

freilich den Vorschriften des Eheverfahrens unterworfen ist²⁹⁾. In entsprechender Anwendung von § 769 ZPO muß man dann auch dem Gericht die Befugnis zubilligen, nicht nur durch besondere Anordnung den Eintritt der Gestaltungswirkung hinauszuschieben — dafür wäre nach Rechtskraft des Gestaltungsurteils auch kein Raum mehr — sondern sogar den bereits eingetretenen Gestaltungseffekt vorläufig zu suspendieren.

Hat freilich in der Zwischenzeit der andere Ehegatte wieder eine neue Ehe geschlossen, so können diese Grundsätze nicht gelten. Dann hat der neue Ehegatte in Konsequenz und im Vertrauen auf das rechtskräftige Scheidungsurteil Rechte erworben. Ebenso wie die von Dritten auf Grund von Zwangsvollstreckungsakten erworbenen Rechte im Wege einer Vollstreckungsgegenklage nicht mehr angreifbar sind, müssen auch vom Dritten neu erworbene familienrechtliche Positionen geschützt werden, wenn man die „Gestaltungsgegenklage“ gegen ein rechtskräftiges Gestaltungsurteil zuläßt.

DRITTER HAUPTTEIL

Allgemeine Voraussetzungen für den Erlaß von Gestaltungsurteilen

Seit rund hundert Jahren sind wir gewohnt, unter den Voraussetzungen für den Erfolg einer Klage solche ihrer Zulässigkeit und solche ihrer Begründetheit zu unterscheiden. Die Möglichkeit dieser Unterscheidung basiert auf der scharfen Trennung von materiellem und Prozeßrecht, die uns die Begriffe materiell gedachte „Rechtsfolge“ einerseits und Voraussetzungen ihrer prozessualen Geltendmachung andererseits an die Hand geben. Die Gestaltungs klagen und -urteile in dieses dogmatische Gebäude einzufügen, bereitet nicht geringe Schwierigkeiten, denn das „Gestaltungsklagerrecht“ ist schon von seiner materiell-rechtlichen Anlage her ganz spezifisch auf die gerichtliche Geltendmachung zugeschnitten. Es handelt sich bei den Gestaltungs klagen eben um „actiones“¹⁾, die innerhalb moderner prozeßrechtlicher Strukturen Fremdkörper sind.

Freilich hat es keinen Sinn, die Untersuchungen zu dieser Frage zu vertiefen, ehe wir nicht den Streitgegenstandsbegriff bei Gestaltungs klagen und -urteilen klargestellt haben. Gleichwohl gibt es eine Reihe von Problemen im Zusammenhang mit den Voraussetzungen für den Erlaß eines Gestaltungsurteils, die unabhängig davon zu beantworten sind, ob es sich um Bedingungen handelt, die man prozessual oder um eine solche, welche man materiellrechtlich qualifiziert. Diesen Problemen wollen wir uns nunmehr zuwenden. Wir sprechen dabei aber nicht von Voraussetzungen der „Zulässigkeit“ einer Gestaltungs klage, sondern neutral von den „allgemeinen Voraussetzungen für den Erlaß eines Gestaltungsurteils“.

Unter ihnen nehmen diejenigen eine Sonderstellung ein, die mit dem Grundsatz des sog. *numerus clausus der Gestaltungsurteile* zusammenhängen. Wir werden sie (6. Kap.) den sonstigen „allgemeinen Gestaltungs voraussetzungen“ (7. Kap.) gegenüberstellen.

¹⁾ So Böttcher, Juristentagsfestschrift, S. 511 ff, 522, Fußn. 19; ders., Festschrift für Lent, S. 89 ff, 105; ebenso schon Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 56.

²⁹⁾ Um zu verhindern, daß eine solche „Gegengestaltungs klage“ nach Jahr und Tag noch erhoben wird, muß man sich freilich dazu entschließen, Klageerhebung binnen angemessener Frist zu verlangen, so wie man es auch bei der nachträglichen Schuldklage im interzonalen Scheidungsrecht tut (s. dazu unten § 33 II 2 e bei Fußn. 47).

6. KAPITEL

Der Grundsatz vom numerus clausus der Gestaltungsklagen und -urteile und seine Grenzen

Auf dem heutigen Stand unserer Rechtsentwicklung ist, wie schon *Kisch*²⁾ feststelle, die erkennende Tätigkeit des Richters eine Selbstverständlichkeit. Das gleiche gilt für die Verhängung der vollstreckungsrechtlichen Sanktion durch ihn, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet. Zu einem Gestaltungsakt durch den Richter hingegen bedarf es einer spezialgesetzlichen Ermächtigung. Daraus folgt, daß Leistungs- und Feststellungsklage allgemein zulässig sind, bei letzterer allerdings mit der gesetzlichen besonders erwähnten Voraussetzung — § 256 ZPO — (die allerdings letzten Endes für alle Klagen gilt), daß zu ihrer Zulässigkeit ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt. Gestaltungsurteile hingegen dürfen nur ergehen, wenn die Rechtsordnung sie im Einzelfall vorsieht. Diesen Grundsatz bezeichnet man gemeinhin als Prinzip des numerus clausus der Gestaltungsurteile.

So wenig an diesem Prinzip zu rütteln ist, so bedarf es doch einiger Erläuterungen, um seine Tragweite ermessen zu können, insbesondere aber, um einige Mißverständnisse auszuräumen, die bei der Interpretation des Grundsatzes entstanden sind. Einmal fragt es sich, wieweit Normen, welche die Grundlage für Gestaltungsurteile abgeben, einer *analogen Anwendung* fähig sind (§ 28). Zum anderen taucht das Problem auf, ob die Parteien durch *Privatrevereinbarung den Richter zum Erlaß von Gestaltungsurteilen ermächtigen können*, die im Gesetz nicht vorgesehen sind (§ 29). Schließlich wollen wir untersuchen, ob der deutsche Richter, wenn er nach deutschem Kollisionsrecht ausländisches materielles Recht anwenden muß, auch die im *ausländischen Recht vorgesehene Gestaltungsurteile* erlassen kann, vor allem dann, wenn es sich um Gestaltungsurteile handelt, die dem deutschen Recht ihrer Natur nach unbekannt sind (§ 30).

§ 28

Gestaltungsurteile auf Grund analoger Gesetzesanwendung?

In der Rechtspraxis ist heute die Fällung von Gestaltungsurteilen durch analoge Gesetzesanwendung eine durchaus geläufige Rechtserscheinung.

²⁾ Beiträge, S. 55.

Den Anfang machte, soweit ersichtlich, das Reichsgericht mit einem Urteil vom 9. Oktober 1914³⁾. In entsprechender Anwendung von §§ 273 HGB a. F. (heute: §§ 243, 246 AktG), 51 GenG hat es entschieden, daß auch ein *Gesellschafterbeschuß der GmbH* durch eine von einem Gesellschafter gegen die Gesellschaft zu richtende *Anfechtungsklage* angegriffen werden könne, ein Prinzip, das es auch auf sonstige „rechtsfähige Personen, Vereinigungen und Körperschaften“ übertragen wissen wollte. In der Folgezeit hat man in entsprechender Anwendung von § 133 HGB allgemein den *Ausschuß eines Gesellschafters aus der GmbH*⁴⁾ und in entsprechender Anwendung von § 142 HGB die *Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf den verbliebenen Gesellschafter* in einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gutzuheißen⁵⁾. Weigehend will man heute in analoger Anwendung von § 2339 Ziff. 3 BGB ein Erbnunwürdigkeitsurteil zulassen, wenn der Erbe den Erblasser durch Gewalt oder Hypnose zur Errichtung des Testaments bestimmt oder von ihr abgehalten hat⁶⁾.

