

"Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof"

BT-Drucksache 20/8762

Stellungnahme

vorgelegt von

Prof. Dr. Bettina Rentsch, LL.M. (University of Michigan, Ann Arbor), Freie Universität Berlin

I. Einleitung

Mit dem Leitentscheidungsverfahren will der Gesetzgeber eine gebündelte Klärung entscheidungsrelevanter Rechtsfragen durch den Bundesgerichtshof ermöglichen. Das Vorhaben setzt auf Stellungnahmen der Justizministerkonferenz¹ und des Deutschen Richterbundes² auf. Das Anliegen, zivilrechtliche Rechtsfortbildung aus dem Individualverfahren auszugliedern, lässt sich – einschließlich der Idee eines höchstrichterlichen Vorlageverfahrens – wesentlich weiter zurückverfolgen.³

Im Hintergrund des Vorhabens stehen Massenverfahren, welche die Justiz an ihre (tatsächlichen) Kapazitätsgrenzen und Kläger an die Grenzen ihrer (im ökonomischen Sinn rationalen) Investitionsbereitschaft treiben. Ersteres hat eine Überlastung der Justiz zur Folge. Letzteres wirkt sich negativ auf die parteidispositive Prozessführung aus. Vor allem wird eine "Flucht aus der Revision" beobachtet, was diese als Gelegenheit zur koordinierten und bundeseinheitlichen Rechtsfortbildung ausfallen lässt. Das Leitentscheidungsverfahren im Zuschnitt des Referentenentwurfs verspricht diesem Punkt Abhilfe. Als belastbare Ergänzung des bestehenden Kanons kollektiver Rechtsschutzmechanismen um ein Instrument kollektiver Rechtserkenntnis fällt es aber, wie zu zeigen sein wird, aus.

Nachfolgend werden zunächst der rechtstatsächliche Kontext des Leitentscheidungsverfahrens (II.) und der politische Handlungsbedarf (III.) zu beleuchten sein. Dann gilt es die operativen Bestimmungen des Vorhabens in der Fassung des Referentenentwurfs in den Blick zu nehmen und vor diesem Hintergrund das Potential des Leitentscheidungsverfahrens als Mechanismus kollektiver Rechtserkenntnis zu würdigen (IV.). Dabei wird auch die vom Referententwurf unterstellte gerichtliche Pflicht zur Veröffentlichung

¹ 92. JuMiKo vom 16. Juni 2021, TOP I.10.

² <https://www.drb.de/newsroom/presse-mediencenter/presse-meldungen-auf-einen-blick/presse-meldung/news/drb-fordert-gesetzesanderungen-fuer-massenverfahren>.

³ Hellwig JW 1910, 305 (306); Heese/Schumann NJW 2021, 3023 (3024).

von Gerichtsentscheidungen zu würdigen sein (V.). Die Ergebnisse der Stellungnahme werden abschließend zusammengefasst (VI.).

Das Fazit der vorliegenden Stellungnahme sei hier vorangestellt: Das Leitentscheidungsverfahren setzt in der aktuellen Fassung ein wichtiges Signal gegen strategische Präjudizienvermeidung im Revisionsverfahren. Gerade deshalb dürfte es aber selten zum Einsatz kommen. Wollte der Gesetzgeber außerdem die richterliche Rechtsfortbildung in geordnete Bahnen lenken, müsste er neben dem Leitentscheidungsverfahren die Hinweisbeschlusspraxis der Instanzgerichte in ein rechtlich gesichertes Fundament geben, dabei vor allem das Verhältnis zwischen oberlandesgerichtlicher und höchstrichterlicher Spruchpraxis klären, und daneben verbindliche Vorschriften für die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen einführen.

