</sup> –, wählen das englische und US-amerikanische Recht noch immer einen sehr pragmatischen, ergebnisorientierten Ansatz im Rechtsmittelrecht. Die Formenstrenge des kontinentaleuropäischen Rechtsmitteldenkens mit seinen ausdifferenzierten Antrags- und Begründungserfordernissen ist in England trotz jüngerer Reformen noch immer weitgehend unbekannt, in den USA dagegen mit etwas größerer Deutlichkeit vorhanden. Dabei wird manch erbitterter dogmatischer Grabenkampf im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken – etwa die Zulässigkeit einer *cassation sans renvoi*<sup>4</sup> oder die Differenzierung zwischen Rechts- und Tatfrage im deutschen Revisionsrecht<sup>5</sup> – im englischen und US-amerikanischen Recht ob der dienenden Funktion des Prozessrechts schon nicht als diskussionswürdiges Problem verstanden. Dem entspricht es, dass auch die dogmatisch-wissenschaftliche Durchdringung, welche das Kassations- und Revisionsrecht seit dem 18./19. Jahrhundert begleitet, in England weitgehend unbekannt ist und auch in den USA – wenngleich dort etwas stär-

<sup>2</sup> Jolowicz, General Report, in: Yessiou-Faltsi (Hrsg.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, S. 37, 56; s. ferner *ders.*, *Managing Overload in Appellate Courts – Western Countries*, in: Wedekind (Hrsg.), *Justice and Efficiency – the 8<sup>th</sup> World Conference on Procedural Law, General Reports and Discussions*, S. 71, 85.

<sup>3</sup> Dies gilt insbesondere für das französische Recht (oben sub § 9. VII.).

<sup>4</sup> Vgl. oben sub § 9. V. 2.

<sup>5</sup> Vgl. oben sub § 4. III. 2. a).

ker forciert – nicht die gleiche Intensität erreicht wie im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken.

Ein Bruch zwischen kontinentaleuropäischer und anglo-amerikanischer Rechtstradition zeigt sich schließlich – wenn auch in der Rechtspraxis von eher nachrangiger Bedeutung – im Verhältnis der Höchstgerichtsbarkeit zu den nachgeordneten Instanzen: Von punktuellen Ausnahmen abgesehen,<sup>6</sup> binden höchstrichterliche Entscheidungen den Richter im Revisions- und Kassationsmodell allein faktisch, weshalb die richterliche Unabhängigkeit auch in den unteren Instanzen umfassend gewahrt ist und die Sicherung der Rechtsanwendungsgleichheit über einen (breiteren) Zugang zum Höchstgericht realisiert wird. Nach der *theory of binding precedent* in England und in den USA steht bei der Befolgung der letztinstanzlichen Rechtsprechung dagegen eher die instanzübergreifende Bindung an höchstrichterliche Judikate im Vordergrund.

#### 4. Prozessuale Funktionskonvergenzen

Trotz dieses prima facie ernüchternden Befundes zeigen sich partiell auch Funktionskonvergenzen: Mag das Kassationsverfahren in ideologischer Hinsicht vorrangig der Disziplinierung der Untergerichte gedient haben, wohingegen die Revision stets (auch) ein parteibezogenes Rechtsmittel war, stehen sich Revisions- und Kassationsgericht nicht nur hinsichtlich ihrer historischen Wurzeln und der personellen Besetzung deutlich näher als den Supreme Courts des common law, sondern vor allem auch hinsichtlich des Umstandes, dass ihnen bei der Entscheidung kein Annahmeerlassen zugestanden wird und die Erfolgsaussichten anhand ausdifferenzierter Rechtsmittelgründe geprüft werden. Das kontinentaleuropäische Rechtsmittelverständnis sichert daher in der Breite – obschon mit nuancierten Differenzierungen – auch die höchstrichterliche Korrektur rechtsfehlerhafter Entscheidungen; Revision und Kassation sind „proudly distinct but clearly with common DNA“.<sup>7</sup> Insoweit nehmen auch die Nichtzulassungsbeschwerde und der *rejet non spécialement motivé*, wenngleich strukturell verschieden, eine ähnliche Funktion wahr: das Ausscheiden von Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung und ohne Erfolgsaussichten.

Allerdings wird durch den grundlegenden Transformationsprozess des Revisionsrechts in den letzten 146 Jahren die Rechtsfortbildungsfunktion des Höchstgerichts in stärkerem Maße betont, weshalb sich das deutsche Recht partiell auch dem Konzept eines Supreme Court anglo-amerikanischer Prägung angenähert hat, da das individuelle Interesse an der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit „nur in dem Maße geschützt [wird], in dem die Inanspruchnahme des Revisions-

<sup>6</sup> Insbesondere gem § 563 Abs. 2 ZPO (dazu oben sub § 4. IV. 2.) bzw. bei einem *cour de renvoi* (oben sub § 9. V. 1.).

<sup>7</sup> *Bravo-Hurtado*, Two Ways to Uniformity: Recourse to the Supreme Court in the Civil Law and Common Law World, in: Üzelac/Van Rhee (Hrsg.), Nobody's perfect. Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters, S. 319, 321.

gerichts auch im Interesse der Allgemeinheit liegt.“<sup>8</sup> Dieser Umstand verstärkt sich durch die im deutschen, englischen, aber auch US-amerikanischen Verfahrensrecht zutage tretende Funktionsbelegung der intermediären Gerichte als Vorkontrollinstanz des Höchstgerichts, welche sich deutlich vom Modell der *double degré de juridiction* des französischen Rechts abgrenzt.

Die sehr unterschiedliche Fallbelastung der untersuchten Gerichte ist dabei ein erstaunlicher Beleg dafür, dass ein Höchstgericht, welches nur 100 oder weniger Grundsatzentscheidungen p. a. (in allen Rechtsgebieten) trifft, die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Justizsystems und die Fortbildung des Rechts in annähernd gleichem Maße zu sichern scheint wie ein *Court of last resort* mit mehreren hundert oder gar tausend Einzeljudikaten. Insoweit tritt in allen untersuchten Rechtsordnungen vermehrt der Gedanke in den Vordergrund, dass jedenfalls eine begründete Entscheidung nur dann publiziert werden sollte, wenn dies zur Rechtsfortbildung oder zur Korrektur und zukünftigen Verhinderung schwerer Rechtsfehler im überindividuellen Interesse angezeigt erscheint. Während sich dieser Gedanke bei den Supreme Courts des common law schon aus dem Selbstverständnis der Gerichte speist, sind diese Angleichungstendenzen bei Revision (vgl. §§ 544 Abs. 6 S. 2 Hs. 2, 564 S. 1 ZPO) und Kassation (*rejet non spécialement motivé*) Reaktionen des Gesetzgebers zur Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion und Entlastung des Höchstgerichts, wobei allen Rechtsordnungen gemein ist, dass eine Ablehnung der Zulassung bzw. die begründungslose Zurückweisung des Rechtsmittels keine präjudizielle Wirkung mit Blick auf die vorinstanzliche Entscheidung entfaltet. Damit einhergehend wird auch die Mündlichkeit als Grundprinzip des Zivilverfahrensrechts vor allen Höchstgerichten deutlich zurückgedrängt.

### 5. Rechtsanwendungsgleichheit

Nehmen daher alle Höchstgerichte, wenngleich mit unterschiedlicher Intensität, die Funktion der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung für sich in Anspruch, fördert der divergierend ausgestaltete Zugang zum Höchstgericht ein sehr unterschiedliches Verständnis der prozessual eingefassten Rechtsanwendungsgleichheit zutage: Das Kassationsrecht als Kind der französischen Revolution ist für die *égalité* aller Bürger und die Sicherung einer unbedingten Rechtsanwendungsgleichheit vor dem Richter verantwortlich, was einen ungehinderten Zugang zum Höchstgericht notwendig macht. Diesem Grundgedanken folgt das – grundgesetzlich eingehegte – Revisionsverfahren, wenn auch nicht mit der gleichen Rigorosität.

Zwar sieht sich auch der US Supreme Court der einheitlichen Anwendung des Rechts (*equality before the law*) verpflichtet.<sup>9</sup> Der Ansatzpunkt hierfür ist jedoch ein ganz anderer: Während eine Gleichheit vor dem Gesetz nach kontinentaleuro-

<sup>8</sup> Wenzel NJW 2002, 3353, 3354.

<sup>9</sup> Vgl. O'Connor 35 Case W. Res. L. Rev. 1, 5 (1984–1985) („creating and preserving uniformity of interpretation“).

päischem Verständnis erreicht werden soll, indem möglichst alle Entscheidungen durch einen vereinheitlichenden *Court of last resort* kontrolliert werden, vertritt man in der US-amerikanischen Diskussion die Ansicht, gerade durch die ermessensabhängige Auswahl einer sehr geringen Anzahl an Fällen und das restriktive Eingreifen in die Vorinstanzen werde dem öffentlichen Interesse an einer einheitlichen Rechtsanwendung gedient:

„It is precisely due to the importance of this unifying function that the jurisdiction of the Supreme Court of the United States has been made ever more discretionary over the years.“<sup>10</sup>

In ähnlicher Weise konnte sich auch in England nie der Gedanke durchsetzen, die Gleichheit vor dem Richter erfordere einen parteischützenden Zugang zum Höchstgericht. Bis zu einem gewissen, praktisch kaum messbaren Grad ließe sich dabei argumentieren, dass das englische und US-amerikanische Recht die Schwächen bei der Realisierung der Rechtsanwendungsgleichheit in der Breite durch die *theory of binding precedent* abfedert: Sind Instanzgerichte formal an die Entscheidungen des Höchstgerichts gebunden, kann damit ein bewusstes Abgehen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterbunden werden, nicht jedoch ein (einfacher) Subsumtionsfehler. Auf die Frage, inwieweit dieser Ansatz mit der unterlassenen Aufhebung einfachgesetzlich fehlerhafter Berufungsurteile vereinbart werden kann, bleiben die Richter am US Supreme Court folglich eine Antwort schuldig, zumal Chief Justice *Rehnquist* in den 1980er Jahren selbst den rechtsvereinheitlichenden Funktionsverlust des Gerichts beklagte:

„The Court cannot review a sufficiently significant portion of the decisions of any federal court of appeals to maintain the supervisory authority [... it] is simply not enough to assure that the views of the Supreme Court in various areas of the law shall, over the long run, prevail.“<sup>11</sup>

Dementsprechend dürfte die in letzter Konsequenz gewährte Rechtsanwendungsgleichheit im kontinentaleuropäischen Kassations-/Revisionsmodell deutlich weitreichender realisiert werden als im common law-Rechtskreis.

## 6. Entscheidungsstil

Entscheidende Differenzen bestehen schließlich beim Begründungsstil höchstrichterlicher Entscheidungen, die sich – eingedenk historisch gewachsener Gepflogenheiten – auch in Zukunft kaum überbrücken werden lassen. Zwar kommt bei allen untersuchten Gerichten die rechtsfortbildende Funktion im Rahmen des Entscheidungsstils zum Ausdruck. Stellt man jedoch der wissenschaftlichen Rechtsschöpfung am BGH die apodiktisch-verkürzten *arrêts* der Cour de Cassation sowie die lebensnahe, vom persönlichen Stil des Richterstatters geprägte Ent-

<sup>10</sup> *O'Connor* 35 Case W. Res. L. Rev. 1, 5 (1984–1985).

<sup>11</sup> *Rehnquist* 28 Saint Louis University L.J. 1, 4f. (1984).

scheidungskultur am UK Supreme Court gegenüber, zeigt sich noch immer mehr Trennendes als Verbindendes.

Zwar kommt die Neigung zur möglichst objektivierten, frei von subjektiven Wertungen erfolgende Entscheidungsfindung des französischen Kassationshofs auch im Kollegialsystem des Revisionsgerichts zum Ausdruck. Die Richterpersönlichkeit tritt hinter die Entscheidung zurück; *dissenting opinions* existieren nicht. Wesensprägend für revisionsgerichtliche Urteile ist jedoch die – dem französischen Kassationsrecht wesensfremde, gar damit unvereinbare – wissenschaftlich-diskursive Methode der Rechtsklärung, die von einer – rechtsvergleichend besehen wohl einzigartigen – Symbiose zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft lebt, wobei jüngst auch ökonomische und sozio-kulturelle Erwägungen verstärkt Eingang in Entscheidungsgründe finden. In England konnte sich die Idee einer ‚wissenschaftlichen‘ Rechtsfindung dagegen nie durchsetzen; vielmehr wird ganz selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Richter durch seine Entscheidung Recht ‚setzt‘ und dabei auch außerjuristische Argumente berücksichtigen kann. Dagegen zeigt der verknappte, vom Lebenssachverhalt teilweise entkoppelte Entscheidungsstil des US Supreme Court nicht nur Überschneidungen mit dem Duktus englischer Urteile, sondern auch eine partielle Annäherung an denjenigen revisionsgerichtlicher Entscheidungen.

## II. Rechtsvereinheitlichung des Rechtsmittelrechts?

### 1. Grundsatz

Angesichts dieses Befundes verwundert es wenig, dass sich eine Vereinheitlichung des Rechtsmittelrechts im europäischen Rechtsraum oder im transatlantischen Austausch noch immer als sehr schwierig gestaltet, auch wenn es in den letzten Jahrzehnten partiell zu Annäherungen (insbesondere einer Transformation des ersten Rechtsmittelzugs von einem *rehearing* zum Instrument der Fehlerkorrektur) gekommen ist.<sup>12</sup> Divergierende Rechtsmittelverständnisse und Rechtstraditionen sowie nationale Verfassungsbestimmungen, welche Anforderungen an den innerstaatlichen Instanzenzug formulieren, behindern eine weitere Rechtsvereinheitlichung jedoch ganz wesentlich.<sup>13</sup> Auch die unterschiedliche Terminologie steht einer Rechtsangleichung entgegen, da schon der Begriff *appeal* nicht einheitlich verwendet wird, wenn es etwa um die Frage geht, ob auch außerordentliche

<sup>12</sup> Umfassend Kern, Harmonisation of the Rules on Judgments and Appeals in Europe – A Few Remarks from the Inside, in: Inchausti/Hess (Hrsg.), The Future of the European Law of Civil Procedure – Coordination or Harmonisation?, S. 223 ff.; ders. ZZP Int 2020, 287 ff.; ders./Ole/Professner, Appeal and Third Instance – First Appeal, in: Hess/Ortolani (Hrsg.), Impediments of National Procedural Law to the Free Movement of Judgments, S. 163 ff.

<sup>13</sup> Einzelheiten bei Kern, Harmonisation of the Rules on Judgments and Appeals in Europe – A Few Remarks from the Inside, in: Inchausti/Hess (Hrsg.), The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?, S. 223, 232.

Rechtsbehelfe (*pourvoi en cassation*) unter den Begriff der Rechtsmittel gefasst werden können. Möchte man insoweit auf die Dichotomie zwischen *first appeal* und *second appeal* rekurrieren, wobei ersterer eine (wenn auch meist begrenzte) Nachprüfung *de iure* und *de facto* ermöglicht, während letzterer allein eine Kontrolle *de iure* gewährt,<sup>14</sup> ist auch dies eine Generalisierung, die – wie vorstehend aufgezeigt – im Detail nicht zutrifft.

## 2. Model European Rules of Civil Procedure

Dementsprechend sind auch wissenschaftliche Vorarbeiten zur Rechtsvereinheitlichung bislang wenig sichtbar. Die ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure<sup>15</sup> sparen das Rechtsmittelsystem gänzlich aus und verweisen in Art. 27 lediglich auf die grundsätzliche Möglichkeit einer *appellate review*. Auch rule 33.5 der Rules of Transnational Civil Procedure<sup>16</sup> belässt es hinsichtlich der Zulässigkeit von *second appeals* bei einem Verweis auf das Recht des Forumstaats. Die 2020 veröffentlichten ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure (MERC P)<sup>17</sup> stellen daher den ersten Versuch einer Verfahrensrechtsvereinheitlichung unter Einschluss des Zugangs zum Höchstgericht dar, auch wenn die Bestimmungen erst nachträglich in das Modellgesetz übernommen wurden.<sup>18</sup>

Während zwar Fragen des *gravamen*<sup>19</sup> und des Rechtsmittelverzichts<sup>20</sup> für nahezu alle Rechtsordnungen annähernd gleich beantwortet werden können, sind die Art. 155 ff. MERC P noch am ehesten an das englische und deutsche Prozessrecht angelehnt,<sup>21</sup> wohingegen das französische Recht kaum eingefasst werden konnte. Denn die Ausgestaltung des *first appeal* sieht eine Kombination aus zulassungsfreier Wertberufung und wertunabhängiger Zulassungsberufung vor (vgl. Art. 166(1) (a) und (b) MERC P), wobei Zulassungsgrund die grundsätzliche Bedeutung der

<sup>14</sup> So etwa die Differenzierung bei Kern, Harmonisation of the Rules on Judgments and Appeals in Europe – A Few Remarks from the Inside, in: Inchausti/Hess (Hrsg.), The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?, S. 223, 227.

<sup>15</sup> <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles> [29.08.2023]; umfassend zur Entwicklung Stürmer RabelsZ 2022, 421 ff.

<sup>16</sup> „Further appellate review of the decision of a second-instance court may be permitted in accordance with forum law.“

<sup>17</sup> [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf) [29.08.2023].

<sup>18</sup> Vgl. MERC P (o. Fn. 17) Präambel Rn. 51: „Proceedings on appeal and other means of review were not originally intended for inclusion within the project. [...] Part IX of the Rules on Means of Review is the result of remarkable approximation between European procedural systems concerning the approach to be taken to reviewing judicial decisions. [...] It would have been a mistake not to incorporate rules on review and appeals based on, as became apparent during the project, an erroneous belief that because past attempts to harmonize appeals had failed due to, then, seemingly insurmountable obstacles, the present attempt would also fail.“

<sup>19</sup> Vgl. Art. 546, 609 C. P. C.; Art. 448 spanische ZPO; Art. 100 italienische ZPO; umfassend Kern ZZP Int 2020, 287, 291 f.

<sup>20</sup> Kern ZZP Int 2020, 287, 292.

<sup>21</sup> Umfassend Kern ZZP Int 2020, 287, 292 ff.

Sache, das Bedürfnis nach Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung sowie die Verletzung prozessualer Bestimmungen sein kann (Art. 166(2)(a)–(c) MERCP). Das Modellgesetz trägt damit eine klare Handschrift der Revisions- und Berufungszulassungsgründe gem. §§ 511 Abs. 4, 543 Abs. 2 ZPO, wobei bereits auf Ebene des *first appeal* eine Balance zwischen den privaten und öffentlichen Interessen bei der Ausgestaltung des Instanzenzuges favorisiert wird.<sup>22</sup>

Vergleichbares zeigt sich auf der Ebene des *second/final appeal*: Gem. Art. 172 MERCP bedarf ein solcher stets (und allein) der Zulassung durch den iudex ad quem. Gleiches gilt für einen *leapfrog appeal*,<sup>23</sup> dessen Zulassung in das Ermessen des Höchstgerichts gestellt wird (Art. 177(2) MERCP). Maßgebliche Kriterien sind wiederum die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage, das Bedürfnis nach Rechtsfortbildung, die Sicherung der Rechtseinheit sowie die Durchsetzung von Grundrechten<sup>24</sup> (Art. 172(1)(a)–(d) MERCP). Die MERCP stellen damit das öffentliche Interesse an der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens in den Mittelpunkt und favorisieren einen limitierten Zugang zum Höchstgericht,<sup>25</sup> da – ungeachtet der Frage, ob das Gericht bindende Präjudizien für die nachrangigen Gerichte aufstellen kann – dessen Entscheidungen in allen europäischen Verfahrensrechtsordnungen eine Vorbildwirkung für die nachgeordneten Gerichte haben. Dementsprechend ist das Verfahren auf eine Rechtskontrolle (Art. 174 (1)(a) MERCP) und – in eingeschränktem Umfang – auf die Korrektur von ergebnisrelevanten Verfahrensfehlern (Art. 174 (1)(b) und (2) MERCP) beschränkt.

Art. 158(2) MERCP statuiert dabei Begründungspflichten für den Rechtsmittelführer des *second appeal*: Da dieser grundsätzlich enger gefasst ist als der erste, muss die beschwerte Partei die Gründe für ihren Angriff in einem einzelnen Schriftsatz darlegen.<sup>26</sup> Zudem haben sich die Parteien stets von einem Anwalt vertreten zu lassen (Art. 164(2) MERCP).<sup>27</sup> Der *second appeal* kann nur mit Zustimmung der Gegenseite und des Gerichts zurückgenommen werden (vgl. Art. 163(2) MERCP), was insbesondere mit dem öffentlichen Interesse an einer Entscheidung durch das Höchstgericht begründet wird.<sup>28</sup> Entscheidungen des Höchstgerichts sind stets zu begründen (Art. 176 S. 1 MERCP).

<sup>22</sup> Vgl. Comment 1 zu Art. 166 MERCP (o. Fn. 17).

<sup>23</sup> Dazu noch sub § 13. II. 1.

<sup>24</sup> Zum Begriff vgl. Comment 2 zu Art. 172 MERCP (o. Fn. 17).

<sup>25</sup> Comment 1 zu Art. 172 der MERCP (o. Fn. 17): „Were second appeals to be readily accessible, the risk would arise that this generous access too would add to legal uncertainty and undermine the proper functioning of the legal system.“

<sup>26</sup> Vgl. Comment 2 zu Art. 158 MERCP (o. Fn. 17).

<sup>27</sup> Ob es sich dabei um eine vor dem Höchstgericht spezialisierte Anwaltschaft handeln muss, lassen die MERCP offen, vgl. Comment 4 zu Art. 164 MERCP (o. Fn. 17).

<sup>28</sup> Vgl. Comment 3 zu Art. 163 MERCP (o. Fn. 17).

### 3. Bewertung

Nimmt man die vorstehend referierten Rechtsmittelkonzepte in den Blick, können die Überlegungen zur Rechtsvereinheitlichung durch die MERCPC nur als erster Versuch einer Rechtsangleichung dienen, welche die nach wie vor bestehenden Divergenzen beim Zugang zum und bei der funktionalen Ausgestaltung des Höchstgerichts nicht überwinden können. Dabei ist im europäischen Rechtsraum auf absehbare Zeit keine signifikante Angleichung zwischen dem romanischen, mitteleuropäischen und englischen Rechtskreis bzw. den mannigfaltigen Mischrechtsordnungen zu erwarten. Insbesondere ein Kassationsgericht französischer Prägung, dessen Wesensmerkmal der ungehinderte Zugang zum Höchstgericht ist,<sup>29</sup> macht jede weitere Harmonisierung ohne einen fundamentalen Umbau nationaler Justizsysteme unmöglich. Die verschiedenen Rechtstraditionen – und verschiedentlich sogar verfassungsrechtlichen Präformierungen – stehen einer grundlegenden Annäherung entscheidend entgegen.<sup>30</sup> Es existiert vielmehr eine Einheit in der Vielfalt, da ähnliche Fragen und Probleme des Rechtsmittelverfahrens von den europäischen Staaten in ganz unterschiedlicher Manier beantwortet werden, ohne dass ein Lösungsweg ohne Vorbehalte als vorzugswürdiger angesehen werden kann.

---

<sup>29</sup> S. oben sub §9.II.1.

<sup>30</sup> Geeroms 50 *Am. J. Comp. Law* 201, 228 (2002): „It is thus possible to conclude that, despite the trend of convergence witnessed among cassation, revision, and appeal as systems of final review, their enduring differences dictate that they still be properly and distinctly designated and employed.“



## Teil IV

# Die Effektivität des Revisionsverfahrens de lege lata et ferenda

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass die Grundstruktur des zivilprozessualen Revisionsverfahrens die Anforderungen an ein Höchstgericht zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung sowie zum Schutz von Individualinteressen im Grundsatz – auch in rechtsvergleichender Perspektive – adäquat adressieren kann. Dies impliziert indes nicht, dass das Prozessrecht nicht sinnvoll weiterzuentwickeln wäre. Denn das Revisionsrecht ist in besonderem Maße ein Seismograf für allgemeine Entwicklungen des Zivilprozesses. Stand beim Erlass der Reichsjustizgesetze die rechtsvereinheitlichende Wirkung des Revisionsgerichts im Zentrum,<sup>1</sup> hat sich das Funktionsverständnis des Höchstgerichts seither grundlegend gewandelt, wobei sich der BGH in den 2020er Jahren noch einmal veränderten Herausforderungen gegenüber sieht.

Bei der derzeitigen Ausgestaltung der §§ 542 ff. ZPO hat das Revisionsgericht mit zwei Grundproblemen zu kämpfen, welche die bereits eingangs beschriebene Dichotomie des Revisionsverfahrens zwischen Individualrechtsschutz und Rechtsfortbildung kennzeichnet:<sup>2</sup> Dies ist zum einen der Umstand, dass der BGH seine Funktion als Höchstgericht nicht wahrnehmen kann, wenn rechtsgrundsätzliche Verfahren das Gericht entweder ab initio nicht erreichen oder die Prozessbeteiligten bewusst ein höchstrichterliches Judiz zu vermeiden suchen (dazu sub § 13). Zum anderen ist der Schutz vor Überlastung des Höchstgerichts zu nennen, indem Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung und ohne Aussicht auf Erfolg auf effektive, aber verfassungsmäßig zulässige und die Parteiinteressen beachtende Weise erledigt werden sollen (dazu sub § 14).

---

<sup>1</sup> Vgl. schon sub § 2.III.2.c).

<sup>2</sup> Oben sub § 1.I.



## § 13 Die Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts

### I. Die Flucht aus der Revision

Wie die Ausführungen sub § 3. III. 1. gezeigt haben, kann der BGH seine rechtsfortbildende Funktion nicht umfassend wahrnehmen, da ihn das entsprechende Anschauungsmaterial zur Streitentscheidung und Normbildung nicht erreicht. Ursache dafür ist zum einen, dass die im Berufungsrechtszug unterlegene Partei aus rationalem Desinteresse auf die Durchführung des Revisionsverfahrens verzichtet, weil die Zulassung durch den iudex a quo noch keinen geeigneten Anreiz dafür bietet, Rechtsfortbildung im Interesse der Allgemeinheit zu forcieren und die Verfahrenskostenlast – gerade bei kleineren und mittleren Streitwerten – stark prohibitiv wirkt. Noch entscheidender ist zum anderen die Tendenz, dass eine Partei zur Vermeidung einer höchstrichterlichen Entscheidung bewusst von der Durchführung des Revisionsverfahrens absieht (sog. *Flucht aus der Revision*).

Die Konsequenzen „negativer Präjudizien als Prozessziel“<sup>3</sup> betreffen nicht nur die Rechtsschutz suchende Partei, sondern auch das Allgemeininteresse an der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen durch das Revisionsgericht:<sup>4</sup> Gerade bei ‚Massen‘verfahren<sup>5</sup> mit einer Vielzahl von gleich oder ähnlich gelagerten Einzelfällen im Verbraucherschutz-, Delikts-, Bank- und Kapitalmarkt-, Kartell- oder Versicherungs- sowie Datenschutzrecht<sup>6</sup> besteht ein vitales Interesse der Justiz und

---

<sup>3</sup> Umfassend *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 239ff. Diese Entwicklung kann auch auf der Ebene des Revisionsgerichts selbst beobachtet werden, wenn etwa eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen gem. § 132 Abs. 4 GVG obsolet gemacht wird, weil die Revision im zugrunde liegenden Verfahren zurückgenommen wird (vgl. zu diesem Fall *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 311 f. mwN).

<sup>4</sup> *Hirsch* VersR 2012, 929, 932; ausführlich bereits sub § 3. II. 2.

<sup>5</sup> Mit Blick auf § 15 Abs. 1 VDuG-E bestehen an der Justiziabilität des Begriffs von Massenverfahren keine Bedenken, auch wenn diese nur auf einer Reihe im Wesentlichen vergleichbarer Sachverhalte beruhen und für die im Wesentlichen gleiche Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidungserheblich sind. Der Begriff des Massenverfahrens hat zudem Eingang in die Rechtsprechung des BGH gefunden, vgl. BGH NJW 2023, 2347 Ls. 1 und Rn. 24 (bei BeckRS 2023, 6735).

<sup>6</sup> Vgl. etwa PM Nr. 9 des LG München I v. 18.03.2022 (<https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/landgericht/muenchen-1/presse/2022/9.php> [30.08.2023]) mit Verweis auf diverse Massenkonglomerate, z. B. Verfahren in einem Lkw-Kartell (10.000 Geschädigte) und mehrere hundert Klagen im Zusammenhang mit der Insolvenz der Wirecard AG. Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren finden sich massenhafte Parallelprozesse, z. B. im Zusammenhang mit Kündigungsschutzklagen bei Betriebsstilllegungen, Klagen auf Anpassung von Betriebsren-

der Öffentlichkeit, die in Streit stehenden Rechtsfragen zeitnah einer verbindlichen höchstrichterlichen Klärung zuzuführen. Dies dient nicht nur der Effektivierung der individuellen Rechtsdurchsetzung, indem der Kläger schnell Klarheit über das Prozessrisiko erlangt und der Beklagte die Chancen seiner prozessualen Verteidigung eruieren kann, sondern auch der Entlastung der Justiz, indem die Instanzgerichte nicht (mitunter Jahre) auf ein klarstellendes Judikat durch den BGH warten müssen und dabei mit Tausenden von Verfahren überflutet werden. In der Konsequenz wird oftmals auf die Durchsetzung berechtigter Forderungen verzichtet, was gerade im Verbraucherprozess eine empfindliche Rechtsschutzlimitierung zur Folge haben kann. Zudem stellt die zivilprozessuale Bewältigung von Massenverfahren – trotz insgesamt sinkender Eingangszahlen<sup>7</sup> – eine nicht unerhebliche Belastung für die Ziviljustiz dar.

## 1. Ursachen und Konsequenzen

### a) Der Dieselskandal als Blaupause

Der Konflikt zwischen dem durch die Dispositionsmaxime determinierten Individualzugang zum BGH und dem im Allgemeininteresse liegenden Bedürfnis nach einer höchstrichterlichen Klärung streitiger Rechtsfragen trat bei der Klagewelle rund um den sog. Dieselskandal mit besonderer Eindringlichkeit zutage. Nachdem im September 2015 bekannt wurde, dass u. a. der Automobilkonzern VW über Jahre hinweg unzulässige Abschalteinrichtungen in verschiedenen Dieselfahrzeugen verwendet hatte, setzte eine enorme Prozessflut enttäuschter Kunden ein: Allein zwischen 2017 und 2019 wurden mehr als 206.000 rechtsschutzgedeckte Individualklagen eingereicht,<sup>8</sup> ca. 400.000 Personen haben sich einer Musterfeststellungsklage vor dem OLG Braunschweig angeschlossen<sup>9</sup> oder verfolgen ihr Begehren über Sammelklagen diverser Inkassodienstleister.<sup>10</sup>

Dennoch gab es über Jahre hinweg nur eine spärliche Anzahl von OLG-Entscheidungen und erst im Mai 2020 ein erstes Revisionsurteil.<sup>11</sup> Zwar hatte der BGH in zwei Fällen schon gut eineinhalb Jahre früher eine mündliche Verhandlung angesetzt; die klagenden Kunden nahmen ihr Rechtsmittel jedoch jeweils vor Beginn

---

ten oder bei Streit über die Auslegung und Wirksamkeit von Tarifnormen. Im Zuge der Corona-Pandemie sind zudem mehrere hundert Zivilklagen im Zusammenhang mit (vermeintlichen) Impfschäden zu beobachten (vgl. <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-frankfurt-klageimpfschaeden-corona-prozessbeginn-juli/> [30.08.2023]).

<sup>7</sup> S. hierzu *Meller-Hanich/Höland/Nöhre* et al., Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten, passim ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html?nn=110490) [30.08.2023]).

<sup>8</sup> *Heese* NJW 2021, 887; *ders.* JZ 2020, 178.

<sup>9</sup> <https://www.adac.de/der-adac/aktuelles/musterfeststellungsklage-vw/> [20.08.2023].

<sup>10</sup> Umfassend zur Thematik *Syrbe* NZV 2021, 225 ff.; s. ferner *André/Weissenberger* ZIP 2023, 1402 ff.

<sup>11</sup> BGH NJW 2020, 1962.

der mündlichen Verhandlung aufgrund einer außergerichtlichen Einigung mit der Gegenseite zurück.<sup>12</sup> Damit wurde dem BGH der Boden für den Erlass eines Revisionsurteils entzogen. Auch nach acht Jahren seit Bekanntwerden der Vorwürfe stellt der sog. Dieselskandal – nicht zuletzt auch aufgrund des Fehlens effizienter Prozessstrukturen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung und der legislativ medio-kren Qualität der Musterfeststellungsklage gem. §§ 606 ff. ZPO<sup>13</sup> – noch immer eine erhebliche Belastung für die Ziviljustiz dar. Die zivil- und strafrechtliche<sup>14</sup> Aufarbeitung ist noch weit von einem Abschluss entfernt. Vor dem BGH waren auch im Jahr 2022 über 1.700 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden zum Themenkomplex anhängig<sup>15</sup> und Rechtsfragen sind weiterhin ungeklärt.<sup>16</sup>

#### b) Zivilprozessuale Strukturdefizite

Die aufgezeigte Problematik ist dabei kein singuläres Problem, da Unternehmen – vornehmlich in bank-, versicherungs- und verbraucherrechtlichen Streitigkeiten oder bei der Kontrolle von AGB-<sup>17</sup> oder AVB-Klauseln, aber auch in anderen Bereichen mit Breitenwirkung<sup>18</sup> – häufig eine nachteilhafte höchstrichterliche Entscheidung zu vermeiden suchen.<sup>19</sup> In anderen Gerichtszweigen kann eine massenhafte Befassung des Höchstgerichts mit gleich gelagerten Fällen ebenfalls beobachtet werden.<sup>20</sup> Es handelt sich folglich um ein strukturelles Problem, weil

---

<sup>12</sup> Vgl. PM des BGH Nr. 181/2018 v. 11.12.2018, Nr. 183/18 v. 12.12.2018 und Nr. 22/2019 v. 22.02.2019.

<sup>13</sup> Dazu sogleich sub § 13. I. 1. b).

<sup>14</sup> Vgl. dazu <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/volkswagen-vw-dieselm-te-prozess-lg-braunschweig-unterbrechung-elternzeit/> [30.08.2023].

<sup>15</sup> Vgl. BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 13: Allein vor dem IVa. Zivilsenat gingen im Jahr 2022 1732 Verfahren ein, die den Vorwurf einer unzulässigen Abschalteneinrichtung zum Gegenstand haben. Dabei bleibt es den Parteien unbenommen, einvernehmlich das Ruhen des Revisionsverfahrens zu beantragen (§ 251 ZPO), um die Entscheidung in einem Parallelverfahren abzuwarten; die Anordnung des Ruhens des Verfahrens ist insoweit zweckmäßig (BGH, Beschl. v. 08.02.2022 – VIII ZR 330/21, juris Rn. 6; Beschl. v. 08.02.2022 – VIII ZR 331/21, juris Rn. 6; Beschl. v. 26.10.2021 – VIII ZR 328/21, juris Rn. 6).

<sup>16</sup> Vgl. jüngst BGH NJW 2023, 2259ff., zum Anspruch auf den sog. Differenzschaden in Dieselfällen.

<sup>17</sup> Vgl. BGH PM Nr. 123/2021 v. 02.07.2021 zur Aufhebung eines Verhandlungstermins in Sachen XI ZR 4/20 (Wirksamkeit von Klauseln, die eine Servicepauschale zugunsten einer Bau-sparkasse vorsehen).

<sup>18</sup> *Hirsch* VersR 2012, 929; *ders.* (NJW-Editorial, Heft 18/2012) mit Verweis auf ein Verfahren zur Wirksamkeit langfristiger Energielieferungsverträge (BGH KZR 26/01), welches zehntausende Stromkunden betraf, aber nicht entschieden werden konnte, weil die Revision am Abend vor der Verkündung zurückgenommen wurde.

<sup>19</sup> Weitere Beispiele bei *Hirsch*, Missbrauch des Revisionsverfahrens in Versicherungssachen?, in: Brömmelmeyer et al. (Hrsg.), Mindestzuführungsverordnung und Revision, S. 93, 96; vgl. zudem die Erklärung der Präsidentinnen und Präsidenten der großen Landgerichte in Deutschland v. 21.09.2021 (unter <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemittelungen/> [30.08.2023]).

<sup>20</sup> Vgl. BAG NZA 2021, 1273: Vor dem BAG waren August 2021 fast 400 Revisionsverfahren zu Fragen von Zuschlägen für Nachtarbeit anhängig, bei denen sich im Wesentlichen identische Fragen des Unionsrechts stellen.

die Interessenlage der am Individualverfahren beteiligten Akteure oftmals in Widerspruch zur Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts tritt: Unterbleibt eine höchstrichterliche Klärung, kann sich das betroffene Unternehmen bei zukünftigen Verfahren mit Verweis auf die ungeklärte Rechtslage weiter verteidigen; die Gegenseite wird dabei meist mit großzügigen finanziellen Zugeständnissen zur Rücknahme der Revision bzw. Zustimmung zum Anerkenntnisurteil bewegt. Auch die Prozessvertreter können ein valides Interesse an der Verzögerung der Entscheidung des Revisionsgerichts haben, weil nach dem Gebührensystem des RVG bei Verfahren, die aufgrund einer ungeklärten Rechtslage mehrere Instanzen durchlaufen müssen, deutlich höhere Verfahrensgebühren anfallen als bei einer schnellen höchstrichterlichen Entscheidung.

De lege lata ist die Vermeidung höchstrichterlicher Entscheidungen durch eine Revisionsrücknahme oder eine außergerichtliche Einigung jedoch nicht rechtsmissbräuchlich, da es sich um die legitime Ausübung von durch die Dispositionsmaxime vermittelten, prozessualen Befugnissen handelt<sup>21</sup> und die Prozessparteien insoweit „nur nach einer Partitur“ spielen, „die der Gesetzgeber komponiert hat“.<sup>22</sup> Das Vorgehen unterminiert jedoch in den Worten des Präsidenten des BGH a. D., *Günter Hirsch*, den Zweck des Revisionsverfahrens, da das Revisionsgericht seine Rechtsschutzfunktion gegenüber der Allgemeinheit nicht mehr wahrnehmen kann, sofern ihm die Möglichkeit zur Streitentscheidung und Normbildung durch die Parteien genommen wird.<sup>23</sup>

### c) Konsequenzen für die kollektive Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess

#### aa) Überschneidungen

Damit sind auch empfindliche Rechtsschutzlücken bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung verbunden. Die schnelle höchstrichterliche Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen und die kollektive Rechtsdurchsetzung – welche im Rahmen dieser Untersuchung nicht vertieft untersucht werden soll – sind dabei nicht deckungsgleich, aber zwei sich überschneidende Kreise: Während insbesondere die echte Gruppenklage dazu dient, Streuschäden zu bündeln und damit die Rechtsdurchsetzung für Verbraucher zu erleichtern, die andernfalls von einer Anspruchsdurchsetzung abgesehen hätten (rationale Apathie), dient die höchstrichterliche Klärung von Rechtsfragen vorrangig der Allgemeinheit und prospektiven

<sup>21</sup> AA *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 276 ff., 283, der die Verhinderung von Grundsatzentscheidungen als Fall der prozessualen Arglist einstuft will („Wird also eine bestimmte Prozesshandlung *nur* deshalb vorgenommen, um ein nicht genehmes Präjudiz zu verhindern, ist ihr die Wirksamkeit jedenfalls insofern zu versagen, als der schützenswerte Verfahrenszweck es erfordert.“). Dagegen *Stürmer* FS Baur, S. 647, 655 f., mit dem Argument, dies werde nicht der freiheitlichen Grundtendenz des Zivilprozesses gerecht.

<sup>22</sup> *Hirsch* VersR 2012, 929, 930, 932; s. ferner *Kehrberger/Roggenkemper* JR 2019, 547, 552; *Höfling* JZ 1991, 955 ff. (zum Verbot prozessualer Willkür).

<sup>23</sup> *Hirsch*, Missbrauch des Revisionsverfahrens in Versicherungssachen?, in: Brömmelmeyer et al. (Hrsg.), Mindestzuführungsverordnung und Revision, S. 93, 103.

Rechtsschutzsuchenden bei ihrer Anspruchsrealisierung.<sup>24</sup> Fehlende Anreize zur Realisierung von Klein- und Kleinstschäden oder die mit einer Gruppenklage intendierte Verhaltenssteuerung kann ein zeitnahes höchstrichterliches Judikat folglich nicht kompensieren.

Berührungspunkte bestehen jedoch insoweit, als dass sowohl die Flucht aus der Revision als auch das Fehlen eines effektiven Mechanismus zur kollektiven Rechtsdurchsetzung der prozessualen Verwirklichung subjektiver Rechte entgegensteht, da von einer Anspruchsdurchsetzung angesichts veritabler Prozessrisiken ex ante Abstand genommen wird. Unter Umständen können Massenverfahren – sei es in Form einer Gruppenklage, sei es in Form einer Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Parallelverfahren<sup>25</sup> – durch eine vorrangige höchstrichterliche Entscheidung sogar entbehrlich gemacht werden, weil davon auszugehen ist, dass die betroffenen Unternehmen bei einer abschließend geklärten Rechtslage davon absehen werden, sich gegen einzelne Forderungen gerichtlich zu verteidigen und auf eine außergerichtliche Einigung mit den Geschädigten setzen werden.

In vielen Lebensbereichen sind daher nicht (nur) Mechanismen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung, sondern (auch) die schnelle höchstrichterliche Klärung ungeklärter Rechtsfragen von Bedeutung, da bei einem klarstellenden höchstrichterlichen Judikat Folgeprozesse vergleichsweise erledigt oder gar nicht erst begonnen werden. Dies gilt insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten, bei denen sich eine Vielzahl gleich gelagerter Verfahren gegen verschiedene Beklagte richtet und daher eine Kollektivklage ab initio nicht in Betracht kommt, etwa bei der 2014 einsetzenden Kündigungswelle von hochverzinslichen Bausparverträgen aufgrund der anhaltenden Niedrigzinsphase am Kapitalmarkt.<sup>26</sup> Inwieweit eine Anspruchs Bündelung am Maßstab gleichartiger Verbraucheransprüche gem. § 15 Abs. 1 VDuG-E möglich ist, muss erst die gerichtliche Praxis zeigen.<sup>27</sup> Da § 1 Abs. 1 VDuG-E den Anwendungsbereich von Abhilfe- und Musterfeststellungsklage zudem auf Ansprüche von Verbrauchern gegen Unternehmer beschränkt, werden z. B. kartellrechtliche follow-on-Klagen auch in Zukunft daran nicht partizipieren. Eine schnelle höchstrichterliche Rechtsklärung ist insoweit essenziell, da Parteien bei mehreren Geschädigten nach dem sog. *free riding problem* dazu neigen, den Ausgang des Erstverfahrens abzuwarten,<sup>28</sup> ehe sie selbst aktiv werden, dann jedoch Gefahr laufen, ihre Ansprüche aufgrund der eingetretenen Verjährung nicht mehr durchsetzen zu können.

<sup>24</sup> Oben sub § 3. II. 2. e).

<sup>25</sup> Vgl. etwa jüngst BGH PM Nr. 79/2022 v. 01.06.2022 zur Klageserie gegen ein Berliner Fernwärmeversorgungsunternehmen wegen der Unwirksamkeit von Preisänderungsklauseln.

<sup>26</sup> Dazu *Tröger/Kelm* NJW 2016, 2839 ff. und BGH NJW 2017, 1378 ff.

<sup>27</sup> § 15 Abs. 1 VDuG-E: „Die Abhilfeklage ist nur zulässig, wenn die von der Klage betroffenen Ansprüche von Verbrauchern im Wesentlichen gleichartig sind. Das ist der Fall, wenn 1. die Ansprüche auf demselben Sachverhalt oder auf einer Reihe im Wesentlichen vergleichbarer Sachverhalte beruhen und 2. für die Ansprüche die im Wesentlichen gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidungserheblich sind.“

<sup>28</sup> Näher *Hay/Rosenberg* 75 Notre Dame L. Rev. 1377, 1387 (2000).

Schließlich muss auch innerhalb von Verfahrensmodellen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung eine schnelle höchstrichterliche Klärung von Rechtsfragen forciert werden, um so einen zeitnahen Verfahrensabschluss zu erreichen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund bestehender Unsicherheiten, ob durch die Umsetzung der europäischen Verbandsklagenrichtlinie ein kohärentes System des kollektiven Rechtsschutzes (insbesondere bei grenzüberschreitenden Verfahren) erreicht werden kann,<sup>29</sup> wird die zeitnahe höchstrichterliche Entscheidung ungeklärter Rechtsfragen auch im Bereich der kollektiven Rechtsdurchsetzung von eminenter Bedeutung sein.

#### *bb) Ineffiziente Verfahrensführung*

Dieser Befund de lege lata wird durch den Umstand verstärkt, dass dem Gesetzgeber und auch der Justiz nach den Erfahrungen mit dem KapMuG<sup>30</sup> und der Musterfeststellungsklage gem. §§ 606 ff. ZPO ein durchwachsendes Zeugnis beim Umgang mit Massenverfahren auszustellen ist.<sup>31</sup> Eines der bedeutendsten KapMuG-Verfahren aus Anlass des 3. Börsenganges der Deutschen Telekom AG (2000), welches ab 2001 zu Klagen und im Jahr 2006 zur Einleitung eines Musterverfahrens vor dem OLG Frankfurt führte, wanderte jahrelang zwischen dem OLG Frankfurt und dem BGH hin und her.<sup>32</sup> Erst 16 Jahre nach Verfahrenseinleitung und 22 Jahre nach dem (behaupteten) Schadenseintritt wurde die Mehrheit der Verfahren durch Vergleich erledigt.<sup>33</sup> Ein ähnliches Verfahren in den USA wurde dagegen bereits im Jahr 2005 abgeschlossen.<sup>34</sup>

Diese Verfahrensspanne ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine nicht mehr hinnehmbare Verfahrensverzögerung, die dem aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz sowie den

<sup>29</sup> Vgl. zu einer ersten Einschätzung der RL 2020/1828 mit Vorschlägen zur Umsetzung: *Bruns*, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, S. 1 ff.; *Woopon* JZ 2021, 601 ff.

<sup>30</sup> In der Mehrheit der Verfahren wurde die Feststellungsfähigkeit der Feststellungsziele verneint, das Verfahren aus anderen Gründen für unzulässig erklärt oder es erfolgte eine Klagerücknahme nach außergerichtlichem Vergleich; näher *Möllers/Pregler* ZHR 2012, 144, 148.

<sup>31</sup> Vgl. auch aus rechtsvergleichender Perspektive *Thönissen* ZZZ 2020, 69 ff.

<sup>32</sup> Beginnend mit LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.7.2006 – 3/7 OH 1/06, über OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.5.2012 – 23 Kap 1/06, und BGH, Beschl. 21.10.2014 – XI ZB 12/12, und den erneuten Feststellungsbeschluss OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2016 – 23 Kap 1/06, zu BGH, Urt. v. 15.12.2020 – XI ZB 24/16, mit dem das Verfahren wiederum an das OLG zurückverwiesen wurde. Der erste Musterkläger ist bereits im Jahr 2016 verstorben; vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 30.11.2016 – 23 Kap 1/06, juris Rn. 406.

<sup>33</sup> <https://www.juve.de/verfahren/kapmug-verfahren-telekom-endlich-ist-ein-vergleichsvorschlag-auf-dem-tisch/> [30.08.2023]). Ein ähnliches Großverfahren bilden Schadensersatzansprüche rund um die Übernahme der Postbank durch die Deutsche Bank im Jahr 2010: Nachdem bereits im Jahr 2011 Schadensersatzklagen initiiert wurden (LG Köln, Urt. v. 29.07.2011 – 82 O 28/11, juris; OLG Köln, Urt. v. 31.10.2012 – I-13 U 166/11, juris; BGH BKR 2015, 156; OLG Köln, Urt. v. 16.12.2020 – I-13 U 166/11), wurde das Verfahren im zweiten Revisionsrechtszug (BGH BeckRS 2022, 40857) erneut an das Berufungsgericht zurückverwiesen, wobei eine alsbaldige Verfahrensbeendigung auch dreizehn Jahre nach der Übernahme nicht in Sicht ist.

<sup>34</sup> <https://securities.stanford.edu/filings-case.html?id=101658> [30.08.2023].

Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht gerecht wird und daher ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich macht. Erhebliche Verfahrensverzögerungen im Bereich der kollektiven Rechtsdurchsetzung sind dabei mehr Regel denn Ausnahme<sup>35</sup> – KapMuG-Verfahren, die innerhalb einer Dekade ihren Abschluss finden, werden schon als Erfolg gefeiert<sup>36</sup> – und dürften nicht nur dem Kläger, sondern auch dem Beklagten teuer zu stehen kommen.<sup>37</sup> Auch der Musterfeststellungsklage war ein ähnliches Schicksal beschieden.<sup>38</sup>

### cc) Beschränkte Entlastungseffekte

Bei der Diskussion um die Einführung von Verbands- und Gruppenklagen scheint schließlich ein Aspekt häufig unberücksichtigt zu bleiben: Es wird unterstellt, dass eine Verfahrensbündelung dem markrationalen Verhalten der Beteiligten entspricht. Aus Sicht der – öffentlichkeitswirksam agierenden – Klägeranwaltschaft besteht jedoch meist kein Interesse an einer Verfahrensbündelung, da aufgrund der additiven Kostenstruktur des RVG bei Parallelverfahren höhere Gebühren erzielt<sup>39</sup> und zudem ein größerer Verhandlungsdruck auf die Gegenseite ausgeübt werden kann. Auch aus Sicht der prospektiven Kläger besteht – selbst bei nur marginalen Erfolgsaussichten – oftmals kein Anreiz an einer Verfahrensbündelung, weil knapp 50 % der Bevölkerung rechtsschutzversichert<sup>40</sup> ist und damit einen Individualprozess ohne finanzielles Risiko durchführen kann, da der Rechtsschutzversicherer die Versicherungsdeckung nicht mit dem Argument fehlender Erfolgsaussichten oder wegen Mutwilligkeit (vgl. § 125 VVG, Ziff. 3.4.1. ARB 2021) verneinen kann, sofern noch keine einschlägige höchstrichterliche Entscheidung vorliegt. Die mit dem Unterliegensprinzip (§ 91 ZPO) intendierte Verfahrenssteuerung zur Verhinderung aussichtsloser Klageverfahren wird damit nicht unerheblich makuliert.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2019, 38 (zu Schadensersatzansprüchen, denen 2007 vor dem LG Frankfurt erhobene Klagen zugrunde liegen, wobei das Verfahren noch immer nicht abgeschlossen ist), BeckRS 2021, 44239 (dem ein seit 2007 vor dem OLG München anhängiges KapMuG-Verfahren zugrunde liegt) sowie NZG 2021, 377 (mit dem der BGH ein 2010/2011 initiiertes KapMuG-Verfahren an das OLG München zurückverwies).

<sup>36</sup> Vgl. OLG Stuttgart NZG 2009, 624, dem eine 2005 vor dem LG Stuttgart initiierte Klage zugrunde lag.

<sup>37</sup> Bei einer am 01.06.2002 erhobenen Klage (wie beim 3. Börsengang der Telekom, s. o. Fn. 32) über 100.000 EUR sind bis zum 01.06.2022 mehr als 107.000 EUR an Prozesszinsen angelaufen.

<sup>38</sup> Diese wurden bislang nur vereinzelt durch rechtskräftiges Musterfeststellungsurteil beendet, vgl. jüngst BGH NJW 2022, 311; NZM 2021, 463; NJW 2021, 1014. S. ferner OLG Hamburg, Urt. v. 15.06.2023 – 3 MK 1/21, juris (anhängig als BGH – VIII ZR 138/23).

<sup>39</sup> Dazu trägt auch die Gebührenlimitierung bei Verfahren nach dem VDuG-E auf 250.000 EUR bei (vgl. § 48 Abs. 1 S. 2 GKG).

<sup>40</sup> Vgl. MünchKommVVG-Obarowski § 125 VVG Rn. 10. Derzeit sind 46,3 % der Haushalte in Deutschland rechtsschutzversichert (<https://www.gdv.de/de/themen/news/versicherung-schutzversicherungs-dichte-ueber-versicherung-49418> [30.08.2023]).

<sup>41</sup> Vgl. hierzu den Beschluss I.6.3 der 93. Frühjahrskonferenz der JustizministerInnen zu Überlegungen zur Reform des anwaltlichen Gebührenrechts ([https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top\\_i.6\\_-\\_massenverfahren\\_und\\_sammelklagen.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top_i.6_-_massenverfahren_und_sammelklagen.pdf) [30.08.2023]).

Ein rational agierender Verbraucher wird unter diesen Umständen oftmals vom Anschluss an eine Abhilfeklage (§ 14 VDuG-E) absehen, bei der er nur marginalen Einfluss auf die Verfahrensführung hat, er im Rahmen eines Vergleichsschlusses möglicherweise weniger werthaltige Ansprüche quersubventioniert und bei Beteiligung eines Prozessfinanzierers zudem noch auf einen Teil seiner Forderung verzichten muss (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 3 VDuG-E). Die vorstehend beschriebene Klagewelle rund um manipulierte Abgaswerte hat vielmehr gezeigt, dass für viele Kläger ohne besondere Verfahrensanreize kein nachhaltiges Interesse am Anschluss an eine Kollektivklage besteht. Die Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO a. F.) wurde vielmehr zum Auffangvehikel für nicht rechtsschutzversicherte Kläger und Verfahren mit Kleinststreitwerten, die einen Individualprozess wirtschaftlich uninteressant machen.<sup>42</sup> Neben der komplexen und schwerfälligen Verfahrenstruktur kann dies erklären, warum die Musterfeststellungsklage nicht annähernd die gewünschte Breitenwirkung entfaltet hat: Rechnet der Gesetzgeber bei deren Einführung noch mit 450 Musterfeststellungsklagen p. a.,<sup>43</sup> sind in den vier Jahren seit Einführung weniger als 30 Klagen in toto erhoben worden.<sup>44</sup> Ob das VDuG zu einer attraktiven Alternative für – insbesondere rechtsschutzversicherte – Kläger werden wird, ist daher ungewiss.<sup>45</sup>

## 2. Die Beschränkung der *Dispositionsmaxime de lege lata*

### a) Bisherige gesetzgeberische Maßnahmen

Die derzeitige Ausgestaltung des Zivilverfahrens führt daher – nicht nur, aber im Besonderen im Bereich von der *mass litigation* – zu erheblichen Rechtsschutzdefiziten, da rechtsgrundsätzliche Fragen über Jahre hinweg nicht höchstrichterlich geklärt werden und Parteien in der Folge auf berechnete Ansprüche verzichten bzw. Klageverfahren ohne Aussicht auf Erfolg initiieren. Auch der Bundesgesetzgeber hat erkannt, dass die Ausgestaltung der Revision als reines Parteirechtsmittel mit der Rechtsfortbildungsfunktion des Höchstgerichts teilweise konfligiert, darauf mit einer punktuellen Reform der §§ 542 ff. ZPO im Jahr 2013<sup>46</sup> reagiert und die *Dispositionsmaxime* der Parteien im Revisionsverfahren eingeschränkt, womit eine partielle Entkopplung zwischen Streitentscheidung und Normbildung im Zivilprozess<sup>47</sup> einhergeht.

<sup>42</sup> Vgl. die Öffentlichen Bekanntmachungen im Klageregister (<https://www.bundesjustizamt.de> [17.06.2022]): Über die Hälfte der Verfahren betraf Klagen gegen Sparkassen aufgrund der Kündigung von hochverzinslichen Prämiensparverträgen mit Streitwerten unter 1.000 EUR.

<sup>43</sup> BT-Drs. 19/2507, S. 18.

<sup>44</sup> Vgl. die Öffentlichen Bekanntmachungen im Klageregister (o. Fn. 42).

<sup>45</sup> Der RegE (sub F.) geht von einer Entlastung um geschätzt 21.000 Individualverfahren pro Jahr aus, wobei der Ursprung dieser Schätzung unklar bleibt ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_VRUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_VRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [30.08.2023]).

<sup>46</sup> G. v. 10.10.2013, BGBl. I 3786.

<sup>47</sup> Grundsätzlich zur Diskussion über die Entkopplung von Streitentscheidung und Norm-

*aa) Anerkenntnisurteil auf Antrag des Klägers*

Gem. § 555 Abs. 3 ZPO kann ein Anerkenntnisurteil im Revisionsverfahren nur noch auf gesonderten Antrag des Klägers ergehen. Damit soll die vorstehend beschriebene Praxis unterbunden werden, bei der der Revisionsbeklagte den geltend gemachten Anspruch anerkannte, wenn sich in der mündlichen Verhandlung vor dem BGH eine Niederlage abzeichnete,<sup>48</sup> mit der Folge, dass ein gem. § 313b Abs. 1 S. 1 ZPO ohne Tatbestand und Gründe versehenes Anerkenntnisurteil erging. Die Norm schränkt damit „die Dispositionsmaxime zugunsten des öffentlichen Interesses an einer höchstrichterlichen Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen ein“, weil es der Beklagte nicht in der Hand haben soll, „ein ihm ungünstiges Grundsatzurteil durch Anerkenntnis abzuwenden.“<sup>49</sup> Vielmehr kann der Kläger darüber befinden, ob er die ihm günstigen Wirkungen eines Anerkenntnisses in Anspruch nehmen oder eine Grundsatzentscheidung herbeiführen will,<sup>50</sup> womit die Dispositionsmaxime und das öffentliche Interesse an der Klärung von Rechtsfragen mit Grundsatzbedeutung „in ein neues ausgewogenes Verhältnis“ gebracht werden sollen.<sup>51</sup>

In der Folgezeit verlagerte sich die anwaltliche Praxis darauf, dass der Revisionsbeklagte im Falle einer sich abzeichnenden Niederlage die streitgegenständliche Forderung anerkannte und vor Erlass des Revisionsurteils beglich (§ 362 BGB). Nach Erledigung in der Hauptsache ist nur noch über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden, wobei im Rahmen von § 91a ZPO allein eine summarische Rechtsprüfung erfolgt und keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung geklärt werden können.<sup>52</sup> Auch diese Praxis hat der BGH im Jahr 2019 mit dem Argument

---

bildung im Revisionsverfahren: (in der Tendenz bejahend) *Hirsch* VersR 2012, 929, 932; *ders.* NJW-Editorial, Heft 18/2012; *Bräutigam* AnwBl. 2012, 533; *Staudinger* RRA 2012, 106, 108; *Schmid* VuR 2012, 461, 462; *Fuchs* JZ 2013, 990, 993f.; *Althammer*, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 87, 101; *Heinze* RabelsZ 2016, 254, 280f. Dagegen etwa *Prütting* AnwBl. 2013, 401, 403f.; *Adolphsen*, Zivilprozessrecht, § 31, Rn. 32; *Hodžić*, Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse, S. 112; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 291 ff., 310 ff. mwN.

<sup>48</sup> Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/13948, S. 2) verfolgt dies den Zweck, den BGH „in seiner Funktion als Revisionsinstanz zu stärken, indem die Prozesspartei, die aufgrund der mündlichen Verhandlung von einer zu erwartenden nachteiligen streitigen Entscheidung des Gerichts ausgeht, diese nicht mehr einseitig verhindern kann.“ Näher *MünchKommZPO/Krüger*, § 555 Rn. 3; *Fuchs* JZ 2013, 990, 993; *Hirsch* VersR 2012, 929, 930f. (auch zum Vorgehen des BGH, im Rahmen der mündlichen Verhandlung keine Hinweise zum Ausgang des Verfahrens zu erteilen, was das Problem der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen indes nicht beseitigen kann).

<sup>49</sup> BGH NJW-RR 2021, 1505, 1506 (auch zum Zeitpunkt der Antragstellung).

<sup>50</sup> BT-Drs. 17/13948, S. 35. Die Änderung stellt damit die bis Ende 2001 in allen Instanzen geltende Rechtslage für die Revisionsinstanz wieder her (vgl. BT-Drs. aaO).

<sup>51</sup> BT-Drs. 17/13948, S. 35.

<sup>52</sup> Dazu BGH, Beschl. v. 09.03.2022 – VII ZR 100/21, juris Rn. 2. Anders dagegen z. B. die Entscheidung BFH DStRE 2006, 389ff., in welcher der BFH im Gewande der ‚hypothetischen‘ Erfolgsaussichten ein Revisionsurteil in der Sache abgab.

unterbunden, der Erfüllungseinwand der beklagten Partei unterliege gem. § 559 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht der Beurteilung des Revisionsgerichts, selbst sofern dieser unstreitig ist, da andernfalls das von § 555 ZPO geschützte Interesse des Klägers am Erlass einer Leitentscheidung unterlaufen werden würde.<sup>53</sup>

*bb) Revisionsrücknahme mit Einwilligung des Beklagten*

Korrelierend kann die Revision ohne Einwilligung des Revisionsbeklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden (§ 565 S. 2 ZPO), was dem bereits in erster Instanz geltenden Grundsatz entspricht, dass Klagerücknahme und Klageverzicht ab Beginn der mündlichen Verhandlung die Mitwirkung des Beklagten erfordern (vgl. §§ 269 Abs. 1, 306 ZPO). Damit soll die bisherige Praxis unterbunden werden, dass der Revisionsführer das Rechtsmittel kurz vor der Urteilsverkündung zurücknimmt, wenn sich im Laufe der mündlichen Verhandlung eine Niederlage abgezeichnet hat. Die Neuregelung ist dabei nach Ansicht des Gesetzgebers gerechtfertigt, weil „das öffentliche Interesse an einer Leit- und Grundsatzentscheidung“ durch das Höchstgericht „schwerer wiegt als die mit einer schrankenlosen Rücknahmemöglichkeit verbundene Entlastungswirkung für den Bundesgerichtshof.“<sup>54</sup> Sie deckt sich zudem mit einer auch im Verfassungsprozessrecht und an anderer Stelle<sup>55</sup> zu beobachtenden Tendenz, die Streitentscheidung losgelöst von einer (anhaltenden) individuellen Rechtsbetroffenheit im gesamtgesellschaftlichen Interesse zu entscheiden. Das BVerfG hat etwa in Bezug auf die Rücknahme einer Verfassungsbeschwerde angenommen, deren Funktion,

„das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen [...], stehe gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers an verfassungsgerichtlichem Individualrechtsschutz derart im Vordergrund, dass es geboten ist, im öffentlichen Interesse trotz der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde zur Sache zu entscheiden und den Ausgang des Verfahrens nicht von Verfahrenshandlungen des Beschwerdeführers abhängig zu machen [...]“<sup>56</sup>

<sup>53</sup> BGH NJW 2019, 3582, Ls. 2 und 3586f.: Denn andernfalls müsste der Kläger zur Vermeidung des sicheren Unterliegens entweder den Erlass eines Anerkenntnisurteils beantragen (§ 555 Abs. 3 ZPO) oder den Rechtsstreit für erledigt erklären, wobei sich der Beklagte der Erledigungserklärung – gegebenenfalls sogar unter ausdrücklicher Anerkennung der Kostentragepflicht – mit der Folge anschließen kann, dass kein streitiges Revisionsurteil, sondern lediglich eine Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO ergeht. Tendenziell aA dagegen noch bei BGH NJW 2017, 1471 Rn. 18 mwN, und *Hirsch* VersR 2012, 929; *Hodžić*, Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse, S. 1 f., 138.

<sup>54</sup> BT-Drs. 17/13948, S. 35 f. Damit wird letztlich der Rechtszustand in der Urfassung der ZPO (vgl. § 529 iVm § 476 Abs. 1 CPO 1877) wiederhergestellt.

<sup>55</sup> Vgl. etwa § 61 Abs. 1 S. 2 PatG, wonach ein Einspruchsverfahren auch nach Rücknahme des Einspruchs von Amts wegen ohne den Einsprechenden fortgesetzt wird. Diese Regelung reflektiert das öffentliche Interesse, welches mit dem Einspruchsverfahren verfolgt wird (näher *Mes* § 61 PatG Rn. 2).

<sup>56</sup> BVerfGE 98, 218, 243, mit Kritik bei *Bauer/Möllers* JZ 1999, 697 f. S. andererseits jedoch den restriktiven Ansatz bei EuGH BeckRS 2019, 211 Rn. 22 ff.

Mit vergleichbarer Stoßrichtung judizierte das Verfassungsgericht in seiner Wunsiedel-Entscheidung, aufgrund der Funktion der Verfassungsbeschwerde zur objektiven Wahrung und Auslegung des Verfassungsrechts könne das BVerfG auch nach Versterben des Beschwerdeführers über diese entscheiden.<sup>57</sup>

## b) Bewertung

### aa) Begrenzte Anreize im Individualprozess

Dass die Problematik der „Flucht aus der Revision“ mit diesen Maßnahmen signifikant verbessert werden könnte, wird bereits durch die Auswertung der Justizstatistiken der letzten Jahre widerlegt.<sup>58</sup> Letztlich wurde lediglich der Zeitpunkt, bis zu dem eine höchstrichterliche Entscheidung verhindert werden kann, verschoben. Vom Verbandsprozess abgesehen, wird die betroffene Partei zudem – auch wenn der Gesetzgeber dies blauäugig anzunehmen scheint<sup>59</sup> – in den seltensten Fällen so altruistisch handeln, auf einen sofort vollstreckbaren Titel in Form eines Anerkenntnisurteils oder des (aufgrund der Rechtsmittelrücknahme unmittelbar in Rechtskraft erwachsenden) Berufungsurteils im Interesse der Allgemeinheit zu verzichten,<sup>60</sup> und das Risiko eingehen, im Rahmen eines streitigen Revisionsurteils dennoch zu unterliegen. Dies gilt nicht zuletzt, weil das Verfahren insgesamt länger dauert (insbesondere bei einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht gem. § 563 Abs. 1 ZPO) und ein höheres Gesamtkostenrisiko provoziert.<sup>61</sup> Schon von Gneist konstatierte auf dem 2. Deutschen Juristentag (1861), dass der „gemeine Mann“ vor dem höchsten Gericht eben nur „sein Recht“, nicht aber „das Recht überhaupt“ zur Entscheidung bringen wolle.<sup>62</sup> Einer Partei ist daher in der Regel „nicht daran gelegen, Rechtsgeschichte zu schreiben“.<sup>63</sup>

Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich die Revisionsparteien auch weiterhin außergerichtlich auf die Erledigung des Rechtsmittels einigen können, insbesondere wenn sich der Prozessgegner durch ein großzügiges finanzielles Angebot bereit er-

<sup>57</sup> BVerfGE 124, 300, 318 f. (dazu *Hirsch* VersR 2012, 929, 932). Gleichermaßen führt die Rücknahme eines einmal initiierten Normenkontrollantrags nicht automatisch zur Einstellung des Verfahrens, vgl. BVerfGE 1, 396, 414 Rn. 65: „Ist durch einen solchen Antrag das Verfahren in Gang gesetzt, so ist es in der Tat in seinem weiteren Verlauf der Verfügung des Antragstellers entzogen, so dass für die Gestaltung und Durchführung des Verfahrens nicht die Anträge und Anregungen des Antragstellers, sondern ausschließlich Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses maßgebend sind.“

<sup>58</sup> Vgl. oben sub § 3. III. 1. a) bb).

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13948, S. 35: „[Der Kläger] wird häufig – insbesondere wenn er Gemeinwohlinteressen wahrnimmt – ein Interesse an einer Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs haben und den Antrag auf Erlass eines Anerkenntnisurteils daher nicht stellen.“

<sup>60</sup> *Fuchs* JZ 2013, 990, 993; *Klingbeil* GVZR 2019, 14, Rn. 23; *Piontek* r+s 2016, 335, 337 f. Weitergehend *Devlin* 39 M. L. R. 1, 12 (1976); *Jolowicz*, On Civil Procedure, S. 21 f.

<sup>61</sup> Folglich muss auch ein BGH-Anwalt seinem Mandanten – ungeachtet der §§ 555, 565 ZPO – zum sichersten Weg eines Prozess Erfolgs (durch Zustimmung zur Revisionsrücknahme bzw. zum Antrag auf Erlass eines Anerkenntnisurteils) raten; ähnlich *Winter* NJW 2014, 267, 269.

<sup>62</sup> Zitiert nach *Fischer*, Verhandlungen des 52. DJT, H 5, 11.

<sup>63</sup> *Piontek* r+s 2016, 335, 338; ebenso *Fuchs*, JZ 2013, 990, 993.

klärt, der Gegenseite das Rechtsmittel ‚abzukaufen‘. Auch die Revisionsrücknahme vor Beginn der mündlichen Verhandlung (vgl. § 565 S. 2 ZPO) bleibt weiter möglich.<sup>64</sup> Verfügen die Verfahrensbeteiligten über ausreichende finanzielle Mittel, lässt sich eine höchstrichterliche Entscheidung im Individualprozess noch immer häufig verhindern, wobei die §§ 555, 565 ZPO lediglich die Kosten für ein negatives Präjudiz in die Höhe treiben.<sup>65</sup>

#### bb) Verfahrensverzögerung

Die Beschränkung der Dispositionsmaxime im Revisionsrechtszug kann schließlich die durch eine zeitlich verzögerte Befassung des BGH eintretenden Nachteile nicht adressieren. Ein großer Teil der Revisionsverfahren benötigt wenigstens ein bis zwei Jahre bis zum Verfahrensabschluss und ein nicht unbedeutender Anteil ist auch innerhalb von 24 Monaten nach Verfahrenseinleitung noch nicht entschieden (Abb. 23).

Geschäftsjahr	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022
Entscheidungsdauer bei einer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision (ab Verfahrenseingang): <sup>66</sup>							
Bis 6 Monate	3,8%	4,2%	5,5%	1,5%	2,2%	4,0%	4,7%
6–12 Monate	39,0%	46,3%	53,1%	38,0%	39,2%	36,4%	37,8%
13–24 Monate	38,4%	38,5%	32,3%	49,9%	47,9%	44,9%	49,1%
Über 24 Monate	18,6%	11,1%	8,5%	10,6%	10,7%	14,6%	8,5%

Abb. 23: Entscheidungsdauer bei einer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Bedenkt man zudem, dass ein Verfahren bis zum Abschluss des Berufungsrechtszugs in der Regel schon über 2,5 Jahre andauert<sup>67</sup> und das Revisionsurteil noch veröffentlicht und bekannt gemacht werden muss, ist es keine Seltenheit, dass eine grundsätzliche Rechtsfrage erst nach fünf oder mehr Jahren ab Verfahrenseingang für die Allgemeinheit höchstrichterlich geklärt ist,<sup>68</sup> wobei sich der BGH damit

<sup>64</sup> Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass der Revisionskläger erst in der mündlichen Verhandlung um den Erfolg seines Rechtsmittels Bescheid weiß (vgl. BT-Drucks. 17/13948, S. 35), wohingegen die Parteien uU durch gerichtliche Hinweise schon vor der mündlichen Verhandlung Entscheidungstendenzen erkennen können (vgl. *Seiffert* r+s 2010, 177, 178; *Fuchs* JZ 2013, 990, 993; *Heinze* RabelsZ 2016, 254, 280; *Piontek* r+s 2016, 335, 337).

<sup>65</sup> Ähnlich *Gsell*, Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess, S. 4 (im Anhang zu BT-Drs. 19/14027).

<sup>66</sup> Hierbei sind rundungsbedingte Abweichungen zu beachten.

<sup>67</sup> Nach der Justizstatistik 2022 gelangte eine vor dem LG anhängig gemachte Zivilsache nach durchschnittlich 14,6 Monaten in die Berufungsinstanz; ab Eingang in der ersten Instanz bis zum Abschluss des Berufungsrechtszugs dauerte es in der Regel 30,4 Monate (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistischer Bericht – Zivilgerichte – 2022, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-zivilgerichte-2100210227005.html> (30.08.2023) – jeweils für eine Erledigung durch streitiges Urteil).

<sup>68</sup> Etwas schneller erreichen amtsgerichtliche Verfahren den BGH: durchschnittliche Dauer des amtsgerichtlichen Verfahrens: 9,0 Monate; durchschnittliche Gesamtdauer bis zum Abschluss

rechtsvergleichend im Mittelfeld bewegt.<sup>69</sup> Gerade bei Massenverfahren kann dies zur Folge haben, dass sich mitunter hunderte oder tausende Einzelentscheidungen mit divergierender Begründung und Ergebnis in den unteren Instanzen ansammeln, ehe eine höchstrichterliche Entscheidung Klärung herbeiführen kann. Potenziell Anspruchsberechtigte sehen dabei angesichts einer unklaren Rechtslage und veritabler Prozessrisiken von der Geltendmachung ihrer Ansprüche bis zum Eintritt der Verjährung ab, was häufig hinter der unternehmensseitigen Strategie zur Verhinderung höchstrichterlicher Entscheidungen steht. Insoweit gilt: Justice delayed is justice denied.

### 3. Kompensationsmittel des Revisionsgerichts *praeter legem*

Da die Lösungsmechanismen *de lege lata* die aufgezeigte Problematik noch immer nur ungenügend adressieren, sah sich der BGH in jüngerer Zeit bei einer Reihe von Entscheidungen zum Handeln verpflichtet.

#### a) Veröffentlichung von (internen) Hinweisbeschlüssen

Teilweise ist zu beobachten, dass der prozesstaktischen Verhinderung eines Grundsatzurteils durch die Veröffentlichung umfangreicher Hinweisbeschlüsse<sup>70</sup> entgegengewirkt wird, in denen der erkennende Senat zu den maßgeblichen Fragen des Rechtsstreits Stellung nimmt und die (vorläufige) Rechtsauffassung des Senats publik macht. Diese Veröffentlichungspraxis scheint sich inzwischen sowohl auf Ebene des Revisionsgerichts<sup>71</sup> als auch bei den Berufungsgerichten<sup>72</sup> etabliert zu haben. Ein ähnlich ‚unförmliches‘ Kommunikationsmittel kommt in der Praxis verschiedener BGH-Senate zum Ausdruck, bereits in Rahmen umfang-

---

des Berufungsverfahrens: 25,8 Monate (näher Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistischer Bericht – Zivilgerichte – 2022 [o. Fn. 67] – jeweils für eine Erledigung durch streitiges Urteil).

<sup>69</sup> Zum Vergleich: Die Cour de Cassation entscheidet nach durchschnittlich 429 Tagen über das Rechtsmittel (dazu schon sub § 9.V.). Am UK Supreme Court ergeht regelmäßig innerhalb von acht Wochen eine Entscheidung über die Zulassung, in besonderen Fällen kann der Rechtsmittelführer die Durchführung eines fast track-Verfahrens beantragen (näher *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18.033). Nach der Zulassung erfolgt innerhalb von neun Monaten die mündliche Verhandlung (vgl. The Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council Annual Report and Accounts 2021–2022, S. 97 [<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2021-2022.pdf>, 30.08.2023]). Auch am US Supreme Court ergeht eine Entscheidung über die *petition for writ of certiorari* meist innerhalb von sechs Wochen, wohingegen die Gesamtdauer stark variieren kann (<https://www.supremecourt.gov/publicinfo/reportersguide.pdf> [30.08.2023]).

<sup>70</sup> BGH NJW 2019, 1133; s. zuvor schon BGH NJW 2017, 1819; OLG Köln BeckRS 2018, 24255 sowie *Huff* DRiZ 2008, 239.

<sup>71</sup> Vgl. jüngst BGH BeckRS 2020, 13360; NZM 2021, 933; Beschl. v. 18.11.2021 – I ZR 205/20, juris.

<sup>72</sup> OLG Karlsruhe ZIP 2019, 863; BeckRS 2019, 18710; BeckRS 2019, 28021; OLG Oldenburg MDR 2019, 548; vgl. aber auch OLG München, Verfügung v. 29.01.2019 – 8 U 3066/18, juris; Beschl. v. 29.02.2019 – 8 U 3066/18, juris (alle nachgewiesen bei *Voß* JZ 2020, 286, 287).

reich begründeter und publizierter Terminhinweise ihre Rechtsauffassung kundzutun.<sup>73</sup>

Trotz partieller Einwände aus der Rechtswissenschaft kommt dem Revisionsgericht dabei auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung eine Befugnis zur Veröffentlichung vorläufiger Rechtsauffassungen zu,<sup>74</sup> obschon einem Hinweisbeschluss, der im Vorgriff auf eine mündliche Verhandlung erfolgt, nicht die gleiche Richtigkeitsgewähr wie einer die Instanz abschließenden Entscheidung inhärent ist.<sup>75</sup> Daher entspricht es schon feststehender Praxis, dass der BGH Hinweisbeschlüsse gem. § 552a S. 2 i. V. m. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO bzw. das Berufungsgericht gem. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO veröffentlicht, obwohl es sich nicht um die verfahrensbedeutende Entscheidung handelt (vgl. § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO). Eine Pflicht zur Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen<sup>76</sup> geht damit jedoch nicht einher. Andernfalls würde das Verfahrensermessen des Revisionsgerichts in einem zu frühen Stadium eingeschränkt, was zur Folge hätte, dass der Senat von seiner vorläufigen Rechtsauffassung faktisch<sup>77</sup> nicht mehr abweichen könnte, selbst wenn er dieser aufgrund neuer Erkenntnisse in der mündlichen Verhandlung doch nicht folgen möchte.