Gang und gäbe ist auch die entsprechende Anwendung von § 315 III 2 BGB (richterliche Leistungsbestimmung) zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen⁷⁾ und zur Leistungsbestimmung, wenn ein Partner eines Vertrages faktisch gezwungen wird, an ein Monopolunternehmen zu liefern⁸⁾. Nun ist zwar die richterliche Leistungsbestimmung nach § 315 III 2 BGB richtiger Ansicht nach gar kein Gestaltungsurteil⁹⁾. Entscheidend aber ist in unserem Zusammenhang, daß die herrschende Ansicht

³⁾ RGZ 85, 311 ff.; zust. *Rosenberg*, ZPR, 8. Aufl., § 87 II vor 1; *St/SchB*, 18. Aufl., vor § 253 ZPO, Bem. II 3 b.

⁴⁾ BGH, Urt. v. 1. Apr. 1953, BGHZ 9, 157 ff., 166 ff.; *Baumbach-Hueck*, 11. Aufl., Einführung § 34 GmbHG, Bem. 2 B; w. N. siehe bei *Scholz*, 5. Aufl., § 15 GmbHG, Bem. 65; im einzelnen ist freilich manches streitig; nach einigen ist die Klage von der GmbH zu erheben (BGH, *Baumbach-Hueck* a. a. O.), anderen zufolge von den übrigen Gesellschaftern; grundsätzlich gegen dieses Ausschlußmittel und einen Gesellschafterbeschuß genügen lassend: RG, ständige Rechtsprechung, zuletzt Urt. v. 8. Apr. 1943, DR 1943, 812.

⁵⁾ BGH, Urt. v. 19. Mai 1960, BGHZ 32, 307 ff., 314 ff., m. w. N. S. 317.
⁶⁾ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken, S. 186 ff.; für Gewalt ebenso *Staudinger-Ferid*, 11. Aufl., § 2339, Bem. 35; *Erman-Bartholomeyczik*, 3. Aufl., § 2339, Bem. 5.

⁷⁾ BGH, Urt. v. 29. Okt. 1962, BGHZ 38, 183 ff., 186; *Larenz*, Schuldrecht, 7. Aufl., Allg. Teil, § 8 a. E.; vor allem auch *Lukes*, NJW 1963, 1897 ff. und *Rimne*, Juristenzeitschrift, S. 135 ff., 167 ff.

⁸⁾ BGH, Urt. v. 2. Apr. 1964, BGHZ 41, 271 ff., 274 ff.; die in der Literatur gemachten Vorschläge zu einer entsprechenden Anwendung von § 315 III 2 BGB sind äußerst zahlreich; siehe dazu vor allem *Neumann-Duisberg*, JZ 1952, 705 ff., 709 ff.

⁹⁾ S. dazu o. § 15 I 2.

sie dafür hält und trotzdem keine Bedenken hat, diese Norm analog anzuwenden¹⁹⁾.

Darüber hinaus hat sich die Rechtsprechung sogar ohne entsprechende Anwendung irgendeiner konkreten Norm im Wege freier Rechtsfindung die Grundlage für den Erlaß von Gestaltungsurteilen geschaffen, z. B. bei der *isolierten Schuldfeststellungsklage im interzonalen Ehescheidungsrecht*¹⁸⁾ oder bei der *Auseinandersetzung über gemeinsame Mietrechte*, in letzterem Falle um den Berechtigten eine privatrechtliche Kündigung zu ersparen, deren Folge ein Verlust des Kündigungsschutzes für alle von ihnen wäre¹⁹⁾.

Die Häufigkeit von Gestaltungsurteilen auf Grund analoger Gesetzesanwendung steht in einem eigenartigen Gegensatz zur Stringenz, mit welcher man in der Lehre im Zusammenhang mit der Erörterung von Gestaltungsfragen und -urteilen die Möglichkeit einer entsprechenden Gesetzesanwendung verneint. Nach einer häufig vertretenen Ansicht sollen Normen mit Gestaltungsermächtigung für den Richter überhaupt nicht entsprechend anwendbar sein¹⁸⁾. Andere empfehlen in diesem Punkt jedenfalls große Zurückhaltung¹⁴⁾.

Man begründet diesen Standpunkt mit dem angeblich allgemein geltenden Grundsatz, daß Ausnahmebestimmungen einer entsprechenden Anwendung nicht oder doch nur in ganz beschränktem Rahmen zugänglich seien.

¹⁰⁾ So ausdrücklich *Laake*, NJW 1963, 1898; meist setzt man sich in diesem Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung von Gestaltungsermächtigungen gar nicht auseinander.

¹¹⁾ BGH, Urt. v. 30. Nov. 1960, BGHZ 34, 134 ff., 150 ff.; zust. *Habscheid*, ZJP 74, 360 ff.; *ders.*, FamRZ 1963, 201 ff., 202; *Drobnig*, FamRZ 1961, 341 ff., 346; *Beitzke*, JZ 1961, 649. Freilich ist noch offen, ob die Schuld-feststellung in einem solchen Falle auch von den Gerichten der BRD incidenter getroffen werden kann; in diesem Sinne etwa: LG Dortmund, Urt. v. 3. Nov. 1961, FamRZ 1962, 380; *Drobnig*, FamRZ 1961, 341 ff., 351; dann läge allerdings kein Gestaltungsurteil vor.

¹⁸⁾ S. dazu *Rognette*, DR 1944, 56 ff.; *ders.*, Mietrecht, 4. Aufl., Tübingen 1954, S. 45 ff.; AG Berlin-Schöneberg, JR 1948, 111. a. A. unter Berufung auf den numerus clausus der Gestaltungsurteile aber LG Berlin, Urt. v. 31. Juli 1951, NJW 1952, 30; LG Lübeck, Urt. v. 7. Juli 1952, NJW 1952, 1143; LG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 17. Jan. 1956, NJW 1956, 1282 ff. mit zust. Anm. v. *Beitmann*; *Bellinger*, Richterliche Gestaltung, S. 116 ff.

¹⁹⁾ So vor allem *Kisch*, Beitrage, S. 55 ff., 93 (für die „auslösenden“ Urteile), 118 (für „festsetzende“ Urteile); außerdem *Balog*, GrünhZ, 34, 123 ff., 144; RG, Urt. v. 5. Mai 1937, RGZ 155, 72 ff., 74 (für den Fall der Aufhebungsklage gegen ein Ausschlussurteil nach § 957 II ZPO); *Scheidewind*, Gestaltungsurteile, S. 9; *Bellinger*, Richterliche Gestaltung, S. 118; *Henker*, Gestaltungs-klage, S. 5, 20.

¹⁴⁾ So z. B. *Rosenberg*, ZPR, 9. Aufl., § 87 II vor 1; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, 18. Aufl., vor § 253 ZPO, Bem. II 3; *Thomas-Putzo*, 2. Aufl., vor § 253 ZPO, Bem. II 3; kritisch hierzu bisher wohl nur *Alfred Haeckel*, Recht im Wandel, S. 287 ff., 289, 292 ff.