II. Kontext: Massenverfahren

Trotz sinkender Eingangszahlen meldet die deutsche Zivilgerichtsbarkeit eine zunehmende Zahl von Massenverfahren. Gemeint ist damit eine Vielzahl von Individualverfahren, in denen gleichgelagerte Ansprüche geltend gemacht und daher identische Tatsachen- und Rechtsfragen verhandelt werden.⁴ Beispiele liefern unter anderem der Abgasskandal,⁵ die Mietpreisbremse,⁶ aber auch Kartellschadensersatzprozesse⁷ und Klagen wegen Fluggastrechten.⁸ Kläger treffen in den jeweiligen Individualverfahren auf Beklagte, die sich in einer Vielzahl paralleler Verfahren verteidigen und in der Regel eine über den konkreten Rechtsstreit hinausreichende Strategie verfolgen. Ihre (ökonomisch modellierte) Investitionsbereitschaft in das Einzelverfahren ist dabei höher, weil es auch um die Vermeidung negativer Präzedenzfälle geht.⁹

Damit sind drei charakteristische Probleme bei Massenverfahren benannt: Erstens binden sie justizielle Ressourcen; zweitens sind sie geprägt von einer asymmetrischen Investitionsbereitschaft der Parteien; drittens versuchen Beklagte die höchstrichterliche

⁴ Nach <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Leitentscheidungsverfahren.html>.

⁵ Statt Vieler Heese NJW 2021, 887; ders./Schumann NJW 2021, 3023.

⁶ Morell JZ 2019, 809; ders. ZWeR 2020, 328.

⁷ Rentsch GVRZ 2022, 4.

⁸ Reg-E zum VRUG vom 29.3.2023, 87, abrufbar unter

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_VRUG.pdf;jsessionid=447D89D12475E50AB52D30ECFB5CA2DB.1_cid297?_blob=publicationFile&v=2.

⁹ Morell JZ 2019, 809; ders. ZWeR 2020, 328; zum Kartellschadensersatz Rentsch GVRZ 2022, 4.

Klärung entscheidungserheblicher Tatsachen durch „Flucht aus der Revision“ zu umgehen.¹⁰ Die Anhebung der Rücknahmevoraussetzungen hat dieser Taktik bereits Grenzen gesetzt, ohne sie zu unterbinden.¹¹

Als zivilprozessuale Remedur liegt eine gebündelte Beantwortung der in Individualverfahren entscheidungserheblichen Tatsachen- und Rechtsfragen nahe. Das sollte bereits die 2018 eingeführte Musterfeststellungsklage ermöglichen.¹² Vorgeschlagen wurde weiter die Bündelung von Parallelverfahren innerhalb desselben Gerichts nach dem Rechtsgedanken des § 147 ZPO, oder über Gerichtsbezirke hinweg nach dem Rechtsgedanken des § 411a ZPO.¹³ Auch der Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes soll die Flut der Massenverfahren in geordnete Bahnen lenken. Die Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie beschert der Bundesrepublik dabei eine kollektive Leistungsklage.¹⁴ Mit dem Leitentscheidungsverfahren zieht der deutsche Gesetzgeber nun ein drittes Register. Besteht dafür überhaupt Bedarf? Die Antwort lautet: Ja.

III. Politischer Handlungsbedarf

1. Leitentscheidungsverfahren neben Verbands-Leistungsklage

Die Einführung einer Verbands-Leistungsklage lässt Individual-Massenverfahren nicht obsolet werden. Zwar sieht der Regierungsentwurf eine überschießende Umsetzung der Verbandsklage über die im Anhang zur Richtlinie gelisteten¹⁵ Rechtsstreitigkeiten hinaus vor. Der persönliche Anwendungsbereich bleibt aber auf Verbraucher-Unternehmer-Konstellationen beschränkt. Damit fällt die Verbandsklage jedenfalls für kartellrechtliche follow on-Klagen von Unternehmern als Option aus.¹⁶

Weiter ist nicht gewährleistet, dass Anspruchsinhaber die Verbandsklage tatsächlich nutzen. Zum einen dürfen nur „qualifizierte Einrichtungen“ als Klägervertreter auftreten, was die Auswahlmöglichkeiten einschränkt. Zum anderen hat sich die Bundesrepublik in der

¹⁰ Gsell, Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess v. 27.9.2019, im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, Anlage zu BT-Drs. 19/14027, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/140/1914027.pdf>, im Folgenden: Rechtsgutachtliche Stellungnahme 2019.

¹¹ Statt Vieler Klingbeil GVRZ 2019, 14; Schwemmer ZfWP 2022, 41; Laukemann ZZP 134 (2021), 67.

¹² BT-Drs. 19/2507, 13.