Rechtspolitisch erscheint die frühe Veröffentlichung gerichtlicher Hinweisbeschlüsse dabei durchaus begrüßenswert, da sie dazu beitragen können, die divergierende Instanzrechtsprechung frühzeitig zu vereinheitlichen und zu verhindern, dass Parallelverfahren den Instanzenzug durchlaufen müssen.<sup>78</sup> Folglich steht die Publikation von Hinweisbeschlüssen auch im Einklang mit den Revisionszwecken: Diese dienen der Rechtsklärung im Allgemeininteresse und schaden der betroffenen Partei nicht, weil der Hinweis auch im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gerichtsöffentlich hätte erteilt werden können, wodurch die Fachöffentlichkeit ebenfalls von der vorläufigen Rechtsauffassung Kenntnis erlangt hätte.<sup>79</sup> Aufgrund der Vorläufigkeit der im Hinweisbeschluss artikulierten Rechtsauffassung und vor dem Hintergrund, dass dieser in den unteren Instanzen meist wie ein rechtskräftiges Urteil rezipiert wird,<sup>80</sup> bietet sich die Veröffentlichung eines Hinweisbeschlusses

<sup>73</sup> Näher *Klingbeil* GVRZ 2019, 14 Rn. 12.

<sup>74</sup> Wie hier *Laukemann* ZZZP 2021, 67, 70; kritisch dagegen *Voß* JZ 2020, 286 ff.; s. ferner *Kehrberger/Roggenkemper* JR 2019, 547, 553.

<sup>75</sup> *Voß* JZ 2020, 286, 291.

<sup>76</sup> In diese Richtung wohl aber *Heese* JZ 2019, 429, 438, 440; *ders.* NVZ 2019, 273, 275; umfassend zur Veröffentlichungspflicht revisionsgerichtlicher Entscheidungen sub § 7.III. 1.

<sup>77</sup> An gerichtsinterne Hinweisbeschlüsse ist das Gericht nicht gebunden (*Musiak/Voit-Stadler* § 139 Rn. 16; BGH NJW-RR 1994, 566; NJW 2014, 2796).

<sup>78</sup> So auch *Gsell* EWiR 2019, 429, 430; *Staudinger/Ruks* NJW 2019, 1179, 1182; *Laukemann* ZZZP 2021, 67 ff.

<sup>79</sup> *Riedel* NJW-editorial 13/2019; *Kehrberger/Roggenkemper* JR 2019, 547, 553.

<sup>80</sup> Vgl. nur OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 869, Ls. 1, 2, 3 und 4 („Anschluss“ an die BGH-Entscheidung); umfassend dazu *Voß* JZ 2020, 286, 292 mwN. Dass aufgrund einer zu ausufernden Hinweispraxis in Form eines „General-Obiter“, welches keinen Bezug zum konkreten Streitfall aufweist, auch die Gefahr provoziert wird, das Gericht überschreite sein richterliches Mandat, scheint sich bislang dagegen nicht abzuzeichnen (kritisch aber *Voß* aaO, 292 f. mwN; anders *Diehl* ZfS 2019, 321, 327). S. ferner *Fischer*, Das obiter dictum – aus revisionsrichterlicher Sicht, in:

ses indes nur dann an, wenn sich das Revisionsgericht sicher ist, dass die vorläufige Rechtsauffassung auch seine endgültige sein wird. Dies erscheint als Notlösung in Einzelfällen gerechtfertigt, sofern die strukturelle und systematische Verhinderung von Grundsatzentscheidungen im Raum steht. Als nachhaltiges Substitut für Revisionsurteile können Hinweisbeschlüsse dagegen nicht fungieren, weil dies die derzeitige Ausgestaltung des Revisionsverfahrens und den Stellenwert der mündlichen Revisionsverhandlung makulieren würde.

#### b) Veröffentlichung interner Voten als Fachbeiträge

Kein gangbarer Weg scheint dagegen die Veröffentlichung von Urteilsvoten ‚über Bande‘ zu sein. Diese Vorgehensweise konnte etwa in einer gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit beobachtet werden, in der das Bankhaus seine Revision kurz vor Erlass des Revisionsurteils zurückgenommen hatte. Im Besprechungsaufsatz eines wissenschaftlichen Mitarbeiters am BGH<sup>81</sup> wurde jedoch nicht nur über das vorinstanzliche Berufungsurteil referiert, sondern verdeutlicht, wie der Revisionssenat selbst in der Sache entschieden hätte. In einem ähnlich gelagerten Fall hielt ein BGH-Richter einen Vortrag auf einer juristischen Fachtagung und nahm dabei auch zu Fragen Stellung, die der BGH in einem Urteil nicht mehr beantworten konnte, weil der Anspruch vom Revisionsbeklagten vor Urteilserlass anerkannt wurde; die wesentlichen Erwägungen dieses ‚Schubladenurteils‘ wurden zudem in einer Fachzeitschrift veröffentlicht.<sup>82</sup>

Ein solches Vorgehen provoziert in zweifacher Hinsicht Bedenken. Nimmt ein Revisionsrichter in einer öffentlichkeitswirksamen Funktion und in Bezug auf ein bestimmtes Verfahren einen Rechtsstandpunkt ein, bewegt sich diese Meinungsäußerung in einem Graubereich zwischen privater und richterlicher Tätigkeit, welche mit Blick auf die richterliche Unbefangenheit (§ 42 Abs. 1 ZPO) und Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) sowie das Ansehen des Höchstgerichts vermieden werden sollte. Zudem kommt der privat geäußerten Rechtsansicht eines Mitglieds des Spruchkörpers oder wissenschaftlichen Mitarbeiters keine juristische Authentizität als Rechtserkenntnisquelle zu, die geeignet wäre, die in Streit stehende Rechtsfrage abschließend zu entscheiden.

#### c) Hinweise im Instanzenzug

Ferner forcieren die Zivilsenate des BGH verschiedene Möglichkeiten, um den Instanzgerichten frühzeitig Hinweise zum Umgang mit ungeklärten Rechtsfragen zu geben.

---

Lutter/Simpel/Fischer (Hrsg.), Gesammelte Schriften, S. 79, 91, wonach die Ausführlichkeit im pflichtgemäßen Ermessen des Revisionsrichters liegen sollte.

<sup>81</sup> Henning WM 2012, 153 ff. zu BGH, Verlustigkeitsbeschl. v. 13.12.2011 – XI ZR 270/10; s. ferner die parallele Herangehensweise bei Schmieder WM 2012, 2358 (zu OLG Dresden WM 2012, 2320) sowie Gross FS Bornkamm, S. 1035, 1043; Heinze RabelsZ 2016, 254, 287 (Fn. 109).

<sup>82</sup> Vgl. Felsch r+s 2014, 313, 323 ff.; die Vorinstanz war OLG Celle VersR 2013, 57. Der Vortrag hatte insoweit die Wirkung einer Leitentscheidung für die Instanzgerichte, vgl. Piontek r+s 2016, 335, 338.

aa) *Zurückverweisungsbeschlüsse gem. § 544 Abs. 9 ZPO*

§ 544 Abs. 9 ZPO<sup>83</sup> ermöglicht es dem Revisionsgericht, ein mit der Nichtzulassungsbeschwerde angefochtenes Berufungsurteil bei einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG aufzuheben und den Rechtsstreit unmittelbar zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den Vorderrichter zurückzuverweisen, ohne dass eine mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht erfolgt. Der Aufhebungsbeschluss enthält die maßgeblichen Gründe, welche eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör begründen. In jüngerer Zeit ist jedoch vermehrt zu beobachten, dass der BGH die Entscheidung auch als Vehikel zur Mitteilung weiterer rechtlicher Erwägungen heranzieht. Nachdem im Zusammenhang mit der deliktischen Haftung eines Automobilherstellers beim Einsatz eines sog. Thermofensters mehrere klagende Autokäufer ihre Revision jeweils kurzfristig (aufgrund einer außergerichtlichen Einigung mit der Gegenseite) zurückgenommen hatten,<sup>84</sup> veröffentlichte der VI. Zivilsenat z. B. einen Aufhebungsbeschluss gem. § 544 Abs. 9 ZPO, in dem er die grundsätzlichen Maßstäbe zur Zulässigkeit der verwendeten Technik und zu einer Haftung gem. § 826 BGB erläuterte.<sup>85</sup> *Lege artis* hätte der Senat dagegen das Revisionsverfahren fortführen (§ 544 Abs. 8 S. 1 ZPO) und einen Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmen müssen, sah davon jedoch aufgrund des prozesstaktischen Verhaltens des beklagten Unternehmens ab, um den Überraschungseffekt des schriftlichen Verfahrens zu nutzen.

bb) *Obiter dicta und ‚Segelanweisungen‘*

Auch die Kommunikation durch nicht tragende Erwägungen des Revisionsgerichts (*Obiter dicta*<sup>86</sup>) ist in der Praxis von immer größerer Bedeutung, sofern das Revisionsgericht Entscheidungen zu einer bestimmten Rechtsfrage nicht mehr erreichen und so keine Möglichkeit besteht, eine bestehende Rechtsprechungslinie abzuändern oder zu präzisieren. Die Grundsatzentscheidung des BGH zur Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins beruhte etwa auf einem *Obiter dictum*, weil diese Frage in dem zu entscheidenden Verfahren nicht entscheidungserheblich war.<sup>87</sup> *Obiter dicta* ausgesprochene Rechtsauffassungen nehmen zudem vermehrt die Funktion ein, eine Rechtsprechungsänderung pro futuro anzukündigen (*Ankündigungsrechtsprechung* bzw. *prospective overruling*), indem die Anwaltschaft und die Instanzgerichtsbarkeit darüber informiert werden, dass der BGH in einem

<sup>83</sup> Dazu noch ausführlich sub § 13. II. 3.

<sup>84</sup> Vgl. BGH PM Nr. 156/2020 v. 09.12.2020 und PM Nr. 43/2021 v. 25.02.2021.

<sup>85</sup> BGH NJW 2021, 921.

<sup>86</sup> Umfassend zum Themenkreis Köbl JZ 1976, 752 ff.; Schlüter, Das *Obiter Dictum*, S. 1 ff.; speziell aus revisionsrichterlicher Perspektive: Fischer, Das *obiter dictum* – aus revisionsrichterlicher Sicht, in: Lutter/Simpel/Fischer (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, S. 79 ff.

<sup>87</sup> BGH NZG 2007, 826; auch Schuschke NZM 2007, 870. Damit erlässt der BGH letztlich ein *edictum perpetuum*: Auch im römischen Formularprozess gab der Prätor zu Beginn seiner Amtszeit bekannt, wie *actiones* und *exceptiones* während seiner Amtszeit gehandhabt würden, mithin wie er Entscheidungen in Zukunft treffen werde (Einzelheiten bei Waldstein/Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, § 22 Rn. 24 ff.).

vergleichbaren Fall die Revision zulassen würde.<sup>88</sup> Große Relevanz haben Obiter dicta schließlich für Folgeprozesse, weil der BGH dazu neigt, eine zwar nicht entscheidungserhebliche, aber sich bereits abzeichnende Folgefrage in Ansätzen zu adressieren, um den Instanzgerichten damit den Weg der Entscheidungsfindung vorzuzeichnen. Es handelt sich somit um in die Zukunft gerichtete Zusatzerwägungen des Gerichts, um einer (erfolgreichen) Revision bzw. Nichtzulassungsbeschwerde präsumtiv entgegenzuwirken.<sup>89</sup>

In vergleichbarer Weise fungieren sog. Segelanweisungen.<sup>90</sup> Ist die Revision erfolgreich, wird das Berufungsurteil aufgehoben und – sofern keine Entscheidungsreife gegeben ist – die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Um einem erneuten Revisionsverfahren vorzubeugen, erteilt das Revisionsgericht im Zuge der Zurückverweisung Hinweise über den Ablauf des weiteren Verfahrens. Dabei kann es sich um prozessuale Hinweise an das Berufungsgericht hinsichtlich des Fortgangs,<sup>91</sup> aber auch um die (umfassende) präsumtive Beantwortung von Rechtsfolgefragen<sup>92</sup> handeln. Teilweise übersteigt der Umfang der obiter dictu geäußerten Rechtsausführungen die eigentliche Revisionsentscheidung,<sup>93</sup> wobei extensive Segelanweisungen besonders in Fällen beobachtet werden können, in denen bereits ein zweites Revisionsverfahren durchlaufen wurde.<sup>94</sup>

Obiter dictu geäußerte Rechtsansichten können jedoch nur in einem sehr eingeschränkten Umfang zur Beantwortung von Grundsatzfragen herangezogen werden, da diese – innerhalb des verfassungsrechtlich zulässigen Rahmens<sup>95</sup> – ohnehin nur bei einem engen Kreis von Rechtsfragen offenstehen und nicht zu einer höchstrichterlich abschließenden Entscheidung führen.<sup>96</sup> Zudem sollte das Revisionsgericht von dieser Möglichkeit auch nur zurückhaltend Gebrauch machen, weil die Prozessparteien meist keine Gelegenheit hatten, zu den in einem Obiter dictum entschiedenen Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

---

<sup>88</sup> Kritisch hierzu *Meier* JuS 2020, 636 f.; umfassend zum *prospective overruling* in seinen verschiedenen Ausprägungsformen *Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, S. 83 mwN; *Bittner* JZ 2013, 645 ff. mwN.

<sup>89</sup> Ein aktuelles Beispiel bildet BGH NJW 2022, 1746 Rn. 18, zur Wirksamkeit des Widerrufs einer auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung. Der BGH wies die Revision des Klägers zurück, machte jedoch „vorsorglich“ und „für ein weiteres Folgeverfahren“ Ausführungen zu weitergehenden Rechtsfragen, die nicht entscheidungserheblich waren.

<sup>90</sup> S. hierzu *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 180 ff.

<sup>91</sup> Z. B. BGH NJW 2020, 1430 ff.

<sup>92</sup> Z. B. BGH NJW 2022, 935 ff.

<sup>93</sup> Z. B. BGH GRUR 2021, 758 ff.

<sup>94</sup> Vgl. z. B. BGH BeckRS 2022, 40857 Rn. 144 ff.

<sup>95</sup> Wollte das Revisionsgericht sua sponte über eine neue und mit dem Verfahren nicht im Zusammenhang stehende Rechtsfrage entscheiden, würde es die der Judikative von Verfassungen wegen zugewiesene Befugnis überschreiten und gegen den grundgesetzlichen Gewaltenteilungsgrundsatz verstoßen; vgl. dazu und insgesamt zur Zulässigkeit von Hilferwägungen *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 28 ff. mwN.

<sup>96</sup> Dementsprechend ist auch der Revisionszulassungsgrund der Divergenz im Falle eines Obiter dictum nicht gegeben, vgl. schon sub § 4. I. 3. a).

#### 4. Urteilsbegründung trotz vorzeitiger Verfahrensbeendigung?

##### a) Grundsatz

Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur sprechen sich daher dafür aus, der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen im Revisionsverfahren durch den Erlass von begründeten Anerkenntnis-, Verzichts- und Versäumnisurteilen entgegenzuwirken.<sup>97</sup> Die Parteien könnten insoweit weiterhin frei über die Beendigung des Revisionsverfahrens disponieren, während das Revisionsgericht in dem – idealiter rechtlich bereits aufbereiteten – Verfahren eine Sachentscheidung treffen kann.<sup>98</sup> § 313b Abs. 1 ZPO stellt dabei die Entscheidung, ob das Revisionsgericht in abgekürzter Form entscheidet, in das pflichtgemäße Ermessen des Spruchkörpers;<sup>99</sup> soll das Urteil im Ausland geltend gemacht werden, haben die Parteien sogar einen Anspruch auf Abfassung eines begründeten Versäumnis-, Anerkenntnis- oder Verzichtsurteils (§ 313b Abs. 3 i. V. m. § 30 AVAG).

Sofern die Revision begründet ist und das Urteil inhaltlich ebenso ergangen wäre, wenn die jeweilige Partei nicht säumig gewesen wäre, entspricht es bereits der ständigen Praxis des BGH, ein (je nach Fallgestaltung: echtes oder unechtes) begründetes Versäumnisurteil zu erlassen.<sup>100</sup> Über § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt nur das tatsächliche Vorbringen des Beklagten als zugestanden; die rechtliche Bewertung der tatsächlichen Feststellungen steht der Säumnis nicht offen.<sup>101</sup> Die Grundsatzentscheidung zur Außenrechtsfähigkeit der GbR (ARGE Weißes Ross)<sup>102</sup> erging etwa im Rahmen einer begründeten (und nicht rechtskräftigen) Versäumnisentscheidung, welche nach Einspruch und Erledigung fortfiel.<sup>103</sup> Folglich stellt die

<sup>97</sup> Dafür z. B. *Hirsch* VersR 2012, 929, 931 f.

<sup>98</sup> In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag der derzeitigen Präsidentin des BGH, *Bettina Limperg*, wonach Qualifizierte Einrichtungen dem Revisionsverfahren auf Seiten eines Verbrauchers beitreten und dieses im Falle einer Rechtsmittelrücknahme als Musterverfahren fortführen können (vgl. Tätigkeitsbericht des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2020, Vorwort). Nach *Limpergs* Vorschlag sollen die Qualifizierten Einrichtungen zudem die Möglichkeit haben, „rechtliche Vorfragen für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs oder Rechtsverhältnisses, das Gegenstand des Revisionsantrags ist,“ klären zu lassen.

<sup>99</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2004, 651; MünchKommZPO/*Musielak* § 313b Rn. 4.

<sup>100</sup> Vgl. BGHZ 37, 79, 81 (zur Säumnis des Revisionsbeklagten); BGH NJW 1993, 1788; NJW 1999, 647. Auch bei der Säumnis des Revisionsklägers entspricht ein begründetes Urteil der ständigen Praxis des BGH, vgl. BT-Drs. 17/13948, S. 36, sowie BeckOK ZPO/*Kessal-Wulf*, § 555 Rn. 10.

<sup>101</sup> Vgl. BGH NJW 1960, 1149 („Das vorliegende Urteil wäre vielmehr nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand inhaltlich ebenso ergangen, wenn der Bekl. nicht säumig gewesen wäre, sondern eine zweiseitige streitige Verhandlung stattgefunden hätte. Das steht jedoch der Bejahung eines Versäumnisurteils nicht entgegen. Denn das Versäumnisurteil setzt begrifflich zwar voraus, dass es gegen die säumige Partei ergeht, aber nicht auch, dass es inhaltlich auf einer Säumnisfolge beruht [...].“); weiterführend *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 249 f. mwN.

<sup>102</sup> BGHZ 146, 341. S. ferner BGH, Urt. v. 11.07.2023 – II ZR 116/21, juris [vorgesehen für BGHZ], mit der eine seit 70 Jahren bestehende Rechtsprechung zum Gesellschafterausschluss in der GmbH (BGHZ 9, 157, 174) aufgegeben wurde.

<sup>103</sup> Kritisch hierzu bereits *Jauernig/Stürmer* § 705 BGB Rn. 1 mwN; *Jauernig* NJW 2001, 2231; *Schuschke* NZM 2007, 870 ff.

Säumnis des Revisionsbeklagten kein taugliches Mittel zur Verhinderung einer höchstrichterlichen Entscheidung dar, weil ein Versäumnisurteil gegen den Rechtsmittelbeklagten einen zulässigen und begründeten Rechtsmittelantrag und damit eine gerichtliche Sachentscheidung voraussetzt (vgl. § 331 Abs. 2 ZPO).<sup>104</sup>

*b) Erweiterung bei Anerkenntnis, Verzicht und Erledigung?*

Legt man diese Rechtsprechung des BGH zugrunde, wonach ein Versäumnisurteil nicht notwendigerweise auf den Säumnisfolgen gegenüber der betroffenen Partei beruhen muss,<sup>105</sup> wäre auch gegen begründete Anerkenntnis-<sup>106</sup> und Verzichtsurteile nichts zu erinnern, weil sich die Urteilswirkungen nicht notwendigerweise auf dem Anerkenntnis oder Verzicht der betroffenen Partei gründen müssen, sofern der Urteilstenor bei einer streitigen Entscheidung gleich ausfällt. Zwar folgen die Urteilswirkungen bei einem Anerkenntnis- und Verzichtsurteil – im Gegensatz zu einer Säumnisentscheidung – unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. §§ 306 f. ZPO). Da § 313b Abs. 1 ZPO die Entscheidung über die Urteilsbegründung jedoch ausdrücklich in das pflichtgemäße Ermessen des erkennenden Gerichts stellt, bewegt sich auch der Erlass einer begründeten Sachentscheidung noch im Rahmen des richterlichen Mandats, wenn nach Durchführung des Revisionsverfahrens eine identische Entscheidung ergangen wäre. Dem entspricht es, dass der BGH in einem aktuellen Judikat entschieden hat, gem. § 555 Abs. 3 ZPO analog ergehe ein Verzichtsurteil in der Revisionsinstanz nur auf gesonderten Antrag des Beklagten.<sup>107</sup>

Ebenso könnte das Revisionsgericht – wie es bereits vom BFH praktiziert wird<sup>108</sup> – de lege lata davon Gebrauch machen, im Rahmen eines Beschlusses gem. § 91a ZPO rechtsgrundsätzliche Fragen zu entscheiden. Nach Ansicht des BGH ist indes nur „der mutmaßliche Ausgang des Revisionsverfahrens und dessen Auswirkung auf die Kostenentscheidungen der Vorinstanzen festzustellen“, wobei es nicht Zweck einer Erledigungsentscheidung sei, „Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden, soweit es um Fragen des materiellen Rechts geht“.<sup>109</sup> Mit Blick auf die vorstehend dargelegten Strukturdefizite des Revisionsverfahrens erscheint es jedoch durchaus bedenkenswert, auch auf diese Weise eine frühzeitige Rechtsklärung herbeizuführen, insbesondere wenn der Sachverhalt zwischen den Parteien unstrittig ist bzw. keine durchgreifende Verfahrensrüge gegen die vorinstanzlichen Feststellungen erhoben wurde. Der Unterschied zu einem begründeten, d. h. nicht auf der Säumnis der betroffenen Partei beruhenden Versäumnisurteil ist dabei allenfalls ein gradueller.

<sup>104</sup> Näher mit Einzelheiten *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 250.

<sup>105</sup> BGHZ 37, 79, 81 ff.; BGH NJW 1960, 1149.

<sup>106</sup> Zu den Einschränkungen gem. § 555 Abs. 3 ZPO s. bereits sub § 13. I. 2. a) aa).

<sup>107</sup> BGH ZUM 2023, 761 Rn. 5; Stein/Jonas-Althammer § 306 Rn. 21 mwN; MünchKommZPO/Musielak § 306 Rn. 7; offen noch BGH GRUR 2022, 511 Rn. 24.

<sup>108</sup> BFH DStRE 2006, 389 ff. mwN.

<sup>109</sup> BGH, Beschl. v. 09.03.2022 – VII ZR 100/21, juris Rn. 2.

c) *Erweiterung bei Rechtsmittelrücknahme?*

Einer Rechtsmittelrücknahme kann damit indes noch nicht begegnet werden, weil in diesem Fall die Rechtshängigkeit endet und dem Revisionsgericht die Entscheidungsgrundlage generell entzogen wird. Es erhebt sich daher die Frage, ob das Revisionsgericht auch im Falle einer Revisionsrücknahme durch einen begründeten Verlustigkeitsbeschluss (§ 565 S. 1 i. V. m. § 516 Abs. 3 S. 2 ZPO) entscheiden kann, wenn der Rechtsmittelführer die Revision vor Urteilerlass zurücknimmt. Diese Vorgehensweise konnte in einem Verfahren beobachtet werden, in dem der Kläger seine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen hatte, obwohl der BGH bereits einen entsprechenden Zurückweisungsbeschluss gefasst hatte, der die bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung erweiterte und präzierte. Der Senat entschied dennoch nicht durch begründungslosen Verlustigkeitsbeschluss, sondern veröffentlichte den (internen) Zurückweisungsbeschluss.<sup>110</sup> Ob dem Revisionsgericht diese Befugnis de lege lata bereits zukommt, erscheint indes fraglich, da Verlustigkeitsbeschlüsse gem. § 565 S. 1 i. V. m. § 516 Abs. 3 S. 2 ZPO von Amts wegen ergehen und nur deklaratorische Wirkung haben, weil sich die Rechtsfolgen einer Rücknahme ex lege ergeben (vgl. § 565 S. 1 i. V. m. § 516 Abs. 1 ZPO).<sup>111</sup>

aa) *Sicherung der Revisionszwecke*

De lege ferenda erscheint eine von der Parteidisposition entkoppelte, revisionsgerichtliche Entscheidungsmacht jedoch vor dem Hintergrund legitim, dass der BGH nur so seiner Rechtsfortbildungsfunktion als Normbildungsinstanz umfassend nachkommen kann, das Verfahren auf die Erreichung der Revisionszwecke im öffentlichen Interesse beschränkt ist und die Dispositionsmöglichkeiten der Parteien erhalten bleiben, weil diesen keine Entscheidung über den Rechtsstreit aufgenötigt wird, die diese nicht mehr wollen.<sup>112</sup> Dabei sollte die Entscheidung, wann eine Rechtsfrage trotz Verfahrensbeendigung ergehen kann, im pflichtgemäßen Ermessen des Revisionsgerichts liegen und insbesondere dann angezeigt sein, wenn eine systematische Verhinderung von Grundsatzentscheidungen im Raume steht, obwohl der Prozessstoff durch die Parteien bereits umfassend aufgearbeitet wurde.

Durch diese Vorgehensweise würde das Revisionsgericht auch davon entlastet werden, vorab keine Hinweise in der mündlichen Verhandlung mehr erteilen zu können und auf die Kommunikation mit den Verfahrensbeteiligten in Form eines

<sup>110</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 3239 Rn. 2 ff. Auch *Hergenröder* (Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 251; *ders.* FS Stahlhacke, S. 157, 167) favorisiert eine begründete Revisionsentscheidung im Falle einer Rechtsmittelrücknahme.

<sup>111</sup> Näher BeckOK ZPO/Wulf § 516 Rn. 17.

<sup>112</sup> Der Deutsche Richterbund (Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren – Vorschläge zur besseren Bewältigung von Massenverfahren durch die Justiz, S. 18f. [<https://www.drj.de/newsroom/presse-mediencenter/nachrichten-auf-einen-blick/nachricht/news/drj-fordert-gesetzes-aenderungen-fuer-massenverfahren>, 30.08.2023]) setzt sich – in Anlehnung an BVerfGE 127, 293, 319; 133, 241, 259 – ebenfalls für eine derartige Entscheidungsmöglichkeit des Revisionsgerichts bei Vorliegen eines „objektiven Klarstellungsinteresses“ ein.

offenen Rechtsgesprächs<sup>113</sup> zu verzichten,<sup>114</sup> weil damit gerechnet werden muss, dass der Rechtsmittelführer das Rechtsmittel ansonsten zurücknimmt oder sich mit der Gegenseite außergerichtlich einigt. Ein solches Schweigen lässt den Sinn und Zweck der mündlichen Verhandlung als Rechtsgespräch zur Makulatur verkommen<sup>115</sup> und erscheint auch vor dem Hintergrund von § 139 ZPO bedenklich.<sup>116</sup> Zudem bestünde keine Notwendigkeit mehr, die jeweiligen Rechtsausführungen systemwidrig in einen Hinweisbeschluss oder ein ausgreifendes Obiter dictum zu integrieren.

*bb) Keine schützenswerten Parteibelange*

Gegen diese Form eines begründeten Verlustigkeitsbeschlusses ließe sich einwenden, dass Rechtsmittel zum BGH aus Furcht vor einer nachteilhaften Leitentscheidung nicht mehr eingelegt werden. Selbst wenn diese Befürchtung jedoch berechtigt wäre (quod non), handelt es dabei um keinen schützenswerten Belang: Wer sich auf die Bühne der Ziviljustiz begibt, muss auch damit rechnen, gesehen zu werden. Es gibt keinen verfassungs- oder prozessrechtlich verbürgten Anspruch einer Partei, den Erlass bzw. die Veröffentlichung einer für sie nachteilhaften höchstrichterlichen Entscheidung zu verhindern. Dies entspricht vielmehr dem verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag der Zivilgerichtsbarkeit.<sup>117</sup>

*cc) Überschreiten des richterlichen Mandats?*

Auch eine „eigenmächtige Erweiterung des verfahrensrechtlichen Mandats des BGH“ ist darin nicht zu sehen.<sup>118</sup> Grundlage der Entscheidung bleibt ein kontradiktorischer Streitfall, auf dessen Basis eine Entscheidung getroffen wird, wenn die Parteien das Verfahren nicht anderweitig beendet hätten.<sup>119</sup> Ein „Ableiten in den Richterstaat“<sup>120</sup> durch General-Obiter steht nicht zu befürchten.<sup>121</sup> Vielmehr

<sup>113</sup> Dazu grundlegend *Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, S. 27ff., 114ff.; *Heusinger*, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Entscheidung, S. 153 ff.

<sup>114</sup> Zu diesem Punkt *Hirsch* VersR 2012, 929, 930; *Hodžić*, Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse, S. 105 ff.; *Klingbeil* GVRZ 2019, 14 Rn. 27.

<sup>115</sup> *Hirsch* VersR 2012, 929, 930.

<sup>116</sup> *Hirsch* VersR 2012, 929, 930 f.; *Hodžić*, Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse, S. 106 f.; s. auch *Stürmer* ZZP 2010, 147, 153 f.

<sup>117</sup> S. bereits sub § 7.III. 1.

<sup>118</sup> Vgl. *Klingbeil* GVRZ 2019 14 Rn. 32; eher kritisch dagegen *Hirsch* VersR 2012, 929, 930; *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 28 ff., 38 f., 57 f.

<sup>119</sup> So auch *Klingbeil* GVRZ 2019, 14 Rn. 44; *Fuchs* JZ 2013, 990, 994.

<sup>120</sup> *Seiffert* r+s 2010, 177, 178.

<sup>121</sup> Diese Problemlage ist kein allein deutsches Phänomen, sondern findet sich – mit Abschwächungen – z. B. auch in den USA: Zwar sieht Art. III der US-Verfassung vor, dass die Judikative nur bei einem Rechtsstreit richterlich tätig werden kann (*Case or Controversy Clause*, dazu vgl. *Alvarez v. Smith* 558 U. S. 87, 92 [2009]; *Arizonans for Official English v. Arizona* 520 U. S. 53, 67 [1997]; *Muskrat v. U. S.* 219 U. S. 346 [1911] mit Verweis auf *Marbury v. Madison* 5 U. S. [1 Cranch] 137 [1803]), wohingegen hypothetische Rechtsfragen nicht entschieden werden (*mootness*; nä-

gestattet bereits § 313b Abs. 1 ZPO de lege lata den Erlass begründeter Anerkenntnis-, Verzichts- oder Versäumnisurteile im Ermessen des erkennenden Gerichts (s. o.). Auch an diesen Ausführungen haben die Parteien kein Interesse mehr, weil sich die Rechtswirkung der Entscheidung nicht aus der Begründung in der Sache, sondern dessen Charakter als Anerkenntnis-, Verzichts- oder Versäumnisurteil (§§ 306 f., 330 f. ZPO) speist. Dabei mag der Verzicht auf einen Anspruch und die Rücknahme eines Rechtsmittels gegen ein das Begehren der betroffenen Partei abweisendes Berufungsurteil prozessrechtsdogmatisch differenziert zu bewerten sein; für die Frage, ob die Entscheidung noch vom richterlichen Mandat gem. Art. 97 Abs. 1 GG gedeckt ist, ist die Unterscheidung abermals nur eine graduelle.

#### d) Die Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim BGH

##### aa) Grundstruktur

Im August 2023 reagierte der Bundesgesetzgeber auf die fortbestehende Problematik einer „Flucht aus der Revision“, insbesondere im Zusammenhang mit Massenverfahren. Die Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim BGH soll ausweislich der Regierungsbegründung zu einem „Baustein für eine effiziente Erledigung von Massenverfahren“<sup>122</sup> werden. Unter mehreren beim Revisionsgericht anhängigen Verfahren soll der BGH eines nach Eingang der Revisionserwidernng oder nach Ablauf eines Monats nach Zustellung der Revisionsbegründung (in Anlehnung an § 554 Abs. 2 S. 2 ZPO) als *Leitentscheidungsverfahren* auswählen (§ 552b S. 1 ZPO-E). Endet die zum Leitentscheidungsverfahren bestimmte Revision, ohne dass ein mit inhaltlicher Begründung versehenes Urteil ergeht, trifft das Revisionsgericht durch Beschluss und ohne mündliche Verhandlung eine Leitentscheidung (§ 565 Abs. 1 ZPO-E), wie unter Berücksichtigung des zugrunde liegenden Sachverhalts die Entscheidung über die maßgeblichen Rechtsfragen gelautet hätte (§ 565 Abs. 3 ZPO-E). Als General-Obiter entfaltet der Leitentscheidungsbeschluss keine Bindungswirkung für das anhängige oder weitere Verfahren, „dient jedoch den Instanzgerichten und der Öffentlichkeit als Richtschnur

---

her *Already, LLC v. Nike, Inc.* 133 S.Ct. 721, 726 [2013] mit Verweis auf *Murphy v. Hunt* 455 U. S. 478, 481 [1982]). Ein Gericht darf daher nicht entscheiden, wenn das Ergebnis keinen Effekt (mehr) auf die Rechtsposition der Parteien hat (*Knox v. Serv. Emps. Int’l Union, Local 1000* 132 S.Ct. 2277, 2287 [2012]). Dennoch wird diese Linie vom US Supreme Court im Einzelfall durchbrochen. Das Gericht entschied beispielsweise in der richtungsweisenden Entscheidung *Roe v. Wade* (410 U. S. 113 [1973]) und vergleichbaren Entscheidungen über das Recht auf Abtreibung, obwohl die klagenden Frauen nicht mehr schwanger waren, da ein Lauf durch die Instanzen nicht vor Abschluss des relevanten Zeitfensters möglich wäre (anders dagegen *DeFunis v. Odegaard* 416 U. S. 312 [1974]). S. ferner *Utah Public Service Commission v. El Paso Natural Gas Co.* 395 U. S. 464 (1969); *Erie v. Pap’s A. M.* 529 U. S. 277, 284 (2000); sowie umfassend *Rotunda* 66 Nw. U. L. Rev. 199 (1971).

<sup>122</sup> RegE eines G. zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof, S. 1 ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023\\_Leitentscheidung\\_verfahren.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Leitentscheidung_verfahren.html?nn=110490) [30.08.2023]). Nach Art. 3–6 RegE findet das Verfahren vor den übrigen Bundesgerichten keine Anwendung (vgl. zur Begründung RegE aaO, S. 16).

und Orientierung dafür, wie die Entscheidung der Rechtsfragen gelautet hätte“.<sup>123</sup> Flankierend können Instanzgerichte anhängige Parallelverfahren mit Zustimmung der Parteien für die Zeit bis zu einer Entscheidung im Leitentscheidungsverfahren aussetzen (§ 148 Abs. 4 ZPO-E).

*bb) Defizitäre Ausgestaltung*

Ob die Erwartungen des RegE an die Stärkung der Rechtsfortbildungs- und Rechtsvereinheitlichungsfunktion des Revisionsgerichts erfüllt werden können, ist indes offen.<sup>124</sup> Zwar ist es grundsätzlich positiv zu bewerten, wenn der BGH auch dann eine Entscheidung zu ungeklärten Rechtsfragen treffen kann, wenn ein in der Sache begründetes Revisionsurteil nicht mehr ergehen kann. Dabei fasst das Leitentscheidungsverfahren viele der vom Revisionsgericht ohnehin schon praktizierten Modelle zur Entscheidungsbegründung bei einer vorzeitigen Verfahrensbeendigung zusammen,<sup>125</sup> wobei es zu begrüßen ist, dass es der bisherigen Kompensationsmechanismen (*praeter legem*) teilweise nicht mehr bedarf. Der Vorteil des Verfahrens dürfte zudem eher faktischer Natur sein: Wurde ein Leitentscheidungsverfahren durch den BGH bestimmt, werden die Parteien von einer Beendigung des Prozesses ohne streitiges Urteil in aller Regel Abstand nehmen, weil ihnen bewusst ist, dass es ohnehin zu einer Entscheidung der maßgeblichen Rechtsfragen kommt, auf deren Beantwortung sie im Rahmen einer mündlichen Verhandlung – im Gegensatz zum Leitentscheidungsverfahren – wenigstens noch Einfluss nehmen können.

Durch ein isoliert bestehendes Leitentscheidungsverfahren wird jedoch lediglich der Zeitpunkt einer „Flucht aus der Revision“ zeitlich vorverlagert und keine instanzielle Stärkung des Zugangs zum Revisionsgericht erreicht.<sup>126</sup> Ein Entlastungseffekt für das Revisionsgericht dürfte daher – insbesondere mit Blick auf Massenverfahren – kaum eintreten, weil nach den Vorstellungen des Gesetzgebers erst eine Vielzahl an Verfahren am BGH anhängig sein müssen, ehe eine Selektion erfolgen kann, wobei sich der RegE über die Einzelheiten zur Fallselektion ausschweigt.<sup>127</sup> Auch die Beschleunigungs- und Entlastungsfunktion für die Instanzgerichte dürfte sich in einem überschaubaren Rahmen halten. Insbesondere ist die in § 148 Abs. 4 ZPO-E vorgesehene Aussetzungsmöglichkeit mit Zustimmung der Parteien obsolet; gem. § 251 S. 1 ZPO können die Prozessparteien bereits jetzt ein Verfahren, das ganz oder zum Teil von einem anhängigen Revisionsverfahren abhängt, einvernehmlich ruhen lassen, um eine höchstrichterliche Leitentscheidung abzuwarten.<sup>128</sup> Die Problematik, dass eine Partei – oder auch deren Prozessvertre-

<sup>123</sup> RegE (o. Fn. 122), S. 1.

<sup>124</sup> Der RegE (o. Fn. 122), S. 10, geht davon aus, dass jährlich etwa 25 Leitentscheidungen ergehen werden.

<sup>125</sup> S. o. sub § 13. I. 4. a)–c).

<sup>126</sup> S. hierzu sogleich sub § 13. II.

<sup>127</sup> Wünschenswert wäre zudem, wenn das Leitentscheidungsverfahren bereits in einem frühen Verfahrensstadium bekannt gemacht werden könnte (s. hierzu RegE [o. Fn. 122], S. 13 f.).

<sup>128</sup> BPatG BeckRS 2014, 15519 (sub II).

ter – ein prozesstaktisches oder finanzielles Interesse hat, dies nicht zu tun, bleibt damit fortbestehen. Eine spürbare Entlastung für die Instanzgerichte träte folglich nur ein, wenn diese das Verfahren sua sponte aussetzen könnten, wobei einer unverhältnismäßigen Prozessverzögerung durch einen Rechtsbehelf der Parteien entgegengewirkt werden kann, und das Leitentscheidungsverfahren beim BGH einem besonderen Beschleunigungsgebot unterliegt.

#### e) *Bewertung*

Bei der Urteilsbegründung trotz Streiterledigung handelt es sich um ein zielführendes Instrument zur Stärkung und Sicherung der Revisionszwecke, weil damit sowohl dem öffentlichen Interesse an der Klärung von rechtsgrundsätzlichen Fragen Rechnung getragen wird als auch der Grundsatz der Parteiherrschaft allenfalls geringfügig beeinträchtigt wird, indem diesen „ihr ‚Rechtsstoff‘ zum Zwecke der Rechtsfortbildung ‚entwendet‘ wird.“<sup>129</sup> Dem im öffentlichen Interesse liegenden Rechtsfortbildungszweck des Revisionsgerichts kann damit entscheidend zum Durchbruch verholfen werden.<sup>130</sup> Der jüngste Vorschlag zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens stellt damit einen begrüßenswerten Schritt in die richtige Richtung dar, greift im Einzelnen jedoch zu kurz, um die „Flucht aus der Revision“ adäquat zu adressieren, und lässt in seiner Ausgestaltung zudem noch einige Fragen offen.

### 5. *Zwischenergebnis*

Die Verhinderung oder Verzögerung höchstrichterlicher Entscheidungen stellt seit geraumer Zeit ein Problem für die Zivilrechtsordnung dar, unter dem nicht nur der Individualrechtsschutz und die Ziviljustiz an sich, sondern auch die Allgemeinheit leidet, da Parteien durch eine höchstrichterlich ungeklärte Rechtslage auf die Durchsetzung berechtigter Ansprüche verzichten und die Instanzen mit tausenden Parallelverfahren überfrachtet werden. Die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Beschränkung der Dispositionsmaxime im Revisionsrechtszug konnten als minimalinvasive Symptomlinderung keine spürbare Abhilfe leisten, da sich damit nur der Modus und Zeitpunkt der Verhinderung eines höchstrichterlichen Präjudizes verschoben hat. Auch die Auxiliarmaßnahmen des Revisionsgerichts durch die Veröffentlichung interner Hinweisbeschlüsse, Obiter dicta oder sog. Segelanweisungen können die Problematik nicht adäquat adressieren und leiden zudem darunter, dass ihnen ein kohärenter Rechtsrahmen fehlt.

De lege ferenda erscheint es daher durchaus bedenkenswert, dem Revisionsgericht eine Entscheidung in der Sache auch dann zu ermöglichen, wenn sich der

<sup>129</sup> *Klingbeil* GVRZ 2019, 14 Rn. 42.

<sup>130</sup> Ähnlich wie hier bereits *Klingbeil* GVRZ 2019, 14 Rn. 42; wenig überzeugend dagegen *Häsemeyer* (FS Kirchhof, Bd. 2, S. 1250, 1261), wonach „Rechtsfragen wegen dringenden Allgemeininteresses auf Kosten und zum Schaden einzelner Beteiligter über deren Kopf hinweg“ ausprozessiert werden.

Rechtsmittelführer zur Rücknahme der Revision entscheidet, ohne dass es eines spezifischen Leitentscheidungsverfahrens bedarf. Durch diese – bei Anerkenntnis-, Verzicht- und Versäumnisurteilen bereits jetzt vorhandene, aber eher zögerlich genutzte – Möglichkeit kann der frühzeitige Erlass höchstrichterlicher Judikate sichergestellt werden. Da die Dispositionsbefugnis der Parteien davon nicht betroffen ist und – bei einer maßvollen Handhabung durch das Revisionsgericht – auch eine Überschreitung des richterlichen Mandats nicht zu befürchten steht, könnte damit der strukturellen Verhinderung höchstrichterlicher Entscheidungen partiell entgegengewirkt werden.

## II. Die Stärkung des instanziellen Zugangs zum Revisionsgericht

Während durch die vorgenannten Handlungsoptionen eine Stärkung der rechtsfortbildenden Funktion innerhalb des Revisionsverfahrens erreicht werden kann, verbleibt es bei der übergeordneten Problematik, dass rechtsgrundsätzliche, die Allgemeinheit berührende Fragen schon nicht in die Revisionsinstanz gelangen, da die in der Berufungsinstanz unterlegene Partei aus Zeit- und Kostengründen von der Durchführung eines Revisionsverfahrens absieht oder bewusst darauf verzichtet. Daher sind den Individualzugang ergänzende Verfahrensstrukturen, welche die Anrufung des Revisionsgerichts niederschwelliger ausgestalten und bereits in den Vorinstanzen eine stärkere Selektion rechtsgrundsätzlicher Verfahren ermöglichen, seit längerem Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskussion.

### 1. Die Sprungrevision (*revisio per saltum*)

#### a) Ausgangslage

Ein Ansatz zur Stärkung der normbildenden Funktion der Revisionsinstanz könnte in der Auslassung der Berufungsinstanz liegen. Durch einen zweistufigen instanziellen Aufbau, der im deutschen<sup>131</sup> und ausländischen Recht<sup>132</sup> einige Vorbilder hat, ließen sich Zeit und Kosten bei der Erledigung eines Rechtsstreits sparen, insbesondere wenn nur Rechts-, aber keine Tatsachenfragen in Streit stehen. De lege lata soll diese Funktion der bereits 1924<sup>133</sup> in die ZPO aufgenommenen Sprungrevision zukommen. Deren rigide und wenig glückliche Ausgestaltung hat

<sup>131</sup> Z. B. in der Finanzgerichtsbarkeit (vgl. § 2 FGO) oder in bestimmten Verfahren der Verwaltungs- (vgl. §§ 47, 48 VwGO) und Sozialgerichtsbarkeit (vgl. § 29 Abs. 2–4 SGG).

<sup>132</sup> Mehrere US-Bundesstaaten haben nur ein zweigliedriges System aus *trial courts* und einem Supreme Court als zentralem Rechtsmittelgericht (vgl. oben sub § 11. I, und II.1.).

<sup>133</sup> Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13.02.1924, RGBl. I 135; vgl. zudem die sich anschließenden Änderungen durch RGBl. 1927 I 175; BGBl. 1950 I 455; BGBl. 1975 I 1863.

indes zur Folge, dass sie in allen deutschen Verfahrensordnungen<sup>134</sup> nahezu bedeutungslos ist: Die Sprungrevision bedarf stets der (schriftlichen<sup>135</sup>) Einwilligung des Gegners, § 566 Abs. 1 S. 1 ZPO,<sup>136</sup> die bis zur Einlegung der Sprungrevision frei widerrufen werden kann.<sup>137</sup> Der Antrag auf Zulassung der Sprungrevision gilt dabei für beide Parteien als Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung, § 566 Abs. 1 S. 2 ZPO.<sup>138</sup>

Damit besteht für den Prozessgegner in der Regel kein Anreiz, dem Gegner psychologisch entgegenzukommen und durch Ausschluss der Berufung auf eine weitere Kontrollinstanz zu verzichten.<sup>139</sup> Auch die beschwerte Partei hat an der Durchführung der Sprungrevision nicht immer ein Interesse, da der BGH einen im Vergleich zur Berufung gesetzlich limitierten Kontrollrahmen hat und sich zudem nur solcher Verfahrensmängel annimmt, die von Amts wegen zu prüfen sind (vgl. § 566 Abs. 4 S. 2 ZPO),<sup>140</sup> der Rechtsmittelführer jedoch nicht freiwillig „im Interesse des Rechts“ auf die Rüge prozessualer Fehler verzichten will. Die Verfahrensdurchführung ist für den Rechtsmittelführer zudem stark risikobehaftet, da die Revision – anders als etwa in § 134 VwGO und § 161 SGG geregelt – zulassungsgebunden durch den iudex ad quem ist (§ 566 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO). Lehnt das Revisionsgericht die Zulassung der Sprungrevision ab, erwächst das erstinstanzliche Urteil gem. § 566 Abs. 6 ZPO unmittelbar in Rechtskraft.

#### b) Rechtsvergleichende Bewertung

Führt die Sprungrevision in Deutschland ein Schattendasein, zeigt eine rechtsvergleichende Analyse, dass andere Rechtsordnungen das Konzept einer *revisio per saltum* zwar effektiver zu nutzen wissen, aber meist nur sehr zurückhaltend davon Gebrauch machen. Vorrangig existiert diese in common law-Jurisdiktionen, wobei jedoch auch die Idee einer Sprung-Kassationsbeschwerde nicht völlig unbekannt ist.<sup>141</sup>

<sup>134</sup> Vgl. § 134 VwGO, § 76 ArbGG, § 161 SGG, § 335 StPO. Im zweistufigen Finanzgerichtsprozess scheidet eine Sprungrevision strukturell aus.

<sup>135</sup> § 566 Abs. 2 S. 4 Hs. 1 ZPO; vgl. zu den Anforderungen BGH NJW 1984, 2890.

<sup>136</sup> S. jedoch BGH NJW 1986, 198: Die Parteien können vorprozessual wirksam vereinbaren, dass gegen das zukünftige erstinstanzliche Urteil nur Sprungrevision und keine Berufung eingelegt werden darf.

<sup>137</sup> Für die VwGO: BVerwG NVwZ 2006, 834. Der Widerruf kann auch konkludent erfolgen, sofern der durch die erstinstanzliche Entscheidung ebenfalls beschwerte Gegner Berufung einlegt (*Nassall*, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, Rn. 182).

<sup>138</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 2387: Eine Aufspaltung des Prozesses in einen ‚Berufungsteil‘ und einen ‚Revisionsteil‘ ist nicht möglich.

<sup>139</sup> Folglich wird auch ein Prozessvertreter, dem Gebot der anwaltlichen Vorsicht folgend, seiner Partei nicht zu einer Zustimmung gem. § 566 Abs. 1 S. 1 ZPO raten.

<sup>140</sup> Abweichend von diesem Grundsatz kann der BGH die Voraussetzungen für seine eigene Sachentscheidung überprüfen (BGH WM 1961, 826). Dagegen können alle Beteiligten, die nicht Hauptpartei waren und daher keine Zustimmung zur Sprungrevision erteilen mussten, verfahrensrechtliche Gegenrügen erheben (GmS OGB NJW 1976, 1682, 1683 f.).

<sup>141</sup> Vgl. Art. 398 Nr. 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

## aa) Leapfrogging im Vereinigten Königreich

Eine besonders effektive Ausgestaltung zur Umgehung der intermediären Instanz findet sich im Vereinigten Königreich. Aufgrund der exponierten Stellung des Court of Appeal<sup>142</sup> als zentralisiertes Berufungsgericht kennt das englische Recht sowohl ein besonderes *leapfrogging*-Verfahren zum Court of Appeal als auch zum UK Supreme Court selbst.

## (1) Leapfrogging zum Court of Appeal

Das *leapfrogging*-Verfahren zum Court of Appeal grenzt sich von der Sprungrevision als *revisio per saltum* insoweit ab, als dass es sich nicht um die Auslassung einer Instanz im engeren Sinne handelt, sondern lediglich die Rechtsmittelzuständigkeit (*direction of appeal*) ermessensabhängig geändert werden kann. Gem. sec. 57(1) Access to Justice Act 1999 kann, sofern ein *appeal* gegen eine untergerichtliche Entscheidung zum High Court oder einem County Court gelangen würde, der *Master of the Rolls*, der *iudex a quo* oder der *iudex ad quem* nach seinem Ermessen entscheiden, dass das Rechtsmittelverfahren aufgrund seiner exponierten Bedeutung unmittelbar vor dem Court of Appeal gehört werden soll.<sup>143</sup> Nach C. P. R. 52.23(1) soll eine Zuweisung insbesondere dann erfolgen, wenn das Verfahren „an important point of principle or practice“ beinhaltet oder einen vergleichbaren Grund für die Zulassung („other compelling reason“) bietet.

Im Gegensatz zum deutschen Recht hängt die Änderung der Berufungsdestination daher nicht von der Zustimmung der Parteien oder einer Zulassung durch das Obergericht ab.<sup>144</sup> Da keine trennscharfe Differenzierung zwischen Berufung und Revision als Rechts- und/oder Tatsachenkontrollinstanz besteht und im englischen Recht ohnehin kein Anspruch auf mehr als eine Instanz existiert,<sup>145</sup> findet lediglich eine Hochzonung der Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts statt, deren Zulässigkeit weder unter verfassungsrechtlichen noch zivilprozessualen Gesichtspunkten in Frage gestellt wird. Jedoch ist auch im englischen Recht eine gewisse Zurückhaltung der Richterschaft beim Einsatz des *leapfrogging* zu beobachten:<sup>146</sup> Das Verfahren soll auf besonders bedeutsame Einzelverfahren beschränkt bleiben, scheint jedoch immer dann in Anspruch genommen zu werden, wenn es sich um ein Musterverfahren für weitere Prozesse handelt und die alsbaldige Rechtsklärung eine zügige Erledigung aller Verfahren herbeiführen kann.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Dazu schon sub § 10. III. 1. und IV. 1.

<sup>143</sup> Vgl. etwa den Fall *Dring v. Cape Intermediate Holdings Ltd* [2018] EWCA Civ 1795; [2019] 1 WLR 479.

<sup>144</sup> Gem. C. P. R. 52.23(2) kann indes eine Rückverweisung an das eigentlich zuständige Gericht erfolgen; damit behält der Court of Appeal eine Letztentscheidung über die Zulassung des Rechtsmittels.

<sup>145</sup> Dazu schon sub § 10. I. und II.

<sup>146</sup> *Manning*, in: Burton (Hrsg.), *Civil Appeals*, Rn. 2–705 mwN.

<sup>147</sup> *Z. B. Tankard v. John Fredericks Plastics Ltd* [2008] EWCA Civ 1375; *Dickinson v. Tesco Plc* [2013] EWCA Civ 36.

## (2) Leapfrogging zum UK Supreme Court

Ferner ist ein *leapfrogging* zum UK Supreme Court unmittelbar vom High Court unter Umgehung des Court of Appeal möglich.<sup>148</sup> Dies erfordert zum einen eine – im Ermessen des jeweiligen High Court judges liegende<sup>149</sup> – Entscheidung des Ausgangsgerichts (*leapfrog certificate*) und zudem eine Annahmementscheidung des Supreme Court,<sup>150</sup> welcher damit als *gatekeeper* die Letztentscheidung über die Zulassung behält. In *Al-Wabeed v. Ministry of Defence*<sup>151</sup> – einem Musterverfahren für mehrere hundert Staatshaftungsklagen irakischer Bürger gegen das britische Verteidigungsministerium wegen behaupteter Schäden aus Anlass des Irakkriegs 2003 – wurden die Zulassungskriterien vom High Court präzisiert. Erforderlich ist entweder eine ungeklärte, entscheidungserhebliche Rechtsfrage von besonderem Gewicht über den Einzelfall hinaus,<sup>152</sup> die sich um die Auslegung einer Gesetzesbestimmung dreht, oder wenn insoweit ein *binding precedent* des Court of Appeal oder des Supreme Court streitgegenständlich wird.<sup>153</sup> Der Prozessstoff muss zudem in einer Weise aufgearbeitet sein, dass der Supreme Court eine ausreichende Entscheidungsgrundlage hat (vgl. sec. 12(3) Administration of Justice Act 1969).

2015 wurden die Anforderungen an die Erteilung eines *leapfrog certificate* herabgesetzt: Gem. sec. 12(3A) Administration of Justice Act 1969 kommt ein *final appeal* zum UK Supreme Court schon dann in Betracht, wenn das Verfahren einen „point of law of general public importance“ betrifft oder derart bedeutsam ist, dass nach Ansicht des High Court eine frühzeitige Befassung des Supreme Court die Nachteile einer Auslassung des Court of Appeal überwiegt.<sup>154</sup> Auch einer Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten bedarf es nicht mehr.<sup>155</sup> Der Sprungrevisi- on vergleichbar (vgl. § 566 Abs. 5 S. 1 ZPO), erfordert der *leapfrog appeal* jedoch

<sup>148</sup> Vgl. sec. 12 und 13 Administration of Justice Act 1969 sowie sec. 14A–14C Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, sec. 37A–37C Employment Tribunals Act 1996 und sec. 7B–7D Special Immigration Commission Act 1997. S. zum Verfahren ferner *R v. Ceredigion County Council* [2007] UKHL 24.

<sup>149</sup> Vgl. sec. 12(1) Administration of Justice Act 1969 sowie zu den Maßstäben *R v. Ceredigion County Council* [2007] UKHL 24 [6]; *IRC v. Church Commissioners for England* [1975] 1 WLR 251, 272; *Jones v. Kaney* [2010] EWCA 61 (Q. B.) [42] ff.; *Henderson v. Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust* [2016] EWHC 3275 (Q. B.) [89] ff.

<sup>150</sup> Vgl. sec. 13(2) Administration of Justice Act 1969; UKSC PD 1.2.18 („Such appeals are permitted only if the relevant statutory conditions are satisfied and the Supreme Court grants permission.“).

<sup>151</sup> [2014] EWHC 2714 (Q. B.) [17], [19]; nachfolgend [2017] UKSC 2.

<sup>152</sup> Vgl. die Beispielsfälle *Moreno v. MIB* [2016] UKSC 52; *Jones v. Kaney* [2011] UKSC 13; *Willers v. Joyce (No. 1)* [2016] UKSC 43; *Frost and others v. MGN Limited* [2017] UKSC 33; *Mohammed v. Ministry of Defence (No. 2)* [2017] UKSC 2.

<sup>153</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–006, sowie sec. 12(3) Administration of Justice Act 1969.

<sup>154</sup> Eingefügt durch den Criminal Justice and Courts Act 2015 (c. 2); zudem kommt ein *leapfrog appeal* in Verfahren in Betracht, die die nationale Sicherheit betreffen (sec. 12(3A)(a) Administration of Justice Act 1969).

<sup>155</sup> Vgl. sec. 63(2)(b) Criminal Justice and Courts Act 2015 (c. 2).

weiterhin eine Annahmeentscheidung durch den Supreme Court.<sup>156</sup> Eine solche erfolgt, sofern es zweckmäßig („expedient“) ist, über den Fall zu entscheiden;<sup>157</sup> die entsprechende ermessenslenkende Practice Direction sieht dazu vor, dass eine Zulassung zu erfolgen hat, sofern

„there is an urgent need to obtain an authoritative interpretation by the Supreme Court; and it does not appear likely that any additional assistance could be derived from a judgment of the Court of Appeal.“<sup>158</sup>

Zwischen 1967 und 1996 erreichten das House of Lords auf diesem Wege insgesamt 54 *leapfrog appeals*,<sup>159</sup> wobei die geringe Zahl von zwei Entscheidungen p. a. durch die insgesamt zurückhaltende Rechtsprechungstätigkeit des House of Lords/UK Supreme Court mit ca. 60 Entscheidungen p. a. relativiert wird.

### (3) Bewertung

In England wird von der Möglichkeit des *leapfrogging* zurückhaltend Gebrauch gemacht, auch wenn – bei einer vergleichenden Bewertung – die Aktivität über dem Einsatz der Sprungrevision in Deutschland liegt. Gerade bei bedeutsamen Verfahren mit Breitenwirkung zögert die Richterschaft nicht, dieses Instrument – etwa in Kombination mit dem *test case scheme*<sup>160</sup> – anzuwenden. Ein entscheidender Vorteil des *leapfrog appeal* dürfte darin zu sehen sein, dass dessen Zulassung nicht vom Parteiwillen, sondern allein von den beteiligten Richtern abhängt. Da das englische Recht keinen Anspruch auf ein (zulassungsfreies) Rechtsmittel kennt<sup>161</sup> und zudem die pragmatisch-dienende Funktion des Zivilverfahrensrechts hervorhebt, fügt sich das Verfahren damit nahtlos in das geltende Rechtsmittelsystem<sup>162</sup> ein.

#### bb) Sprungrevision in den USA

##### (1) Certiorari before judgment

Eine ähnliche, jedoch deutlich rigidere Praxis ist in den USA zu beobachten. Auf Bundesebene hat der US Supreme Court die Befugnis, eine *petition for writ of certiorari* zu jedem Zeitpunkt und daher auch als „writ [...] before judgment has been rendered“ zu gewähren (28 U. S. C. § 2101(e)). Damit kann das Höchstgericht mit einer Sache befasst werden, ehe das Berufungsverfahren durchgeführt oder gar begonnen wurde. Angesichts der derzeitigen Annahmepaxis des Gerichts<sup>163</sup> ist dieses Verfahrenskonzept jedoch nahezu bedeutungslos. Nach S. C. R. 11 wird die *petition* nur gewährt, sofern

<sup>156</sup> Sec. 13(2) Administration of Justice Act 1969.

<sup>157</sup> *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–009.

<sup>158</sup> UKSC PD 3.6.12.

<sup>159</sup> Vgl. *Leabeater et al.*, Civil appeals – Principle and Procedure, Rn. 18–006 mwN; *Drewry/Blom-Cooper/Blake*, The Court of Appeal, S. 152ff.

<sup>160</sup> Dazu noch sub § 13. II. 2. c) bb).

<sup>161</sup> S. o. sub § 10. I. 4. und II.

<sup>162</sup> S. o. sub § 10. III. und IV.

<sup>163</sup> Dazu bereits sub § 11. II.

„the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court.“

Gerade in zivilrechtlichen Streitigkeiten werden diese Kriterien faktisch nie erfüllt. Die wenigen Verfahren, in denen ein *writ of certiorari before judgment* gewährt wurde, hatten stets komplexe verfassungsrechtliche Fragestellungen zum Gegenstand, etwa in *U. S. v. Nixon*<sup>164</sup> zur Watergate-Affäre.

Gem. 28 U. S. C. § 1253, S. C. R. 18 besteht ferner die Möglichkeit eines *direct appeal* zum Supreme Court, wenn die Entscheidung eines District Court zwingend von einem dreiköpfigen Richterpanel entschieden werden muss. 1988 wurde der Anwendungsbereich dieser Bestimmung jedoch erheblich reduziert und ist in der Praxis eine Rarität (vgl. 28 U. S. C. § 2284),<sup>165</sup> z. B. bei bestimmten Klagen unter dem Civil Rights Act 1964.<sup>166</sup>

### (2) Bundesstaaten

Auch in den meisten US-Bundesstaaten existieren – in sehr unterschiedlichem Umfang – *by pass*-Verfahren unter Umgehung der Berufungsinstanz.<sup>167</sup> Ergänzend kommt teilweise ein *reach down*-Verfahren zur Anwendung, mit dem der jeweilige State Supreme Court ein Verfahren des Berufungsgerichts *sua sponte* an sich ziehen und entscheiden kann. Dies erfolgt z. B., wenn sich eine große Zahl gleich gelagerter Verfahren vor dem Untergericht angesammelt hat oder es sich um eine besonders wichtige Rechtsfrage handelt, die schnell und endgültig durch den jeweiligen Supreme Court entschieden werden sollte.<sup>168</sup> Meist stehen diese Verfahren jedoch nur offen, wenn der *trial court* eine Norm für verfassungswidrig erklärt hat.<sup>169</sup>

### (3) Bewertung

Auf Bundesebene ist eine unmittelbare Anrufung des Supreme Court unter Umgehung der Mittelinstanz eine Rarität, was angesichts der rigiden Zulassungspraxis des Supreme Court nicht verwunderlich ist. Dieser möchte ab initio verhindern, dass seine Verfahrenslast durch eine laxen Zulassungspraxis ansteigt. Dass ein *by pass*-Verfahren unter Umgehung der intermediären Instanz bei rechtsgrundsätz-

<sup>164</sup> 418 U. S. 683 (1974); andere Beispiele sind *Ex parte Quirin* 317 U. S. 1 (1942); *U. S. v. United Mine Workers* 330 U. S. 258 (1947); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 343 U. S. 579 (1952); *Dames & Moore v. Regan* 453 U. S. 654 (1981); *Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipe Line Co.* 458 U. S. 50 (1982); *U. S. v. Booker* 543 U. S. 220 (2005); *Department of Commerce v. New York* 588 U. S. \_\_ (2019); *Whole Woman's Health v. Jackson* 595 U. S. \_\_ (2021).

<sup>165</sup> Vgl. zudem 45 U. S. C. §§ 719(e)(3), 743(d) sowie 28 U. S. C. 2101(a).

<sup>166</sup> Einzelheiten bei *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 2–24, 2–33 ff.

<sup>167</sup> Einzelheiten bei *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 20f.

<sup>168</sup> *Meador*, Appellate Courts in the United States, S. 22f., auch zum sog. *Pour over*-Verfahren.

<sup>169</sup> In New York sieht § 5601(b)(2) C. P. L. R. beispielsweise vor, dass ein solcher *appeal as of right* zum Höchstgericht zulässig ist, „where the only question involved on the appeal is the validity of a statutory provision of the state or of the United States under the constitution of the state or of the United States.“

lichen Fragestellungen und Parallel- oder Massenverfahren durchaus Vorteile verspricht, ist jedoch auch in den USA anerkannt. In ähnlicher Weise existiert am kanadischen Supreme Court mit dem *appeal per saltum* (sec. 38 Supreme Court Act<sup>170</sup>) die Möglichkeit, dass eine Partei unter Auslassung der Bundesberufungsinstanz bzw. der Höchstinstanz der Provinz direkt den Supreme Court anrufen kann.<sup>171</sup>

### c) Reform des § 566 ZPO?

Vor diesem Hintergrund erhebt sich die Frage, ob das Verfahren der Sprungrevision gem. § 566 ZPO zur Verfahrensselektion und Verfahrenskanalisation auf Ebene der ersten Instanz effektiviert werden könnte. Klare Hindernisse sind – wie gezeigt – das Zustimmungserfordernis der Parteien, das Zulassungserfordernis durch das Revisionsgericht sowie der zögerliche Gebrauch durch die Richterschaft. Eine funktionale Nutzbarmachung der Sprungrevision dürfte daher nur durch eine Umgestaltung de lege ferenda Potential für eine Verbesserung der rechtsklärenden Funktion des Revisionsgerichts versprechen. Bedenkenswert erscheint etwa, auf das Zustimmungserfordernis der Parteien i. R. d. § 566 ZPO zu verzichten, sofern im Verfahren ungeklärte Rechtsfragen im Raum stehen und der Sachverhalt im Wesentlichen unstreitig ist.

Nimmt man die Diktion des BVerfG, wonach es keinen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Rechtsmittel gibt,<sup>172</sup> zur Grundlage, steht die ermessensfehlerfreie richterliche Entscheidung über die Zulassung der Sprungrevision – welche gleichsam die Berufung als Rechtsmittel ausschließt – nicht mit dem zivilprozessualen Justizgewährleistungsanspruch in Konflikt. Dies zum einen, da den Parteien als Substitut für den Berufungs- der Revisionsrechtszug offensteht;<sup>173</sup> dies zum anderen, da sich der Ausschluss der Berufungsinstanz – und die damit einhergehende Reduktion des Gesamtkostenrisikos – durch die im öffentlichen Interesse liegenden Revisionszwecke legitimiert.<sup>174</sup> Auch ein Verstoß gegen die Rechtsan-

<sup>170</sup> Vgl. R. S. C., 1985, c. S-26: „an appeal to the Supreme Court lies on a question of law alone with leave of that Court, from a final judgment of the Federal Court or of a court of a province other than the highest court of final resort therein, [...]“

<sup>171</sup> Quantitativ scheint der *appeal per saltum* jedoch auch in Kanada nur eine untergeordnete Rolle zu spielen, vgl. Court Statistics des Canada Supreme Court 2007–2017 (<https://www.scc-sc.ca/case-dossier/stat/pdf/doc-eng.pdf> [30.08.2023]).

<sup>172</sup> S. bereits sub § 3. I. 1. a).

<sup>173</sup> Insoweit sollte auch § 566 Abs. 4 S. 2 ZPO gestrichen werden, um den Parteien eine vollwertige Revisionsinstanz unter Einschluss der Prüfung aller revisiblen Verfahrensmängel zu ermöglichen. Berücksichtigt man insoweit, dass der Prüfungsmaßstab der Berufung bereits erheblich an denjenigen der Revision angenähert wurde (vgl. sub § 3. II. 3. b)), bestünde auch hinsichtlich der Prüfungsqualität durch das Revisionsgericht ein eher marginaler Nachteil gegenüber dem Berufungsverfahren.

<sup>174</sup> Der Umstand, dass vor dem Revisionsgericht gegenüber dem Berufungsrechtszug höhere Gerichts- und Anwaltsgebühren anfallen, steht dem nicht entgegen. Dies kann vielmehr mit dem Rechtsfortbildungsinteresse der Allgemeinheit rechtfertigt werden, zumal da bei den der Sprungrevision offenstehenden Verfahren auch nach Abschluss der Berufungsinstanz die Revision eröffnet wäre.

wendungsgleichheit<sup>175</sup> ist nicht gegeben, da die differenzierte Behandlung von Verfahren mit und ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung auf einer nachvollziehbaren Erwägung des Gesetzgebers zur Stärkung des Revisionszwecks der Rechtsfortbildung beruht. In diesem Fall scheint es auch angezeigt, die Sprungrevision nicht von einer weiteren Zulassungsentscheidung durch den iudex ad quem abhängig zu machen, um so auch für das Ausgangsgericht einen Anreiz zu schaffen, die Sprungrevision als Instrument der Rechtsklärung zu nutzen.<sup>176</sup> Dieses Vorgehen entspräche entfernt dem englischen *destination of appeal*-Modell, in dem der iudex a quo das zur Entscheidung berufene Rechtsmittelgericht bestimmt.<sup>177</sup>

## 2. Musterverfahren

### a) Erscheinungsformen von Musterprozessen

Ein weitergehender Ansatzpunkt zur Rechtsklärung, der bei einer Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Verfahren für sich Geltung beanspruchen könnte, ist die zivilprozessual stärkere Akzentuierung von Musterverfahren mit privilegiertem Zugang zum Revisionsgericht.<sup>178</sup> Grundlage für einen echten Musterprozess ist ein Musterprozessvertrag bzw. -abrede,<sup>179</sup> der in den Kernmaterien des bürgerlichen Rechts indes rar<sup>180</sup> und auch im Wirtschaftsrecht, etwa im Bereich des Lauterkeitsrechts, nur in geringer Zahl anzutreffen ist.<sup>181</sup> Denn im kontradiktorischen Streitverfahren des Zivilprozesses stehen die divergierenden Interessen der Parteien einer solchen Abrede in der Regel entgegen: Der Beklagte hat daran kein Interesse, muss er doch fürchten, ein negatives Präjudiz für alle weiteren Verfahren zu erzeugen.<sup>182</sup> Vice versa wird auch der Kläger (insbesondere bei Streuschäden) kein

<sup>175</sup> S. bereits sub § 3. I. 1. c) bb).

<sup>176</sup> Dem Revisionsgericht sollte dabei gem. § 552a ZPO die Möglichkeit eines vereinfachten Zurückweisungsverfahrens offenstehen, sofern ein Zulassungsgrund ab initio nicht vorlag oder nachträglich entfallen ist.

<sup>177</sup> Ein entfernt vergleichbares Verfahren findet sich in Grundzügen im deutschen Verwaltungsprozess: Gem. § 135 VwGO steht den Beteiligten gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen (§ 49 Nr. 2 VwGO) die Revision zu, sofern die Berufung durch Bundesgesetz ausgeschlossen ist und die Revision vom VG oder BVerwG zugelassen wurde. Ein Ausschluss der Berufung durch Bundesgesetz findet sich indes nur vereinzelt, z. B. in § 339 Abs. 1 S. 1 Lastenausgleichsgesetz.

<sup>178</sup> Zum Begriff des Musterprozesses vgl. *Baur* FS Giger, S. 15, 16. S. ferner aus rechtsvergleichender Perspektive *Klamaris* ZZP Int 2021, 85 ff. (zum Musterprozess in Griechenland).

<sup>179</sup> Umfassend zu den dogmatischen Gestaltungs- und Anwendungsformen: *Jacoby*, Der Musterprozessvertrag, S. 57 ff.; *Lindacher* JA 1984, 404 ff.; *Kempf* ZZP 1960, 342 ff.

<sup>180</sup> Vgl. *Arens*, Das Problem des Musterprozesses, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 4, S. 344, 348. Beispiel für eine Parallelbedeutung ist etwa BGHZ 52, 194 ff. mit einer Vielzahl gleich gelagerter Schadensersatzklagen.

<sup>181</sup> Vgl. z. B. <https://www.deutsche-digitalebibliothek.de/content/journal/aktuell/pressemitteilungmusterverfahren-deutsche-digitale-bibliothek> [30.08.2023].

<sup>182</sup> Vgl. zum ebenfalls kaum anzutreffenden Phänomen eines Schein-Rechtsstreits, der von den Parteien fabriziert wird, um so eine höchstrichterliche Entscheidung zu einer bestimmten Rechtsfrage zu erzwingen: *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechts-

Interesse haben, im Interesse der Rechtsgemeinschaft eine höchstrichterliche Klärung auf eigene Kosten herbeizuführen. Faktische Musterprozesse – d. h. solche, die ohne ein Zutun der Parteien Mustercharakter für Folgeverfahren entfalten – gibt es zwar deutlich häufiger, sofern an einem Gericht eine Vielzahl an Verfahren zwischen identischen Parteien anhängig ist. Die nähere Verfahrenssteuerung ist dem Gericht jedoch entzogen, da eine § 93a VwGO (dazu sogleich) vergleichbare Bestimmung im Zivilprozess nicht existiert.

## b) Der Status quo im geltenden Recht

### aa) Zivilprozess

Musterverfahren im engeren Sinne sind dem deutschen Zivilverfahrensrecht somit weitgehend fremd. Es existieren mit der Musterfeststellungsklage gem. §§ 606 ff. ZPO und dem KapMuG (bzw. der Verbandsklage gem. § 1 Abs. 1 VDUG-E) vornehmlich Instrumente zur Anspruchsbündelung im Kollektivinteresse, die sich jedoch von der individualistischen Verfahrensführung der ZPO grundlegend unterscheiden und – auf Grundlage der bisherigen Erfahrungen – als verfahrensrechtlich überkomplex, schwerfällig und langwierig gelten.<sup>183</sup> Zudem ermöglichen die begrenzten Anwendungsbereiche auf Kapitalanlagesachen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG) und Ansprüche von bzw. Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmern (§ 606 Abs. 1 S. 1 aE ZPO; § 1 Abs. 1 Hs. 1 VDUG-E) in vielen Bereichen keine Klärung. Gerade bei massenhaft parallel geführten Verfahren, die nicht in Form einer Verbandsklage geltend gemacht werden können – weil eine Verfahrensbündelung aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht kommt –, ist eine schnelle höchstrichterliche Klärung in der Regel der einzige effiziente Weg, potenziell Anspruchsberechtigten Klarheit über ihre Rechtsposition zu verschaffen, zumal klassische Methoden der zivilprozessualen Anspruchskonzentration nicht in Betracht kommen.<sup>184</sup> Dabei fehlen jedoch noch immer geeignete zivilprozessuale Strukturen, um die wiederholte Befassung mit im Wesentlichen identischen oder wenigstens vergleichbaren Rechts- und Tatsachenfragen rechtsschutzeffektiv zu lösen.<sup>185</sup> Insbesondere der sog. Verbraucher(muster)prozess gem. § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO (Forderungseinziehung durch Verbraucherzentralen)<sup>186</sup>

fortbildung, S. 316 ff.; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 313 f.; rechtsvergleichend *Lord v. Veazie* 49 U. S. 251, 255 (1850).

<sup>183</sup> Zu den praktischen Erfahrungen bereits oben sub § 13. I. 1. b) bb).

<sup>184</sup> Insbesondere die Streitgenossenschaft gem. §§ 59, 60 ZPO, die Nebenintervention gem. § 66 ZPO oder eine Verfahrensverbindung gem. § 147 ZPO bieten insoweit keinen Effizienzgewinn.

<sup>185</sup> Eingehend *Meller-Hannich*, Gutachten A zum 72. DJT, A 26.

<sup>186</sup> Berühmtester Fall hierzu ist die Quelle-Entscheidung (BGHZ 179, 27): Ein Verbraucherverband ließ sich zur Rückzahlung von knapp 70 EUR ermächtigen, die ein Verbraucher als Nutzungersatz für ein gekauftes Herd-Set zum Preis von 524,90 EUR leisten musste. Dem schloss sich ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH (NJW 2008, 1433) an, welcher § 439 Abs. 4 BGB in seiner damaligen Fassung für teilweise unionsrechtswidrig erklärte. Vergleichbar existiert auch in Österreich ein Verbands-Musterprozess gem. § 29 Konsumentenschutzgesetz, der gem. § 502 Abs. 5 Nr. 3 öZPO von den Rechtsmittelbeschränkungen zum OGH (dazu schon

oder im Datenschutzrecht<sup>187</sup> konnte sich bislang nicht durchsetzen. Die Einführung eines Musterverfahrens könnte diese Lücke schließen, indem eine schnelle höchstrichterliche Klärung von Sach- und Rechtsfragen im Rahmen eines Musterprozesses erreicht werden kann.

#### bb) *Verwaltungsprozess*

Ein verfahrensrechtlich ausgestalteter Musterprozess existiert de lege lata bislang allein im Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozess. Gem. § 93a VwGO (bzw. § 114a SGG) kann ein Gericht, bei dem mehr als zwanzig Verfahren mit gleichem Verfahrensgegenstand anhängig sind – etwa bei Klagen gegen große Infrastrukturmaßnahmen<sup>188</sup> –, eines oder mehrere Musterverfahren vorab durchführen und die übrigen Prozesse nach Gehörgewährung durch unanfechtbaren Beschluss aussetzen (§ 93a Abs. 1 VwGO).<sup>189</sup> Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens<sup>190</sup> kann das Gericht über die übrigen Prozesse nach Anhörung der Parteien im Beschlusswege entscheiden, sofern diese gegenüber dem Musterverfahren keine wesentlichen Besonderheiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweisen und der Sachverhalt geklärt ist, wobei das VG auch die im Musterverfahren erhobenen Beweise in die Parallelverfahren einführen kann (vgl. § 93a Abs. 2 S. 1 und 2 VwGO).

#### c) *Rechtsvergleichende Bewertung*

Eine rechtsvergleichende Bewertung zeigt, dass im englischen Recht – nicht dagegen in den USA<sup>191</sup> – die Idee eines *test case*-Verfahrens vorhanden ist, wobei insbesondere bank- und kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen.<sup>192</sup> Englischen Gerichten kommt dabei grundsätzlich die

sub § 8. I. 2. a) ausgenommen ist, wodurch eine schnelle höchstrichterliche Befassung mit Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung ermöglicht wird.

<sup>187</sup> Vgl. Art. 80 Abs. 1 DSGVO, wonach die betroffene Person das Recht hat, eine Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht zu beauftragen, u. a. das Recht auf Schadensersatz gem. Art. 82 DSGVO gegenüber dem Schädiger geltend zu machen; zur Umsetzung näher Paal/Pauly/Frenzel, Art. 80 DS-GVO Rn. 13f.

<sup>188</sup> Auslöser der Regelung war der Ausbau des Münchener Flughafens, der 5.724 Klagen vor den Verwaltungsgerichten nach sich zog und letztlich nur dadurch justiziabel wurde, dass das VG München etwa 30 Klageverfahren vorab als Musterverfahren durchführte. Die Aussetzung der übrigen Verfahren (vor Erlass des § 93a VwGO) wurde vom BVerfG (NJW 1980, 1511) gebilligt (Einzelheiten bei Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, S. 30 mwN; BT-Drs. 11/7030, S. 28).

