

FLORIAN LOYAL

Ungeschriebene  
Korrekturinstrumente  
im Zivilprozeßrecht

*Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*

---

**Mohr Siebeck**

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von  
Mitgliedern der Juristischen Fakultät  
der Universität Tübingen

Band 125





Florian Loyal

Ungeschriebene  
Korrekturinstrumente  
im Zivilprozeßrecht

Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben

Mohr Siebeck

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

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

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

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

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

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

Printed in Germany

*Für Sarah, Malin und Henna*



## Vorwort

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

Tübingen, im Juli 2017

Florian Loyal





## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Einleitung . . . . .	1

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

§ 1. Gegenstand der Untersuchung – Konstitution von Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . .	9
§ 2. Empirische Begriffe Rechtsschutzbedürfnis und Treu und Glauben im Prozeßrecht . . . . .	15
§ 3. Skizzen zur Begriffs- und Dogmengeschichte . . . . .	57

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

§ 4. Abgrenzung zwischen Generalklauseln und gleichnamigen konkreten Normen . . . . .	83
§ 5. Dogmatische und methodische Kritik ungeschriebener Generalklauseln . . . . .	89

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

§ 6. Sachliche, teleologische und ethische Grundlagen der konkreten Regelbildungen und Entscheidungen . . . . .	121
§ 7. Treu und Glauben und Rechtsschutzbedürfnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht . . . . .	145

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

*Teil 4: Analyse und Kritik einzelner Regelbildungen*

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

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Einleitung . . . . .	1

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

#### *Teil 4: Analyse und Kritik einzelner Regelbildungen*

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

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

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

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

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



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

## Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

## Einleitung

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

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

---

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

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

<sup>3</sup> Zum Anwendungsbereich näher unter § 2.II.