¹³ Horn/Rieder AnwBI 03.06.2022, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/mehr-kollektiven-rechtsschutz-wagen-rieder-horn>.

¹⁴ Reg-E zum VRUG vom 29.3.2023.

¹⁵ § 1 Abs. 1 VRUG idF des Reg-E vom 29.3.2023.

¹⁶ Anders dagegen bei verbraucherseitigen Kartellschadensersatzklagen, https://www.gleisslutz.com/de/aktuelles/know-how/Die_neue_Verbandsklage_Neue_Moeglichkeiten_im_Kartellrecht.html.

Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie für eine sogenannte opt-in-Lösung entschieden (vgl. §§ 45, 46 Reg-E VRUG). Anspruchsinhaber müssen der Verbandsklage also aktiv beitreten. Erfahrungen mit der Musterfeststellungsklage lassen Zweifel zu, wie häufig diese Option in Anspruch genommen werden wird. Das liegt nicht etwa am häufig beklagten „rationalen Desinteresse“ der Kläger, Ansprüche in verschwindend geringer Höhe (Streuschäden) klageweise durchzusetzen.¹⁷ In Massenverfahren geht es regelmäßig um Ansprüche in beachtlicher Höhe, nur sind die Beklagten bereit, deutlich mehr in den Prozess zu investieren als die Kläger.¹⁸

Wohl aber dürften Individualklagen weiter relevant bleiben, weil für den Beitritt zur Verbandsklage zumindest für rechtsschutzversicherte Einzelkläger und für Klägerkanzleien kein unmittelbarer Bedarf erkennbar ist. Rechtsschutzversicherte werden durch das Kostenrisiko eines Unterliegens schon nicht von der Klageerhebung im Individualverfahren abgehalten. Warum sollten sie sich einer risikomediatierenden Verbandsklage anschließen?¹⁹

Für Klägervertreter und finanzierende Risikokapitalgeber lohnt sich der Beitritt ebenfalls nicht unbedingt. Klägerkanzleien müssen bei rechtsschutzversicherten Mandanten keinen Zahlungsausfall befürchten, bevor die entscheidungserheblichen Rechtsfragen abschließend höchstrichterlich geklärt sind.²⁰ Ferner können Kläger- wie Beklagtenvertreter in einer Vielzahl von Verfahren gleichlautenden Tatsachen- und Rechtsvortrag liefern und so ökonomisch gesehen Skaleneffekte schöpfen.²¹ Im (reduktionistischen) ökonomischen Modell haben damit überspitzt formuliert weder Kläger- noch Beklagtenvertreter ein Interesse an der Bündelung von Individualverfahren unter einer Verbandsklage, weil Individualverfahren beiden Teilen höhere Verdienstchancen eröffnen.

2. Leitentscheidung statt Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen

Wenn damit zu gewärtigen ist, dass die Verbandsklage Massenverfahren nicht absorbiert, ist damit nicht gesagt, ob angesichts der Hinweispraxis der Justiz Bedarf für gesetzgeberisches Einschreiten besteht.

Der Bundesgerichtshof hat sich 2019 durch eine Revisionsrücknahme nicht von der Veröffentlichung eines Hinweisbeschlusses zum Sachmangelbegriff im Dieselskandal

¹⁷ So aber Reg-E zum VRUG vom 29.3.2023, 115.

¹⁸ Vgl. Nachweise in Fn. 11.

¹⁹ Horn/Rieder AnwBI 03.06.2022 (Fn. 19).

²⁰ Horn/Rieder AnwBI 03.06.2022 (Fn. 19).

²¹ Statt Vieler Morell JZ 2019, 809; zu grenzüberschreitenden Fällen Rentsch RabelsZ 85 (2021) 544.