<sup>189</sup> Bereits von Bar, Gutachten A zum 62. DJT, A 94, hat sich früh für eine Übernahme einer § 93a VwGO vergleichbaren Bestimmung in die ZPO ausgesprochen.

<sup>190</sup> Das Musterverfahren ist regulär in den Instanzenzug eingefunden.

<sup>191</sup> Abseits von *class actions* ist dem US-amerikanischen Recht der Gedanke eines Pilot-/Musterverfahrens grundsätzlich fremd. Musterverfahren im weiteren Sinne zur forcierten Klärung einzelner Rechtsfragen, ggf. sogar unter künstlicher Provokation des zugrunde liegenden Sachverhalts, sind dagegen auch in den USA anzutreffen, vgl. z. B. *District of Columbia v. Heller* 554 U. S. 570 (2008). Siehe für die US-amerikanische Diskussion ausführlich *Carp/Stidham/Manning, Judicial Process in America*, S. 193 ff.

<sup>192</sup> Das Problem massenhafter Parallelverfahren ist auch dem EGMR nicht unbekannt: Nachdem den Gerichtshof über Jahre hinweg eine Vielzahl gleich gelagerter Verfahren erreichte, wurde

Kompetenz zu, ein Verfahren unabhängig von der Zustimmung der Parteien mit Blick auf ein anhängiges Musterverfahren auszusetzen.<sup>193</sup>

aa) Group litigation order

Im englischen Zivilprozess sind Testverfahren insbesondere im Rahmen einer *group litigation order* (GLO) gem. C.P.R. 19.10 ff. vorgesehen, die im Jahr 2000 eingeführt wurde, um den Gerichten den effektiven und prozessökonomischen Umgang bei Klagen mit einer Vielzahl von Beteiligten und einer vergleichbaren Sach- und Rechtslage zu ermöglichen. Bei dieser opt in-Gruppenklage kann das entscheidende Gericht („management court“) durch eine GLO spezielle verfahrensleitende Bestimmungen für Klagen mit gemeinsamem oder verwandtem Streitgegenstand („which give rise to common or related issues of fact or law“, C.P.R. 19.10) treffen. Eine GLO kann jede Form der Verfahrenskonzentration vor dem *management court* oder auch eine Aussetzung aller Verfahren vorsehen.<sup>194</sup> Dabei ermöglicht C.P.R. 19.13(b), dass eine oder mehrere Klagen vorrangig als *test claims* verhandelt, höchstrichterlich entschieden<sup>195</sup> und in diesem Zeitraum die übrigen Verfahren ohne Zustimmung der Parteien ausgesetzt werden.<sup>196</sup> Diese Vorgehensweise nutzte der UK Supreme Court etwa, um in *AB v. Ministry of Defence*<sup>197</sup> neun Musterverfahren aus über 1.000 anhängigen Staatshaftungsprozessen im Zusammenhang mit Nuklearexperimenten im Südpazifik vorab zu entscheiden.

bb) Financial markets test case scheme

In bank- und kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten<sup>198</sup> ermöglicht das *Financial markets test case scheme* gem. C.P.R. PD 63AA zudem seit Ende 2015 eine schnelle höchstrichterliche Klärung von Musterverfahren. Als *test case* oder *qualifying claim* gilt dabei ein Verfahren „which raises issues of general importance in relation

---

in Art. 61 VerFO EGMR die Einführung eines sog. *Pilot-judgment procedure* etabliert, mit dem ein Musterverfahren vorrangig bearbeitet und die Parallelverfahren bis zu dessen Abschluss ausgesetzt werden können (vgl. Art. 61 Abs. 6 VerFO). Damit sollen im Wesentlichen gleich gelagerte Verfahren effizienter erledigt werden (umfassend *Schmahl* EuGRZ 2008, 369 ff.). Ein erstes Pilotverfahren war EGMR NJW 2005, 2521 ff.

<sup>193</sup> Vgl. C.P.R. 3.1(2)(f). Als vornehmlich im Verwaltungs- und Strafrecht anzutreffendes Musterverfahren ist zudem der *appeal by way of case stated* zu nennen, bei dem bei unstreitiger Sachlage eine Entscheidung des höherrangigen Gerichts zu einer bestimmten Gesetzesauslegung forciert wird, vgl. C.P.R. PD 52E.

<sup>194</sup> C.P.R. 19.11(3)(a)(i) und (ii); Einzelheiten bei *Andrews*, On Civil Processes, Rn. 22.16 ff.

<sup>195</sup> Vgl. zudem C.P.R. 19.15 zur Auswechslung von *test claims*, sofern es zu einer gütlichen Einigung kommt.

<sup>196</sup> Z. B. *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v. Revenue and Customs* [2021] UKSC 31 (zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von überbezahlten Steuern); *Jazztel Plc (As Test Claimant for GLO Issues 9a, 9b and 10) v. Revenue And Customs* [2018] EWHC 1830.

<sup>197</sup> [2012] UKSC 9; [2013] 1 AC 78.

<sup>198</sup> Der Begriff ist weit zu verstehen, vgl. C.P.R. 63A.1(2); umfassend zum *test case scheme* auch *Andrews*, On Civil Processes, Rn. 22.03 ff.

to which immediately relevant authoritative English law guidance is needed“ (PD 63AA.6.1). Dabei wird sogar eine abstrakte Streitentscheidung ohne konkretes Klagebegehren („without the need for a present cause of action between the parties“) ermöglicht, PD 63AA.6.2; auch eine Beschränkung auf Rechtsfragen findet sich nicht.<sup>199</sup>

Strukturell weist das *test case scheme* Ähnlichkeiten zur Musterprozessabrede auf: Gem. PD 63AA.6.3<sup>200</sup> kann ein Marktteilnehmer (worunter Verbraucherschutzorganisationen, Banken, Versicherungen, aber auch Aufsichts- und Regulierungsbehörden fallen<sup>201</sup>) durch Vereinbarung mit der Gegenseite ein Verfahren initiieren, sofern beide Seiten entgegengesetzte Interessen an der Auslegung und Anwendung englischen Rechts haben („opposing interests as to how the [...] issue(s) raised by the qualifying claim should be resolved“). Das angerufene Gericht prüft dabei, ob sich der Verfahrensgegenstand generell als *qualifying claim* eignet und ob zu allen relevanten Streitfragen von jeder Seite ausreichend vorge-tragen wurde.<sup>202</sup> Aufsichtsbehörden – etwa die Prudential Regulation Authority oder die Financial Conduct Authority – sowie Dritte, die ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, können mit Erlaubnis des Gerichts als Partei beteiligt werden.<sup>203</sup> Das Verfahren unterliegt einem besonderen Beschleunigungsgebot, um eine schnelle höchstrichterliche Klärung zu erreichen,<sup>204</sup> und wird daher häufig mit einem *leapfrog appeal* zum UK Supreme Court verknüpft.<sup>205</sup>

Die Effektivität dieses Verfahrens kann dabei in der aktuellen Entscheidung *FCA v. Arch Insurance (UK) Ltd. et al.*<sup>206</sup> verdeutlicht werden. Darin hat die Financial Conduct Authority ein Musterverfahren gegen die acht größten Anbieter von Betriebsunterbrechungsversicherungen nach dem *Financial markets test case scheme* initiiert. Verfahrensgegenstand ist die Frage, ob die jeweiligen Klauselwerke im Rahmen sog. *disease clauses* Deckungsschutz für Betriebsschließungen während der Covid-19-Pandemie bieten. Damit verbunden waren komplexe Fragen zur Kausalität und zur Berechnung von Entschädigungsleistungen. Die Auslegung der untersuchten Klauselwerke hatte Auswirkungen auf über 60 Versicherungsunternehmen und etwa 370.000 Versicherungsnehmer. Das Verfahren wurde im Juni 2020 vor dem High Court initiiert und dort im September 2020 entschieden.<sup>207</sup>

<sup>199</sup> Tatsachenfragen werden jedoch dadurch vermieden, dass die Parteien einen im Wesentlichen unstreitigen Sachverhalt darzustellen haben, vgl. C. P. R. PD 63AA.6.5(b).

<sup>200</sup> „Where there is a qualifying claim a person who is or was actively in business in the relevant market may, by mutual agreement, issue proceedings against another person who is or was actively in business in the relevant market [...]“

<sup>201</sup> Vgl. *FCA v. Arch Insurance (UK) Ltd. et al.* [2021] UKSC 1 [2].

<sup>202</sup> Vgl. C. P. R. PD 63AA.6.5(a) S. 1.

<sup>203</sup> C. P. R. PD 63AA.6.5(a) S. 2.

<sup>204</sup> Vgl. C. P. R. PD 63AA.6.5(d), auch zu den Möglichkeiten, in einer verstärkten Besetzung über das Verfahren zu entscheiden. Gem. C. P. R. PD 63AA.6.5(c) erfolgt keine Kostenentscheidung.

<sup>205</sup> Dazu bereits sub § 13. II. 1. b) aa) (2).

<sup>206</sup> [2021] UKSC 1, on *leapfrog appeal* from [2020] EWHC 2448 (Comm).

<sup>207</sup> *FCA v. Arch Insurance (UK) Ltd. et al.* [2020] EWHC 2448 (Comm).

Nachdem sowohl der High Court als auch der UK Supreme Court einen *leapfrog appeal* gestatteten,<sup>208</sup> verkündete letzterer im Januar 2021 sein Urteil, mit dem er im Wesentlichen eine Versicherungsdeckung für Betriebsschließungen während der Covid-19-Pandemie bestätigte.<sup>209</sup> In Deutschland wurde dagegen erst im Januar 2022 in einem ersten Verfahren über den Deckungsschutz einer Betriebsschließungsversicherung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie entschieden,<sup>210</sup> wobei noch immer eine große Zahl von Verfahren vor dem BGH und vor den Instanzgerichten anhängig ist.

cc) (*Faktische*) test cases im Verfahrensrecht

Ähnliche Pilotverfahren können auch im Prozessrecht beobachtet werden: In *Bannister v. S. G. B. Plc.*<sup>211</sup> waren, da eine prozessrechtliche Bestimmung in den County Court Rules 1981 unklar gefasst war, am Court of Appeal über 100 Rechtsmittelverfahren gegen unterinstanzliche Entscheidungen mit unterschiedlichen Rechtsfragen anhängig. Der Court of Appeal wählte exemplarisch 19 Verfahren aus, wobei die maßgeblichen Rechtsfragen zunächst in Form einer abstrakt-generellen „Verwaltungsanweisung“<sup>212</sup> entschieden und sodann auf die konkreten Streitfälle angewendet wurden.<sup>213</sup> Der Court of Appeal betonte dabei, dass es sich insoweit um eine das Prozessrecht neu ordnende Leitentscheidung handelt, die eine Bezugnahme auf frühere Judikate ausschließt.<sup>214</sup> In ähnlicher Weise wurden in *Tanfern*<sup>215</sup> die Neuheiten des englischen Rechtsmittelrechts nach den Woolf-Reformen erläutert, wodurch frühzeitig eine einheitliche Anwendung des neuen Verfahrensrechts erreicht werden konnte. Frei von Kritik ist diese Vorgehensweise des Court of Appeal indes auch in England nicht geblieben.<sup>216</sup>

<sup>208</sup> *FCA v. Arch Insurance (UK) Ltd. et al.* [2021] UKSC 1 [42].

<sup>209</sup> *FCA v. Arch Insurance (UK) Ltd. et al.* [2021] UKSC 1 [43]: „It is a testament to the success of the Test Case Scheme procedure that it will have enabled the important legal issues raised in this case to be finally decided [...] in just over seven months.“

<sup>210</sup> BGH NJW 2022, 872.

<sup>211</sup> [1998] 1 WLR 1123 (zum Fall: *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 171 ff.). S. ferner *Re Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41 (zu *floating charges* im common law); *Office of Fair Trading v. Abbey National plc* [2009] UKSC 6; [2010] 1 AC 696 (zu einem Musterverfahren in Bezug auf Kontoüberziehungsgebühren).

<sup>212</sup> *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 172.

<sup>213</sup> *Bannister v. S. G. B. Plc. and Others and other Cases* [1998] 1 WLR 1123, 1129.

<sup>214</sup> *Bannister v. S. G. B. Plc. and Others and other Cases* [1998] 1 WLR 1123, 1130: „Our purpose is to resolve outstanding problems, and also to provide in a single judgment a comprehensive restatement of existing authority. It should then be unnecessary in future to refer to any earlier authorities on this topic.“ Jedoch sah sich der Court of Appeal in einem Folgeverfahren genötigt, einige Korrekturen und Klarstellungen zur *Bannister*-Entscheidung vorzunehmen (vgl. *Greig Middleton & Co. Ltd. v. Denderowicz and Olaleye-Oruene v. London Guildhall University* [1998] 1 WLR 1164; umfassend zur Thematik *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 173).

<sup>215</sup> *Tanfern Ltd. v. Cameron-Macdonald & Anor* [2000] EWCA Civ 3023; vgl. zudem *Biguzzi v. Ranc Leisure plc.* [1999] 4 ALLER 934 (zur Auslegung der C. P. R.). Ein weiterer *test case* war *R v. Home Secretary, ex parte Wynne* [1992] Q. B. 406.

<sup>216</sup> Vgl. *Jacob* 61 M. L. R. 390, 393 ff. (1998); *Andrews*, English Civil Procedure, 38.61 ff.

#### d) Umsetzung de lege ferenda

De lege ferenda sollte es daher auch im Rahmen der ZPO möglich sein, einen Prozess zum Musterverfahren zu erheben,<sup>217</sup> welches – in Anlehnung an §§ 88 Abs. 3, 129a, 155 Abs. 1 FamFG – einem besonderen Beschleunigungsgrundsatz (fast track) unterliegt,<sup>218</sup> verbunden mit der Möglichkeit, die übrigen Rechtsstreitigkeiten bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über das Musterverfahren auszusetzen,<sup>219</sup> sofern an einem Gericht mehr als 20 Verfahren mit im Wesentlichen gleichem Streitgegenstand anhängig sind. Ergänzend könnte der Musterprozess an geeigneter Stelle im Internet bekannt gemacht werden, damit auch andere, mit gleichen Verfahren befasste Gerichte diese bis zum Abschluss des Musterverfahrens aussetzen können.<sup>220</sup> Kombiniert werden sollte das Verfahren zudem mit einem privilegierten Zugang zum BGH in Form einer modifizierten Sprungrevision,<sup>221</sup> wonach den Parteien statt der Berufung stets die (zugelassene) Revision zum BGH offensteht, und auch das Revisionsverfahren einem besonderen Beschleunigungsgrundsatz unterliegt.<sup>222</sup> Dies würde eine schnelle höchstrichterliche Klärung des Verfahrens durch eine frühe verfahrensabschließende Entscheidung des Revisionsgerichts ermöglichen.<sup>223</sup>

#### aa) Vorteile eines Musterverfahrens

Die Einführung eines Musterprozesses hätte den Vorteil, dass schon in den unteren Instanzen eine beschleunigte Entscheidung des Rechtsstreits erreicht wird und der kontradiktorische Verfahrenscharakter dabei erhalten bleibt. Der Muster-

<sup>217</sup> Zu den Auswahlkriterien vgl. *Vollkommer* MDR 2018, 497, 499.

<sup>218</sup> Ähnlich *Vollkommer* MDR 2018, 497, 499ff., auch zu einer möglichen Verfahrensausgestaltung im GVG.

<sup>219</sup> Vgl. auch Art. 126 schwZPO, wonach ein Interesse an einer Sistierung paralleler Verfahren bei präjudizieller Bedeutung einer Musterentscheidung bestehen kann (näher *Staebelin*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 126 ZPO Rn. 3). Dagegen rechtfertigten Prozesse zu gleichen Rechtsfragen vor anderen Gerichten jedenfalls keine längere Sistierung (vgl. BGE 135 III 127 E. 2–4). Dies soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Ausnahme bleiben (BGE 130 V 91).

<sup>220</sup> *Vollkommer* MDR 2018, 497, 499. Eine materielle Verfahrenskonzentration an einem Gerichtsstand nach Vorbild der US-amerikanischen *multidistrict litigation* (vgl. 28 U. S. C. § 1407) ließe sich dagegen nur schwer in den deutschen Zivilprozess implementieren (dazu *Heese* NJW 2021, 887 Rn. 33 ff.).

<sup>221</sup> Dazu bereits oben sub § 13. II. 1. c).

<sup>222</sup> Bedenkenswert erscheint zudem, in Anlehnung an § 17e Abs. 5 FStrG eine verkürzte Revisionsbegründungs- und Erwidernsfrist vorzusehen, die nur in Ausnahmefällen verlängert werden kann.

<sup>223</sup> Denkbar ist darüber hinaus eine Hochzonung des Musterprozesses an das OLG. Die Hochzonung ist, auch wenn damit allein noch kein Effizienzgewinn einhergeht, ein bewährtes Mittel bei der Musterfeststellungsklage (§ 119 Abs. 3 GVG), dem Musterverfahren nach dem KapMuG (§ 118 GVG), der Verbandsklage (§ 3 Abs. 1 VDuG-E), aber auch in Schiedssachen (§ 1062 ZPO), bei Rechtshilfesuchen (§ 159 Abs. 1 GVG), Justizverwaltungssachen (§ 25 EGGVG), im Aktien- und Umwandlungsrecht (§§ 246a Abs. 1 S. 3, 319 Abs. 6 S. 7 AktG bzw. § 16 Abs. 3 S. 7 UmwG), im Wettbewerbsrecht (§ 91 S. 2 iVm §§ 57 Abs. 2 S. 2, 63 Abs. 4, 83, 85, 86 GWB) sowie bei Entschädigungsklagen wegen überlanger Verfahrensdauer (§ 201 Abs. 1 GVG).

kläger wird insoweit gegenüber den anderen Klägern auch nicht schlechter gestellt, da dessen verfahrensrechtlich exponierte Stellung durch die zügige Rechtsklärung im Allgemeininteresse gerechtfertigt ist. Aufgrund des weiten Ausgestaltungs-ermessens des Gesetzgebers<sup>224</sup> besteht von Verfassungs wegen kein Anspruch auf eine vor- oder nachrangige Verfahrensbehandlung oder einen bestimmten Instanzenzug, zumal der Verlust der Berufungsinstanz durch einen unbeschränkten Zugang zum Höchstgericht kompensiert wird.<sup>225</sup> Auch etwaige Kostenvorteile, die den ausgesetzten Verfahren zugutekommen, weil die dortigen Parteien auf das Ergebnis der Beweisaufnahme des Musterverfahrens zurückgreifen oder ihre Klage nach Erlass des Musterurteils ggf. zurücknehmen können, begründen keine verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung zu den Musterparteien,<sup>226</sup> zumal einer übermäßigen Kostenbelastung durch eine gesonderte Kostentragsregel<sup>227</sup> oder Prozesskostenhilfe begegnet werden kann.<sup>228</sup> Der Umstand, dass ein Verfahren aufgrund seiner – aus Perspektive der betroffenen Parteien rein zufälligen – rechtsgrundsätzlichen Bedeutung für die Allgemeinheit mehrere Instanzen durchläuft, stellt auch sonst im Prozessrecht ein nicht steuerbares, allgemeines Lebensrisiko dar.

#### bb) Zulässigkeit einer Verfahrensaussetzung

Auch eine Verfahrensaussetzung der Folgeverfahren (vgl. § 148 ZPO) verstößt nicht gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes, sofern der Musterprozess nach einem beschleunigten Verfahren durch das Höchstgericht zeitnah abgeschlossen wird.<sup>229</sup> Vielmehr entspricht es bereits jetzt verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Gedanke der Prozessökonomie ein zulässiges Kriterium für die Aussetzung eines Rechtsstreits sein kann.<sup>230</sup> Dementsprechend hat sich auch in der jüngeren

<sup>224</sup> S. oben sub § 3. I. 1. c) aa).

<sup>225</sup> Als problematisch erweist sich hingegen, dass eine höchstrichterliche Klärung nicht erreicht werden kann, wenn der Musterprozess durch Klagerücknahme oder außergerichtliche Einigung erledigt wird, was erhebliche Teile der bis dahin angefallenen Prozessergebnisse obsolet machen könnte. Dies ließe sich nur dadurch umgehen, dass automatisch Ersatz-Musterparteien benannt werden (vgl. § 13 Abs. 1 KapMuG: Bei Rücknahme der dem Musterverfahren zugrundeliegenden Klage bestimmt das OLG einen neuen Musterkläger. Eine übereinstimmende Beendigung des Verfahrens kann nur erfolgen, wenn Musterkläger, Musterbeklagter und die Beigeladenen dies übereinstimmend erklären, § 13 Abs. 5 S. 1 KapMuG).

<sup>226</sup> Vgl. Schoch/Schneider-*Rudisile* § 93a VwGO Rn. 3 (zum Verwaltungsverfahren).

<sup>227</sup> Besonderheiten können sich z. B. mit Blick auf Sachverständige und Zeugenvernehmungen ergeben, sofern diese Kosten nur im Musterverfahren anfallen. Insoweit ist denkbar, dass die Justizkasse von einer Kostenerhebung absieht, wenn dies unbillig erscheinen würde, oder eine Haftung der beteiligten Kläger kopfteilig oder nach dem Verhältnis der jeweiligen Forderung erfolgt (in diese Richtung *Reuschle* WM 2004, 966, 978; s. ferner § 24 Abs. 1 KapMuG).

<sup>228</sup> Vgl. BVerfGE 54, 39, 41.

<sup>229</sup> Vgl. BVerfGE 54, 39, 40ff.: § 93a VwGO ist insoweit verfassungsrechtlich zulässig.

<sup>230</sup> Vgl. hierzu BVerfG NJW 2004, 501 (s. ferner BGH NJW 1998, 1957), wonach es zulässig ist, § 148 ZPO in einem Zivilprozess entsprechend heranzuziehen, wenn ein vergleichbares Verfahren beim BVerfG anhängig ist. Gem. § 33 Abs. 1 BVerfGG kann auch das BVerfG ein Verfahren bis zur Erledigung eines bei einem anderen Gericht anhängigen Verfahrens aussetzen, wenn die Feststellungen oder die Entscheidung dieses Gerichts für die verfassungsgerichtliche

Rechtsprechung von BAG und BGH durchgesetzt, dass ein Revisions- oder Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren in entsprechender Anwendung von § 148 Abs. 1 ZPO ausgesetzt werden kann, wenn die entscheidungserhebliche Frage von der Auslegung des Unionsrechts abhängt und dazu ein Muster-Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH anhängig gemacht wurde.<sup>231</sup>

Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber zudem mit Blick auf die Verbandsklage (§ 1 Abs. 1 VDUG-E) aufgegriffen: Das VRUG<sup>232</sup> sieht eine neue Aussetzungsmöglichkeit auf Antrag des Klägers vor (§ 148 Abs. 2 ZPO-E), wenn die Entscheidung des Individualrechtsstreits vom Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen bzw. Rechtsfragen abhängt, die Gegenstand einer Verbandsklage sind, wobei die Verhandlung bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder sonstigen Erledigung des Verbandsklageverfahrens auszusetzen ist. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes macht es indes erforderlich, dass die betroffenen Parteien auch im Zusammenhang mit einem Musterfahren gegen eine gesetzwidrige, d. h. nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Aussetzung mit der sofortigen Beschwerde gem. § 252 ZPO vorgehen können.<sup>233</sup>

Als Achillesverse bei der Implementierung eines zivilprozessualen Musterverfahrens erweist sich jedoch die Verwertung von Tatsachenfeststellungen in den Folgeverfahren. Während die rechtliche Würdigung durch das Revisionsgericht jedenfalls faktisch eine präjudizielle Wirkung in den ausgesetzten Verfahren entfalten würde,<sup>234</sup> macht die Frage, inwieweit Beweisergebnisse aus dem Musterprozess übertragen werden können, eine gesetzliche Neuregelung notwendig. Eine beweisrechtliche Bindung von Parteien, die nicht am Musterprozess beteiligt wurden, wäre de lege lata nicht mit Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK zu vereinbaren<sup>235</sup> und daher nur möglich, sofern eine über § 411a ZPO hinausgehende und

---

Entscheidung von Bedeutung sein können. Auch gem. § 74 FGO ist ein Verfahren auszusetzen, wenn ein nicht offensichtlich aussichtsloses Musterverfahren beim BVerfG anhängig ist, dessen Gegenstand die Verfassungsmäßigkeit einer im Streitfall entscheidungserheblichen Regelung ist, und die Parteien kein Interesse an einer unmittelbaren Entscheidung trotz des beim BVerfG anhängigen Verfahrens haben (BFH BFH/NV 2008, 63; BStBl. II 2013, 423; BFH/NV 2016, 232; BFH/NV 2016, 376).

<sup>231</sup> Insbesondere BAG NZA 2021, 1273, 1277, wonach „der Zweck der Prozessökonomie und die damit verbundene Beschleunigung der Verfahren“ auch in einem Prozess zu beachten sein können, in dem eine Rechtsfrage vorgreiflich ist. Hintergrund der Entscheidung sind Fragen zu Zuschlägen für Nacharbeit, zu denen fast 400 Revisionsverfahren vor dem BAG anhängig sind und in denen sich im Wesentlichen identische Fragen des Unionsrechts stellen. S. ferner BVerwGE 123, 322, 346; BAG NZA 2011, 710 ff.; BGH RIW 2012, 405 Rn. 7 ff.; RIW 2014, 78 Rn. 23; BeckRS 2016, 7524 Rn. 7; Beschl. v. 10.05.2022 – VIII ZR 149/21, juris Rn. 14; Beschl. v. 31.05.2022 – VI ZR 223/21, juris Rn. 9 f.; Beschl. v. 28.03.2023 – VI ZR 225/21, juris Rn. 14; Beschl. v. 08.03.2022 – VIII ZR 149/21, juris Rn. 3 ff.

<sup>232</sup> S. zum Verhältnis zwischen Verbandsklage und Revisionsverfahren bereits sub § 13.I.1.c).

<sup>233</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 2539, 2541, sowie *Knops* ZZZ 2022, 461 ff. (zur Aussetzung gem. § 8 KapMuG).

<sup>234</sup> Zu diesem Aspekt bereits sub § 5. V. 1.

<sup>235</sup> S. bereits *Braun* NJW 1998, 2318, 2323, in Erwiderung auf *von Bar*, Gutachten A zum 62. DJT, A 94 f. Im Rahmen eines Kapitalanleger-Musterverfahrens kommt den Beigeladenen daher eine besondere Verfahrensstellung zu (vgl. § 14 S. 2 KapMuG).

§ 93a Abs. 2 S. 2 VwGO vergleichbare Regelung in die ZPO implementiert werden würde.<sup>236</sup>

### cc) Bewertung

Die Etablierung eines Musterverfahrens mit privilegiertem Zugang zum Revisionsgericht könnte eine effektive Ergänzung des geltenden Rechts darstellen. Dies gilt insbesondere für Breitenverfahren mit einem personell und sachlich abgrenzbaren Parteienkreis, bei denen eine Verbandsklage generell nicht durchgeführt werden kann, weil die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 VDuG-E nicht erfüllt sind, oder eine solche aus tatsächlichen Gründen nicht realisiert wird. Dabei werden weder die Rechte der Parteien des Musterprozesses noch der ausgesetzten Verfahren unzulässig beeinträchtigt, sofern eine beschleunigte Verhandlung und Entscheidung in der Ausgangs- und Revisionsinstanz auch bei komplexen Tat- und Rechtsfragen erfolgt. Vielmehr kann der aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Anspruch auf effektiven Rechtsschutz sogar ein gesetzgeberisches Eingreifen erforderlich machen, sofern eine zügige Entscheidung andernfalls aufgrund einer Überlastung der mit massenhaften Verfahren konfrontierten Instanzgerichte nicht möglich ist.

Musterprozesse bieten dabei den Vorteil, dass mit ihnen – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – eine zügige kontradiktorische Entscheidungsklä rung erreicht werden kann. Dies gilt insbesondere bei Verfahren, in denen der Sachverhalt im Wesentlichen unstrittig ist. Die bisherigen Erfahrungen der deutschen Justiz mit dem KapMuG<sup>237</sup> als hybrides Mischmodell mit Elementen einer Muster- und einer Gruppenklage legen jedoch nahe, dass der Erfolg eines solchen Verfahrens entscheidend von einer effizienten Verfahrensführung und -straffung sowie der Möglichkeit, Beweisergebnisse im Folgeprozess verwerten zu können, abhängt. Bei sehr umfangreichen und komplexen Verfahren (etwa im Bank- und Kapitalmarktrecht) dürfte ein Musterverfahren daher auch in Zukunft keine geeignete Verfahrensstruktur zur zeitnahen Rechtsklärung bilden – hier kann nur eine echte Verbandsklage Abhilfe schaffen.

## 3. Vorlageverfahren

### a) Grundsatz

Der verstärkte Einsatz von Sprungrevision und Musterverfahren kann daher einen nachhaltigen Beitrag zur schnellen höchstrichterlichen Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen leisten, leidet jedoch an zwei Hemmnissen: Zum einen hängt die Entscheidung über die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens noch immer vorrangig vom Willen der betroffenen Partei ab, welche daran auf-

<sup>236</sup> Vgl. zu den hiermit verbundenen Problemen: Schoch/Schneider-*Rudisile* § 93a VwGO Rn. 18, sowie *Vollkommer* MDR 2018, 497, 500, der eine ‚weiche‘ Bindungswirkung in Anlehnung an § 529 ZPO im Rahmen der Folgeprozesse präferiert.

<sup>237</sup> Vgl. oben sub § 13. I. 1. b) bb).

grund der derzeitigen Verfahrens- und Kostenstruktur nicht immer ein Interesse hat.<sup>238</sup> Zum anderen finden Rechtsmittel grundsätzlich nur gegen die eine Instanz abschließenden Endurteile statt (vgl. § 542 Abs. 1 i. V. m. § 300 Abs. 1 ZPO). Zwischenurteile (§ 303 ZPO) sind im Grundsatz nicht selbstständig anfechtbar<sup>239</sup> – ein Gedanke, der schon beim Verbot von Rechtsmitteln gegen *Interlokute* vor dem RKG Einzug in das deutsche Prozessrecht gefunden hatte.<sup>240</sup> Eine Abschichtung des Prozessstoffs erfolgt nicht, weshalb eine höchstrichterliche Rechtsklärung erst dann herbeigeführt werden kann, wenn das Verfahren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entscheidungsreif ist.<sup>241</sup> Vorfragen, die Einfluss auf den Ausgang des Rechtsstreits haben, können daher nur inzidenter, nicht jedoch prinzipialiter gerichtlich entschieden werden.

Zur Bewältigung dieser Problemkreise werden de lege ferenda<sup>242</sup> verschiedene Vorlageverfahren diskutiert, bei denen das Ausgangs- oder Berufungsgericht unabhängig vom Willen der Parteien eine Klärung bedeutsamer Rechtsfragen vor Erlass einer die Instanz abschließenden Entscheidung herbeiführen kann. Auch die 92. Justizministerkonferenz hat sich jüngst für die Einführung eines zivilprozessualen Vorabentscheidungsverfahrens ausgesprochen,<sup>243</sup> damit rechtsgrundsätzliche Fragen unabhängig vom Parteiwillen höchstrichterlich geklärt werden können.

#### b) Rechtshistorische und -vergleichende Erscheinungsformen

Bereits historisch ist dieses Modell nicht ohne Vorbilder: Schon das römische Recht kannte das *ius respondendi (ex auctoritate principis)*,<sup>244</sup> durch das einzelne Respondierjuristen vom Kaiser legitimiert wurden, mit einer neuen Rechtsfrage konfrontierten Gerichten eine Antwort auf diese zu erteilen. Auch im germanischen ding-genossenschaftlichen Prozess war die Anrufung eines Oberhofes zur Entscheidung von Rechtsfragen möglich.<sup>245</sup> Gleichsam ist das im deutschen Recht

<sup>238</sup> Dazu bereits sub § 3. III. 2.

<sup>239</sup> Einzelheiten bei MünchKommZPO/Krüger § 542 Rn. 5 f.: Ein Teilurteil ist revisionsfähig, wenn die Entscheidung durch Teil- und nachfolgendes Schlussurteil ergeht (vgl. BGH NJW 1977, 1152 [zum alten Recht]).

<sup>240</sup> Einzelheiten bei *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 24.

<sup>241</sup> Nur punktuell sieht der Gesetzgeber aus prozessökonomischen Gründen eine Abschichtung des Streitstoffs vor; dies betrifft insbesondere die Zulässigkeit der Klage (§ 280 Abs. 2 S. 1 ZPO) sowie eine Entscheidung über den Anspruchsgrund (§ 304 Abs. 2 ZPO). Auch Vorbehaltsurteile können selbstständig anfechtbar sein, vgl. § 302 Abs. 3 ZPO.

<sup>242</sup> Bislang fehlt dem BGH eine solche Kompetenz, vgl. BGH NJW 1986, 1815 („Rechtsfragen ohne Bezug auf ein konkretes Rechtsverhältnis sind jedoch nach allgemeiner Meinung nicht feststellungsfähig i. S. des § 256 ZPO.“).

<sup>243</sup> Vgl. Top I.10 – Beschluss der 92. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, insbesondere sub 3; eine vergleichbare Forderung stellt auch der Deutsche Richterbund (Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren – Vorschläge zur besseren Bewältigung von Massenverfahren durch die Justiz, S. 14 ff. [<https://www.drb.de/newsroom/presse-mediencenter/nachrichten-auf-einen-blick/nachricht/news/dr-b-fordert-gesetzesanderungen-fuer-massenverfahren>, 30.08.2023]). S. zu den nachfolgenden Ausführungen bereits *Rapp* JZ 2020, 294 ff.

<sup>244</sup> *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 141 ff.

<sup>245</sup> Dazu *Kirschvink*, Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, S. 15 f. (mit Verweis auf

lange bekannte Institut der Aktenversendung (*transmissio actorum*) zu nennen, mit dem Gerichte bei komplexen Rechtsfragen von juristischen Fakultäten Rechtsgutachten (*consilia/responsa*) oder sogar Urteilsentwürfe einholten.<sup>246</sup> Diese Konzepte der Rechtsklärung haben in verschiedenen Rechtsordnungen bis heute überdauert.

aa) *Frankreich*

(1) *Saisine pour avis*

Neben der vornehmlich den Parteien offenstehenden Kassationsbeschwerde<sup>247</sup> ermöglicht auch das Vorlageverfahren der *saisine pour avis* (Art. 1031-1 ff. C. P. C.) eine Anrufung der Cour de Cassation. Dieses – zunächst im Verwaltungsprozess etablierte<sup>248</sup> – Verfahrensmodell wurde 1991 vom französischen Gesetzgeber zur Effektivierung des Zivilprozesses eingeführt;<sup>249</sup> Hauptgrund war die starke Arbeitsbelastung und Schwerfälligkeit des Kassationsverfahrens.<sup>250</sup> Kern des Verfahrens ist die Möglichkeit, dem Kassationshof eine ungeklärte<sup>251</sup> Rechtsfrage zur Beantwortung durch ein Instanzgericht vorzulegen. Beabsichtigt der Richter eines Untergerichts, die Meinung des Kassationshofs zu einer bestimmten Rechtsfrage<sup>252</sup> einzuholen, teilt er dies den Parteien mit und gibt Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Frist.<sup>253</sup> Im Anschluss kann der Richter die

---

*Grimm* im Vorwort zu *Thomas*, Der Oberhof zu Frankfurt und das fränkische Recht in Bezug auf denselben, Frankfurt am Main 1841, S. XI: Man „entlieh das recht, wie feuer und licht bei dem nachbar [...] wie die geholte flamme mit nach haus getragen und gebraucht wurde, liess man sich auch in dem auswärtigen mallum nur das recht weisen, um es hernach einzubringen und den parteien wieder auf der ersten gerichtsstätte zu verkünden“.

<sup>246</sup> Einzelheiten bei *Klugkist* JZ 1967, 155 ff.; *Bülow*, Das Ende des Aktenversendungsrechts, S. 1 ff.; *Oestmann*, Aktenversendung, in: HRG, Bd. I, Sp. 128 ff.; *Kroeschell/Cordes/Neblsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 291 f.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, S. 50 ff.

<sup>247</sup> Vgl. Art. 604 ff. C. P. C. sowie schon sub § 9. III.

<sup>248</sup> Art. 12 loi no. 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif; vgl. zudem CE v. 20.11.2013, D. 2013, 2780, note *Chassin*, sowie umfassend zum Verfahren *Martin-Laprade* AJDA 1988, 85, 89 ff.

<sup>249</sup> Loi no. 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation; umfassend zur Reform *Morgan de Rivery-Guillard* JCP 1992 I 3576; *Libchaber* RTD Civ. 2003, 157 ff. Gem. Art. 706-64 ff. Code de procédure pénale ist eine Vorlage auch im Strafverfahrensrecht möglich.

<sup>250</sup> Dazu bereits sub § 9. I und II. Nach *Ferrand* (The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?, in: van Rhee/Fu [Hrsg.], Supreme Courts in Transition in China and the West, S. 175, 192) haben sich die damit verbundenen Hoffnungen, die Verfahrenslast vor der Cour de Cassation signifikant zu reduzieren, indes nicht in dem antizipierten Maße bestätigt.

<sup>251</sup> Andernfalls ist die Vorlage unzulässig, vgl. Cass. avis v. 24.01.1994, no. 09-30.019; Soc. v. 26.10.2017, no. 17-70.010 P.

<sup>252</sup> Zum Begriff: Cass. avis v. 24.01.1994, no. 09-30.017 P; Cass. avis v. 17.12.2012, no. 12-00.013 P.

<sup>253</sup> Art. 1031-1 Abs. 1 C. P. C. Ist die Fristsetzung zur Stellungnahme der Parteien unterblieben, ist die Vorlage unzulässig (Cass. avis v. 08.10.2007, no. 07-00.012, Bull. avis no. 8; Cass. avis v. 02.04.2012, no. 12-00.001, Bull. avis no. 3; Cass. avis v. 14.01.2013, no. 12-00.014, Bull. avis no. 1).

zu beantwortende Rechtsfrage durch nicht anfechtbaren Beschluss und unter Beifügung der Stellungnahmen der Parteien an den Kassationshof vorlegen und das Gerichtsverfahren bis dahin aussetzen.<sup>254</sup>

Das Vorlageverfahren ist auf ungeklärte und schwierige Rechtsfragen, die in einer Vielzahl von Fällen auftreten können („une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges“) beschränkt und kann sowohl zivil- als auch arbeitsrechtlicher Natur sein.<sup>255</sup> Durch die Kriterien der Breitenwirkung und der Schwierigkeit wird einer Überlastung des Kassationshofs vorgebeugt.<sup>256</sup> Die *saisine* ist zudem gegenüber einem anhängigen *pourvoi en cassation* nachrangig, weil insoweit mit der alsbaldigen höchstrichterlichen Klärung der Rechtsfrage zu rechnen ist.<sup>257</sup>

Über die Vorlage entscheidet eine Zivilkammer der Cour de Cassation oder – bei grundsätzlichen Fragen – die *Assemblée plénière*.<sup>258</sup> Das Kassationsgericht gibt seine Stellungnahme innerhalb von drei Monaten ab.<sup>259</sup> Vor dem Hintergrund der richterlichen Unabhängigkeit und der Stellung des Kassationshofs im französischen Gerichtsaufbau ist die Stellungnahme für das anfragende Gericht jedoch nicht bindend<sup>260</sup> und kann aufgrund ihres abstrakt-generellen Ausspruchs nicht in Rechtskraft erwachsen,<sup>261</sup> hat jedoch faktisch die Wirkung einer Leitentscheidung, da sie im Bulletin des Kassationshofs und – bei einer entsprechenden Bedeutung – auch im Journal officiel de la République française veröffentlicht wird.<sup>262</sup>

## (2) Question prioritaire de constitutionnalité

Neben der *saisine pour avis* existiert seit dem Jahr 2010 zudem das Verfahren der *question prioritaire de constitutionnalité*, welches partiell das Fehlen einer Individualverfassungsbeschwerde in Frankreich kompensieren soll: Gem. Art. 61-1 der französischen Verfassung können Fragen zur Vereinbarkeit einer Gesetzesbestimmung mit der französischen Verfassung vor der Entscheidung des Rechtsstreits entschieden werden. Das zur Entscheidung berufene Instanzgericht kann die für verfassungswidrig erachtete Bestimmung der Cour de Cassation vorlegen, welche diese wiederum an den Conseil Constitutionnel weiterleitet, wenn die Vorlage zu-

<sup>254</sup> Art. 1031-1 Abs. 2 C. P. C.; Art. R441-1 C. O. J.

<sup>255</sup> Art. L. 441-1 Abs. 1 und Abs. 2 C. O. J. Vgl. zur Unterscheidung zwischen *question nouvelle* und *question ancienne non résolue*: Boré/Boré, La cassation en matière civile, Rn. 24.32.

<sup>256</sup> Einzelheiten bei Boré/Boré, La cassation en matière civile, Rn. 24.33. f. Die Rechtsfrage muss für den anhängigen Rechtsstreit entscheidungserheblich sein (Cass. avis v. 20.10.2000, no. 02-00.014, Bull. avis no. 8; Cass. avis v. 08.10.2001, no. 01-00.006, Bull. avis no. 5).

<sup>257</sup> Vgl. Cass. avis v. 09.10.1992, D. 1993. Somm. 188, obs. Julien; Cass. avis v. 24.01.1994, no. 09-30.017 P; Cass. avis v. 31.05.1999, no. 99-20.008 P; Cass. avis v. 04.04.2011, no. 11-00.002, Bull. avis no. 4; Cass. avis v. 22.10.2012, no. 12-00.012, Bull. avis no. 9.

<sup>258</sup> Vgl. bereits sub § 9. III. 3. b).

<sup>259</sup> Art. 1031-3 C. P. C.

<sup>260</sup> Art. L441-3 C. O. J. sowie bereits sub § 9. I. und V.

<sup>261</sup> Boré/Boré, La cassation en matière civile, Rn. 24.52.

<sup>262</sup> Einzelheiten bei Boré/Boré, La cassation en matière civile, Rn. 24.44; Art. R433-4 C. O. J.; Art. 1031-6 C. P. C.

lässig ist.<sup>263</sup> Im Jahr 2022 ergingen auf diese Weise 67 Entscheidungen des Conseil Constitutionnel in einer *question prioritaire de constitutionnalité*.<sup>264</sup>

### (3) Bewertung

Die *saisine pour avis* stößt in der französischen Justiz, insbesondere bei Verbraucherstreitigkeiten, auf Zuspruch,<sup>265</sup> obwohl der Begründungsstil der Cour de Cassation als Hindernis für das Verfahren angesehen wird.<sup>266</sup> Die Beschränkung auf grundsätzliche Rechtsfragen, die eine erhebliche Bedeutung über den einzelnen Rechtsfall hinaus haben, garantiert dabei, dass die Cour de Cassation nur mit Verfahren von übergeordneter Bedeutung konfrontiert wird. Vorrangiges Ziel der *saisine pour avis* ist die Harmonisierung der Rechtsprechung bei der Bewältigung neu auftretender Rechtsfragen und bei neu erlassenen Gesetzen.<sup>267</sup> Auch wenn dabei der Nutzen des Verfahrens an sich nicht in Frage gestellt wird, wird in der französischen Diskussion immer wieder der Widerspruch hervorgehoben, dass die Entscheidung zwar einerseits nicht der Rechtskraft fähig ist, andererseits jedoch eine quasi-präjudizielle Wirkung für die unteren Instanzen hat.<sup>268</sup> Zudem wird teilweise auf die Gefahren einer zu abstrakten Rechtsfortbildung hingewiesen, welche den Bezug zu den Besonderheiten des Individualverfahrens verloren hat.<sup>269</sup>

#### bb) Niederlande

Auch am Hoge Raad der Niederlanden – historisch ein Kassationsgericht französischer Prägung<sup>270</sup> – wurde 2012 in Art. 392 ff. W. B. R. ein Anfrageverfahren (*Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*) etabliert.<sup>271</sup> Der Gesetzgeber reagierte damit auf

<sup>263</sup> *Boré/Boré*, La cassation en matière civile, Rn. 24.120, 96.11; umfassend *dies.*, Répertoire de procédure civile – Cour de cassation, Rn. 237 ff. Allerdings können im Rahmen dieses Vorlageverfahrens nur *droits et libertés que la Constitution garantit* geltend gemacht werden.

<sup>264</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique> [30.08.2023].

<sup>265</sup> Vgl. die Statistik bei <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/questions-en-cours/calendrier-des-avis> [30.08.2023] sowie *Fulchiron* D. 2015, 21 („Certes, le procédé est maintenant entré dans les mœurs: après 23 ans d’existence, son utilité n’est plus contesté [...]“).

<sup>266</sup> Vgl. *Fulchiron* D. 2015, 21 f. S. zu aktuellen Reformüberlegungen der *saisine pour avis*: Cour de Cassation, Rapport Annuel – 2022, S. 25 f. ([https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel\\_2022.pdf](https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2022.pdf) [30.08.2023]).

<sup>267</sup> S. hierzu die Erläuterungen auf der Internetpräsenz der Cour de Cassation ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/avis\\_15/presentation\\_saisine\\_avis\\_8018/saisine\\_avis\\_quelques\\_mots...\\_36051.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/presentation_saisine_avis_8018/saisine_avis_quelques_mots..._36051.html) [30.08.2023]).

<sup>268</sup> *Fulchiron* D. 2015, 21.

<sup>269</sup> Vgl. das gemischte Fazit bei *Boré/Boré*, Répertoire de procédure civile Cour de cassation, Rn. 203: „Cet avantage incontestable ne doit cependant pas dissimuler les limites du procédé ainsi utilisé. On ne peut méconnaître le processus de formation progressive du droit jurisprudentiel: c’est de l’application de la loi au cas d’espèce que naissent les difficultés qui obligent à polir et souvent même à infléchir la règle de droit. Il n’est aucun principe qui ne soit assorti de conditions d’application plus ou moins nombreuses, que seule la pratique permet de dégager.“

<sup>270</sup> Art. 419 Abs. 1 W. B. R.: „De Hoge Raad bepaalt zich bij zijn onderzoek tot de middelen waarop het beroep in cassatie steunt.“ Zu den historischen Hintergründen vgl. ausführlich *Numann* 80 RabelsZ 2016, 313 f.

<sup>271</sup> Art. 1 Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad v. 09.02.2012; näher zum Verfahren auch *Stadler* FS Klamaris, S. 753, 767.

ähnliche Probleme, wie sie die deutsche Justiz in den letzten Jahren erfahren hat: Es wurden mehrere tausend Individualklagen in einem komplexen Anlageverfahren anhängig gemacht, die zu einer erheblichen Belastung für die Gerichte führten, ehe der Hoge Raad in einem Pilotverfahren entscheiden konnte. Um den angestauten Verfahrensrückstand abzubauen, verkündete der Hoge Raad dabei nicht nur ein kontradiktorisches Urteil, sondern legte über den Streitgegenstand hinaus allgemein Leitlinien fest, wie in vergleichbaren Fällen judiziert werden sollte.<sup>272</sup> Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass, ein zivilprozessuales Vorlageverfahren zur präsumtiven Vermeidung von Massenverfahren zu implementieren.

Gem. Art. 392 Abs. 1 W.B.R. kann ein Instanzgericht dem Hoge Raad eine entscheidungserhebliche Frage, die sich in einer Vielzahl von Streitigkeiten stellt, vorlegen und das Verfahren bis dahin aussetzen. In der Praxis machen sowohl erstinstanzliche als auch die Berufungsgerichte von dieser Vorlagemöglichkeit in allen Rechtsgebieten Gebrauch, wobei die Verfahren vom Hoge Raad mit besonderer Sorgfalt behandelt werden.<sup>273</sup> In die Vorlageentscheidung sind der gerichtlich festgestellte Sachverhalt und die Stellungnahmen der Parteien aufzunehmen; ein Rechtsmittel gegen die Vorlageentscheidung gibt es nicht (Art. 392 Abs. 3 W.B.R.).<sup>274</sup> Am Hoge Raad erfolgt zunächst eine Anhörung des Procureur-Generaal<sup>275</sup> und der Parteien (Art. 393 Abs. 1 W.B.R.) sowie die fakultative Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Art. 393 Abs. 4 W.B.R.). Meist erfolgt innerhalb von sechs Monaten<sup>276</sup> – wiederum unter Mitwirkung des Procureur-Generaal – eine Entscheidung,<sup>277</sup> wobei das Gericht nicht an die Formulierung der Vorlagefrage gebunden ist und deren Beantwortung auch ablehnen kann, wenn diese keine Bedeutung für die Allgemeinheit hat oder nicht im Wege einer Vorabentscheidung beantwortet werden kann (vgl. Art. 393 Abs. 8 W.B.R.). Ausdrücklich bleibt eine Entscheidung des Hoge Raad jedoch möglich, wenn diese für das Ausgangsverfahren nicht mehr notwendig sein sollte (Art. 393 Abs. 9 W.B.R.). Die abgeschlossenen Verfahren sind online abrufbar.<sup>278</sup>

<sup>272</sup> Einzelheiten bei *Verkerk/van Rhee*, The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 77, 93 f.

<sup>273</sup> Vgl. *Numann* RabelsZ 2016, 313, 324.

<sup>274</sup> Für die Bearbeitung einer Vorabentscheidungsfrage fallen weder für die Prozessparteien noch für Dritte Gerichtsgebühren an (*Numann* RabelsZ 2016, 313, 323).

<sup>275</sup> Am Hoge Raad gibt es einen Leitenden Generalanwalt (Procureur-Generaal) und 22 Generalanwälte (Advocaten-Generaal), die die Richter bei ihren Aufgaben durch Gutachten und Voten unterstützen (näher *Numann* 80 RabelsZ 2016, 313, 317).

<sup>276</sup> *Verkerk/van Rhee*, The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 77, 94.

<sup>277</sup> Art. 393 Abs. 6 und Abs. 7 W.B.R. Auch Dritte können ggf. eine schriftliche Stellungnahme abgeben, vgl. Art. 393 Abs. 2 W.B.R.

<sup>278</sup> Vgl. <https://www.hogeraad.nl/prejudiciële-vragen?Filter.Rechtsgebied=1> [30.08.2023]. In den letzten Jahren wurden durchschnittlich acht Verfahren p. a. erledigt (*Numann* RabelsZ 2016, 313, 323).

cc) *Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH*

Auch auf europäischer Ebene existiert mit dem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV ein Modell der vom Parteiwillen unabhängigen Rechtsklärung. Es handelt sich – nicht zuletzt aufgrund eines fehlenden Individualzugangs zum EuGH<sup>279</sup> – um die häufigste Entscheidungsform des Gerichtshofs und die mit Abstand wichtigste Verfahrensart.<sup>280</sup> Prozessual handelt es sich um ein der Parteiherrschaft entzogenes<sup>281</sup> Zwischenverfahren<sup>282</sup> als

„Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit Hilfe dessen ersterer letzteren die Kriterien für die Auslegung des Unionsrechts an die Hand gibt“.<sup>283</sup>

Damit konnte der EuGH wesentlich zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung beitragen; seit Gründung des EuGH wurden mehr als 10.000 Vorabentscheidungsersuchen durchgeführt.<sup>284</sup> Die Verfahrensstruktur wird dabei in den Art. 93 ff. VO EuGH näher ausgestaltet, insbesondere hinsichtlich der äusserungsberechtigten Personen und Institutionen (Art. 96), der Kosten (Art. 102), sowie mit Blick auf die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens (Art. 105).

dd) *Vorabentscheidungsverfahren zum EGMR*

Durch das XVI. Zusatzprotokoll zur EMRK existiert ferner ein Vorabentscheidungsverfahren zum EGMR.<sup>285</sup> Im Interesse eines engen fachlichen Austauschs zwischen den nationalen Gerichten und dem EGMR haben die Höchstgerichte eines Signatarstaates die – freiwillige<sup>286</sup> – Möglichkeit, beim Gerichtshof ein Rechtsgutachten in Bezug auf „questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto“ einzufordern, sofern dies für die Lösung eines anhängigen Rechts-

<sup>279</sup> Dazu umfassend *Bruns* JZ 2011, 325 ff.

<sup>280</sup> S. o. sub § 5. II. 1. sowie *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 4.

<sup>281</sup> Vgl. EuGH Slg. 2006, I-443 Rn. 28; Slg. 2008, I-411 Rn. 41, sowie die Empfehlungen des EuGH an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (2019/C 380/01). Gem. Art. 100 Abs. 1 VO EuGH verliert der Gerichtshof nach Rücknahme des Ersuchens seine Entscheidungskompetenz; diese kann bis zur Bekanntgabe des Termins der Urteilsverkündung berücksichtigt werden (vgl. EuGH Slg. 1974, 51 Rn. 7/9 sowie jüngst BGH NZG 2021, 702).

<sup>282</sup> *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 1.

<sup>283</sup> EuGH Slg. 1990, I-3763 Rn. 33; Slg. 2001, I-2099 Rn. 8; Slg. 2002, I-1529 Rn. 24.

<sup>284</sup> *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 4. Die durchschnittliche Verfahrensdauer liegt dabei jedoch deutlich über einem Jahr (vgl. [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-04/ra\\_jud\\_2020\\_de.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-04/ra_jud_2020_de.pdf) [30.08.2023]).

<sup>285</sup> Dieses ist in Bezug auf 22 Signatarstaaten in Kraft getreten und wurde von drei weiteren Staaten bereits unterzeichnet (nicht jedoch von Deutschland), vgl. [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=mu198M4U](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=mu198M4U) [30.08.2023].

<sup>286</sup> Vgl. Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, No. 7. Für eine Gutachtenanfrage durch die französische Cour de Cassation vgl. jüngst EGMR EuGRZ 2019, 185.

streits notwendig ist.<sup>287</sup> Eine Kammer aus fünf Richtern entscheidet dabei über die Annahme des Ersuchens und trifft nach pflichtgemäßem Ermessen<sup>288</sup> entweder eine begründete (Art. 2 Abs. 1 S. 2 Prot. XVI) Ablehnungsentscheidung oder verweist die Anfrage an die große Kammer (Art. 2 Abs. 2 Prot. XVI). Diese soll mit Priorität beantwortet werden.<sup>289</sup> Dabei hat der Vertragsstaat, dessen Gericht die Anfrage gestellt hat, umfassende Mitwirkungsrechte, obwohl es sich nicht um ein adversatorisches Streitverfahren handelt (vgl. Art. 6 Prot. XVI). Die begründete (Art. 4 Abs. 1 Prot. XVI) Entscheidung ist nicht bindend für das anrufende Gericht (Art. 5 Prot. XVI), jedoch Teil des Rechtsprechungs-acquis bei der Auslegung der EGMR.<sup>290</sup>

*ee) Vereinigte Staaten von Amerika*

Auch in den USA<sup>291</sup> existieren verschiedene Vorlagemodelle zur Klärung von Rechtsfragen durch eine übergeordnete Instanz oder das Gericht einer anderen Jurisdiktion. Dabei ist insbesondere das *certified question*-Verfahren vor den Federal Courts zu nennen.

*(1) Entscheidungsvorlage zum US Supreme Court*

Gem. 28 U. S. C. § 1254(2)<sup>292</sup> sowie S. C. R. 19 kann ein (Federal) Court of Appeals nach seinem Ermessen eine ungeklärte Rechtsfrage an den US Supreme Court vorlegen. Dieses sog. *certified question*-Verfahren<sup>293</sup> ist auf Rechtsfragen beschränkt (S. C. R. 19.1 S. 3), wobei dem Supreme Court ein Selbsteintrittsrecht zusteht und er auch das gesamte Verfahren *sua sponte* entscheiden kann.<sup>294</sup> Jedoch steht die Ent-

<sup>287</sup> Art. 1 Abs. 1 und 2 Prot. XVI. Umfassend, auch zum Verhältnis des Vorlageverfahrens zum Vorabentscheidungsersuchen gem. Art. 267 AEUV: *Gundel* EuR 2015, 609 ff.

<sup>288</sup> Explanatory Report (o. Fn. 286), No. 14: „The Court has a discretion to accept a request or not, although it is to be expected that the Court would hesitate to refuse a request that satisfies the relevant criteria [...]“

<sup>289</sup> Vgl. Explanatory Report (o. Fn. 286), No. 17.

<sup>290</sup> Vgl. Explanatory Report (o. Fn. 286), No. 27.

<sup>291</sup> In England wird das *reference question*-Verfahren dagegen kaum genutzt, vgl. z. B. C. P. R. PD 52D 18.1 (Vorlageverfahren des Agricultural Land Tribunal gem. sec. 6 Agriculture [Miscellaneous Provisions] Act 1954 zum High Court) sowie para. 34 Schedule 6 Scotland Act 1998 (hierzu jüngst *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998* [2022] UKSC 31).

<sup>292</sup> „By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy.“ Das Verfahren wurde eingeführt durch den Evarts Act 1891 (26 Stat. 826).

<sup>293</sup> S. darüber hinaus das spezielle Verfahren in sec. 315(a) Federal Election Campaign Act (2 U. S. C. § 437h(a)), wonach eine Wahlklage, welche die Verfassungsmäßigkeit eines Wahlgesetzes zum Gegenstand hat, unmittelbar dem Court of Appeals (en banc) vorgelegt werden soll (dazu *Holmes v. F. E. C.* 823 F.3d 69 [D. C. Cir. 2016]; *In re Cao* 619 F.3d 410, 414 [5<sup>th</sup> Cir. 2010]; *Mariani v. U. S.* 212 F.3d 761, 769 [3<sup>rd</sup> Cir. 2000]; *Khachaturian v. F. E. C.* 980 F.2d 330, 332 [5<sup>th</sup> Cir. 1992]).

<sup>294</sup> 28 U. S. C. § 1254 Abs. 2; S. C. R. 19.2. Weist der Supreme Court die *certified question* zurück, ist darin auch die Ablehnung, den gesamten Fall zu entscheiden, enthalten (vgl. *Civil*

scheidung, ob die vorgelegte Frage beantwortet wird, im freien Ermessen<sup>295</sup> des Supreme Court. Dieser möchte das Verfahren nur in Ausnahmefällen angewendet wissen<sup>296</sup> und ist außerordentlich streng bei der Beantwortung von Vorlagefragen.<sup>297</sup> Diese Zurückhaltung basiert insbesondere auf dem Wunsch des Gerichts, sein umfassendes Ermessen bei der Fallselektion (*deciding to decide*) im Rahmen des certiorari-Verfahrens zu bewahren.<sup>298</sup> Seit den 1940er Jahren wurde eine *certified question* daher nur fünfmal in der Sache beantwortet.<sup>299</sup> Unter Anwendung der *Rule of Four*<sup>300</sup> hat das certified question-Verfahren selbst im Falle einer Rechtsprechungsdivergenz (*circuit split*) nicht unbedingt Erfolg.<sup>301</sup> Einzelfallbezogene, „merely abstract or hypothetical questions“<sup>302</sup> werden ohnehin nicht akzeptiert; ist zur gleichen Frage am Supreme Court eine *petition for writ of certiorari* anhängig, genießt diese Vorrang.<sup>303</sup>

Vor diesem Hintergrund wird das certified question-Verfahren auch in den USA als reformbedürftig angesehen, wobei die Meinungen diametral entgegengesetzt sind. Befürworter wünschen sich eine Stärkung des certification-Prozesses, weil damit Zeit und Aufwand für die Parteien und die Gerichte eingespart werden könnte und der Supreme Court die Möglichkeit habe, frühzeitig über eine grundlegende Rechtsfrage zu entscheiden.<sup>304</sup> Die Gegenseite wendet dagegen ein, *certified questions* seien bereits in ihrer derzeitigen Ausgestaltung ein Verstoß gegen

---

*Aeronautics Bd. v. American Air Transport* 73 S.Ct. 2, 344 U.S. 4 [1952]; *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, §23:2).

<sup>295</sup> Dazu *Nash* 88 Cornell L. Rev. (2003) 1672, 1706 mwN.

<sup>296</sup> Vgl. *NLRB v. White Swan Co.* 313 U.S. 23 (1941); *Wisniewski v. United States*, 77 S.Ct. 633, 353 U.S. 901, 1 L.Ed.2d 658 (1957).

<sup>297</sup> Weiterführend *Nielsen* 59 Cath. U. L. Rev. (2010) 483; kritisch *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, §23:2 („a power it has used so extensively that court of appeals certifications to the Supreme Court are now a rarity“). Zu einem *dismissal* durch den Supreme Court jüngst *U. S. v. Seale* 130 S.Ct. 12, 558 U.S. 985, 175 L.Ed.2d 344 (2009) mit Kritik von *Stevens* und *Scalia*, JJ. (“The question is narrow, debatable, and important. [...] A prompt answer from this Court will expedite the termination of this litigation and determine whether other similar cases may be prosecuted. [...] certification can serve the interests not only of legal clarity but also of prosecutorial economy and, the proper administration and expedition of judicial business.“); s. zuvor schon *In re Searle* 504 U.S. 952 (1992); *Wisniewski v. United States* 77 S.Ct. 633, 353 U.S. 901 (1957); *Iran Nat. Airlines Corp. v. Marschalk Co., Inc.* 101 S.Ct. 3154, 3155, 453 U.S. 919, 920 (1981).

<sup>298</sup> S. o. sub § 11. II. 1.

<sup>299</sup> *Ex parte Mitsuye Endo* 65 S.Ct. 208, 323 U.S. 283, 89 L.Ed. 243 (1944); *U. S. v. Rice* 66 S.Ct. 835, 327 U.S. 742, 90 L.Ed. 982 (1946); *U. S. v. Barnett* 84 S.Ct. 984, 376 U.S. 681, 12 L.Ed.2d 33, rehearing den., 84 S.Ct. 1642, 377 U.S. 973, 12 L.Ed.2d 742 (1964); *Moody v. Albemarle Paper Co.* 417 U.S. 622 (1974); *Iran National Airlines Corp. v. Marschalk Co. Inc.* 101 S.Ct. 3154, 453 U.S. 919, 69 L.Ed.2d 1002 (1981). S. ferner *Alison v. U. S.* 73 S.Ct. 191, 344 U.S. 167, 97 L.Ed. 186 (1952); *American Stevedores, Inc. v. Porello* 67 S.Ct. 847, 854f., 330 U.S. 446, 458 ff., 91 L.Ed. 1011 (1947).

<sup>300</sup> Vgl. *Atkins v. U. S.* 426 U.S. 944 (1976), 49 L.Ed.2d 1181, sowie schon sub § 11. II. 3. c).

<sup>301</sup> Zu dieser Konstellation: *Columbus Watch Co. v. Robbins* 148 U.S. 266, 269 (1893).

<sup>302</sup> Vgl. *Hertz v. Woodman* 30 S.Ct. 621, 622, 218 U.S. 205, 212 (1910); *White v. Johnson* 51 S.Ct. 115, 118, 282 U.S. 367, 373 (1931); *Graver v. Faurot* 16 S.Ct. 799, 162 U.S. 435 (1896).

<sup>303</sup> *Z. B. U. S. v. Penaranda* 534 U.S. 117 (2005) und *U. S. v. Booker* 543 U.S. 220 (2005).

<sup>304</sup> Vgl. *Cooper/Amar*, in: *Wright and Miller* 17 Fed. Prac. & Proc. Juris., §4038.

den Grundsatz des US-Rechts, keine abstrakten Rechtsfragen durch ein Gericht beantworten zu lassen (case in controversy-Doktrin).<sup>305</sup>

(2) *Certified question-Verfahren der Federal Courts*

Von wesentlich größerer praktischer Bedeutung ist das certified question-Verfahren zwischen Bundesgerichten und einzelstaatlichen Gerichten.<sup>306</sup> Da die meisten zivilrechtlichen Materien nicht der Kompetenz des Bundesgesetzgebers unterliegen, haben die Federal Courts bei der Klärung zivilrechtlicher Streitigkeiten das Recht eines Einzelstaates anzuwenden. Dies betrifft – nach der richtungsweisen Supreme Court-Entscheidung *Erie Railroad Co. v. Tompkins*<sup>307</sup> – insbesondere Fälle der *diversity jurisdiction*,<sup>308</sup> aber auch der *supplemental jurisdiction*<sup>309</sup> und bestimmte Insolvenzstreitigkeiten.<sup>310</sup> Richter sehen sich daher häufig mit einer ungeklärten Frage im Recht eines Einzelstaates konfrontiert, dessen Justizsystem sie nicht angehören. Sie können jedoch „at best make only educated guesses as to how a state high court would decide an issue of state law.“<sup>311</sup>

Zur Lösung dieses Problems hat sich seit 1945 das certified question-Verfahren zwischen bundes- und einzelstaatlichen Gerichten etabliert,<sup>312</sup> wonach ein Federal Court<sup>313</sup> – sua sponte oder auf Antrag einer Partei – eine Rechtsfrage, welche für die Lösung des Rechtstreits beantwortet werden muss, dem (in der Regel) höchsten Gericht des Bundesstaates, dessen Recht auf den Fall anzuwenden ist, vorlegen kann;<sup>314</sup> teilweise ist auch eine Vorlage zwischen einzelstaatlichen Gerichten vorgesehen.<sup>315</sup> Nachdem der US Supreme Court Anfang der 1960er Jahre<sup>316</sup> Leitlinien für das Vorlageverfahren entwickelt hatte, adaptierten die Bundesstaaten ein einheitliches Verfahren für *certified questions*.<sup>317</sup> Es entspricht dabei dem Gedanken

<sup>305</sup> Z. B. Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court, 1972, 57 F. R. D. 573, 603 („Certificates bring to the Court abstract questions of law, divorced from a complete factual setting in which they may be more carefully explored.“).

<sup>306</sup> In Ausnahmefällen ist auch eine Vorlage zwischen (Federal) District Courts und einem Court of Appeals möglich; näher *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, §23:1, zu den einzelnen Fallgruppen.

<sup>307</sup> 304 U. S. 64, 78 (1938).

<sup>308</sup> Vgl. Art. III, sec. 2 der US-Verfassung sowie 28 U. S. C. § 1332.

<sup>309</sup> Vgl. 28 U. S. C. § 1367 sowie *United Mine Workers v. Gibbs* 383 U. S. 715, 725 (1966).

<sup>310</sup> Dazu umfassend *Plank* 79 Notre Dame L. Rev. 633 ff. (2004).

<sup>311</sup> *Nash* 88 Cornell L. Rev. (2003) 1672, 1673.

<sup>312</sup> Florida führte 1945 als erster Bundesstaat die Möglichkeit der Vorlage einer Frage an den Florida Supreme Court ein, vgl. *Clay v. Sun Insurance Office, Ltd.* 377 U. S. 179 [31] (1960).

<sup>313</sup> Auch der Supreme Court selbst: *Elkins v. Moreno* 435 U. S. 647 (1978); *Fiore v. White* 528 U. S. 23 (1999).

<sup>314</sup> *Nash* 88 Cornell L. Rev. (2003) 1672, 1680.

<sup>315</sup> Z. B. die Ausgestaltung in Rule 47 der North Dakota Rules of Appellate Procedure oder Cal. Rules of Court 8.548.

<sup>316</sup> Im Verfahren *Clay v. Sun Insurance Office, Ltd.* 377 U. S. 179 (1960).

<sup>317</sup> Dieses basiert mehrheitlich auf dem Uniform Certification of Questions of Law Act der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (12 Uniform Laws Annotated, Civil Procedure and Remedial Laws 45 [2008]); Einzelheiten bei *Shepard* 38 Val. U. L. Rev. 327 (2004).

der *comity* zwischen Bundes- und bundesstaatlichen Gerichten, dass ungelöste Rechtsfragen im Recht der Einzelstaaten bestenfalls auch von deren Gerichten geklärt werden sollten,<sup>318</sup> wobei dieses besondere Kooperationsverhältnis (wohl) im englischen Recht wurzelt, welches lange Zeit eine getrennte und konkurrierende Zweiteilung zwischen den *common law courts* und den *equity courts* vorsah.<sup>319</sup>

Die Entscheidung über eine Vorlage durch den *iudex a quo* ist ermessensabhängig. Maßgebliche Kriterien sind dabei die Bedeutung der formulierten Frage für das anhängige Verfahren und der Umstand, wie umstritten das Rechtsproblem ist.<sup>320</sup> Relevant ist zudem, ob eine abschließende Entscheidung im Interesse der Rechtseinheit geboten erscheint und ob diese bei weiteren Verfahren eine Rolle spielt.<sup>321</sup> Eine Vorlage ist auch im Rechtsmittelverfahren möglich<sup>322</sup> und erfolgt meist in Form einer begründeten *opinion*,<sup>323</sup> welche die relevanten Tatsachen feststellt, sodass das angerufene Gericht nur eine „pure question of law“ zu beantworten hat. Die Entscheidung zur (Nicht-)Vorlage ist unanfechtbar,<sup>324</sup> wobei die Annahme und Beantwortung der *certified question* im Ermessen des einzelstaatlichen Gerichts liegt, eine Beantwortung bei einer Zulässigkeit der Vorlage in der Regel jedoch erfolgt.<sup>325</sup> Für die Zeit des Anfrageverfahrens wird das Verfahren vor dem Bundesgericht ruhend gestellt und lebt nach Abschluss des Anfrageverfahrens wieder auf.<sup>326</sup>

Im Gegensatz zur Anrufung des US Supreme Court ist dieses Verfahrensmodell in den USA auf regen Zuspruch gestoßen. So erreichten allein die Gerichte des Staates New York zwischen 1986 und 2015 138 Anfragen, von denen 131 unmittelbar beantwortet wurden.<sup>327</sup> Der US Supreme Court erhebt das *certified question-*

<sup>318</sup> Näher *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, §23:3.

<sup>319</sup> Vgl. schon sub § 10. I. 1.; ausführlich zum Verhältnis zwischen beiden Systemen *Baker*, An introduction to English Legal History, ch. 6 (S. 97ff.).

<sup>320</sup> Z. B. *In re Katarina Canal Breaches Litigation* 613 F.3d 504 (5<sup>th</sup> Cir. 2010); *Zakrzewska v. New School* 574 F.3d 24, 28 (2<sup>nd</sup> Cir. 2009); *Rivkin v. Century 21 Teran Realty LLC* 494 F.3d 99, 106 (2<sup>nd</sup> Cir. 2007); *Tanks v. Lockhead Martin Corp.* 417 F.3d 456, 467 (5<sup>th</sup> Cir. 2005); *Cincinnati Ins. Co. v. Beazer Homes Investments, LLC* 594 F.3d 441, 451 (6<sup>th</sup> Cir. 2010).

<sup>321</sup> Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, §23:3, sowie insbesondere *Collins Co., Ltd. v. Carboline Co.* 837 F.2d 299 (7<sup>th</sup> Cir. 1988); *Noble v. United States Parole Comm'n* 82 F.3d 1108 (D. C. Cir. 1996); *Arizonians For Official English v. Arizona* 117 S.Ct. 1055, 1073 f., 520 U. S. 43, 77 ff. (1990).

<sup>322</sup> *Virginia v. American Booksellers Ass'n, Inc.* 108 S. C. 6363, 484 U. S. 383 (1988).

<sup>323</sup> Z. B. *Mosher v. Speedstar Division of AMCA Int'l, Inc.* 52 F.3d 913 (11<sup>th</sup> Cir. 1995); *Consorti v. Owens-Corning Fiberglas Corp.* 45 F.3d 48 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995).

<sup>324</sup> *Nemours Foundation v. Manganaro Corp* 878 F.2d 98 (3<sup>rd</sup> Cir. 1989).

<sup>325</sup> Vgl. Cal. Rules of Court 8.548. Lehnt das einzelstaatliche Gericht die Beantwortung der Frage ab, kann das Bundesgericht diese selbst beantworten, vgl. *Learnmonth v. Sears, Roebuck & Co.* 710 F.3d 249 (5<sup>th</sup> Cir. 2013).

<sup>326</sup> Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, §23:3. In der Zwischenzeit können die Parteien weiter frei über den Streitgegenstand verfügen, vgl. *Greater Los Angeles Agency on Deafness, Inc. v. Cable News Network, Inc.* 769 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2014).

<sup>327</sup> Vgl. z. B. das Practice Handbook on Certification of State Law Questions by the United States Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit to the New York State Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> ed. 2016 (<https://www.nycourts.gov/ctapps/forms/certhandbk.pdf> [30.08.2023]), S. 2; *Kidney by Kidney*

Verfahren sogar zum integralen Element eines „cooperative judicial federalism“,<sup>328</sup> da ein Justizsystem, welches die Vielfalt der Rechtsordnungen in den einzelnen Bundesstaaten wahren möchte, sich zugleich jedoch mit Klagen zwischen Bürgern oder Unternehmen verschiedener Bundesstaaten konfrontiert sieht und insoweit eine Gleichheit vor dem Richter garantieren muss, nur durch ein Kooperationsverhältnis zwischen den verschiedenen Justizsystemen bestehen kann. Strukturell dient das Verfahren damit nicht nur der höchstrichterlichen Klärung neuer Rechtsfragen durch das ‚sachnähere‘ Gericht, sondern auch der Sicherung der Pluralität der Rechtssysteme – ein Gedanke, der beim Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH in gleicher Weise zum Tragen kommt.

### (3) Interlocutory appeals

Ferner kennt der US-amerikanische Zivilprozess hybride Mischformen zwischen Vorlage- und Rechtsmittelverfahren. Nach der *final judgment rule* unterliegen grundsätzlich nur die Instanz abschließende Entscheidungen einem devolutiven Rechtsmittel.<sup>329</sup> Aufgrund der hervorgehobenen Rechtsfortbildungsfunktion der (Federal) Courts of Appeals<sup>330</sup> sind diese jedoch nicht nur für Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Endurteile zuständig (28 U.S.C. § 1291), sondern auch für *interlocutory appeals* (Zwischenberufungen). Ein solches Rechtsmittel kann *as a matter of right* gesetzlich angeordnet sein (insbesondere in strafrechtlichen Verfahren)<sup>331</sup> oder *by permission* durch den District Court erfolgen. Bedeutendster Anwendungsbereich im Zivilrechtsverfahrensrecht ist 28 U.S.C. § 1292(b),<sup>332</sup> wonach der District Court einer Partei ermessensabhängig gestatten kann, eine (die Instanz nicht beendende und nicht selbstständig rechtsmittelfähige) Zwischenentscheidung oder Anordnung des Gerichts anzugreifen, wenn diese eine „controlling question of law as to which there is substantial ground for difference of opinion“ beinhaltet bzw. „an immediate appeal from the order may materially advance the ultimate termination of the litigation“. Ratio legis des Verfahrens ist es, entscheidungserhebliche Rechtsfragen vor Durchführung eines kosten- und zeitintensiven *trial* zu klären und damit der Verfahrenseffizienz Rechnung zu tragen. Insbeson-

*v. Kolmar laboratories, Inc.* 808 F.2d 955 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987). Die verfassungsrechtliche Befugnis des NY Court of Appeals für den *certification process* regelt Art. 6 § 3(b)(9) der New York State Constitution.

<sup>328</sup> *Lehman Bros. v. Schein* 416 U.S. 386, 391 (1974); auch *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 23:2, spricht von „comity between federal and state interests“. Es finden sich jedoch auch negative Stellungnahmen, z. B. *Selya* 29 Suffolk U. L. Rev. 677 (1995).

<sup>329</sup> Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 2:1 ff.

<sup>330</sup> Vgl. schon sub § 11. II. 1. b).

<sup>331</sup> Z. B. gegen den Erlass oder die Ablehnung einer *injunction* (28 U.S.C. § 1292(a)(1)), bei besonderen strafprozessualen Maßnahmen (18 U.S.C. §§ 2518(10)(a) und (b), 3147, 3731, 3742) sowie in *habeas corpus appeals* (28 U.S.C. § 2253); weiterführend *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 4:1.

<sup>332</sup> Für den Federal Circuit findet sich eine vergleichbare Bestimmung in 28 U.S.C. 1292(d) (1) und (2); s. ferner *U. S. v. Lowe* 433 F.2d 349 (5<sup>th</sup> Cir. 1970). F.R.A.P. 23(f) ermöglicht zudem einen *interlocutory appeal* in Bezug auf *class certification orders*.

dere bei komplexen und umfangreichen Verfahren – etwa im Kartellrecht<sup>333</sup> – wird damit eine Abschichtung des Streitstoffs erreicht.<sup>334</sup>

Die begründete<sup>335</sup> Entscheidung des District Court zur Gewährung eines *interlocutory appeal* kann insoweit sua sponte oder auf Anregung einer Partei ergehen.<sup>336</sup> Es kommen nur Rechtsfragen zur Beantwortung in Betracht,<sup>337</sup> die noch nicht ober- oder höchstrichterlich geklärt sind. Bei der Frage, wann ein *interlocutory appeal* einer zügigen Erledigung des Verfahrens dient, kommt dem iudex a quo aber ein erheblicher Ermessensspielraum zu.<sup>338</sup> Da es sich um kein Verfahren *as of right* handelt, hat die jeweilige Partei zudem eine *petition for permission* an den Court of Appeals zu richten und diesen von der Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfrage zu überzeugen. Ob dieser dem Verfahren stattgibt, liegt in seinem Ermessen,<sup>339</sup> wobei sich die Grundsatzbedeutung auch aus anderen Gründen als denjenigen ergeben kann, die den District Court zur Gewährung eines *interlocutory appeal* bewegt haben.<sup>340</sup>

Damit ähnelt die Verfahrensausgestaltung der Sprungrevision gem. § 566 ZPO, da sowohl der iudex a quo als auch ad quem dem von den Parteien initiierten Verfahren zustimmen müssen („dual gatekeeper system“).<sup>341</sup> In der Praxis erfolgt eine Annahme in etwa 50 Prozent der Fälle.<sup>342</sup> Eine Ablehnung durch das Bundesberufungsgericht unterliegt der Kontrolle durch den Supreme Court nur, sofern die Entscheidung ermessensmissbräuchlich („abuse of discretion“) ist.<sup>343</sup> Im Berufungsverfahren selbst ist der Court of Appeals nicht an die vom Ausgangsgericht

<sup>333</sup> Z. B. *In re Text Messaging Antitrust Litigation* 630 F.3d 622 (7<sup>th</sup> Cir. 2010).