Die Erwägungen, die zugunsten dieses — tatsächlich häufig vertretenen — Grundsatzes ins Feld geführt werden können, lassen sich, obwohl interdependent, in zwei Richtungen einteilen. Einmal sind sie rechtsstaatlicher Natur (I.), zum anderen glaubt man, der behauptete Grundsatz sei ein Gebot der Rechtslogik (II.).

Scharf von dem Problem der analogen Anwendung von Gestaltungsermächtigungen für den Richter zu trennen ist die Frage, ob es möglich ist, bisher nicht als solche qualifizierte Gestaltungsurteile zu „entdecken“. So hat beispielsweise das Reichsgericht geglaubt, dem Vaterschaftsstatusurteil im Unehelichenrecht eine „gewisse rechtsgestaltende Kraft“ nicht absprechen zu können¹⁵⁾. *Göppinger* sieht in einem Urteil, das die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache feststellt, ein prozessuales Gestaltungsurteil¹⁶⁾. Auch wir haben die gestaltende Natur einer Reihe von Gerichtsentscheidungen nachzuweisen versucht, die bisher noch nicht als solche erkannt waren¹⁷⁾.

Obwohl es sich hierbei um durchaus neuartige Thesen handelt, können sie keinesfalls mit dem Grundsatz vom numerus clausus der Gestaltungsurteile bekämpft werden¹⁸⁾, auch wenn dieser einer analogen Gesetzesanwendung tatsächlich im Wege stünde. Denn jener Rechtsatz, der etwa den Erledigungsauspruch durch Urteil bzw. das Statusurteil im Unehelichenrecht zuläßt, wäre selbstverständlich auch ein numerus im numerus clausus der Gestaltungsurteile, wenn diesen Urteilen tatsächlich gestaltende Natur zukommen sollte¹⁹⁾.

I.

Gestaltungsurteile auf Grund analoger Gesetzesanwendung und Rechtsstaatsprinzip

Man könnte sagen, Gestaltungsfragen hätten meist zusammen mit den Akten der Zwangsvollstreckung und den gestaltenden Entscheidungen von Behörden der Freiwilligen Gerichtsbarkeit die Eigenart, daß von hoher Hand ebenso wie bei Verwaltungsakten in die Rechtssphäre des Beklagten eingegriffen werde; sie stünden daher ebenso wie diese unter dem Vorbehalt des Gesetzes; es müßten infolgedessen für sie dieselben Auslegungssätze gelten, wie mit Rücksicht auf diesen Grundsatz bei

¹⁵⁾ Beschluß des großen Zivilsenats v. 7. Mai 1942, RGZ 169, 129 ff.; zur Widerlegung dieser These vgl. statt aller *Kempf*, Der Haftungsgrund der unehelichen Vaterschaft, Bielefeld 1958, S. 34 ff.

¹⁶⁾ Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Stuttgart, 1958, S. 40 f.

¹⁷⁾ Siehe z. B. oben § 8, 5 (Kündigungsschutzurteil).

¹⁸⁾ Die Frage hat aber *Gaul*, ZJP 74, 135 ff., 137, aufgeworfen.

¹⁹⁾ So richtig *Habscheid*, JZ 1963, 624 ff., 627.

Eingriffen der Exekutive in die Rechtssphäre des Bürgers durch Verwaltungssakt Anwendung fänden. Für diese aber hatte schon *Anschnitt* in der Tat die These aufgestellt, Eingriffsbefugnisse der Verwaltung könnten durch analoge Gesetzesanwendung nicht „erweitert“ werden²⁰⁾.

Trotz der evidentenmaßen großen Bedeutung dieser These war ihr nicht sehr viel Resonanz beschieden. In den neueren Darstellungen des Verwaltungsrechts wird zwar überwiegend die analoge Anwendung von Eingriffsermächtigungen weitgehend für unzulässig erachtet. Dies wird aber durchweg nicht mit rechtsstaatlichen Erwägungen, sondern mit der Behauptung begründet, Gestaltungsermächtigungen als Ausnahmebestimmungen könnten aus logischen Gründen nicht analog angewandt werden²¹⁾. Vereinzelt wird freilich auch die These von *Anschnitt* heute noch vertreten²²⁾. Bisweilen lehnt man sie aber auch im Ergebnis apodiktisch ab²³⁾. Die Rechtsprechung ist uneingeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht etwa hat einmal in einer besoldungsrechtlichen Frage zum Nachteil des Beamten Analogie geübt, ohne sich mit der grundsätzlichen Problematik dieses Vorgehens auseinanderzusetzen²⁴⁾.

Eine eingehende Diskussion um die Auswirkungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auf die Möglichkeiten einer analogen Gesetzesanwendung hat allerdings im Steuerrecht angehalten. Man ist allgemein der Ansicht, daß die „Schaffung neuer Steuerbestände“ im Wege der Analogie unzulässig sei²⁵⁾, daß aber im übrigen einer analogen Rechtsanwendung nichts im Wege stünde²⁶⁾. Ob freilich eine analoge Anwendung zu Lasten des Steuerpflichtigen denkbar sein soll, ohne daß hierbei automatisch ein „neuer Steuerbestand“ geschaffen würde, bleibt

²⁰⁾ Verw.-Arch. 14, 315 ff, 329 ff.

²¹⁾ Insbes. *Forsthoff*, VerwR, 8. Aufl., § 9 S. 154; a. A. aber *Wolff*, VerwR, 6. Aufl., Bd. I, § 28 IV, 6.

²²⁾ So z. B. *Roos*, „Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts“, in Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern, 1955, S. 117 ff, 133, m. w. N. aus der schwerer. Literatur. Nach *Dörig* (M. D. Art. 103 GG, Bern. 117) ist eine durch Gesetzesanalogie erweiterte Anwendung der Vorschriften über Maßregeln der Sicherung und Besserung deshalb unzulässig, weil es sich „bei all diesen Mitteln um Eingriffe in die Grundrechtssphäre“ handle, „die gesetzlich normiert und spezifiziert sein müssen“.

²³⁾ z. B. *Forsthoff*, a. a. O.; *Walter Jellinek*, Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin 1931, § 7 VII, S. 151 f.

²⁴⁾ Urt. v. 24. Nov. 1960, BVerwGE 11, 263 ff, 264.

²⁵⁾ So vor allem *Kruse* „Gesetzmäßige Verwaltung, tatbestandmäßige Besteuerung“ in: „Vom Rechtschutz im Steuerrecht“, herausgeg. v. G. Felix, Düsseldorf 1960, 95 ff, 123 ff; *ders.*, in *Tiplke-Kruse*, 2. Aufl., § 1 StAG, Bern. 33 mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand; *RhinH*, Gutachten v. 23. Juni 1921, RFHE 6, 292 ff, 298.

²⁶⁾ *Tiplke-Kruse* u. *RFinH*, a. a. O.

offen. Auch die Abgrenzungen zwischen Auslegung, Analogie und Rechtsfortbildung werden hierbei durchaus unterschiedlich und ungenau gezogen. Eine Analogie zu Lasten des Steuerpflichtigen hat der Bundesfinanzhof in einem Falle ohne viel grundsätzlicher Erörterungen zugelassen, die Verjährungsunterbrechungsvorschrift des § 211 BGB entgegen dem durch § 147 AO indizierten Ergebnis auf das finanzgerichtliche Verfahren analog angewandt²⁷⁾, und später, ebenfalls im Zusammenhang mit einer den Steuerpflichtigen belastenden Rechtsfortbildung, ausgesprochen²⁸⁾.

