



---

# KONTINUITÄTEN II

# STÄNDIGE

# RECHTSPRECHUNG

# Kontinuitätsargumente

## I. Gewohnheitsrecht

- Zu Gewohnheitsrecht erstarktes Richterrecht/ in enger Gemeinschaft gepflegte Rechtsüberzeugung
- Vom Gesetz losgelöste Rechtsquelle

## II. **Ständige Rechtsprechung**

## III. Lateinische Prinzipien

## IV. Neues Recht im bewährten System

## V. Altes Recht in neuem (Gesetzes)Gewand

## VI. Wahre Zwecke eines Rechtsinstituts

**Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs** ist ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtsposition des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Eine solche Gefährdung liegt **im Fall der** - hier von den Klägern erhobenen - positiven Feststellungsklage **in der Regel schon darin, dass** der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet (vgl. nur BGH, Urteile vom 19. November 2014 - VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 Rn. 29; vom 25. Juli 2017 - II ZR 235/15, WM 2017, 1940 Rn. 16; **jeweils mwN**) (BGH, Urteil vom 25. April 2018 – VIII ZR 176/17 –, Rn. 18, juris)

Definition

Fester Typ

Aktuelle Rechts-  
sprechung  
mehrerer  
Senate

## Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

ist ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung

des Bestehens oder Nicht-

gegeben, wenn dem Rech-

Klägers eine gegenwärtige

das erstrebte Urteil geeig-

Eine solche Gefährdung liegt **im Fall der**

Klägern erhobenen - positiven Feststel-

**schon darin, dass** der Beklagte das Recht des

ernstlich

2014 - V

- II ZR 2

(BGH, U

juris)

Ohne Belege, normativ verstanden

Zum anderen hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang grundlegend **verkannt, dass nach der ständigen Rechtsprechung** des Bundesgerichtshofs und nach einhelliger Auffassung der Literatur die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft Wohnräume, die sich auf dem gemeinschaftlichen Grundstück befinden, an ein Mitglied oder an einzelne Mitglieder der Miteigentümergeinschaft (§§ 741 ff., 1008 ff. BGB) vermieten können, ohne dass der Wirksamkeit eines solchen Mietvertrags - schon anfänglich oder später infolge einer Konfusion - entgegensteht, dass einer der Miteigentümer oder einzelne Miteigentümer sowohl auf Vermieter- als auch auf Mieterseite an dem Vertrag beteiligt sind.

(BGH, Urteil vom 25. April 2018 – VIII ZR 176/17 –, Rn. 21, juris)

**Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs** hat der Schädiger allerdings nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis **adäquat verursacht** **Rechtsanwaltskosten** zu ersetzen, sondern nur solche, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte **erforderlich und zweckmäßig** waren (BGH, Urteil vom 18. Juli 2017 - VI ZR 465/16, NJW 2017, 3588 Rn. 6 **mwN**). (BGH, Urteil vom 19. April 2018 – IX ZR 187/17 –, Rn. 7, juris)

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteile vom 10. Januar 2006 - [VI ZR 43/05](#), [VersR 2006, 521 Rn. 5](#); vom 18. Januar 2005 - [VI ZR 73/04](#), [VersR 2005, 558, 559](#); vom 8. November 1994 - [VI ZR 3/94](#), [BGHZ 127, 348, 350](#); [BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 249/02](#), [NJW 2004, 444, 446](#)) hat der Schädiger allerdings nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis **adäquat verursachte Rechtsanwaltskosten** zu ersetzen, sondern nur solche, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren.

[...] Die von einem - einsichtigen - Geschädigten für vertretbar gehaltenen Schadensbeträge sind demgegenüber nicht maßgeblich ([BGH, Urteil vom 13. April 1970 - III ZR 75/69](#), [NJW 1970, 1122, 1123](#)). [...]