<sup>334</sup> *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 5:2.

<sup>335</sup> *Lintin v. Shell Oil Corp* 563 F.3d 556 (5<sup>th</sup> Cir. 2009); *Matter of Hamilton* 122 F.3d 13 (7<sup>th</sup> Cir. 1997). Die Darlegungsanforderungen variieren dabei von Circuit zu Circuit. Der 2<sup>nd</sup> Circuit verlangt eine umfassende Stellungnahme zu den *controlling questions* (vgl. *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agricultural Export Co. Ltd.* 804 F.2d 24 [2<sup>nd</sup> Cir. 1986]; *U. S. v. Banco Cafetero Panama* 797 F.2d 1154 [2<sup>nd</sup> Cir. 1986]). Wesentlich großzügiger ist dagegen der 7<sup>th</sup> Circuit (vgl. *Hewitt v. Joyce Beverages of Wisconsin, Inc.* 721 F.2d 625 [7<sup>th</sup> Cir. 1983]).

<sup>336</sup> *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 5:3, mit Einzelheiten zum Ablauf.

<sup>337</sup> *McFarlin v. Conseco Services, LLC* 381 F.3d 1251, 1258 (11<sup>th</sup> Cir. 2004); *Abrenholz v. Board of Trustees of University of Illinois* 219 F.3d 674, 676 f. (7<sup>th</sup> Cir. 2000). Vgl. auch die Definition von „controlling“ in *Harris v. Lucky* 918 F.2d 888, 892 (11<sup>th</sup> Cir. 1990), welche materiell-rechtlicher oder prozessualer Natur sein kann (*Eisenberg v. US District Court for the Southern District of Illinois*, 910 F.2d 374, 376 [7<sup>th</sup> Cir 1990]).

<sup>338</sup> Auch wenn die Rechtsfrage nur bei einem von mehreren Ansprüchen vor dem District Court relevant ist, kann dies zur Klärung des gesamten Rechtsstreits beitragen, vgl. *Sterk v. Redbox Automated Retail, LLC* 672 F.3d 535, 536 (7<sup>th</sup> Cir. 2012).

<sup>339</sup> 28 U.S.C. 1292(b) S.2 sowie *Coopers & Lybrand v. Livesay* 98 S.Ct. 2454, 437 U.S. 463, 57 L.Ed.2d 351 (1978); *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 5:1.

<sup>340</sup> Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 5:4 mwN; s. ferner F. R. A. P. 5(c). Da der *appeal* im freien Ermessen des Court of Appeals steht, kann dieser den Fall im Interesse der Verfahrenseffizienz auch entscheiden, wenn sich ex post herausstellen sollte, dass eine Zulassung nicht geboten war, vgl. *Cardwell v. Chesapeake & Ohio Ry.* 504 F.2d 444 (6<sup>th</sup> Cir. 1974); *Delta Airlines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp.* 503 F.2d 239 (5<sup>th</sup> Cir. 1974).

<sup>341</sup> *In re Ford Motor Co.* 344 F.3d 648, 654 (7<sup>th</sup> Cir. 2003).

<sup>342</sup> *Baker*, A Primer on the Jurisdiction of the U. S. Courts of Appeals, S. 58.

<sup>343</sup> Vgl. die Entscheidung *Dart Cherokee Basin Operating Co., LLC v. Owens* 135 S.Ct. 547,

formulierte Vorlagefrage gebunden,<sup>344</sup> sondern kann alle Rechtsfragen beantworten, die im Beschluss des Ausgangsgerichts „fairly included“ sind.<sup>345</sup> Bei klaren Fällen kann unmittelbar in einem Beschluss die *permission* erteilt werden und eine Sachentscheidung erfolgen.<sup>346</sup>

### c) Bisherige Erfahrungen in Deutschland

#### aa) Rechtsentscheid gem. § 541 ZPO a. F.

Auch in Deutschland ist die vom Parteiwillen unabhängige Vorlage einer Rechtsfrage an ein höherrangiges Gericht keine Neuheit. Ein partiell vergleichbares Verfahren kannte das deutsche Zivilverfahrensrecht insbesondere in Form des sog. Rechtsentscheids in Mietsachen,<sup>347</sup> welcher zuletzt in § 541 ZPO 1990<sup>348</sup> geregelt war. Da die Revision zum BGH vor Erlass des ZPO-RG 2001 ausschließlich gegen Berufungsurteile der Oberlandesgerichte möglich war, das Landgericht jedoch als Berufungsinstanz über Wohnraummietsachen zu entscheiden hatte (§ 23 Nr. 2 lit. a GVG), bestand eine erhebliche Gefahr der Rechtszersplitterung. Daher musste ein Landgericht – wollte es in einer Rechtsfrage von der Entscheidung des BGH oder eines OLG abweichen – vorab eine Entscheidung des übergeordneten OLG herbeiführen. Gleiches galt, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Raume stand und durch Rechtsentscheid noch nicht entschieden war.<sup>349</sup> Das OLG musste die Sache dann ggf. wiederum dem BGH vorlegen.<sup>350</sup> Da die Revision nach der ZPO-Reform 2001 auch gegen landgerichtliche Berufungsurteile möglich ist, wurde das Verfahren – wohl nicht aus Antipathie gegen Vorlageverfahren, sondern weil kein weiterer Bedarf für eine Sonderregelung bestand<sup>351</sup> – gestrichen.

Jedoch zeigt sich auch hier ein gegenläufiger Trend: In Familiensachen – bei denen gem. § 28 FGG a. F. (bis zum Erlass des FamFG)<sup>352</sup> ebenfalls eine Form

---

555; 190 L.Ed.2d 495 (2014), deren Grundsätze wohl auch auf 28 U. S. C. § 1292(b) zu übertragen sind.

<sup>344</sup> *Castellanos-Contreras v. Decatur Hotes, LLC* 622 F.3d 393 (5<sup>th</sup> Cir. 2010); *State of Idaho v. Hanna Mining Co.* 882 F.2d 392 (9<sup>th</sup> Cir. 1989); *Johnson v. Alldredge* 488 F.2d 820 (3<sup>rd</sup> Cir. 1972). Das Ausgangsgericht kann dem Court of Appeals die Entscheidungsgewalt jedoch bis zur Zulassung des *interlocutory appeal* entziehen, indem es die *permission* zurückzieht (*Kenosha Unified School District No. 1 Board of Education v. Whitaker* 841 F.3d 730 [7<sup>th</sup> Cir. 2016]).

<sup>345</sup> *Doninger v. Niehoff* 642 F.3d 334, 338 (2<sup>nd</sup> Cir. 2011); *Murray v. Metropolitan Life Ins. Co.* 583 F.3d 173, 176 (2<sup>nd</sup> Cir 2009); *Santana Products, Inv. v. Bobrick Washroom Equipment, Inc.* 401 F.3d 123 (3<sup>rd</sup> Cir. 2005), cert. den. 546 U.S. 1031 (2005).

<sup>346</sup> Vgl. *Van Straaten v. Shell Oil Products Co. LLC* 678 F.3d 486 (7<sup>th</sup> Cir. 2012).

<sup>347</sup> G. v. 12.12.1967 (BGBl. I 1248). Umfassend zur Thematik *Willingmann*, Rechtsentscheid, S. 1 ff.; *Landfermann* NJW 1985, 2609 ff.; *Pieckenbrock* EuR 2011, 317, 318; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 32 ff. mwN (auch zu § 28 FGG aF, § 79 GBO aF und Art. 29 EGGVG 1960 [BGBl. I 17]).

<sup>348</sup> BGBl. 1990 I 2847; umfassend *Gnatzy*, Der Rechtsentscheid, S. 5; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 37 ff. mwN.

<sup>349</sup> § 541 Abs. 1 S. 1 ZPO aF.

<sup>350</sup> § 541 Abs. 1 S. 3 ZPO aF.

<sup>351</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 103 re. Sp.

<sup>352</sup> Da die Gerichte von einer Vorlage zu selten Gebrauch gemacht hatten, erachtete der

der Divergenzvorlage existierte – beklagen die Instanzgerichte seit längerem, dass bestimmte Rechtsfragen über Jahre hinweg nicht vom BGH entschieden werden, weil Rechtsbeschwerden nicht durchgeführt werden und eine Nichtzulassungs-Rechtsbeschwerde nicht existiert (vgl. § 70 Abs. 1 FamFG). Insoweit ist die (Wieder-)Einführung einer Divergenzvorlage in Familiensachen<sup>353</sup> oder einer Nichtzulassungs-Rechtsbeschwerde<sup>354</sup> verstärkt Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion.

#### bb) Vorlageverfahren *de lege lata*

Im geltenden Recht existieren weitere Vorlageverfahren zum Revisionsgericht, die im Wesentlichen jedoch nur zur Anwendung gelangen, wenn ein Gericht von der Entscheidung eines höheren oder gleichgeordneten Gerichts abweichen möchte (Divergenzvorlage). Beispiele sind etwa § 36 Abs. 3 ZPO bei der gerichtlichen Zuständigkeitsbestimmung oder § 121 Abs. 2 GVG bei der strafprozessualen Revision zum OLG.<sup>355</sup> Im Rahmen von § 42 IRG kann das OLG zudem die Entscheidung des BGH wegen Grundsatzbedeutung einholen.<sup>356</sup> Eine besondere Ausgestaltung findet sich ferner im Vergaberecht: Gem. § 179 Abs. 2 S. 1 GWB muss<sup>357</sup> der Vergabesenaat die Rechtssache dem BGH vorlegen, sofern ein Fall horizontaler oder vertikaler Divergenz gegeben ist.<sup>358</sup> Das OLG entscheidet durch unanfechtbaren Beschluss, wobei den Parteien zuvor rechtliches Gehör zu gewähren ist.<sup>359</sup> Dem BGH steht dabei ein Selbsteintrittsrecht zu (§ 179 Abs. 2 S. 2 GWB); er wird zur Rechts- und Tatsacheninstanz,<sup>360</sup> wobei er das Verfahren auch auf die abstrakte

Gesetzgeber die Rechtsbeschwerde zum BGH für besser geeignet (vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 167, wonach die Ausgestaltung der Rechtsbeschwerde „dem Bundesgerichtshof in weitaus stärkerem Umfang als bisher Gelegenheit geben [wird], Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung beispielsweise im Betreuungs- oder Erbrecht abschließend zu entscheiden“); vgl. hierzu schon oben sub § 3. III. 1. c).

<sup>353</sup> Umfassende Analyse bei *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, S. 129, 163, 170; s. jedoch auch *Heiderhoff* GVRZ 2018, 5 Rn. 50.

<sup>354</sup> Dazu umfassend: Nichtzulassungsbeschwerde in Familiensachen – Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Familienrecht, FamRZ 2015, 1677. Naturgemäß sind die Reaktionen in der Praxis gemischt. Während Notare und Anwälte im Schwerpunkt dafür sind, stemmen sich insbesondere der IV., XII. und XIII. Zivilsenat dezidiert gegen eine Einführung, verbunden mit dem Hinweis auf die gute Zulassungspraxis und den befürchteten Mehraufwand (umfassend *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, S. 170). S. ferner zu der zurückhaltenden Zulassungspraxis durch die Beschwerdegerichte *Althammer*, Rechtseinheit und Rechtsfortbildung im Erbrecht durch die Gerichte, in: Limmer [Hrsg.], Erbrecht und Vermögenssicherung, S. 1; *Kanzleiter* ZEV 2015, 249ff.

<sup>355</sup> Dazu *Felicke*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, § 121 GVG Rn. 13ff.

<sup>356</sup> S. ferner das Vorlageverfahren in § 61 IRG sowie gem. § 18 Abs. 1 S. 1 Wehrbeschwerdeordnung (Vorlage an das BVerwG).

<sup>357</sup> Dem Gericht kommt kein Ermessen zu, vgl. *Immenga/Mestmäcker/Stockmann* § 179 GWB Rn. 10.

<sup>358</sup> Damit soll insbesondere eine bundeseinheitliche Anwendung des Vergaberechts erreicht werden (vgl. BT-Drucks. 13/9340, S. 22). Eine Vorlage wegen grundsätzlicher Bedeutung scheidet jedoch aus (zur Diskussion: *Immenga/Mestmäcker/Stockmann* § 179 GWB Rn. 9).

<sup>359</sup> *Immenga/Mestmäcker/Stockmann* § 179 GWB Rn. 12 mwN; BGH NZBau 2003, 337.

<sup>360</sup> BGH NJW 2001, 1492.

Beantwortung der Divergenzfrage beschränken und den Fall zur weiteren Entscheidung zurückverweisen kann (§ 179 Abs. 3 S. 3 GWB).

Innerhalb der fünf obersten Gerichtshöfe kann eine Rechtsfrage – neben Fällen der Divergenz<sup>361</sup> – zudem wegen grundsätzlicher Bedeutung dem jeweiligen Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt werden (vgl. § 132 Abs. 4 GVG<sup>362</sup>). In Ausnahmefällen ist zudem eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (vgl. Art. 95 Abs. 3 GG) möglich.<sup>363</sup> Diese Verfahren sind in ihrer Intention jedoch vorrangig auf die Wahrung der Rechtseinheit ausgerichtet, indem Divergenzen zwischen den einzelnen Senaten aufgehoben oder durch eine Grundsatzentscheidung präsumtiv unterbunden werden sollen.

#### d) Die Einführung eines Vorlageverfahrens *de lege ferenda*

Das deutsche Zivilverfahrensrecht zeigt folglich keine generelle Antipathie gegen Vorlageverfahren an übergeordnete Gerichte, was sich auch im Verfassungsrecht zeigt.<sup>364</sup> Die derzeitige Ausgestaltung beschränkt sich jedoch überwiegend auf eine inner- oder intra-instanzielle Vorlagepflicht zur Vermeidung von Rechtsatzdivergenzen, ohne das Potenzial einer vorgelagerten Rechtsklärung durch ein übergeordnetes Gericht voll auszuschöpfen. Die Implementierung eines Vorlageverfahrens – insbesondere nach Vorbild der französischen *saisine pour avis* – an der Schnittstelle zwischen individueller und kollektiver Rechtsdurchsetzung hätte daher für das deutsche Zivilverfahrensrecht klare Vorteile, weil die frühzeitige Befassung des BGH mit ungeklärten und bedeutsamen Rechtsfragen unabhängig von den finanziellen Mitteln und prozesstaktischen Erwägungen der Parteien dessen Rechtsfortbildungsfunktion erheblich stärken würde.<sup>365</sup>

<sup>361</sup> Vgl. § 132 Abs. 2 GVG, § 45 Abs. 2 ArbGG, § 11 Abs. 2 VwGO, § 11 Abs. 2 FGO, § 41 Abs. 2 SGG sowie schon sub § 5. I. 3. b). § 16 BVerfGG sieht zwischen den Senaten des BVerfG eine Plenarentscheidung bei beabsichtigter Abweichung eines Senats von der Rechtsprechung des anderen vor, vgl. BVerfGE 2, 79, 90 (zum Plenargutachten).

<sup>362</sup> S. ferner § 45 Abs. 4 ArbGG, § 11 Abs. 4 VwGO, § 11 Abs. 4 FGO und § 41 Abs. 4 SGG.

<sup>363</sup> Oben sub § 5. IV. 1. Auf Ebene des Landesrechts gibt es keine vergleichbare Institution, obwohl es auch dort in Einzelfällen zu Divergenzen kommen kann (näher Schoch/Schneider-Panzer § 12 Rn. 4 mit Verweis auf die uneinheitliche Handhabung von Baumschutzsätzen in OVG Münster NVwZ-RR 1993, 613, und OLG Hamm NVwZ-RR 1993, 615).

<sup>364</sup> Vgl. das Verfahren der konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG sowie die Vorlageverfahren nach Abs. 2 (Regel des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts) und Abs. 3 (sofern ein Landesverfassungsgericht bei der Auslegung des GG von einer Entscheidung des BVerfG oder eines LVerfG abweichen will); zu letzterem jüngst Thüringischer Verfassungsgerichtshof BeckRS 2021, 11498 sowie BVerfG BeckRS 2022, 31729.

<sup>365</sup> Kritisch dagegen *Rimmelspacher* FS Schumann, S. 327, 349f.; *Häsemeyer* FS Kirchhof, Bd. 2, § 115 Rn. 11; *Roth*, Wege zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, in: 4. Zivilprozessrechts-Symposium, S. 79, 87; *ders.* JZ 2006, 9, 17 (allerdings in Form einer vollständigen Ablösung der Revision als Parteirechtsmittel durch ein Vorlageverfahren); *Prütting* AnwBl. 2013, 401, 404; s. ferner *Althammer*, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 89, 101; *Klingbeil* GVRZ 2019, 14, Rn. 39.

## aa) Mögliche Verfahrensausgestaltung

Das ersuchende Gericht erster oder zweiter Instanz trifft dabei – nachdem die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme hatten<sup>366</sup> – einen unanfechtbaren Aussetzungs- und Vorlagebeschluss, in dem die nach Ansicht des vorliegenden Gerichts klärungsbedürftigen Rechtsfragen dargelegt werden. Voraussetzung ist insoweit, dass der zugrunde liegende Lebenssachverhalt unstreitig ist oder bereits ausreichend ermittelt wurde, sodass das Revisionsgericht eine Entscheidung auf einer aufbereiteten Tatsachengrundlage treffen kann. Die Vorlage steht dabei im pflichtgemäßen Ermessen des erkennenden Gerichts.<sup>367</sup> Das Verfahren ist – ähnlich der Ausgestaltung in Frankreich, den Niederlanden, der EU und den USA – auf die Beantwortung von Rechtsfragen beschränkt, wobei auf die zu § 546 ZPO entwickelten Maßstäbe zurückgegriffen werden kann.<sup>368</sup>

Der Vorlagebeschluss wird dem BGH mit den Stellungnahmen der Parteien vorgelegt und dort an den sachlich zuständigen Senat verteilt. Der Eingang einer Vorlagefrage sollte zudem an geeigneter Stelle – etwa auf der Homepage des BGH – in Form eines Vorlageregisters bekannt gemacht werden.<sup>369</sup> Ist die vorgelegte Frage unzulässig, weil sie Tatsachenfragen betrifft, für die Allgemeinheit keine Bedeutung hat oder keiner weiteren Klärung durch den BGH bedarf, kann – in Anlehnung an die §§ 552, 552a ZPO – ein Verwerfungsbeschluss ergehen. Eine rein im Ermessen des höherrangigen Gerichts stehende Annahmemeinung, wie sie etwa im US-amerikanischen Recht vorgesehen ist,<sup>370</sup> wäre dagegen mit dem Ziel einer schnellen Rechtsklärung durch das Höchstgericht nicht in Einklang zu bringen.

Bei der Durchführung des Vorlageverfahrens kann im Übrigen auf die in den §§ 542 ff. ZPO niedergelegten Grundsätze zum Revisionsverfahren rekurriert werden. Z. B. sollte abhängig vom Gegenstand des Vorlageverfahrens eine (fakultative) mündliche Verhandlung unter Beteiligung von am BGH zugelassenen Rechtsanwälten (vgl. § 78 Abs. 1 S. 3 ZPO) durchgeführt werden. Sofern es dabei im öffentlichen Interesse zu einer Entscheidung des BGH kommt, sind die Verfahrenskosten nicht den Parteien, sondern der Öffentlichkeit als *Rechtsfortbildungskosten* aufzuerlegen.<sup>371</sup> Idealerweise sollten Vorlageverfahren vorrangig behandelt werden, um so eine schnelle Klärung zu erreichen.<sup>372</sup>

<sup>366</sup> Vgl. für das Verfahren vor dem EuGH: Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung; Art. 96 Abs. 1 lit. a VO EuGH.

<sup>367</sup> Entgegen *Koch* (Prozessführung im öffentlichen Interesse, S. 106 mwN) ist ein Verstoß gegen das Gebot richterlicher Neutralität insoweit nicht ersichtlich, da dieser nur eine Klärung der Rechtslage herbeiführt, was ohnehin seiner Aufgabe entspricht.

<sup>368</sup> Dazu Stein/Jonas-Jacobs § 546 Rn. 1 ff., Prütting/Gehrlein-Ackermann, § 546 Rn. 1 ff., jeweils mwN, sowie schon sub § 4. III. 1. b).

<sup>369</sup> Vgl. Art. 1031-6 C. P. C. zur Vorgehensweise in Frankreich.

<sup>370</sup> Vgl. dazu schon sub § 13. II. 3. b) ee) (1).

<sup>371</sup> Vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 42: Auch der ehemalige Rechtsentscheid in Mietsachen erfolgte kostenfrei. S. ferner *Althammer*, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 89, 101; *Däubler* AuR 1987, 349, 350.

<sup>372</sup> Eine starre Entscheidungsfrist – wie dies das französische Recht vorsieht (vgl. Art. 1031-

Um den gewünschten Entlastungseffekt für die Instanzgerichtsbarkeit zu erreichen, sollte de lege ferenda<sup>373</sup> zudem die Aussetzung von Parallelverfahren mit gleichem oder im Wesentlichen identischem Verfahrensgegenstand ermöglicht werden.<sup>374</sup> Sofern eine Vorlage dabei im Rahmen eines besonderen Beschleunigungsgebots innerhalb eines absehbaren Zeithorizonts entschieden wird, ist dies den Parteien der Parallelverfahren auch zumutbar. Insbesondere mit Blick auf die teilweise monate- oder jahrelange Verzögerung individueller Verfahren, die aufgrund eines fehlenden höchstrichterlichen Präjudizes erst in der Revisionsinstanz rechtskräftig entschieden werden, kann eine temporär konturierte Aussetzung nicht zu einer Beschneidung, sondern vielmehr zu einer Effektivierung des Justizgewährleistungsanspruchs führen.<sup>375</sup>

#### bb) Vorteile

Ein Vorabentscheidungsverfahren kann somit zur Stärkung der individuellen und kollektiven Rechtsdurchsetzung beitragen, weil der mitunter Jahre dauernde und durch taktische Prozessermäßigungen weiter verzögerte Weg zur Klärung einer rechtlichen Grundsatzfrage durch das Revisionsgericht abgekürzt wird und damit nicht nur für die betroffenen Parteien, sondern auch für die Instanzgerichte Rechtsklarheit hergestellt werden kann.<sup>376</sup> Ein Anwendungsbeispiel bildet etwa die gerichtliche Kontrolle von AGB und AVB, weil die Entscheidung über deren (Un-)Wirksamkeit meist nicht von einem streitigen Sachverhalt abhängt und Auswirkungen auf eine Vielzahl von Verfahren haben kann.<sup>377</sup> Neben einer frühzeitigen Rechtsklärung mit Blick auf Parallelverfahren ist insoweit auch bei

---

3 C. P. C.) – erscheint dagegen nicht empfehlenswert und je nach Komplexität der vorgelegten Rechtsfrage auch nicht umsetzbar.

<sup>373</sup> De lege lata ist eine Aussetzung in Bezug auf Parallelverfahren nicht vorgesehen, vgl. BGH NJW 2005, 1947 ff. (sowie BeckRS 2006, 2593; NJW-RR 2014, 631), wonach die Aussetzung eines Rechtsstreits nicht möglich ist, wenn ein anderes Revisionsverfahren anhängig ist, in dem über eine Rechtsfrage entschieden wird, von deren Beantwortung auch die Entscheidung dieses Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt. Nach Ansicht des BGH sieht das Gesetz „eine Aussetzung allein aus Zweckmäßigkeitsgründen“ nicht vor (NJW-RR 2019, 1212, 1213). Auch kommt die Aussetzung eines anhängigen Revisionsverfahrens zugunsten einer Musterfeststellungsklage nicht in Betracht, weil dies dem Ziel einer schnellen höchstrichterlichen Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen zuwiderliefe (BGH NJW-RR 2022, 927 Rn. 8; s. ferner BGH NJW 2014, 3362 [zu § 8 Abs. 1 KapMuG]).

<sup>374</sup> Vgl. auch Heese/Schumann NJW 2021, 3023, 3029.

<sup>375</sup> AA Gsell ZRP 2021, 166, 167.

<sup>376</sup> Vgl. schon Popitz StuW 1928, 971, 985 (zur gutachterlichen Tätigkeit des RFH/BFH bis zum 31.12.1963): Damit „wird eine gründliche Prüfung der Streitfrage erreicht, deren Ergebnis mit der hohen Autorität des obersten Gerichts ausgestattet ist und in aller Regel die Streitfrage erledigen wird, der Verwaltung und den beteiligten Kreisen die Richtschnur für ihr Handeln gibt.“ Zu den historischen Hintergründen Brandis FS Bundesfinanzhof, Bd. II, S. 1917, 1918 ff.

<sup>377</sup> Zwar hat der Gesetzgeber insoweit mit dem UKlaG bereits die Möglichkeit einer abstrakten Rechtsklärung im deutschen Prozessrecht implementiert. Das Verfahren hängt jedoch zum einen vom Willen und der finanziellen Ausstattung der qualifizierten Einrichtung (§ 4 UKlaG) ab und kann zum anderen wiederum nur zeitverzögert reagieren. Vgl. zu den Reformen des UKlaG iRd VRUG bereits § 4 Fn. 155.

Rechtsfragen mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung eine zeitnahe Entscheidung wünschenswert, wie z. B. die jüngeren Judikate des III. und VI. Zivilsenats zur Vererbbarkeit des digitalen Nachlasses<sup>378</sup> und zur Arzthaftung bei Organtransplantationen<sup>379</sup> zeigen. Zudem kann dem Umstand entgegengewirkt werden, dass bei einer über Jahre andauernden divergierenden Rechtsprechung in den Instanzgerichten ein Vertrauensverlust der Rechtsuchenden einherzugehen droht, sofern die Rechtsanwendungsgleichheit vor dem Richter (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht mehr flächendeckend garantiert werden kann.

Obwohl dabei nur bestimmte Rechtsfragen einer abstrakten Klärung offenstehen und stets noch eine Einzelfallentscheidung zu erfolgen hat, könnte die zeitnahe Beantwortung grundsätzlicher Streitfragen – bei einer richtigen Handhabung durch die Praxis – zudem zu einer spürbaren Entlastung der Justiz führen und einen effizienten und kostenneutralen Beitrag zur Verbesserung der individuellen und kollektiven Rechtsdurchsetzung leisten. Denn eine vorgeschaltete Rechtsklärung durch den BGH würde für Rechtssicherheit sorgen und erhebliche Ressourcen einsparen,<sup>380</sup> weil zu erwarten ist, dass gleich gelagerte Verfahren nach einem Grundsatzjudikat nicht mehr durch die Instanzen geführt werden und die Vergleichsbereitschaft der Parteien in Folgeverfahren generell erhöht wird.<sup>381</sup>

Ein Vorlageverfahren zum BGH würde somit auch einen effektiven Beitrag zur kollektiven Rechtsdurchsetzung leisten. Dies gilt sowohl für Breitenverfahren außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der §§ 606 ff. ZPO, §§ 1 ff. VDUG-E oder des KapMuG, als auch in Bereichen, in denen von der Initiierung eines Musterverfahrens aufgrund der Gebührenstruktur im Zivilprozess bewusst abgesehen wird.<sup>382</sup> Zudem könnte ein Vorabentscheidungsersuchen zum Revisionsgericht die bestehenden Modelle zur kollektiven Rechtsdurchsetzung selbst sinnvoll ergänzen. Wie bereits ausgeführt,<sup>383</sup> leidet insbesondere das KapMuG-Verfahren unter einer zeitlich ineffizienten Verfahrensführung, was inter alia darauf zurückzuführen ist, dass eine Abschichtung des Streitstoffs durch die Vorabklärung einzelner Streitpunkte nicht möglich ist. Durch ein Vorlageverfahren zum Höchstgericht

<sup>378</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 3178 ff.

<sup>379</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 1076; BeckRS 2019, 1867.

<sup>380</sup> Vgl. schon *Rinkler* NJW 2002, 2449; *Seiffert* r+s 2010, 177, 178.

<sup>381</sup> Eine Überlastung des BGH wäre dagegen nicht anzunehmen, da die Zahl rechtsgrundsätzlicher Verfahren von herausragender Bedeutung generell limitiert ist und die Gerichte bei den vorerwähnten Modellen im Ausland tendenziell eher zurückhaltend von einem Vorlageverfahren Gebrauch machen (ähnlicher Befund bei *Stadler* FS Klamaris, S. 753, 767 f.). Eine Potenzierung der Rechtsmittel steht ebenfalls nicht zu befürchten: Zwar stünde den Parteien des Ausgangsverfahrens der Rechtsmittelweg zum BGH (z. B. in Form der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO) auch nach einem Vorlageverfahren offen. Sofern dieser jedoch über die grundlegenden Rechtsfragen bereits entschieden hat, wird der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel nicht darauf stützen können, dass die Frage anders entschieden werden sollte. Insoweit unterbindet bereits die Filterfunktion der am BGH zugelassenen Rechtsanwaltschaft (oben sub § 6. II. 1. a)) eine Doppelbelastung des Revisionsgerichts.

<sup>382</sup> S. dazu oben sub § 13. I. 1. c) cc).

<sup>383</sup> S. dazu oben sub § 13. I. 1. c) bb).

könnten dagegen einzelne Rechtsfragen – z. B. das Vorliegen eines Sachmangels gem. § 434 BGB bei einem Pkw mit Abgas-Abschalteinrichtung<sup>384</sup> oder die Voraussetzungen der Verjährung<sup>385</sup> – vorab einer höchstrichterlichen Entscheidung zugeführt werden.

cc) *Verfassungs- und zivilprozessuale Zulässigkeit*

(1) *Überschreitung des richterlichen Mandats?*

Eine Überschreitung des richterlichen Mandats wäre mit der Einführung eines Vorlageverfahrens nicht verbunden. Vorrangige Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt ist zwar die Entscheidung eines Individualrechtsstreits, wohingegen die abstrakte Rechtsetzung Aufgabe der Legislative ist.<sup>386</sup> Da das Vorlageverfahren jedoch – wie bei den vorstehend bereits genannten Modellen – stets in einem konkreten Rechtsstreit eingebettet ist und darin seinen Ausgang nimmt, liegt eine Verwässerung des in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankerten Gewaltenteilungsgrundsatzes nicht vor. Vielmehr wäre ein das Parteirechtssystem ergänzendes Vorlageverfahren auch nach Diktion des BVerfG zulässig, da der Gesetzgeber im Zivilverfahrensrecht „die Befassung höherer Instanzen im Wege von Vorlagebefugnissen der Ausgangsgerichte eröffnen [kann], unabhängig von der Initiative der übrigen Verfahrensbeteiligten.“<sup>387</sup> Auch auf europäischer Ebene vollzieht sich die Rechtsbildung nahezu ausschließlich durch vom Individualrechtsstreit losgelöste Vorabentscheidungsersuchen, ohne dass insoweit die Funktion des EuGH als richterliche Tätigkeit in Zweifel gezogen würde. Vielmehr bringen gerade die in § 543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Revisionszwecke zum Ausdruck, dass auch eine abstrakte Rechtsklärung, die über den einzelnen Rechtsstreit hinaus Bedeutung entfaltet, Aufgabe des letztinstanzlichen Gerichts ist.<sup>388</sup> Gegen ein ergänzendes Vorlageinstrument zu einem ansonsten auf der Initiative der Parteien basierenden Rechtsmittelsystem ist daher verfassungsrechtlich nichts zu erinnern,<sup>389</sup> da auch die grundsätzliche Aufgabenteilung zwischen Instanz- und Höchstgerichten typprägend gewahrt bleibt.<sup>390</sup>

<sup>384</sup> Dazu BGH NJW 2019, 1133.

<sup>385</sup> Vgl. dazu BGH NJW-RR 2022, 740.

<sup>386</sup> Zu den typischen Erscheinungsformen der drei Gewalten iSd Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 V Rn. 82 ff. mwN: Dementsprechend kann auch der Rechtssatzverfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG oder einem konkreten Normenkontrollantrag gem. Art. 100 Abs. 1 GG nicht die Rechtsprechungsqualität abgesprochen werden.

<sup>387</sup> BVerfGE 54, 277, 292 (zur Divergenzvorlage).

<sup>388</sup> Hirsch FS Wenzel, S. 39 ff., sowie Paulus ZZP 1958, 188 f. (zum Modell des *référé législatif*, dazu bereits sub § 9. I. 2.).

<sup>389</sup> Ähnlich bereits Bruns JZ 2011, 325, 329: „Vorlageverfahren flankieren den Individualzugang zur höchsten Zivilinstanz und mögen Schwächen des Individualrechtsschutzes zumindest teilweise auffangen.“

<sup>390</sup> S. dazu sub § 3. I. 1. b) sowie BVerfGE 8, 174, 178: „Aus der Bezeichnung ‚obere‘ Bundesgerichte folgt aber keineswegs zwingend, diese Gerichte könnten nur Rechtsmittelgerichte sein.“

(2) *Fehlendes kontradiktorisches Element der Rechtsfindung*

Folglich kann auch nicht eingewendet werden, dass dem Verfahren ein adversatorisches Element fehlt, weil dieses durch das Streitige Ausgangsverfahren vermittelt wird. Durch Stellungnahmen der Parteien im Rahmen des Vorlageverfahrens können deren kontradiktorische Standpunkte zudem ausreichend berücksichtigt werden. Auch der Vorwurf, insoweit ginge „der Nuancenreichtum konkreter Streitfälle und deren rechtliche Konturierung durch die Instanzgerichte“<sup>391</sup> verloren, übergeht, dass das – den Individualrechtsschutz ohnehin nur ergänzende – Vorlageverfahren nur dann eröffnet ist, wenn der Sachverhalt zwischen den Parteien unstrittig ist, vom vorlegenden Gericht im Wesentlichen schon aufgearbeitet wurde oder der Streitige Verfahrensbestandteil für die zu beantwortende Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich ist. Dementsprechend kann die Befürchtung, Vorlageverfahren würden zu einer Verflachung der richterlichen Rechtskenntnis führen, weil die Besonderheiten des Einzelfalles durch die auf eine abstrahierte Rechtsfindung ausgerichtete Entscheidung verloren gehen, entkräftet werden.<sup>392</sup>

(3) *Verstoß gegen die Dispositionsmaxime?*

Das Vorlageverfahren zum Höchstgericht tritt jedoch in ein Spannungsverhältnis zur Verfügungsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand. Damit das Verfahren effektiv ist, muss es unabhängig vom Parteiwillen sein; nur so kann die vorstehend beschriebene Verhinderung höchstrichterlicher Entscheidungen effektiv unterbunden werden. Dieser Zielkonflikt ließe sich indes nach niederländischem Vorbild<sup>393</sup> auflösen, sofern eine Vorlage an den BGH den Parteien nicht die Befugnis entzieht, über den Streitgegenstand zu disponieren, eine nachträgli-

Die Bezeichnung bleibt auch dann sinnvoll und zutreffend, wenn die so benannten Gerichte nach ihrem Zuständigkeitskreis im wesentlichen als Rechtsmittelgerichte tätig sind.“

<sup>391</sup> So jüngst *Gsell* ZRP 2021, 166 mwN; *Schönberger* VVDStRL 71 (2012), 296, 312 (Fn. 46); *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 252 ff., 332 f.

<sup>392</sup> Tendenziell aA *Schönberger* VVDStRL 71 (2012), 296, 313 („Aus einem derartigen ‚fallbezogenen Entdeckungsverfahren‘, das sich im Rahmen eines arbeitsteiligen Justizgefüges schrittweise vollzieht, gewinnt die richterliche Regelbildung ihre spezifische Überzeugungskraft.“). Auch der Grundsatz des *bottom up lawmaking* wird bei einer punktuellen Ergänzung durch Vorlageverfahren nicht in Frage gestellt. Die Erfahrungen aus Frankreich, den USA oder auf europäischer Ebene zeigen vielmehr, dass sich das Risiko einer überbordenden Rechtsetzung durch das Höchstgericht nicht realisiert hat und die jeweiligen Höchstgerichte nur zurückhaltend von ihrer Befugnis Gebrauch machen (tendenziell aA *Gsell* ZRP 2021, 166). Vgl. allgemein zum *bottom up lawmaking*: *Rachlinski* 77 U. Chi. L. Rev. 933 ff. (2006); in Bezug auf Art. 267 AEUV *Gsell* AcP 2014, 99, 134 f.

<sup>393</sup> Vgl. Art. 393 Abs. 9 W.B.R. Auch iRd § 42 IRG geht der BGH (St 33, 310, 314) davon aus, dass die Einholung eines Rechtsentscheides zulässig bleibt, „wenn damit zu rechnen ist, dass sich die Vorlagefrage jederzeit wieder stellen kann, jedoch auch in den künftigen Fällen eine rechtzeitige Entscheidung durch den BGH – z. B. wegen des Ablaufs gesetzlich festgelegter Fristen – voraussichtlich nicht möglich sein wird“. Diese Vorgehensweise wurde teilweise auch zum Rechtsentscheid in Mietsachen gem. § 541 ZPO aF vertreten, vgl. BayObLG NJW 1981, 580, 581; OLG Schleswig ZMR 1983, 15; *Gnatzy*, Der Rechtsentscheid, S. 167 f.; aA dagegen OLG Oldenburg ZMR 1989, 299; OLG Hamm ZMR 1991, 381; sowie BGH NJW 1979, 664 (zu § 121 Abs. 2 GVG aF).

che Prozesshandlung (Klagerücknahme, Anerkenntnis, Vergleich etc.) jedoch eine bereits erfolgte Vorlage zum BGH nicht mehr beeinflusst. Denn es besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch darauf, dass keine höchstrichterliche Entscheidung zum Nachteil der eigenen Rechtsposition ergeht; die Privatautonomie der Parteien findet vielmehr in der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts ihre Grenzen.<sup>394</sup>

#### e) *Bewertung*

Die Einführung eines Vorlageverfahrens ist eine sinnvolle Ergänzung zur derzeitigen Ausgestaltung des Revisionsverfahrens, um dem Problem der Verhinderung höchstrichterlicher Präjudizien entgegenzuwirken. Dies gilt insbesondere mit Blick auf in den Instanzen anhängige Parallelverfahren. Bei einer maßvollen Ausgestaltung als Ergänzung des auf der Parteinitiative beruhenden Revisionsverfahrens ist eine Durchbrechung der Grundstrukturen des zivilprozessualen Parteiprozesses dabei nicht zu befürchten. Vielmehr dürfte bereits die Einführung eines Vorlageverfahrens prohibitive Wirkung dergestalt entfalten, dass die strategische Verhinderung höchstrichterlicher Judikate erheblich an Reiz verliert, weil die Aufrechterhaltung eines negativen Präjudizes nicht mehr möglich ist. Insoweit besteht auch nicht die Gefahr, dass dem Revisionsgericht das Anschauungsmaterial in der Breite der Masse verlorengeht, da primäre Zustromquelle des Revisionsverfahrens weiterhin Revision und Nichtzulassungsbeschwerde sind, die durch ein Vorlageverfahren *de lege ferenda* lediglich punktuell ergänzt werden.

Die Befürchtung, dass ein ‚falsches‘ Verfahren frühzeitig zum BGH gelangt und so zu einer ungewollten, überschießenden Rechtsfortbildung führt (*hard cases make bad law*), steht der Einführung eines Vorlageverfahrens ebenfalls nicht entgegen, da das Höchstgericht die notwendige Flexibilität behält, die Vorlagefrage ganz abzulehnen, sofern sie einer verallgemeinernden Entscheidung nicht offensteht, oder mit Blick auf die besonderen Umstände des Einzelfalls bewusst in ihrem Wirkkreis zu beschränken. Zudem kann im Rahmen der derzeitigen Zulassungsrevision gleichermaßen nicht beeinflusst werden, welche Berufungsentscheidung Grundlage einer revisionsgerichtlichen Rechtsfortbildung sein wird. Ein rechtsvergleichender Befund offenbart dabei, dass sich in keiner der untersuchten Rechtsordnungen die Gefahr einer überschießenden Rechtsfortbildung realisiert hat.

#### 4. *Zwischenergebnis*

Zur Effektivierung des Revisionsverfahrens im öffentlichen Interesse sollte das bestehende Rechtsmittelmodell bei Verfahren mit rechtsgrundsätzlicher Bedeutung erweitert werden. *De lege lata* existieren – insbesondere mit Blick auf Massenverfahren in der Instanzgerichtsbarkeit – keine Verfahrensstrukturen, um dem Pro-

<sup>394</sup> Ähnlich bereits *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, S. 49.

blem der ‚Flucht aus der Revision‘ effektiv zu begegnen. Angesichts des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers stellen dabei sowohl die Modifizierung der Sprungrevision unter Umgehung der Berufungsinstanz als auch die Einführung eines Muster- oder Vorlageverfahrens mit privilegiertem Zugang zum Revisionsgericht eine bedenkenswerte Fortentwicklung des geltenden Rechtsmittelsystems dar.<sup>395</sup> Die beschriebenen Strukturen bieten eine sinnvolle Ergänzung zum Parteiprozess und ermöglichen eine flexible Prozessgestaltung, um Verfahren mit rechtsgrundsätzlicher Bedeutung bereits in den unteren Instanzen zu detektieren.<sup>396</sup> Eine vom Parteiprozess entkoppelte Rechtsfindung findet insoweit nicht statt, da das Revisionsgericht seine Entscheidung stets auf der Grundlage eines anhängigen Verfahrens und daher nicht ohne Rückbezug auf eine konkrete Fallgestaltung fällt. Dabei ist gerade bei einer Vielzahl von Parallelverfahren auch verfassungsrechtlich nichts gegen eine vorrangige Entscheidung einzelner Musterverfahren bei gleichzeitiger Aussetzung der übrigen einzuwenden.<sup>397</sup>

Eine solche Vorgehensweise ermöglicht vorrangig eine schnelle höchstrichterliche Klärung von Rechtsfragen in Verfahren, in denen eine Sachverhaltsaufklärung bereits erfolgt ist oder die Verfahrensaspekte im Wesentlichen unstrittig sind. Bei komplexen Verfahren, die eine umfangreiche Beweiserhebung notwendig machen, bieten Muster- und Vorlageverfahren wie auch eine Effektivierung der Sprungrevision dagegen nur wenig Entwicklungspotenziale. Insoweit kann eine Verfahrenseffektivierung nur durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes erreicht werden, die jedoch mit den dargelegten Verfahrensstrukturen *de lege ferenda* verzahnt werden könnten. Ob die Musterfeststellungs- oder Abhilfeklage des VDuG-E dabei zu einer signifikanten Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess führen wird, muss die gerichtliche Praxis jedoch erst noch zeigen.

---

<sup>395</sup> Tendenziell aA *Maultzsch* (Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 310), wonach „eine möglichst weit gehende Synchronisierung des öffentlichen Interesses der Rechtsgemeinschaft an einer Normbildung einerseits und des privaten Interesses der Prozessbeteiligten an einer Streitentscheidung andererseits geboten [ist], um einen hinreichenden Zufluss an Entscheidungsmaterial aus allen Bereichen des Rechts zu den normbildenden Instanzen zu gewährleisten.“

<sup>396</sup> S. ferner *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 24 ff., zur Überlegung einer erstinstanzlichen Zuständigkeit des Revisionsgerichts bei besonders bedeutsamen Verfahren.

<sup>397</sup> Vgl. BVerfGE 54, 41 f. (zu § 93a VwGO): „Auch für die Beschwerdeführer, deren Verfahren das Verwaltungsgericht vorerst zurückgestellt hat, wird der Rechtsschutz nicht in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise erschwert. Ihnen werden nach dem Ergehen der ‚Musterurteile‘ noch alle prozessualen Möglichkeiten offenstehen, umfassenden gerichtlichen Schutz zu erlangen.“

### III. Die Entkopplung von Streitentscheidung und Normbildung

In verschiedenen Rechtsordnungen ist eine vollständige Entkopplung von Streitentscheidung und Normbildung im Zivilprozess zu beobachten, wobei die Wahrung der Rechtseinheit und Sicherung der Rechtsfortbildung im öffentlichen Interesse in der Regel durch eine formal unabhängige (und meist der Exekutive zuzurechnende) Instanz wahrgenommen wird. Das Ergebnis ist eine vom Individualprozess entthobene, ‚platonische‘ Entscheidung des Höchstgerichts, welche nicht mehr die Parteien, sondern ausschließlich die Rechtsgemeinschaft als Rezipienten letztinstanzlicher Entscheidungen adressiert.

#### 1. *Eine Revision dans l'intérêt de la loi?*

##### a) *Rechtsvergleichender Befund*

Prominentestes Beispiel einer Rechtsklärung ausschließlich im öffentlichen Interesse ist der französische Kassationsrekurs *dans l'intérêt de la loi*: Der Generalanwalt kann als Organ der Exekutive eine Kassationsbeschwerde im ‚Interesse des Rechts‘ einlegen, sofern keine Partei gegen die vorinstanzliche Entscheidung im Rahmen der Rechtsmittelfrist vorgegangen ist.<sup>398</sup> Die Entscheidung hat keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Parteien (*cassation platonique*)<sup>399</sup> und ist Ausdruck der im französischen Kassationsrecht unbedingt zu verwirklichenden objektiven Rechtsbewahrung. Das Verfahren zielt zudem darauf ab, die Instanzgerichte zu disziplinieren und eine fehlerhafte Entscheidung unabhängig vom Parteiwillen aufzuheben, um so die (faktische) Präjudizialität obergerichtlicher Entscheidungen zu verhindern.

Auch in anderen Ländern des romanischen Rechtskreises, etwa in Belgien,<sup>400</sup> Italien,<sup>401</sup> oder mit dem *recurso de uniformização de jurisprudência* in Portugal<sup>402</sup> kommt der Generalanwaltschaft am Höchstgericht eine vergleichbare – wenn auch in der Rechtspraxis eher selten genutzte – Kompetenz zu. In den Niederlanden kann der Generalanwalt am Hoge Raad ebenfalls Kassationsbeschwerde „in het belang der wet“ einlegen.<sup>403</sup> Das Rechtsmittel steht dem Generalanwalt sowohl zur

<sup>398</sup> Ausführlich oben sub §9.IV.1. In Frankreich *muß* der Generalanwalt zudem auf Anweisung des Justizministers eine Kassationsbeschwerde einleiten (vgl. oben sub sub §9.IV.2.), wenn die Entscheidung eine richterliche Kompetenzüberschreitung (*excès de pouvoir*) darstellt; in diesem Fall wirkt die Kassationsentscheidung rechtskraftdurchbrechend *erga omnes*, auch gegenüber den Prozessparteien. Beispiel ist etwa Cass. ass. plén. v. 31.05.1991, no. 90-20.105, D. 1991, 417 rapp. *Chartie*, zu einem Leihmutterchaftsvertrag (*contrat de mère porteuse*).

<sup>399</sup> Art. 639-2 C. P. C.

<sup>400</sup> Vgl. Art. 1089 Code Judiciaire Belgique.

<sup>401</sup> Vgl. Art. 363 Abs. 1 Codice di Procedura Civile.

<sup>402</sup> Vgl. Art. 691.º Código de Processo Civil.

<sup>403</sup> Art. 78 Abs. 1 Wet op de rechterlijke organisatie: „De Hoge Raad neemt kennis van het beroep in cassatie tegen de handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen van de gerechts-

Sicherung der Rechtseinheit als auch zur Rechtsfortbildung zur Verfügung, wenn die Instanzgerichte eine Rechtsfrage unterschiedlich beurteilt haben und ein Parteirechtsmittel ausgeblieben ist.<sup>404</sup> Damit soll dem Problem begegnet werden, dass bedeutsame Rechtsfragen für die Allgemeinheit keiner grundsätzlichen Klärung durch den Hoge Raad zugeführt werden, weil die Parteien aus Zeit- und Kostengründen von einem Rechtsmittelverfahren absehen. Ähnlich dem französischen Recht hat die Entscheidung keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Parteien im Ausgangsprozess,<sup>405</sup> wobei das Verfahren – im Gegensatz zum französischen Recht – durchaus häufig angewendet wird.<sup>406</sup>

## b) Bisherige Erfahrungen in Deutschland

### aa) Zivilprozess

Die Mitwirkung eines Staatsanwalts in Zivilsachen hat auch in der deutschen Rechtsgeschichte Vorläufer. In Preußen existierte ab dem 16. Jahrhundert mit dem sog. Fiskalat eine Behörde, die nicht nur staatsanwaltliche, sondern auch Aufgaben vor den Zivilgerichten wahrnahm.<sup>407</sup> Auch nach Reichsgründung 1871 konnte die Staatsanwaltschaft als *partie principale* oder *partie jointe* in Ehe- und Entmündigungssachen mitwirken.<sup>408</sup> Eine dem romanischen Rechtskreis vergleichbare Stellung als *Parquet général* erreichte der Staatsanwalt in Zivilsachen indes nicht. Einzig im Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen vom 15.07.1941<sup>409</sup> – einem zentralen Baustein der NS-Justizgesetze, die in der vollständigen Gleichschaltung der Dritten Gewalt mündeten – findet sich eine unrühmliche Erweiterung staatsanwaltschaftlicher Befugnisse, wonach diese in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten berechtigt war, am Verfahren mitzuwirken, um „die vom Standpunkte der Volksgemeinschaft [...] zu berücksichtigenden Umstände geltend zu machen“ (§ 1). Unter Durchbrechung des *res iudicata*-Grundsatzes konnte zudem innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft der Entscheidung beim RG die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt werden (§ 2), wenn „gegen die Richtigkeit der Entscheidung schwerwiegende rechtliche oder tatsächliche Bedenken“ bestanden und der Ober-

---

hoven en de rechtbanken, ingesteld hetzij door een partij, hetzij ‚in het belang der wet‘ door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.“

<sup>404</sup> Numann *RabelsZ* 2016, 313, 318.

<sup>405</sup> Vgl. Art. 78 Abs. 7 Wet op de rechterlijke organisatie.

<sup>406</sup> Näher *Verkerk/van Rhee*, *The Supreme Cassation Court of the Netherlands*, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 77, 85.

<sup>407</sup> Einzelheiten bei *Thiere*, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, S. 215 ff.; vgl. zudem § 82 der Bürgerlichen Prozessordnung für das Königreich Hannover v. 08.11.1850 und Art. 69 § 1 des Gesetzes für das Herzogthum Oldenburg, den bürgerlichen Prozeß betreffend, v. 02./19.11.1857.

<sup>408</sup> *Thiere*, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, S. 216 f. mwN; s. zuvor schon den Diskussionsbeitrag von *Planck*, in: *Verhandlungen des 3. DJT 1863*, S. 449, 455.

<sup>409</sup> RGBl. I 383; *Thiere*, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, S. 218 f. mwN. In gleicher Weise konnte gem. § 160 ZPO der DDR (1975) der Präsident des OLG oder der Direktor eines Bezirksgerichts Kassationsbeschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung einlegen.

reichsanwalt „wegen der besonderen Bedeutung der Entscheidung für die Volksgemeinschaft“ eine erneute Verhandlung für erforderlich erachtete. Die Stellung des Staatsanwalts als Hüter überindividueller Interessen legitimierte sich nach damals herrschender Rechtsansicht aus der veränderten gesellschaftlichen Grundanschauung über die der NS-Ideologie dienenden Funktion des Zivilprozesses.<sup>410</sup>

Vor diesem Hintergrund wurde die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft oder anderer Behörden in Zivilsachen unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkriegs auf Ehe- und Kindschaftssachen (vgl. §§ 607, 640 ZPO a. F.) beschränkt und in den letzten Jahrzehnten weiter reduziert,<sup>411</sup> auch wenn sich prominente Prozessrechtswissenschaftler, etwa *Fritz Baur*,<sup>412</sup> bereits in den 1950er Jahren für eine Ausweitung der Revision im öffentlichen Interesse ausgesprochen hatten. Im Kernzivilrecht sind behördliche Mitwirkungsbefugnisse de lege lata marginal, etwa nach Maßgabe von §§ 525 Abs. 2, 2194 S. 2 BGB oder im Gesellschaftsrecht.<sup>413</sup> Darüber hinaus ist in einigen zivilrechtlichen Spezialmaterien eine Beteiligung Dritter vorgesehen, etwa bei Kartellrechtsstreitigkeiten und Verfahren nach dem Energiewirtschafts- und dem Telekommunikationsgesetz.<sup>414</sup> Auch in Markensachen kann der Präsident des Deutschen Patent- und Markenamts einem Verfahren vor dem Bundespatentgericht beitreten, wenn dies wegen der Bedeutung des Falles notwendig erscheint;<sup>415</sup> das Gleiche gilt in Patentsachen.<sup>416</sup> Eine spezifische Antrags- oder Rechtsmittelbefugnis ist dabei jedoch nicht vorgesehen.

#### bb) Verwaltungsprozess

Im Verwaltungsprozess ist die behördliche Beteiligung durch den Vertreter des öffentlichen Interesses (VöI) gem. § 36 VwGO bzw. den Vertreter des Bundesinteresses beim BVerwG (VBI) gem. § 35 VwGO prozessual institutionalisiert.<sup>417</sup>

<sup>410</sup> Ausführlich *Hofherr*, Staatliche Organe als Beteiligte in der Zivilgerichtsbarkeit, S. 58; *Kühne*, Amicus Curiae, S. 272f. mwN.

<sup>411</sup> Einzelheiten bei *Kühne*, Amicus Curiae, S. 274.

<sup>412</sup> *Baur* FS Lent, S. 1, 6f.; weitere Einzelheiten bei *Hodžić*, Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse, S. 65f. mwN. S. ferner *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 210ff. mwN, zu den frühen Forderungen (seit 1906) zum Ausschluss des Parteiwillens bei einer Anrufung des Revisionsgerichts.

<sup>413</sup> Z. B. § 396 AktG, 62 GmbHG; §§ 43, 44 BGB; § 81 GenG. Behördliche Antragsbefugnisse bestehen zudem bei einer Aufhebung der Ehe (§ 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 129 FamFG) oder gem. § 16 Abs. 2 lit. a Verschollenheitsgesetz. S. ferner den Sonderfall in § 25 S. 1 Heimarbeitsgesetz (Klagebefugnis des Landes).

<sup>414</sup> Vgl. §§ 90, 90a GWB; § 139 Telekommunikationsgesetz; § 104 Energiewirtschaftsgesetz: Die Verfahrensbeteiligung beschränkt sich dabei regelmäßig auf Unterrichtung, Akteneinsicht und Entsendung eines Vertreters zum Zwecke der Wahrung des öffentlichen Interesses.

<sup>415</sup> Vgl. § 68 Abs. 2 MarkenG.

<sup>416</sup> Vgl. § 77 PatG.

<sup>417</sup> S. hierzu § 1 Abs. 1 der Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 35 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) – Dienstanweisung für den Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2002 (GMBL. 132). Bereits § 8 des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes 1952 (BGBl. I 625) sah einen Oberbundesanwalt beim BVerwG vor. Bei dem 1877 errichteten Reichsoberseeamt existierte zudem ein Reichskommissar

Dabei zeigen sich bedeutsame Parallelen zum Kassationsrekurs *dans l'intérêt de la loi*: Gem. § 124 VwGO kann der Vertreter des öffentlichen Interesses Berufung einlegen<sup>418</sup> oder Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Berufung beantragen, § 124a Abs. 4 VwGO.<sup>419</sup> Dies gilt selbst dann, wenn er sich erst nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils zum Zwecke der Rechtsmittelinlegung am Verfahren beteiligt, solange für die anderen Beteiligten die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist.<sup>420</sup> Nimmt der Vertreter an der mündlichen Verhandlung teil, kann die Zurücknahme der Berufung nach Stellung der Anträge nur mit seiner Einwilligung erfolgen (vgl. § 126 Abs. 1 S. 2 VwGO). Gleichsam kann sich der Vertreter des öffentlichen Interesses auch noch nach dem Abschluss des Berufungsverfahrens, jedenfalls bis zum Ablauf der Revisionsfrist, am Verfahren beteiligen, um Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde einzulegen.<sup>421</sup> Eine Rücknahme der Revision ist nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung ohne die Einwilligung des Vertreters des Bundesinteresses nicht mehr möglich (§ 140 Abs. 1 S. 2 VwGO).

Trotz dieser *prima facie* prozessual exponierten Stellung ist die Institution des Vertreters des öffentlichen Interesses im Schwinden begriffen. Sie wurde in den meisten Ländern – vornehmlich aus Kostengründen<sup>422</sup> – sukzessive abgeschafft und findet sich derzeit nur noch in Bayern, Rheinland-Pfalz und Thüringen. Zudem kann im vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verwaltungsprozess (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO) unter Parteibeteiligung staatlicher Stellen durchaus an der Notwendigkeit einer solchen Institution gezweifelt werden, weil davon auszugehen ist, dass bereits die in die Hände der Parteien gelegte Rechtsmittelinitiative eine objektive Rechtsbewahrung vor den höheren Instanzen garantiert.

### c) *Legitimation in Deutschland*

Mit Blick auf die bisherigen Erfahrungen im Zivil- und Verwaltungsprozess dürfe die Einführung einer Revision im öffentlichen Interesses wenig zielführend sein, auch wenn in jüngerer Zeit die behördliche Beteiligung der BaFin bei versicherungsrechtlichen Streitigkeiten forciert wird, um der Tendenz zur Vermeidung von Grundsatzentscheidungen in diesem Rechtsgebiet entgegenzuwirken.<sup>423</sup> Eine Be-

---

als Vertreter des öffentlichen Interesses mit eigenen Verfahrensrechten (näher *Kohl*, Das Reichsverwaltungsgericht, S. 172 ff.).

<sup>418</sup> Einzelheiten bei BeckOK VwGO/*Roth* § 124 Rn. 8.

<sup>419</sup> Schoch/Schneider-*Rudisile* § 124a VwGO Rn. 65; gem. § 146 VwGO kann der Vertreter zudem Beschwerde einlegen.

<sup>420</sup> BVerwGE 90, 337, 339; BVerwG NVwZ-RR 1997, 519.

<sup>421</sup> BVerwGE 16, 265. Nach Ablauf der Revisionsfrist scheidet eine Beteiligungserklärung zum Zwecke der Anschlussrevision dagegen aus (BVerwGE 90, 337; 96, 258).

<sup>422</sup> Näher Schoch/Schneider-*Steinbeiß-Winkelmann* § 36 VwGO Rn. 11.

<sup>423</sup> *Hodžić*, Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse, S. 127 ff.; frühere Überlegungen zu einem versicherungsaufsichtsbehördlichem Klagerecht finden sich bei *Präve* NJW 1993, 970 ff. Nach *Hodžić*, aaO, S. 129 ff., soll insbesondere ein Anerkenntnis bzw. eine Rechtsmittelrücknahme ab der Revisionsverhandlung nur noch mit Zustimmung der BaFin als Vertreter des öffentlichen Interesses möglich sein; kritisch hierzu *Klingbeil* GVRZ 2019, 14, Rn. 37.

teilung der Exekutive im Kernzivilrecht verstößt zwar nicht gegen den in Art. 92 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG niedergelegten Gewaltenteilungsgrundsatz, da sich die richterliche Entscheidungsmacht stets aus einem konkreten Rechtsstreit speist. Die Beteiligung einer außerhalb des Prozessrechtsverhältnisses zwischen Parteien und Gericht stehenden und der Exekutive unterstehenden Institution bricht jedoch deutlich mit dem adversatorischen Charakter des Zivilprozesses, zumal die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass eine behördliche Beteiligung zeitintensiv ist und – auch rechtsvergleichend besehen – ob ihrer Schwerfälligkeit nur selten in Anspruch genommen wird. Ein vollständiger Ausschluss einer privaten Rechtsmittelinitiative zugunsten staatlicher Behörden würde zudem dem Wesenszug der europäischen Rechtsmitteltradition widersprechen.<sup>424</sup> Folglich wurde auch im Vereinigten Königreich während der Woolf-Reformen<sup>425</sup> die Einführung eines Staatsanwalts in Zivilsachen erwogen, um auf diesem Wege zu gewährleisten, dass den UK Supreme Court genügend Fälle erreichen, um eine Präjudizienbildung durch das Höchstgericht voranzutreiben und die Rechtsvereinheitlichung nicht dem Zufall zu überlassen.<sup>426</sup> Der Gedanke wurde jedoch nicht umgesetzt mit der Begründung, das *adversary system* des englischen Zivilprozesses sei nicht auf eine staatliche Intervention ausgerichtet.<sup>427</sup>

## 2. Advisory opinions oder Auslegungsrichtlinien im Zivilprozess?

Während Rechtsmittelverfahren im Interesse des Rechts auf Initiative behördlicher Stellen ihren Ursprung noch in einem konkreten Rechtsstreit haben, wird vereinzelt auch der vollständige Ausschluss des streitentscheidenden Moments bei Anrufung des Höchstgerichts forciert, um so eine abstrakte Rechtsklärung und eine vollständige Entkopplung zwischen Streitentscheidung und Normbildung im Zivilprozess zu erreichen.<sup>428</sup> Dies betrifft insbesondere *advisory opinions* und abstrakt-generelle Auslegungsrichtlinien durch das Höchstgericht.

<sup>424</sup> Näher *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 305 f. mwN.

<sup>425</sup> Oben sub § 10. I. 4.

<sup>426</sup> *Woolf* 7 C. J. Q. 44, 50 (1988) („at the present time it is a complete lottery as to which areas of the law are to the benefit by consideration of the appellate courts“); s. ferner *ders.*, Access to Justice, para. 14.41.

<sup>427</sup> *Stürner*, Die Anfechtung von Zivilurteilen, S. 137; *ders.* 99 ZVglRWiss 310, 326 ff. (2000). Dabei haben englische Gerichte bereits aufgrund ihrer historischen Entwicklung eine starke Abneigung, rein hypothetische Rechtsfragen zu klären, an denen die Parteien kein Interesse (mehr) haben, vgl. *Oscroft v. Benabo* [1967] 2 ALLER 548, 557; *R v. Home Secretary, ex parte Wynne* [1992] Q. B. 406, 424; *Glasgow Navigation Co. v. Iron Ore Co. Ltd.* [1910] AC 293, 294; sowie bereits sub § 10. IV. 2. a).

<sup>428</sup> Zu den frühen Forderungen vgl. *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 210 ff.; *Gerland*, Probleme des englischen Rechtslebens, S. 21 ff.; *Zeiler*, Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung, S. 9 ff.; aA dagegen *Grünhut*, Allgemeinverbindliche Richtersprüche, in: *Juridicum*, II. Jahrgang 1929/1930, S. 138 ff. S. ferner zur Diskussion Anfang des 20. Jahrhunderts: *Silberschmidt*, Die deutsche Rechtseinheit, S. 39 ff.

## a) Advisory opinions

## aa) Kanada

Gem. sec. 53 S. C. A hat die kanadische Bundesregierung die Möglichkeit, dem Supreme Court abstrakte Fragen zur Beantwortung vorzulegen (reference question-Verfahren). Neben Fragen zur Verfassungsmäßigkeit oder zur Auslegung eines bundes- oder einzelstaatlichen Gesetzes (sec. 53(1)(a), (b) S. C. A.) kann die Regierung dem Supreme Court jede ungeklärte Rechtsfrage antragen.<sup>429</sup> Dieser hat jedoch ein Ermessen, ob er die Frage in der Sache beantworten möchte. In der Praxis wird das Verfahren eher selten angewendet und betrifft vornehmlich verfassungsrechtliche Fragestellungen.<sup>430</sup>

Andere common law-Staaten – wie die USA oder Australien – verbieten den Erlass von *advisory opinions* dagegen ausdrücklich. Ein Streitentscheid erfordert etwa nach Ansicht des High Court of Australia stets einen Rechtsstreit zwischen real existierenden Parteien.<sup>431</sup> Auch die US-Bundesgerichte sind nach der *Case or Controversy Clause* in Art. III der US-Verfassung gehindert, *advisory opinions* zu erlassen, und dürfen nur dann eine Sachentscheidung treffen, wenn dargelegt ist, dass die Parteien noch ein Interesse am Ergebnis der Rechtsfindung haben,<sup>432</sup> wobei einzelne Bundesstaaten, z. B. Massachusetts, *advisory opinions* innerhalb ihres Jurisdiktionsbereichs dagegen wieder ausdrücklich vorsehen.<sup>433</sup>

## bb) Völkerrechtliche Ebene

Auf völkerrechtlicher Ebene sind *advisory opinions* dagegen häufiger anzutreffen. Gem. Art. 65 Abs. 1 IGH-Statut kann der IGH ein Gutachten zu jeder völkerrechtlichen Frage abgeben,<sup>434</sup> wobei insbesondere die Generalversammlung und der UN-Sicherheitsrat zum Anfordern eines Gutachtens berechtigt sind (vgl.

<sup>429</sup> Vgl. sec. 53(2) S. C. A.

<sup>430</sup> Bedeutsamste Entscheidung ist *Reference Re Same-Sex Marriage* [2004] S. C. C. 79 in Bezug auf die Zulässigkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kanada.

<sup>431</sup> *Re Judiciary and Navigation Acts* (1921) 29 CLR 257, 265: „But we can find nothing in Chapter III of the Constitution to lend colour to the view that parliament can confer power or jurisdiction upon the High Court to determine abstract questions of law without the right or duty of any body or person being involved.“

<sup>432</sup> Dazu schon sub § 13. I. 4. b) cc). Vgl. zur Entwicklung *Campbell Ewald Co. v. Gomez* 136 S.Ct. 663, 678 (2016) (*Roberts, C. J.*, dissenting) und *Flast v. Cohen*, 392 U. S. 83, 96, 88 S.Ct. 1942, 20 L.Ed.2d 947 (1968), wonach das Verbot zum Erlass von *advisory opinions* „the oldest and most consistent thread in the federal law of justiciability“ ist. Eine vergleichbare Rechtslage existiert in New York, vgl. *Scope v. Federated Dept. Stores, Inc.* 26 A. D.3d 226, 809 N. Y. S.2d 46 („While parties are free to chart their own procedural course, and may stipulate to limit issues on appeal, they cannot compel the Appellate Division to render an advisory opinion.“).

<sup>433</sup> Vgl. Part 2, ch. 3, Art. 2 der Verfassung von Massachusetts (1780): „Each branch of the legislature, as well as the governor and council, shall have authority to require the opinions of the justices of the supreme judicial court, upon important questions of law, and upon solemn occasions.“ Zur Rechtslage in den übrigen Bundesstaaten vgl. *Hart und Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, S. 57f. mwN.

<sup>434</sup> Umfassend zur Bedeutung von *advisory opinions* im Völkerrecht: *Runavot, La fonction consultative des juridictions internationales*, S. 1 ff.

Art. 96 Abs. 1 der UN-Charta). Bislang hat der IGH etwa 30 *advisory opinions* veröffentlicht, welche maßgeblichen Einfluss auf die Fortentwicklung des Völkerrechts hatten.<sup>435</sup>

Auch der EGMR hat gem. Art. 47 EMRK<sup>436</sup> die Befugnis, auf Antrag des Ministerkomitees Gutachten über Rechtsfragen zu erstatten, wobei Fragen zum Inhalt oder zur Reichweite der in Art. 1–18 EMRK und in den Protokollen anerkannten Rechte und Freiheiten nicht Gegenstand des Gutachtens sein dürfen. Der Anwendungsbereich des *advisory*-Verfahrens ist daher ausgesprochen limitiert,<sup>437</sup> sodass es bisher nur zwei in der Sache begründete Anwendungsfälle gab.<sup>438</sup> Auf europäischer Ebene sieht Art. 218 Abs. 11 AEUV ferner vor, dass der EuGH mit der Erstattung eines Gutachtens über die Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrags mit dem Recht der EU beauftragt werden kann, um den Abschluss eines unionsrechtswidrigen völkerrechtlichen Vertrags zu vermeiden.<sup>439</sup> Bekanntestes Beispiel sind die Gutachten des EuGH zum EU-Beitritt zur EMRK.<sup>440</sup>

### cc) Erfahrungen in Deutschland

Im deutschen Zivilrecht existieren keine *advisory opinion*-Verfahren im engeren Sinne, obwohl § 6 der Geschäftsordnung des BGH<sup>441</sup> die Möglichkeit einer Gutachtenerstattung noch immer vorsieht (z. B. im Rahmen von § 82 Abs. 4 S. 1 BVerfGG oder § 12 RsprEinhG). Rechtshistorisch kann jedoch auf die (kurzzeitig bestehende) Möglichkeit einer Gutachtenerstattung durch das BVerfG hingewiesen werden: § 97 BVerfGG sah in seiner Urfassung (1951) vor, dass Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung in einem gemeinsamen Antrag (Abs. 1) sowie der Bundespräsident (Abs. 2) das BVerfG um Erstattung eines Rechtsgutachtens über eine verfassungsrechtliche Frage ersuchen konnten. Bereits 1956<sup>442</sup> wurde diese

<sup>435</sup> Vgl. <https://www.icj-cij.org/en/cases> [30.08.2023]. Das aktuellste Gutachten aus dem Jahr 2019 auf Antrag der UN-Generalversammlung nimmt zum völkerrechtlichen Streit zwischen dem Vereinigten Königreich und Mauritius um den sog. Chagos Archipelago im indischen Ozean Stellung.

<sup>436</sup> Das Gutachtenverfahren wurde durch das 1970 in Kraft getretene Protokoll Nr. 2 eingefügt. Eine ähnliche Möglichkeit sieht der Inter-American Court of Human Rights vor, vgl. [http://hrlibrary.umn.edu/iachr/series\\_A.html](http://hrlibrary.umn.edu/iachr/series_A.html) [30.08.2023].

<sup>437</sup> Vgl. EGMR NJW 2005, 123 Rn. 26 f.: Auch Fragen der Zulässigkeit von Beschwerden sind ausgeschlossen. Das Gutachten ist zu begründen, wobei auch *dissenting opinions* zulässig sind (vgl. Art. 49 EMRK).

<sup>438</sup> Vgl. EGMR NJW 2009, 2109; Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (no. 2) v. 22.01.2010. Auch ein Antrag auf Erstattung einer *advisory opinion* nach Art. 29 der Oviedo Convention wurde abgelehnt (<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c> [30.08.2023]).

<sup>439</sup> Einzelheiten bei Calliess/Ruffert/Schmalenbach, Art. 218 AEUV Rn. 36 ff.

<sup>440</sup> EuGH Slg. 1996, I-1759 (EMRK I) und ECLI:EU:C:2014:2454 (EMRK II).

<sup>441</sup> v. 03.03.1952 (BAnz Nr. 83, 9) mit nachfolgenden Änderungen.

<sup>442</sup> G. v. 21.07.1956, BGBl. I 662. Den Gutachten kam dabei keine rechtliche Bindung zu, sie hatten jedoch faktisch die Funktion einer Grundsatzentscheidung (näher Brandis FS Bundesfinanzhof, Bd. II, S. 1917, 1925 mwN).

Möglichkeit ersatzlos gestrichen, sodass es nur in zwei Fällen zu einer Gutachten-erstattung kam.<sup>443</sup> Eine ähnliche Möglichkeit sah § 43 AO 1919 vor, wonach der Reichsfinanzminister dem Reichsfinanzhof Fragen zur Auslegung von Steuergesetzen vorlegen konnte. Das Verfahren wurde 1963<sup>444</sup> aufgegeben, erfreute sich bis dahin aber einer großen Beliebtheit.<sup>445</sup>

### b) Auslegungsrichtlinien

Ein vergleichbares Modell zur Rechtsfortbildung durch abstrakte höchstrichterliche Interpretation ist insbesondere in sozialistischen Staaten in Form von Auslegungsrichtlinien – etwa den Leitlinien und Beschlüssen des Obersten Gerichts der DDR<sup>446</sup> – bekannt und kann auch heute noch in der VR China beobachtet werden, da das Oberste Volksgericht Auslegungsrichtlinien zu Gesetzen und Verordnungen erlassen kann, die von den Instanzgerichten bei der Urteilsfindung zu beachten sind.<sup>447</sup> Ganz unbekannt ist diese Vorgehensweise auch in Deutschland nicht. Unterhaltsleitlinien (insbesondere die Düsseldorfer Tabelle zum Kindesunterhalt<sup>448</sup>) oder die Streitwertkataloge in der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit haben zwar als Auslegungsrichtlinien der Judikative keine Gesetzeskraft,<sup>449</sup> ihnen kommt jedoch oftmals eine de facto-Präjudizialität zu.<sup>450</sup> Ein echtes sua sponte-Verfahren zum Erlass höchstrichterlicher Leitlinien sahen zudem die §§ 1715a, 1789 RVO 1928<sup>451</sup> vor, welche den Spruch- und Beschlüssenaten des früheren Reichsversicherungsamts gestatteten, Grundsatzentscheidungen zur Auslegung gesetzlicher Vorschriften ohne konkreten Anlass zu treffen.

<sup>443</sup> BVerfGE 1, 76 ff.; 3, 407 ff.; umfassend dazu *von Coelln*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 97 BVerfGG Rn. 1 ff. mwN.

<sup>444</sup> G. v. 23.04.1963, BGBl. I 197.

<sup>445</sup> Hierzu *Brandis* FS Bundesfinanzhof, Bd. II, S. 1917 ff.

<sup>446</sup> Vgl. *Müller-Römer* 12 Recht in Ost und West 151 (1968).

<sup>447</sup> Vgl. § 33 Gerichtsorganisationsgesetz der VR China [中华人民共和国法院组织法] v. 01.07.1979 = § 32 des Gerichtsorganisationsgesetzes idF v. 31.10.2006 (chinesisch-deutsch in: 19 ZChinR 52 ff. [2012]). Ergänzt werden diese Regelungen durch Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über die Justizauslegung [最高人民法院关于司法解释工作的规定] v. 09.03.2007 (chinesisch-deutsch in: 14 ZChinR 322 ff. [2007]); s. zum Themenkreis umfassend *Pissler* RabelsZ 2016, 372 ff.

<sup>448</sup> [https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer\\_Tabelle/Tabelle-2023/Duesseldorfer-Tabelle-2023.pdf](https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/Tabelle-2023/Duesseldorfer-Tabelle-2023.pdf) [30.08.2023].

<sup>449</sup> Vgl. *Borth* FamRZ 2018, 407, 409.

<sup>450</sup> Insbesondere der Düsseldorfer Tabelle kommt in der Rechtspraxis fast gesetzesgleiche Wirkung zu, welche auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt und akzeptiert ist (vgl. BVerfG BeckRS 2012, 53181; BGH NJW 1978, 753, 754). Nach Ansicht des BGH handelt es sich um „auf allgemeiner Erfahrung beruhende Richtsätze, die dem Rechtsanwender die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des ‚angemessenen Unterhalts‘ erleichtern sollen“ (BGH FamRZ 2000, 1492, 1493).

<sup>451</sup> Geändert durch G. v. 29.03.1928, RGBl. I 117.

c) *Bewertung*

Die von der Streitentscheidung zur Gänze entkoppelte Rechtsklärung durch revisionsgerichtliche Gutachten oder Auslegungsrehtlinien ist kein gangbarer Weg zur Sicherung der Revisionszwecke. Nach Ansicht des BVerfG ist es

„im Allgemeinen [...] die Funktion eines Gerichts, Rechtsstreitigkeiten zwischen streitenden Parteien zu entscheiden. Die Erstattung von Rechtsgutachten ist daher grundsätzlich der richterlichen Funktion wesensfremd.“<sup>452</sup>

Die Etablierung eines *Rechtshofs*,<sup>453</sup> welcher allein abstrakte Rechtsfragen klären und dabei losgelöst von einem Parteirechtsstreit agieren soll, wäre daher ein Verstoß gegen den in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verbürgten Gewaltenteilungsgrundsatz, da die abstrakte Rechtsetzung vorrangig dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber in Form von Gesetzen und Verordnungen zufällt. Zudem verstieße eine solche Ausgestaltung des Höchstgerichts gegen die in Art. 95 Abs. 1 GG normierte objektiv-rechtliche Bestandsgarantie eines Höchstgerichts.<sup>454</sup>

Auch wenn eine den Parteirechtsstreit ergänzende Gutachtenerstattung durch das Revisionsgericht damit im Einzelfall zulässig bliebe – wie es vom BFH über Jahrzehnte hinweg praktiziert wurde –, wäre eine Rechtsklärung in abstracto und ohne jeden Fallbezug mit dem adversatorischen System der zivilprozessualen Rechtsfindung nicht zu vereinbaren.<sup>455</sup> Nach *Esser*<sup>456</sup> ist die Normbildung im Zivilprozess untrennbar mit der Streitentscheidung verbunden; eine Rückbindung der Revisionsrechtsprechung an tatsächliche, zwischen den Parteien bestehende Streitfälle – sei es in Form eines Parteirechtsmittels, eines Muster- oder Vorlageverfahrens – ist daher notwendig, weil damit eine schrittweise Lösung von Einzelfällen anhand des unterbreiteten Fallmaterials ermöglicht wird.<sup>457</sup> Dagegen fehlt dem Richter der dem Gesetzgeber zukommende Erkenntnishorizont für eine Rechtsklärung in abstracto, weshalb das gerichtliche Einzelstreitverfahren – vermittelt durch die Konfrontation mit den spezifischen Tatsachen des anhängigen Falles – auch eine mäßigende Wirkung auf den zur letztverbindlichen Entscheidung berufenen Revisionsrichter entfaltet (und entfalten sollte).<sup>458</sup>

<sup>452</sup> BVerfGE 2, 79, 86. Mit Blick auf die vorstehend beschriebene, eigene Gutachtentätigkeit ist nach Ansicht des Verfassungsgerichts zudem zu beachten, dass Urteile in Verfassungsbeschwerde- und Normenkontrollverfahren einem Rechtsgutachten näherstehen als es bei fachgerichtlichen Urteilen der Fall ist, weshalb auch § 97 BVerfGG aF der im GG festgelegten Funktionszuweisung an das BVerfG nicht widerspricht (BVerfGE aaO, 87).