abhalten lassen.²² Mehrere Obergerichte haben sich angeschlossen.²³ Diese Praxis ist als Notbremse gegen die Vermeidung von Rechtsfortbildung gegen die Beklagten durchaus effektiv. Allerdings wird bezweifelt, ob sich dieses Vorgehen in den Grenzen richterlicher Äußerungsbefugnis bewegt.²⁴ Zum einen fehlte es mitunter am inneren Bezug des richterlichen Hinweises zum dahinterstehenden Gebot materieller Prozessleitung, § 139 ZPO. Hinweise sollen den Parteien Hilfestellung bei der Prozessführung geben.²⁵ Das, so die Kritik, leisteten allgemeine Einschätzungen zur Sach- und Rechtslage schon nicht unbedingt,²⁶ vor allem aber solche zu Fragen, die bereits Gegenstand substantiierten Sachvortrags waren.²⁷ Bezweifelt wurde auch, ob Hinweisbeschlüsse als vorläufige Einschätzungen der Sach- und Rechtslage im laufenden Individualverfahren überhaupt veröffentlichungswürdig sind.²⁸

IV. Bewertung des Referentenentwurfs

Der Referentenentwurf ordnet das Leitentscheidungsverfahren systematisch dem Revisionsrecht zu (§§ 542 ff. ZPO). Gemäß § 552b S. 1 ZPO-E soll das Revisionsgericht – ausweislich § 133 GVG der Bundesgerichtshof – ein laufendes Revisionsverfahren durch Beschluss zum Leitentscheidungsverfahren bestimmen können. Die Bestimmung steht inhaltlich unter der Voraussetzung, dass das Verfahren Rechtsfragen aufwirft, die sich in einer Vielzahl anderer Verfahren stellen. Prozessual erforderlich ist der Eingang der Revisionserwidernng oder der Ablauf der Revisionserwidernngsfrist. Mit der Bestimmung zum Leitentscheidungsverfahren sichert sich das Revisionsgericht die Möglichkeit, im Fall einer Erledigung durch die Parteien eine Einschätzung zu den in ihm aufgeworfenen Rechtsfragen kommunizieren zu können.²⁹

Das Leitentscheidungsverfahren wird so, systematisch wie funktional, an das Revisionsrecht angegliedert. Es eröffnet dem Bundesgerichtshof lediglich die zusätzliche Möglichkeit, seine Auffassung zu entscheidungserheblichen Rechtsfragen beschlussförmig zu kommunizieren, wenn das Leitentscheidungsverfahren nicht durch ein Urteil beendet wurde (§ 565 Abs. 1 ZPO).

²² BGH NJW 2019, 1133.

²³ Nachweise Voß JZ 2020, 686.

²⁴ Voß JZ 2020, 286 mwN; Laukemann ZJP 134 (2021), 67.

²⁵ Statt Vieler Musielak/Voit/Stadler, 20. Aufl. 2023, ZPO § 139 Rn. 1.

²⁶ Voß JZ 2020, 286 (288 f.) mwN.

²⁷ Voß JZ 2020, 286, (288) mwN.

²⁸ Voß JZ 2020, 286 (289 f.); aA Laukemann ZJP 134 (2021) 67 (77 f.).

²⁹ Ref-E, 10.

1. Aussetzung laufender Verfahren unter Zustimmungsvorbehalt

Die Aussetzungsmöglichkeit für laufende Verfahren reiht das Leitentscheidungsverfahren funktional in den Kanon kollektiver Rechtserkenntnismechanismen ein.³⁰ Aktuell setzt eine Aussetzung die Voreingrifflichkeit anderer laufender Verfahren voraus (§ 148 Abs. 1 ZPO). Sie ist außerdem bei laufenden Musterfeststellungsklagen (§ 148 Abs. 2 ZPO aF) sowie perspektivisch bei laufenden Verbandsklagen vorgesehen (§ 148 Abs. 2 ZPO idF des VRUG-E).

Dass der Entwurf für das Leitentscheidungsverfahren eine selbstständige Aussetzungsmöglichkeit eröffnet, erscheint zunächst konsequent: Ebenso wie bei der Musterfeststellungs- und Verbandsklage soll es im Leitentscheidungsverfahren darum gehen, kollektive Rechtserkenntnis effizient und rechtssicher zu gestalten. Dazu gilt es die Befassung mehrerer Spruchkörper mit derselben Rechtsfrage zu vermeiden und eine einheitliche Spruchpraxis sicherzustellen. Das entspricht dem Zweck der Verfahrensaussetzung bei Voreingrifflichkeit.³¹