Lücken, die bei der Auslegung eines Gesetzes hervortreten, haben die Steuergerichte so auszufüllen, wie nach dem Sinnzusammenhang des Gesetzes und nach seinem sonst hervorgeratenen Willen der Gesetzgeber die Frage, wenn sie in seinen Gesichtskreis getreten wäre, wahrscheinlich geregelt hätte.“

Die Ergebnislosigkeit und Unausgegorenheit der bisherigen Lösungsversuche haben ihren Grund darin, daß man glaubt, wenigstens begrifflich zwischen Auslegung und Analogie scharf trennen zu können, indem man die Grenzlinie beim möglichen Wortsinn des Gesetzes zieht²⁹⁾. Dann erscheint alles, was aus den Gesetzen jenseits ihres Wortlautes herausgelesen wird, als *Rechtsschöpfung*, alles andere als *Rechtsfindung*. Die Grenze zwischen dem, was der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gestattet, und dem, was er verbietet, muß dann mit dieser Unterscheidung zusammenfallen.

Die Möglichkeit einer solch scharfen begrifflichen Trennung zwischen Rechtsfindung und Rechtsschöpfung besteht aber in Wirklichkeit nicht. Das hat als erster *Sax* nachgewiesen³⁰⁾. Jedes Verfahren der Auslegung hat zum Ziel, den Sinn des Gesetzes zu ermitteln. Hierbei kann der Wortlaut immer nur Auslegungsmittel, aber bei weitem nicht das einzige, sein. Umgekehrt ist aber die Analogie „zunächst ein Formalverfahren“, welches erst noch eines materiellen Kriteriums zur Feststellung der Rechtsähnlichkeit bedarf. Dieses materielle Kriterium kann aber wiederum nur der Gesetzesinn sein. Jede Auslegung und jede Analogie verlangt ein Urteil darüber, ob der zu entscheidende Sachverhalt in den „wesentlichen“ Punkten mit dem vom Gesetz geschaffenen Tatbestand übereinstimmt.

Für *Sax* scheint freilich die Grenze zwischen Auslegung und Analogie einerseits und Rechtsfortbildung — von ihm „freie Rechtsfindung“ genannt — andererseits begrifflich bestimmbar zu sein, wenngleich auch er den Ver-

²⁷⁾ *BFinH*, Urt. v. 31. Okt. 1957, BStBl 1957 III, 454 ff.

²⁸⁾ Urt. v. 17. März 1961, BStBl. III, 1961, 346.

²⁹⁾ Vgl. statt aller *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 20 f m. w. N., Fußn. 15 und 21; *Larenz*, Methodenlehre, S. 242.

³⁰⁾ Das strafrechtliche „Analogieverbot“, Göttingen 1953, durchgehend, insbes. S. 148 ff, 79 ff; *ders.*, zusammenfassend in *Bettmann-Niipderley-Schöner*, Grundrechte, Bd. III 2, S. 909 ff, 1002, Fußn. 292.

sich, diese Bestimmung vorzunehmen, niemals unternehmen hat. In Wirklichkeit läßt sich aber die Grenze zwischen Analogie und Rechtsneuschöpfung durch den Richter genau so wenig ziehen wie die zwischen Auslegung und Analogie³¹⁾. Es ist keine Gesetzesauslegung denkbar unter konsequentem Verzicht auf jegliche Eigenwertung. Diese ist immer irgendwie im Spiele. Die Analogie hingegen ist neben der von ihr unbestrittenermaßen implizierten Eigenwertung doch weitgehend eine Ermittlung des vorgegebenen Gesetzesinnes, wie wir gesehen haben. Eine ausschließlich auf eigenen Werturteilen des Richters beruhende Rechtsfindung schließlich ist unter unserer Verfassungsordnung nicht denkbar. Sie hörte nicht nur auf, Analogie zu sein³²⁾, sondern wäre als im strengsten Sinne des Wortes „freie“ Rechtsfindung Willkür und unzulässig. Jede richterliche Rechtsfortbildung aber ist auch Rechtsfortbildung und damit ein Zuendedenken eines Vorgedachten. Sie enthält wesensverwandte Elemente sowohl mit der Auslegung als auch mit der Analogie. Zwischen der striktesten Interpretation einer Einzelbestimmung und dem äußersten Grad zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung besteht ein kontinuierlicher Übergang, der sich nicht in das Bild von „Stufen“ pressen läßt³³⁾, sondern sich bruchlos vollzieht³⁴⁾. Jeder Versuch, ihn in begrifflich scharf abgegrenzte, logisch vorgegebene Kategorien, etwa: Auslegung — Analogie — freie Rechtsfindung, zu zerhacken, könnte die Grenzen nur willkürlich ziehen. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß in manchen Rechtsgebieten die Freiheit des Richters bei der Rechtsanwendung weniger groß ist als in anderen. So sind beispielsweise im Strafrecht und im Steuerrecht dem Richter wesentliche Schranken bei analoger Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung zu Lasten des Angeklagten oder Steuerzahlers gesetzt. Ob diese mit dem möglichen Wortsinne einer Gesetzesvorschrift zusammenfallen, wie man meist lehrt³⁵⁾, ist eine Frage, deren Lösung hier offen bleiben kann, denn die Antwort wäre völlig unabhängig davon, ob es sich um eine rein erkennende oder um eine gestaltende Tätigkeit des Richters handelt. Ein Bedürfnis, die

³¹⁾ So neuestens vor allem Heller, Logik und Axiologie, S. 135 ff, auf dessen Ausführungen die nachfolgenden Hinweise fußen.

³²⁾ Wie Heller, a. a. O., S. 141 meint.

³³⁾ Wie Lorenz meint, a. a. O., S. 273; Interpretation und wissenschaftliche Rechtsfortbildung sollen „nicht wesensverschieden“, sondern „zwei Stufen eines gedanklichen Verfahrens“ sein. Diese Aussage hat in der Tat nur Sinn, wenn man sich auf den Boden der Theorie vom „möglichen Wortsinne“ als immanenter Auslegungsgrenze stellt.

³⁴⁾ So Lorenz selbst, S. 275, m. w. N.

³⁵⁾ Siehe für das Strafrecht etwa Schwarz-Dreher, 25. Aufl., § 2 StGB, Bem. 2 A; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 187 ff; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 8. Aufl., S. 20 f; a. A. aber Sax, Analogieverbot (durchgehend); ders., in Bettmann-Nippendey-Schöner, Grundrechte, Bd. III 2, S. 907 ff, 1002, Fußn. 292.

Freiheit des Richters auf bestimmten Rechtsgebieten einzuschränken, kann nur aus Gründen der Rechtssicherheit erwachsen: die Rechtsgenossen sollen sich dann auf das verlassen dürfen, was sie aus dem Text des Gesetzes ablesen können. Wenn aber schon im übrigen Analogie zulässig ist, so bedeutet dies bei Feststellungs- und Leistungsurteilen kein geringeres Opfer zu Lasten der Rechtssicherheit als bei Gestaltungsurteilen, eher umgekehrt. Denn eine analoge Gesetzesanwendung oder offene Rechtsfortbildung auf dem Rücken der Parteien wirkt sich im Rahmen von Feststellungs- und Leistungsurteilen noch viel einschneidender zu Lasten der Rechtsuchenden aus — als bei den — in der Regel nur ex nunc wirkenden — Gestaltungsurteilen. In den Rechtsgebieten, in denen generell Analogie zulässig ist, wie etwa im Zivilrecht oder im öffentlichen Recht zu Gunsten des Staatsbürgers — und im gleichen Umfange wie sie dort zulässig ist — steht daher das Rechtsstaatsprinzip auch einer analogen Anwendung von Normen nicht entgegen, die den Richtern zu Gestaltungsurteilen ermächtigen.