<sup>453</sup> Zu den historischen Vorschlägen in diese Richtung bereits sub § 2.III.2.

<sup>454</sup> Hierzu bereits sub § 3.I.1.b).

<sup>455</sup> Vgl. Stein/Jonas-Roth § 256 ZPO Rn. 30 mwN.

<sup>456</sup> *Esser* JZ 1962, 513 ff.; s. ferner *Jagusch* NJW 1953, 161 ff.

<sup>457</sup> Eingehend *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 252 ff., 332; *Gsell* AcP 2014, 99, 134 f.

<sup>458</sup> *Basedow* RabelsZ 2016, 237, 248, sowie aaO, 250: „Das richterliche Urteil wird zur Wertungsentscheidung, ohne dass das Gericht sich immer alle Situationen vergegenwärtigt, in denen sein Urteil Wirkung entfalten soll. Nicht Gerechtigkeit im Einzelfall, das *sum cuique*, beseelt

#### IV. Ergebnis

Durch das rationale Desinteresse der Prozessparteien an einer Rechtsklärung im Allgemeininteresse und das bewusste Verhindern höchstrichterlicher Judikate durch prozesstaktisches Verhalten kann das Revisionsgericht seine Rechtsfortbildungsfunktion zur zeitnahen Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen nicht immer erfüllen. Dies führt zu empfindlichen Rechtsschutzdefiziten und zu einer erheblichen Belastung für die Instanzgerichte. Sowohl die bisherigen Maßnahmen des Gesetzgebers zur Beschränkung der Dispositionsmaxime im Revisionsrechtszug als auch die Kompensationsmittel des BGH *praeter legem* können diese Defizite nicht ausreichend kompensieren. Die maßvolle Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des BGH stellt daher eine wesentliche Herausforderung für das revisionsgerichtliche Verfahren *de lege ferenda* dar. Insoweit bietet sich insbesondere eine Stärkung des instanziellen Zugangs zum Revisionsgericht für Verfahren mit rechtsgrundsätzlicher Bedeutung an. Dabei könnte sowohl eine Modifikation der Sprungrevision als auch die Einführung eines Vorlageverfahrens zur zeitnahen Klärung rechtsgrundsätzlicher Verfahren sowie die Etablierung eines (Individual-)Musterverfahrens für eine Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion des Revisionsgerichts fruchtbar gemacht werden. Eine strukturelle Entkopplung zwischen Streitentscheidung und Normbildung ist dagegen ein Fremdkörper im deutschen Zivilverfahrensrecht und sollte dies auch in Zukunft bleiben. Dementsprechend ist von einer Übertragung der mannigfaltigen Mechanismen zur abstrakten Rechtsklärung, die in ausländischen Rechtsordnungen vorzufinden sind, auch weiterhin abzuraten, weil sich diese überwiegend als ineffizient erwiesen haben und zudem die Grenze zwischen judikativer und legislativer Tätigkeit zu verschwimmen droht.

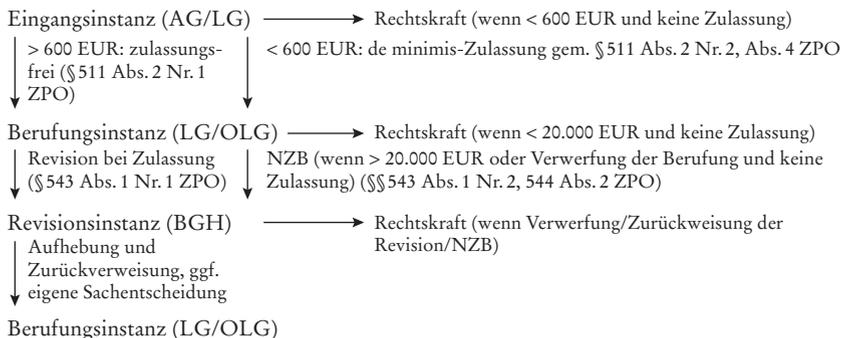
---

den Richter, sondern ein nicht selten auch politisch getriebener Wunsch, die Gesellschaft zu formen. Darin liegt eine Gefahr für die Eigenständigkeit des Rechts.“

## § 14 Der Schutz vor einer Überlastung des Revisionsgerichts

### I. *Supreme Courts under pressure*

Neben der Stärkung der Rechtsfortbildungsfunktion zieht sich die Frage nach einer Zugangsbeschränkung zum letztinstanzlichen Gericht sowohl in rechtshistorischer als auch in rechtsvergleichender Perspektive<sup>1</sup> wie ein roter Faden durch das zivilprozessuale Rechtsmittelsystem. Aufgrund der ermessensabhängigen Jurisdiktionsgewalt der Höchstgerichtsbarkeit im englischen und US-amerikanischen Recht und der damit einhergehenden Selbststeuerung der Fallbelastung stellt sich diese Problematik jedoch vorrangig in Staaten mit Revisions- oder Kassationsmodell. Das deutsche Recht wählt de lege lata eine ausdifferenzierte Verfahrenskanalisation, indem rechtsgrundsätzliche Verfahren mittels zugelassener Revision streitwertunabhängig zum BGH gelangen (sollen) (§ 543 Abs. 2 ZPO), wohingegen der auf den Individualrechtsschutz fokussierte Zuschnitt der Nichtzulassungsbeschwerde vom Erreichen eines Beschwerdewerts i. H. v. 20.000 EUR abhängig gemacht wird (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).



*Abb. 24:* Die Instanzenzüge im deutschen Zivilprozess.

<sup>1</sup> S. schon sub §§ 2.III.–V., 9.II., sowie *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, S. 143 („Es fragt sich nur, welche Beschränkungen die richtigsten sind?“). Theoretisch würde die Rechtsprechungsfunktion des Höchstgerichts auch dann nachhaltig beeinträchtigt werden, wenn der Zufluss an Entscheidungen versiegen würde (näher *Lederman* 75 *Notre Dame L. Rev.* 221, 223 ff. [1999]; *Siltala*, *A Theory of Precedent*, S. 81 f.), was indes bei keiner der untersuchten Rechtsordnungen ein strukturelles Problem zu sein scheint.

Trotz dieser prima facie schlüssigen Feinsteuerung (Abb. 24) ist – insbesondere in der letzten Dekade – vermehrt zu beobachten, dass der BGH mit einer Vielzahl von Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren überflutet wird. Vor allem Prozesse im Inkasso-, Versicherungs- und Darlehensrecht sowie Massenverfahren im Delikts- und Kapitalmarktrecht haben daran entscheidenden Anteil.<sup>2</sup> Im Geschäftsjahr 2022 erreichten das Revisionsgericht fast 5.000 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden, wobei letztere einen Anteil von über 85 % hatten.<sup>3</sup> Unter Berücksichtigung von Rechtsbeschwerden sieht sich der BGH einer Falllast von über 6.600 Verfahren ausgesetzt, was die Realisierung des Revisionszwecks zur zeitnahen Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen<sup>4</sup> deutlich erschwert. Wie dieser Problematik effektiv begegnet werden kann, soll Gegenstand dieses letzten Abschnitts sein.

## II. Die Reduktion revisibler Entscheidungen

### 1. Funktion der summa appellabilis

Vorrangiges Mittel des Gesetzgebers zur Fallreduktion ist – neben dem sektoralen Ausschluss von Rechtsmitteln (vgl. § 542 Abs. 2 ZPO) – der Beschwerdewert im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), auch wenn eine starre Wertgrenze in einem Rechtsmittelsystem, welches primär auf die Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen fokussiert ist, immer etwas willkürlich anmutet.<sup>5</sup> Denn eine generalisierte Vermutung dahingehend, dass Verfahren mit höherem Streitwert typischerweise mehr ungeklärte Rechtsfragen beinhalten und/oder fehleranfälliger sind, gibt es nicht, weshalb auch der Gesetzgeber im Rahmen der ZPO-Reform 2001 die Ansicht vertrat,<sup>6</sup> Wertgrenzen seien zur Zulassungsbeschränkung ungeeignet, diese jedoch als notwendiges Korrelat zum freien Zugang zur Revisionsinstanz fortführte, da die Falllast des Revisionsgerichts – gerade mit Blick auf europäische Nachbarrechtsordnungen – andernfalls nur schwer prognostiziert werden könne.

Die Gestaltungsentscheidung des Reformgesetzgebers erwies sich daher im System eines parteibezogenen Individualzugangs zum Revisionsgericht als *Malum necessarium*, da das – zur Zeit der ZPO-Reform 2001 bereits bestehende<sup>7</sup> – disparate Verhältnis zwischen Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren andernfalls weiter vertieft und die Struktur des Revisionsverfahrens insoweit dem

<sup>2</sup> Vgl. bereits sub § 3. III. und § 13. I. 1. b).

<sup>3</sup> BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 4/5: Ein Hilfssenat (VIa) soll derzeit dabei helfen, die Verfahrenslast abzumildern.

<sup>4</sup> Vgl. oben sub § 3. III. 2.

<sup>5</sup> Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Bestimmung des Beschwerdewerts bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten.

<sup>6</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 58.

<sup>7</sup> Vgl. sub § 3. III. 1., insbesondere e).

französischen Kassationsrekurs angenähert werden würde, sollte die Nichtzulassungsbeschwerde gegen alle Entscheidungen der Berufungsgerichte offenstehen. Führt man sich vor Augen, dass das französische Kassationsrecht schon seit Jahrzehnten maßgeblich von der Diskussion um eine Zugangsbeschränkung zur Cour de Cassation geprägt ist,<sup>8</sup> scheint dieser Gedanke jedoch ein kaum gangbarer Weg zu sein.

#### a) *Rechtfertigung*

Die Atypizität der Wertgrenze gem. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO<sup>9</sup> im System des zivilprozessualen Revisionsmodells legitimiert sich daher aus zwei Gründen: Sie gewährleistet im fein austarierten Verhältnis zwischen Revision und Nichtzulassungsbeschwerde, dass das Revisionsgericht über ausreichend Kapazitäten verfügt, um den vom iudex a quo detektierten Verfahren mit rechtsgrundsätzlicher oder rechtsvereinheitlichender Bedeutung ausreichend Aufmerksamkeit zu schenken,<sup>10</sup> wobei die individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten der Parteien durch die Festbeschreibung einer Wertgrenze nur in dem Maße eingeschränkt werden, „wie es zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichtshofs erforderlich ist“.<sup>11</sup> Zudem ist die de minimis-Verfahrenslimitierung auf eine Rechtsmittelinstanz Ausdruck einer Verfahrensproportionalität und einer sinnvollen Allokation von Justizressourcen, da bei einem Beschwerdewert<sup>12</sup> von weniger als 20.000 EUR in drei Instanzen Verfahrenskosten anfallen, die den Wert der Hauptsache bereits übersteigen. Erst ab einem Beschwerdewert von ca. 50.000 EUR nimmt die Kostenlast für den Rechtsmittelführer aufgrund der Gebührendegression im RVG und GKG spürbar ab (Abb. 25).<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Vgl. sub § 9. II. 3.

<sup>9</sup> Zur Wertbestimmung s. BGH NJW 2002, 2720; BGHZ 166, 327: Maßgeblich ist nicht die aus dem Berufungsurteil folgende Beschwer, sondern diejenige, welche der Beschwerdeführer mit der beabsichtigten Revision beseitigen möchte. Insbesondere bei Teilbarkeit des Prozessstoffs muss die Wertgrenze für den Teil überschritten sein, für den mit der Nichtzulassungsbeschwerde ein Zulassungsgrund dargelegt wird. Ist dabei nur für Teile des Prozessstoffs ein Zulassungsgrund gegeben, die zusammen genommen die Wertgrenze nicht übersteigen, ist die Revision dennoch auf diese Teile beschränkt zuzulassen. Gleiches gilt, wenn neben einer beschränkt zugelassenen Revision Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt wird; die Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde ist überschritten, wenn ihr Wert zusammen mit dem der zugelassenen Revision 20.000 EUR übersteigt (hierzu BGH BGHReport 2006, 1558).

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 19/13828, S. 17, 20.

<sup>11</sup> BT-Drs. 19/13828, S. 20.

<sup>12</sup> Dieser ist in der Regel mit dem gem. § 3 ZPO zu bemessenden Streitwert identisch (vgl. BGH, Beschl. v. 24.11.2022 – 1 ZR 25/22, juris Rn. 7). Für die Feststellung des Beschwerdewerts nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO gilt jedoch ein gegenüber der Wertermittlung nach § 3 Hs. 2 ZPO vereinfachtes Verfahren, in dem eine Glaubhaftmachung des Werts gemäß § 294 ZPO genügt. Da im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann (§ 544 Abs. 6 S. 1, § 128 Abs. 4 ZPO) und regelmäßig entschieden wird, sind Angebote von Zeugen- und Sachverständigenbeweis folglich nicht zur Glaubhaftmachung geeignet; diese muss vielmehr in schriftlicher Form erfolgen (BGH, aaO, juris Rn. 9).

<sup>13</sup> In Ansatz gebracht werden die Gerichtsgebühren sowie die Kosten für den eigenen und gegnerischen Rechtsanwalt (berechnet zum 30.08.2023) auf der Grundlage eines Prozessgegners,

Streitwert in EUR	20.000	50.000	100.000	200.000	500.000	1 Mio.	10 Mio.
In I. und II. Instanz angefallene Kosten in EUR	13.138	20.436	28.874	41.533	72.043	106.716	730.832
Kostenquote für die I. und II. Instanz (gerundet)	66%	41%	29%	21%	14%	11%	7,3%
Kosten für das NZB-Verfahren in EUR	5.311	8.251	11.365	16.036	27.222	40.214	274.072
Kostenquote für die III. Instanz (gerundet)	27%	17%	11%	8%	5,4%	4,0%	2,7%
Gesamtkosten für die I., II. und III. Instanz in EUR	18.449	28.686	40.239	57.569	99.265	146.930	1.004.904
Gesamtkostenquote (gerundet)	92%	57%	40%	29%	20%	15%	10%

Abb. 25: Kostenlast im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren.

Kostenrechtlich ist der Mindestbeschwerdewert gem. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO daher legitimierbar, weil sich ab dieser Grenze der Verfahrenswert und die aufgelaufenen Prozesskosten wenigstens die Waage halten. Vor diesem Hintergrund ist auch die gesetzgeberische Intention, eine Verkürzung des Instanzenzugs zur Kostenreduktion könnte – jedenfalls ex ante – im Parteiinteresse liegen,<sup>14</sup> zu rechtfertigen: Der Wertgrenze gem. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kommt eine parteischützende Wirkung dahingehend zu, die zweitinstanzlich unterlegene Partei – welche in der großen Mehrheit der Verfahren im Revisionsrechtszug ebenfalls unterliegen wird<sup>15</sup> – vor überbordenden Gesamtverfahrenskosten zu schützen. Eine größere Kostendisproportionalität (bei Verfahren mit kleinerem Streitwert) ist als Ausnahme von diesem Grundsatz nur bei einer vom iudex a quo zugelassenen Revision vorgesehen, weil das Rechtsfortbildungsinteresse der Allgemeinheit insoweit eine Befassung des Revisionsgerichts mit der Streitsache legitimiert, auch wenn dies aus (individual-)prozessökonomischer Sicht nicht sinnvoll ist.

ohne Berücksichtigung außergerichtlicher Kosten und Kosten für eine Beweisaufnahme. Im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde fallen eine 2,3-Verfahrensgebühr gem. Nr. 3508, 3506 Anl. 1 RVG sowie 2,0 Gerichtsgebühren gem. Nr. 1242 Anl. 1 GKG an, die sich bei Rücknahme vor einer Entscheidung auf eine 1,0-Gerichtsgebühr reduzieren (Nr. 1243 Anl. 1 GKG). Tatsächlich dürften die Kostenquoten aufgrund von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sowie Kosten für eine Beweisaufnahme usw. noch höher ausfallen.

<sup>14</sup> Vgl. *Sendler* DVBl. 1982, 812, 813f.; *Scholz* DVBl. 1982, 605, 610. Die extreme Kostenbelastung der Parteien im Revisionsrechtszug ist im internationalen Vergleich keine Selbstverständlichkeit. Frankreich erhebt z. B. keine Gerichtskosten mit dem Ziel eines sich selbstständig tragenden Justizhaushaltes, da der Zugang zur Justiz kostenneutral ausgestaltet sein soll (vgl. *Gross* FS Bornkamm, S. 1035, 1040). Auch für eine *petition for writ of certiorari* ist lediglich eine *filing fee* von 300 US\$ erforderlich (vgl. S. C. R. 38(a)), wobei dieser Effekt durch die teilweise deutlich höheren Anwaltskosten jedoch wieder aufgewogen wird.

<sup>15</sup> Zu den geringen Erfolgsquoten der Nichtzulassungsbeschwerde vgl. bereits sub § 3. III. 1. b).

b) *Reformüberlegungen: de minimis non curat praetor*

Um den hohen Anteil von Nichtzulassungsbeschwerden zu reduzieren, wird daher seit längerem eine weitere Anhebung der Beschwerdegrenze in §544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO diskutiert.<sup>16</sup> Vor dem Hintergrund des weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums im Rechtsmittelverfahren ist ein solches Vorgehen grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig, da dieser den Zugang zum Revisionsgericht nach Ansicht des BVerfG „nach Maßgabe allgemeiner Kriterien, wie eines Mindestwerts des Streitgegenstands“, ausgestalten kann.<sup>17</sup> Eine maßvolle Erhöhung der Beschwerdegrenze wäre daher – insbesondere vor dem Hintergrund der allgemeinen Inflationsentwicklung – nicht zu beanstanden und von einer Verfassungswidrigkeit erst dann auszugehen, wenn die Mindestbeschwerde derart hoch angesetzt ist, dass sie den Zugang zum Höchstgericht faktisch verhindert und zu einer Austrocknung der Rechtsprechungstätigkeit des BGH führt.<sup>18</sup> Dennoch sollte der Gesetzgeber mit Augenmaß walten, um die Rechtsschutzmöglichkeiten der Parteien nur in dem Maße einzuschränken, „wie es zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichtshofs erforderlich ist“,<sup>19</sup> nicht zuletzt vor dem Hintergrund des in der Berufungsinstanz bereits stark abgebauten Kollegialrichterprinzips (vgl. § 526 ZPO). Zudem ist der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Rechtsprechungstätigkeit des Revisionsgerichts erodiert, weil dem BGH das notwendige Anschauungsmaterial zur Rechtsfortbildung in Rechtsgebieten mit typischerweise kleineren Streitwerten verloren geht.<sup>20</sup>

Wenig überzeugend erscheinen dagegen die flankierenden Vorschläge zur (Wieder-)Einführung einer Wertrevision,<sup>21</sup> um wirtschaftliche Großverfahren ab einer gewissen Beschwerdesumme zulassungsfrei zum BGH zu bringen.<sup>22</sup> Begründet wird dieser Ansatz insbesondere mit einer Stärkung des Justizstandorts Deutschland, um eine Abwanderung großer Prozesse ins Schiedsverfahrensrecht zu verhindern.<sup>23</sup> Ausgehend von den Zwecken des geltenden Revisionsverfahrens<sup>24</sup> erschließt sich jedoch nicht, weshalb Prozesse mit besonders hohem Streitwert verfahrensrechtlich privilegiert werden sollten, sofern diesen nicht auch eine rechtsgrund-

<sup>16</sup> Dafür etwa *Brückner/Gubling/Menges* DRiZ 2017, 200, 204 (25.000 bzw. 40.000 EUR); s. zuvor schon *Waclawik* NJW 2016, 1639ff.

<sup>17</sup> BVerfGE 54, 277, 292.

<sup>18</sup> S. oben sub § 3.I.1.b).

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/13828, S. 20.

<sup>20</sup> Dies könnte partiell durch die sub § 13 diskutierte Einführung einer modifizierten Sprungrevision oder eines Muster- bzw. Vorlageverfahrens abgedeckt werden.

<sup>21</sup> Zu den historischen Hintergründen vgl. oben sub § 2.IV.2.d) und V.1.

<sup>22</sup> Dafür etwa *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 390f.; s. für die Diskussion vor Erlass des ZPO-RG 2001: *Paulus* ZJP 1958, 188, 220f. (mit Hinweis auf die [vermeintlichen] Vorzüge einer freien Streitwertrevision für die richterliche Rechtsfortbildung); *Arndt* NJW 1963, 1273, 1282; *Jagusch* NJW 1953, 161, 162f.; *Möhrnig* NJW 1962, 1, 3f.; *Kaempfe* NJW 1979, 1134, 1138; *Pfeiffer* NJW 1999, 2617, 2618.

<sup>23</sup> *Waclawik* NJW 2016, 1639, 1642; *Raeschke-Kessler* AnwBl 2015, 822, 823. S. zur Einführung von Commercial Courts mit privilegiertem Zugang zum BGH bereits sub § 4.II.2.

<sup>24</sup> Oben sub § 3.II.2.

sätzliche Bedeutung zukommt. Die dem Vorschlag unterliegende Prämisse, dass durch eine Wertrevision die Abwanderung wirtschaftlich bedeutsamer Prozesse ins Schiedsverfahrensrecht unterbunden werden kann, erscheint ebenfalls zweifelhaft, da Verfahren mit hohem Streitwert auch rechtsvergleichend besehen keine pauschale verfahrensrechtliche Privilegierung genießen und gerade England und die USA – die beiden wohl größten Foren für Schiedsverfahren mit wirtschaftsrechtlichem Bezug – im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis als ausgesprochen rechtsmittelavers gelten.<sup>25</sup>

## 2. Einführung einer Zulassungsberufung

Ein weiterer Reformvorschlag zielt darauf ab, die Fallselektion bereits auf der Ebene der Berufungsinstanz zu stärken und so deren Rechtsfortbildungsfunktion in den Vordergrund zu rücken.<sup>26</sup> Derzeit ist die Berufung, von der de minimis-Zulassung gem. § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 ZPO abgesehen, zulassungsfrei. Diese Ausgestaltung ist jedoch weder verfassungsfest<sup>27</sup> noch handelt es sich rechtsvergleichend um ein Allgemeingut, da z. B. in England bereits alle *first appeals* zulassungsgebunden sind.<sup>28</sup> Bereits *Adickes* brachte daher 1906 den Gedanken einer zivilprozessualen Zulassungsberufung ins Spiel.<sup>29</sup> Gleiches wurde vermehrt im Zuge der Wiedervereinigung vorgeschlagen,<sup>30</sup> löste aber seinerzeit insbesondere von Seiten der Anwaltschaft heftigen Protest aus.<sup>31</sup>

### a) Vergleich zum Verwaltungsprozess

Im deutschen Recht ist die Zulassungsberufung dabei kein Novum, wie ein Blick auf den Verwaltungsprozess zeigt. Gem. §§ 124, 124a VwGO<sup>32</sup> muss die Berufung entweder durch den iudex a quo oder auf Antrag einer Partei durch den iudex ad quem zugelassen werden. Sie ist vom VG zuzulassen, wenn es sich um eine besonders komplexe Streitigkeit handelt, eine grundsätzliche Bedeutung der Sache

<sup>25</sup> Oben sub § 10. V. 1. und § 11. II. 1.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 12/1217, S. 23 ff., sowie die ablehnende Empfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 12/3832, S. 39. S. ferner *Roth* JZ 2006, 9, 10.

<sup>27</sup> Vgl. oben sub § 3. I. 1.

<sup>28</sup> Einzelheiten schon sub § 10. III. 1.

<sup>29</sup> *Adickes*, Grundlinien durchgreifender Justizreformen, S. 103, 138; auch *Renk* DRiZ 1995, 120; *Roth*, Wege zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, in: 4. Zivilprozessrechts-Symposium, S. 79, 82 ff. mwN.

<sup>30</sup> Vgl. etwa den Entwurf in BR-Drs. 314/1/91; Kritik dazu bei *Grunsky* AnwBl. 1991, 545, und *Bethge* NJW 1991, 2391 ff.

<sup>31</sup> Einzelheiten bei *Gottwald*, Gutachten zum 61. DJT 1996, A 63 ff. mwN; *Grunsky* AnwBl. 1991, 545, 546 ff.; *Roth* JZ 1996, 805, 808 f.; *ders.* JZ 2006, 9, 13 f.; s. ferner *Weth* ZJP 2007, 137 ff.

<sup>32</sup> Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 145 Abs. 1 SGG, wonach die Nichtzulassung der Berufung vor dem Sozialgericht durch Beschwerde angefochten werden kann. Im Bagatellverfahren nach Art. 17 VO (EG) Nr. 861/2007 ist sogar der vollständige Ausschluss eines Rechtsmittelverfahrens durch die Mitgliedstaaten möglich (näher MünchKommZPO/*Hau* Art. 17 BagatellVO Rn. 2).

oder eine Rechtssatzdivergenz zur Entscheidung eines gleich- oder höherrangigen Gerichts vorliegt (§ 124 Abs. 2 Nr. 2–4 VwGO). Zusätzlich kann die intermediäre Instanz die Berufung auch zulassen, wenn ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen oder ein entscheidungserheblicher Verfahrensmangel vorliegt (§ 124 Abs. 2 Nr. 1, 5 VwGO).

Aufgrund dieser Ausgestaltung ist die zugelassene Berufung im Verwaltungsprozess zum Exoten verkommen. Im Jahr 2021 erledigten die Verwaltungsgerichte 84.256 allgemeine Verwaltungssachen; in 18.575 Verfahren ergingen Urteile, von denen nur 854 direkt mit der Berufung angreifbar waren (4,6 % der Urteile bzw. 1 % aller Verfahren).<sup>33</sup> Diese Praxis setzt sich auf der Ebene der OVG/VGH fort: 84 % der 2021 erledigten Verfahren im mittleren Rechtsmittelzug waren Anträge auf Zulassung der Berufung,<sup>34</sup> welche ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.<sup>35</sup> Reguläre Berufungsverfahren mit (meist<sup>36</sup>) mündlicher Verhandlung machen nur 15 % der Falllast aus.<sup>37</sup> Weiter verschärft wird diese restriktive Praxis durch § 124a Abs. 5 S. 4 VwGO:<sup>38</sup> Lehnt das Berufungsgericht die Zulassung der Berufung ab, wird das verwaltungsgerichtliche Urteil rechtskräftig. Eine – § 522 Abs. 3 ZPO<sup>39</sup> – vergleichbare Regelung, mit der auch die ablehnende Zulassungsentscheidung der intermediären durch die übergeordnete Instanz überprüft werden kann, gibt es nicht. Entsprechend gering ist auch die Zulassungsquote von 0,52 % (101 Verfahren), in deren Rahmen die Revision vom iudex a quo wegen rechtsgrundsätzlicher Bedeutung oder Divergenz zugelassen wurde.<sup>40</sup> Die oberverwaltungsgerichtliche Praxis repräsentiert daher das Verfahrensmodell eines Supreme Court im Allgemeininteresse in wesentlich stärkerem Maße als der Zivilprozess: Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung werden bereits auf Ebene der intermediären Instanz weitflächig aussortiert (sog. *weeding out*), damit nur rechtsgrundsätzliche Verfahren die Höchstinstanz erreichen.<sup>41</sup>

<sup>33</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 [2021], Reihe 2.4., S. 15, 17.

<sup>34</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 [2021], Reihe 2.4., S. 103.

<sup>35</sup> Schoch/Schneider-*Rudisile*, § 124a VwGO Rn. 120f. mwN: Darin liegt nach ständiger Rechtsprechung kein Verstoß gegen Art. 6 EMRK.

<sup>36</sup> Die Zahl der mündlichen Verhandlungen liegt noch deutlich darunter, da das OVG/VGH gem. § 130a VwGO ohne mündliche Verhandlung über die Berufung entscheiden kann, wenn es sie einstimmig für begründet oder unbegründet hält.

<sup>37</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 [2021], Reihe 2.4., S. 103: Verfahren in Personalvertretungssachen und Disziplinarsachen bleiben dabei unberücksichtigt.

<sup>38</sup> Vgl. auch § 145 Abs. 4 S. 4 SGG.

<sup>39</sup> Dazu sogleich sub § 14. II. 3.

<sup>40</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 [2021], Reihe 2.4., S. 103: Bei 19.592 erledigten Verfahren, wovon 985 durch Urteil beendet wurden, wurde in lediglich 101 die Revision zugelassen, in weiteren 879 Verfahren ist die Nichtzulassungsbeschwerde zum BVerwG möglich, in fünf weiteren ist kein Rechtsmittel statthaft. In 362 Verfahren ist zudem die Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde gegen erstinstanzliche Verfahren vor dem OVG/VGH statthaft (Statistisches Bundesamt aaO, 77).

<sup>41</sup> Diese Intention wird durch den Umstand verstärkt, dass BVerwG und OVG/VGH bei besonders bedeutsamen Verfahren auch erstinstanzlich tätig werden, vgl. §§ 47f., 50 VwGO.

*b) Übertragbarkeit auf den Zivilprozess?*

Eine frühzeitige Fallselektion auf Ebene der Berufungsinstanz hat dabei den Vorteil, dass das Anschauungsmaterial des Revisionsgerichts bereits auf Fälle mit (potenziell) rechtsgrundsätzlicher Bedeutung reduziert wird und dessen Rechtsfortbildungsfunktion im Allgemeininteresse insoweit gestärkt werden könnte. Dennoch erscheint eine Übertragung der verwaltungsprozessualen Grundstruktur auf das Zivilverfahrensrecht nicht zielführend. Zwar steht der Zweck des zivilprozessualen Berufungsverfahrens zur Fehlerkontrolle und -korrektur erstinstanzlicher Entscheidungen<sup>42</sup> einer Zulassungsberufung nicht generell im Wege, da eine Kombination aus Rechts- und beschränkter Tatsachenkontrolle (vgl. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO) auch im Rahmen eines Zulassungsverfahrens erfolgen kann und es keinen weitergehenden verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf eine zulassungsfreie zweite Instanz gibt.<sup>43</sup>

Eine Anlehnung an die Zulassungsberufung der VwGO würde jedoch zu einer tiefgreifenden Funktionsverschiebung der zivilprozessualen Berufung führen. Insbesondere ein Zulassungsgrund, der über die „grundsätzliche Bedeutung“ (vgl. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) bereits in der intermediären Instanz vorrangig überindividuelle Interessen in den Vordergrund rückt, lässt unberücksichtigt, dass die Berufungsinstanz vornehmlich noch dem Individualrechtsschutz dient.<sup>44</sup> Auch das Anknüpfen an die „besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache“ (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) – obschon an die Individualgerechtigkeit anknüpfend<sup>45</sup> – erscheint im Zivilprozess nicht sachgerecht, da einem Gericht auch bei einfachen Sachverhalten im amtsgerichtlichen Verfahren ein Fehler unterlaufen kann.<sup>46</sup> Eine Übertragung auf das zivilprozessuale Berufungsverfahren muss zudem ausscheiden, weil die VwGO durch das Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO, den in § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO verankerten Amtsermittlungsgrundsatz und das noch stärker gelebte Kammerprinzip in erster Instanz (vgl. §§ 5, 6 VwGO) eine höhere instanzielle Richtigkeitsgewähr aufweist als der Zivilprozess mit seinem originären Einzelrichter (vgl. § 348 Abs. 1 S. 1 ZPO). Legt man die zivilprozessualen Berufungsgründe als Kontrollmaßstab an (vgl. § 513 Abs. 1 i. V. m. §§ 529, 546 ZPO), wäre auf Ebene der intermediären Instanz zudem kein durchgreifender Entlastungseffekt zu erwarten, da im Rahmen eines Zulassungsverfahrens der gleiche Prüfungsmaßstab wie bei einer regulären Berufung eingreift. Dabei ermöglicht es das Zivilprozessrecht bereits *de lege lata* im Rahmen von § 522 Abs. 2 ZPO (dazu sogleich), über aussichtslose Rechtsmittel ohne eine mündliche Verhandlung zu entscheiden.

<sup>42</sup> Näher Musielak/Voit/Ball Vorbem. zu §§ 511 ff. ZPO Rn. 8 sowie schon sub § 3. II. 3.

<sup>43</sup> Vgl. schon sub § 3. I. 1. a).

<sup>44</sup> So auch Roth JZ 2006, 9, 13 f., sowie schon sub § 3. II. 3. a).

<sup>45</sup> AA wohl Grunsky AnwBl. 1991, 545, 548, der darin eine Ähnlichkeit zur Grundsatzbedeutung erblickt.

<sup>46</sup> Ähnliche Kritik schon bei Roth JZ 2006, 9, 14 mwN: Es besteht zudem die Gefahr, dass die Rechtsmittelführer ihren Vortrag unnötig aufbauschen, um dem Berufungsgericht die besondere – in der Regel nicht existente – Komplexität des Falles aufzuzeigen.

Schließlich könnte sich eine zivilprozessuale Zulassungsberufung auch mit Blick auf die Revisionszwecke als kontraproduktiv erweisen, sofern eine Austrocknung der Rechtsprechungstätigkeit des Höchstgerichts zu befürchten ist: Der Verwaltungsprozess zeigt gerade, dass das Revisionsgericht durch eine zu rigide Fallselektion auf Ebene der intermediären Instanz von relevanten Rechtsentwicklungen abgeschnitten wird, wenn es nur noch auf eine geringe Anzahl von Entscheidungen zur Rechtsfortbildung rekurrieren kann. Der zivilprozessuale Dialog über die Instanzen hinweg erweist sich insoweit gerade als Vorteil, indem durch eine ausreichende Masse an Anschauungsmaterial für das Revisionsgericht zur Rechtsfortbildung in der Breite beigetragen wird.<sup>47</sup>

### 3. Anfechtbarkeit von Beschlüssen gem. § 522 Abs. 2 ZPO

#### a) Status quo

Eine andere Methode zur Verfahrensreduktion auf Ebene der intermediären Instanz besteht darin, Entscheidungen, bei denen die Berufung als offensichtlich aussichtslos zurückgewiesen wurde, in Unanfechtbarkeit erwachsen zu lassen. Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber in § 522 Abs. 2 ZPO aufgegriffen, wonach das Berufungsgericht die Berufung durch begründeten Beschluss zurückweisen kann, wenn es einstimmig davon überzeugt ist, dass diese offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, ein Revisionszulassungsgrund nicht gegeben ist und eine mündliche Verhandlung nicht geboten erscheint. Das ZPO-RG 2001 sah dabei eine unanfechtbare Zurückweisungsentscheidung vor (§ 522 Abs. 3 ZPO a. F.) – ein Modell, das noch immer in § 124a Abs. 5 S. 4 VwGO und § 145 Abs. 4 S. 4 SGG vorzufinden ist. Die Unanfechtbarkeit wurde vom BVerfG zwar für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt,<sup>48</sup> stieß rechtspolitisch jedoch auf erhebliche Kritik<sup>49</sup> und bewegte den Gesetzgeber zur Reform-Reform: Seit Ende 2011<sup>50</sup> kann ein Zurückweisungsbeschluss gem. § 522 Abs. 3 i. V. m. § 544 ZPO in der Regel mit einer Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH angegriffen werden.

<sup>47</sup> Folglich erscheint der immer wieder ins Spiel gebrachte Gedanke, die Zuständigkeit für Rechtsbeschwerden auf Ebene der OLG anzusiedeln (auch im Rahmen des FamFG, vgl. *Heiderhoff* GVRZ 2018, 5 Rn. 67ff.; umfassend zur Rechtsbeschwerde *Boeckh*, Beschwerde und Rechtsbeschwerde im Zivilverfahren, S. 133 ff.), nicht zielführend. Zwar kann in Zweifel gezogen werden, ob eine rechtsgrundsätzliche Klärung durch den BGH etwa in Kostensachen stets notwendig ist – nicht zuletzt mit Blick auf die teilweise sehr niedrigen Streitwerte (vgl. BGH NZM 2004, 418 [31,10 EUR]; NZM 2004, 417 [93,54 EUR]). Da die Rechtsbeschwerde indes in der Regel durch den iudex a quo zugelassen werden muss (vgl. § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO), betrifft dies nur eine sehr kleine Zahl an Verfahren, die es rechtfertigt, auch diese Judikate aufgrund ihrer rechtsgrundsätzlichen Bedeutung im Interesse der Allgemeinheit durch den BGH entscheiden zu lassen.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2003, 281; NJW 2005, 1931; NJW 2008, 3419; NJW 2009, 137.

<sup>49</sup> Vgl. zur alten Rechtslage *Krüger* NJW 2008, 945; *Rimmelspacher* ZRP 2010, 217.

<sup>50</sup> Vgl. G. v. 21.10.2011, BGBl. I 2082.

*b) Bewertung*

Welche konkrete Arbeitsentlastung die – noch immer aus unterschiedlichem Blickwinkel kritisierte<sup>51</sup> – Beschlusszurückweisung im Berufungsrechtszug hat, lässt sich kaum präzise ermitteln. Da § 522 Abs. 2 ZPO als kann-Vorschrift ausgestaltet ist, dürfte es sich bei einer probaten Handhabung durch die Berufungsgerichte um ein sinnvolles Mittel zur Kostenreduktion und zur Schonung von Justizressourcen handeln. Dabei kann auch die Behauptung, Entscheidungen gem. § 522 Abs. 2 ZPO wiesen eine erhöhte Fehleranfälligkeit gegenüber regulären Berufungsurteilen auf,<sup>52</sup> entkräftet werden: Die Zulassungsquote gegen Beschlüsse gem. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO ist nur halb so hoch wie bei regulären Berufungsurteilen. Da zudem inzwischen knapp 40 % der streitig erledigten Berufungsverfahren durch Zurückweisungsbeschluss gem. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO entschieden werden, ohne dass sich die Erfolgsquoten im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde (bzw. einer Individualverfassungsbeschwerde) auch nur ansatzweise erhöht haben, kann die insbesondere aus den Reihen der Anwaltschaft wiederholte Behauptung, das Verfahren sei „umständlich und fehleranfällig“,<sup>53</sup> nicht überzeugen (s. Abb. 26, S. 474).

*c) Abschaffung von § 522 Abs. 3 ZPO?*

Angesichts der marginalen Erfolgsquote von Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gegen Entscheidungen gem. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO (derzeit 4,3 %) erschie-  
ne es daher verfassungsrechtlich vertretbar, die Unanfechtbarkeit von Zurückweisungsbeschlüssen wieder anzuordnen, da die Verfahren einen erheblichen Teil der Arbeitskraft des BGH ohne rechtsfortbildenden Ertrag binden. Dennoch sollte der geltende Rechtszustand aus mehreren Gründen beibehalten werden: Zwar zeigt die geringe Erfolgsquote, dass es sich in der überwältigenden Mehrheit um eindeutig gelagerte, vom Berufungsgericht korrekt entschiedene Fälle ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung handelt. Jedoch sichert erst die (potenzielle) Kontrollmöglichkeit durch ein übergeordnetes Gericht die Qualität der Berufungsinstanz, was auch der Aufgabe des Revisionsrechtszugs als präsumtive Verfassungsbeschwerde und des Revisionsgerichts als Supervisionsinstanz über die nachgeordneten Gerichte entspricht.<sup>54</sup> Daher muss verhindert werden, dass das Berufungsgericht durch die Wahl der Entscheidungsart über eine weitergehende Anfechtbarkeit selbst befinden und sich bei einem unliebsamen Verfahren gleichsam dem *iudex ad quem* in eigener Entscheidungshoheit entziehen kann.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Umfassend *Gelbrich* GVRZ 2020, 14.

<sup>52</sup> So aber – unbelegt – *Gehrlein* NJW 2014, 3393, 3396; kritisch auch *Gelbrich* GVRZ 2020, 14 Rn. 21.

<sup>53</sup> *Gehrlein* NJW 2014, 3393, 3398. Misslich ist indes, dass die Zurückweisungspraxis sehr verschieden von den Gerichten gehandhabt wird, vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 [2020], Reihe 2.1., S. 68 ff., 94 ff.

<sup>54</sup> Dazu schon sub § 5. I. 1.

<sup>55</sup> Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen insoweit sub § 3. I. 1. d).

	Entscheidungen des Berufungsgerichts (LG/OLG); Erledigungen durch:		Im gleichen Zeitraum eingelegte Nichtzulassungsbeschwerden		Im gleichen Zeitraum erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerden <sup>56</sup>		
	streitiges Urteil	Beschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO	Gesamt	Urteil (Einlegungsquote)	Beschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO	Erledigungen davon erfolgreich	Darunter <sup>57</sup> Beschlüsse gem. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO
2014	30.234	14.668	3.382	2.387 (7,9%)	995 (6,8%)	234	37
2016	27.787	14.676	3.866	2.496 (9%)	1.370 (9,3%)	266	52
2018	23.707	12.097	3.600	2.302 (9,7%)	1.298 (10,7%)	190	31
2020	23.328	13.813	3.395	1.883 (8,1%)	1.512 (10,9%)	187	41
2022	23.901	15.609	4.148	2.217 (9,3%)	1.931 (12,4%)	189	68

Abb. 26: Erfolgsquoten im Rahmen von § 522 Abs. 3 (2014–2022).

<sup>56</sup> S. hierzu schon die Aufstellung bei Greger ZJP 2018, 317, 337.

<sup>57</sup> Ermittelt auf Grundlage von Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.1, sowie der Statistik der Zivilsenate am BGH (jeweils 2014–2022). Da der genaue Anteil von erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gegen Beschlüsse gem. § 522 Abs. 2 ZPO in der Statistik des BGH nicht ausgewiesen ist, wird bei der Berechnung insoweit unterstellt, dass das Verhältnis zwischen Nichtzulassungsbeschwerden gegen Urteile und gegen Beschlüsse gem. § 522 Abs. 2 ZPO (s. mittlere Spalte) im jeweiligen Zeitraum konstant geblieben ist.

#### 4. Zwischenergebnis

Um die Arbeitsfähigkeit des Revisionsgerichts auch in Zukunft zu garantieren, bietet sich am ehesten eine behutsame, die allgemeine Inflationsentwicklung nachzeichnende Anhebung der Beschwerdegrenze in § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO an. Ohne eine grundlegende Transformation des Revisionsmodells besteht ansonsten nur geringer gestalterischer Spielraum: Weder die verstärkte Fallselektion auf der intermediären Instanz durch Einführung einer Zulassungsberufung noch die Unanfechtbarkeit von Zurückweisungsbeschlüssen gem. § 522 Abs. 2 ZPO erscheint als probater Weg zur Reduktion der Falllast, weil damit die individualrechtsschützende Prägung des Berufungsrechtszugs und die funktionale Zweigliedrigkeit des Rechtsmittelsystems unterwandert werden würde.

### III. Die Reform des Zulassungsverfahrens

Können auf Ebene der intermediären Instanz folglich noch keine Verfahrensstrukturen zur Verhinderung offensichtlich aussichtsloser Nichtzulassungsbeschwerden und zur Reduktion revisibler Entscheidungen erreicht werden, sind durch eine Reform des Revisionszulassungsverfahrens im Rahmen des § 544 ZPO Effizienzgewinne im höchstgerichtlichen Verfahren denkbar. Diskutiert wird insbesondere eine Pflicht zur stärkeren Konzentration des Streitstoffs, die Einführung von Missbrauchsgebühren bei offensichtlich aussichtslosen Rechtsmitteln sowie Verfahrensstrukturen zur erleichterten Zurückverweisung erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerden an den iudex a quo.

#### 1. Pflicht zur stärkeren Konzentration des Prozessstoffs

##### a) Problemlage

Bedenkenswert ist zunächst, die Parteien und deren Prozessvertreter durch eine stärkere Konzentration des Prozessstoffs in die Pflicht zu nehmen. Die starke verfassungsrechtliche Überlagerung des zivilprozessualen Revisionsverfahrens hat – wie bereits an anderer Stelle erläutert<sup>58</sup> – zur Konsequenz, dass die Beschwerde- und Revisionschriftensätze insbesondere durch die teilweise inflationäre (und erfolglose) Rüge von Verfahrensfehlern erheblich an Länge gewonnen haben. Auch der Präsident des BGH a. D., *Klaus Tolksdorf*, monierte jüngst, dass die derzeitige Schriftsatzkultur zu einer ausufernden Länge neigt, indem eine ganze Reihe ersichtlich nicht einschlägiger Zulassungsgründe aufgeführt wird.<sup>59</sup> Von § 551 Abs. 3 ZPO abgesehen, existieren de lege lata jedoch weder nähere Angaben zur

<sup>58</sup> Vgl. oben sub § 4. I. 6. c).

<sup>59</sup> *Tolksdorf* FS Schlick, S. 337, 343f. Zur Strukturierung von Schriftsätzen im deutschen Zivilprozess allgemein *Vorwerk* NJW 2017, 2326ff.; *Gaier* NJW 2013, 2871, 2874; *Roth* ZZP 2016, 3, 21.

inhaltlichen Strukturierung der Revisionschriftsätze noch eine quantitative Beschränkung. Auch die derzeitigen Reformansätze zur digitalen Erschließung des Parteivorbringens, etwa durch Einführung eines elektronischen Basisdokuments, werden bislang allein für die Instanzgerichtsbarkeit erwogen.<sup>60</sup> Im internationalen Vergleich ist dagegen die Tendenz zu beobachten, den Prozessstoff vor dem Court of last resort stärker zu beschränken und zu strukturieren.<sup>61</sup>

aa) USA

Vor dem US Supreme Court existieren – wie auch vor dem kanadischen Supreme Court<sup>62</sup> oder dem australischen High Court<sup>63</sup> – mit Blick auf dessen Funktionsbelegung im Allgemeininteresse<sup>64</sup> sehr starre Formvorgaben. Gem. S. C. R. 12.1 muss jeder Antragsteller einer *petition for writ of certiorari* 40 Exemplare eines *booklet*<sup>65</sup> einreichen.<sup>66</sup> Dabei sind zunächst die dem Gericht zu präsentierende(n) Frage(n) voranzustellen (S. C. R. 14.1(a)),<sup>67</sup> sowie ein Inhaltsverzeichnis und eine Liste der zitierten Urteile und Gesetzestexte zu erstellen (S. C. R. 14.1(c)). Dem schließt sich eine kurze Darstellung des Falles an, soweit dies für die präsentierte(n) Frage(n) relevant ist (S. C. R. 14.1(g)). Im Anschluss folgt eine konzise argumentative Erläuterung des *writ* (S. C. R. 14.1(h): „a direct and concise argument“). Ein Appendix

<sup>60</sup> Vgl. dazu das aktuelle Thesenpapier „Modernisierung des Zivilprozesses“ ([https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerdenundgerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/thesenpapier\\_der\\_arbeitsgruppe.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerdenundgerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/thesenpapier_der_arbeitsgruppe.pdf) [30.08.2023]); zum elektronischen Basisdokument näher Greger NJW 2019, 3429, 3431 f. Auch die derzeitige Diskussion um den Einsatz von KI im Zivilprozess beschränkt sich auf die Instanzgerichte (umfassend Huber/Giesecke, in: Ebers [Hrsg.], Künstliche Intelligenz und Robotik, § 19 – KI und Zivilprozess [S. 591 ff.]).

<sup>61</sup> Vgl. auf europäischer Ebene Art. 58 EuGH-VerfO sowie Abschnitt IV der Praktischen Durchführungsbestimmungen zur Verfahrensordnung des Gerichts v. 18.06.2015 (Abl. Nr. L 152 S. 1) zur Länge und zum Aufbau von Schriftsätzen.

<sup>62</sup> Sec. 25 der Rules of the Supreme Court (<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/sor-2002-156/index.html> [30.08.2023]) schreibt die inhaltlichen und formalen Anforderungen an eine *application for leave to appeal* detailreich vor, die in einem *leave to appeal book* zusammengefasst werden muss. Von besonderer Wichtigkeit ist nach sec. 25(1)(c) das *memorandum of argument*, welches aus sieben vorab definierten Teilen besteht. Der argumentative Teil darf nicht mehr als 20 Seiten umfassen (vgl. sec. 25(2)), ebenso die Rechtsmittelerwiderung (vgl. sec. 27(2)(a)).

<sup>63</sup> Vor dem australischen High Court dürfen Antragschriftsätze nicht mehr als zwölf (vgl. sec. 41.01.3 High Court Rules 2014), die *response* nicht mehr als zehn Seiten (vgl. 41.05.5 High Court Rules 2014) umfassen ([http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_reg/hcr2004170/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/hcr2004170/) [30.08.2023]).

<sup>64</sup> S. o. sub § 11. II.

<sup>65</sup> S. C. R. 33 macht dabei spezifische Formatvorgaben (inkl. Papiergröße, Schriftgröße, Zeilenabstand, Farbe des Deckblattes, Bindung etc.), vgl. rule 33.1.(b)–(e) sowie umfassend *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 6–53 ff.

<sup>66</sup> S. C. R. 12.2; Besonderheiten ergeben sich bei ifp-Verfahren (dazu schon sub § 11. II. 3. a)). Formverstöße können zur Unzulässigkeit führen (vgl. S. C. R. 14.4), wobei dem *petitioner* ggf. eine Nachfrist gewährt werden kann (vgl. S. C. R. 14.5).

<sup>67</sup> „The questions presented for review, expressed concisely in relation to the circumstances of the case, without unnecessary detail. The questions should be short and should not be argumentative or repetitive.“ Umfassend zum Aufbau *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, 6–86 ff., sowie schon sub § 11. II. 2. b).

soll in der Regel alle Dokumente enthalten, auf die in der *petition* Bezug genommen wird, sodass über die Erfolgsaussichten anhand eines Dokuments entschieden werden kann. Weitergehende Schriftsätze sind nicht zulässig (S. C. R. 14.2). Gem. S. C. R. 15 kann fakultativ ein *brief in opposition* eingereicht werden, welcher vergleichbaren Formatvorgaben unterliegt.<sup>68</sup>

Dabei werden die Parteien zu einer kurzen und verständlichen Argumentation angehalten (S. C. R. 14.3: „briefly and in plain terms“), was insbesondere durch die Zeichenbeschränkung in S. C. R. 33.1(g) sichergestellt wird: Eine *petition for writ of certiorari* oder ein *brief in opposition* darf den Umfang von 9.000 Wörtern inkl. Fußnoten nicht überschreiten, bei *briefs on the merits* and *reply briefs* (nach Zulassung) sind es 13.000 Wörter; eine Zeichenüberschreitung ist in der Regel nicht gestattet (vgl. S. C. R. 33.1(d) S. 5).<sup>69</sup> Vor den Federal Courts of Appeals findet sich in F. R. A. P. 27ff. eine vergleichbare Regelung, wodurch sichergestellt werden soll, dass den Parteien im Rechtsmittelverfahren die gleichen Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechtsschutzziele eingeräumt werden und sie sich bei ihrer Argumentation auf das Wesentliche beschränken.<sup>70</sup>

#### *bb) Vereinigtes Königreich*

Auch am UK Supreme Court besteht eine strenge Pflicht zur Strukturierung und Konzentration des Streitstoffs. Gem. S. C. R. 10 folgt der Zulassungsantrag einer vorgegebenen Form, welche durch das PTA-Musterdokument in UKSC PD 7.3.2. konkretisiert wird. Darin hat der Antragsteller insbesondere die Sach- und Rechtslage, die Prozessgeschichte, den relevanten Gesetzesrahmen sowie die „reasons why permission to appeal should be granted“ darzulegen. Wesentlicher Bestandteil der Zulassungsprüfung ist das *PTA bundle* (UKSC PD 3.2.1), wobei keine weiteren als die dort genannten Dokumente im Rahmen des Zulassungsverfahrens zulässig sind (vgl. UKSC PD 3.2.1 Abs. 3). Zudem darf der Zulassungsantrag in der Regel zehn Seiten nicht übersteigen: „the Court favours brevity and clarity“.<sup>71</sup> Werden die Formatvorgaben nicht eingehalten, kann die *application* bereits aus diesem Grund zurückgewiesen werden.<sup>72</sup>

#### *b) Übertragung auf das deutsche Recht?*

Nimmt man die Erfahrungen des englischen und US-amerikanischen Rechts – im französischen Kassationsverfahren existieren keine vergleichbaren Regelungen – zum Ausgangspunkt, erscheint eine Entlastung des Revisionsgerichts durch eine stärkere Strukturierung und insbesondere Limitierung des Parteivortrags im Re-

<sup>68</sup> Einzelheiten bei S. C. R. 15.

<sup>69</sup> Vgl. *Shapiro et al.*, Supreme Court Practice, S. liv.

<sup>70</sup> Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 32:2 mwN.

<sup>71</sup> UKSC PD 3.1.2 S. 3.

<sup>72</sup> Einzelheiten bei *Downes*, in: Burton (Hrsg.), Civil Appeals, Rn. 5–212. Auch für die Erwidernung des Gegners gibt es strikte Vorgaben (vgl. UKSC PD 3.3.6), ebenso für die *notice of appeal* (UKSC PD 4.2.1ff.) sowie das *appeal hearing* selbst (UKSC PD 5).

visions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durchaus angezeigt,<sup>73</sup> um so eine stärkere Fokussierung auf zulassungswürdige Verfahren und Rechtsfehler zu ermöglichen. Die Pflicht zur stärkeren Konzentration des Prozessstoffs vor dem US und UK Supreme Court zeigt insoweit, dass eine argumentative Fokussierung auf die wesentlichen Angriffspunkte auch bei komplexen Rechtsstreitigkeiten der inhaltlichen Qualität des Rechtsmittelverfahrens keinen Abbruch tut – *Brevity is the Soul of Wit*<sup>74</sup> –, weil nicht nur den Parteien die Erfolgsaussichten des Verfahrens stärker vor Augen geführt werden, sondern auch das Revisionsgericht durch den Entfall ausufernder Schriftsatzlängen entlastet werden kann.

Zwar würde eine quantitative Limitierung des Parteivorbringens sowie eine stärkere Pflicht zur inhaltlichen Strukturierung den Anspruch der beschwerten Partei auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG<sup>75</sup> beschränken. Mit Blick auf das legitime Ziel einer Entlastung des Revisionsgerichts im öffentlichen Interesse ist dies jedoch bei einer maßvollen Beschränkung und vor dem Hintergrund des weiten gesetzgeberischen Ermessens bei der Ausgestaltung des Rechtsmittelzugs gerechtfertigt, zumal aufgrund des besonderen Umfangs oder der Bedeutung der Sache einzelfallabhängig Ausnahmen vorgesehen werden könnten. Die besondere Stellung der Revisionsanwaltschaft<sup>76</sup> gewährleistet zudem, dass die Qualität revisionsgerichtlicher Schriftsätze erhalten bleibt.

## 2. Missbrauchsgebühren bei offensichtlich aussichtslosen Verfahren

Teilweise<sup>77</sup> wird weitergehend dafür plädiert, in Anlehnung an §34 Abs.2 BVerfGG<sup>78</sup> bei offensichtlich aussichtslosen Nichtzulassungsbeschwerden oder gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsmitteln eine Missbrauchsgebühr einzuführen, um prospektive Beschwerdeführer von der Erhebung aussichtsloser Rechtsmittel abzuhalten. Dabei handelt es sich rechtshistorisch um kein neues Phänomen: Schon Art. 813 der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern (1869) kannte eine Strafgebühr bei „Streitmuthwille“.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> Für das deutsche Recht schon angedeutet bei *Calliess*, Gutachten zum 70. DJT 2014, A 99f.

<sup>74</sup> *Shakespeare*, Hamlet, 2<sup>nd</sup> act (Polonius: „Since brevity is the soul of wit/ And tediousness the limbs and outward flourishes, I will be brief [...].“).

<sup>75</sup> Vgl. zu diesem Punkt die Entscheidung OLG Frankfurt aM NJW-RR 2008, 1080, wonach ein Vorsitzender Richter als befangen abgelehnt wurde, weil er der Klagepartei u. a. aufgegeben hatte, die 495 Seiten umfassende Klageschrift auf 20–30 Seiten zu kürzen. S. ferner zur gerichtlichen Begrenzung des Parteivortrags in Massenverfahren: *Gutdeutsch/Maaß* NJW 2022, 1567 ff.

<sup>76</sup> Oben sub §6.II.1.a).

<sup>77</sup> Jüngst etwa *Wagner*, Stellungnahme v. 12.05.2018, BT-Drs. 19/1686, S. 14.

<sup>78</sup> Zu den entsprechenden Bestimmungen auf Landesebene vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/*Graßhof* §34 BVerfGG Rn. 1 mwN.

<sup>79</sup> Zu den Vorgängerregelungen vgl. *Walch*, Die Verfassungsgeschichte des Revisoriums in München, S. 20 ff. mwN. §512 öZPO sieht eine vergleichbare Sanktion vor dem OGH vor, sofern „die Revision muthwillig oder nur zur Verzögerung der Sache angebracht wurde“.

## a) Rechtsvergleichende Bestandsaufnahme

## aa) Frankreich

Rechtsvergleichend sind Missbrauchsgebühren ein probates, aber eher selten genutztes Instrument zur Verfahrensreduktion. Gem. Art. 628 C. P. C. kann ein unterlegener Kassationsführer im Falle eines missbräuchlichen Verfahrens („en cas de recours jugé abusif“) zu einer Geldstrafe von bis zu 10.000 EUR sowie einer Entschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden. In der Praxis wird davon jedoch selten Gebrauch gemacht (94 Fälle im Jahr 2010). Maßstäbe, wann eine Missbrauchsgebühr anfällt, lassen sich dabei nur schwer finden, da die Cour de Cassation regelmäßig keine detaillierte Begründung gibt, sondern die Entscheidung nur mit den Worten „attendu que le pourvoi revêt un caractère abusif“ einleitet.<sup>80</sup>

## bb) USA

Im – ohnehin rechtsmittelaversen – US-Zivilprozess sind Missbrauchsgebühren ebenfalls ein anerkanntes Mittel zur Steuerung der Rechtsmittelaktivität der Parteien. F. R. A. P. 38<sup>81</sup> eröffnet bereits bei einem leichtfertig („frivolous“) eingelegten Rechtsmittel die Möglichkeit, der Gegenpartei nach der Gewährung rechtlichen Gehörs Schadensersatz und/oder eine erhöhte Kostenerstattung zuzusprechen. Eine Besonderheit ist dabei, dass die Zahlungspflicht sowohl dem Rechtsmittelführer als auch dessen Prozessvertreter auferlegt werden kann,<sup>82</sup> da das Verfahren der Sanktionierung und Disziplinierung der Anwaltschaft dient, wobei die Missbrauchsgebühren – gerade für den Prozessvertreter – durchaus empfindliche Höhen erreichen können.<sup>83</sup>

Ein Rechtsmittel ist dabei „frivolous“, wenn das Ergebnis des Rechtsstreits offensichtlich ist und die Rechtsmittelangriffe eindeutig erfolglos sind.<sup>84</sup> Da der Zupspruch indes im Ermessen des erkennenden Gerichts liegt, sind klare Kriterien nur schwer zu detektieren. Einigkeit besteht darin, dass Missbrauchsgebühren jedenfalls im Falle eines „clear showing of bad faith“ des Rechtsmittelführers zugesprochen werden können,<sup>85</sup> wobei die teilweise allzu großzügige Annahme eines

<sup>80</sup> *Ferrand*, The French Court of Cassation: on the threshold of a quiet revolution?, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in China and the West*, S. 175, 195.

<sup>81</sup> Für die Ebene der Bundesstaaten vgl. z. B. die vergleichbare Bestimmung in sec. 907 Cal. C. C. P.

<sup>82</sup> Einzelheiten bei *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 35:1; *Sambrano v. Mabus* 663 F.3d 879, 882 (7<sup>th</sup> Cir. 2011); *E-Pass Technologies, Inc. v. 3Com Corp.* 559 F.3d 1374, 1380 (Fed. Cir. 2009). S. ferner 28 U. S. C. § 1912 (Damages and costs on affirmance) sowie 28 U. S. C. § 1927 (Counsel’s liability for excessive costs).

<sup>83</sup> Einzelheiten bei *Struve*, in: Wright and Miller 16AA Fed. Prac. & Proc. Juris., § 3984.2.

<sup>84</sup> *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 35:1, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung, z. B. *In re Violation of Rule 38* 647 F.3d 1370, 1373 (Fed. Cir. 2011 – Schadensersatz in Höhe von 8.000 US\$); *Ozee v. American Council on Gift Annuities, Inc.* 110 F.3d 1082, 1097 (5<sup>th</sup> Cir. 1997 – Schadensersatz in Höhe von 15.000 US\$).

<sup>85</sup> *Struve*, in: Wright and Miller 16AA Fed. Prac. & Proc. Juris., § 3984.1, mit Verweis auf

*frivolous appeal* durch die Instanzgerichte zur Reduktion der eigenen Fallbelastung in der US-Literatur auf deutliche Kritik gestoßen ist.<sup>86</sup>

Auch auf Ebene des US Supreme Court findet sich mit S. C. R. 42.2 eine vergleichbare Bestimmung. Die Auferlegung von Missbrauchsgebühren dient nach Ansicht des Gerichts insbesondere dazu, die Parteien von der Einlegung ersichtlich aussichtsloser Rechtsmittel abzuhalten, damit sich der Supreme Court auf die zulassungswürdigen Verfahren konzentrieren kann:

„Judicious use of the sanction of Rule [42.2.] in egregious cases [...] should discourage many of the patently meritless applications that are filed here each year. In the long run, this is the more effective way to ‘minimize the time devoted to the disposition of applications that are plainly without merit,’ [...] Further, while freedom of access to the courts is indeed a cherished value, every misuse of any courts’s time impinges on the right of other litigants with valid or at least arguable claims to gain access to the judicial process. The time this Court expends examining and processing frivolous applications is very substantial, and it is time that could be devoted to considering claims which merit consideration.“<sup>87</sup>

Insgesamt scheint der Supreme Court jedoch von der Möglichkeit, einer Partei Missbrauchsgebühren aufzuerlegen, zurückhaltend Gebrauch zu machen, weil der Aufwand, eine solche im Beschlusswege zu erlassen, deutlich höher ist als die begründungslose Ablehnung einer *petition*, zumal sich eine signifikante Reduktion der Fallbelastung in den letzten Jahren nicht eingestellt hat.<sup>88</sup>

#### b) § 34 Abs. 2 BVerfGG

Als rechtsvergleichender Befund zeigt sich daher, dass mit Missbrauchsgebühren (wenn überhaupt) nur eine marginale Entlastung des Höchstgerichts erreicht werden kann. Dies bestätigt auch ein Blick auf § 34 Abs. 2 BVerfGG, mit dem der Einlegung offensichtlich unbegründeter Individualverfassungsbeschwerden entgegengewirkt werden soll („Hemmungsfunktion“).<sup>89</sup> Denn von der Befugnis zur Erhebung von Missbrauchsgebühren macht das Verfassungsgericht insgesamt nur sehr zurückhaltend in Fällen von Querulantum Gebrauch.<sup>90</sup> Die Gebühr kann dabei zwar auch gegenüber dem Verfahrensbevollmächtigten erhoben werden, weil von diesem zu erwarten ist, dass er die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein von ihm angestregtes verfassungsgerichtliches Verfahren sorgfältig prüft

*Flexible Mfg. Systems Pty. Ltd. v. Super Products Corp.* 86 F.3d 96 (7<sup>th</sup> Cir. 1996); *Resolution Trust Corp. v. Gold* 30 F.3d 251, 254f. (1<sup>st</sup> Cir. 1994); *S. E. C. v. Recile* 10 F.3d 1093 (5<sup>th</sup> Cir. 1993).

<sup>86</sup> *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 35:1 („Sanctions have become an all too common part of appellate practice. As courts struggle to control their dockets, they become more willing to penalize those whom they see as abusing the appellate process.“); s. ferner *Struwe*, in: *Wright and Miller* 16AA Fed. Prac. & Proc. Juris., § 3984.1.

<sup>87</sup> *Talamini v. Allstate Insurance Company* 470 U. S. 1067, 1073 (1985) per *Burger*, C. J.

<sup>88</sup> Vgl. sub § 11. II. 2. und 4.

<sup>89</sup> So schon BT-Drs. 1/788, S. 28.

<sup>90</sup> Näher Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Graßhof § 34 BVerfGG Rn. 20. In den Jahren 2019 und 2020 wurde in jeweils vier Verfahren eine Missbrauchsgebühr erhoben (0,07 % der Verfahren, vgl. BVerfG, Jahresstatistik 2020, S. 35).

und sich entsprechend verhält.<sup>91</sup> Jedoch fehlt es wiederum an justiziablen Kriterien für die Annahme einer Missbräuchlichkeit.<sup>92</sup> Da die Entscheidung zudem stets zu begründen ist (vgl. § 30 BVerfGG), muss bezweifelt werden, dass ein echter Entlastungseffekt für das Gericht erzielt werden kann.<sup>93</sup>

### c) Bewertung

Mit Blick auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Ziviljustiz und des Revisionsgerichts im Besonderen ist der Gesetzgeber zwar grundsätzlich nicht an der Einführung von Missbrauchsgebühren in der Fachgerichtsbarkeit gehindert.<sup>94</sup> Im Rahmen des zivilprozessualen Justizgewährleistungsanspruchs muss er jedoch sicherstellen, „dass der Zugang zu den Gerichten nicht in unsachgemäßer und unzumutbarer Weise erschwert wird“.<sup>95</sup> Dies bringt bereits zum Ausdruck, dass allenfalls bei offensichtlichen – querulatorischen – Ausnahmefällen eine Auferlegung von Missbrauchsgebühren in Betracht kommt. Insoweit greift bereits die Filterfunktion der BGH-Anwaltschaft ein,<sup>96</sup> welche das Revisionsgericht – wenigstens zu einem gewissen Grad – entlastet und zudem gewährleistet, dass querulatorische Eingaben unterbunden werden. Eine weitergehende Möglichkeit zur Erhebung von Missbrauchsgebühren würde den Zugang zur Revisionsinstanz dagegen in unzumutbarer, den zivilprozessualen Justizgewährleistungsanspruch beschränkender Weise limitieren. Insbesondere folgt aus den (geringen) Erfolgsaussichten im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren keine mutwillige Verfahrensführung, da derzeit etwa 95 %<sup>97</sup> aller Nichtzulassungsbeschwerden am Maßstab der Revisionszulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) aussichtslos sind, ohne gleichsam dem Verdikt der Missbräuchlichkeit zu unterliegen. Eine Fallreduktion vor dem Revisionsgericht kann durch die Einführung von Missbrauchsgebühren folglich nicht erreicht werden, zumal die Handhabung in Frankreich und in den USA zeigt, dass letztlich kaum justiziable Kriterien für die Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels bestehen.

<sup>91</sup> Jüngst bestätigt durch BVerfG BeckRS 2016, 43363 (Ls. 2).

<sup>92</sup> Ausführlich Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Graßhof § 34 BVerfGG Rn. 30ff. mwN. Vgl. zudem die Definition bei BVerfG BeckRS 2016, 43363 Rn. 5: „Ein Missbrauch in diesem Sinne liegt unter anderem dann vor, wenn die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig und ihre Einlegung von jedem Einsichtigen als völlig aussichtslos angesehen werden muss [...]“.

<sup>93</sup> Tendenziell aA Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Graßhof § 34 BVerfGG Rn. 19.

<sup>94</sup> § 192 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG ermöglicht etwa eine Auferlegung von Verfahrenskosten im Sozialgerichtsprozess, wenn „der Beteiligte den Rechtsstreit fortführt, obwohl ihm vom Vorsitzenden die Missbräuchlichkeit der Rechtsverfolgung oder -verteidigung dargelegt worden und er auf die Möglichkeit der Kostenauflegung bei Fortführung des Rechtsstreites hingewiesen worden ist“ (zu den Kriterien: B. Schmidt, in: Meyer-Ladewig [Hrsg.], § 192 SGG Rn. 8ff. mwN).

<sup>95</sup> Vgl. dazu BVerfGE 50, 217 („Zwar ist es dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen nicht verwehrt, mit einer Gebührenregelung neben der Kostendeckung auch das Ziel anzustreben, einer leichtfertigen oder gar missbräuchlichen Einlegung von Rechtsbehelfen entgegenzuwirken, [...] Schon im Hinblick auf die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes in Art. 19 IV GG hat eine solche Regelung freilich zu beachten, dass der Zugang zu den Gerichten nicht in unsachgemäßer und unzumutbarer Weise erschwert wird.“) sowie ferner BVerfGE 79, 1; 108, 1.

<sup>96</sup> Vgl. schon sub § 6. II. 1. a).

<sup>97</sup> Oben sub § 3. III. 1. b).

### 3. Erleichterte Zurückverweisung der Sache im Erfolgsfalle

Gem. § 544 Abs. 8 S. 1 ZPO ist ein erfolgreiches Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren als Revisionsverfahren (mit mündlicher Verhandlung) fortzuführen. Zur Verfahrensbeschleunigung hat der Gesetzgeber dem Revisionsgericht bereits 2004<sup>98</sup> die Möglichkeit eröffnet, das angefochtene Urteil bei einer entscheidungserheblichen Gehörsverletzung (Art. 103 Abs. 1 GG) unmittelbar aufzuheben und den Rechtsstreit – ggf. mit weiteren Hinweisen für das Berufungsgericht – zur neuen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO). Insoweit wird eine mündliche Verhandlung als obsolet angesehen,<sup>99</sup> da in der Regel ohnehin eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zu erfolgen hat. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann dieses Verfahren jedoch nicht auf andere Rechtsfehler oder Verstöße gegen andere Verfahrensgrundrechte oder materielle Grundrechte erweitert werden.<sup>100</sup>

Diese Limitierung erscheint wenig sachgerecht: Auch in anderen Konstellationen – etwa bei einem schwerwiegenden, zulassungsrelevanten Rechtsanwendungsfehler,<sup>101</sup> der jedoch keine rechtsgrundsätzlichen Fragen zur Rechtsfortbildung aufwirft – haben weder die Parteien noch die Allgemeinheit ein Interesse an einer zwingend durchzuführenden mündlichen Verhandlung, sofern nach Zulassung der Revision bereits feststeht, dass die Entscheidung der Vorinstanz keinen Bestand haben wird. Gleiches gilt in Fällen einer klaren Rechtsatzdivergenz. Zur Umschiffung dieser legislativ unbefriedigenden Situation bedient sich der BGH daher oftmals einer prozessualen Umgehungs konstruktion, wobei das Berufungsurteil (contra oder wenigstens praeter legem) gem. § 544 Abs. 9 ZPO aufgehoben wird, indem – zusätzlich zu dem eigentlich zulassungsrelevanten Rechtsfehler – eine Gehörsverletzung attestiert und im Aufhebungsbeschluss eine Reihe von Hinweisen über den Verfahrensforgang (sog. Segelanweisungen<sup>102</sup>) erteilt wird. De lege ferenda sollte die Zurückverweisungsbefugnis des Revisionsgerichts daher auch auf andere Rechtsfehler ausgeweitet werden.

### 4. Zwischenergebnis

Eine behutsame Reform des Revisionszulassungsverfahrens durch den iudex ad quem könnte zu einer Entlastung des Revisionsgerichts beitragen. Zwar ist die Einführung von Missbrauchsgebühren bei offensichtlich aussichtslosen Verfahren kein gangbarer Weg, zumal hier erhebliche Bedenken mit Blick auf den zivilprozessualen Justizgewährleistungsanspruch bestehen.<sup>103</sup> Überlegenswert sind

<sup>98</sup> Eingeführt durch G. v. 09.12.2004, BGBl. I 3220.

<sup>99</sup> Zur Mündlichkeit vgl. sogleich sub § 14. IV.

<sup>100</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3706, S. 14, 17, sowie die Kritik bei Büttner, Berufung und Revision, S. 30 f.

<sup>101</sup> S. o. sub § 4. I. 3. b).

<sup>102</sup> Dazu umfassend *Schlüter*, Das Obiter Dictum, S. 180 ff., sowie schon sub § 13. I. 3. c) bb).

<sup>103</sup> Auch die Einführung von dreiköpfigen Annahmekammern – in Anlehnung an §§ 15a Abs. 1, 93b BVerfGG – dürfte keine sinnvolle Alternative sein (vgl. hierzu bereits die Beschlüsse

jedoch strengere Vorgaben de lege ferenda zur Strukturierung und quantitativen Limitierung des Parteivortrags, um so eine stärkere Verfahrenskonzentration vor dem Revisionsgericht zu erreichen, sowie die Möglichkeit zur erleichterten Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht bei einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung.

#### IV. Das Mündlichkeitsprinzip im Revisionsverfahren

Neben einer effektiveren Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens bestehen auch im Revisionsverfahren selbst Möglichkeiten, die Arbeitslast des Höchstgerichts auf dessen Rechtsfortbildungsfunktion zu fokussieren. Dies betrifft – neben der stärkeren Strukturierung und quantitativen Limitierung des Parteivorbringens<sup>104</sup> – insbesondere die Notwendigkeit einer mündlichen Revisionsverhandlung.

##### 1. Grundsatz

Rechtshistorisch ist die Frage nach der Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren (vgl. § 553 Abs. 1 ZPO) keine Neuheit: Galt im Alten Reich noch der Grundsatz der strengen Schriftlichkeit („quod non est in actis, non est in mundo“),<sup>105</sup> wurde durch die CPO 1877 – nicht zuletzt aufgrund des Einflusses des französischen C. P. C. – das Mündlichkeitsprinzip als Verfahrensmaxime fest in § 119 CPO 1877 (nunmehr § 128 ZPO) verankert. Vor dem RG speiste sich die Entscheidung über die Revision daher allein aus dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.<sup>106</sup> Erst 1905 wurde diese Praxis durch das Erfordernis einer schriftlichen Begründung bei Verfahrensrügen mit anschließender mündlicher Verhandlung modifiziert.<sup>107</sup> Dieser Gedanke setzte sich im 20. Jahrhundert in den meisten europäischen Rechtsordnungen durch, sodass mit *R. Stürner* von einer

---

des 65. DJT, TOP 22 [abgedruckt in NJW 2004, 3241, 3242]; *Gottwald*, Gutachten zum 61. DJT, A 81; *Kullmann* DRiZ 1973, 184, 187; *Wagner*, Stellungnahme v. 12.05.2018, BT-Drs. 19/1686, S. 13). Zwar gäbe es dafür auch rechtsvergleichend Vorbilder, da bei der Cour de Cassation eine Vorprüfung des *pourvoi* durch die *formation restreinte* erfolgt (ausführlich *Baraduc/Boré* JCP G 2014, 1252 sowie schon sub § 9.III.3. a)). Auch am UK Supreme Court entscheidet in der Regel ein *panel* aus regelmäßig drei Richtern über die Zulassung des Rechtsmittels (vgl. UKSC PD 3.1.1. sowie schon sub § 10.IV.2. b)). Ob mit der Einführung von Annahmekammern indes auch eine substanzielle Entlastung der Zivilsenate am BGH einhergehen würde, ist zweifelhaft. Nimmt man zum Ausgangspunkt, dass Nichtzulassungsbeschwerden in der Vorbereitung genauso votiert und beraten werden wie eine zugelassene Revision (näher *Nassall* NJW 2018, 3561, 3564), dürfte sich der Effizienzgewinn vielmehr in einem sehr überschaubaren Rahmen halten.

<sup>104</sup> S. bereits oben sub § 14.III.1.

<sup>105</sup> Näher *Arens*, Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess, S. 11; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, S. 42.

<sup>106</sup> *Möhring/Nirk*, Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 305, 318.

<sup>107</sup> Einzelheiten bei *Möhring/Nirk*, Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 305, 318.

„schriftlich vorbereiteten Mündlichkeit“<sup>108</sup> im Zivilprozess gesprochen werden kann (vgl. § 129 Abs. 1 ZPO).

Verfassungsrechtlich besteht indes kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung. Insbesondere aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt ein solcher nicht; vielmehr „ist es Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, in welcher Weise das rechtliche Gehör gewährt werden soll“.<sup>109</sup> Auch durch das Rechtsstaatsprinzip oder das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) wird die Mündlichkeit nicht umfassend geschützt, weil auch ein schriftsätzlich geführter Zivilprozess rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt.<sup>110</sup> In den letzten Jahrzehnten ist das Prinzip der Mündlichkeit daher wieder im Rückzug begriffen und erlaubt z. B. eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren mit Zustimmung der Parteien (§ 128 Abs. 2 ZPO), bei Kosten und Nebenforderungen (§ 128 Abs. 3 ZPO), in Bagatellsachen (§ 495a Abs. 1 ZPO), bei einer Berufungszurückweisung und -verwerfung (§ 522 Abs. 1 und 2 ZPO) sowie bei diversen Entscheidungen im Beschlusswege (§ 128 Abs. 4 ZPO).<sup>111</sup>

## 2. Durchbrechungen im Revisionsrechtszug

Auch im Revisionsverfahren hat sich das in § 128 ZPO normierte Regel-Ausnahme-Prinzip der Mündlichkeit verschoben: Über Nichtzulassungs- und Rechtsbeschwerden – welche den Großteil der Arbeitsbelastung des Revisionsgerichts bilden – wird stets im schriftlichen Verfahren entschieden (vgl. §§ 544 Abs. 6 S. 1, 577 Abs. 6 S. 1 ZPO), ebenso bei einer isolierten Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§§ 552 Abs. 2, 577 Abs. 1 S. 2 ZPO). Das Revisionsverfahren selbst ist dagegen noch von einer strengen Mündlichkeit beherrscht (vgl. § 553 Abs. 1 ZPO).