Ob laufende Verfahren auszusetzen sind, soll von der Zustimmung beider Parteien abhängen. Damit geht der Gesetzgeber für das Leitentscheidungsverfahren einen anderen Weg als bei anhängigen Musterfeststellungs- und Verbandsleistungsklagen. In beiden Fällen kann die Aussetzung nur auf Antrag des Klägers erfolgen. Klägern, die auch einem kollektiven Rechtsschutzverfahren beitreten könnten, bleibt die Antragstellung verwehrt (§ 148 Abs. 2 ZPO nF).³² Der Entwurf nimmt auch keine Anleihen an der Aussetzungsmöglichkeit bei voreingrifflichen Beweisfragen im kollektiven Rechtsschutz (§ 148 Abs. 3 nF), die ausschließlich im richterlichen Ermessen steht.

Es ist außerdem sowohl mit dem gewählten Design des Leitentscheidungsverfahrens vereinbar, als auch im Interesse einer zügigen Erledigung laufender Rechtsstreitigkeiten geboten, für die Aussetzung von Parallelverfahren die Zustimmung der Parteien vorauszusetzen.³³ Das gilt umso mehr, als dem Leitentscheidungsverfahren keine Bindungswirkung zukommen soll. Daher sollten die Parteien im Parallelverfahren das Für und Wider des Zuwartens auf eine höchstrichterliche Klärung entscheidungsrelevanter Rechtsfragen abwägen können.

Die Anordnung der Aussetzung von Parallelverfahren bei laufenden Leitentscheidungsverfahren ist auch erforderlich. Ist mit einer Entscheidung über die in einem

³⁰ So bereits Gsell ZRP 2021, 166 (168 f.).

³¹ Statt Vieler Saenger/Wöstmann, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 148 Rn. 1.

³² Hintergründe bei Musielak/Voit/Stadler ZPO § 148 Rn. 9a, 9b.

³³ Empfehlung auch bei Gsell ZRP 2021, 166 (167).

Rechtsstreit maßgebliche Rechtsfrage in einem anderen Verfahren zu rechnen, besteht zwar bereits eine Aussetzungsmöglichkeit nach § 148 Abs. 1 ZPO.³⁴ Eine Revision, an die das Leitentscheidungsverfahren anschließt, erfüllt diese Voraussetzung aber nur, wenn sie im zu auszusetzenden Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- oder Interventionswirkung hat.³⁵ Ein rein tatsächlicher Einfluss des Ausgangs des Revisionsverfahrens auf Parallelverfahren soll eine Aussetzung dagegen nicht tragen.³⁶ Eben das ist bei Massenverfahren der häufigere Fall.

2. Leitentscheidungsverfahren als Rechtsfortbildungsverfahren?

Die Leitentscheidung eröffnet dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer beschlussförmigen Äußerung zu entscheidungserheblichen Rechtsfragen, wenn das Revisionsverfahren auf anderem Wege als durch Urteil beendet wurde (§ 565 ZPO).

Hier entkoppelt der Gesetzgeber in bislang unerprobter, aber keineswegs kritikwürdiger Weise die beiden Ziele des Revisionsverfahrens voneinander: Gewährleistung effektiven Individualrechtsschutzes als Einzelinteresse auf der einen (§ 543 Abs. 1 ZPO) und Sicherstellung einheitlicher Rechtsanwendung und -fortbildung auf der anderen Seite (§ 543 Abs. 2 ZPO).³⁷ Bedarf dafür entsteht freilich erst, wenn durch Rücknahme oder Erledigung der Revision zum Ausdruck kommt, dass ein Interesse an individuellem Rechtsschutz nicht mehr besteht (§ 565 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO-E). Das Leitentscheidungsverfahren setzt also erst dort an, wo die Revision gerade aufgrund der Verquickung von Individual- und Allgemeininteresse an ihre Funktionsgrenzen gerät.