II.

Analoge Gesetzesanwendung, numerus clausus der Gestaltungsurteile und Rechtslogik

Während man das angebliche Verbot von Gestaltungsurteilen auf Grund analoger Gesetzesanwendung sehr selten auf rechtsrationalische Erwägungen stützt, glaubt man häufig, rechtslogische Gründe stünden einer derartigen Analogie im Wege. Die Existenz eines numerus clausus vertrage sich nicht, so meint man, mit einer analogen Anwendung einzelner Normen aus dem numerus clausus³⁶⁾. Diese These geht zurück auf das angebliche Verbot ausdehnender oder gar entsprechender Anwendung von Ausnahmevorschriften, ein Verbot, dessen Existenz gelegentlich, insbesondere im Verwaltungsrecht, immer noch behauptet wird³⁷⁾.

Unter Analogie versteht man überwiegend „die Übertragung“ der für einen Tatbestand A oder mehrere, untereinander „ähnliche“ Tatbestände A₁ bis A_x im Gesetz gegebenen Regel auf den im Gesetz nicht geregelten, erst von dem Beurteiler gebildeten, A-„ähnlichen“ Tatbestand B³⁸⁾. Es

³⁶⁾ Siehe die oben in Anm. 13 und 14 gegebenen Nachweise.

³⁷⁾ Verreten wird diese These noch, wenn auch mit Einschränkungen, von Forsthoff, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 154; Merle, Deutsches Verw.R., Berlin 1962, S. 353; von Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verw.R., 4. Aufl., Berlin 1962, S. 76, mit Fußn. 8. Auch der BGH bediente sich schon wiederholt dieser Formel (vgl. die Nachweise bei Gahl, Grundfragen, S. 38, Note 4, 5a); anders aber z. B. in BGH, Beschl. des Großen Zivilsenats v. 20. Juni 1951, BGHZ 2, 300 ff. Lorenz, Methodenlehre, S. 287 f; ähnlich Enneccerus-Nippendey, Allgem. Teil, 15. Aufl., § 58 II 1; Klug, Juristische Logik, 2. Aufl., S. 101.

handelt sich bei den „A-ähnlichen“ Tatbeständen um Fälle, die in ihrer äußeren Phänomenologie den vom Gesetz für die Tatbestände A₁ bis A_x gewählten Umschreibungen nicht unterfallen, die aber bei einer wertenden Betrachtung alle jene Merkmale aufweisen, die den Gesetzgeber zu der für die Tatbestände A₁ bis A_x aufgestellten Rechtsfolge motivieren, so daß der Gleichheitssatz eine Übertragung der Rechtsfolge auf den Tatbestand B gebietet. Zu einer Analogie kann es daher nur kommen, weil der Gesetzgeber die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Rechtsfolge zu eng umschreibt, sie von mehr oder engeren Voraussetzungen abhängig macht, als dem entscheidenden Motiv für seine Regelung entsprechen. Je nachdem, ob man im möglichen Wortsinn eines Gesetzesabstrahats eine Auslegungsgrenze sieht³⁹⁾ oder nicht, geht analoge Gesetzesanwendung über die Auslegung eines Rechtsatzes hinaus oder fällt mit ihr zusammen.

Geht man von diesem Begriff der Analogie aus, so fragt man sich mit Verwunderung, was denn die Besonderheit jener — Ausnahmeworschriften genannten — Normen ausmachen soll, dererwegen sie einer analogen oder gar einer ausdehnenden Anwendung entzogen sein sollen. Die These vom Verbot analoger Anwendung von Ausnahmewortbestimmungen ist denn auch im methodologischen Schrifttum im Anschluß an ihre vernichtende Kritik durch Philipp Heck⁴⁰⁾ weitgehend aufgegeben⁴¹⁾, wovon diejenigen, welche sich im Zusammenhang mit den Gestaltungsfragen auf sie berufen, nur keine Notiz genommen haben. Qualifiziert man eine Norm als „Ausnahmeworschrift“, so besagt dies, die Norm stehe in einem bestimmten logischen Verhältnis zu einer anderen, generelleren Norm. In dem hier erörterten Zusammenhang bedeutet ein solches Verhältnis aber weder eine statistische Exzeptionalität der der Ausnahmeworschrift unterfallenden Lebenssachverhalte noch eine aus Gründen der Beweislastverteilung vorgenommene Regel-Ausnahmestruktur. Der Charakter einer Norm als Ausnahmeworschrift bedeutet mit anderen Worten, daß aus dem Kreis der der generellen Norm an sich unterfallenden Sachverhalte ein Sektor aus-

gepart wird, dessen Rechtsfolge sich nach der Sondernorm bestimmt. Man spricht von „normativer Ausnahme“⁴²⁾. Man kann daher eine Norm gar nicht schlechthin als „Ausnahmeworschrift“ qualifizieren, sondern immer nur in bezug auf eine andere, generellere Bestimmung. Diese aber steht ihrerseits wieder zu einer noch generelleren im Verhältnis der Ausnahme. In diesem Sinne sind alle Normen, mit Ausnahme des allgemeinsten Rechtsprinzips, in bezug auf bestimmte Normen Ausnahmeworschriften, da sie sonst überflüssig wären⁴³⁾. Daraus folgt aber, daß der Charakter einer Norm als Ausnahmeworschrift niemals das Verbot ihrer analogen Anwendung begründen kann.

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber in bezug auf jeweils generellere Normen Ausnahmebestimmungen geschaffen hat, macht deutlich, daß den Rechtsfolgen ihres Tatbestandes ein eigenständiges, gegenüber dem Grundsatz der generelleren Norm engeres Prinzip zugrundeliegt, denn sonst wäre die Ausnahmeworschrift reine Willkür. Dieses engere Prinzip aber muß genauso analoger Anwendung fähig sein⁴⁴⁾, wie das Prinzip der generelleren Norm entsprechend anwendbar ist, obwohl es in bezug auf eine noch generellere Vorschrift ebenfalls als Ausnahmeworschrift erscheint. Dabei ist aber folgendes zu beachten: Die entsprechende Anwendung von Ausnahmeworschriften ist nicht etwa sozusagen ihrerseits nur ausnahmsweise zulässig. Wie groß der Sektor aus dem Kreis des Tatbestandes der generellen Norm ist, der vom Tatbestand der Ausnahmeworschrift ausgefüllt wird, läßt sich allgemein gar nicht sagen. Keinesfalls ist es ausgemacht, daß er kleiner bleiben müßte als der für die Anwendung der generelleren Norm verbleibende Sektor. Die Spezialvorschrift kann vielmehr rechtologisch fast den ganzen Kreis der allgemeinen Regel ausfüllen und für deren Anwendung nur einen schmalen Ausschnitt übriglassen. So ist etwa die Zubilligung mildernder Umstände bei gewissen Straftatbeständen immer als normative Ausnahme gedacht. Gleichwohl stoßen wir uns nicht daran, daß bei einzelnen Normen 90 Prozent oder noch mehr aller Delinquenten mildernde Umstände zugebilligt erhalten. Ist der von der Spezialvorschrift ausgefüllte Sektor von Hause aus klein, so steht einer analogen Anwendung grundsätzlich fast der ganze Kreis des generellen Tatbestandes

³⁹⁾ i. d. Sinne: Dahm, Deutsches Recht, Stuttgart und Köln, 2. Aufl., 1963, S. 49; English, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956, S. 149; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn, 1930, S. 48; Roth-Stielow, Die Aufklärung des Richters gegen das Gesetz, Villingen 1963, S. 72, 75 ff.; Canaris u. Lorenz, wie Fußn. 29.