Man kann die Frage, ob die Zuziehung eines Rechtsanwaltes durch den Unfallgeschädigten gerechtfertigt war, und ob die Erstattung der dadurch entstandenen Kosten dem Schädiger zuzumuten ist, **nicht rückschauend vom Ergebnis des Entschädigungsverfahrens her beantworten.**

BGHZ 30, 154

Wahrnehmung **erforderlich** u  
waren (BGH, U  
**2017** - VI ZR 4  
2017, 3588 Rr  
(BGH, Urteil v  
- IX ZR 187/1

**rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts,** daß der Schädiger nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis **adäquat verursachten Rechtsverfolgungskosten** des Geschädigten zu ersetzen hat, sondern nur solche Kosten, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte **erforderlich und zweckmäßig** waren (Senatsurteil [BGHZ 66, 182, 192](#) m.w.N.; ebenso [BGHZ 30, 154, 158](#) und [BGH, Urteil vom 30. April 1986 - VIII ZR 112/85 - NJW 1986, 2243, 2245](#) m.w.N.).  
BGHZ 127, 348, 350

nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteile vom 10. Januar 2006 - [VI ZR 43/05](#), [VersR 2006, 521 Rn. 5](#); vom 8. Januar 2005 - [VI ZR 73/04](#), [VersR 2005, 558, 59](#); vom 8. November 1994 - [VI ZR 3/94](#), [BGHZ 27, 348, 350](#); [BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - VI ZR 249/02](#), [NJW 2004, 444, 446](#)) hat der Schädiger allerdings nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis **adäquat verursachte Rechtsanwaltkosten** zu ersetzen, sondern nur

ich im Grundsatz nicht gegen den ... n zur

lich und

schädigten für

ge sind

[H, Urteil vom](#)

[0, 1122,](#)

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für einen (vermuteten) Fremdgeschäftsführungswillen selbst dann noch Raum, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig ein eigenes Geschäft führt (sog Auch-Gestion).

(Staudinger/Michael Martinek (2014) S. Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, Rn. 104)

Fn: Vgl dazu **aus neuerer Zeit** BGH NJW 2007, 63, wo von der Vermutung eines „ausreichenden Fremdgeschäftsführungswillens“ die Rede ist; vgl auch BGH NJW 2000, 72; BGH NJW-RR 2004, 81; vgl ferner BGHZ 33, 251, 254 ff; BGHZ 40, 28, 30 ff; BGHZ 47, 370, 371; BGHZ 63, 167 ff; BGHZ 143, 9, 14; vgl schon den **Fuldaer Dombrandfall RGZ 82, 206**, 214 ff sowie zum vermuteten Fremdgeschäftsführungswillen bei Veräußerung fremder Sachen RGZ 138, 45, 48; s dazu Schreiber, Das „auch-fremde“ Geschäft bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, Jura 1991, 155 ff und Thole, Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug - Das Ende des „auch fremden“ Geschäfts?, NJW 2010, 1243.

Umfangreicher

Nachweis im

Großkommentar:

- Neue Entscheidung
- BGHZ, aufsteigend
- RGZ mit Namen
- Literaturangaben  
(stellvertretend für eine weitere Rechtsprechungsübersicht)

# Funktion

- Verkürzung von langen Zitatketten

- Autoritätsargument

Ähnlich:

Herrschende Meinung

- Komplexitätsreduktion

Richterrechtlich anerkannt



„Zum **Richterrecht** gehören zunächst **Rechtssätze**, die mit der traditionellen Methode der Auslegung durch **Analogie**, durch **restriktive oder extensive Auslegung** (usw) gewonnen worden sind. Ferner Sätze, welche Generalklauseln des Gesetzes **konkretisieren**. Endlich sind zum Richterrecht auch solche Sätze zu zählen, die zweifelhafte, manchmal sogar bewusst **offen gelassene Fragen** des Gesetzesrechtes in einem bestimmten Sinne entscheiden.“ (Staudinger/Honsell)

„Richterrecht ist von Gerichten gesetztes Recht. Im englischen Sprachraum spricht man von **judge-made law**, in Frankreich von **droit prétorien**. Die Summe von Gerichtsentscheidungen, die über den konkreten Rechtsstreit hinaus Wirkung entfalten, wird häufig auch mit dem kollektiven Namen für die Dritte Gewalt als „die Rechtsprechung“ oder *la jurisprudence* bezeichnet. Da es sich um Recht handelt, das aus von Gerichten entschiedenen Fällen entsteht, ist auch der Name „**Fallrecht**“ oder *case law* gebräuchlich. Diese Fälle wiederum haben vorentscheidende oder „präjudizielle“ Bedeutung für nachfolgende Entscheidungen, woraus die Bezeichnung als „**Präjudizienrecht**“ oder *precedent* abgeleitet ist.“ (Vogenauer, HEuPr)

„Zum **Richterrecht** gehören zunächst Rechtssätze, die mit der traditionellen Methode der Auslegung durch Analogie, durch restriktive oder extensive Auslegung (usw) gewonnen worden sind. Ferner Sätze, welche Generalklauseln des Gesetzes konkretisieren. Endlich sind zum Richterrecht auch solche Sätze zweifelhaft, manchmal sogar bewusst als Sätze des Gesetzesrechtes in einem bestimmten Sinne zu verstehen.“  
(Staudinger/Honsell)