Sofern das Leitentscheidungsverfahren Instanzgerichten in der Bearbeitung gleichgelagerter Fälle "Richtschnur und Orientierung" geben soll,³⁸ verfolgt es auch denselben Zweck wie das Revisionsverfahren. Insofern ist es folgerichtig, dass die Bestimmung des Revisions- zum Leitentscheidungsverfahren nicht antragsgebunden ist sondern ausschließlich im Ermessen des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht steht (§ 552b S. 1 ZPO-E).

a. Insbesondere: Keine frühzeitige Verhinderung divergierender Rechtsprechung

Dass das Leitentscheidungsverfahren sich gleichsam als „last resort“ hinter das Revisionsverfahren einreihen muss, lässt sich dennoch aus anderen Gründen kritisieren. Zwar stellt der Gesetzgeber durch dieses enge Korsett den Erhalt der Funktion instanzgerichtlicher

³⁴ Statt Vieler Saenger/Wöstmann ZPO § 148 Rn. 1.

³⁵ Stein/Jonas/Roth, ZPO, ZPO § 148 Rn. 23 ff.

³⁶ BGH NJW 2005, 1947; BGH BeckRS 2006, 02593; BGH NJW-RR 2012, 575, Rn. 6.

³⁷ Saenger/Koch ZPO § 542 Rn. 1.

³⁸ Ref-E, 1.

Rechtsprechung sicher.³⁹ Bedarf für die höchstrichterliche Klärung vorgreiflicher Rechtsfragen zur Vermeidung von Rechtszersplitterung entsteht in Massenverfahren aber nicht erst im Revisionsstadium. So war im Abgasskandal bereits im Berufungsstadium eine abweichende Spruchpraxis der Obergerichte zu beobachten.⁴⁰ Die Praxis der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen hilft diesem Problem nicht ab, denn es ist nach wie vor möglich, dass dieselbe Rechtsfrage je nach Gerichtsbezirk unterschiedlich beantwortet wird. Im Gegenteil fördert die Hinweisbeschlusspraxis das Phänomen einer Rechtszersplitterung eher. Um auch diesem Problem abzuweichen, wäre es klug, ein Verfahren vorzuhalten, das eine möglichst frühzeitige Positionierung durch den BGH erlaubt.

Dass ein Leitentscheidungsverfahren theoretisch über die Sprungrevision (§ 566 ZPO) direkt im Anschluss an das erstinstanzliche Urteil eingeleitet werden kann, hilft dem beschriebenen Problem nicht unbedingt ab. Denn die Einlegung der Sprungrevision setzt voraus, dass der Gegner in die Übergehung der Berufungsinstanz einwilligt (§ 566 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).⁴¹ Ein Präjudizienvermeidung interessierter Beklagter dürfte diese Zustimmung in aller Regel nicht erteilen. Damit kommt das Leitentscheidungsverfahren als Annex zur Revision in einer Vielzahl von Fällen zu spät und vermag divergierenden Rechtsauffassungen auf instanzgerichtlicher Ebene nicht effektiv vorzubeugen. Wollte der Gesetzgeber die richterliche Rechtsfortbildung effektiv koordinieren, müsste er über ein Vorlageverfahren nach dem Vorbild der konkreten Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgericht (Art. 100 GG) nachdenken. Dann stellten sich freilich eine Reihe konzeptioneller und praktischer Anschlussfragen, auf die im vorliegenden Rahmen nicht eingegangen werden kann.

b. Insbesondere: Stärkung des Revisionsverfahrens

Hinzu kommt, dass das Leitentscheidungsverfahren vorrangig den Zweck verfolgt, das Revisionsverfahren als Rechtsfortbildungsverfahren zu stärken. Durch die Möglichkeit der Durchführung des Leitentscheidungsverfahrens wird vor allem die in der Regel durch Zahlung einer hohen Vergleichssumme herbeigeführte „Flucht aus der Revision“ für die Beklagten unattraktiv. Das Ziel der Präjudizienvermeidung lässt sich durch den Vergleichsabschluss ja nicht mehr erreichen, wenn der Bundesgerichtshof seine Rechtsauffassung auch nach Verfahrensbeendigung noch beschlussförmig kommunizieren kann. Möglicherweise werden Beklagte künftig weniger Aufwand zur Vermeidung eines streitigen Revisionsurteils treffen,

³⁹ Gsell ZRP 2021, 166 (167).