Durchbrochen wird dieser Grundsatz nur durch § 552a S. 1 ZPO, wonach der BGH eine zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluss zurückweisen kann, wenn die Voraussetzungen einer Zulassung nicht vorliegen und das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat.<sup>112</sup> Diese – analog zu § 522 Abs. 2 ZPO ausgestaltete – Bestimmung schwächt die Bindung des Revisionsgerichts an die Zulassungsentcheidung durch den iudex a quo (§ 543 Abs. 2 S. 2 ZPO) insoweit ab, als dass nicht mündlich zur Sache verhandelt werden muss, wenn ein Zulassungsgrund ab initio

<sup>108</sup> Stürner FS Kaassis, S. 991, 1004.

<sup>109</sup> BVerfG NJW 2005, 1485.

<sup>110</sup> Tendenziell aA MünchKommZPO/Rauscher, Einl. 317 („zweifelhaft“).

<sup>111</sup> Die mündliche Verhandlung ist insbesondere fakultativ in den Fällen der §§ 37, 46, 91a, 109 Abs. 3, 186, 225, 248, 269 Abs. 4, 281, 319, 339 Abs. 2, 356, 358a, 360, 406 Abs. 4, 431 Abs. 1, 490 Abs. 1, 494a Abs. 2, 522 Abs. 2, 544 Abs. 4, 552 Abs. 2, 552a, 707 Abs. 2, 719 Abs. 3, 721 Abs. 4, 732 Abs. 1, 764 Abs. 3, 769 Abs. 3, 771 Abs. 3, 785, 794a, 795, 805 Abs. 4, 891, 922 Abs. 1, 934, 937 Abs. 2, 942, 947 Abs. 1, 1020 ZPO.

<sup>112</sup> Am Hoge Raad ist ein ähnliches Verfahren bekannt, vgl. Art. 81 Abs. 1 Wet op de rechterlijke organisatie. Damit wird etwa die Hälfte aller Kassationsanträge erledigt (näher Numann 80 RabelsZ 2016, 313, 319).

nicht gegeben oder nachträglich entfallen ist.<sup>113</sup> Der Gesetzgeber hatte dabei nicht nur eine irrtümliche Zulassung durch den iudex a quo im Blick, sondern auch eine Mehrfachzulassung der Revision in Parallelverfahren.<sup>114</sup> Wurden die zulassungsrelevanten Rechtsfragen bereits durch ein anderes Verfahren entschieden, kann damit eine schnelle und verfahrensökonomische Entscheidung des Revisionsgerichts herbeigeführt werden.<sup>115</sup> Die Vorschrift kommt in der Praxis geläufig (in ca. 7 % der vom iudex a quo zugelassenen Revisionsverfahren<sup>116</sup>) zur Anwendung und ist insoweit auch eine Bestätigung der revisionsgerichtlichen Tätigkeit im öffentlichen Interesse. § 552a ZPO ist dabei verfassungsgemäß, da der grundgesetzlich verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör auch im Revisionsrechtszug keinen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gewährt,<sup>117</sup> zumal diese dem Rechtsmittelführer keinen Mehrgewinn böte, sofern die maßgeblichen Rechtsfragen, welche zur Revisionszulassung geführt haben, zu seinen Ungunsten geklärt wurden.<sup>118</sup> Durch die vorherige Gehörsgewährung (§ 552a S. 2 i. V. m. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO) wird zudem der Gefahr einer Überraschungsentscheidung für den Rechtsmittelführer entgegengewirkt.

---

<sup>113</sup> Musielak/Voit/Ball § 552a Rn. 1. Die Kritik bei Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 552a Rn. 3–5, vermag daher nicht zu überzeugen, weil es nicht um eine ‚Sanktionierung‘ der Zulassungsentscheidung geht, sondern um eine prozessökonomische Erledigung des Falles, an der auch die betroffene Partei ein Kosteninteresse (Entfall der Terminsgebühr) hat.

<sup>114</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3482, S. 19. Für den Fall, dass die Revision jeweils Erfolg hat, weil die maßgeblichen Rechtsfragen in einem Parallelverfahren bereits zugunsten des Rechtsmittelführers entschieden wurden, greift § 552a ZPO de lege lata nicht ein. Insoweit besteht nur die Möglichkeit, über die Revision gem. §§ 555 Abs. 1 S. 1, 128 Abs. 2 ZPO mit Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

<sup>115</sup> Tendenziell aA Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 552a Rn. 3f. Dabei zieht sich der BGH auch nicht auf eine „formelhafte Begründung“ zurück, sondern legt in seinem Hinweisbeschluss dar, wieso ein Zulassungsgrund nicht (mehr) gegeben ist und das Rechtsmittel im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg hat.

<sup>116</sup> BGH, Jahresstatistik Zivilsenate – 2022, S. 28 f.

<sup>117</sup> Da dem BGH kein Ermessen bei der Zurückweisung zukommt, ist die Norm auch nicht mit der Annahmearrevision gem. § 554b ZPO aF vergleichbar, vgl. BVerfG NJW 2005, 1485 sowie NJW 2003, 281 (zu § 522 Abs. 2 ZPO).

<sup>118</sup> Folglich können auch die Ausführungen bei Wieczorek/Schütze-Prütting/T. Winter § 552a Rn. 3, nicht überzeugen: Zwar ist zuzustimmen, dass der Revisionsführer zu einer Revisionseinlegung motiviert wurde, weil das Berufungsgericht das Rechtsmittel zugelassen hat, obwohl die Voraussetzungen ab initio nicht vorlagen oder nachträglich entfallen sind. Dabei handelt es sich jedoch um ein allgemeines Lebensrisiko. Der Partei wäre nicht dadurch geholfen, wenn eine im Ergebnis erfolglose mündliche Verhandlung durchgeführt wird, die die Kosten des Revisionsverfahrens weiter erhöht (für den BGH-Anwalt fällt neben einer 2,3-Verfahrensgebühr eine 1,8-Verhandlungsgebühr an). Wird das Rechtsmittel nach einem Hinweisbeschluss gem. § 552a S. 2 i. V. m. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO zurückgenommen – was in der Regel der Fall ist – reduzieren sich die Gerichtskosten dagegen von 5,0 auf 3,0 Gebühren (vgl. Nr. 1232 Anl. 1 zum GKG). Wieso darin eine „schwer erträgliche Wendung des Revisionsverfahrens“ liegen sollte (Prütting/T. Winter, aaO), erschließt sich vor diesem Hintergrund nicht.

### 3. Rechtsvergleichender Überblick

In rechtsvergleichender Hinsicht zeigt sich ebenfalls, dass das höchstgerichtliche Verfahren nur eingeschränkt vom Prinzip der Mündlichkeit beherrscht ist. Vor der französischen Cour de Cassation werden ca. 95 % der Verfahren durch die *formation restreinte* ohne mündliche Verhandlung erledigt.<sup>119</sup> Im englischen Recht – vergleichbar dem deutschen Revisionsmodell – ergeht die Entscheidung über die *permission for appeal* grundsätzlich im schriftlichen Verfahren, wohingegen über den *appeal* selbst mündlich zu verhandeln ist.<sup>120</sup> Das Zulassungsverfahren vor dem US Supreme Court erfolgt ebenfalls ohne mündliche Verhandlung; zudem wird eine nicht unerhebliche Zahl von Verfahren, bei denen ein *writ of certiorari* gewährt wurde, mittels *summary disposition* erledigt.<sup>121</sup> Auch vor den Federal Courts of Appeals in den USA werden nur noch etwa 19 % aller (zivil- und strafrechtlichen) Rechtsmittelverfahren nach mündlicher Verhandlung entschieden.<sup>122</sup> Ausgehend von F. R. A. P. 34(a)(2) wird eine solche meist nur angeordnet, wenn durch den Berufungsführer eine neue Rechtsfrage aufgeworfen wurde oder der Fall präjudizielle Wirkung über den Einzelfall hinaus hat, sofern die Rechtsklärung eine mündliche Verhandlung erfordert oder das öffentliche Interesse eine solche gebietet.<sup>123</sup>

„König der Schriftlichkeit“ dürfte jedoch das deutsche BVerfG sein. Zwar sieht § 25 Abs. 1 BVerfGG vor, dass das Verfassungsgericht grundsätzlich aufgrund mündlicher Verhandlung entscheidet. Tatsächlich wird eine solche jedoch nur in einer verschwindend geringen Zahl an Verfahren (2020: vier Verhandlungen vor beiden Senaten) durchgeführt.<sup>124</sup>

### 4. Folgerungen für das Revisionsgericht

Ausgehend von diesem Befund ist zweifelhaft, ob die Stellung des BGH stets die Durchführung einer mündlichen Revisionsverhandlung erforderlich macht.<sup>125</sup> Mit Blick auf die Rechtsfortbildungsfunktion des Gerichts sollte eine solche vielmehr

<sup>119</sup> Einzelheiten bereits sub § 9. III. 3. a).

<sup>120</sup> Einzelheiten bereits sub § 10. III. 2. und IV. 2. b) und c).

<sup>121</sup> Vgl. Table A-1 Supreme Court of the United States – Cases on Docket, Disposed of, and Remaining on Docket at Conclusion of October Terms, 2015 Through 2019 ([https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data\\_tables/supcourt\\_a1\\_0930.2020.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/supcourt_a1_0930.2020.pdf), 30.08.2023) sowie schon sub § 11. II. 5. a).

<sup>122</sup> Nach Table B-1, U. S. Courts of Appeals Federal Judicial Caseload Statistics (March 31, 2022) (<https://www.uscourts.gov/federal-judicial-caseload-statistics-2022-tables> [30.08.2023]) wurde von den im Geschäftsjahr 2022 entschiedenen *appeals* (zivil- und strafrechtlicher Natur) etwa ein Drittel aus prozessualen Gründen erledigt, beim Rest (29.710) erfolgte eine Sachentscheidung, von denen lediglich 5.526 nach mündlicher Verhandlung (19 %) ergingen. S. weitergehend *Struve*, in: Wright and Miller 16AA Fed. Prac. & Proc. Juris., § 3980; sehr kritisch hierzu *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 33:1.

<sup>123</sup> Näher *Knibb*, Federal Court of Appeals Manual, § 33:1.

<sup>124</sup> Vgl. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-II-4.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-II-4.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [30.08.2023].

<sup>125</sup> Vgl. bereits die historischen (Reform-)Erwägungen bei *Sauer*, Grundlagen des Prozess-

denjenigen Verfahren vorbehalten bleiben, die besonders bedeutsame Rechtsfragen aufwerfen oder bei denen nach Ermessen des Revisionsgerichts Erörterungsbedarf mit den Parteivertretern besteht. Insoweit erscheint insbesondere eine Anlehnung an das österreichische Modell bedenkenswert: Gem. § 509 öZPO entscheidet der OGH über die Revision in nicht öffentlicher Sitzung ohne mündliche Verhandlung (§ 509 Abs. 1 öZPO), sofern sich das Gericht nicht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zur Durchführung einer solchen entscheidet (§ 509 Abs. 2 öZPO). Insbesondere bei Verfahren mit kleinen Streitwerten oder in denen eher nachrangige (Detail-)Rechtsfragen geklärt werden, ist eine mündliche Verhandlung meist nicht erforderlich; vielmehr kann durch deren Verzicht eine zügige höchstrichterliche Entscheidung herbeigeführt und die Kostenquote im Revisionsrechtszug für die Parteien<sup>126</sup> niedrig gehalten werden.

Dafür streitet auch der Gedanke, dass die im Rahmen des Instanzenzugs gegebenen Vorteile einer mündlichen Verhandlung – insbesondere das Hinwirken auf eine gütliche Streitbeilegung und die Erläuterung der Sach- und Rechtslage mit den Parteien – im Revisionsrechtszug kaum eine Rolle spielen. Zwar kann die zivilprozessuale Rechtsgewinnung durchaus dialektisch im Rahmen eines Rechtsgesprächs zwischen den Parteien und dem Gericht zustande kommen.<sup>127</sup> Das Revisionsverfahren ist jedoch vom Gedanken der Schriftlichkeit geprägt (vgl. § 551 ZPO), wobei die mündliche Verhandlung ein von den Besonderheiten des Einzelfalles abstrahiertes Rechtsgespräch zwischen den einzig postulationsfähigen (§ 78 Abs. 1 S. 3 ZPO) Revisionsanwälten darstellt und die Parteien in der Regel noch nicht einmal anwesend sind.

Gegen eine mündliche Verhandlung zur Rechtsbewährung *coram publico* streitet schließlich der Umstand, dass die Öffentlichkeit – von Verfahren mit herausragender Bedeutung abgesehen – regelmäßig kein Interesse an der Teilnahme an einer solchen hat. Ohnehin scheint der Gesetzgeber diesem Aspekt keine allzu große Bedeutung beizumessen, da im Beschwerderecht ganze Rechtsbereiche – wie etwa das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit – vor dem BGH allein im schriftlichen Verfahren entschieden werden.<sup>128</sup> Auch im strafprozessualen<sup>129</sup> und finanzgerichtlichen<sup>130</sup> Revisionsverfahren ist eine deutliche Hinwendung zur Verfahrensschriftlichkeit zu beobachten.

rechts, S. 83 f.; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 239 ff.; 256 f.; *Rehfeld* ZZP 1969, 173, 169.

<sup>126</sup> Vgl. dazu sub § 3. III. 2.

<sup>127</sup> Grundlegend *Fezer*, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, S. 9 ff., 30.

<sup>128</sup> Näher MünchKommFamFG/A. *Fischer* § 68 Rn. 39 ff.; § 74 Rn. 9 mit weiteren Einzelheiten.

<sup>129</sup> Vgl. BGH – Jahresstatistik Strafsenate – 2022, S. 3/4: Gem. §§ 349 Abs. 2 und 4 StPO kann das Revisionsgericht bei einer offensichtlichen Begründetheit oder Unbegründetheit im Beschlusswege entscheiden. Von den 3.056 im Geschäftsjahr 2022 abgeschlossenen Revisionsverfahren wurden lediglich 159 durch Urteil erledigt (5,2 %), etwa 90 % durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO, der Rest auf andere Weise.

<sup>130</sup> Gem. §§ 121 S. 1, 90a Abs. 1 FGO kann im finanzgerichtlichen Revisionsverfahren ohne

## V. Erweiterung des Revisionsgerichts

Kein gangbarer Weg zur Arbeitsentlastung des BGH dürfte dagegen eine Vergrößerung des Revisionsgerichts sein, nachdem zum 01.09.2019 bereits ein XIII. Zivilsenat eingerichtet wurde.<sup>131</sup> Von der Errichtung weiterer Spruchkörpern ist abzuraten, weil die höchstrichterliche Streitentscheidung und Rechtsfortbildung mit klaren Entwicklungslinien andernfalls in kleinteilige Miniaturjudikate und ‚Senats-Sonderrechtsprechungen‘ zu zerfallen droht,<sup>132</sup> zumal die Zivilsenate des BGH derzeit schon mit teilweise sieben oder acht Beisitzern überbesetzt sind.<sup>133</sup> Dass die Rechtsvereinheitlichungsfunktion des Höchstgerichts bei einer Vielzahl von Spruchkörpern nicht mehr gewährleistet werden kann,<sup>134</sup> zeigt der italienische Kassationshof mit ca. 350–400 Richtern, dessen Binnenstruktur zu einer nicht unbedenklichen Gefährdung der Rechtsprechungseinheit führt, weil Inkonsistenzen in der Fülle der einzelnen Judikate nicht mehr ausgeglichen werden können.<sup>135</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es eher erstrebenswert, die Zivilsenate auf etwa acht bis zehn Spruchkörper zu reduzieren,<sup>136</sup> sofern die derzeitige Falllast durch die aufgezeigte Fortentwicklung des Revisionsverfahrens reduziert werden kann. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die deutsche Bundesjustiz mit derzeit ca. 460 Richtern an den obersten Gerichtshöfen<sup>137</sup> auch rechtsvergleichend über einen sehr großen Justizapparat verfügt. In den Niederlanden werden jährlich etwa 5.500 Verfahren vor dem Hoge Raad von knapp 35 Richtern (neben der Generalanwaltschaft und 110 Personen als juristisches Personal) erledigt.<sup>138</sup> In England wird nahezu die gesamte ober- und höchstrichterliche Tätigkeit durch die zwölf Richter am Supreme Court, 39 Court of Appeal Judges sowie den Master of the Rolls wahrgenommen.<sup>139</sup> In den USA gibt es selbst in der intermediären In-

mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid entschieden werden (s. hierzu BFH BStBl. II 1979, 652; II 2003, 822), wobei die Parteien die Möglichkeit haben, nach Zustellung des Gerichtsbescheids mündliche Verhandlung zu beantragen. Dies ist in der Regel nicht zu erwarten, weil der BFH durch die Entscheidung bereits seine Rechtsauffassung abschließend bekundet hat. Auch § 84 VwGO und § 105 SGG sehen eine derartige Möglichkeit vor, von der – soweit ersichtlich – von BVerwG und BSG jedoch kein nennenswerter Gebrauch gemacht wird.

<sup>131</sup> Vgl. PM Nr. 113/2019 des BGH v. 03.09.2019.

<sup>132</sup> Vgl. auch die kritische Anmerkung des Präsidenten des BGH a. D. *Tolksdorf* (FS Schlick, S. 337, 347).

<sup>133</sup> *Brückner/Gubling/Menges* DRiZ 2017, 200, 205.

<sup>134</sup> In diese Richtung bereits *Greger* FS Link, S. 885, 890 mwN; *Geiß*, Gerichtsbarkeit im Wandel, S. 11 ff.

<sup>135</sup> Dazu: *Ferraris*, Finding a Cure or Simply Relieving Symptoms? The Case of the Italian Supreme Court, in: *Bravo-Hurtado/van Rhee* (Hrsg.), *Supreme Courts Under Pressure*, S. 35, 36 mwN.

<sup>136</sup> Dies forderte schon Bundesjustizminister *Vogel* (NJW 1975, 1298) und *Arndt* EG Heusinger, S. 239, 242.

<sup>137</sup> Vgl. Richterstatistik 2020 ([https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal_node.html) [30.08.2023]).

<sup>138</sup> Vgl. näher *Verkerk/van Rhee*, The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: *van Rhee/Fu* (Hrsg.), *Supreme Courts in Transition in China and the West*, S. 87f. mwN.

<sup>139</sup> Sec. 23(1) Constitutional Reform Act 2005; sec. 2(1) Senior Courts Act 1981.

stanz auf Ebene der Federal Courts of Appeals derzeit nur 189 autorisierte Richterstellen, wobei in der US-amerikanischen Literatur eine umfangreiche Diskussion darüber geführt wird, ob der Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit mit derzeit 29 Planrichterstellen bei einem Gerichtsbezirk mit 67 Millionen Einwohnern schon ‚zu groß‘ sei.<sup>140</sup>

## VI. Ergebnis

Um die Funktionsfähigkeit des Revisionsgerichts und insbesondere dessen Rechtsfortbildungsfunktion zu sichern und gleichzeitig in der Breite des Privatrechts einen Individualzugang zum Höchstgericht in Form der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO zu ermöglichen, ist die Einführung einer *summa appellabilis* im Grundsatz gerechtfertigt und Ausdruck einer proportionalen Allokation von Justizressourcen. Die Erhöhung des Beschwerdewerts stellt dabei ein – wenn auch prima vista systemfremdes – legitimes Steuerungselement des Gesetzgebers dar, welches gegenüber tiefgreifenderen Eingriffen in das zivilprozessuale Rechtsmittelsystem (in Form einer Zulassungsberufung oder einer Streichung von § 522 Abs. 3 ZPO) mit den geringsten Friktionen verbunden ist, zumal da Rechtsschutzdefizite im Einzelfall auf verfassungsgerichtlicher Ebene aufgefangen werden können. Von einer weiteren Vergrößerung des Revisionsgerichts ist mit Blick auf dessen rechtsvereinheitlichende Funktion dagegen nachdrücklich abzuraten.

De lege ferenda erscheint jedoch eine Fortentwicklung des Revisionsverfahrens angezeigt: Zwar dürfte die Einführung von Missbrauchsgebühren bei ersichtlich aussichtslosen Rechtsmitteln nicht zur Verfahrensstraffung beitragen und sich zudem nicht in das geltende Verfahrensrecht integrieren lassen. Jedoch könnte durch gesetzliche Vorgaben zu einer Strukturierung und quantitativen Limitierung des Prozessstoffs eine stärkere Verfahrenskonzentration vor dem Höchstgericht erreicht werden. Zudem könnten vereinfachte Zurückverweisungsbeschlüsse in einfach gelagerten oder offensichtlichen Verfahren die Rechtsfortbildungsfunktion des BGH insoweit stärken, als dass sich dieser auf rechtsgrundsätzliche Verfahren konzentrieren kann, ohne die Verfahrensrechte der Parteien über Gebühr zu beschneiden. Schließlich sollte auch die Revisionsverhandlung eine weitere Verfahrensflexibilisierung erfahren, wobei die Durchführung einer mündlichen Verhandlung am Maßstab der Revisionszwecke in das pflichtgemäße Ermessen des erkennenden Senats gestellt werden sollte.

---

<sup>140</sup> Zur Diskussion *Posner* 29 *The Journal of Legal Studies* 711 ff. (2000).



*Teil V*

Bewertung



## §15 Epilegomena

### I. Vom Zweck des Revisionsverfahrens

1. Höchstgerichte sind der Scheitelstein in der Kathedrale jedes Rechtssystems, da sie letztinstanzlich über die Durchsetzung subjektiver Rechte wachen und der Bevölkerung die Errungenschaften des Rechtsstaats als sichtbares Denk- und Mahnmal vor Augen führen. Trotz einer vergleichbaren Funktionsbelegung sind Wesen und Erscheinungsformen eines *Court of last resort* jedoch chimärenhaft verschieden, insbesondere mit Blick auf die divergierende Akzentuierung von Individual- und Allgemeininteressen. Weil diese verfahrensrechtlich untrennbar miteinander verwoben sind, muss vor dem Höchstgericht eine Balance zwischen der Rechtsfortbildungs- und Rechtsvereinheitlichungsfunktion im überindividuellen Interesse und einer gerechten Einzelfallentscheidung im Parteiinteresse gefunden werden.

2. a) Anders als in Frankreich, England und den USA konnte sich eine die Rechtsordnung vereinheitlichende und fortbildende Höchstgerichtsbarkeit in Deutschland erst sehr spät durchsetzen. Bereits das Alte Reich war von einer konfliktreichen Rivalität zwischen föderalen und territorialstaatlichen Gerichtsbarkeiten geprägt. Traten dabei schon erste Strukturprinzipien des geltenden Revisionsrechts in Erscheinung, hatte insbesondere das reichskammergerichtliche Verfahren nicht die Strahlkraft, um den Untergang des Alten Reichs zu überdauern. Höchstgerichte entwickelten sich vielmehr ‚von unten‘ aus den Territorialstaaten heraus, wobei insbesondere das Napoleonische Recht entscheidende Entwicklungsimpulse für die Gerichtsorganisation und das deutsche Zivilverfahrensrecht hatte. Erst die Institutionalisierung eines länderübergreifenden Handelsrechts in der Mitte des 19. Jahrhunderts ermöglichte schließlich eine bundeseinheitliche Handelsgerichtsbarkeit, aus der sich nach und nach mit dem Reichsgericht auch ein Höchstgericht im staatsrechtlichen Sinne entwickeln konnte.

2. b) Die Revision ist dabei eine Rechtsneuschöpfung der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit mannigfaltigen Vorläufern. Als ‚romanisierte‘ Oberappellation oder ‚germanisierte‘ Kassation ist sie eine Melange aus den in den Territorialstaaten überdauernden Modellen der gemeinrechtlichen Oberappellation und dem französischen Kassationsrecht, wobei sie mit beiden Prozessmodellen Verbindendes und davon Trennendes aufweist. Diese Zwitterstellung steht paradigmatisch für die Dichotomie der Revisionszwecke, welche bereits bei Erlass der CPO 1877 zwischen Individualrechtsschutz und Kollektivinteresse oszillierten. Obschon

die Stellung des Revisionsgerichts im 20. Jahrhundert von tiefgreifenden Umwälzungen gekennzeichnet ist, hat dieser Konflikt bis zum Erlass des ZPO-Reformgesetzes 2001 überdauert und ist noch immer wesensprägend für die III. Instanz.

3. a) De lege lata weist die Revision als Parteirechtsmittel im öffentlichen Interesse eine Doppelfunktionalität auf, da sie zwar auf der Initiative des Rechtsmittelführers beruht, zivilprozessual jedoch vom instanzgerichtlichen Verfahren deutlich divergiert. Insbesondere das Rechtsmittelzulassungsverfahren und die Prüfungskompetenz des Höchstgerichts sind deutlich am Allgemeininteresse an der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung ausgerichtet. Da Individualrechtsschutz und Allgemeininteresse bzw. Streitentscheidung und Normbildung auch in der Revisionsinstanz nicht unverbunden nebeneinanderstehen, existiert jedoch kein abstraktes Subordinationsverhältnis der verschiedenen Revisionszwecke. In Abwesenheit eines klaren Rangverhältnisses zwischen teilweise konvergierenden, teilweise divergierenden Verfahrenszwecken ist vielmehr entscheidend, wie diese in ein pareto-optimales Verhältnis gebracht und dabei in das ausdifferenzierte zivilprozessuale Gesamt-Rechtsmittelsystem eingepflegt werden können.

3. b) Es existiert kein verfassungsrechtlich oder europarechtlich verbürgter Anspruch auf Zugang zum Revisionsgericht, wohl aber eine institutionelle Bestandsgarantie desselben. Dem Gesetzgeber kommt damit ein verfahrensrechtlich weitreichender Ausgestaltungsspielraum zu, der nur einem sehr zurückgenommenen grundgesetzlichen Kontrollmaßstab unterliegt. Auch außerordentliche Rechtsbehelfe ohne hinreichende gesetzliche Grundlage sind verfassungsrechtlich weder geboten noch zulässig. Eröffnet das einfache Recht dagegen einen Zugang zum Höchstgericht, kann die Verhinderung des Zugangs zur Revisionsinstanz mittels Individualverfassungsbeschwerde angegriffen werden, wobei die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte hoch und dem fachgerichtlichen Kontrollmaßstab weitgehend angenähert ist.

4. a) Die Revisionszwecke und deren wechselbezügliche Stellung zueinander realisieren sich insbesondere in den §§ 542 ff. ZPO. Nicht zuletzt durch eine starke verfassungsrechtliche Verfahrensprägung hat sich auch unter Ägide des neuen Revisionsrechts (seit Erlass des ZPO-RG 2001) ein konziser Rechtsrahmen zur Detektion bedeutsamer Verfahren etabliert, welcher in der Regel zu überzeugenden Ergebnissen führt. Dabei ist der sich auch im Revisionszulassungsverfahren entfaltende Schutz der Individualpartei weniger ein Grundanliegen des Gesetzgebers, sondern vielmehr Ergebnis intensiver verfassungsgerichtlicher Intervention. Frei von Friktionen bleibt jedoch auch die Trias der Revisionsgründe *Grundsatzbedeutung – Rechtsfortbildung – Rechtseinheit* im Detail nicht; insbesondere bei der Rügbarkeit einfacher Rechtsanwendungsfehler brechen sich die divergierenden Rechtsmittelzwecke Bahn. Zudem kann die differenzierte Behandlung materieller und prozessualer Fehler – auch wenn diese aus der Struktur der ZPO und deren Einbettung in die Justizgrundrechte des Grundgesetzes erklärbar ist – bisweilen zu zufälligen Ergebnissen führen.

4.b) Das revisionsgerichtliche Verfahren durchdringt dabei als ‚letzte Übersehung‘ alle Ebenen der Ziviljustiz und ist insoweit die Essenz des Zivilprozesses selbst, weil sich darin erst das geltende Prozessrecht für den Rechtsanwender konstituiert. Die revisionsgerichtliche Urteilspraxis legt dabei offen, dass der BGH seine Entscheidungskompetenzen über eine Rechtsfehlerkontrolle im engeren Sinne hinaus wesentlich erweitert hat und nicht unerheblich auch in die tatrichterliche Würdigung der Vorinstanz eingreift, sofern dies zur Realisierung der Revisionszwecke erforderlich erscheint. Durch ein gewandeltes Funktionsverständnis der intermediären Instanz als Instrument zur Rechtsfehlerkontrolle und -korrektur hat dies auch zu einer bedeutsamen Annäherung von Revision und Berufung geführt, obschon letztere im Rahmen der funktionalen Zweigliedrigkeit des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems weiter als eingeschränkte Tatsacheninstanz fungiert.

## II. Die Stellung und Arbeitsweise des Revisionsgerichts

5.a) Die Stellung des BGH im Justizsystem bedingt eine über die Rechtsmittelzwecke im engeren Sinne hinausgehende Funktionsbelegung. Gegenüber dem BVerfG übernimmt das Revisionsverfahren die Funktion einer präsumtiven Verfassungsbeschwerde zur Entlastung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Auch die Funktion des BGH als oberstes Bundesgericht zur zivilrichterlichen Rechtsfortbildung und zur Sicherung der inner- und intra-instanziellen Rechtseinheit – über den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes auch im Verhältnis zu den übrigen Gerichtszweigen – legitimiert sich aus dessen Stellung im grundgesetzlichen Justizaufbau. Als letztinstanzliches nationales Gericht tritt das Revisionsgericht zudem in einen Dialog mit EuGH und EGMR, wobei der BGH – auch rechtsvergleichend besehen – ein bedeutsamer Integrationsmotor bei der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung ist.

5.b) Mag dem deutschen Recht das Konzept des *stare decisis* auch unbekannt sein, bedingt die zivilprozessuale Verfahrensausgestaltung und deren verfassungsrechtliche Einhegung eine faktische Präjudizialität revisionsgerichtlicher Entscheidungen für die nachgeordneten Gerichte. Dementsprechend sind Entscheidungen des BGH auch für den Gesetzgeber eine entscheidende Richtschnur für die Fortentwicklung des Gesamtrechtssystems, wobei das Verhältnis zwischen Judikative und Legislative insoweit ein fein austariertes Wechselspiel aus der Kodifikation oder Derogation von Richterrecht darstellt.

6. Die Richter- und Anwaltschaft am Revisionsgericht hat wesentlichen Einfluss auf die höchstrichterliche Rechtserzeugung und trägt entscheidend zu dem das Revisionsverfahren prägenden, wissenschaftlich-syllogistischen Stil der Rechtsfindung bei. Durch die Ausgestaltung des Richterwahlverfahrens und die Existenz eines Berufsrichtertums ist die Revisionsrichterschaft dabei sehr homogen, wissenschaftsaffin und meist der gehobenen bürgerlichen Mitte zuzuordnen,

wobei die Wahlentscheidung – verfassungsgerichtlich abgesegnet – unterlegenen Bewerbern nur geringe Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet. Mit Blick auf die Funktionsbelegung des BGH im öffentlichen Interesse ist dabei auch die Existenz einer auf das Revisionsrecht spezialisierten Anwaltschaft in verfassungsrechtlicher und zivilprozessualer Perspektive legitim und sinnvoll, obschon die Ausgestaltung des Wahlverfahrens und die damit einhergehende Kooptation der Anwaltschaft unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht unbedenklich erscheint.

7.a) Der Stil höchstrichterlicher Entscheidungen weist in Deutschland – nicht zuletzt aufgrund der historisch engen Verbindungen zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis – einen hohen Abstraktionsgrad auf. Die Richterpersönlichkeit tritt hinter die Nüchternheit der revisionsgerichtlichen Kollegialentscheidung in Form eines abstrakten Rechtsgutachtens zurück, wobei eine umfassende diskursive Auseinandersetzung mit der bestehenden Rechtsprechung und Rechtsliteratur erfolgt. Insbesondere in den letzten 20 Jahren kann dabei eine bisweilen hypertrophe Leitsatzbildung und Begründungslänge revisionsgerichtlicher Entscheidungen attestiert werden, welche der Verständlichkeit und der Funktion des Höchstgerichts zur grundsätzlich letztverbindlichen Auslegung der Privatrechtsordnung mehr ab- als zuträglich ist.

7.b) Verfassungsrechtlich besteht auch ohne einfachgesetzliche Konturierung die Pflicht zur Veröffentlichung aller begründeten höchstrichterlichen Entscheidungen, welcher der BGH – teilweise im Gegensatz zu den übrigen obersten Bundesgerichten – auch nachkommt. Jedoch existiert weder eine autoritative und praxistaugliche Entscheidungssammlung des Höchstgerichts noch eine funktionale Rechtsprechungsdatenbank. Ein Vergleich zur Publikation von Gerichtsentscheidungen in Frankreich, England und den USA zeigt insoweit deutliche Verbesserungspotenziale auf, um eine kohärente Veröffentlichungspraxis letztinstanzlicher Entscheidungen zu erreichen.

### III. Die Revisionszwecke im Rechtsvergleich

8. Jeder demokratischen Rechtsordnung ist ein Rechtsmittelsystem inhärent, wobei der Zugang zum Höchstgericht bei einer Grobkartierung in Revisions-, Kassations- und appeal-Modelle ausdifferenziert werden kann. Historisch abweichende Entwicklungslinien fördern dabei nicht nur divergierende Funktionskonzepte, sondern auch ein fundamental verschiedenes Rechtsmittelverständnis zutage. Während insbesondere Kassationsmodelle durch einen freien Zugang zum Höchstgericht geprägt sind, zeichnen sich appeal-Modelle durch einen durch richterliches Ermessen restringierten Zugang zum *Court of last resort* aus, wobei en détail auch zwischen den verschiedenen common law-Jurisdiktionen nicht unerhebliche Divergenzen bestehen. Das Revisionsrecht nimmt dabei eine vermittelnde Position zwischen Kassations- und appeal-Modell mit einer arbeitsteiligen Fallselektion durch den *iudex a quo* und *ad quem* ein.

9.a) Der französische Kassationsrekurs ist als Phänotyp kontinentaleuropäischen Rechtsmitteldenkens noch immer stark von seinen historischen Wurzeln geprägt. Als Hilfsorgan der Legislative sollte die Funktion des – letztlich dem Evocationsrecht des Souveräns entsprungenen – Tribunal bzw. der Cour de Cassation auf die Realisierung einer unbedingten Rechtsanwendungsgleichheit und auf die Disziplinierung der unteren Instanzen beschränkt sein, weil jede Form der Rechtsfortbildung als richterliche Kompetenzanmaßung angesehen wurde. Zur Verwirklichung dieses Ziels musste und muss stets ein unbeschränkter Zugang zum Höchstgericht eröffnet sein, weshalb jedes Zulassungsverfahren einem Kassationshof grundsätzlich wesensfremd ist. Die Begründungsstruktur kassationsgerichtlicher Urteile und das Verhältnis zur Instanzengerichtsbarkeit steht dabei, auch wenn sich die Cour de Cassation hinsichtlich ihrer rechtsfortbildenden Funktion von manchen historischen Fesseln emanzipiert hat, weiterhin deutlich in der Tradition des Rechtsdenkens der französischen Revolution.

9.b) Der Charakter des *pourvoi en cassation* als außerordentlicher Rechtsbehelf, welcher vorrangig der Rechtsanwendungsgleichheit und – auch durch die Kassationsbeschwerde *dans l'intérêt de la loi* – der objektiven Rechtsbewahrung dient, hat die Umwälzungen des 19. und 20. Jahrhunderts überdauert. Erst in den letzten Jahrzehnten sind verstärkt Reformen zu beobachten, die den Kassationshof über seinen historischen Funktionsauftrag hinaus einer ordentlichen III. Instanz partiell annähern. Dazu zählt insbesondere die Möglichkeit einer vereinfachten Zurückweisung aussichtsloser Rechtsmittel, die Befugnis, eine eigene Sachentscheidung zu treffen, und eine behutsame Modernisierung des Begründungsstils. Mag damit insbesondere die rechtsfortbildende Funktion des Kassationsgerichts nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt werden, zeigt die anhaltende Diskussion zur Arbeitsreduktion der Cour de Cassation, dass das französische Kassationsverfahren auch in Zukunft von Reformen geprägt sein wird, um sich an eine veränderte Rechtswirklichkeit anzupassen.

10.a) In England etablierte sich bereits früh eine zentrale Gerichtsbarkeit am Königssitz, aus der die *Royal Courts* entstanden. Die ersten Vorläufer eines Rechtsmittelsystems entwickelten sich dabei aus dem royalen Gnadenrecht der *prerogative writs*, wobei bereits im Spätmittelalter eine Institutionalisierung des Instanzenzugs beobachtet werden kann. Die Justizreformen des ausgehenden 19. Jahrhunderts gaben dem englischen Rechtsmittelsystem ihr heute noch typisches Gepräge durch ein zentrales Appellationsgericht und ein übergeordnetes Höchstgericht. Während der Zugang zu diesem höchstgerichtlichen Duopol über Jahrhunderte hinweg unbeschränkt und allein durch die hohe Verfahrenskostenlast faktisch limitiert wurde, setzte im 20. Jahrhundert eine gegenläufige Entwicklung ein, welche die rechtsfortbildende Funktion des Court of Appeal und des House of Lords bzw. des UK Supreme Court auch verfahrensrechtlich in den Mittelpunkt stellt.

10.b) Das englische Recht ist – insbesondere nach den *Wolf*-Reformen – rechtsmittelavers und kennt, anders als das französische Recht, keinen verbürgten Zugangsanspruch zur Höchstinstanz. Zur Stärkung der rechtsfortbildenden Funktion

ist die Anrufung des Court of Appeal und des UK Supreme Court stets von einer *permission to appeal* abhängig. Die Eingangsinstanz wird grundsätzlich als verfahrensabschließend angesehen, wobei schon auf Ebene der intermediären Instanz die Rechtsfortbildungsfunktion in den Vordergrund gerückt und das Anschauungsmaterial zur Rechtsfortbildung limitiert wird. Die Anrufung des Höchstgerichts unterliegt dabei allein dem richterlichen Ermessen durch den *iudex a quo* oder *ad quem*, wobei der UK Supreme Court sein Mandat vorrangig im öffentlichen Interesse wahrnimmt und der Individualrechtsschutz nur einer unter vielen ermessenslenkenden Kriterien ist. Das gesamte Rechtsmittelverfahren zeichnet sich dabei noch immer durch eine geringe Regelungsdichte und eine starke Prägung durch informelle Konventionen und Traditionen aus, wobei ein dogmatisches Rechtsmittelverständnis kontinentaleuropäischer Prägung auch im 21. Jahrhundert nur in Ansätzen erkennbar ist.

11.a) Auch der US-amerikanische Bundeszivilprozess hat seit seiner Entstehung einen tiefgreifenden Transformationsprozess erfahren. Wurde der US Supreme Court zunächst als parteibezogenes, wenngleich in seiner Prüfungscompetenz stets eingeschränktes *appeal*-Gericht errichtet, emanzipierte sich das US-Recht bald von den Vorbildern des englischen Rechts. Durch die Einführung der Court of Appeals als intermediäre Instanz und die graduelle Abschaffung nahezu aller *appeals as of right* trat die rechtsfortbildende Funktion des Gerichts schon zum Ende des 19. Jahrhunderts deutlich in den Vordergrund. Die flächendeckende Einführung des *certiorari*-Verfahrens (1925) beendete diese Entwicklung, wobei das *deciding to decide* als freies richterliches Annahmeeressen charakteristisch für die exponierte Stellung eines *Court of last resort* US-amerikanischer Prägung ist.

11.b) Das *certiorari*-Verfahren des US Supreme Court ist damit – wie auch dasjenige vor den Supreme Courts in den meisten US-Bundesstaaten – Phänotyp für eine nahezu ausschließlich am öffentlichen Interesse ausgerichtete Rechtsprechungstätigkeit, wobei die Durchsetzung und Sicherung subjektiver Rechte allein nachgeordneter Reflex der höchstrichterlichen Rechtsfortbildungsfunktion ist. Da das Höchstgericht kein *court of errors and corrections* ist, führen auch schwerste Rechtsfehler ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung nicht zur Zulassung des Rechtsmittels, wobei die Zulassungsentscheidung für den prospektiven Rechtsmittelführer kaum vorhersehbar ist. In den letzten Jahrzehnten ist zudem eine verstärkte Politisierung des Gerichts eingetreten, die einen weiteren Rückgang der entschiedenen Verfahren provoziert und eine Stärkung des *Supreme Court agenda setting* nach sich gezogen hat. Daher kann bzw. möchte der US Supreme Court seine höchstrichterliche Funktion zur Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung in den seiner Jurisdiktionsgewalt unterliegenden Bereichen des Zivil- und Zivilverfahrensrechts nicht mehr wahrnehmen, was zu einer deutlichen Funktionsverlagerung auf die intermediäre Instanz geführt hat.

12.a) In historisch-vergleichender Perspektive zeigt sich damit eine konträre Entwicklungslinie zwischen kontinentaleuropäischer und *common law*-Rechts-tradition: War das Tribunal bzw. die Cour de Cassation bei seiner Gründung (als

Hilfsorgan der Legislative) vorrangig der Disziplinierung der Instanzgerichtsbarkeit im öffentlichen Interesse verpflichtet, stellt das geltende Kassationsverfahren aufgrund des unbeschränkten Zugangs zum Höchstgericht den Individualrechtsschutz und die Verwirklichung von Rechtsanwendungsgleichheit deutlich in den Vordergrund. Dagegen waren die Rechtsmittelgerichte im common law historisch primär auf die Verwirklichung subjektiver Rechte im Parteiinteresse ausgerichtet, wohingegen die strenge Zulassungspraxis des UK und US Supreme Court diesen rechtshistorischen Grundansatz de lege lata in sein Gegenteil verkehrt hat: Verfahren, die keine Bedeutung für die Allgemeinheit haben, kommen über das *intermediate appellate level* nicht hinaus.

12.b) Vor diesem Hintergrund ist eine Vereinheitlichung des Rechtsmittelrechts im europäischen oder transatlantischen Verhältnis auf absehbare Zeit nicht zu erwarten. Zwar sind partiell Funktionskonvergenzen – insbesondere zwischen Kassations- und Revisionsmodell – zu beobachten. Die funktionale Zuordnung und Gewichtung der Rechtsmittelzwecke und deren verfassungsrechtliche Einhegung sowie fundamental abweichende Prozessverständnisse und Richterbilder dürften die Eigenheiten der nationalen Justizsysteme jedoch auch in Zukunft bewahren und einer Angleichung des Verfahrensrechts entgegenstehen.

#### IV. Die Effektivität des Revisionsverfahrens de lege lata et ferenda

13.a) Das Revisionsverfahren sieht sich verstärkt der Herausforderung ausgesetzt, seine Rechtsfortbildungsfunktion im Allgemeininteresse nicht mehr wahrnehmen zu können, weil Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Allgemeinheit aus rationaler Apathie oder prozesstaktischen Erwägungen der Parteien nicht mehr höchstgerichtlich entschieden werden können. Dies stellt nicht nur die Ziviljustiz vor erhebliche Herausforderungen, sondern birgt auch für den Individualrechtsschutz und bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung erhebliche Rechtsschutzdefizite. Die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Beschränkung der Dispositionsmaxime im Revisionsrechtszug sowie die Kompensationsmittel des Revisionsgerichts praeter legem durch die Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen, obsoleten Urteilstvoten oder ausgreifenden Obiter dicta können das Fehlen höchstrichterlicher Judikate dabei nicht adäquat substituieren.

13.b) De lege ferenda sollte der instanzielle Zugang zum Revisionsgericht daher im Interesse seiner rechtsfortbildenden Funktion gestärkt werden. Die Einführung einer modifizierten Sprungrevision mit privilegiertem Zugang zum Höchstgericht könnte die Bereitschaft der Parteien zur Rechtsklärung im Allgemeininteresse erhöhen. Bedenkenswert erscheint zudem die Einführung eines Vorlageverfahrens zum BGH, um eine schnelle höchstrichterliche Klärung rechtsgrundsätzlicher Fragen unabhängig vom Willen der Parteien zu erreichen. Insbesondere bei Parallelverfahren und als Ergänzung zu Mechanismen der kollektiven Rechtsdurchsetzung ist zudem die Etablierung eines Musterverfahrens zu erwägen. Eine Ent-

kopplung von Streitentscheidung und Normbildung im Zivilprozess durch die Einführung einer Revision ‚im Interesse des Rechts‘ oder von *advisory opinions* wäre dagegen sowohl mit zivilprozessualen Grundwertungen als auch mit dem grundgesetzlichen Gewaltenteilungsgrundsatz nicht zu vereinbaren.

14. Zum Schutz des Revisionsgerichts vor einer Überlastung mit Verfahren ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung stellt die Einführung einer *summa appellabilis* als Ausdruck einer proportionalen Allokation von Justizressourcen eine sinnvolle Begrenzung des Instanzenzugs dar. Die Einführung einer Zulassungsberufung oder von Missbrauchsgebühren nach verfassungsgerichtlichem Vorbild erscheint dagegen nicht angezeigt, wohl jedoch eine Pflicht zur stärkeren Konzentration und Strukturierung des Parteivorbringens. De lege ferenda sollte das Revisionsgericht zudem verfahrensrechtlich flexibler und differenzierter auf die (rechtsgrundsätzliche) Bedeutung eines Verfahrens reagieren können, um so den Individualrechtsschutz und die rechtsvereinheitlichende und rechtsfortbildende Funktion des Höchstgerichts in ein optimales Verhältnis zu bringen.

## Literaturverzeichnis

- Adickes, Franz*: Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken, Berlin 1906.
- Adolphsen, Jens*: Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Allen, Carleton Kemp*: Law in the making, 7. Auflage, Oxford 1964.
- Alleweldt, Ralf*: Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006.
- Althammer, Christoph*: Schmerzensgeld wegen überlanger Dauer von Zivilverfahren – Bemerkungen zum künftigen deutschen Entschädigungsmodell, JZ 2011, 446–453.
- ders.*: Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses – Symposium zu Ehren von Rolf Stürner, Tübingen 2014, S. 89–107.
- ders.*: Rechtseinheit und Rechtsfortbildung im Erbrecht durch die Gerichte, in: Limmer (Hrsg.), Erbrecht und Vermögenssicherung, Bonn 2016, S. 1–24.
- Andenæs, Mads/Fairgrieve, Duncan*: There is a World Elsewhere – Lord Bingham and Comparative Law, in: dies. (Hrsg.), Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum, Oxford 2009, S. 831–866.
- André, Tobias/Weißberger, Björn*: Prozesstrennungen nach § 145 ZPO als Instrument zur praktischen Bewältigung von improvisierten „Sammelklagen“, ZIP 2023, 1402–1410.
- Andrews, Neil*: English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system, Oxford 2003.
- ders.*: Judicial Decisions and the Duty to Give Reasons: the English Experience, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, Prag 2011, S. 49–70.
- ders.*: The Supreme Court of the United Kingdom: a selective tribunal with the final say in most matters, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme courts in transition in China and the West: Adjudication at the service of public goals, Cham 2017, S. 37–52.
- ders.*: On Civil processes: court proceedings, arbitration & mediation, 2. Auflage, Cambridge 2019.
- Arens, Peter*: Die Befugnis des Revisionsgerichts im Zivilprozess zur Entscheidung in der Sache selbst, AcP 1962, 177–214.
- ders.*: Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess, Berlin 1971.
- ders.*: Das Problem des Musterprozesses, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1976, Band 4, S. 344–355.
- Armbruster, J. Mitchell*: Deciding Not to Decide: The Supreme Court’s Expanding Use of the GVR Power Continued in *Thomas v. American Home Products, Inc.* and *Department of the Interior v. South Dakota*, 76 N. C. L. Rev. 1387–1423 (1998).
- Arndt, Adolf*: Zur Problematik der Grundsatzrevision aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1962, 1660–1664.
- ders.*: Gesetzesrecht und Richterrecht – Festvortrag auf dem 32. Deutschen Anwaltstag 1963 in Goslar am 30. Mai 1963, NJW 1963, 1273–1284.

- Arndt, Claus*: Richterauswahl für die Obersten Bundesgerichte, RuP 2002, 23–28.
- Arndt, Herbert*: Gedanken zur Zulassungsrevision, in: Glanzmann/Faller (Hrsg.), Ehrengabe für Bruno Heusinger, 1968, S. 239–256.
- Arnold, Friedrich Christian von*: Die Umgestaltung des Civilprozesses in Deutschland, Nürnberg 1863.
- Arnold, Hans*: Die Neuordnung des Zugangs zum Bundesgerichtshof in Zivilsachen, JR 1975, 485–492.
- Arnulf, Athony*: The European Union and its Court of Justice, 2. Auflage, Oxford 2006.
- Babusiaux, Ulrike*: Nicht nur eine Frage des Stils – Zur neuen Begründungspraxis der französischen Cour de cassation, JZ 2021, 637–646.
- Badura, Peter*: Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: Blaurock (Hrsg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, Referate des 5. deutsch-französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13.–16. Juni 1984, Frankfurt am Main 1985, S. 49–74.
- Bähr, Otto*: Die Einheit der obersten Gerichtsgewalt in Preußen, in: Preußisches Jahrbuch 1868, Band 22, S. 621–639.
- ders.*: Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozeß. Ein Beitrag zur Kritik des im königlich preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung, Jena 1871.
- ders.*: I. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: Soll die Entscheidung über die richtige Anwendung der Landesgesetze den obersten Landesgerichten überlassen und nur die Entscheidung über die richtige Anwendung der Reichsgesetze dem höchsten Reichsgerichte zugewiesen werden? oder in welcher Weise soll die Kompetenz des höchsten Reichsgerichts überhaupt begrenzt werden?, in: Verhandlungen des 10. DJT 1872, Gutachtenband, S. 98–111.
- ders.*: Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 23, 1885, S. 339–434.
- Baker, John H.*: An Introduction to English Legal History, 4. Auflage, Oxford 2002.
- Baker, Stewart A.*: A Practical Guide to Certiorari – Symposium on Supreme Court Advocacy, 33 Cath. U. L. Rev. 611–632 (1984).
- Baker, Thomas Eugene*: A Primer on the Jurisdiction of the U. S. Courts of Appeals; Florida International University Legal Studies Research Paper No. 09–01 [SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1380645>, 02.08.2023].
- Ball, Wolfgang*: Die Zulassung der Revision wegen offensichtlicher Unrichtigkeit des Berufungsurteils und wegen Verletzung von Verfahrensgrundrechten, in: Heinrich (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 27–50.
- ders.*: Bericht: Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, in: Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags, Band 1, München 2004, A69–A87.
- Bar, Carl Ludwig von*: Das deutsche Reichsgericht, Berlin 1875.
- ders.*: Das deutsche Civilprozeßrecht: mit Rücksicht auf die Justizgesetze des deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt, 2. Auflage, Leipzig 1882.
- Bar, Christian von*: Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag, Band 1, München 1998, A1–A104.
- ders.*: Die Rolle der juristischen Zeitschriftenliteratur bei der Harmonisierung des Privatrechts in Europa, Iuridica International 2010, 4–10.

- Bar Niv, Moshe/Safra, Zvi*: On the Desirability of Appellate Courts, 2 *Review of Law & Economics* 381–396 (2006).
- Baraduc, Elisabeth/Boré, Louis*: La simplification de la procédure devant la Cour de cassation. A propos du décret n° 2014–1338 du 6. novembre 2014, *JCP G* 2014, 1252.
- Barak-Erez, Daphne*: The Institutional Aspects of Comparative Law, 15 *Colum. J. Eur. L.* 477–494 (2009).
- Barnert Elena*: Schicksalsfäden – Jurisprudenz und Weltanschauung in RGZ 173, *JZ* 2012, 114–120.
- Basedow, Jürgen*: Der BGH, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht, in Pfeiffer (Hrsg.), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Köln 1996, S. 651–682.
- ders.*: Der verfahrensrechtliche Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung – Einführender Überblick, *RabelsZ* 2016, 237–253.
- Bauer, Hartmut/Möllers, Christoph*: Die Rechtschreibreform vor dem Bundesverfassungsgericht, *JZ* 1999, 697–702.
- Baukelmann, Peter*: Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) und Verfahrensmangel, in: Ahrens et al. (Hrsg.), *Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag*, Köln et al. 2002, S. 767–784.
- Baum, Lawrence/Ditslear, Corey*: Supreme Court Clerkships and „Feeder Judges“, *The Justice System Journal*, Vol. 31, S. 26–48 (2010).
- Baur, Fritz*: Zur „Beschwer“ im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Rosenberg/Schwab (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*, München 1957, S. 1–16.
- ders.*: Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozess, *ZZP* 1958, 161–187.
- ders.*: Der „Musterprozess“, in: Habscheid et al. (Hrsg.), *Freiheit und Zwang. Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte*, *Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger*, Bern 1989, S. 15–24.
- Bausewein, Hans-Jürgen*: Die „Annahmerekvision“ und der gesetzliche Richter, *JZ* 1978, 53–56.
- BeckOK GG: Beck’scher Online-Kommentar Grundgesetz, hrsg. v. Epping/Hillgruber, 55. Edition 2023.
- BeckOK GVG: Beck’scher Online-Kommentar Gerichtsverfassungsgesetz, hrsg. v. Graf, 19. Edition 2023.
- BeckOK VwGO: Beck’scher Online-Kommentar VwGO, hrsg. v. Posser/Wolff, 66. Edition 2023.
- BeckOK ZPO, Beck’scher Online-Kommentar, hrsg. v. Vorwerk/Wolf, 49. Edition 2023.
- Bénabent, Alain*: Sire, pourvoi?, *D.* 2018, 731.
- Benda, Ernst*: Richter im Rechtsstaat, *DRiZ* 1979, 357–363.
- Bender, Rolf*: Zur Änderung des Revisionsrechts aus der Sicht des Tatrichters, *DRiZ* 1973, 377–379.
- Berdah, Alain*: Brèves réflexions sur l’article 1014 du Code de procédure civile, *D.* 2010, 1426.
- Bergfeld, Christoph*: Die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zum ADHGB und ihr Einfluss auf die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts zum BGB, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt am Main 2000, S. 625–650.
- Bernbard, Rudolf*: Die Stellung oberster Gerichte im Staat – ein rechtsvergleichender Überblick, *ZaöRV* 1966, 269–309.

- Bernzen, Anna K.*: Gerichtssaalberichterstattung: ein zeitgemäßer Rahmen für die Arbeit der Medienvertreter in deutschen Gerichten, Tübingen 2020.
- Bethge, Herbert*: Die verfassungsrechtliche Problematik einer Zulassungsberufung im Zivilprozess – Einige kritische Anmerkungen zum Entwurf eines Rechtspflege-Entlastungsgesetzes, NJW 1991, 2391–2399.
- Bettermann, Karl August*: Anfechtung und Kassation – Vom rechten Verständnis der Rechtsbehelfe unserer Zivilprozessordnung, ZZP 1975, 365–438.
- Betz, Alexander*: Die verfassungsrechtliche Absicherung der Vorlagepflicht: zum Bedürfnis einer nationalen Nichtvorlagerüge, Tübingen 2013.
- Bierschenk, Lars*: Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren: konzeptionelle Unterschiede und wechselseitige Schlussfolgerungen, Tübingen 2015.
- Bingham, Thomas H.*: Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law, Cambridge 2010.
- Bittner, Claudia*: Höchststrichterliche Anknüpfungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?, JZ 2013, 645–653.
- Black, Ryan C./Spriggs, James F. II*: An empirical analysis of the length of U. S. Supreme Court opinions, 45 Houston Law Rev. 621–682 (2008).
- Blaschke, Karlheinz*: Das kursächsische Appellationsgericht 1559–1853 und sein Archiv, ZRG (GA) 1967, 329–354.
- Bloching, Micha/Kettinger, Alexandra*: Verfahrensgrundrechte im Zivilprozess – Nun endlich das Comeback der außerordentlichen Beschwerde?, NJW 2005, 860–863.
- Blom-Cooper, Louis/Dickson, Brice/Drewry, Gavin*: The Judicial House of Lords: 1876–2009, Oxford 2009.
- Blom-Cooper, Louis/Drewry, Gavin*: Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity, Oxford 1972.
- Blomeyer, Arwed*: Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren, Berlin et al. 1963.
- Bobek, Michal*: Quantity or Quality – Reasoning the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe, 57 Am. J. Comp. L. 33–65 (2009).
- ders.*: Comparative Reasoning in European Supreme Courts, Oxford 2013.
- Boeckh, Walter*: Beschwerde und Rechtsbeschwerde im Zivilverfahren, Frankfurt am Main et al. 2006.
- Boehmer, Gustav*: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Band I: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950.
- Boetticher, Eike Alexander von*: Die Justizorganisation im Königreich Hannover nach 1848 und ihre Ausstrahlungskraft auf die Staaten des Deutschen Bundes und das Reich bis 1879, Hannover 2015.
- Bokelmann, Erika*: „Rechtswegsperre“ durch Prozesskosten, ZRP 1973, 164–171.
- Böning, Anja*: Gleiches Recht für alle? Juristische Profession und soziale Herkunft, in: Pilniok/Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 59–83.
- dies./Schultz, Ulrike*: Juristische Sozialisation, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung: eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, S. 193–205.
- Boré, Jacques*: Pourvoi en cassation (actualisation: Juillet 2022), Dalloz: Répertoire de procédure civile.
- ders./Boré, Louis*: La cassation en matière civile 2015–2016, 5. Auflage, Paris 2015.

- dies.*: Cour de cassation (actualisation: Décembre 2019), Dalloz: Répertoire de procédure civile.
- Boré, Louis/de Salve de Bruneton, Jean*: Quelques idées sur le pourvoi en cassation, D. 2005, 180.
- Borth, Helmut*: Die neue Düsseldorfer Tabelle in der Kritik – Eine systematische Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Änderungen sowie den praktischen Folgen, FamRZ 2018, 407–411.
- Bötticher, Eduard*: Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1954.
- Bowitz, Hans Hermann*: Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, DÖV 2016, 638–645.
- Bowman, Jeffery*: Review of the Court of Appeal (Civil Division), Report to the Lord Chancellor, London 1997.
- Boyce, F. Martin, Jr.*: In Defense of Unpublished Opinions, 60 Ohio St. L. J. 177–197 (1999).
- Bracton, Henry*: De Legibus et Consuetudinibus Angliae (hrsg. v. Woodbine), Vol. 2, Cambridge/Massachusetts, 1968.
- Brandis, Peter*: Gutachtentätigkeit von RFH/BFH – Historische Bedeutung und rechtspolitische Relevanz?, in: Drüen/Hey/Mellinghoff (Hrsg.), 100 Jahre Steuerrechtssprechung in Deutschland 1918–2018, Festschrift für den Bundesfinanzhof, Band 2, Köln 2018, S. 1917–1934.
- Brandner, Thilo*: Instanzenzug und Verfassungsrecht: Zur Verfassungsmäßigkeit von Rechtsmittelbeschränkungen, in: Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 683–700.
- Braun, Alexandra*: Burying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts, 58 Am. J. Comp. L. 27–52 (2010).
- Braun, Christian/Köhler, Antje*: Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beim BGH – Verfassungsmäßigkeit des Zulassungsverfahrens nach §§ 164–171 BRAO, NJW 2005, 2592–2595.
- Braun, Johann*: Haftung für Massenschäden, NJW 1998, 2318–2324.
- ders.*: Entscheidungsverarbeitung als Aufgabe der juristischen Methodenlehre, JZ 2020, 353–356.
- Bräutigam, Frank*: Lasst den BGH sprechen! Für eine Rechtsfortbildung trotz Rücknahme der Revision, AnwBl. 2012, 533.
- Bravo-Hurtado, Pablo*: Two Ways to Uniformity: Recourse to the Supreme Court in the Civil Law and Common Law World, in: Uzelac/Van Rhee (Hrsg.), Nobody's perfect. Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters, Cambridge 2014, S. 319–335.
- Brennan, William J., Jr.*: State Court Decisions and the Supreme Court, 31 Pa. Bar Ass'n Q. 393–407 (1960).
- ders.*: The National Court of Appeals: Another Dissent, 49 U. Chi. L. Rev. 473–485 (1972–1973).
- Brink, Stefan*: Über die richterliche Entscheidungsbegründung, Funktion – Position – Methodik, Frankfurt am Main et al. 1999.
- Brinkmann, Rudolf*: Ueber die richterlichen Urtheilsgründe nach ihrer Nützlichkeit und Nothwendigkeit, so wie über ihre Auffindung, Entwicklung und Anordnung nebst Bemerkungen über den richterlichen Stil und Ton, Kiel 1826.
- Broß, Siegfried*: Untersuchungen zu den Appellationsbestimmungen der Reichskammergerichtsordnung von 1495, Berlin 1973.
- Brox, Hans*: Die Beschwerde als Rechtsmittelvoraussetzung, ZZP 1968, 379–412.

- Brückner, Bettina/Gubling, Hartmut/Menges, Eva*: Die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen – eine Dauerbaustelle?, *DRiZ* 2017, 200–205.
- Bruhl, Aaron-Andrew P.*: The Supreme Court's Controversial GVRs – And an Alternative, 107 *Mich. L. Rev.* 711–755 (2009).
- Bruns, Alexander*: Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, *ZZP* 2011, 29–43.
- ders.*: Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen – Nobile Officium oder Rechtspflicht?, in: Tichý/Holländer/*ders.* (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, Prag 2011, S. 471–483.
- ders.*: Die Revision zum Europäischen Gerichtshof in Zivilsachen – akademische Zukunftsvision oder Gebot europäischer Justizgewährleistung?, *JZ* 2011, 325–333.
- ders.*: Die zivilprozessuale Dimension der Justizgewährleistung, in: *ders.* et al. (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Band 1, Tübingen 2013, S. 257–272.
- ders.*: Zivilrichterliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung, *JZ* 2014, 162–171.
- ders.*: Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen?, *NJW* 2018, 2753–2757.
- ders.*: Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, Tübingen 2022.
- Bruns, Rudolf*: *Zivilprozessrecht – eine systematische Darstellung*, 2. Auflage, Berlin et al. 1979.
- Bülow, Oskar*: Das Ende des Aktenversendungsrechts – eine Gerichtsverfassungsfrage, Freiburg im Breisgau 1881.
- ders./Braun, Johann* (Hrsg.): *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht*, Vorlesungsnachschrift von L. Fechner aus dem Wintersemester 1868/1869, herausgegeben und eingeleitet von Johann Braun, Tübingen 2003.
- Burton, Michael* (Gesamthrg.): *Civil Appeals*, 2. Auflage, London 2013.
- Buschmann, Arno*: 100 Jahre Gründungstag des Reichsgerichts – Zur Entwicklung der Höchstgerichtsbarkeit in Deutschland, *NJW* 1979, 1966–1973.
- ders.*: Das Reichsgericht – Ein Höchstgericht im Wandel der Zeit, in: Kern/Schmidt-Recla (Hrsg.), *125 Jahre Reichsgericht*, Berlin 2006, S. 41–75.
- Büttner, Hermann*: Die Reform der ZPO – eine Wirksamkeitskontrolle, Gutachten zum 65. Deutschen Juristentag, Band 1, München 2004, A89–A106.
- ders.*: Berufung und Revision: Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel, Baden-Baden 2010.
- ders./Tretter, Norbert*: Irrungen und Wirrungen – Die beschränkte Zulassung von Revisionen in Zivilsachen, *NJW* 2009, 1905–1911.
- Cabrillo, Francisco/Fitzpatrick, Sean*: *The Economics of Courts and Litigation*, Cheltenham 2008.
- Cadiet, Loïc*: La loi ‚J 21‘ et la Cour de cassation: la réforme avant la réforme?, *Procédures* 2017, no. 2, étude 3.
- Caemmerer, Ernst von*: Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, in: *Ansprachen aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 3.10.1975*, Karlsruhe 1975, S. 21–46.
- Calamandrei, Piero*: *Opere giuridiche – Volume VII: La Cassazione civile (parte seconda)*, Rom 2019 [Nachdruck].
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): *EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 6. Auflage, München 2022.
- Calliess, Galf-Peter*: Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, Band 1, München 2014, A7–A111.

- Cameron, Charles M./Segal, Jeffrey A./Songer, Donald*: Strategic Auditing in a Political Hierarchy: An Informational Model of the Supreme Court's Certiorari Decisions, 94 *Am. Pol. Sci. Rev.* 101–116 (2000).
- Campbell, John*: The Lives of Chief Justices, Vol. 3, New York 1873.
- Canivet, Guy*: L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?, in: Molfessis (Hrsg.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris 2004, S. 3–23.
- ders.*: The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue Between the Judges in French and European Experience, 80 *Tulane Law Review*, 1377–1400 (2006).
- ders.*; *Andenæs, Mads/Fairgrieve, Duncan* (Hrsg.): *Comparative Law Before the Courts*, London 2005.
- Caponi, Remo*: Der italienische Kassationshof: Heutiger Stand und Reformperspektiven, *ZZP Int* 2015, 61–71.
- Cappelletti, Mauro* (Hrsg.): *International Encyclopedia of comparative law*, Vol. XIV: *Civil Procedure*, Tübingen/Leiden 2014.
- Cardozo, Benjamin Nathan*: *The Jurisdiction of the Court of Appeals of the State of New York*, 2. Auflage, Albany/New York 1909.
- Carp, Robert A./Stidham, Ronald/Manning, Kenneth L.*: *Judicial Process in America*, 7. Auflage, London et al. 2007.
- Carpenter, Charles E., Jr.*: The No-citation Rule for Unpublished Opinions: Do the Ends of Expediency for Overloaded Appellate Courts Justify the Means of Secrecy?, 50 *S. C. L. Rev.* 235–260 (1998–1999).
- Carter, Albert Thomas*: *A History of English Legal Institutions*, London 1910.
- ders.*: *A History of the English Courts*, 7. Auflage, London 1944.
- Chainais, Cécile/Ferrand, Frédérique/Mayer, Lucie/Guinchard, Serge*: *Procédure civile – droit interne et européen du procès civil*, 35. Auflage, Paris 2020.
- Charbonneau, Cyrille*: *La Contribution de la Cour de Cassation à l'Élaboration de la Norme*, Paris 2011.
- Chénon, Emile*: *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris 1882.
- Chevalier, Marco*: Die Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG, *ZZZ* 2006, 325–334.
- Claes, Monika/de Visser, Maartje*: Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks, 8 *Utrecht Law Review* 100–114 (2012).
- Classen, Claus Dieter*: Wahl contra Leistung? – Zu Wahlbeamten und Richterwahlen, *JZ* 2002, 1009–1020.
- ders.*: *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, Tübingen 2009.
- Cohen, Jonathan Matthew*: Inside Appellate Courts: The Impact of Court Organization on Judicial Decision Making in the United States Courts of Appeals, *Ann Arbor/Michigan* 2002.
- Cordray, Margaret Meriwether/Cordray, Richard*: The Calendar of the Justices: How the Supreme Court's Timing Affects Its Decisionmaking, 36 *Ariz. St. L.J.* 183–256 (2004).
- dies.*: The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection, 82 *Washington University Law Quarterly*, 389–452 (2004).
- dies.*: Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship between Certiorari and the Merits, 69 *Ohio St. L.J.* 1–52 (2008).
- Coupette, Corinna/Fleckner, Andreas M.*: Quantitative Rechtswissenschaft – Sammlung, Analyse und Kommunikation juristischer Daten, *JZ* 2018, 379–389.

- Crépon, Théophile*: Cour de cassation. Origines, organisation, attributions, du pourvoi en cassation en matière civile – tome premier, Paris 1892.
- Crowe, Justin*: Building the judiciary: law, courts, and the politics of institutional development, Princeton/Oxford 2012.
- D'Andrea, Sabrina et al.*: Asymmetric cross-citations in private law: an empirical study of 28 Supreme Courts in the EU, EUI Working Papers LAW 2021/4, SSRN 3837193 ([https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/70999/LAW\\_2021\\_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/70999/LAW_2021_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [13.09.2023]).
- Dalin, David G.*: Jewish Justices of the Supreme Court: From Brandeis to Kagan, Lebanon/New Hampshire 2017.
- Damaška, Mirjan R.*: The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, New Haven/London 1986.
- Däubler, Wolfgang*: Der gebremste Sozialabbau, AuR 1987, 349–359.
- Dauchy, Serge*: Les voies de recours extraordinaires: propositions d'erreur et requête civile, Paris 1988.
- ders.*: Cours souveraines et genèse de l'Etat, in: Diestelkamp (Hrsg.), Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit, Köln et. al. 1996, S. 45–72.
- Dausies, Manfred A.*: Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, 2. Auflage, München 1995.
- Dawson, John P.*: The Oracles of the Law, Ann Arbor/Michigan 1968.
- de Voisins, Gilbert*: Vues sur les Cassations d'Arrests et de Jugements en dernier Ressort, Paris 1767.
- Declareuil, Joseph*: Histoire générale du Droit français des Origines à 1789, Paris 1925.
- Delahaye, Thomas*: Les Avocats à la Cour de cassation de Belgique, in: Verein der beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte e. V. (Hrsg.), Fortitudo temperantia – die Rechtsanwälte am Reichsgericht und beim Bundesgerichtshof: ein Rückblick, Festgabe zu 50 Jahren Bundesgerichtshof, München 2000, S. 175–182.
- Denisart, Jean-Baptiste*: Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, Paris 1786.
- Desens, Marc*: Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und ihr Verhältnis zu fachgerichtlichen Anhörungsprüfungen, NJW 2006, 1243–1247.
- Deumier, Pascale*: Motivation enrichie: bilan et perspectives, D. 2017, 1783.
- Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Familienrecht*: Nichtzulassungsbeschwerde in Familiensachen – Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Familienrecht, FamRZ 2015, 1677–1679.
- Devlin, Patrick Arthur*: Samples of Lawmaking, London 1962.
- ders.*: Judges and Lawmakers, 39 M. L. R. 1–16 (1976).
- Dickson, Brice*: The Processing of Appeals in the House of Lords, 123 L. Q. R. 571–601 (2007).
- Diedrich, Frank*: Präjudizien im Zivilrecht, Hamburg 2003.
- Diehl, Heinz*: Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 08.01.2019 (VIII ZR 225/17) – Zur Ersatzlieferungsverpflichtung für nicht mehr produziertes mangelhaftes Dieselfahrzeug, ZfS 2019, 321–328.
- Diestelkamp, Bernhard*: Rechtsfälle aus dem alten Reich: denkwürdige Prozesse vor dem Reichskammergericht, München 1995.
- Döbring, Erich*: Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953.
- Domey, Tanja*: What is an important case? Admissibility of appeals to the supreme courts in the German-speaking jurisdictions, in: Uzelac/Van Rhee (Hrsg.), No-

- body's perfect. Comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters, Cambridge 2014, S. 277–290.
- Douglas, William O.*: The Supreme Court and its case load, 45 Cornell Law Q., 401–414 (1960).
- Drewry, Gavin/Blom-Cooper, Louis/Blake, Charles*: The Court of Appeal, London 2007.
- Drobnig, Ulrich*: Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, RabelsZ 1986, 610–630.
- ders./van Erp, Sjef* (Hrsg.): The Use of Comparative Law by Courts, The Hague et al. 1999.
- Droege, Michael*: Die Rechtsanwaltschaft bei dem BGH im verfassungsrechtlichen Gegenwind, NJW 2002, 175–181.
- Ducoudray, Gustave*: Les origines du parlement de Paris et de la justice aux XIIIe et XIVe siècles, Paris 1902 [Nachdruck New York 1970].
- Duden, Konrad*: Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, JuS 2019, 859–864.
- ders.*: Richtervwahl und parteipolitische Einflussnahme, RabelsZ 2020, 637–665.
- Dürig, Günter* (Begr.)/*Herzog, Roman/Scholz, Rupert* et al. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 100. EL, München 2023.
- Duske, Klaus*: Die Aufgaben der Revision, Marburg 1960.
- Duxbury, Neil*: Better read when dead? 32 Amicus Curiae 25–28 (2000).
- Eagles, Sidney S.*: Address from Chief Judge Eagles, 35 Ind. L. Rev. 457–465 (2002).
- Ehricke, Ulrich*: Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, Saarbrücken 1997.
- Eidenmüller, Horst*: Prozessrisikoanalyse, ZZP 2000, 5–23.
- ders.*: Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Auflage, Tübingen 2015.
- Eisenberg, Melvin Aron*: The Nature of the Common Law, Cambridge/Massachusetts 1988.
- Eisenhardt, Ulrich*: Das kurkölnische Oberappellationsgericht, in: Wolffram (Hrsg.), Recht und Rechtspflege in den Rheinlanden (1819–1969), Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Köln, Köln 1969, S. 31–57.
- ders.*: Die Rechtswirkungen der in der Goldenen Bulle genannten *privilegia de non evocando et appellando*, ZRG (GA) 1969, 75–96.
- ders.*: Entstehung, Entwicklung und Bedeutung der kaiserlichen *privilegia de non appellando*, in: Glissen (Hrsg.), Consilium Magnum 1473–1973; herdenking van de 500. verjaardag van de oprichting van het Parlement en Grote Raad van Mechelen, Brüssel 1977, S. 319–342.
- ders.* (Hrsg.): Die kaiserlichen Privilegien *de non appellando*, Köln 1980.
- Ekert, Stefan/Heiderhoff, Bettina*: Die Evaluierung der FG-G-Reform: Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 1. Auflage, Mönchengladbach 2018.
- Endemann, Wilhelm*: Das Deutsche Zivilprozeßrecht, Heidelberg 1868.
- ders.*: Der deutsche Civilprozess. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozessordnung des Deutschen Reichs samt Einführungsgesetzen, Band 2: §§ 230–567, Berlin 1879.
- Engst, Benjamin/Gschwend, Thomas/Schaks, Nils/Sternberg, Sebastian/Wittig, Caroline*: Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung, JZ 2017, 816–826.

- Erythropel, Julius*: Zur Lehre von der Revision. §507–529 der R. C. P. O., ZZP 1881, 104–142.
- Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- ders.*: Not und Gefahren des Revisionsrechts – Zur Problematik der „Grundsatzrevision“ in Zivilsachen, JZ 1962, 513–517.
- ders.*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970.
- ders.*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Auflage, Tübingen 1990.
- ders.*: Argumentations- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen, in: Häberle/Leser (Hrsg.), Wege der Rechtsgewinnung: ausgewählte Aufsätze, Tübingen 1990, S. 210–234.
- Falk, Ulrich*: Entscheidungsfindung durch Aktenversendung – ein besonders objektives Gerichtsverfahren?, in: Bongartz/Denzler/Katzer/Stodolkowitz (Hrsg.), Feder und Recht. Schriftlichkeit und Gerichtswesen in der Vormoderne, Berlin et al. 2023, S. 87–133.
- Farnsworth, E. Allan*: An Introduction to the Legal System of the United States, 4. Auflage, Oxford 2010.
- Fasching, Hans-Walter*: Probleme des Revisionsverfahrens: Skizze einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Revision im deutschen und im österreichischen Zivilprozess; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 12.3.1971, Berlin et al. 1971.
- Fastenrath, Ulrich*: Nochmals: Kontrolle der Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG, JZ 2013, 299–302.
- Faupel, Rainer*: Bemerkungen zu „Abhängigkeiten“ – Der beamtenrechtliche Status des obersten Anklägers und die Stellung der Justiz im Staatsgefüge, DRiZ 2000, 312–324.
- Faye, Ernest*: La Cour de Cassation – Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile suivi du Code des lois – Décrets, Ordonnances et Règlements, Paris 1903.
- Féaux de la Croix, Ernst*: Das Reichsgericht als Zivilgericht erster Instanz, DRpfl 1936, 238–241.
- Feiber, Oskar*: Anstöße zur Verbesserung des Rechtsmittelverfahrens, NJW 1996, 2057–2062.
- Fels, Gustav*: Revisionsrecht und Sonderrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der Civilprozessordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877, Leipzig 1884.
- Felsch, Joachim*: Die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Sachversicherung (und Warenkreditversicherung), r+s 2014, 313–328.
- Ferrand, Frédérique*: Cassation française et révision allemande: Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de Justice de la République Fédérale d'Allemagne, Paris 1993.
- dies.*: Actualités sur la Cour de cassation française et son contrôle en matière civile – Entre tradition et modernisation, ZZP Int 2013, 33–74.
- dies.*: La juridiction judiciaire suprême en droit comparé: mission, filtrage, intensité du contrôle, in: Drago/Fauvarque-Cosson/Goré (Hrsg.), L'accès au juge de cassation, Paris 2015, S. 147–218.