Keine historische Dimension, Alter bzw. Dauer sind irrelevant

...gerichten gesetztes Recht. Im englischen spricht man von *judge-made law*, in Frankreich von *prétorien*. Die Summe von Gerichtsentscheidungen, die über den konkreten Rechtsstreit hinaus Wirkung entfalten, wird häufig auch mit dem kollektiven Namen für die Dritte Gewalt als „die Rechtsprechung“ oder *la jurisprudence* bezeichnet. Da es sich um Recht handelt, das aus von Gerichten entschiedenen Fällen entsteht, ist auch der Name „Fallrecht“ oder *case law* gebräuchlich. Diese Fälle wiederum haben vorentscheidende oder „präjudizielle“ Bedeutung für nachfolgende Entscheidungen, woraus die Bezeichnung als „Präjudizienrecht“ oder *precedent* abgeleitet ist.“  
(Vogenauer, HEuPr)

„Eine **gefestigte Rechtsprechung** hat das Reichsgericht angenommen, wenn ein höchstes Gericht in mindestens drei Fällen dieselbe Rechtsauffassung vertreten hat. Die **ständige Rechtsprechung** setzt eine **längere Reihe** von übereinstimmenden Urteilen voraus, **außerdem** ist darauf abzustellen, dass die Bevölkerung **auf eine bestimmte Rechtsprechung vertraut**.“ (Zimmermann, Herrschende Meinung, S. 25, in Anlehnung an Enneccerus /Nipperdey)

Häufigkeit

Erinnert an  
Gewohnheitsrecht

# Abgrenzung

## Herrschende Meinung

- Meist verstanden als:  
Rsp. u. Literatur
- Kann der Rechtsprechung  
entgegengestellt werden
- ‚Herrschend‘ im  
Gegensatz zu einer  
vereinzelt vertretenen  
Mindermeinung

## Ständige Rechtsprechung

- Hebt die Beständigkeit  
hervor:
  - Dauerhaftigkeit
  - Wiederholung
  - Lange Übung

# Abgrenzung

## Richterrecht

- Betont den Urheber
- Verweis in der Rechtsquellenlehre
- Normcharakter umstritten

## Ständige Rechtsprechung

- Dauerhaftigkeit

# Forschungsstand

- *Aktuelle Habilitationen:*
  - *Fischer, Christian*, Topoi verdeckter **Rechtsfortbildung** im Zivilrecht, Tübingen 2007.
  - *Maultzsch, Felix*, Streitentscheidung und **Normbildung** durch den Zivilprozess, Tübingen 2010.
  - *Podszun, Rupprecht*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, Tübingen 2014.

# Gegen den Typ

- Keine Bindungswirkung von richterlichen Entscheidungen
- Keine zusätzliche Legitimitätsgewinn durch Wiederholung
- Faktische Bindung
- Autorität
- Vertrauensschutz

BGHZ 213, 136-168

Änderung der  
Rechtsprechung zur  
Eigenbedarfskündigung

Schützenswertes  
Vertrauen in den Bestand  
der Rechtsprechung?

(Willkürverbot)

Selk, NJW 2017, 521, 522

Diese Rechtsprechungsänderung hatte der Senat bereits 2015 angekündigt:

„Die weitere Frage, ob die **Verletzung einer etwaigen Anbietspflicht** die Eigenbedarfskündigung als **rechtsmissbräuchlich** erscheinen lässt, wie der Senat **in der Vergangenheit** angenommen hat (vgl. Senat, NJW 2010, NJW Jahr 2010 Seite 3775 Rn. NJW Jahr 2010 Seite 3775 Randnummer 14 f.), oder ob eine derartige Verletzung nur zu Schadensersatzansprüchen führt, bedarf hier keiner Entscheidung.“

Ob der Senat allerdings, wie er nun bekundet, **damit bereits (hinreichend) „angedeutet“** hat, dass er an der früheren Rechtsprechung nicht länger festzuhalten gedenke, erschließt sich nur, wer „zwischen den Zeilen“ und dazu mit richtigem Interpretationsergebnis zu lesen vermag.



Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht ist allerdings eine Begrenzung der Rückwirkung dort geboten, wo die von der früheren Rechtsprechung abweichende Beurteilung **auf einem allgemeinen Wertewandel beruht** (Lecheler WM 1994, 2049, 2051 f; Medicus NJW 1995, 2577, 2579 ff; ablehnend BGHZ 127, 35, 39). Die Frage bedarf keiner Vertiefung; denn die **neue Rechtsprechung** des Senats zur formularmäßigen Ausdehnung der Bürgenhaftung für zukünftige Verbindlichkeiten beruht nicht auf einer grundlegenden Änderung rechtlicher Wertmaßstäbe. Sie **korrigiert** vielmehr eine Auffassung, die von Beginn an **in großen Teilen des Schrifttums abgelehnt** wurde (vgl. die Nachweise im Senatsurt. v. 18. Mai 1995, aaO S. 2556) und in deutlicher **Spannung zu den Urteilen des V. Zivilsenats** stand, die die entsprechende Problematik bei Bestellung einer Sicherungsgrundschuld behandelten (vgl. BGHZ 83, 56, 59 f; 100, 82, 85 f; 102, 152, 160 ff; 103, 72, 80; 106, 19, 23 f; 109, 197, 201).  
(BGH, Urteil vom 18. Januar 1996 – IX ZR 69/95 –, BGHZ 132, 6-13, Rn. 22)

# Gute und schlechte Entscheidungsketten

- Zeitliche Länge (seit ...)
- Tatsächlich homogene Entscheidung
  
- In der Regel von den Gerichten selbst als solche gekennzeichnet
- Kann auf Beständigkeit hin geprüft werden

# Beispiel nur vermeintlicher Beständigkeit

„kraft der Vorschrift des Gesetzes in § 326 Abs. 1 Satz 2 **an Stelle der ursprünglichen Verpflichtungen beider Parteien** ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des Schaden dafür tritt, daß der Vertrag, so wie vereinbart, infolge des Verzuges des Käufers nicht zur Erfüllung gelangt.“

- RGZ 50,255, 264

Schadensersatz im gegenseitigen Schuldverhältnis bei Unmöglichkeit einer der beiden Leistungen

„Die Wahl des Schadensersatzes nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB **hat nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats**, der übrigens der Berufungsrichter beitrifft, die Wirkung, dass sich der ganze gegenseitige Vertrag in einen einseitigen Anspruch des nicht säumigen Vertragsteils gegen den säumigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung **umwandelt**.“

RGZ 61, 348, 352 (1905)

# Beispiel nur vermeintlicher Beständigkeit

Der Austauschtheorie (Planck, 3. Aufl., § 325 Anm 1 a; Oertmann, BGB 5. Aufl. § 325 Anm. 1 b) steht die Differenztheorie gegenüber, der vom Kommentar der Reichsgerichtsräte aaO der Vorzug gegeben wird und die auch vom **Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung** vertreten wurde (vgl. die Nachweisungen BGB RGRK, aaO S. 617, insbesondere **RGZ 50, 255** [262 ff]; 127, 245 [248]; 149, 135 [136]; ferner Oertmann aaO S. 282 oben, der selbst die Austauschtheorie vertritt; Planck-Siber, 4. Aufl., § 325 Anm. 1 a; Palandt, 15. Aufl., § 325 Anm. 3 und Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. A, AA, III 1 vor §§ 323-327). Die Differenztheorie unterliegt dabei der Abwandlung, daß der Ersatzberechtigte - von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall abgesehen, daß er seine Leistung bereits erbracht hat - die Wahl hat, in welcher Weise er seinen Schadensersatzanspruch verfolgen will (abgeschwächte Differenztheorie nach Staudinger aaO). Er kann entweder nur den Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch erleidet, daß der Austausch der beiderseitigen Leistungen nicht durchgeführt wird. Er ist **aber auch berechtigt**, wenn er Interesse hat, sich seines Leistungsgegenstandes zu entledigen, seine Vertragsverpflichtung zu erbringen und Ersatz für die ausgebliebene, ihm geschuldete Leistung zu fordern (**RGZ 96, 20** [22]; BGB RGRK aaO S. 617; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb., § 53 IV 1 und 2 insbes. S 222/3; Palandt, aaO; Staudinger aaO; Planck aaO S. 380; vgl auch Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags, Kipp I, 249 ff; Strohal IV, 112 ff). „ BGHZ 20, 338, 343

# Ausblick

- Nächste Woche: Lateinische Prinzipien
- *Lit:*
  - *Köhler*, Kritik der Regel protestatio facto contraria, JZ 1981, 464–469