⁴⁰⁾ Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1 ff, 186.

⁴¹⁾ Vgl. etwa Gahl, Grundfragen, S. 37 m. w. N. S. 38, Fußn. 6 ff.; seither noch U. Kling, Juristische Logik, 2. Aufl., S. 105; Tipke-Kruse, § 1 StABG, RdNr. 34; Canaris, Festschrift von Lücken, § 173 ff.; Lorenz, Methodlehre, S. 260 f, wenn auch mit gewissen Einschränkungen; Bosch, FamRZ 1959, 379; Hamisch, NJW 1963, 1034 ff, 1036; Lerbbe, Übermaß und Verfassungsverstoß, Köln/Berlin/München/Bonn, 1960, S. 32, Fußn. 15; Schumann, NJW 1964, 753 ff, 754.

⁴²⁾ Diesen Begriff wählt man am besten, um damit den Gegensatz zu einem nur aus rechtsrechtlichen Gründen der Beweislastregelung bestehenden Regel-Ausnahmeverhältnis auszuordnen; vgl. dazu: Lorenz, Methodenlehre, S. 261; Habscheid, FamRZ 1963, 6 ff, 10; Ennecerus-Nipperdey, a. T., 15. Aufl., § 48 I 2; Canaris, Festschrift von Lücken, S. 181, Fußn. 85.

⁴³⁾ Kling, Juristische Logik, 2. Aufl., S. 105.

⁴⁴⁾ So mit Recht, BAG, Beschl. v. 6. April 1955, BAGE 1, 328 ff, 329; BVerwGE Beschl. des Großen Senats v. 18. März 1961, BVerwGE 12, 119 ff, 123 f; Ennecerus-Nipperdey, a. T., 15. Aufl., § 48 I 2 a, m. w. N. in Fußn. 9; Laker, NJW 1963, 1898; Canaris, Festschrift von Lücken, § 173, S. 181.

offen. Auf diese Weise kann die generelle Norm im Ergebnis fast verdrängt werden, nur ganz ist sie eben auf diese Weise nicht beiseite zu schieben.

Damit ergibt sich: *Die Eigenschaft einer Norm als Ausnahmevorschrift in bezug auf eine andere Norm und der Charakter eines Inbegriffs von Normen als numerus clausus* (nämlich von Ausnahmen wiederum bezogen auf eine bestimmte Norm) *besagt über Zulässigkeit und Möglichkeiten analoger Gesetzesanwendung nichts, Es gelten vielmehr für Analogie und Rechtsfortbildung die allgemeinen Grundsätze.*

Hat man dies erkannt, dann erhellt auch, daß im Grunde kein Unterschied besteht zwischen dem numerus clausus der Gestaltungsakten und den für gestaltende Eingriffe durch die Verwaltung oder die Behörden im klassischen Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsätze. Denn auch dort sind Eingriffsakte nicht sozusagen allgemein möglich, sondern an teils weiter teils enger gezogene tatbestandliche Voraussetzungen gebunden. Ein Unterschied besteht nur in quantitativer Hinsicht, insofern als die tatbestandlichen Voraussetzungen für solche Eingriffe dort häufig weiter gezogen sind, und die den Staatsorganen dort zur Verfügung stehenden Gestaltungsmittel zahlreicher sind als im Bereich der gestaltenden Tätigkeit des streitentscheidenden Richters, wie ja überhaupt die These vom numerus clausus der Gestaltungsakten und -urteile ihre Existenz mit dem Umstand verdankt⁴⁵⁾, daß das Gesetz die Gestaltungsmittel umschreiben muß. Der Richter im Leistungsprozeß hingegen erlaubt hinsichtlich der Vollstreckbarkeit ein Blankoerkenntnis, das inhaltlich durch den „numerus clausus“ der möglichen Vollstreckungsakte ausgefüllt wird.⁴⁶⁾

§ 29

Gestaltungsurteile auf Grund Parteivereinbarung?

I.

Zum Problem

Wir haben gesehen, daß die Gestaltungsakten in vieler Beziehung die Nachfahren der römischen *actiones* sind, daß sie wie isolierte Remmeszenen einer untergegangenen Rechtskultur in unser heutiges zivilprozessuales System hineinragen. Es gilt insoweit der durch die Möglichkeit analoger Gesetzesanwendung aufgelockerte Grundsatz vom numerus clausus der Gestaltungsakten.

⁴⁵⁾ Hierauf hat als erster *Kisch*, Beiträge, S. 55, hingewiesen.

⁴⁶⁾ Daß der Hinweis auf das angeblich bestehende Verbot analoger Anwendung von Ausnahmevorschriften unanglich ist, die Unzulässigkeit von Gestaltungsurteilen im Wege analoger Gesetzesanwendung darzutun, betont neuerdings auch *Alfred Hueck*, Rechts im Wandel, S. 287 ff, 292.

tungsurteile. Die gesetzliche Regelung beruht auf einer typisierteren Interessenabwägung. Der Gesetzgeber hat in einigen Fällen die Einführung eines materiell-rechtlichen Gestaltungsrechts, in anderen eines „Gestaltungsklagereds“ und in wieder anderen die Gewährung eines Anspruchs auf Mitwirkung zur Begründung, Beendigung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses vorgezogen. Während der Wahl zwischen „Gestaltungsklagereds“ und dem gerichtlich über § 894 ZPO durchzusetzenden Mitwirkungsanspruch kein erkennbares legislatives Prinzip zugrundeliegt, und beides — von geringfügigen Nuancen abgesehen — im praktischen Ergebnis auf dasselbe hinausläuft, hat für die gesetzgeberische Entscheidung zwischen dem Gestaltungsrecht und dem „Gestaltungsklagereds“ vor allem die Überlegung eine Rolle gespielt, wann die prompte Wirksamkeit der Rechtsausübung, die das erstere gewährleistet, den Gewinn an Rechtssicherheit überwiegt, den das letztere verbürgt, und umgekehrt.

Diese Erwägungen mußte der Gesetzgeber notgedrungen typisieren. Es kann daher sein, daß die Parteien den respektiven Wert von Rechtssicherheit und sofortiger Wirksamkeit einer Rechtsausübung im Verein mit Erwägungen über eventuelle Prozeßkostentragspflichten und — nicht zu vergessen — über den Vorteil, dem anderen Teil die Initiative zur gerichtlichen Auseinandersetzung zuschieben zu können, für ihren Teil anders veranschlagen, als es der Gesetzgeber getan hat. Es erhebt sich daher die Frage, ob den Parteien die Möglichkeit offensteht, die gesetzlichen Bestimmungen durch Parteivereinbarungen zu ersetzen und aus den alternativen Möglichkeiten drei Gestaltungsmitteln ein anderes zu wählen, als der Gesetzgeber vorgesehen hat.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dies in weitem Umfange möglich ist, vorausgesetzt natürlich, daß die fraglichen Rechtsverhältnisse überhaupt privatautonomer Regelung zugänglich sind. So können die Parteien sicher vereinbaren, daß anstelle eines gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsrechtes, etwa eines Kündigungsrechtes, der Anspruch tritt, vom Gegner die Zustimmung zur — formell) immer noch möglichen — privatautonomeren Rechtsgestaltung, etwa also zur Aufhebung eines Vertrages zu verlangen. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, nämlich der, daß sich die Parteien anstelle eines kraft Gesetzes bestehenden Anspruches auf Abgabe einer Willenserklärung ein privates Gestaltungsrecht ausbedingen. So können die Teilnehmer an einer Bruchteilsgemeinschaft sicherlich bestimmen, daß jeder von ihnen diese voraussetzungslos oder unter bestimmten Voraussetzungen