⁴⁰ vgl. statt Vieler Heese JZ 2020, 178. In den Verfahren über Schadensersatzansprüche aus dem LKW-Kartell erreichten die Rechtsauffassungen bereits in der ersten Instanz eine bedenkliche Bandbreite, vgl. statt Vieler Weiss/Lesinska-Adamson IR 2019, 56; Weitbrecht NZKart 2023, 196. Wie hier vgl. Stellungnahme des hessischen Justizministers Poseck <https://hessen.de/presse/justizminister-poseck-zu-den-vorschlaegen-von-bundesjustizminister-buschmann>.

⁴¹ Zu den formalen Anforderungen statt Vieler Saenger/Koch ZPO § 566 Rn. 3.

wenn die Revision zum Leitentscheidungsverfahren bestimmt wurde. Das schmälert umgekehrt aber den Eigenwert der Leitentscheidung. Letztendlich hat es nur Drohpotential und dient dazu, die Flucht aus der Revision noch unattraktiver zu machen als bisher. Erwartet man sich von kollektiver Rechtserkenntnis positive Erträge, wie es der Referententwurf erkennen lässt, ist das eine vertane Chance.

3. Kollektive Rechtserkenntnis durch Entscheidung ohne Bindungswirkung?

Fällt das Leitentscheidungsverfahren als Mechanismus kollektiver Rechtserkenntnis aber auch aus anderen Gründen aus, konkret: kann eine beschlussförmige Leitentscheidung aber auch das Allgemeininteresse an einer einheitlichen Rechtsfortbildung in gleicher Weise bedienen wie ein Revisionsurteil?

Zweifel daran sind aus zwei Gründen angebracht: Erstens ist die Leitentscheidung aus dem Rechtsmittelsystem ausgegliedert. Sie „entfaltet (...) keinerlei formale Bindungswirkung und hat auch keine Auswirkungen auf das der Leitentscheidung zugrundeliegende konkrete Revisionsverfahren.“⁴² In der Breite wirken Leitentscheidungen damit wie Revisionsurteile, die ungeachtet einer Bindungswirkung *inter partes* für ähnlich gelagerte Parallelverfahren ebenfalls nur als Orientierungsposten dienen können.

Die fehlende Bindungswirkung unterscheidet Leitentscheidungsverfahren von Vorlageverfahren im eigentlichen Sinn⁴³: Entscheidungen im Verfahren der konkreten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht haben Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Urteile und Beschlüsse aus Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH entfalten jedenfalls im Ausgangsverfahren und vor letztinstanzlichen Gerichten Bindungswirkung.⁴⁴

V. Kollektive Rechtserkenntnis und Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen

Der Referententwurf sieht von Bestimmungen zur Veröffentlichung von Beschlüssen im Leitentscheidungsverfahren ab. Gemessen am Zweck des Leitentscheidungsverfahrens drängt sich deren Notwendigkeit, was auch der Referententwurf, anerkennt,⁴⁵ auf zwei Stufen auf. Die Bestimmung einer Entscheidung als Leitentscheidung (§ 552b S. 1 ZPO) muss veröffentlicht werden, damit Instanzgerichte die Verfahrensaussetzung anregen können (§ 148

⁴² Ref-E, 7.

⁴³ Unter eben diesen Vorzeichen wurde das Leitentscheidungsverfahren bislang diskutiert, vgl. nur Heese/Schumann NJW 2021, 3023.

⁴⁴ Ex EuGH, Rs. C. 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, Rn. 21; eingehend Calliess/Ruffert/Wegener, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 267 Rn. 50-52.

⁴⁵ Ref-E, 11.

Abs. 4 ZPO-E). Auch die Leitentscheidung selbst wird nur Orientierungshilfe und Zeitersparnis leisten, wenn sie transparent kommuniziert wird.⁴⁶

Wenn dennoch von der gesetzlichen Normierung einer Veröffentlichungspflicht abgesehen wird, ist das mit Blick auf die höchstgerichtliche Publikationspraxis sicherlich gerechtfertigt. Verfahrensbeendende und mit Gründen versehene Entscheidungen des Bundesgerichtshofs werden seit 2000 in dessen Online-Datenbank veröffentlicht.⁴⁷ Auch wenn der Leitentscheidung keine im engeren Sinne verfahrensbeendende Wirkung zukommt, liegt eine entsprechende Behandlung sehr nahe. Für eine Veröffentlichung ohne ausdrücklich normierte diesbezügliche Pflicht spricht auch die politische Ökonomie des Leitentscheidungsverfahrens: Der Bundesgerichtshof wird ein Revisionsverfahren nur zum Leitentscheidungsverfahren bestimmen, wenn er seine dazu gefasste Rechtsauffassung veröffentlichen möchte.