- dies*: Der *Avocat général* bei der Cour de cassation und die richterliche Rechtsfortbildung in Frankreich, *RebelsZ* 2016, 288–312.
- dies*: Le décret no. 2017–936 du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation, *JCP G* 2017, 400.
- dies*: The French Court of Cassation: On the Threshold of a Quiet Revolution?, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), *Supreme Courts in China and the West: Adjudication at the service of public goals*, Cham 2017, S. 175–206.
- dies*: Des circuits différenciés au filtrage des pourvois – La tentation radicale de la Cour de cassation, *D.* 2017, 1770.
- dies*: Französisches Kassationsrecht im Umbruch, in: *Juristische Studiengesellschaft – Jahresband 2019*, S. 93–121.
- dies*: Anmerkung zur Vorlage Nr. P16–2018–001 des französischen Kassationshofes, *FamRZ* 2019, 889–890.
- dies*: Der fragwürdige Wille des französischen Kassationshofes zur Selbstreform, in: Gsell/Hau (Hrsg.), *Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelpacher*, Symposium anlässlich des 80. Geburtstags von Bruno Rimmelpacher an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Baden-Baden 2019, S. 47–62.
- dies*: Appel – Répertoire de procédure civile, *Dalloz*, actualisation Juillet 2022, Paris.
- Ferraris, Federico*: Finding a Cure or Simply Relieving Symptoms? The Case of the Italian Supreme Court, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), *Supreme Courts Under Pressure*, Cham 2021, S. 35–48.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm, Ritter von*: Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Band 2: Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, Gießen 1825.
- Fezer, Gerhard*: Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, Tübingen 1970.
- Fikentscher, Wolfgang*: Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht, in: Blaurock (Hrsg.), *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht*, Frankfurt am Main 1985, S. 11–23.
- Fischer, Christian*: Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007.
- ders.*: Zivilprozessrechtliche Begründungsregeln, in: Saenger/Bayer/Koch/Körper (Hrsg.), *Gründen und Stiften: Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner*, Baden-Baden 2009, S. 517–531.
- Fischer, Detlev*: Amtliche Leitsätze und Entscheidungssammlungen – Ein Überblick an Hand der Entwicklung im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit, *JuS* 1995, 654–657.
- ders.*: Zur Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland, *JZ* 2010, 1077–1087.
- Fischer, Nikolaj*: Verfassungsrechtliche Probleme des neuen zivilprozessualen Revisionsrecht, *AnwBl.* 2002, 139–143.
- Fischer, Otto*: Revision und Revisionssumme in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Darstellung: Vortrag gehalten in der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre am 29. Oktober 1904, Berlin 1905.
- Fischer, Robert*: Höchstrichterliche Rechtsprechung heute – am Beispiel des Bundesgerichtshofes, in: *Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Band II*, München 1978, H5–H32.
- ders.*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, in: Lutter/Simpel/Fischer (Hrsg.), *Gesammelte Schriften. Grundfragen re-*

- visionsgerichtlicher Rechtsprechung und Beiträge zum Gesellschaftsrecht, Berlin/Boston 1985, S. 3–9.
- ders.*: Das obiter dictum – aus revisionsrichterlicher Sicht, in: Lutter/Simpel/Fischer (Hrsg.), *Gesammelte Schriften. Grundfragen revisionsgerichtlicher Rechtsprechung und Beiträge zum Gesellschaftsrecht*, Berlin/Boston 1985, S. 79–105.
- Flemming, Roy B.*: *Tournament of Appeals – Granting judicial review in Canada*, Vancouver 2004.
- Fleischer, Holger/Wedemann, Frauke*: Kodifikation und Derogation von Richterrecht. Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht, *AcP* 2009, 597–627.
- Forster, Marc*: *Functions and Practice of Legal Citing: Towards a Uniform International Quotation System*, 23 *Int'l J. Legal Info.* 149–168 (1995).
- France, Anatole*: *L'île des Pingouins*, Paris 1908.
- Frankfurter, Felix/Landis, James M.*: *The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system*, New York 1927.
- dies.*: *The Supreme Court under the Judiciary Act*, 42 *Harv. L. Rev.* 1–29 (1928).
- dies.*: *The Business of the Supreme Court at October Term 1930*, 45 *Harv. L. Rev.* 271–306 (1931).
- Freitag, Werner*: *Revision und Kassation unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Heidelberg 1933.
- Frey, Ludwig*: *Der französische Kassationshof in Civilsachen*, *Der Gerichtssaal* 1851, S. 114–130.
- Friedman, Lawrence M.*: *A history of American Law*, 3. Auflage, New York et al. 2005.
- Friedmann, Jörg*: *Anwaltspflichten und Präjudizien: die Ausrichtung anwaltlicher Tätigkeit an Rechtsprechung und Schrifttum unter Haftungsgesichtspunkten*, Hamburg 2003.
- Fromont, Michel/Ries, Alfred*: *Introduction au droit allemand I: Les fondements*, Paris 1977.
- Frost, Amanda*: *Overvaluing Uniformity*, 94 *Va. L. Rev.* 1567–1639 (2008).
- Frowein, Jochen/Peukert, Wolfgang* (Hrsg.): *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 3. Auflage 2009.
- Fuchs, Christian Otmar*: *Einschränkungen der Dispositionsmaxime in der Revisionsinstanz: Werden alle Ziele erreicht?*, *JZ* 2013, 990–994.
- Fuchs, Peter Paul*: *Das Oberste Bundesgericht*, *JZ* 1953, 592–594.
- Fulchiron, H.*: *Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de la Cour de cassation*, *D.* 2015, 21.
- Fusbahn, Jens Klaus*: *Auskunftspflichten des Staates und der Gerichte als Teil der rechtsstaatlichen Garantien*, *IPRB* 2019, 188–191.
- Gaier, Reinhard*: *Der moderne liberale Zivilprozess*, *NJW* 2013, 2871–2876.
- ders./Wolf, Christian/Göcken, Stephan* (Hrsg.): *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Auflage, Köln 2019.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: *Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl?*, *ZBR* 2015, 325–335.
- Garoupa, Nuno/Ginsburg, Tom*: *Judicial Audiences and Reputation: Perspectives from Comparative Law*, 47 *Colum. J. Transnat'l L.* 451–490 (2009).
- Gaul, Hans Friedhelm*: *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, *AcP* 1968, 27–62.
- Gaupp, Ludwig*: *Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen*, Band 2, 2. Auflage, Freiburg im Breisgau 1892.

- Geeroms, Sofie M. F.*: Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated ..., 50 Am. J. Comp. L. 201–228 (2002).
- Gehrke, Heinrich*: Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur. Charakteristik und Bibliographie der Rechtsprechungs- und Konsiliensammlung vom 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1974.
- Gehrlein, Markus*: Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Revision und Beschwerde, MDR 2003, 547–554.
- ders.*: Beschlusszurückweisung einer Berufung im Zivilprozess, NJW 2014, 3393–3398.
- Geiß, Karlmann*: Gerichtsbarkeit im Wandel: Überlegungen zu Entwicklungstrends und Reformperspektiven; Vortrag, gehalten anlässlich des 10jährigen Bestehens der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. am 20. Juli 1998, Regensburg 1998.
- ders.*: Festvortrag, in: *ders./Lange* (Hrsg.): 100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch – 50 Jahre Bundesgerichtshof, Heidelberg 2000, S. 15–40.
- Gelbrich, Katharina*: Ökonomisierung der Rechtsmittel im Zivilprozess – Überflüssige Sparmaßnahmen? GVRZ 2020, 14.
- Gelter, Martin/Siems, Mathias M.*: Networks, Dialogue or One-Way Traffic: An Empirical Analysis of Cross-Citations between Ten of Europe’s Highest Courts, 8 Utrecht L. Rev. 88–99 (2012).
- dies.*: Language, Legal Origins, and Culture before the Courts: Cross-Citations between Supreme Courts in Europe, 21 Sup. Ct. Econ. Rev. 215–269 (2013).
- dies.*: Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable – Evidence from Europe, 62 Am. J. Comp. L. 35–86 (2014).
- Gerhardt, Walter*: Die jüngste Zivilprozessrechtsreform in Deutschland, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, Band 1, Athen 2003, S. 419–430.
- Gerland, Heinrich*: Probleme des englischen Rechtslebens, insbesondere das Praecedentensystem, und die Aufstellung von Verfahrensvorschriften: Zugleich ein Beitrag zur Rationalisierung der Gesetzgebung, Leipzig 1929.
- Ghestin, Jacques*: L’interprétation d’un arrêt de la Cour de cassation, D. 2004, 2239.
- Gierke, Cornelia von/Seiler, Frank*: Die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO in der Rechtsprechung des BGH, JZ 2003, 403–410.
- dies.*: Revisionszulassung und Rechtsbeschwerdezulässigkeit – Tendenzen in der neuen Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 1497–1501.
- Gilles, Peter*: Rechtsmittel im Zivilprozess: Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Frankfurt am Main 1972.
- ders.*: Humane Justiz: Die deutschen Landesberichte zum 1. Internationalen Kongress für Zivilprozessrecht in Gent 1977 = Justice with a human face, Kronberg im Taunus 1977.
- ders.*: Anschließung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius, und Parteidisposition über die Sache in höherer Instanz (Teil 1), ZZZ 1978, 128–176.
- ders.*: Rechtsmittelreform im Zivilprozess und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung, JZ 1985, 253–261.
- ders. et al.* (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – unter besonderer Berücksichtigung der Berufung, Köln 1985.

- ders.*: Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik: Vorstudie zur Analyse und Reform der Rechtsmittel in der Zivilgerichtsbarkeit. Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege, Köln 1992.
- Ginsburg, Ruth Bader*: Workways of the Supreme Court, 25 *Thomas Jefferson L. Rev.* 517–528 (2003).
- dies./Huber, Peter W.*: The Intercircuit Committee, 100 *Harv. L. Rev.* 1417–1435 (1987).
- Gioia, G.*: Recourse against judgments on international jurisdiction, in: Uzelac/van Rhee (Hrsg.), *Nobody's perfect – Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, Cambridge 2014, S. 353–362.
- Glöckner, Hans Peter*: Die Auflösung des Reichsgerichts im Spiegel der archivalischen Überlieferung, in: Battenberg/Ranieri (Hrsg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Festschrift für Bernhard Distelkamp zum 65. Geburtstag, Weimar et al. 1994, S. 421–456.
- Gluding, Katja Viktoria*: Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, Baden-Baden 2020.
- Gnatzy, Wolfgang*: Der Rechtsentscheid gemäß Artikel III des Dritten Gesetzes zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften: zur Zulässigkeit des Rechtsentscheidungsverfahrens, Frankfurt am Main et al. 2000.
- Goebel, Frank-Michael*: Das Beschwerderecht im Zivilprozess, Bonn 2007.
- Goebel, Joachim*: Rechtsmittelreform in Zivilsachen und Rechtspolitik: Theoretische Anfragen in praktischer Absicht, *ZZP* 2000, 49–83.
- Goette, Wulf*: Minderheitenschutz bei gesellschaftsvertraglicher Abweichung vom Einstimmigkeitsprinzip, in: Hommelhoff (Hrsg.), *Familiengesellschaften: Festschrift für Walter Sigle zum 70. Geburtstag*, Köln 2000, S. 145–162.
- ders.*: Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland am Beispiel des Gesellschaftsrechts, *RabelsZ* 2013, 309–321.
- Goldschmidt, James*: Gesetzesdämmerung, *JW* 1924, 245–249.
- Gorla, Gino*: Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen der Senate von Piemont und Savoyen im 18. Jahrhundert, in: von Caemmerer (Hrsg.), *Ius privatum gentium*, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, Band I, Tübingen 1969, S. 103–125.
- Gössl, Susanne Lilian*: Der „digitale Nachlass“ im Rechtsvergleich, *ZfPW* 2021, 105–122.
- Gottwald, Peter*: Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975.
- ders.*: Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, Gutachten für den 61. Deutschen Juristentag, Band 1, München 1996, A1–A109.
- ders.*: Systemfehler des neuen deutschen Rechtsmittelrechts, in: Nakamura (Hrsg.), *Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik*, Band 1, Athen 2003, S. 447–457.
- ders.*: Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle aus der Sicht der Wissenschaft, Gutachten für den 65. Deutschen Juristentag, Band 1, München 2004, A107–A129.
- ders.*: Die Begründung von Gerichtsentscheidungen in Deutschland – aus Sicht der Praxis und der Wissenschaft, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), *Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen*, Prag 2011, S. 139–151.
- Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard (Fortgef.)/Nettesheim, Martin (Hrsg.)*: *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEU*, 79. Auflage 2023.

- Gravenhorst, Wulf*: Zurückverweisung und gesetzlicher Richter, NJW 2018, 2161–2165.
- Greger, Reinhard*: Vom „Kampf ums Recht“ zum Zivilprozess der Zukunft, JZ 1997, 1077–1083.
- ders.*: Erst deformiert, dann reformiert. Die Revision in Zivilsachen im verfassungsgerichtlich verordneten Wechselbad, in: de Wall/Germann (Hrsg.), Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung: Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 885–896.
- ders.*: Der deutsche Zivilprozess im Umbruch, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, Band 1, Athen 2003, S. 459–472.
- ders.*: Die Justizreform – 1000 Tage danach, JZ 2004, 805.
- ders.*: Reparatur missglückt: § 522 Abs. 2 ZPO muss erneut auf den Prüfstand, BRAK-Mitt. 2015, 22–27.
- ders.*: Realität und Reform des Zivilprozesses im Spiegel der Justiz-Statistik, ZZP 2018, 317–351.
- ders.*: Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, NJW 2019, 3429–3432.
- ders.*: Die unvollendete Zivilprozessreform, in: Althammer/Schärfl (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen 2021, S. 275–282.
- ders.*: Wege aus der Krise des Zivilprozesses – de lege lata und de lege ferenda, MDR 2023, 810–815.
- Griswold, Erwin N.*: Rationing Justice – the Supreme Court’s Caseload and What The Court Does Not Do, 60 Cornell. L. Rev. 335–354 (1975).
- Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von*: Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen, Gießen und Darmstadt 1800.
- Gröninger, Karl*: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, DRiZ 1978, 363–365.
- Gross, Norbert*: Die Anwaltschaft beim französischen Kassationshof, in: Bruchhausen et al. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag am 11. Oktober 1992, München 1992, S. 405–416.
- ders.*: Rechtsanwälte in Europa – Die Vertretung vor den Obersten Gerichtshöfen, in: Müller (Hrsg.), Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, München 2008, S. 483–500.
- ders.*: Visitenkarten der Justiz, in: Büscher et al. (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 1035–1044.
- ders.*: Hören und gehört werden – Die Europäische Vereinigung der Anwaltschaften bei den Obersten Gerichtshöfen, in: Herrmann/Krämer (Hrsg.), Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag am 5. September 2017, Stuttgart 2017, S. 433–446.
- ders.*: Deutsche Wege und Sonderwege des Code civil, JZ 2023, 719–722.
- Grünberg, Raoul Martin*: Die Revision im Zivil- und Strafprozess de lege lata und de lege ferenda mit einem Exkurs über die französische Kassation, Univ. Diss. Erlangen 1921.
- Grünberger, Michael/Mangold, Anna Katharina/Markard, Nora/Payandeh, Mehrdad/Towfigh, Emanuel V.*: Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Baden-Baden 2021.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, 82. Auflage, München 2023.

- Grünhut, Max*: Allgemeinverbindliche Richtersprüche, in: *Juridicum*, Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege, II. Jahrgang 1929/1930, Heft 1/2, S. 138–156.
- Grunsky, Wolfgang*: Prozess- und Sachurteil, ZZZP 1967, 55–78.
- ders.*: Grundlagen des Verfahrensrechts: eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, 2. Auflage, Bielefeld 1974.
- ders.*: Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts, Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag, Band 1, München 1976, A7–A83.
- ders.*: Ablehnung der Annahme der Revision und Arbeitsbelastung des Revisionsgerichts, JZ 1979, 129–133.
- ders.*: Zulassungsberufung und obligatorischer Einzelrichter nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, AnwBl. 1991, 545–550.
- ders.*: Die Statthaftigkeit der Revision bei Rechtsanwendungsfehlern, LMK 2003, 72–73.
- ders.*: Revisionszulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, LMK 2003, 156–157.
- Gschließer, Oswald von*: Der Reichshofrat: Bedeutung und Verfassung, Schicksal und Besetzung einer obersten Reichsbehörde von 1559 bis 1806, Wien 1942.
- Gsell, Beate*: Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, AcP 2014, 99–150.
- dies.*: Gattungübersteigende Erstreckung der Pflicht zur mangelfreien Ersatzlieferung beim Pkw-Neuwagenkauf auf Nachfolgemodell, EWiR 2019, 429–430.
- dies.*: Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess [im Anhang zu BT-Drs. 19/14027].
- dies.*: Kollektive Schadensereignisse erfordern kollektive Klageinstrumente – Zum Vorschlag der Einführung eines zivilprozessualen Vorlageverfahrens beim BGH, ZRP 2021, 166–169.
- Guinchard, Serge et al.*: *Droit processual – Droits fondamentaux du procès*, 10. Auflage, Paris 2019.
- Gundel, Jörg*: Erfolgsmodell Vorabentscheidungsverfahren? Die neue Vorlage zum EGMR nach dem 16. Protokoll zur EMRK und ihr Verhältnis zum EU-Rechtsschutzsystem, EuR 2015, 609–624.
- Günzl, Clara*: Eine andere Geschichte der Begründungspflicht – Sichtweisen des frühen 19. Jahrhunderts, Tübingen 2021.
- Gutdeutsch, Werner/Maaß, Martin*: Gerichtliche Begrenzung des Parteivortrags in Massenverfahren, NJW 2022, 1567–1570.
- Häberle, Peter* (Hrsg.): Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes – Neuausgabe des Jahrbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR), Band 1 n. F. (1951), Tübingen 2010.
- Habscheid, Walther*: Richtermacht und Parteifreiheit, ZZZP 1968, 175–196.
- ders.*: Buchbesprechung: Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozess, NJW 1974, 635–636.
- Hänel, Albert*: Deutsches Staatsrecht, Band 1: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892.
- Haertlein, Lutz*: Die Erteilung von Abschriften gerichtlicher Entscheidungen an wissenschaftlich Interessierte und die Erhebung von Kosten, ZZZP 2001, 441–471.
- Hagens, Alfred*: Das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen, DJZ 1903, 277–281.
- Hager, Günter*: Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009.

- Hahn, Carl/Stegemann, Eduard* (Hrsg.): Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, Band 1/Band, 2. Auflage, Berlin 1881.
- Hamann, Hanjo*: Richter im Internet. Editionsbericht zur Digitalisierung der Geschäftsverteilungspläne der deutschen Bundesgerichte seit dem Zweiten Weltkrieg, fhi 2017 Nr. 8, 1–12.
- ders.*: The German Federal Courts Dataset 1950–2019. From Paper Archives to Linked Open Data, Journal of Empirical Legal Studies, Vol. 16, issue 3, 671–688 (2019).
- ders.*: Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 2021, 656–665.
- ders./Nest, Marisa*: Justizforschung und Digitalisierung. Neue Wege zur Erschließung der Personalgeschichte des Bundesgerichtshofs im Internet, JurPC Web-Dok. 57/2018, 1–87.
- Hanack, Ernst-Walter*: Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit: eine prozessrechtliche Studie insbesondere zur Vorlegungspflicht und der Rechtsmittelzulässigkeit wegen Abweichung, Hamburg et al. 1962.
- Hannich, Rolf* (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur StPO mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Auflage München 2019.
- Hannon, Michael*: A Closer Look at Unpublished Opinions in the United States Courts of Appeals, 3 J. Appellate Practice and Process 199–250 (2001).
- Harlan, John Marshall*: Manning the Dikes: Some comments on the statutory certiorari jurisdiction and jurisdictional statement practice of the Supreme Court of the United States, 13 Rec. Ass'n N. Y. City 541–561 (1958).
- Harper, Fowler V./Etherington, Edwin D.*: What the Supreme Court Did Not Do During the 1950 Term, 100 U. Pa. L. Rev. 354–409 (1951).
- Harper, Fowler V./Leibowitz, Arnold*: What the Supreme Court Did Not Do During the 1952 Term, 102 U. Pa. L. Rev. 427–463 (1954).
- Harper, Fowler V./Pratt, George C.*: What the Supreme Court Did Not Do During the 1951 Term, 101 U. Pa. L. Rev. 439–479 (1953).
- Harper, Fowler V./Rosenthal, Alan S.*: What the Supreme Court Did Not Do in the 1949 Term – An Appraisal of Certiorari, 99 U. Pa. L. Rev. 293–325 (1950).
- Harrasowsky, Philipp Harras Ritter von*: Die Rechtsmittel im Civilprocesse nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, Wien 1879.
- Hart, Henry Melvin/Wechsler, Herbert/Fallon Richard H.*: Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System, 6. Auflage, New York 2009.
- Hartkamp, Arthus S.*: Comparative Law Before the Dutch Courts, in: Canivet/Andenæs/Fairgrieve (Hrsg.), Comparative Law Before the Courts, London 2004, S. 229–233.
- Hartmann, Lucas*: Die Aufhebung rechtmäßiger Urteile wegen Rechtswidrigkeit – Rechtstheoretische und dogmatische Überlegungen zu einem unterbelichteten Alltagsphänomen revisionsgerichtlicher Praxis, JZ 2022, 759–766.
- Häsemeyer, Ludwig*: § 115 Zivilprozess, in: Kube et al. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Band 2: Staat und Bürger, Heidelberg et al. 2013, S. 1259–1266.
- Hattenbauer, Hans*: Die Kritik des Zivilurteils – Eine Anleitung für Studenten, Frankfurt am Main et al. 1970.
- Hau, Wolfgang*: Höchstgerichtliche Presseerklärungen – Überlegungen aus Sicht des Zivilverfahrensrechts, in: Rüßmann (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, Saarbrücken 2009, S. 113–128.

- Hauser, Robert*: Das Schweizerische Bundesgericht im Vergleich zum Deutschen Bundesgerichtshof, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin et al. 1992, S. 825–484.
- Hay, Bruce/Rosenberg, Daniel*: Sweetheart and Blackmail Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, 75 Notre Dame L. Rev. 1377–1408 (2000).
- Heese, Michael*: Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal – Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne, JZ 2019, 429–440.
- ders.*: Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, JZ 2020, 178–189.
- ders.*: Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät, NZV 2019, 273–279.
- ders.*: Die praktisch uneingeschränkte Pflicht des Staates zur Veröffentlichung der Entscheidungen seiner (obersten) Gerichte, JZ 2021, 665–673.
- ders.*: Sachaufklärung im Dieselskandal – Probleme und Abhilfen, NJW 2021, 887–893.
- ders.*: Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Zeitalter der Digitalisierung – Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite einer Funktionsbedingung des modernen Rechtsstaats, in: Althammer/Schärfl (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen 2021, S. 283–340.
- ders./Schumann, Ekkehard*: Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2021, 3023–3029.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: Die Verfassung des Deutschen Reichs (1801), hrsg. v. Mollat, Stuttgart 1935.
- Heiderhoff, Bettina*: Wie viele Instanzen? Überlegungen am Beispiel des FamFG, GVRZ 2018, 5.
- Heitmann, Steffen*: Plädoyer für ein Auslaufmodell, NJW 1997, 1826–1827.
- Heinrichs, Philipp*: Freiheit der Advokatur. Die Singularzulassung beim Bundesgerichtshof im Wandel der Zeit, Baden-Baden 2021.
- Heinze, Christian*: Verfahrensrechtliche Aspekte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, RabelsZ 2016, 254–287.
- Hellman, Arthur D.*: Unresolved Intercircuit Conflicts: The Nature and Scope of the Problem, Final Report, December 1991, Federal Judicial Center 1991.
- ders.*: The Shrunk Docket of the Rehnquist Court, 1996 Sup. Ct. Rev. 403–438.
- Hellmann, Friedrich*: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts für den akademischen und praktischen Gebrauch, München 1886.
- Hellweg, August*: Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilprozeß-Ordnung, AcP 1878, 78–140.
- Hellwig, Konrad*: Die Notlage des Reichsgerichts, JW 1910, 305–308.
- Henke, Horst-Eberhard*: Die Tatfrage: Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966.
- ders.*: Rechtsfrage oder Tatfrage – eine Frage ohne Antwort? Betrachtungen zum Revisionsrecht des deutschen Zivilprozesses, ZZP 1968, 196–215 und 321–379.
- ders.*: Rechtskenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz, ZZP 1996, 135–182.
- Henckel, Wolfram*: Sanktionen bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, ZZP 1964, 321–371.
- Henning, Torsten*: Haftung der eine Beteiligung an einem Filmfonds finanzierenden Bank – zugleich Besprechung des Urteils des OLG München vom 13.7.2010 = WM 2012, 168, WM 2012, 153–157.

- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Das „negative Präjudiz“ als rechtsmissbräuchliches Prozessziel, in: Farthmann (Hrsg.), Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung: Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, Neuwied et al. 1995, S. 157–172.
- ders.*: Zivilprozessuale Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung, Tübingen 1995.
- Herschel, Wilhelm*: Der Leitsatz höchstrichterlicher Entscheidungen, in: Gamillscheg (Hrsg.), Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 201–216.
- Herzog, Peter/Karlen, Delmar*: Attacks on judicial decisions, in: Cappelletti (Hrsg.), International Encyclopedia of comparative law, Volume XVI, Tübingen et al. 2014, ch. 8.
- Hess, Burkhard*: Justiz und Kommunikation – zur veränderten Wahrnehmung der Ziviljustiz in Staat und Gesellschaft, in: Althammer/Schärtl (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen 2021, S. 359–372.
- Heusinger, Bruno*: Vom Reichskammergericht, seinen Nachwirkungen und seinem Verhältnis zu den heutigen Zentralgerichten, Karlsruhe 1972.
- ders.*: Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, Köln et al. 1975.
- Hirsch, Günter*: Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugangsvoraussetzungen zur dritten Instanz, in: Merle (Hrsg.), Festschrift für Joachim Wenzel zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 39–58.
- ders.*: Revision im Interesse der Partei oder des Rechts?, VersR 2012, 929–933.
- ders.*: Revision im Interesse des Rechts, NJW-Editorial, Heft 18/2012.
- ders.*: Missbrauch des Revisionsverfahrens in Versicherungssachen?, in: Brömmelmeyer et al. (Hrsg.), Mindestzuführungsverordnung und Revision – Berichte aus der Anwaltspraxis, Baden-Baden 2015, S. 93–106.
- Hirte, Heribert*: Der Zugang zu Rechtsquellen und Rechtsliteratur, Köln et al. 1991.
- Hodžić, Sanela*: Das zivilprozessuale Revisionsverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsmaxime und Entscheidungsinteresse – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von Verfahren aus dem Bereich des Versicherungswesens, Berlin 2018.
- Hofherr, Erich*: Staatliche Organe als Beteiligte in der Zivilgerichtsbarkeit: zum Problem des Ministère Public; eine Darstellung in gegenwärtiger, historischer, verfahrensvergleichender und rechtsvergleichender Sicht, Berlin 1980.
- Höfling, Wolfram*: Das Verbot prozessualer Willkür – Zum dogmatischen Gehalt einer bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsfigur, JZ 1991, 955–962.
- Holdsworth, William Searle*: A History of English Law, Vol. I, Boston 1922.
- Holmes, Oliver Wendell*: Common Carriers and the Common Law, 13 Am. L. Rev. 609–631 (1879).
- Hortala, Solenne*: La réforme de la rédaction des décisions de la Cour de cassation, JCP 2020 G 1537.
- Huber, Ernst Rudolf*: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 1: Reform und Restauration 1789 bis 1830, 2. Auflage, Stuttgart 1975 [Nachdruck].
- Huber, Michael*: Zwischenruf: Zivilverfahren in Zeiten der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, 417–419.
- Huber, Stefan/Giesecke, Tim*: KI im Zivilprozess, in: Ebers et al. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik – Rechtshandbuch, München 2020, S. 592–613.
- Huff, Martin*: Die Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen, DRiZ 2008, 239.

- Hufteau, Yves-Louis*: Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi, Paris 1965.
- Hülle, Werner*: Das Supplikenwesen in Rechtssachen, Anlageplan für eine Dissertation, ZRG (GA) 1973, 194–212.
- ders.*: Supplikation, in: Cordes et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Band V, 1. Auflage, Berlin 1998, Sp. 91–92.
- Hürlimann, Daniel*: Publikation von Urteilen durch Gerichte, *sui-generis* 2014, 82–100.
- Hurni, Christoph*: Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozess, Bern 2018.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Begr.)/*Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel* (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Auflage, München 2021.
- Irons, Peter*: A People's History of the Supreme Court: The Men and Women Whose Cases and Decisions Have Shaped Our Constitution, New York 1999.
- Jacob, Herbert*: Courts and Politics in the United States, in: *ders.* et al. (Hrsg.), Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective, New Haven/London 1996, S. 16–80.
- Jacob, Jack Isaac Hai*: The Fabric of English Civil Justice, London 1987.
- Jacob, Joseph M.*: The Bowman Review of the Court of Appeal, 61 M. L. R. 390 (1998).
- Jacob, Peter*: Dieselskandal und Hilfsspruchkörper – die Justiz zwischen Kollaps und Verfassungsverstoß, NJW 2021, 2708–2714.
- Jacobs, Matthias/Frieling, Tino*: Revisibilität ausländischen Rechts – zugleich Besprechung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 4. Juli 2013, ZZZP 2014, 137–168.
- Jacoby, Florian*: Der Musterprozessvertrag: die gewillkürte Bindung an gerichtliche Entscheidungen, Tübingen 2000.
- ders.*: „Zulassung der Revision“, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 1.10.2002 – XI ZR 71/02, ZZZP 2003, 229–234.
- Jacubetzky, Karl von*: Zur Frage der Beschränkung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, DJZ 1904, 326–328.
- Jaffe, Louis Leventhal*: English and American Judges as Lawmakers, Oxford 1969.
- Jäger, Tobias Ludwig Ulrich*: Von dem Rechtsmittel der Revision und Actenversendung, Stuttgart 1788.
- Jagusch, Heinrich*: Revision oder Grundsatzentscheidung, NJW 1953, 161.
- Jahns, Sigrid*: Die Assessoren des Reichskammergerichts in Wetzlar, Wetzlar 1986.
- Jauernig, Othmar*: Zur Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 2231–2232.
- Jerouschek, Günter/Schild, Wolfgang/Gropp, Walter* (Hrsg.): Benedict Carpzov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen, Tübingen 2000.
- Jessen, Peter*: Der Einfluss von Reichshofrat und Reichskammergericht auf die Entstehung und Entwicklung des Oberappellationsgerichts Celle, Aalen 1986.
- Jhering, Rudolf von*: Der Kampf um's Recht, Zum hundertsten Todesjahr des Autors, hrsg. von Ermacora, Frankfurt am Main 1992.
- Jobard-Bachelier, Marie-Noëlle/Bachelier, Xavier*: La technique de cassation – pourvois et arrêts en matière civile, 4. Auflage, Paris 1998.
- Jolowicz, John A.*: Managing Overload in Appellate Courts – ‚Western Countries‘, in: Wedekind (Hrsg.), Justice and Efficiency – the 8<sup>th</sup> World Conference on Procedural Law, General Reports and Discussions, Deventer/Boston 1988, S. 71–94.
- ders.*: General Report, in: Yessiou-Faltsi (Hrsg.), The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, Thessaloniki et al. 1997, S. 37–52.
- ders.*: On Civil Procedure, Cambridge 2000.

- ders./van Rhee, C. H.* (Hrsg.): Recourse against judgments in the European Union = Voies de recours dans l'Union européenne, The Hague 1999.
- Jonas, Martin*: Studien aus dem Gebiete des französischen Civilrechts und Civilproceßrechts, Berlin 1870.
- Jungmann, Carsten*: Ein neuer „horror pleni“ in den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs? Zum sachgerechten Umgang mit Divergenz- und Grundsatzvorlagen gemäß § 132 GVG zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, JZ 2009, 380–388.
- Kaempfe, Hasso*: Der Zugang zum Revisionsgericht in Zivilsachen, insbesondere die Annahmerevision, Univ. Diss. Marburg 1979.
- ders.*: Die Zukunft der Revision in Zivilsachen, NJW 1979, 1134–1138.
- Kagan, Robert A./Cartwright, Bliss/Friedman, Lawrence M./Wheeler, Stanton*: The Evolution of State Supreme Courts, 76 Mich. L. Rev. 961–1005 (1978).
- dies.*: The Business of State Supreme Courts, 1870–1970, 30 Stan. L. Rev. 121–156 (1977).
- Kamper, Olaf*: Die Anfechtbarkeit richterlicher Entscheidungen nach dem Grundgesetz, Frankfurt am Main et al. 1996.
- Kanzleiter, Rainer*: Die Oberlandesgerichte als ‚Endstation‘ für die Entscheidung erbrechtlicher Streitigkeiten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZEV 2015, 249–254.
- Kaser, Max/Hackl, Karl*: Das römische Zivilprozessrecht, München 1996.
- Kaul, Friedrich Karl*: Geschichte des Reichsgerichts, Band 4: 1933–1945, unter Mitarbeit von Winfried Matthäus hinsichtlich der Auswertung der historischen Materialien, Berlin 1971.
- Kehrberger, Roman/Roggenkemper, Daniel*: Prozessleitung oder Anleitung für die Instanzgerichte?, JR 2019, 547–554.
- Keil, Ulrich*: Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, Tübingen 2007.
- Keim, Benno*: Reichsgericht und Bundesgerichtshof, Univ. Diss. München 1955.
- Kempff, Ludwig*: Zur Problematik des Musterprozesses, ZZZ 1960, 342–386.
- Kern, Christoph Alexander*: The Role of the Supreme Court, RePro 228, ano 39, fevereiro 2014, S. 15–36.
- ders.*: Means of Review in the ELI/Unidroit „Model European Rules of Civil Procedure“, ZZZ Int 2020, 287–304.
- ders.*: Harmonisation of the Rules on Judgments and Appeals in Europe – A Few Remarks from the Inside, in: Inchausti/Hess (Hrsg.), The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?, Cambridge 2020, S. 223–238.
- ders./Jena, Ole/Profefsner, Valesca/Uhlmann, Christian*: Appeal and Third Instance – First Appeal, in: Hess/Ortolani (Hrsg.), Impediments of National Procedural Law to the Free Movement of Judgments. Luxembourg Report on European Procedural Law, Vol. I, München/Oxford/Baden-Baden 2019, S. 163–182.
- Kern, Eduard*: Die Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, Tübingen 1954.
- Kiralfy, Albert Kenneth Roland*: Potter's Outlines of English Legal History, 5. Auflage, London 1958.
- Kirchner, Hildebert*: Stufen der Öffentlichkeit richterlicher Erkenntnisse. Zur Geschichte der Entscheidungssammlungen und der Bildung von Leitsätzen, in: Zeidler (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 503–526.
- Kirschvink, Dominik*: Die Revision als Rechtsmittel im Alten Reich, Berlin 2019.
- Kischel, Uwe*: Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2003.

- Kissel, Otto Rudolf*: Der dreistufige Aufbau in der ordentlichen Gerichtsbarkeit: ein Beitrag zur Großen Justizreform, Frankfurt am Main 1972.  
*ders.*: 100 Jahre Reichsjustizgesetze, DRiZ 1980, 81–90.
- Klamaris, Nikolaos*: Der Musterprozess in der griechischen Zivilgerichtsbarkeit, ZZP Int 2021, 85–92.
- Klang, Heinrich*: Der Oberste Gerichtshof und die Entwicklung des bürgerlichen Recht, in: Festschrift zur Hundertjahrfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofs, Wien 1950, S. 80–162.
- Klein, Oliver*: Zur Frage der Bindung höchster Gerichte an ihre Rechtsprechung – Bausteine zu einer Dogmatik der Rechtsprechungsänderung, JZ 2018, 64–70.
- Klingbeil, Stefan*: Die Flucht aus der Revision. Zum Problem der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen in Zivilsachen, GVRZ 2019, 14.
- Klugkist, Engelbert*: Die Aktenversendung an Juristenfakultäten. Ein gemeinsames Kapitel aus der Geschichte des deutschen Prozeßrechts und der deutschen Universitäten, JZ 1967, 155–158.
- Knibb, David G.*: Federal Court of Appeals Manual, 6. Auflage, Washington 2013.
- Knight, Christopher J. S.*: Practice and Procedure in the New Supreme Court, Judicial Review 2010, 1–8.
- Knops, Kai-Oliver*: Rechtsschutz gegen die prozessgerichtliche Verfahrensaussetzung nach dem KapMuG, ZZP 2022, 461–477.
- Köbl, Ursula*: Obiter Dicta – Ansätze einer Rechtfertigung, JZ 1976, 752–756.
- Koch, Harald*: Prozessführung im öffentlichen Interesse: rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung, Frankfurt am Main 1983.
- Kocher, Eva*: Funktionen der Rechtsprechung: Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherverfahrensrecht, Tübingen 2007.
- Kodek, Georg E.*: Appellate proceedings in civil cases – traditional remedies in light of contemporary problems, in: Uzelac/van Rhee (Hrsg.), Nobody’s perfect. Comparative essays on appeals and other means of recourse against judicial decisions in civil matters, Cambridge 2014, S. 35–52.
- ders./Mayr, Peter G.*: Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Wien 2021.
- Kohl, Wolfgang*: Das Reichsverwaltungsgericht – ein Beitrag zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, Tübingen 1991.
- Koopmans, T.*: Comparative Law and the Courts, 45 The International and Comparative Law Quarterly 545–556 (1996).
- Kotulla, Michael*: Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Alten Reich bis Weimar (1495–1934), Berlin et al. 2008.
- Kötz, Hein*: Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, RabelsZ 1973, 245–263.  
*ders.*: Die Zitierpraxis der Gerichte – Eine vergleichende Skizze, RabelsZ 1988, 644–662.  
*ders.*: Scholarship and the Courts: A Comparative Survey, in: Clark (Hrsg.), Comparative and private international law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his seventieth Birthday, Berlin 1990, S. 183–196.
- ders.*: Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung, in: Heldrich/Hopt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band 2, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 825–846.
- Koziol, Helmut*: Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Österreich, in: Heldrich/Hopt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band 2: Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 943–963.

- Kramer, Ernst A.*: Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, 365–400.
- ders.*: Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, Bern 2013.
- Krämer, Gerrit*: Die Rechtsanwaltschaft beim BGH: Rechtsstellung und Verfassungsmäßigkeit, Bonn 2004.
- Krefeld, Thomas*: Fachwort und Alltagssprache – zum Stil richterlicher Argumentation am Beispiel einer BGH-Entscheidung, in: Spillner (Hrsg.), Stil in Fachsprachen, Frankfurt am Main 1996, S. 94–104.
- Kreft, Gerhart*: Missstand bei der Rechtsbeschwerde – Der BGH als Opfer der Prozessreform, ZRP 2003, 77–78.
- Kregel, Wilhelm*: Referat zum Thema: Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Instanzen (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln?, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band II, München 1964, E5–E27.
- Kriele, Martin*: Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Auflage, Berlin 1976.
- Kries, August von*: Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze, Breslau 1880 [Neudruck Aalen 1975].
- Kroeschell, Karl*: Deutsche Rechtsgeschichte, Band 3: seit 1650, 5. Auflage, Köln et al. 2008.
- ders./Cordes, Albrecht/Nehlsen-von Stryk, Karin*: Deutsche Rechtsgeschichte, Band 2: 1250–1650, 9. Auflage, Köln et al. 2008.
- Krüger, Wolfgang*: Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 II ZPO – Ein Zwischenruf, NJW 2008, 945–947.
- Kuchinke, Kurt*: Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz: ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage, Bielefeld 1964.
- Kühne, Ulrich*: Amicus Curiae: richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter, Tübingen 2015.
- Kullmann, Hans Josef*: Abschied von der Wertrevision – aber was dann?, DRiZ 1973, 184–187.
- Kunkel, Wolfgang/Schermaier, Martin*: Römische Rechtsgeschichte, 14. Auflage, Köln 2005.
- Kuntz, Wolfgang*: Wie vollständig sind juristische Datenbanken? Quantität als Qualitätsmerkmal von Entscheidungsdatenbanken – Untersuchung zur Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, JurPC Web-Dok. 169/2020.
- ders.*: Publikation von Gerichtsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte aus den Jahren 2000–2006 im Internet und in juristischen Datenbanken im Vergleich, JurPC Web-Dok. 189/2007.
- Kurland, Philip B.*: Jurisdiction of the United States Supreme Court: Time for a Change?, 59 Cornell L.Rev. 616–633 (1974).
- Lames, Peter*: Rechtsfortbildung als Prozesszweck: zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1993.
- Landfermann, Hans-Georg*: Rechtsentscheid am Scheideweg, NJW 1985, 2609–2616.
- Langenbacher, Katja*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, München 1996.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin et al. 1991.

- Lashöfer, Jutta*: Zum Stilwandel in richterlichen Entscheidungen: über stilistische Veränderungen in englischen, französischen und deutschen zivilrechtlichen Urteilen und in Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Münster et al. 1992.
- Laufs, Adolf*: Die Anfänge einheitlicher höchster Gerichtsbarkeit in Deutschland – Zur Gründung des Bundesoberhandelsgerichts vor hundert Jahren JuS 1969, 256–259.
- ders.* (Hrsg.): Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, Köln et al. 1976.
- Laukemann, Björn*: Die Veröffentlichung richterlicher Hinweisbeschlüsse, ZZZP 2021, 67–91.
- Laumen, Hans-Willi*: Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, Köln et al. 1984.
- Lautmann, Rüdiger*: Justiz – die stille Gewalt: teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, 1. Auflage, Wiesbaden 2011.
- Lazarus, Richard J.*: Docket Capture at the High Court, 119 Yale L.J. Online 89–97 (2009).
- Leabeater, James/McCafferty, Lynne/O’Sullivan, Sean/Purchas, James*: Civil appeals – Principle and Procedure, 2. Auflage, London 2015.
- Lechner, Hans* (Begr.)/*Zuck, Rüdiger* (Fortgef.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG, 8. Auflage, München 2019.
- Lechner, Herbert*: Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufungsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers, NJW 2004, 3593–3599.
- Lederman, Leandra*: Precedent Lost: Why Encourage Settlement, and Why Permit Non-Party Involvement in Settlements, 75 Notre Dame L. Rev. 221–269 (1999).
- Leiman, Joan Maisel*: The Rule of Four, 57 Colum L. Rev. 975–992 (1957).
- Leipold, Dieter*: Urteilswirkung und Rechtsfortbildung, Ritsumeikan Law Review, Int. Ed. 1989, Nr. 4, 169–179.
- Leistner, Georg*: Über die Veröffentlichungspraxis oberster und höherer Gerichte in Westeuropa, Tübingen 1975.
- Lenaerts, Koen*: Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, 3–28.
- Lenel, Paul*: Badens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung unter Markgraf Karl Friedrich 1738–1803, Karlsruhe 1913.
- Leonhardt, Adolph*: Das Civilprocessverfahren des Königreichs Hannover. Ein Beitrag zur deutschen Civilprocessgesetzgebung, unter Benutzung der Acten des Königlich Hannoverschen Justizministeriums, Hannover 1861.
- ders.*: Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, Hannover 1865.
- ders.*: Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland. Zweiter Beitrag. Eine vergleichende Kritik der Grundprincipien des Entwurfs einer Civilprocessordnung für den preußischen Staat, Hannover 1865.
- Libchaber, Rémy*: La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage juridictionnel, RTD Civ. 2003, 157.
- Lindacher, Walter F.*: Konfliktregulierung durch Musterprozess, JA 1984, 404–407.
- Lindblom, Per Henrik*: The Role of the Supreme Courts in Scandinavia, 39 Scandinavian Studies in Law 325–366 (2000).
- ders.*: Progressive Procedure – Twelve Essays 1985–2015, Uppsala 2017.
- Lindemann, Klaus*: Der ‚Fleet-in-being-effekt‘ der Berufung, in: Bruchhausen (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag am 11. Oktober 1992, München 1992, S. 595–606.
- Linnenbaum, Bernhard*: Probleme der Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache, Bochum 1986.

- Liu, Goodwin*: How the California Supreme Court Actually Works, 61 UCLA L. Rev. 61, 1246–1269 (2014).
- Lobe, Adolf*: Die innere Organisation des Reichsgerichts, hinsichtlich der Rechtsprechung, in: ders. (Hrsg.), Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin/Leipzig 1929, S. 19–33.
- Lorenz, Stephan*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.3.2021 – V ZR 33/19 (OLG Düsseldorf), JZ 2021, 630–632.
- Lück, Heiner*: Appellationsprivilegien als Gestaltungsfaktoren der Gerichtsverfassung im Alten Reich in: Auer/Ortlieb (Hrsg.), Appellation und Revision im Europa des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit – Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 3. Jahrgang/Band 1, Wien 2013, S. 53–64.
- Lücke, Jörg*: Begründungszwang und Verfassung: zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente, Tübingen 1987.
- Ludolf, Georg Melchior von* (Hrsg.): Corpus Juris Cameralis, das ist, des Kayserlichen Cammer-Gerichts Gesetz-Buch, Frankfurt am Main 1724.
- Luhmann, Niklas*: Legitimation durch Verfahren, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2013.
- Luxembourg, Fanny*: La Cour de cassation, *juge du fond*, D. 2006, 2358.
- Madaus, Stefan*: Die Bindungswirkung zurückverweisender Revisionsurteile, ZZP 2013, 269–294.
- Maihold, Dieter*: Eröffnungsreferat aus zivilrechtlicher Sicht: Die Bedeutung der „Schumannschen Formel“ für die Praxis eines zivilrechtlichen Revisionssenats, in: Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, Baden-Baden et al. 2014, S. 93–107.
- Maisch, Andreas*: Migranten in Roben – Richterinnen und Richter mit Migrationshintergrund an deutschen Gerichten, Hildesheim et al. 2009.
- Mak, Elaine*: Why do Dutch and UK judges cite foreign law?, 70 Cam L.J. 420–450 (2011).
- Malolepszy Maciej/Gluchowski, Michal*: Die Ernennung von Richtern in England und Wales, in: Malolepszy (Hrsg.), Die Kriterien und das Verfahren der Richterwahl für die ordentliche Gerichtsbarkeit in Europa im Rechtsvergleich, Berlin 2019, S. 99–106.
- Mance, Jonathan*: Foreign and Comparative Law in the Courts (Teaching and Practicing Law in the 21<sup>st</sup> Century: A Symposium Honoring the Distinguished Career of Professor Hans Baade), 36 Texas International Law Journal 415–426 (2001).
- Mangoldt, Hermann von* (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Fortgef.): Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage 2018.
- Mannheim, Hermann*: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925.
- Marcus, Richard*: Appellate Review in the Reactive Model: the Example of the American Federal Courts, in: Uzelac/van Rhee (Hrsg.), Nobody’s perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters, Antwerpen et al. 2014, S. 105–126.
- ders.*: A Happy-Go-Lucky Story: The American Supreme Court and Overload Problems, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), Supreme Courts Under Pressure, Cham 2021, S. 183–210.
- Markesinis, Basil*: Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany, 59 Cam. L.J. 294–309 (2000).
- ders.*: Judicial Mentality: Mental Disposition or Outlook as a Factor Impeding Recourse to Foreign Law, 12 Common L. Rev. 47–65 (2012).
- ders./Fedtke, Jörg* (Hrsg.): Judicial Recourse to Foreign Law, London 2006.

- dies.*: The Judge as Comparatist, 80 Tulane Law Review 11–168 (2006).
- dies.*: Engaging with Foreign Law, Oxford 2009.
- Marlange, Ambroise*: Le pourvoi-nullité. Note de jurisprudence, justice et cassation, Rev. des avocats aux conseils, 2008, 237.
- Marshall, Peter D.*: A Comparative Analysis of the Right to Appeal, 22 Duke J. Comp. & Int'l L. 1–46 (2011).
- Martens, Sebastian A. E.*: Die Werte des Stare Decisis, JZ 2011, 348–356.
- Martin, Shaun P.*: Gaming the GVR, 36 Ariz. St. L.J. 551–598 (2004).
- Martin-Laprade, B.*: Le „filtrage“ des pourvois et les „avis“ contentieux, AJDA 1988, 85.
- Marty, Gabriel*: La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait, Paris 1929.
- Maultzsch, Felix*: Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010.
- ders.*: Einheitsvoten und Votenzahl als Begründungsformen für höchstgerichtliche Zivilentscheidungen, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), Odúvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, Prag 2011, S. 499–514.
- May, Artur*: Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (ZPO, ArbGG, VwGO, SGG, FGO): eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2. Auflage, Köln 1997.
- ders.*: Literaturfriedhöfe in Gerichtsentscheidungen, DRiZ 1989, 458–459.
- Meador, Daniel J.*: Appellate Courts in the United States, 2. Auflage, St. Paul 2006.
- ders./Bernstein, Jordana*: Appellate Courts in the United States, St. Paul 1994.
- Meier, Patrick*: Was ist eigentlich ... ein obiter dictum?, JuS 2020, 636–637.
- Meller-Hannich, Caroline*: Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess? Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag, Band 1, München 2018, A9–A110.
- Mencke, Klaus*: Die Visitationen am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert: zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Rechtsmittels der Revision, Köln/Wien 1984.
- Mes, Peter*: Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kommentar, 5. Auflage, München 2020.
- Mettenheim, Christoph von*: Kant, die Moral und die Reform der Revision, NJW 2004, 1511–1514.
- Meyer, Christian*: Die Sicherung der Einheitlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Divergenz- und Grundsatzvorlage: zur Anrufung der Großen Senate bei den obersten Gerichtshöfen des Bundes, Baden-Baden 1994.
- Meyer-Ladewig, Jens*: Grundsatzrevision oder Zugriffsrevision, DRiZ 1974, 121–123.
- ders.* (Begr.): Sozialgerichtsgesetz, 13. Auflage 2020.
- ders. et al.* (Hrsg.): Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2017.
- Meyer-Mickeleit, Martin*: Revision, Kassation und Final Appeal: eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verfahren vor den obersten Gerichtshöfen in Zivilsachen in Deutschland, Frankreich und England, München 1996.
- Mejke, Rolf*: Entscheidungsgründe – Pflicht zur Kürze, DRiZ 1990, 58–62.
- Mielke, Bettina*: Bewertung juristischer Informationssysteme: Evaluierung von juris im Vergleich zu einem statistischen Information Retrieval-System anhand zivilprozessualer Fragestellungen, Köln et al. 2000.
- Minkner, Martin*: Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien: demokratische versus technische Legitimation, Tübingen 2015.

- Minow, Martha*: The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States, in: Andenæs/Fairgrieve (Hrsg.), Courts and Comparative Law, Oxford 2015, S. 513–535.
- Mitee, Leesi Ebenezer*: The Right of Public Access to Legal Information: A Proposal for its Universal Recognition as a Human Right, 18 German Law Journal 1429–1496 (2017).
- Mittermaier, Carl Joseph Anton*: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess, 3. Beitrag, 2. Auflage, Bonn 1832.
- ders.*: Die neuesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung und die Grundrichtung derselben mit besonderer Hinsicht auf die neuesten Entwürfe der Prozeßordnung für Hannover und Schleswig-Holstein (Fortsetzung), AcP 1850, 119–148.
- Mobnbaupt, Heinz*: Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. Und 19. Jahrhundert in Deutschland – Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität, in: Battenberg/Ranieri (Hrsg.), Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa: Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, Weimar et al. 1994, S. 403–420.
- Möbrnig, Philipp*: Vorschläge zur Reform des Revisionsrechts, NJW 1962, 1–5.
- ders./Nirk, Rudolf*: Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975, München 1975, S. 305–324.
- Möller, Kristina*: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. Eine Untersuchung der Zuständigkeit und Organisation des Reichsgerichts sowie seiner Rechtsprechung im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Konkursverfahrens, Paderborn et al. 2001.
- Möllers, Thomas M. J./Pregler, Bernhard*: Zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, ZHR 2012, 144–183.
- Morgan de Rivery-Guillard, A.-M.*: La saisine pour avis de la Cour de cassation, JCP 1992 I 3576.
- Mössner, Jörg Manfred*: Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AÖR 1974, 193–242.
- Murray, Peter L.*: The Judicial Opinion in the American Legal Culture, in: Tichý/Holänder/Bruns (Hrsg.), Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, Prag 2011, S. 227–247.
- Mülbert, Peter O.*: Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 2014, 188–300.
- Müller, Eduard*: Der Begründungszwang in dem Rechtsmittel der Revision nach der neuen Zivilprozessnovelle, DJZ 1905, 719–725.
- Müller, Gerda*: Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1–13.
- Müller, Kai*: Die Hüter des Rechts: die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich 1879–1918, Baden-Baden 1997.
- Müller-Kinet, Hartmut*: Die höchste Gerichtsbarkeit im deutschen Staatenbund 1806–1866, Bern et al. 1975.
- Müller-Römer, Dietrich*: Zur Rechtsnatur der Richtlinien des Obersten Gerichts der DDR, 12 Recht in Ost und West 151–157 (1968).
- Münchbach, Werner*: Hypertrophie von Einzelfallgerechtigkeit versus Rechtssicherheit, in: Bruns et al. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Band 1: Deutsches Recht, Tübingen 2013, S. 389–404.
- ders.*: Der Kommentar, DRiZ 1983, 311–312.

- MünchKommBGB: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Säckler/Rixecker/Oetker/Limberg, 9. Auflage, München 2020 ff.
- MünchKommFamFG: Münchener Kommentar zum FamFG, hrsg. v. Rauscher, 3. Auflage, München 2018/2019.
- MünchKommStGB: Münchener Kommentar zum StGB, hrsg. v. Erb/Schäfer, Band 2 (§§ 38–79b StGB), 4. Auflage, München 2020.
- MünchKommVVG: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, hrsg. v. Langheid/Wandt, Band 2 (§§ 100–216 VVG), 2. Auflage, München 2017.
- MünchKommZPO: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Raucher/Krüger, 6. Auflage, München 2020 ff.
- Munding, Christoph-David*: Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Rechtssystem der Europäischen Union: Überlegungen zur Rechtsnatur und Quellenhermeneutik der unionalen Rechtsschutzgarantie sowie zur Wirksamkeit des Systems primären Individualrechtsschutzes gegen normative EG-Rechtsakt, Berlin 2010.
- Musielak, Hans-Joachim*: Der Zugang zur Revisionsinstanz im Zivilprozess, in: Schilken et al. (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, Köln 2004, S. 653–682.
- ders./Voit, Wolfgang* (Hrsg.): Zivilprozessordnung – ZPO, 19. Auflage 2022.
- Musson, Anthony/Ormrod, William Mark*: The Evolution of English Justice – Law, Politics and Society in the Fourteenth Century, London 1999.
- Müßig, Ulrike*: Höchstgerichte im frühzeitlichen Frankreich und England, in: Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), Höchstgerichte in Europa – Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, Köln et al. 2007, S. 19–50.
- Najam, Edward W.*: Caught in the Middle: The Role of State Intermediate Appellate Courts, 35 Ind. L. Rev. 329–333 (2002).
- Nash, Jonathan Remy*: Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law, 88 Cornell L. Rev. 1672–1749 (2003).
- Nassall, Wendt*: Irrwege. Wege. – Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH, NJW 2003, 1345–1350.
- ders.*: Die Rechtsanwaltschaft beim BGH aus rechtshistorischer Sicht, JZ 2009, 1086–1092.
- ders.*: Zehn Jahre ZPO-Reform vor dem BGH, NJW 2012, 113–119.
- ders.*: Justiz für wen? – Gedanken zum obersten Gerichtshof, NJW 2018, 3561–3567.
- ders.*: Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, München 2018.
- Neuberger, David*: Foreword, in: Wijffels/van Rhee (Hrsg.), European Supreme Courts: A Portrait through History, London 2013, S. 7.
- Neumayr, Matthias*: Die Judikaturdokumentation RIS-Justiz im österreichischen Rechtsinformationssystem, ZZP Int 2015, 73–102.
- Neuner, Jörg*: Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 2016, 435–441.
- Newman, M. L.*: Stendhal and the Code Civil, 43 The French Review 434–442 (1970).
- Nielson, Aaron*: The Death of the Supreme Court’s Certified Question Jurisdiction, 59 Cath. U. L. Rev. 483–492 (2010).
- Nierwethberg, Rüdiger*: Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, 237–241.
- Numann, Ernst*: Die rechtsfortbildende Funktion des Hoge Raad der Nederlanden, RabelsZ 2016, 313–326.
- O’Connor, Sandra Day*: Our Judicial Federalism, 35 Case W. Res. L. Rev. 1–12 (1984–1985).

- o. N.*: Allgemeine bürgerliche Proceß-Ordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850: mit den Abänderungen der das bürgerliche Proceßverfahren betreffenden Gesetze vom 31. März 1859, Stade 1860.
- Oberhammer, Paul*: Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 2014, 155–182.
- Obertribunalsräte* (Hrsg.): Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, Berlin 1837–1879.
- Odent, Bruno/Poulet, Laurent*: Avocat au Conseil d’État et à la Cour de cassation (actualization: Décembre 2019), Dalloz: Répertoire de procedure civile.
- Oestmann, Peter*: Aktenversendung, in: Cordes et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 2. Auflage, Berlin 2008, Sp. 128–132.
- Ohlenroth, Juliane*, Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung für die Fortentwicklung der Strafrechtsdogmatik, Tübingen 2020.
- Oldfather, Chad M.*: Defining Judicial Inactivism: Models of Adjudication and the Duty to Decide, 94 Geo. L. J. 121–182 (2005).
- Olzen, Dirk*: Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen, JZ 1985, 155–163.
- Ostler, Fritz*: Wiederauferstehung des toten Reichsgerichts?, NJW 1995, 23–26.
- Owens, Ryan A./Simon, David A.*: Explaining the Supreme Court’s Shrinking Docket, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1219–1285 (2012).
- Øyrehagen Sunde, Jørn*: From Courts of Appeal to Courts of Precedent – Access to the Highest Courts in the Nordic Countries, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West: Adjudication at the Service of Public Goals, Cham 2017, S. 53–76.
- Paal, Boris/Pauly, Daniel* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München 2021.
- Paraquin, Ernst Julius*: Die französische Gesetzgebung, I. Rechtsgeschichtliche Einleitung und Gerichtsorganisation, München 1861.
- Partington, Martin*: Introduction to the English Legal System, 2016–2017, Oxford 2015.
- Paschke, Anne*: Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung – Macht automatisierte Rechtsdurchsetzung die Dritte Gewalt entbehrlich?, MMR 2019, 563–567.
- Paulus, Gotthard*: Die Beschränkungen der Revisionszulässigkeit, ZZP 1958, 188–222.
- Pawłowski, Hans-Martin*: Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 1967, 345–391.
- ders.*: Zur Funktion der Prozesskosten, JZ 1975, 197–202.
- Payandeh, Mehrdad*: Judikative Rechtserzeugung: Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, Tübingen 2017.
- Pearson, Martha Dragich*: Citation of Unpublished Opinions as Precedent, 55 Hastings L. J. 1235–1308 (2004).
- Perdriau, André*: Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile, JCP 1991 I 3538.
- ders.*: La chambre mixte et l’assemblée plénière de la Cour de cassation, JCP 1994 I 3798.
- ders.*: Le pragmatisme de la Cour de cassation (les principaux cas où elle ne statue pas uniquement en droit), JCP 2001 I 364.
- Perry, Hersel Watson*: Deciding to decide – Agenda Setting in the United States Supreme Court, Harvard 1991.
- Pfeiffer, Gerd*: Der BGH – nur ein Gericht für das Grundsätzliche?, NJW 1999, 2617–2622.

- Piekenbrock, Andreas*: Vorlagen an den EuGH nach Art. 267 AEUV im Privatrecht, EuR 2011, 317–357.
- ders./Schulze, Götz*: Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002, 911–922.
- Pigeau, Eustache-Nicolas*: Introduction à la Procédure Civile, Paris 1784.
- Piontek, Sascha*: „Schadenmanagement“ durch Rechtsprechungsvermeidung?, r+s 2016, 335–339.
- Pissler, Knut Benjamin*: Höchstrichterliche Interpretationen als Mittel der Rechtsfortbildung in der Volksrepublik China, RabelsZ 2016, 372–398.
- Planck, Gottlieb*: Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des 3. Deutschen Juristentages, Tübingen 1863, S. 449–461.
- Planck, Julius Wilhelm*: Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Zweiter Band – Besonderer Teil, Nördlingen 1896.
- Plank, Thomas E.*: The Erie Doctrine and Bankruptcy, 79 Notre Dame L. Rev. 633–692 (2004).
- Platto, Charles* (Hrsg.): Civil appeal procedures worldwide, London/Boston 1992.
- Plucknett, Theodore Frank Thomas*: A Concise History of the Common Law, 5. Auflage, London 1956.
- Podszun, Rupprecht/Rohne, Tristan*: Die Zukunft der Kammern für Handelssachen, NJW 2019, 131–136.
- Pohl, Heike*: Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, Berlin 2005.
- Polgar, Katalin*: Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1879) und seine Richterpersönlichkeiten, Frankfurt am Main et al. 2007.
- Popitz, Johannes*: Betrachtungen über Errichtung und Einrichtung des Bundesfinanzhofs, StuW 1928, 971–986.
- Posner, Richard A.*: The Federal Courts: crisis and reform, Harvard 1985.
- ders.*: Is the Ninth Circuit too Large? A Statistical Study of Judicial Quality, 29 The Journal of Legal Studies 711–719 (2000).
- Präve, Peter*: Einführung eines versicherungsaufsichtsbehördlichen Klagerechts in das AGB-Gesetz?, NJW 1993, 970–974.
- Press, Volker*: Das Reichskammergericht in der deutschen Geschichte, 2. Auflage, Wetzlar 1988.
- Provine, Doris Marie*: Case selection in the United States Supreme Court, Chicago/London 1980.
- Prütting, Hanns*: Die Zulassung der Revision, Köln et al. 1977.
- ders.*: Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung – Überlegungen zur Zulässigkeit und zu den Grenzen der Rechtsfortbildung mit einem Vorschlag an den Gesetzgeber, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln et al. 1988, S. 305–324.
- ders.*: Grundsatzfragen des deutschen Rechtsmittelrechts, in: Heldrich (Hrsg.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Berlin/Boston 1996, S. 457–476.
- ders.*: Verfahrensgerechtigkeit – ein Diskurs über materiale und prozedurale Gerechtigkeit, in: Dörr et al. (Hrsg.), Die Macht des Geistes: Festschrift für Hartmut Schiedermaier, Heidelberg 2001, S. 445–458.
- ders.*: Entwicklungstendenzen im deutschen Rechtsmittelrecht, in: Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hrsg.), Festschrift für Halûk Konuralp, Band 1, Ankara 2009, S. 851–868.

- ders.*: Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, *AnwBl.* 2013, 401–405.
- ders./Krämer, Gerrit*: Die Rechtsanwaltschaft beim BGH im Lichte des Verfassungsrechts, *JZ* 2003, 239–244.
- ders./Gehrlein, Markus* (Hrsg.): *Zivilprozessordnung – Kommentar*, 15. Auflage, Köln 2023.
- Rabel, Ernst*: Deutsches und amerikanisches Recht, *RabelsZ* 1951, 340–359.
- Rachlinski, Jeffrey*: Bottom-up versus Top-down Lawmaking, 77 *U. Chi. L. Rev.* 933–964 (2006).
- Rädler, Peter*: Vorsicht: Subsidiarität! Erhöhte Vortragslast für den Prozessbevollmächtigten in zweiter Instanz, *NJW* 2020, 1726–1728.
- Raeschke-Kessler, Hilmar*: Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess von 2001 – ein Fortschritt?, *AnwBl.* 2004, 321–328.
- ders.*: Schiedsverfahren gegen ordentliche Gerichtsbarkeit: Wie die Ziviljustiz stärken?, *AnwBl.* 2015, 822–826.
- Rapp, Julian*: Die *saisine pour avis* zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess?, *JZ* 2020, 294–302.
- ders.*: Die Einführung von Senaten für Handelssachen – ein Beitrag zur Stärkung des Justizstandorts Deutschland, *GVRZ* 2020, 2, Rn. 1–45.
- ders.*: Verjährungsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf, *NJW* 2021, 969–974.
- ders.*: Die Veröffentlichung höchst- und obergerichtlicher Entscheidungen in Europa und den USA, *ZZP Int* 2021, 281–303.
- Rau, Ulrike*: Das Reichsgericht als Reichsarbeitsgericht, in: Kern/Schmidt-Recla (Hrsg.), *125 Jahre Reichsgericht*, Berlin 2006, S. 233–247.
- Rauter, -*: Formen- und Nullitäten-System des französischen Civil-Prozesses, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* 1830, S. 245–261.
- Rawls, John*: *Eine Theorie der Gerechtigkeit* [übersetzt von H. Vetter], 18. Auflage, Frankfurt am Main 2012.
- Rehbein, Hugo* (Hrsg.): *Die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals*, Berlin 1884–1895.
- Rehfeldt, Bernhard*: Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Vorbereitung in der Praxis des schwedischen Zivilprozesses, *ZZP* 1969, 173–200.
- Rehnquist, William H.*: A Plea for Helo: Solutions to Serious Problems Currently Experienced by the Federal Judicial System, 28 *Saint Louis University Law Journal* 1–10 (1984).
- ders.*: *The Supreme Court: how it was, how it is*, New York 1987.
- Reichelt, Muna*: Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofes – eine empirisch-deskriptive Analyse, Berlin 2011.
- Reimann, Matthias*: Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop its Own Agenda, 46 *Amer. J. Comp. L.* 637–646 (1998).
- Reinbart, Gert*: Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiete des Privatrechts, in: *Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*; Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (herausgegeben von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg), Heidelberg 1986, S. 599–618.
- Renaud, Achilles*: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civiproceßrechts*, Leipzig 1867.

- ders.*: Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen – Der ordentliche Proceß, 2. Auflage, Leipzig/Heidelberg 1873.
- Renk, Heidemarie*: „So schnell und so billig wie möglich Recht finden“ – Überlegungen des Dr Franz Adickes zu einer Strukturreform der Justiz, DRiZ 1995, 120–121.
- Reuschle, Fabian*: Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung – Zu den Defiziten im deutschen Prozessrecht, der Übertragbarkeit ausländischer Lösungen und den Grundzügen eines kollektiven Musterverfahrens, WM 2004, 966–976.
- Reuß, Philipp M.*: Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, 1135–1141.
- Reynal, Jean*: Histoire des institutions judiciaires, Paris 1964.
- Rbonheimer, Martin*: „Autoritas Non Veritas Facit Legem“: Thomas Hobbes, Carl Schmitt und die Idee des Verfassungsstaates, 86 ARSP 484–498 (2000).
- Riedel, Johannes*: Veröffentlichte Hinweisbeschlüsse, NJW-editorial 13/2019.
- Riehm, Thomas/Thomas, Quirin*: Deutschlands „Commercial Courts“ auf dem Prüfstand. Ein Denkanstoß zur aktuellen Reform, NJW 2022, 1725–1731.
- Rieß, Günther*: Revision und Kassation am Beispiel des OHG und der Cour de Cassation, Innsbruck 1982.
- Rigaux, Francois*: La nature du contrôle de la Cour de cassation, Brüssel 1966.
- Rimmelspacher, Bruno*: Zur Systematik der Revisionsgründe im Zivilprozeß, ZZP 1971, 41–73.
- ders.*: Zugangsvoraussetzungen zum Rechtsmittelgericht, in: Gottwald et al. (Hrsg.), Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002, S. 327–354.
- ders.*: Zum Revisionsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, JZ 2003, 797–799.
- ders.*: Von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrensmängel im Zivilprozess, in: Nakamura (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, Band 2, Athen 2003, S. 1333–1352.
- ders.*: Bessere Kontrolle zivilprozessualer Berufungsentscheidungen – Nicht Abschaffung, sondern Anfechtbarkeit der beschlussmäßigen Zurückweisung!, ZRP 2010, 217–219.
- Rinkler, Axel*: Revisionsrücknahme ohne gegnerische Zustimmung – Fragwürdige Neuregelung, NJW 2002, 2449–2450.
- Ritz, Wilfried J.*: Rewriting the History of the Judiciary Act of 1789: Exposing Myths, Challenging Premises, and Using New Evidence, Norman/Oklahoma 1990.
- Robertson, Cassandra Burke*: The Right to Appeal, 91 N. C. L. Rev. 1219–1282 (2013).
- Rocholl, C.*: Die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen, ZZP 1887, 285–349.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos*: Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union, NJW 2000, 1889–1896.
- Roellecke, Gerd*: Über die richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: *ders.* (Hrsg.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, Darmstadt 1982, S. 1–23.
- ders.*: Höchstrichterliche Rechtsprechung politisch betrachtet, DRiZ 1983, 258–263.
- Roesener, August*: Die Gesamtentscheidungen nach § 137 des Gerichtsverfassungs-Gesetzes: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, Leipzig 1912.

- Röbriht, Volker*: Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz, in: Geiß (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln et al. 2000, S. 83–122.
- Rösler, Hannes*: Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union, Tübingen 2012.
- ders.*: Präjudizienwirkung im deutschen Zivilprozessrecht, ZZZ 2013, 295–333.
- Roth, Günter*: Das Problem der Rechtsprognose, in: Habscheid (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1976, S. 827–840.
- Roth, Herbert*: Zivilprozessuale Rechtsbehelfe und effektiver Rechtsschutz, JZ 1996, 805–812.
- ders.*: Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess – Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 2005, 174–178.
- ders.*: Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006, 9–18.
- ders.*: Wege zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, in: 4. Zivilprozessrechts-Symposium. Deregulierung des Anwaltsmarktes – Gerichtsinterne Mediation – Einheitliche Rechtsprechung. Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Band 16, München 2008, S. 79–94.
- ders.*: Die Zukunft der Ziviljustiz, ZZZ 2016, 3–26.
- ders.*: Gewissheitsverluste in der Lehre vom Prozesszweck?, ZfPW 2017, 129–153.
- ders.*: Prozessmaximen, Prozessgrundrechte und die Konstitutionalisierung des Zivilprozessrechts, ZZZ 2018, 3–24.
- Rotunda, Ronald D.*: The Public Interest Appellant: Limitations on the Right of Competent Parties to Settle Litigation Out of Court, 66 Nw. U. L. Rev. 199–225 (1971).
- Royer, Jean-Pierre et al.*: Histoire de la justice en France, 5. Auflage, Paris 2016.
- Rüfner, Wolfgang*: Verhinderung von Grundsatzentscheidungen und Nichtanwendung von Urteilen durch betroffene Verwaltungen und Verbände, DRiZ 1992, 457–463.
- Runavot, Marie-Clotilde*: La fonction consultative des juridictions internationales, Paris 2010.
- Rüping, Hinrich*: Das „kleine Reichsgericht“. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit, NStZ 2000, 355–359.
- Sainte-Rose, Jerry-Louis; Domingo, Marc*: L'avocat général à la Cour de cassation va-t-il enfin sortir du purgatoire „conventionnel“ qui lui a été imposé?, JCP G 2014, 1193.
- Saluden Lamblin, Marianne*: Le phénomène de la jurisprudence, Paris 1983.
- Sauer, Wilhelm*: Grundlagen des Prozessrechts, Stuttgart 1919.
- Savigny, Friedrich Carl von*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.
- ders.*: System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840; Band 6, Berlin 1847.
- Scalia, Antonin*: A matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton 1997.
- Schafft, Thomas*: Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, Tübingen 2005.
- Schauer, Frederick*: Do Cases Make Bad Law?, 73 U. Chi. L. Rev. 883–918 (2006).
- Scheuch, Silke/Lindner, Richard*: Zur Auslegung der Zulassungstatbestände des § 543 II ZPO, NJW 2003, 728–730.

- Schildt, Bernd*: Das Reichskammergericht als oberste Rechtsmittelinstanz im Reich, in: Auer/Ortlieb (Hrsg.), Appellation und Revision im Europa des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit – Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 3. Jahrgang/Band 1, Wien 2013, S. 67–78.
- Schiltz, Patrick J.*: Much Ado about Little: Explaining the Sturm und Drang over the Citation of Unpublished Opinions, 62 Wash. & Lee L. Rev., 1429–1493 (2005).
- Schimansky, Herbert*: Die Zulassung als Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, in: Böttcher (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, Berlin et al. 1996, S. 1083–1101.
- Schlosser, Hans*: Europäische Rechtsgeschichte, 4. Auflage, München 2021.
- Schlosser, Peter*: Voraussetzungen der Zulassung einer Revision, JZ 2003, 266–268.
- Schlüter, Wilfried*: Das Obiter Dictum: die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, München 1973.
- Schmahl, Stefanie*: Piloturteile des EGMR als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, EuGRZ 2008, 369–380.
- Schmid, Ronald*: Irrungen und Wirrungen bei der Anwendung der Fluggastrechte-Verordnung, VuR 2012, 461–462.
- Schmidt, Johannes/Saam, Daniel*: Videokonferenzen im Zivilprozess, DRiZ 2020, 216–219.
- Schmidt, Karsten*: Vorlageverfahren nach Art. 177 EGV und Zivilprozessordnung – Aussetzung und Vorlage als gegensätzliche Methoden der externen Vorfragenentscheidung, in: Prütting/Rüssmann (Hrsg.), Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 721–740.
- Schmidt, Richard*: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1898.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert* (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG, 61. Auflage, München 2021.
- Schmidt-Räntsch, Johanna*: Deutsches Richtergesetz, 6. Auflage, München 2009.
- Schmieder, Sandra*: Formulärmäßig erhobene Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen – Zugleich Besprechung des Urteils des OLG Dresden vom 29.9.2011, WM 2011, 2320, WM 2012, 2358–2364.
- Schneider, Herbert*: Die Anwaltschaft beim Reichsgericht und beim Bundesgerichtshof, in: Glanzmann et al. (Hrsg.), Ehrengabe für Bruno Heusinger: Gewidmet von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, der Bundesanwaltschaft und der Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, München 1968, S. 101–118.
- ders.*: Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof – Einfluss und Aufgaben der Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 325–340.
- Schneider, Egon*: ZPO-Reform 2002 – Ein kritisches Resümee, MDR 2003, 901–906.
- ders.*: Zulassung der Revision – zur ZPO-Reform, 1. Akt, AnwBl. 2003, 546–547.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 43. EL, München 2023.
- Scholz, Rupert*: Die Verwaltungsprozessordnung im Gesetzgebungsverfahren – Die Einheit des Verwaltungsprozessrechts aus der Sicht des Bundesrats, DVBl. 1982, 605–613.
- Schönberger, Christoph*: Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71, 296–335 (2012).

- Schoppe, Günter*: Revision und Kassation unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kassationshofs, Univ. Diss. Halle-Wittenberg 1935.
- Schreiber, Otto* (Hrsg.): Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), 6 Bände, Berlin/Leipzig 1929.
- Schröder, Meinhard*: Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, Tübingen 2010.
- Schübel, Eva*: Chancengleichheit beim Zugang zu den obersten Bundesgerichten?, NJW 2014, 1355–1358.
- Schubert, Glendon R.*: The Judicial Mind: Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946–1963, Evanston 1965.
- Schubert, Werner*: Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877): Entstehung und Quellen, Frankfurt am Main 1981.
- ders.*: Die Revision in Zivilsachen – Ein „ganz eigenartiges Produkt“ (Adolf Wach). Zur Reform des drittinstanzlichen Rechtsmittels durch die Zivilprozessnovellen von 1905 und 1910, ZRG (GA) 2007, 167–222.
- ders.*: Das Reichsgericht in der Weimarer Zeit, in: Fischer et al. (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Pannier zum 65. Geburtstag, Köln 2010, S. 181–192.
- ders./Glöckner, Hans Peter*: Vom Reichsgericht zum Bundesgerichtshof, NJW 2000, 2971–2976.
- Schuler, Hans*: Tatfragen und Rechtsfragen im zivilen Revisionsverfahren, NJW 1961, 4–7.
- Schulte, Martin*: Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag: dargestellt am Beispiel des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Berlin 1986.
- Schultz, Michael*: Revisionsverfahren – Verfahrensgrundrechte und Wiederholungsgefahr, MDR 2003, 1392–1400.
- Schultzenstein, Max*: Ueber die Einheit der Rechtsprechung, Zu § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes, ZZZ 1893, 88–137.
- Schulz, Karl*: Ein Vorschlag zur Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision, in: Festschrift für Adolf Wach, Band 1, Leipzig 1913, S. 383–404.
- Schumann, Ekkehard*: Recht auf Rechtsmittel, in: Gilles (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess, Köln 1985, S. 267–283.
- Schumann, Julius*: Reflexionen zur Präjudizientradition am österreichischen Obersten Gerichtshof, ZZZ Int 2022 i. E.
- Schuschke, Winfried*: Die Kabelanschlusskosten-Entscheidung des BGH oder: Obiter dicta – die (verbotenen) Überraschungseier der Rechtsprechung, Besprechung von BGH, Beschl. vom 27.9.2007 – V ZB 83/07, NZM 2007, 887, NZM 2007, 870–871.
- Schütt, E.*: Entscheidungsbesprechung zu BGH, Beschl. 01.10.2002 – XI ZR 71/02, MDR 2003, 107–108.
- Schwarz, Gabriella*: Reflexionen über eine gute Leitsatzformulierungspraxis – Überprüfung und Weiterentwicklung von fünf Thesen anhand der gesellschaftsrechtlichen Leitsatzentscheidungen des BGH von 2022, ZfPW 2023, 343–362.
- Schwarz, Kyrill-Alexander*: Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen, Baden-Baden 2002.
- Schwarze, Roland*: Außerordentliche Anfechtbarkeit zivilgerichtlicher Entscheidungen wegen offensichtlicher Gesetzwidrigkeit, ZZZ 2002, 25–50.