¹⁾ Zum Unterschied zwischen materiellem und formellem Konsens- bzw. Privatautonomieprinzip in bezug auf § 894 ZPO vgl. *Böttcher*, Festschrift für Dölle, S. 41 ff, 44.

kündigen kann und nicht den unständlichen Weg einer Klage auf Zustimmung zu einer Aufhebung gehen muß, auf den ihn die herrschende Meinung²⁾ in — allerdings wohl nicht zu umgehender — Interpretation von § 749 BGB verweist. Schließlich ist auch nichts dagegen einzuwenden, wenn die Parteien anstelle eines im Gesetz vorgesehenen „Gestaltungsklagerrechts“ durch Vereinbarung ein materielles Gestaltungsrecht oder den Anspruch auf Zustimmung zu einer begehrten Gestaltung setzen, also beispielsweise bestimmen, eine OHG solle bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von jedem Gesellschafter gekündigt werden können, oder unter diesen Voraussetzungen solle jeder Gesellschafter Anspruch auf Abschluß eines Ausscheidungsvertrages haben³⁾.

Problematisch ist hingegen die Frage, ob die Parteien vereinbaren können, daß anstelle eines materiellen Gestaltungsrechts oder eines Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung, ein „Gestaltungsklagerrecht“ treten sollte. Konkreter gesprochen: Können die Parteien etwa bestimmen, eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts könne bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (nur) auf Antrag eines Beteiligten durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden? Ein solcher Gedanke fordert die Frage geradezu heraus, ob denn solches mit dem für Gestaltungsurteile geltenden Grundsatz vom numerus clausus vereinbar ist.

Um die Tragweite des Problems ins rechte Licht zu rücken, seien noch einige Beispiele gebildet, die z. T. der Rechtsprechung entnommen sind.

1. Die Parteien eines später wieder rückgängig gemachten Grundstückskaufvertrages vereinbaren, über die Höhe der vom Käufer aus dem ihm überlassenen Grundstücksbesitz gezogenen Nutzungen solle ein Schiedsgericht unter Ausschluß des Rechtsweges und endgültig entscheiden. Falls eine Reihe namentlich benannter Personen die Feststellung nicht treffen wolle oder könne, solle das Amtsgericht in X. einen Schiedsgerichtsrat ernennen⁴⁾.

2. Zwei Salzsäurefabriken, die sich in einer Hand befinden, fallen unter den Geltungsbereich eines Kartellvertrages und erhalten eine gemeinsame Quote. Später kommen die Werke in den Besitz verschiedener Unternehmer, welche ebenfalls Angehörige des Kartells werden. Diese streiten sich über ihren Anteil an der vor-mals gemeinsamen Quote und vereinbaren, ein näher bezeichnetes Gericht solle die Quote „neu festsetzen“⁵⁾.

3. Die Angehörigen einer Erbgemeinschaft können sich über deren Auseinandersetzung nicht verständigen, fürchten aber die Folgen einer Teilungsversteigerung und vereinbaren daher:

²⁾ Siehe oben § 3 Fußn. 24.

³⁾ BGH, Urt. v. 17. Dez. 1959, BB 1960, 151; zust. *Barnbach-Duden*, 16. Aufl., § 133 HGB, Bem. 4; grundsätzlich in dem hier vertretenen Sinne auch Alfred *Hueck*, Recht im Wandel, S. 287 ff, 299 ff.

⁴⁾ So der Fall in RG, Beschl. v. 28. Nov. 1918, RGZ 94, 72 ff.

⁵⁾ So der Fall in RG, Ensch. v. 25. Juni 1925, RGZ 169, 232 ff.

- a) Das Gericht solle die Gegenstände des Nachlaßvermögens nach billigem Ermessen verteilen.
- b) Das Gericht solle ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück oder ein zum Vermögen des Erblassers gehörendes Unternehmen nach den Grundrätzen der Billigkeit einem von ihnen zuweisen und diesen zu einer angemessenen Ausgleichszahlung an die übrigen Miterben verurteilen.
4. Die Partner eines Kaufvertrages bestimmen, den Kaufpreis solle das Gericht (nach billigem Ermessen) festsetzen.
5. Die Parteien vereinbaren eine Vertragsstrafe, deren Höhe das Gericht nach billigem Ermessen bestimmen möge; oder sie vereinbaren, das Gericht solle eine Vertragsstrafe festsetzen, wenn eine solche Maßnahme der Billigkeit entspreche⁶⁾.

II.

Bisheriger Stand der Erörterungen in Rechtsprechung und Literatur

Die Antworten, welche Rechtsprechung und Literatur im allgemeinen auf die hier aufgeworfene Frage bereithalten, sind klar und eindeutig. Der gesetzliche Aufgabenkreis der Gerichte und deren Befugnisse können, so meint man, durch Parteivereinbarung nicht erweitert werden. Eine Ermächtigung des Gerichts zu Gestaltungsurteilen durch Parteivereinbarung sei daher ausgeschlossen.^{6a)} Lediglich in den seltenen Fällen, wo das Gesetz selbst Blankettnormen für Gestaltungsentscheidungen bereithält, wie z. B. in § 2200 BGB oder § 11 IV VHG kann diese Lehre zu einem anderen Ergebnis führen. So hat z. B. das Reichsgericht in den beiden in Fußnoten 4 und 5 genannten Entscheidungen die Ernennung eines Schiedsgerichtsrats und die Neufestsetzung der Quote⁷⁾ für unzulässig erachtet. Im ersteren Falle war freilich das OLG Jena anderer Ansicht⁸⁾. Auch sonst ist man fast einhellig der Ansicht, daß Gerichte — anders als in gewissem Rahmen Verwaltungsbehörden⁹⁾ — nicht zu „Schiedsgerichtsräten“ ernannt werden dürfen, und daß, selbst wenn man dies zuließe, die Gerichte dann nicht in hoheitlicher Funktion, sondern allenfalls der Richter eines gewissen Geschäftsbereichs als Privatperson tätig werde¹⁰⁾. Freilich wurde die Frage meist im Zusammenhang mit einem Räumungsvergleich entschieden, in dem dem Gericht die Entscheidung (im Beschlußverfahren) über die Angemessenheit einer Er-

⁶⁾ Vgl. den Fall OLG Hamburg, Urt. v. 11. Juli 1962, JZ 1963, 172 f.

^{6a)} In diesem Sinne etwa Alfred *Hueck*, Recht im Wandel, S. 287 ff, 288, 297.

⁷⁾ In diesem Fall hat zwar das Gericht die oben im Text nicht vollständig wiedergegebenen Parteivereinbarungen dahin ausgelegt, das Gericht solle die Anteile an der gemeinsamen Quote feststellen, und der Klage stattgegeben. Es hat aber bei dieser Gelegenheit unmißverständlich ausgesprochen, daß eine Ermächtigung an das Gericht zur Festsetzung unzulässig wäre.