Der Referentenentwurf lässt diese Erwägungen unerwähnt und begnügt sich mit einem Hinweis auf die verfassungsrechtliche Gebotenheit der Veröffentlichung.⁴⁸ Als Rechtfertigung dient ein Judikat des Bundesverwaltungsgerichts, das für „alle Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann“⁴⁹ auf eine gerichtliche Publikationspflicht erkennt. Diesen Standpunkt teilen im Grundsatz das Bundesverfassungsgericht⁵⁰ und der Bundesgerichtshof⁵¹; das allerdings mit Einschränkungen und zu unterschiedlichen Ausgangsfällen.⁵² Eine weitere Unschärfe offenbart sich im sachlichen Geltungsbereich der Veröffentlichungspflicht. So ist zwar anerkannt, dass sich die grundsätzliche Publikationspflicht von Gerichtsentscheidungen nicht auf rechtskräftige Urteile beschränkt, sondern auch Beschlüsse und Verfügungen erfassen kann.⁵³ Prozessleitende Handlungen wie Hinweisbeschlüsse sollen aber keiner verfassungsrechtlich begründeten Veröffentlichungspflicht unterliegen.⁵⁴

VI. Zusammenfassung

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Heese JZ 2021, 665 (666); ders., FS Roth, 2021, 283 (287).

⁴⁸ Ref-E, 8. mVerw auf BVerwGE 104, 105 (108 f.).

⁴⁹ BVerwGE 104, 105, 1. Ls.; II. 2. b) aa).

⁵⁰ BVerfG NJW 2015, 3708, 3710, Rn. 20 („weithin anerkannt“).

⁵¹ BGH NJW 2017, 1819 Rn. 17.

⁵² Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war beispielsweise ein presserechtlicher Auskunftsanspruch auf die Veröffentlichung eines Urteils in Strafsachen; der Bundesgerichtshof hatte zu entscheiden, ob eine Übersendung anonymisierter Entscheidungsabschriften nur unter den Voraussetzungen der Akteneinsicht erfolgen kann. Das Bundesverwaltungsgericht hatte über die Klage eines Fachverlags zu befinden, der durch die finanzgerichtliche Veröffentlichungspraxis sein Recht auf Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb verletzt sah.

⁵³ Vgl. nur BGH NJW 2017, 1819 Rn. 16.

⁵⁴ Voß JZ 2020, 286 (290).

Die Idee eines Leitentscheidungsverfahrens stellt auch am Vorabend der Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie in Deutschland an sich eine sinnvolle Ergänzung zu kollektiven Rechtsschutzmechanismen dar. Als Annex zum Revisionsverfahren lässt es zwar die Aufgabenverteilung zwischen Instanz- und Höchstgerichten unberührt, entfernt das Leitentscheidungsverfahren aber aber, erstens, von seinem Ziel einer (frühzeitigen) Vermeidung uneinheitlicher Rechtsfortbildung, und reduziert es, zweitens, in seiner Funktion auf einen weiteren Mechanismus zur Vermeidung der Flucht aus der Revision.

Außerdem sollte der Gesetzgeber das Verhältnis des Leitentscheidungsverfahrens zur Hinweisbeschlusspraxis der Ober- und Höchstgerichte deutlicher klarstellen. Obschon die Durchführung des Leitentscheidungsverfahrens dem Bundesgerichtshof vorbehalten bleibt, trifft es keine eindeutige Absage an die obergerichtliche Praxis der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen.

Entgegen der im Referentenentwurf geäußerten Annahme lässt sich schließlich eine verfassungsunmittelbare Pflicht zur Veröffentlichung der im Rahmen des Leitentscheidungsverfahrens getroffenen Beschlüsse nicht eindeutig identifizieren. Eine entsprechende gesetzliche Klarstellung verspräche Effektivitäts- und Vorhersehbarkeitsgewinne – auch über das Leitentscheidungsverfahren hinaus.