- Schwinge, Erich*: Grundlagen des Revisionsrechts, 1. Auflage, Bonn 1935; 2. Auflage Bonn 1960.
- Seiffert, Karl-Heinz*: Die Rechtsprechung des BGH zum Versicherungsrecht – Neuere Entscheidungen des IV. Zivilsenats des BGH zur Lebensversicherung und Anmerkungen zu ‚Nichtentscheidungen‘, r+s 2010, 177–186.
- Seiler, Christian*: Auslegung als Normkonkretisierung, Heidelberg 2000.
- Seiler, Frank*: Die Erfolgsaussicht der Revision als Zulassungskriterium, NJW 2005, 1689–1691.
- Sellert, Wolfgang*: Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, Aalen 1973.
- Selya, Bruce M.*: Certified Madness: Ask a Silly Question, 29 Suffolk U. L. Rev. 677–692 (1995).
- Sendler, Horst*: Guter Rechtsschutz und Verfahrensbeschleunigung – Zum Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung, DVBl. 1982, 812–821.
- ders.*: Kant und die Reform der zivilprozessualen Revision, NJW 2004, 2068–2070.
- Seynsche, Gudrun*: Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin (1819–1852). Ein rheinisches Gericht auf fremdem Boden, Berlin 2003.
- Shapiro, Martin M.*: Courts – A comparative and political analysis, Chicago 1981.
- Shapiro, Stephen M.* (Begr.)/*Geller, Kenneth/Bishop, Timothy S./Harnett, Edward A./Himmelfarb, Dan*: Supreme Court practice: for practice in the Supreme Court of the United States, 11. Auflage, Arlington/Virginia 2019.
- Shavell, Steven*: The Appeals Process as a Means of Error Correction, 24 J. of Legal Stud. 379–426 (1995).
- ders.*: The Appeals Process and Adjudicator Incentives, 35 J. Legal Stud. 1–29 (2006).
- ders.*: On the Design of the Appeals Process: The Optimal Use of Discretionary Review versus Direct Appeal, 39 J. Legal Stud. 63–108 (2010).
- Shepard, Randall*: Is Making State Constitutional Law through Certified Questions a Good Idea or a Bad Idea, 38 Val. U. L. Rev. 327–352 (2004).
- Siegmann, Matthias*: Die Gewährleistung der grundrechtsgleichen Verfahrensrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGH – Grundlagen, Entscheidungspraxis, gegenläufige Tendenzen, JZ 2017, 598–606.
- Siems, Mathias*: Citation Patterns of the German Federal Supreme Court and of the Court of Appeal of England and Wales, 21 King's L. J. 152–171 (2010).
- Silberschlag, C.*: Ueber die Rechtsmittel im ordentlichen Prozesse; Appellation, Oberappellation (Revision) und Nichtigkeitsbeschwerde, AcP 1868, 119–127.
- Silberschmidt, Wilhelm*: Die deutsche Rechtseinheit, Beiheft Nr. 8 für die Mitglieder der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie samt den Gesetzgebungsfragen, Berlin et al. 1911.
- Siltala, Haimo*: A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law, Oxford 2000.
- Silvestri, Elisabetta*: The Italian Supreme Court of Cassation: Of Misnomers and Unaccomplished Missions in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West: Adjudication at the Service of Public Goals, Cham 2017, S. 229–245.
- Sime, S.*: Appeals after the Civil Courts Structure Review, 36 C. J. Q. 51–69 (2017).
- Simons, Walter*: Das Reichsgericht, in: Magnus (Hrsg.), Die höchsten Gerichte der Welt, Leipzig 1929, S. 3–28.
- Slaughter, Anne Marie*: A Typology of Transjudicial Communications, 29 U. Richmond L. Rev., 99–137 (1994).

- dies.*: Judicial Globalization, 40 Virginia J. of Int'l L. 1103–1124 (2000).
- dies.*: A Global Community of Courts, 44 Harv. Int'l L. J. 191–219 (2003).
- Skedl, Arthur*: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Eine civilprozessualistische Abhandlung, Leipzig 1886.
- Smend, Rudolf*: Das Reichskammergericht: Geschichte und Verfassung, 1911 [Neudruck Aalen 1965].
- Smid, Stefan*: Rechtsprechung – Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozess, Köln et al. 1990.
- Sommer, Jean-Michel*: L'excès de pouvoir du juge dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1999–2010 – Étude empirique, in: Cadiet/Loriferne (Hrsg.), La réforme de la procédure d'appel, Paris 2011, S. 108.
- Sommer, Udi*: Supreme Court Agenda Setting – Strategic Behavior during case selection, New York 2014.
- Songer, Donald R./Segal, Jeffrey A./Cameron, Charles M.*: The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions, 38 Am. J. Pol. Science 673–696 (1994).
- Sonnenschmidt, Friedrich Hermann*: Geschichte des königlichen Ober-Tribunals zu Berlin, Berlin 1879.
- ders.*: Ueber das Rechtsmittel der Revision nach der Civilprozessordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877, ZZP 1880, 421–469.
- Sorabij, John*: The Supreme Court of the United Kingdom and the Court of Appeal in England and Wales: Sharing the Appellate Load, in: Bravo-Hurtado/van Rhee (Hrsg.), Supreme Courts Under Pressure, Cham 2021, S. 155–182.
- Stackmann, Nikolaus*: Fünf Jahre reformiertes Rechtsmittelverfahren im Zivilprozess, NJW 2007, 9–14.
- Stadler, Astrid*: Revision und öffentliches Interesse, in: Festschrift für Professor Nikolaos K. Klamaris, Athen/Thessaloniki 2016, S. 753–768.
- Stahl, – (Landgerichtsrat)*: Zur Lehre von der Revision, AcP 1884, 94–153.
- Staudinger, Ansgar*: Insolvenzabsicherung bei Pauschalreisen, RRA 2012, 106–109.
- ders./Ruks, Rudi*: Hinweise aus Karlsruhe zu § 439 BGB im ‚Dieselskandal‘, NJW 2019, 1179–1182.
- Steele, David*: The Judicial House of Lords: Abolition and Restoration 1873–6, in: Blom-Cooper/Dickson/Drewry (Hrsg.), The Judicial House of Lords 1876–2009, Oxford 2009, S. 13–29.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.)*: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1–11, 23. Auflage, Tübingen 2014–2022.
- Stein, Friedrich/Juncker, Josef*: Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928.
- Stephanopoulos, Nicholas*: The Case for the Legislative Override, 10 UCLA J. of Int. L. and For. Affairs 250–295 (2005).
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2: 2. Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.
- Stevens, John Paul*: The life span of a judge-made rule, 58 N. Y. U. L. Rev. 1–21 (1983).
- Stras, David R.*: The Supreme Court's gatekeepers: the role of law clerks in the certiorari process, 85 Texas Law Rev. 947–997 (2007).
- Strauss, Peter L.*: One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action, 87 Colum. L. Rev. 1093–1136 (1987).

- Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2018.
- Stüer, Bernhard/Hermanns, Caspar David: Der verfassungsrechtliche Rahmen einer Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten, DÖV 2001, 505–511.
- Stürner, Michael: „... What so exhausts finances, patience, courage, hope ...“ – Zur Reform des englischen Zivilprozeßrechts, ZVglRWiss 2000, 310–337.
- ders.: Die Anfechtung von Zivilurteilen: eine funktionale Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht, München 2002.
- ders./Krauß, Franziska: Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren. Eine rechts-tatsächliche Untersuchung, Baden-Baden 2018,
- Stürner, Rolf: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976.
- ders.: Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: Grunsky (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 647–666.
- ders.: Prozesszweck und Verfassung, in: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln et al. 1990, S. 545–552.
- ders.: Podiumsdiskussion, in: Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Rechtsstaat – Rechtsmittelstaat? Bericht über das Symposium am 19. und 20. November 1998 in Triberg, Stuttgart 1999, S. 122–182.
- ders.: Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft. Das Bundesverfassungsgericht zwischen Liberalität und Zensur, JZ 2001, 699–702.
- ders.: Parteiheerrschaft versus Richtermacht – Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, ZZP 2010, 147–161.
- ders.: Verfahrenszweck und Entscheidungsbegründung, in: Tichý/Holländer/Bruns (Hrsg.), Odůvodnění Soudního Rozhodnutí – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidungen, Prag 2011, S. 384–398.
- ders.: Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), Recht ohne Grenzen. Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 991–1004.
- ders. (Hrsg.): Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO, 18. Auflage 2021.
- ders.: The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure – An Introduction to Their Basic Conceptions, RabelsZ 2022, 421–472.
- Sutter-Somm, Thomas: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017.
- ders./Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016.
- Syrbe, Christoph: Die zivilgerichtliche Aufarbeitung des VW-Diesel-Abgasskandals – ein Zwischenstand, NZV 2021, 225–230.
- Tarbé, Adolphe Pierre: Lois et règlements à l’usage de la Cour de cassation, Paris 1840.
- Théry, Philippe: Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile. Observations sur le rapport Nallet, JCP G 2019, 1285.
- Thiere, Karl: Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, Bielefeld 1980.
- Thomale, Chris: Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsgerichtsverbund, EuR 2016, 510–529.
- Thomas, Johann Gerhard Christian: Der Oberhof zu Frankfurt und das fränkische Recht in Bezug auf denselben, Frankfurt am Main 1841.

- Thönissen, Stefan*: Die juristische Aufarbeitung des VW-Dieselskandals in Deutschland und den USA – Gab es ein zivilprozessuales Rechtsschutzdefizit?, ZZZ 2020, 69–102.
- Tiedtke, Klaus*: Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen der obersten Bundesgerichte: ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung, dargestellt an Beispielen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs, Berlin et al. 1976.
- ders.*: Die Bindungswirkung revisionsgerichtlicher Entscheidungen, JZ 1978, 626–632.
- ders.*: Selbstbindung der Revisionsgerichte, JZ 1995, 275–280.
- Tolksdorf, Klaus*: Die Zulassungsrevision in Zivilsachen – Irrweg oder Erfolgsmodell, in: Hadding (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Schlick zum 65. Geburtstag, Köln 2015, S. 337–348.
- Tolozan, Jean-François de*: Réglement du Conseil, précédé de l'explication des différens articles compris dans chacun des chapitres, avec les formules des procédures qu'on y suit, & celles des arrêts ou jugemens qui s'y rendent, Paris 1786.
- Toobin, Jeffrey*: The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court, New York 2007.
- Traut, Ludger*: Der Zugang zur Revision in Zivilsachen, Köln et al. 2006.
- Tröger, Tobias/Kelm, Thomas*: Kündigung von (Bau-)Sparverträgen im Niedrigzinsumfeld, NJW 2016, 2839–2844.
- Tschentscher, Axel*: Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- Tunc, André/Touffait, A.*: Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation, RTD civ. 1974, 489.
- Turner, Ralph V.*: The English Judiciary in the Age of Glanville and Bracton, c. 1176–1239, Cambridge 1985.
- Tushnet, Mark*: Comparative Constitutional Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.): The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 1193–1221.
- Twining, William L.*: Goodbye to Lewis Elliot, The Academic Lawyer as Scholar: 15 J. Soc. P. T. L. 2–19 (1980).
- Tyler, Amanda L.*: Setting the Supreme Court's Agenda: Is There a Place for Certification?, 78 Geo. Wash. L. Rev. 1310–1328 (2010).
- Ullmann, Eike*: Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechtsbeschwerde in Zivilsachen vor dem Bundesgerichtshof, WRP 2002, 593–603.
- Ulmer, Peter*: Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht 1975–1999, ZGR 1999, 751–780.
- Unberath, Hannes*: Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis, ZZZ 2007, 323–345.
- ders./Stadler, Astrid*: Comparative Law in the German Courts, in: Andenæs/Fairgrieve (Hrsg.), Courts and Comparative Law, Oxford 2015, S. 581–594.
- Uzelac, Alan/van Rhee, Cornelis Henrik* (Hrsg.): Nobody's perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters, Antwerpen et al. 2014.
- van Rhee, Cornelis Henrik* (Hrsg.): European Traditions in Civil Procedure, Antwerpen 2005.
- ders./Fu, Yulin* (Hrsg.): Supreme Courts in Transition in China and the West, Cham 2017.
- Verkerk, R. R./van Rhee, Cornelis Henrik*: The Supreme Cassation Court of the Netherlands, in: van Rhee/Fu (Hrsg.), Supreme Courts in Transition in China and the West: Adjudication at the Service of Public Goals, Cham 2017, S. 77–96.

- Vierhaus, F.*: Ueber die Bedeutung des Urtheils des Revisionsgerichts für die weitere Entscheidung der Sache im Falle der Zurückweisung derselben an das Berufungsgericht, ZZZ 1883, 217–252.
- Vigneau, Vincent*: Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation, D. 2010, 102.
- Vinson, Fred M.*: Address to the American Bar Ass'n. (Sept. 7, 1949), 69 S.Ct. v.
- Viotto, Regina*: Das öffentliche Interesse: Transformationen eines umstrittenen Rechtsbegriffs, Baden-Baden 2009.
- Vogel, Hans-Joachim*: Die Revision in Zivilsachen, NJW 1975, 1298–1303.
- Vogel, Stefan*: Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band I, Tübingen 2001.
- Völker, Dietmar/Ardizzoni, Marco*: Rechtsprechungsbrechende Nichtanwendungsgesetze im Steuerrecht – neue bedenkliche Gesetzgebungspraxis, NJW 2004, 2413–2420.
- Vollkommer, Gregor*: Musterprozess statt „Musterfeststellungsklage“ – Ein Plädoyer für eine gesetzliche Musterklage, MDR 2018, 497–501.
- Vorwerk, Volker*: Die Nichtzulassungsbeschwerde im Licht des Gemeinschaftsrechts, in: Kniffka et al. (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 645–660.
- ders.*: Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess, NJW 2017, 2326–2330.
- Voß, Wiebke*: Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechtseinschätzungen der Gerichte – praeter legem oder contra legem?, JZ 2020, 286–293.
- Voßkuhle, Andreas*: Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.
- ders.*: Bruch mit einem Dogma – Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, 2193–2200.
- ders.*: Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1–8.
- Voulet, Jacques*: L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile, JCP 1973 I 2544.
- Vultejus, Ulrich*: Nachdenken über neue Justizstrukturen, Anfragen eines Juristen an die Rechtssoziologie, in: Brand et al. (Hrsg.), Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 589–611.
- Wach, Adolf*: Der Entwurf einer deutschen Civilprozeß-Ordnung (Schluss), Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1873, 88–106.
- ders.*: Die That- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß, JW 1881, 73–81.
- ders.*: Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung 9, Teil 2, Band 1, Leipzig 1885.
- ders.*: Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung: Gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879, 2. Auflage, Bonn 1896.
- ders.*: Die Zuständigkeit des Reichsgerichts, DJZ 1898, 5–7.
- ders.*: Die Erhöhung der Revisionssumme, DJZ 1904, 1145–1154.
- Waclawik, Erich*: Aufruhr im Auenland: Was wird aus der Nichtzulassungsbeschwerde?, NJW 2016, 1639–1644.
- Wadle, Elmar*: Das Reichsgericht im Widerschein denkwürdiger Tage, JuS 1979, 841–487.
- Wagner, Gerhard*: Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Bork et al. (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts: Beiträge zum XI. Travemünder Symposi-

- um zur Ökonomischen Analyse des Rechts (26. bis 29. März 2008), Tübingen 2009, S. 157–194.
- ders.*: Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb. Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, München 2017.
- Walch, Lorenz*: Die Verfassungsgeschichte des Revisoriums in München, Univ. Diss. München 1977.
- Waldeck, Benedikt*: Die Nichtigkeitsbeschwerde als das alleinige Rechtsmittel höchster Instanz mit besonderer Beziehung auf die preußische Prozeß-Gesetzgebung, Berlin 1861.
- Waldstein, Wolfgang/Rainer, J. Michael*: Römische Rechtsgeschichte, 11. Auflage, München 2014.
- Walker, Reinhard*: Die Publikation von Gerichtsentscheidungen, Univ. Diss. Saarbrücken 1998.
- ders.*: Die Publikationsdichte – ein Maßstab für die Veröffentlichungslage gerichtlicher Entscheidungen, JurPC Web-Dok. 36/1998 [<http://www.jurpc.de/aufsatz/19980036.htm>, 20.08.2023].
- Wallace, J. Clifford*: The Nature and Extent of Intercircuit Conflicts: A Solution Needed for a Mountain or a Molehill?, 71 Cal. L. Rev. 913–941 (1983).
- Ward, Artemus/Weiden, David*: Sorcerers' apprentices: 100 years of law clerks at the United States Supreme Court, New York 2006.
- Warneyer, Otto*: Das Nachschlagewerk, in: Lobe (Hrsg.), Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin/Leipzig 1929, S. 54–57.
- Wasby, Stephen L.*: Intercircuit Conflicts in the Courts of Appeals, 63 Mont. L. Rev. 119–196 (2002).
- Watts, Kathryn A.*: Constraining Certiorari Using Administrative Law Principles, 160 U. Pa. L. Rev. 1–68 (2011).
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, besorgt v. Winkelmann, 5. Auflage, Tübingen 1972.
- Weber, Ruth*: Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht – eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis, Tübingen 2019.
- Wedekind, W.* (Hrsg.): Justice and Efficiency – the 8<sup>th</sup> World Conference on Procedural Law, General reports and discussions, Deventer/Boston 1988.
- Weismann, Jakob*: Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung – Eine akademische Antrittsrede, ZZZ 1886, 169–190.
- Weitzel, Jürgen*: Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht, Köln 1976.
- ders.*: Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug – eine Skizze, Göttingen 1981.
- ders.*: Rechtsmittel zum und am Reichskammergericht, in: Czeghun et al. (Hrsg.), Die Höchstgerichtsbarkeit im Zeitalter Karls V., Baden-Baden 2011, S. 9–20.
- ders.*: Instanzenzug, in: Cordes et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Band 2, 2. Auflage, Berlin 2016, Sp. 1263–1265.
- Wenzel, Joachim*: Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung, NJW 2002, 3353–3359.
- Wenzlau, Joachim Reinhold*: Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945–1949, Königstein im Taunus 1979.
- Wesel, Uwe*: Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 2019.
- Wesselmann, Fabian*: Die Politik der Bundesrichterberufung – Aus dem Inneren des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG, JÖR 67, 301–360 (2019).
- Weth, Stephan*: Die Große Justizreform in Deutschland – Ein Bericht aus Sicht der Wissenschaft, ZZZ 2007, 135–157.

- Wetter, J. Gillis*: The styles of appellate judicial opinions – a case study in comparative law, Leyden 1960.
- Weyhe, Lothar*: Levin Goldschmidt – ein Gelehrtenleben in Deutschland. Grundfragen des Handelsrechts und der Zivilrechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1996.
- Weyland, Dag* (Hrsg.): Bundesrechtsanwaltsordnung (Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Patentanwaltsordnung), 10. Auflage, München 2020.
- Weyreuther, Felix*: Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, München 1971.
- Wetzell, Georg Wilhelm*: System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Auflage, Leipzig 1878.
- Whalen Ryan*: Judicial gobbledygook: the readability of Supreme Court writing, 125 Yale L.J. Forum 200–211 (2015).
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf* (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar, 7. Band (§§ 511–591 ZPO), 5. Auflage, Berlin/Boston 2021.
- Wijffels, Alain*: Late-Medieval and Early-Modern France, in: ders./van Rhee (Hrsg.), European Supreme Courts, London 2013, S. 62–73.
- Wildhagen, Georg*: Empfiehlt sich eine Aenderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?, DJZ 1908, 924–929.
- Willingmann, Armin*: Rechtsentscheid – Geschichte, Dogmatik und Rechtspolitik eines zivilprozessualen Vorlagemodells: eine Untersuchung zu Struktur und Reform des § 541 ZPO, Berlin 2000.
- Willoweit, Dietmar/Schlinker, Steffen*: Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 8. Auflage 2019.
- Windau, Benedikt*: Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung – Praxisorientierte Überlegungen zu Gegenwartsproblemen des Zivilprozessrechts, NJW 2020, 2753–2757.
- Winkler, Sabine*: Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht: eine Untersuchung seiner äußeren und inneren Organisation sowie seiner Rechtsprechungstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der kaufmännischen Mängelrüge, Paderborn et al. 2001.
- Winter, Thomas*: Revisionsrücknahme und Anerkenntnisurteil in dritter Instanz, NJW 2014, 267–269.
- ders.*: Die Nichtzulassungsbeschwerde – ein Scheinrechtswittel, NJW 2016, 922–925.
- ders.*: Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: Gsell/Hau (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelspacher, Baden-Baden 2019, S. 37–46.
- Wittreck, Fabian*: Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006.
- Wolf, Christian*: Zivilprozess versus außergerichtliche Konfliktlösung – Wandel der Streitkultur in Zahlen, NJW 2015, 1656–1661.
- Woolf, Harry*: A Hotchpotch of Appeals – the Need for a Blender, 7 C.J.Q. 44 (1988).
- ders.*: Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Richmond 1996.
- Woopen, Herbert*: Kollektiver Rechtsschutz – Chancen der Umsetzung. Die Europäische Verbandsklage auf dem Weg ins deutsche Recht, JZ 2021, 601–611.
- Wright, Charles Alan/Miller Arthur R.* (Hrsg.): Federal Practice & Procedure, Westlaw 2022.
- Wright, Charles Alan/Kane, Mary Kay*: Law of Federal Courts, 8. Auflage, St. Paul 2011.

- Wunderli, Ernst*: Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht, Univ. Diss. Zürich 1947
- Yessiou-Faltsi, Pelayia* (Hrsg.): The role of the supreme courts at the national and international level, Thessaloniki et al. 1997.
- Young, Ernest A.*: Foreign Law and the Denominator Problem, 119 Harv. L. Rev. 148–168 (2005).
- Zaring, David*: The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis, 3 Journal of Empirical Legal Studies 297–331 (2006).
- Zeiler, Alois*: Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung, München 1911.
- ders.*: Eine Umfrage über den Rechtshof, DRiZ 1914, 101–150.
- Ziegler, Christoph Eduard*: Selbstbindung der Dritten Gewalt, Frankfurt am Main 1993.
- Zöller, Richard* (Begr.): Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022.
- Zuckerman, Adrian A. S.*: The Woolf Report on Access to Justice – An Overview, ZZP Int 1997, 31–42.
- ders.*: On Civil procedure, London 2003.
- ders.*: On Civil Procedure: Principles of Practice, 3. Auflage, London 2013.
- Zweigert, Konrad*: Empfiehlt es sich, die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters (Dissenting Opinion) in den deutschen Verfahrensordnungen zuzulassen?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Band 1, München 1968, D1–D59.

# Verzeichnis ausländischer Urteile

## I. EGMR

- EuGRZ 2019, 185  
NJW 1995, 1413  
NJW 2001, 2694  
NJW 2004, 2647  
NJW 2005, 123  
NJW 2005, 2521  
NJW 2006, 2389  
NJW 2009, 2109  
NJW 2010, 501  
NJW 2010, 3355  
NJW 2015, 1433  
NJW-RR 2014, 645  
NVwZ 2008, 289  
NVwZ 2013, 47  
Urt. v. 23.07.1968 – no. 1474/62 et al. (*Certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*)  
Urt. v. 26.10.1984 – no. 9186/80 (*De Cubber v. Belgium*)  
Urt. v. 13.07.1995 – no. 18139/91 (*Miloslavsky v. United Kingdom*)  
Urt. v. 19.03.1997 – no. 18357/91 (*Hornsby v. Greece*)  
Urt. v. 19.12.1997 – no. 26737/95 (*Brualla Gómez de la Torre v. Spain*)  
Urt. v. 18.02.1999 – no. 26083/94 (*Waite and Kennedy v. Germany*)  
Urt. v. 08.02.2000 – no. 27362/95 (*Voisine v. France*)  
Urt. v. 11.07.2000 – no. 42295/98 (*Nerva and others v. United Kingdom*)  
Urt. v. 01.03.2002 – no. 48778/99 (*Kutic v. Croatia*)  
Urt. v. 25.07.2002 – no. 54210/00 (*Papon v. France*)  
Urt. v. 26.07.2002 – no. 32911/96 (*Meftah and others v. France*)  
Urt. v. 12.11.2002 – no. 28394/95 (*Döry v. Sweden*)  
Urt. v. 15.06.2004 – no. 1814/02 (*Stepinska v. France*)  
Urt. v. 21.03.2006 – no. 39765/04 (*Sale v. France*)  
Urt. v. 11.07.2006 – no. 54810/00 (*Jalloh v. Germany*)  
Urt. v. 14.12.2006 – no. 77574/01 (*Zouboulidis v. Greece*)  
Urt. v. 01.02.2007 – no. 78041/01 (*Paljic v. Germany*)  
Urt. v. 24.04.2008 – no. 17140/05 (*Kemp and others v. Luxembourg*)  
Urt. v. 20.05.2008 – no. 39005/04 (*Santos Pinto v. Portugal*)  
Urt. v. 10.07.2008 – no. 15948/03 (*Soulas and others v. France*)  
Urt. v. 22.01.2009 – no. 45749/06 und 51115/06 (*Kaemena and Thonebohn v. Germany*)  
Urt. v. 29.09.2009 – no. 5643/07 (*Jung v. Germany*)  
Urt. v. 17.12.2009 – no. 19359/04 (*M v. Germany*)

Urt. v. 01.06.2010 – no. 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*)  
Urt. v. 13.01.2011 – no. 6587/04 (*Haidn v. Germany*)

## II. EuGH

BeckEuRS 2013, 742096  
BeckRS 2014, 81292  
BeckRS 2019, 211  
ECLI:EU:C:2009:506  
ECLI:EU:C:2011:524  
ECLI:EU:C:2014:2195  
ECLI:EU:C:2014:2454  
ECLI:EU:C:2015:400  
ECLI:EU:C:2018:465  
GRUR 2016, 55  
GRUR 2019, 929  
NJW 1988, 887  
NJW 2008, 1433  
NJW 2020, 667  
NJW 2022, 40  
NJW 2022, 1513  
NJW 2023, 1111  
Slg. 1965, 1267  
Slg. 1978, 2203  
Slg. 1978, 2347  
Slg. 1982, 3415  
Slg. 1990, I-3763  
Slg. 1996, I-1759  
Slg. 2001, I-2099  
Slg. 2002, I-1529  
Slg. 2003, I-10239  
Slg. 2005, I-8151  
Slg. 2006, I-443  
Slg. 2006, I-2585  
Slg. 2006, I-5177  
Slg. 2008, I-411  
Slg. 2008, I-6747  
ZAR 2019, 38

## III. Frankreich

Cass. ass. plén. v. 31.05.1991, no. 90–20.105, D. 1991, 417, rapp. *Chartie*  
Cass. ass. plén. v. 04.10.2019, no. 10–19.053  
Cass. ass. plén. v. 29.04.2022, no. 18–18.542  
Cass. avis v. 24.01.1994, no. 09–30.017 P  
Cass. avis v. 24.01.1994, no. 09–30.019  
Cass. avis v. 31.05.1999, no. 99–20.008 P  
Cass. avis v. 20.10.2000, no. 02–00.014, Bull. avis no. 8

- Cass. avis v. 08.10.2001, no. 01–00.006, Bull. avis no. 5  
 Cass. avis v. 08.10.2007, no. 07–00.012, Bull. avis no. 8  
 Cass. avis v. 04.04.2011, no. 11–00.002, Bull. avis no. 4  
 Cass. avis v. 02.04.2012, no. 12–00.001, Bull. avis no. 3  
 Cass. avis v. 22.10.2012, no. 12–00.012, Bull. avis no. 9  
 Cass. avis v. 17.12.2012, no. 12–00.013 P  
 Cass. avis v. 14.01.2013, no. 12–00.014, Bull. avis no. 1  
 Cass. ch. mixte v. 21.06.1974, Bull. ch. mixte no. 2  
 Cass. ch. mixte v. 24.05.1975, no. 73–13.556, Bull. ch. mixte no. 4  
 Cass. ch. réun. v. 02.02.1808, S. 1808.1.183; Jur. gén. v<sup>o</sup> Société, no. 1093  
 Cass. req. v. 23.11.1852, DP 1852.1.324  
 Cass. req. v. 05.07.1875, DP 1875, 475  
 Cass. v. 12.05.1812, Jur. gén. v<sup>o</sup> „Cassation“, no. 94  
 CE v. 11.07.1992, no. 111119, D. 1992. Somm. 122, obs. *Julien*  
 CE v. 20.11.2013, D. 2013, 2780 note *Chassin*  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 16.12.1953, D. 1954. 145  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 16.05.1960, Bull. civ. I, no. 261  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 16.03.1971, Bull. civ. I, no. 88  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 04.02.1976, Bull. civ. I, no. 53  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 02.10.1979, Bull. civ. I no. 231  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 15.01.1980, Bull. civ. I, no. 25  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 11.02.1981, no. 79–14.236, D. 1981 IR 370, obs. *Julien*  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 11.01.1986, Bull. civ. I, no. 19  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 25.04.1989, Bull. civ. I, no. 164  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 24.05.1989, Bull. civ. I, no. 211  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 02.10.2001, no. 01–03.779  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 14.03.2002, no. 99–19.239, Bull. civ. I, no. 41  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 10.10.2006, no. 06–15.264, Bull. civ. I, no. 431  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 28.01.2010, no. 08–14.470, D. 2010, 449  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 09.04.2013, no. 11–27.071, D. 2013, 1100, avis *Chevalier*  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 10.01.2018, no. 16–22.494, JCP G 2018, no. 295, note *Laazouzi*  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 27.11.2019, no. 18–16.537  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 22.01.2020, no. 18–21.155  
 Civ. 1<sup>re</sup> v. 18.03.2020, no. 19–50.031  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 08.11.1962, Bull. civ. II, no. 707  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 24.11.1965, Bull. civ. II, no. 921  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 26.10.1966, Bull. civ. II, no. 870  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 29.03.1971, Bull. civ. II, no. 138  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 28.02.1974, Bull. civ. II, no. 82  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 02.10.1985, Bull. civ. II, no. 144  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 19.11.1986, JCP 1987 IV 35  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 20.07.1987, JCP 1987 IV 349  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 26.11.1990, no. 09–12.812 P  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 23.01.1991, no. 89–18.023 P  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 24.06.1998, no. 96–14.161 P, RG proc. 1999. 217, obs. *Wiederkehr*  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 27.01.2000, no. 96–11.410, Bull. civ. II, no. 17  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 03.02.2000, no. 98–13.718 P  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 16.03.2000, no. 98–14.655, JCP 2000 II, 10358  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 22.01.2004, no. 01–11.665 P, D. 2004. Somm. 1202, obs. *Julien*

- Civ. 2<sup>e</sup> v. 11.02.2009, Procédures 2009, no. 141  
 Civ. 2<sup>e</sup> v. 16.05.2019, no. 18–16.797  
 Civ. 3<sup>e</sup> v. 13.03.1969, Bull. civ. III, no. 230  
 Civ. 3<sup>e</sup> v. 16.04.1970, D. 1970. 474, note *Contamine-Raynaud*  
 Civ. 3<sup>e</sup> v. 03.05.1978, Bull. civ. III, no. 184  
 Civ. 3<sup>e</sup> v. 06.01.1982, Bull. civ. III, no. 3; Gaz. Pal. 1982 II 388, note *Viatte*  
 Civ. 3<sup>e</sup> v. 14.06.1984, Bull. civ. III, no. 119  
 Civ. v. 29.04.1819, S. 1819.1.320  
 Civ. v. 18.05.1898, DP 1900.1.481  
 Civ. v. 25.06.1901, DP 1901.1.549  
 Civ. v. 17.05.1927, „Pelissier du Besset“, DP 1928.1.25  
 Civ. v. 25.07.1939, Bull. civ., no. 207  
 Civ. v. 24.07.1946, JCP 1946 II 3301, note *Becqué*  
 Com. v. 07.03.1950, Bull. civ. II, no. 86  
 Com. v. 23.11.1955, JCP 1956 II 9159  
 Com. v. 07.02.1962, Bull. civ. IV, no. 82  
 Com. v. 05.12.1967, Bull. civ. III, no. 399  
 Com. v. 16.02.1970, Bull. civ. IV, no. 57  
 Com. v. 10.03.1976, Bull. civ. IV, no. 95  
 Com. v. 26.10.1983, Bull. civ. IV, no. 280  
 Com. v. 12.01.1988, Bull. civ. V, no. 10  
 Com. v. 16.02.1988, Gaz. Pal. 1988, 2. Somm. 491, obs. *Croze et Morel*  
 Com. v. 05.03.1991, no. 89–20.255 P  
 Com. v. 21.04.1992, no. 90–16.521 P  
 Com. v. 11.10.1994, no. 92–18.344, Bull. civ. IV, no. 284  
 Com. v. 24.11.2015, no. 14–23.942  
 Com. v. 26.01.2016, no. 14–17.672  
 Cons. const. v. 20.07.1977, D. 1978. 705, note *Hamon*  
 Cons. const. v. 14.05.1980, no. 80–113, Rec. Cons. Const. 61  
 Cons. const. v. 10.05.1988, no. 88–157, Rec. Cons. Const. 56  
 Crim. v. 25.06.1979, Bull. crim. no. 222, D. 1980, 153, note *Jeandidier*  
 Soc. v. 31.07.1950, Bull. civ. III, no. 711  
 Soc. v. 11.06.1959, Bull. civ. IV, no. 720  
 Soc. v. 21.11.1963, Bull. civ. IV, no. 820  
 Soc. v. 14.10.1981, Bull. civ. V, no. 781  
 Soc. v. 12.02.1985, no. 84–60.857 P  
 Soc. v. 21.07.1986, JCP 1986 IV 294  
 Soc. v. 19.12.2003, no. 03–10.014 P, Bull. civ. V, no. 320  
 Soc. v. 23.09.2009, no. 08–60.535, Bull. civ. V, no. 195, D. 2009, 2339, obs. *Perrin*  
 Soc. v. 26.10.2017, no. 17–70.010 P  
 Soc. v. 17.04.2019, no. 18–11.656

## IV. USA

- Adickes v. Kress & Co.* 398 U.S. 144 (1970)  
*Adsani v. Miller* 139 F.3d 67 (2<sup>nd</sup> Cir. 1998), cert. den. 119 S.Ct. 176, 525 U.S. 875, 142  
 L.Ed.2d 144  
*Afroyim v. Rusk* 387 U.S. 253 (1967)

- Abrenholz v. Board of Trustees of University of Illinois* 219 F.3d 674 (7<sup>th</sup> Cir. 2000)  
*Aktins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002)  
*Alison v. U. S.* 73 S.Ct. 191, 344 U.S. 167, 97 L.Ed. 186 (1952)  
*Allen v. Lawhorn* 562 U.S. 118 (2010)  
*Already, LLC v. Nike, Inc.* 133 S.Ct. 721 (2013)  
*Alvarez v. Smith* 558 U.S. 87 (2009)  
*American Stevedores, Inc. v. Porello* 67 S.Ct. 847, 330 U.S. 446, 91 L.Ed. 1011 (1947)  
*American Tradition P'ship v. Bullock* 567 U.S. 516 (2012)  
*Anderson v. City of Bassemmer* 470 U.S. 564 (1985)  
*Anderson v. Harless* 459 U.S. 4 (1982)  
*Ankenbrandt v. Richards* 502 U.S. 1023 (1992)  
*Apprendi v. New Jersey* 530 U.S. 466 (2000)  
*Arizona v. Maricopa Cty. Med. Soc'y* 457 U.S. 332 (1982)  
*Arizonians for Official English v. Arizona* 117 S.Ct. 1055, 520 U.S. 43 (1990)  
*Atkins v. U. S.* 96 S.Ct. 3162, 426 U.S. 944, 49 L.Ed.2d 1181 (1976)  
*Atonio v. Wards Cove Packing Co., Inc.* 810 F.2d 1477 (9<sup>th</sup> Cir. 1987)  
*Baleras v. U. S.* 553 U.S. 1091 (2008)  
*Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw* 486 U.S. 71 (1988)  
*Barnhart v. Walton* 535 U.S. 212 (2002)  
*Baumgartner v. U. S.* 64 S.Ct. 1240, 322 U.S. 665, 88 L.Ed. 1525 (1944)  
*Belk v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 211 F.3d 853 (4<sup>th</sup> Cir. 2000)  
*Bell v. Quintero* 544 U.S. 936 (2005)  
*Boag v. MacDougall* 454 U.S. 364 (1982)  
*Brown v. Allen* 344 U.S. 443, 73 S.Ct. 397, 97 L.Ed. 469 (1953)  
*California Medical Ass'n v. Federal Election Comm'n* 641 F.2d 619 (9<sup>th</sup> Cir. 1980), aff'd 453 U.S. 182 (1981)  
*Campbell Ewald Co. v. Gomez* 136 S.Ct. 663 (2016)  
*Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp* 467 U.S. 691 (1984)  
*Cardona-Lopez v. Holder* 561 U.S. 1001 (2010)  
*Cardwell v. Chesapeake & Ohio Ry.* 504 F.2d 444 (6<sup>th</sup> Cir. 1974)  
*Cassiver et al. v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation* 596 U.S. \_\_\_ (2022)  
*Castellanos-Contreras v. Decatur Hotes, LLC* 622 F.3d 393 (5<sup>th</sup> Cir. 2010)  
*Christovao v. Unisul-Uniao de Coop. Transf. de Tomate Do Sul Do Tejo, S. C. R. L.* 41 N. Y.2d 338, 392 N. Y.S.2d 609, 360 N. E.2d 1309 (NY Ct. App. 1977)  
*Cincinnati Ins. Co. v. Beazer Homes Investments, LLC* 594 F.3d 441 (6<sup>th</sup> Cir. 2010)  
*Civil Aeronautics Bd. v. American Air Transport* 73 S.Ct. 2, 344 U.S. 4, 97 L.Ed. 4 (1952)  
*Clay v. Sun Insurance Office, Ltd.* 377 U.S. 179 (1960)  
*Cobbledick v. United States* 309 U.S. 323 (1940)  
*Collins Co., Ltd. v. Carboline Co.* 837 F.2d 299 (7<sup>th</sup> Cir. 1988)  
*Colorado Gen. Assembly v. Salazar* 541 U.S. 1093 (2004)  
*Columbus Watch Co. v. Robbins* 13 S.Ct. 594, 148 U.S. 266 (1893)  
*Concrete Pipe & Prods. v. Construction Laborers Pension Trust* 508 U.S. 602 (1993)  
*Concrete Works of Colo., Inc. v. City & Cty of Denver* 540 U.S. 1027 (2003)  
*Conservative Party of State v. New York State Bd. of Elections* 88 N. Y.2d 998, 648 N. Y.S.2d 868, 671 N. E.2d 1265 (NY Ct. App. 1996)  
*Consorti v. Owens-Corning Fiberglas Corp.* 45 F.3d 48 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995).  
*Coopers & Lybrand v. Livesay* 98 S.Ct. 2454, 437 U.S. 463, 57 L.Ed.2d 351 (1978)  
*Cooter & Gell. v. Hartmax Corp.* 496 U.S. 384 (1990)  
*Cunningham v. California* 549 U.S. 270 (2007)

- Dames & Moore v. Regan* 453 U.S. 654 (1981)  
*Darr v. Burford* 339 U.S. 200 (1950)  
*Dart Cherokee Basin Operating Co., LLC v. Owens* 135 S.Ct. 547, 190 L.Ed.2d 495 (2014)  
*DeFunis v. Odegaard* 416 U.S. 312 (1974)  
*Delta Airlines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp.* 503 F.2d 239 (5<sup>th</sup> Cir. 1974)  
*Department of Commerce v. New York* 588 U.S. \_\_\_ (2019)  
*District Attorney of Sacramento Cty. v. Sacramento Cty Civil Serv. Comm'n* 449 U.S. 811 (1980)  
*District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008)  
*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. \_\_\_ (2022)  
*Doninger v. Niehoff* 642 F.3d 334 (2<sup>nd</sup> Cir. 2011)  
*E. I. du Pont de Menours v. Smiley* 138 S.Ct. 2563 (2018)  
*Easley v. Cromartie* 532 U.S. 234 (2001)  
*Eisenberg v. US District Court for the Southern District of Illinois* 910 F.2d 374 (7<sup>th</sup> Cir 1990)  
*Elkins v. Moreno* 435 U.S. 647 (1978)  
*E-Pass Technologies, Inc. v. 3Com Corp.* 559 F.3d 1374 (Fed. Cir. 2009)  
*Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U.S. 64 (1938)  
*Erie v. Pap's A. M.* 529 U.S. 277 (2000)  
*Estelle v. Gamble* 429 U.S. 97  
*Ex parte Mitsuye Endo* 65 S.Ct. 208, 323 U.S. 283, 89 L.Ed.243 (1944)  
*Ex parte Quirin* 317 U.S. 1 (1942)  
*Feijoo Tomala v. U. S.* 504 U.S. 932, 112 S.Ct. 1997, 118 L.Ed.2d 593 (1992)  
*Fidelity Fed. Bank & Trust v. Kehoe* 547 U.S. 1051 (2006)  
*Fiore v. White* 528 U.S. 23 (1999)  
*First Am. Fin. Corp. v. Edwards* 564 U.S. 1018 (2011)  
*Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 88 S.Ct. 1942, 20 L.Ed.2d 947 (1968)  
*Flexible Mfg. Systems Pty. Ltd. v. Super Products Corp.* 86 F.3d 96 (7<sup>th</sup> Cir. 1996)  
*Florida v. White* 526 U.S. 559 (1999)  
*Forsyth v. City of Hammond* 166 U.S. 506, 17 S.Ct. 665, 41 L.Ed. 1095 (1897)  
*Foster v. Florida* 537 U.S. 990 (2002)  
*FTC v. Jantzen, Inc.* 386 U.S. 228 (1967).  
*Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963)  
*Glazer v. Whirlpool Corp.* 722 F.3d 838 (6<sup>th</sup> Cir. 2013)  
*Goodman v. Lukens Steel Co.* 482 U.S. 656 (1987)  
*Gorman v. Washington Univ.* 316 U.S. 98 (1942)  
*Graver Tank & Mfg. Co., Inc. v. Linde* 336 U.S. 271 (1949)  
*Graver v. Faurot* 16 S.Ct. 799, 162 U.S. 435 (1896)  
*Great Atl. & Pac. Tea Co. v. Supermarket Equipment Corp.* 71 S.Ct. 127, 340 U.S. 147, 95 L.Ed. 162 (1950)  
*Greater Los Angeles Agency on Deafness, Inc. v. Cable News Network, Inc.* 769 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2014)  
*Griffin v. Illinois* 351 U.S. 12 (1956)  
*Harrington v. Richter* 559 U.S. 935 (2010)  
*Harrington v. Richter* 562 U.S. 86 (2011)  
*Harris v. Lucky* 918 F.2d 888 (11<sup>th</sup> Cir. 1990)  
*Harris v. Pennsylvania R. R. Co.* 361 U.S. 15 (1959)  
*Harris v. U. S.* 534 U.S. 1064 (2001)

- Hertz v. Woodman* 30 S.Ct. 621, 218 U. S. 205 (1910)  
*Hewitt v. Joyce Beverages of Wisconsin, Inc.* 721 F.2d 625 (7<sup>th</sup> Cir. 1983)  
*Hiersche v. United States* 503 U. S. 923 (1992)  
*Hogge v. Johnson* 526 F.2d 833 (4<sup>th</sup> Cir. 1975)  
*Holmes v. F. E. C.* 823 F.3d 69 (D. C. Cir. 2016)  
*Idaho Dept. of Employment v. Smith* 434 U. S. 100 (1977)  
*Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* 547 U. S. 28 (2006)  
*In re Cao* 619 F.3d 410 (5<sup>th</sup> Cir. 2010)  
*In re Ford Motor Co.* 344 F.3d 648 (7<sup>th</sup> Cir. 2003)  
*In re Katarina Canal Breaches Litigation* 613 F.3d 504 (5<sup>th</sup> Cir. 2010)  
*In re Levy* 255 N. Y. 223, 174 N. E. 461 (NY Ct. App. 1931)  
*In re Searle* 504 U. S. 952 (1992)  
*In re Text Messaging Antitrust Litigation* 630 F.3d 622 (7<sup>th</sup> Cir. 2010)  
*In re Violation of Rule 38* 647 F.3d 1370 (Fed. Cir. 2011)  
*Iran Nat. Airlines Corp. v. Marschalk Co., Inc.* 101 S.Ct. 3154, 453 U. S. 919 (1981)  
*Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agricultural Export Co. Ltd.* 804 F.2d 24 (2<sup>nd</sup> Cir. 1986)  
*J. D. B. v. North Carolina* 564 U. S. 261 (2011)  
*Janus v. American Fed'n of State, Cty., & Mun. Emps.* 138 S.Ct. 2448 (2018)  
*Johnson v. Alldredge* 488 F.2d 820 (3<sup>rd</sup> Cir. 1972)  
*Johnson v. California* 545 U. S. 162 (2005)  
*Joseph v. United States* 135 S.Ct. 705 (2014)  
*Kenosha Unified School District No. 1 Board of Education v. Whitaker* 841 F.3d 730 (7<sup>th</sup> Cir. 2016)  
*Khachaturian v. F. E. C.* 980 F.2d 330 (5<sup>th</sup> Cir. 1992)  
*Kidney by Kidney v. Kolmar Laboratories, Inc.* 808 F.2d 955 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987)  
*Kimble v. Marvel Entertainment, LLC* 576 U. S. 446 (2015)  
*Knick v. Township of Scott* 138 S.Ct. 1262 (2018)  
*Knight v. Florida* 528 U. S. 990 (1999)  
*Knox v. Serv. Emps. Int'l Union, Local 1000* 132 S.Ct. 2277 (2012)  
*Kumbo Tire Co. v. Carmichael* 526 U. S. 137 (1999)  
*Laing v. U. S.* 423 U. S. 161 (1976)  
*Lawrence v. Chater* 516 U. S. 163 (1996)  
*Lawrence v. Texas* 123 S.Ct. 2472 (2003)  
*Layne & Bowler Corp. v. Western Well Works* 261 U. S. 387, 43 S.Ct. 422, 67 L.Ed. 712 (1923)  
*Learnmonth v. Sears, Roebuck & Co.* 710 F.3d 249 (5<sup>th</sup> Cir. 2013)  
*Lehman Bros. v. Schein* 416 U. S. 386 (1974)  
*Lintin v. Shell Oil Corp* 563 F.3d 556 (5<sup>th</sup> Cir. 2009)  
*Lord v. Veazie* 49 U. S. 251 (1850)  
*M. L. B. v. S. L. J.* 519 U. S. 102 (1996)  
*Marbury v. Madison* 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)  
*Mariani v. U. S.* 212 F.3d 761 (3<sup>rd</sup> Cir. 2000)  
*Martin v. Texas* 382 U. S. 928 (1965)  
*Maryland v. Baltimore Radio Show* 338 U. S. 912 (1950)  
*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* 138 S.Ct. 466 (2018)  
*Mathis v. Shulkin* 137 S.Ct. 1994 (2018)  
*Matter of Hamilton* 122 F.3d 13 (7<sup>th</sup> Cir. 1997)  
*McDonald v. City of Chi.* 561 U. S. 742 (2010)  
*McFarlin v. Conseco Services, LLC* 381 F.3d 1251 (11<sup>th</sup> Cir. 2004)

- McGinnis v. Ingram Equipment Co.* 918 F.2d 1491 (11<sup>th</sup> Cir. 1990)
- McKane v. Durston* 153 U.S. 684 (1894)
- Mertz v. Denny* 459 U.S. 883 (1982)
- Michigan v. Bay Mills Indian Community* 572 U.S. 782 (2014)
- Mohawk Industries, Inc. v. Carpenter* 558 U.S. 100 (2010)
- Monsanto Company v. Edwin Hardeman*, Case 21–241
- Montana v. Kennedy* 366 U.S. 308 (1961)
- Moody v. Albemarle Paper Co.* 94 S.Ct. 2513, 417 U.S. 622, 41 L.Ed.2d 358 (1974)
- Mosher v. Speedstar Division of AMCA Int’l, Inc.* 52 F.3d 913 (11<sup>th</sup> Cir. 1995)
- Moskal v. United States* 498 U.S. 103 (1990)
- Murphy v. Hunt* 455 U.S. 478 (1982)
- Murray v. Metropolitan Life Ins. Co.* 583 F.3d 173 (2<sup>nd</sup> Cir. 2009)
- Muskrat v. U. S.* 219 U.S. 346 (1911)
- National Fed’n of Ind. Bus. v. Sebelius* 567 U.S. 519 (2012)
- Neil v. Biggers* 93 S.Ct. 375, 409 U.S. 188, 34 L.Ed.2d 401 (1972)
- Nemours Foundation v. Manganaro Corp* 878 F.2d 98 (3<sup>rd</sup> Cir. 1989)
- New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen* 597 U.S. \_\_\_ (2022)
- New York v. Ferber* 458 U.S. 747 (1982)
- New York v. O’Neill* 359 U.S. 1 (1959)
- Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* 528 U.S. 377 (2000)
- NLRB v. White Swan Co.* 313 U.S. 23 (1941)
- Noble v. United States Parole Comm’n* 82 F.3d 1108 (D. C. Cir. 1996)
- Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipe Line Co.* 458 U.S. 50 (1982)
- Nurre v. Whitehead* 559 U.S. 1025 (2010)
- O’Sullivan v. Boerckel* 526 U.S. 838 (1999)
- Ozee v. American Council on Gift Annuities, Inc.* 110 F.3d 1082 (5<sup>th</sup> Cir. 1997)
- Pennzoil Co. v. Texaco, Inc.* 481 U.S. 1 (1987)
- Pharmaceutical Research & Mtrs. of Am. v. Walsh* 538 U.S. 644 (2003)
- Philipp v. Germany* 592 U.S. \_\_\_ (2021)
- Pick Mfg. Co. v. General Motors Corp.* 299 U.S. 3 (1936)
- Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 U.S. 235 (1981)
- Printz v. U. S.* 521 U.S. 898 (1997)
- Resolution Trust Corp. v. Gold* 30 F.3d 251 (1<sup>st</sup> Cir. 1994)
- Rice v. Collins* 546 U.S. 333 (2006)
- Rice v. Sioux City Mem’l Park Cemetary* 349 U.S. 70 (1955)
- Rivkin v. Century 21 Teran Realty LLC* 494 F.3d 99 (2<sup>nd</sup> Cir. 2007)
- Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.* 490 U.S. 477 (1989)
- Rogers v. Lodge* 102 S.Ct. 3272, 458 U.S. 613, 73 L.Ed.2d 1012 (1982)
- Roper v. Simmons* 125 S.Ct. 1183 (2005)
- Ross v. Moffitt* 417 U.S. 600 (1974)
- S. E. C. v. Edwards* 540 U.S. 389 (2004)
- S. E. C. v. Recile* 10 F.3d 1093 (5<sup>th</sup> Cir. 1993)
- Sambrano v. Mabus* 663 F.3d 879 (7<sup>th</sup> Cir. 2011)
- Santana Products, Inv. v. Bobrick Washroom Equipment, Inc.* 401 F.3d 123 (3<sup>rd</sup> Cir. 2005)
- Schmier v. Supreme Court* 78 CA4<sup>th</sup> 703 (2000)
- Schweiker v. Hansen* 450 U.S. 785 (1981)
- Scope v. Federated Dept. Stores, Inc.* 26 A.D.3d 226, 809 N.Y.S.2d 46 (NY App. Div. 2006)

- Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.* 361 U.S. 107 (1959)  
*Sexton v. Beaudreaux* 138 S.Ct. 2555 (2018)  
*Southern Pac. Co. v. Schuyler* 227 U.S. 601, 33 S.Ct. 277, 57 L.Ed. 662 (1913)  
*State of Idaho v. Hanna Mining Co.* 882 F.2d 392 (9<sup>th</sup> Cir. 1989)  
*State of Md. v. Baltimore Radio Show* 338 U.S. 912, 70 S.Ct. 252, 94 L.Ed. 562 (1950)  
*Sterk v. Redbox Automated Retail, LLC* 672 F.3d 535 (7<sup>th</sup> Cir. 2012)  
*Stern v. U. S.* 138 S.Ct. 2619 (2018)  
*Talamini v. Allstate Insurance Company* 470 U.S. 1067 (1985)  
*Tanks v. Lockhead Martin Corp.* 417 F.3d 456 (5<sup>th</sup> Cir. 2005)  
*Thompson v. City of Louisville* 362 U.S. 199 (1960)  
*Thompson v. Keohane* 516 U.S. 99 (1995)  
*Trump v. Int. Refugee Assistance Project* 137 S.Ct. 2080 (2017)  
*Turner v. Rogers* 564 U.S. 431 (2011)  
*Tyler v. Cain* 533 U.S. 656 (2001)  
*U. S. v. American-Foreign SS Corp.* 363 U.S. 685, 80 S.Ct. 1336 (1960)  
*U. S. v. Banco Cafetero Panama* 797 F.2d 1154 (2<sup>nd</sup> Cir. 1986)  
*U. S. v. Barnett* 84 S.Ct. 984, 376 U.S. 681, 12 L.Ed.2d 33 (1964)  
*U. S. v. Booker* 543 U.S. 220 (2005)  
*U. S. v. Carver* 260 U.S. 482 (1923)  
*U. S. v. Coleman* 390 U.S. 599 (1968)  
*U. S. v. Detroit Timber & Lumber Co.* 200 U.S. 321 (1906)  
*U. S. v. Hollywood Motor Car Co.* 458 U.S. 263 (1982)  
*U. S. v. Johnston* 268 U.S. 220 (1925)  
*U. S. v. Lane Motor Co.* 344 U.S. 630 (1953)  
*U. S. v. Leon* 468 U.S. 897 (1984)  
*U. S. v. Lowe* 433 F.2d 349 (5<sup>th</sup> Cir. 1970)  
*U. S. v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974)  
*U. S. v. Penaranda* 534 U.S. 117 (2005)  
*U. S. v. Rice* 66 S.Ct. 835, 327 U.S. 742, 90 L.Ed. 982 (1946)  
*U. S. v. Ruzicka* 329 U.S. 287 (1946)  
*U. S. v. Seale* 130 S.Ct. 12, 558 U.S. 985, 175 L.Ed.2d 344 (2009)  
*U. S. v. U. S. Gypsum Co.* 333 U.S. 364, 68 S.Ct. 542, 92 L.Ed. 746 (1948)  
*U. S. v. United Mine Workers* 330 U.S. 258 (1947)  
*United Mine Workers v. Gibbs* 383 U.S. 715 (1966)  
*Utah Public Service Commission v. El Paso Natural Gas Co.* 395 U.S. 464 (1969)  
*Van Straaten v. Shell Oil Products Co. LLC* 678 F.3d 486 (7<sup>th</sup> Cir. 2012)  
*Wade v. Mayo* 334 U.S. 672 (1948)  
*Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes* 564 U.S. 338 (2011)  
*Washington v. U. S.* 357 U.S. 348 (1958)  
*West 158th Street Garage Corp. v. State* 256 A. D. 401, 10 N. Y. S.2d 990 (NY App. Div. 1939), appeal and reargument den. 257 A. D. 875, 12 N. Y. S.2d 759  
*West v. Barnes* 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791)  
*West Virginia v. EPA* 597 U.S. \_\_\_ (2022)  
*White v. Johnson* 51 S.Ct. 115, 282 U.S. 367 (1931)  
*Whole Woman's Health v. Jackson* 595 U.S. \_\_\_ (2021)  
*Williams v. United States* 535 U.S. 911 (2002)  
*Wiscart v. D'Auchy* 3 U.S. (3 Dall.) 321, 1 L.Ed. 619 (1796)  
*Wisniewski v. United States* 77 S.Ct. 633, 353 U.S. 901 (1957)  
*Wong v. Smith* 562 U.S. 1021 (2010)

*Wood v. Allen* 558 U.S. 290 (2009)  
*Yee v. City of Escondido* 503 U.S. 519 (1992)  
*Youakim v. Miller* 425 U.S. 231 (1976)  
*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952)  
*Youngwood v. West Virginia* 547 U.S. 867 (2006)  
*Zakrzewska v. New School* 574 F.3d 24 (2<sup>nd</sup> Cir. 2009)  
*ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.* 596 U.S. \_\_\_ (2022)  
*Zubik v. Burwell* 136 S.Ct. 1557, 194 L.Ed.2d 696 (2016)

## V. Vereinigtes Königreich

*A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56  
*AB v. Ministry of Defence* [2012] UKSC 9; [2013] 1 AC 78  
*Ainsbury v. Millington* [1987] 1 ALLER 929  
*Al Rawi v. Security Service* [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531  
*Alize 1954 v. Allianz Elementar Versicherungs AG* [2021] UKSC 51  
*Al-Waheed v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 2714 und [2017] UKSC 2  
*Assicurazioni Generali Spa v. Arab Insurance Group* [2002] EWCA Civ 1642; [2003] 1 WLR 577  
*Attorney General v. Sillem* [1864] 10 H.L. Cas 704  
*Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark* [2010] UKSC 28  
*Bannister v. S. G. B. Plc. and Others and other Cases* [1998] 1 WLR 1123  
*Belhaj & Anor v. Straw & Ors (Rev 1)* [2017] UKSC 3  
*Biguzzi v. Ranc Leisure plc.* [1999] 4 ALLER 934  
*Birkett v. James* [1978] AC 297  
*BMT Marine and Offshore Survey Ltd v. Lloyd Werft Bremerhaven GmbH* [2011] EWHC 32  
*Bolton v. Stone* [1951] AC 850  
*Bowman v. Fels* [2005] EWCA 226 Civ; [2005] 1 WLR 3083  
*Buehler AG v. Chronos Richardson Ltd* [1998] EWCA Civ 509  
*Callery v. Gray (Nos 1 & 2)* [2002] 1 WLR 2000  
*CGU Int. Insurance Plc. v. AstraZeneca Ins. Co. Ltd* [2006] EWCA Civ 1340  
*Chapman v. Honig* [1963] 1 WLR 19  
*Clark v. Perks* [2001] 1 WLR 17  
*Colley v. Council for Licensed Conveyancers* [2001] EWCA Civ 1137; [2002] 1 WLR 160  
*Copeland v. Smith (Practice Note)* [2000] 1 WLR 1371  
*Cordell v. Second Clanfield Properties Ltd* [1969] 2 Ch. 9  
*Corr v. IBC Vehicles Ltd* [2008] UKHL 13; [2008] 1 AC 884  
*Deutsche Bank AG v. Highland Crusader Partners LP* [2009] EWCA Civ 725; [2010] BusLR 515  
*Dickinson v. Tesco Plc* [2013] EWCA Civ 36  
*Dring v. Cape Intermediate Holdings Ltd* [2018] EWCA Civ 1795; [2019] 1 WLR 479  
*Eli Lilly v. Actavis UK Ltd & Ors* [2017] UKSC 48  
*Etihad Airways PJSC v. Flother* [2020] EWCA Civ 1707; [2021] 2 WLR 939  
*Fage UK Ltd v. Chobani Ltd* [2014] EWCA Civ 5  
*Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors* [2002] UKHL 22  
*FCA v. Arch Insurance (UK) Ltd. et al* [2021] UKSC 1

- Flood v. Times Newspapers Ltd* [2012] UKSC 11; [2012] 2 AC 273  
*Frost and others v. MGN Limited* [2017] UKSC 33  
*Glasgow Navigation Co. v. Iron Ore Co. Ltd.* [1910] AC 293  
*Global Torch Ltd. v. Apex Global Management (No. 2)* [2014] UKSC 64  
*Greenlands v. Wilmburst* (1913) 29 Times Law Review (CA) 685  
*Gregory v. Turner* [2003] EWCA Civ 183; [2003] 1 WLR 1149  
*Greig Middleton & Co. Ltd. v. Denderowicz and Olaleye-Oruene v. London Guildhall University* [1998] 1 WLR 1164  
*Henderson v. Dorset Healthcare University NHS Foundation Trust* [2016] EWHC 3275 (Q.B.)  
*Henderson v. Foxworth Investment Ltd* [2014] UKSC 41; [2014] 1 WLR 2600  
*Hickman v. Potts* [1940] 1 K. B. 29  
*Hollister Incorporated Dansac AS v. Medik Ostomy Supplies Ltd* [2012] EWCA Civ 1419  
*Hunter and Others v. London Docklands Corporation* [1997] UKHL 14  
*Hutcheson v. Popdog Ltd.* [2011] EWCA Civ 1580  
*In re Grayan Building Services Ltd* [1995] Ch 241  
*In re Wilson* [1985] 1 AC 750  
*IRC v. Church Commissioners for England* [1975] 1 WLR 251  
*Jackson v. Att-Gen* [2005] UKHL 56  
*Jazztel Plc (As Test Claimant for GLO Issues 9a,9b and 10) v. Revenue And Customs* [2018] EWHC 1830  
*Johnson v. Agnex* [1980] AC 367  
*Jonathan Yearworth & Ors v. North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA Civ 37  
*Jones v. Environcom Ltd.* [2011] EWCA Civ 1152  
*Jones v. Kaney* [2010] EWCA 61 (Q.B.)  
*Jones v. Kaney* [2011] UKSC 13  
*Ladd v. Marshall* [1954] 1 WLR 1489  
*Lombard-Knight & Anor v. Rainstorm Pictures Inc* [2014] EWCA Civ 356  
*McGraddie v. McGraddie* [2013] UKSC 57; [2013] 1 WLR 2477  
*Merck KGaA v. Merck Sharp & Dohme Corp & Ors* [2017] EWCA Civ 1834  
*Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd. et al.* [2000] EWHC Ch 178  
*Mohammed v. Ministry of Defence (No. 2)* [2017] UKSC 2  
*Monrie v. Hopkins (No 2)* [2017] EWHC 645 (Q.B.); [2017] 1 WLR 3587  
*Moreno v. MIB* [2016] UKSC 52  
*Moyse v. Regal Partnerships Ltd.* [2004] EWCA Civ 1269  
*National Telekom Co. Ltd. v. Postmaster General* [1913] 2 K. B. 614; [1913] AC 546  
*North Range Shipping Ltd v. Seatrans Shipping Corporation* [2002] EWCA 405  
*Noble v. Owens* [2010] EWCA Civ 224; [2010] 1 WLR 2491  
*Occlutech GmbH v. AGA Medical Corporation* [2010] EWCA Civ 702  
*Office of Fair Trading v. Abbey National plc* [2009] UKSC 6; [2010] 1 AC 696  
*Oscroft v. Benabo* [1967] 2 AllER 548  
*Powell v. Streatham Manor Nursing Home* [1935] AC 243  
*R (Capewell) v. Stoke-on-Trent County Court* [2011] EWHC 3851 (Admin)  
*R (Miller & Anor) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3)* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583  
*R v. Cambridge University, ex parte Bentley* (1723) 1 Stra. 557  
*R v. Ceredigion County Council* [2007] UKHL 24  
*R v. Erskine (Kenneth)* [2009] EWCA Crim 1425; [2010] 1 WLR 183  
*R v. Home Secretary, ex parte Wynne* [1992] Q.B. 406

- R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salem* [1999] 1 AC 450  
*R v. Secretary of State For Trade and Industry; ex Parte Eastaway* [2000] UKHL 56  
*R v. South Oxfordshire DC* [2018] EWCA Civ 860; [2018] 1 WLR 5161  
*R v. The Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41  
*R v. Luckhurst* [2022] UKSC 23  
*Re Coles v. Ravenshear* [1907] 1 K. B. 1 (CA)  
*Re Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41  
*Re T (A Child)* [2002] EWCA Civ 1736  
*Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998* [2022] UKSC 31  
*Rickards v. Rickards* [1989] 3 ALLER 193  
*Riyad Bank v. Abli United Bank (UK) plc* [2005] EWCA Civ 1419  
*Riniker v. University College London* [2001] 1 WLR 13  
*S. S. Hontestroom v. S. S. Sagaporak* [1927] AC 37  
*Schutz (UK) Ltd v. Werit (UK) Ltd (Rev 1)* [2013] UKSC 16  
*Smith v. Cosworth Casting Processes Ltd. (Practice Note)* [1997] 1 WLR 1538  
*Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] 1 AC 460  
*Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd* [2014] UKSC 15  
*Sun Life Assurance Co of Canada v. Jervis* [1944] 1 ALLER 469  
*Takeda UK Ltd v. F. Hoffmann-La Roche AG* [2018] EWHC 2155 (Ch)  
*Tanfern Ltd. v. Cameron-Macdonald & Anor* [2000] EWCA Civ 3023  
*Tankard v. John Fredericks Plastics Ltd* [2008] EWCA Civ 1375  
*Taylor v. Lawrence* [2002] EWCA Civ 90  
*Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v. Revenue and Customs* [2021] UKSC 31  
*The Case of Thomas Skinner, Merchant v. The East India Company (1666)* 6 State Trials 710 (H. L.)  
*Tonicstar Insurance Ltd v. Allianz Insurance PLC* [2017] EWHC 2753 (Comm)  
*Tonicstar Insurance Ltd v. Allianz Insurance PLC* [2018] EWCA Civ 434; [2018] BusLR 2347  
*Union Bank v. Munster* (1887) 37 Law Reports, Ch. D. 51  
*Unwired Planet International Ltd & Anor v. Huawei Technologies (UK) Co Ltd & Anor* [2020] UKSC 37  
*Warner-Lambert Company LLC v. Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Anor (rev 1)* [2018] UKSC 56  
*Watt v. Thomas* [1947] AC 484  
*White and Another v. Jones and Others* [1995] UKHL 5  
*Willers v. Joyce (No. 1)* [2016] UKSC 43  
*Wilson v. Liverpool Corporation* [1971] 1 WLR 302  
*Young v. Anglo American South Africa Ltd & Ors* [2014] EWCA Civ 1130

## VI. Andere

*Australien*

*Morris v. R.* (1987) 74 ALR 161

*Re Judiciary and Navigation Acts* (1921) 29 CLR 257

*Kanada*

*Reference Re Same-Sex Marriage* [2004] S. C. C. 79

*Österreich*

OGH RdW 2007, 598

*Schweiz*

BGE 130 V 91

BGE 134 III 354

BGE 135 III 1

BGE 135 III 127

BG v. 26.10.2020, 4A 152/2020

## Sachverzeichnis

- advisory opinions 458 ff.  
Allgemeine Gerichtsordnung (1793) 31 f.  
Altes Reich 18 ff.  
Ancien Régime 276 ff.  
Anerkenntnisurteil 394, 399 f.  
Anhörungsrüge 81 f., 173 f.  
Annahmerevision 66 f.  
appeal (UK) 316 ff.  
– first ~ 323 ff.  
– leapfrog ~ 320, 328, 417 ff.  
– second ~ 327 ff.  
– third ~ 328 ff.  
– Zulassungskriterien 329 ff.  
appeal per saltum, *siehe* Sprungrevision  
appel 291 f., 294  
Appellation 20 ff., 28 ff., 37 ff.  
arrêt  
– non spécialement motivé 145, 288, 301, 311  
– de principe 249 f.  
arrêts de règlement 277, 281  
Assemblée plénière 288, 302 ff., 434  
Auslegungsrichtlinien 461  
Austrägalinstanz 64, 77, 186 ff.  
Australian High Court 272 f.  
Avocats au Conseil 216 f., 296
- Begründungspflicht 143 ff.  
beneficium novorum 26, 29, 55  
Berufung 105 ff., 416, 457, 464, 469 ff.  
Beschwerdewert 465 ff.  
BVerfG 64 f., 74 ff., 171 ff., 243 ff., 480 f.  
BGHZ-Sammlung 248 f.  
binding precedent 167, 191 f., 256, 322, 337, 381 ff., 418  
BOHGE 44 f.  
brief of amicus curiae 356, 361  
Bulletin des arrêts 249, 434
- Bundes-Oberhandelsgericht 43 ff.  
Bundesgesetzgeber 194 ff.
- California Supreme Court 255, 375  
cas d'ouverture à cassation, *siehe* Kassationsgründe  
cassation  
– dans l'intérêt de la loi 38, 55, 304 f., 454  
– platonique 38, 454 f.  
– pour excès de pourvoi 305 f.  
– sans renvoi 307 f.  
cert. pool 316 f.  
certified question-Verfahren 349, 438 ff.  
Certiorari Act (1925) 341 ff.  
certiorari before judgment 419 f.  
Chambre des Requêtes 282, 288  
Chambre mixte 302 f.  
Circuit Courts 339  
Circuit Courts of Appeal 341  
circuit  
– precedent 354  
– riding 341  
– split 353 f., 439  
Codex Juris Bavaricii Judiciarii (1753) 38 f.  
Commercial Court 71, 152 f.  
Commissaire du Roi 303 f.  
Conseil Constitutionnel 290 ff., 434 f.  
Conseil des Parties 278 ff.  
Conseil du Roi 277 ff., 314  
Consilia 23  
contra duae conformes 53, 328  
Corte Suprema di Cassazione 7, 270 f.  
Cour d'Appel 239, 270, 291 f., 294  
Cour de Cassation 6 f., 54 ff., 232, 239, 242, 249 ff., 286 ff., 379 ff., 433 ff., 479, 486  
Court of Appeal (UK) 317 ff.  
Court of Appeals (USA) 254, 346 ff., 438 ff., 453

- Court of Chancery 314  
 Court of Exchequer Chamber 314f.  
 CPO 1877 48ff., 106, 159, 166, 214, 483f.  
 curia regis 23, 277, 314
- Deutscher Bund 42  
 Dispositionsmaxime 158, 394, 398ff., 451f.  
 dissenting opinion 226, 334, 364ff., 384  
 Divergenz 65, 85ff., 134ff., 149, 176ff.,  
     189ff., 302, 328, 353ff., 374f., 439, 445f.,  
     470  
 Divergenzvorlage 176f., 189, 445  
 diversity jurisdiction 440
- EGMR 90ff., 153ff., 236, 245, 301, 437f.,  
     460  
 Erfahrungssätze 102, 110, 159  
 EuGH 92, 179ff., 233ff., 437, 460  
 EuGrCh 92
- Federal Appendix 254  
 federal question jurisdiction 340ff., 351  
 Federal Reporter 253f.  
 Federal Rules of Appellate Procedure 348,  
     477, 479, 486  
 final judgment rule 442  
 financial markets test case scheme 425ff.  
 formation  
 – de section 270, 300f.  
 – plénière 300f.  
 – restreinte 270, 288, 300f.
- Gemeinsamer Senat der obersten Gerichts-  
     höfe des Bundes 64, 175f., 186ff., 446  
 germanischer Prozess 18f.  
 Geschäftsanfall 113ff.  
 gesetzlicher Richter 83, 85f., 139, 333  
 Gleichheitssatz, allgemeiner 67, 79f., 140f.,  
     222, 293  
 Große Senate 176ff.  
 Group Litigation Order 425  
 Grundrecht auf Revision 74ff.  
 Grundsatzbedeutung 130ff.  
 GVR order 367
- Herrenchiemseer Konvent 63  
 High Court 250ff., 266, 317, 417ff.
- Hinweisbeschlüsse 403ff.  
 Hoge Raad 239ff., 265, 435f., 454f., 458  
 Horror pleni 176, 187  
 House of Lords 314ff., 329ff., 419
- ICLR 250ff.  
 in forma pauperis 318, 345, 360  
 Individualverfassungsbeschwerde 10, 64,  
     77, 83, 118, 144, 172ff., 191, 293, 473  
 interlocutory appeals 442ff.  
 Interlokute 21, 432
- Judicature Acts (1873/1875) 316ff.  
 Judiciary Act (1789) 339f.  
 jury trial 347  
 Justizgewährungsanspruch 11, 74, 83f.,  
     122, 172, 174, 198, 244, 421, 448, 481f.
- Kameraljurisprudenz 227, 259  
 KapMuG 396f., 423, 449  
 Kassationsgründe 295ff.  
 kollektiver Rechtsschutz 151f., 396  
 Konzentration des Prozessstoffs 475ff.  
 Kostenrecht 121ff.
- law clerks 208, 348, 361ff.  
 Law Reports 250ff., 315  
 leapfrog appeal, *siehe* appeal  
 Leitentscheidungsverfahren 71, 412ff.  
 Leitsätze 225, 230f.
- Master of the Rolls 322, 417  
 mémoire ampliatif 296  
 Missbrauchsgebühren 478ff.  
 Model European Rules of Civil Procedure  
     385f.  
 moyens en cassation 54, 296f.  
 Mündlichkeitsprinzip 483ff.  
 Musterprozesse 422ff.
- Nallet-Report 293  
 National Reporter System 253  
 Nationalsozialismus 61f.  
 New York  
 – Court of Appeals 374f.  
 – Law Reporting Bureau 255  
 – Supreme Court 374

- Nichtigkeitsbeschwerde 35 ff., 40 ff., 50  
 Nichtzulassungsbeschwerde 8, 103, 117 ff.,  
 171 ff., 190 f., 464 ff.  
 Norddeutscher Vorentwurf 38  
 Nullitätsquerel 20 f., 35  
  
 Oberappellation 29 ff., 37 ff., 52 ff.  
 Oberappellationsgericht 37 ff.  
 Oberster Gerichtshof für die britische  
 Zone 62  
 obiter dicta 135, 167, 309, 334, 406 f., 411 f.  
 Öffentlichkeitsgrundsatz 141, 198 ff., 219  
 Official Reporter 248, 257  
 OGH 241, 268  
 Ordonnance Civile touchant la réformation  
 de la justice (1667) 280 f.  
 Ordonnance de Blois (1579) 279  
  
 Pandektenwissenschaft 34  
 parlements 276 ff.  
 permission to appeal 323 ff.  
 ~ application 266, 331 f.  
 pourvoi en cassation 35, 69, 145, 265, 289 ff.  
 Präjudiz 167, 188 ff., 254 ff., 287, 461  
 – negatives ~ 12, 391 ff.  
 – ~ienbuch 34  
 Präsidialrat 210 ff.  
 prerogative writ 313 ff.  
 privilegia de non appellando 22, 30 ff.  
 Procureur général près la Cour de cassation  
 303 f.  
 Procureur-Generaal (Hoge Raad) 436  
 Prozessordnung in bürgerlichen Rechts-  
 streitigkeiten (1869) 39 f.  
  
 question prioritaire de constitutionalité  
 434 f.  
  
 rechtliches Gehör 81 f., 117, 139 ff., 149 f.,  
 164, 173, 406, 424, 445, 478 ff.  
 Rechtsanwaltschaft beim BGH 214 ff.  
 – Wahlausschuss 221 f.  
 Rechtsbehelf, außerordentlicher 28, 81 ff.,  
 265, 289  
 Rechtsbeschwerde 81 ff., 112, 114, 120, 445,  
 465  
 Rechtsentscheid in Mietsachen 444 ff.  
 Rechtsfortbildungstatsachen 160  
 Rechtsmittelklarheit 81 f., 86 f., 139  
 référé législatif 284 f.  
 reformatio in peius 100  
 rehearing 106 f., 317, 324, 384  
 Reichsgericht 45 ff.  
 Reichshofrat 19  
 Reichskammergericht 19 ff.  
 Reichskammergerichtsordnung 20 ff.  
 Reichskammergerichtsvisitation 25 ff.  
 Reichs-Oberhandelsgericht 45 ff.  
 Reichsrechtshof 55  
 rejeter non spécialement motivé 145, 288,  
 301, 311, 381 f.  
 Reporter of Decisions 253, 368  
 Réseau des Présidents des Cours Suprêmes  
 237  
 Responen 23  
 retrial 316, 340  
 Revision  
 – zulassungsfreie ~ 151 ff.  
 – ~seinlegungsquote 115 f.  
 Revisionsgründe, absolute 141 f., 161, 164 f.  
 Revisionsrücknahme 394, 410 ff., 457  
 Revisionsurteil  
 – Begründung 224 ff.  
 – Bindungswirkung 166 f.  
 – Entscheidungslänge 231 ff.  
 – Publikation 243 ff.  
 Revisionszulassung 129 ff.  
 – beschränkte ~ 145 ff.  
 – Grundsatzbedeutung 130 ff.  
 – Rechtsanwendungsfehler 136 f.  
 – Rechtsfortbildung 133  
 – Sicherung einer einheitlichen Rechtspre-  
 chung 134 ff.  
 – Verfahrensgrundrechte 139 ff.  
 Revisionszwecke 57 ff., 93 ff.  
 Revisoren 26 f.  
 Revisorium 38 f.  
 RGZ-Sammlung 47  
 Rheinischer Revisions- und Kassations-  
 senat 34 f.  
 Richterschaft am BGH 203 ff.  
 – Wahlausschuss 210 f.  
 – Wahlverfahren 209 ff.  
 right to appeal 75, 321

- ROGHE 44 f.  
 Royal Courts 313 ff.  
 Rule of Four 362 f., 439
- Sachrüge 160 ff.  
 saisine pour avis 433 ff.  
 Schweizerisches Bundesgericht 268 f.  
 Segelanweisungen 167, 406 f.  
 Selbstbindung des Revisionsgerichts 191 ff.  
 seriatim opinions 334, 369  
 Singularzulassung 214 f.  
 Solicitor General 357  
 Sprungrevision 415 ff.  
 stare decisis 175, 189 f., 252, 379  
 Streitwertrevision 60, 65  
 Subsidiaritätsprinzip, zivilprozessuales  
 163 f.  
 summa appellabilis 21, 27, 30, 55, 59, 465 ff.  
 – *siehe* auch Beschwerdewert  
 summary disposition 366 f.  
 supplication au roi 277  
 Supplikation 25, 29  
 Supreme Court Rules (UK) 329 ff.  
 Supreme Court Rules (USA) 350 ff.  
 Syndikatsklage 25 f.
- Tatfrage 53, 155 ff., 295, 318, 325 f., 358,  
 380  
 test case 335, 419, 424 ff.  
 Tribunal de Cassation 281 ff.  
 Tribunal Judiciare 292  
 two court rule 358
- UK Supreme Court 8, 199 f., 250 ff., 263 ff.,  
 320 ff., 328 ff., 418 f., 425 ff., 477 f.  
 United States Reports 253  
 unpublished opinions 254 ff.  
 Urteilsschelte 19, 39  
 US Supreme Court 7, 232, 253 f., 264 ff.,  
 338 ff., 419 f., 438 ff., 476 ff.
- Vereinigte Große Senate 176 f., 302  
 Vereinigte Zivil- und Strafsenate 47  
 Verfahrensrüge 103, 108, 111 f., 144, 158 f.,  
 160 ff.  
 Verfassungsgerichtsbarkeit 63 f., 263 f.  
 Versäumnisurteil 408 ff.  
 Vertreter  
 – des Bundesinteresses 456 f.  
 – des öffentlichen Interesses 456 f.  
 Verzichtsurteil 408 ff.  
 voie de recours extraordinaire 55, 289  
 Vorabentscheidungsverfahren 179 ff.  
 Vorlageverfahren 431 ff.
- Weimarer Republik 60  
 Willkür 79, 84 ff., 139 ff., 182, 193  
 Woolf-Reformen 320 ff.  
 writ of certiorari 342 ff., 419 f., 439, 476 f.  
 writ of error 314 ff., 340 ff.  
 ZPO-Reformgesetz 9 f., 68 ff., 97 ff.
- Zulassungsberufung 469 ff.  
 Zulassungsgründe, *siehe* Revisionszulas-  
 sung  
 Zweigliedrigkeit, funktionale 105 ff.