⁸⁾ Beschl. v. 3. Dez. 1908, Bl. f. Rechtspflege in Thüringen 56, 18 ff.

⁹⁾ Vgl. dazu etwa: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. Juni 1952, NJW 1952, 1139; BGH, Urt. v. 18. Febr. 1955, NJW 1955, 665.

¹⁰⁾ So *Habscheid*, MDR 1954, 392 ff, 393.

satzwohnung übertragen worden war¹¹⁾, wo also gerade kein Gestaltungsurteil in Frage stand. Lediglich das OLG Hamburg¹²⁾ ist aus der Phalanx der herrschenden Meinung ausgespart, allerdings wohl ohne die Tragweite der von ihm behandelten Problematik zu erkennen. Es hat eine Vereinbarung für zulässig erachtet, in der sich jemand verpflichtete, „es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Vertragsstrafe zu unterlassen“, sich bestimmter Aufdrucke auf einem Briefbogen zu bedienen.

Sucht man für die herrschende Rechtsprechung eine dogmatische Untermauerung in der Grundsatzliteratur zur Zulässigkeit von Prozeßvereinbarungen, so wird man freilich nicht recht klug. Die ablehnende Stellungnahme zur Rechtsfigur des vollstreckungserweiternden Vertrages¹³⁾ ist für den hier zu erörternden Zusammenhang unerheblich, weil sie nicht mit grundsätzlichen Bedenken gegen eine vertragliche Kompetenzerweiterung der Gerichte begründet wird¹⁴⁾, sondern mit Erwägungen des Schuldnerschutz.

Für den engeren Bereich einer Disposition über den „Rechtsschutzanspruch“ hat *Schiedermair*¹⁵⁾ allerdings die These aufgestellt, eine solche könne unmöglich durch Vertrag mit dem Prozeßgegner getroffen werden, denn ein Rechtsschutzanspruch richte sich gegen den Staat und nur gegen ihn. Die Ausführungen des Autors sind zwar nur auf Verfügungen zugeschnitten, die einen an sich bestehenden Rechtsschutzanspruch zum Erlöschen bringen sollen. Seine Argumente müßten aber, wenn sie richtig wären, erst recht für Verträge mit dem Prozeßgegner gelten, durch die ein bestimmter Anspruch gegen den Staat erst begründet werden soll, was, wie wir gesehen haben, der Fall wäre, wenn die Parteien durch Parteivereinbarungen „Gestaltungsklagerrechte“ schaffen könnten. Die These *Schiedermairs* ist aber insofern nicht zutreffend, als der Staat zwar „Anspruchsgegner des „Rechtsschutzanspruchs“ und des „Gestaltungsklageranspruchs“ ist — sofern man derartige Ansprüche überhaupt anerkennt —, aber gleichwohl Verfügungen über ihn durch Private in weitem Umfange zuläßt. *Schiedermair* könnte etwa die Institute Anerkennung und Verzicht gar

¹¹⁾ So OLG Karlsruhe, MDR 1955, 47; OLG Bamberg, Beschl. v. 22. Sept. 1949, NJW 1950, 917; *Petrykows*, NJW 1950, 897 ff.

¹²⁾ Wie Fußn. 6.

¹³⁾ So etwa: *Bammbach-Lauterbach*, 28. Aufl., Grundzüge vor § 704 ZPO, Bem. 3 E; *Schönke-Bauer*, Zwangsvollstreckung, 7. Aufl., § 4 E I m. w. N.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 83 ff.

¹⁴⁾ Eine andere Begründung gibt allerdings das RG in seinem Urt. v. 28. Febr. 1930, RGZ 128, 81 ff, 85, wo — aber ohne nähere Vertiefung der Problematik — behauptet wird, die Voraussetzungen und die Grenzen der staatlichen Vollstreckungshandlungen seien begrifflich den Abmachungen der Parteien entzogen.

¹⁵⁾ Vereinbarungen, S. 90 ff, insbes. S. 92.

nicht erklären. Auch sein weiteres Argument, wenn schon Vereinbarungen über die Zulässigkeit des Rechtsweges unzulässig seien, müßten es erst recht vertragliche Verfügungen über den Rechtsschutzanspruch sein, entbehrt der Überzeugungskraft. Denn wenn Dispositionen über verschiedene ausschließliche sachliche Zuständigkeiten, in welche die alten Fragen der Abgrenzung von Rechtsweg und Rechtswegen der Sache nach aufgegangen sind, nicht möglich sind, so beruht dies darauf, daß der Staat an der Einhaltung der sachlichen Zuständigkeit ein eigenes Interesse hat. Daraus kann man aber nicht ein eigenes Interesse des Staates daran folgern, daß die Parteien sich eines bestehenden Rechtsschutzanspruchs nicht begeben oder — was hier allein interessiert — im Gesetz nicht vorgesehene „Rechtsschutzansprüche“ in der Form von Gestaltungsklagerrechten einverständlich begründen. Wie wir im Zusammenhang mit der Erörterung der Anordnungsurteile schon gesehen haben¹⁶⁾, kommt es auch sonst vor, daß das Passivsubjekt eines Anspruchs im Prozeß um den Anspruch nicht Partei ist, ohne daß etwa ein Fall von Prozeßstrandschaft vorliegt. So ist etwa der Staat als Träger der Hinterlegungsstelle nicht Partei im Präjudizantenstreit und der Auslobende nicht im Streit um die Verteilung des Auslobungsbetrages.

Die übrigen literarischen Stellungnahmen zur Zulässigkeit prozessualer Vereinbarungen, die nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind, enthalten wenig Aufschlußreiches. So heißt es etwa bei *Rosenberg*¹⁷⁾:

„Wenn es auch zu eng ist, nur solche Verträge prozeßrechtlichen Inhalts anzuerkennen, die die Prozeßordnung besonders zuläßt, so herrscht doch andererseits keine Vertragsfreiheit wie im Wirtschaftsverkehr.“

Umgekehrt ist aber auch die Begründung nicht haltbar, mit welcher das OLG Hamburg¹⁸⁾ eine Vereinbarung für zulässig erachtet, wonach das Gericht die Höhe einer Vertragsstrafe festsetzen solle. Das OLG Hamburg meint nämlich, es sei allgemein anerkannt, daß dem Schiedsgericht eine derartige Befugnis übertragen werden könne¹⁹⁾. „Um so weniger“ bestünden Bedenken dagegen, so meint es, daß das Staatsgericht eine solche Bestimmung treffe. Die Verhältnisse liegen in Wirklichkeit aber gerade umgekehrt. Daß Schiedsgerichten Gestaltungsbefugnisse übertragen werden können, welche die staatlichen Gerichte — kraft Gesetzes — nicht haben, ist von vornherein nicht bedenklich. Denn Schiedsgerichte haben ihre Kompetenz ohnehin nur kraft eines Dispositionsaktes der Parteien. Daraus läßt sich

¹⁶⁾ Siehe dazu oben § 10 II 3.

¹⁷⁾ ZPR, 9. Aufl., § 59 2 a.

¹⁸⁾ Wie Fußn. 6.

¹⁹⁾ Was in der Tat stimmt; vgl. RG, Urt. v. 22. Dez. 1936, RGZ 153, 193 ff, 195; Urt. v. 9. Juli 1937, ZAKDR 37, 655 ff; *Bammbach-Schwab*, Schiedsgerichtsbarkeit 2. Aufl., S. 64; *Habscheid*, KTS 1959, 114; BGH, Urt. v. 4. Juli 1951, MDR 1951, 674.