

Schriften zum Verfahrensrecht

Schriften zum Verfahrensrecht

Herausgegeben von
Peter Gottwald und Ulrich Haas

Band 32

Ming-Sheng Liu

Die richterliche Hinweispflicht

Dogmatik und Rechtskultur

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung

§ 139 ZPO wird oft als „Magna Charta des Zivilprozesses“¹ bezeichnet. Daran ist sicher richtig, dass es sich um das Kernstück der richterlichen Pflichten im Prozess handelt. Aufgrund des Verhandlungsgrundsatzes und Dispositionsgrundsatzes ist es prinzipiell Aufgabe der Partei, Tatsachen und Beweismittel sowie Streitgegenstände in den Prozess einzuführen. Im Verlauf des konkreten Prozesses aber könnten sie unklare und unsachdienliche Anträge stellen und unvollständige Tatsachen vortragen. Hierbei wird dem Gericht durch § 139 ZPO eine Mitverantwortung für den Ausgang des Prozesses auferlegt. Es muss der Partei durch Fragen oder Hinweise auf solche Defizite Hilfe leisten. § 139 ZPO etabliert den aktiven Richter und nicht den passiven Richter im Zivilprozess. Die Aufgaben des Gerichts bestehen nicht lediglich darin, das Vorbringen der Parteien anzunehmen. Vielmehr hat es dazu beizutragen, dass der Prozessstoff in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht klar und vollständig erarbeitet wird, damit eine möglichst gerechte und zügige Entscheidung gefällt und das subjektive Recht der Partei effektiv geschützt werden kann².

Ferner muss man klarstellen, der Bebringungsgrundsatz bezieht sich nicht auf die rechtliche Würdigung des Parteivorbringens: *Iura novit curia*. Das Gericht muss das Recht von Amts wegen kennen und anwenden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es ohne vorherigen Hinweis auf seine von einer Partei abweichende Rechtsmeinung eine Überraschungsentscheidung treffen darf. Im Parteiprozess sind die meisten Parteien rechtsunkundig. Auch der tüchtigste Anwalt kann im Anwaltsprozess einen richtigen rechtlichen Gesichtspunkt übersehen. In einem solchen Fall wird die Beurteilung des Gerichts von der Rechtsauffassung einer Partei oder beiden Parteien abweichen. Wenn es sie nicht darauf hinweist, haben sie keine Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen und das Ergebnis der Entscheidung zu beeinflussen. Zur Vermeidung der Überraschungsentscheidung und zum Ausgleich der mangelnden rechtlichen Kenntnisse der Parteien hat das es vor Entscheidung auf die von ihnen übersehenen oder für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkte hinzuweisen und Gelegenheit zur Äußerung dazu zu geben (§ 139 Abs. 2 ZPO n. F.).

Obschon diese Ergänzungsbedürftigkeit eine entscheidende Rolle spielt, rechtfertigt dies nicht, dass die richterlichen Hinweise von ihrem Ziel abweichen können und damit ohne Grenze den Parteien Hinweise erteilen dürfen. Insbesondere zu beachten ist, dass ein unzulässiger richterlicher Hinweis sehr wahrscheinlich einer Partei im Prozess zum Sieg verhelfen und die Gegenpartei damit unterliegen kann. Unter Berücksichtigung dessen wird in Schrifttum³ und Rechtsprechung⁴ das Neutralitätsgebot des Richters als Grenze der richterlichen Hinweispflicht angeführt. Wird die Grenze der

¹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 139 Rn. 1.

² Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 139 Rn. 1.

³ Prütting, FS für Musielak, S. 409, 410; Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag, S. 224; Musielak/Stadler, § 139 Rn. 5, 9.

⁴ BGHZ 156, 270; OLG Köln MDR 1979, 1027; OLG Bremen NJW 1979, 2215.

richterlichen Hinweispflicht zu weit gezogen, wird die richterliche Aktivität sehr leicht im Ergebnis der Gegenpartei zum Nachteil gereichen. Wird sie dagegen zu eng gesetzt, kann das Gericht die unerfahrene, rechtsunkundige Partei nicht vor Tücken der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime und vor Überraschungsentscheidungen schützen. Aus diesen Gründen ist es entscheidend und erforderlich, den Umfang und die Grenze der richterlichen Hinweispflicht im Zivilprozess klarzustellen.

Angesichts dieser großen Bedeutung gerieten und geraten Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht immer wieder stark in den Blickpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzung und Diskussion. Diese lassen sich auf die zwei wichtigsten Reformen in der Entwicklungsgeschichte des deutschen Zivilprozessrechts, das ZPO-RG 2001 und die Vereinfachungsnovelle 1976, zurückführen. Zu Beginn der achtziger Jahre war die Diskussion in erster Linie mit der Grundfrage der Geltung der Verhandlungs- oder Kooperationsmaxime und der diesbezüglichen Pflicht des Gerichts zum Hinweis auf die mögliche Einrede der Verjährung sowie der Erweiterung des Umfangs der richterlichen Hinweispflicht nach der Vereinfachungsnovelle 1976 verbunden. Im Hinblick auf das Zivilprozessreformgesetz 2001 hat der Gesetzgeber versucht, eine umfassendere Würdigung des tatsächlichen und rechtlichen Prozessstoffs bereits in erster Instanz durch eine Betonung der richterlichen Hinweispflicht zu erreichen⁵. Dafür werden die bisher an verschiedenen Stellen der ZPO befindlichen Regelungen über richterliche Hinweispflichten (§§ 139, 278 Abs. 3 ZPO a. F.) in einer zentralen Norm generalklauselartig zusammengeführt. Der Gesetzgeber sieht jedoch davon ab, den Gerichten inhaltlich engere oder detailliertere Vorgaben als nach bisherigem Recht zu machen⁶. Daraus folgt die Frage, ob und inwiefern die richterliche Hinweispflicht durch diese Betonung verändert und erweitert wurde, so dass ab 2002 richterliche Hinweise erlaubt und geboten sind, die früher ausgeschlossen und nicht geboten waren, wie z. B. in Bezug auf die Auslegung der sachdienlichen Anträge, die Zulässigkeit und Pflicht zum Hinweis auf mögliche Verjährungseinreden und die Verpflichtung des Gerichts zum Rechtsgespräch und ob nach dem ZPO-RG 2001 an dem zutiefst grundlegenden Prinzip der Verhandlungsmaxime, im deutschen Zivilprozess gerüttelt worden ist oder sich der Zivilprozess dadurch zur vom sozialen Zivilprozess beeinflussten Kooperationsmaxime gewandelt hat, unter der das Gericht nach der Beweisaufnahme die nicht von einer Partei vorgetragene neue Tatsache verwerten darf⁷ und die sehr weitgehende Erörterungspflicht (§ 139 ZPO) des Richters im Zentrum des Prozesses steht, die sowohl das Rechts- und Tatsachengespräch als auch stark kompensatorische Belehrungen zugunsten des im konkreten Fall Schwächeren beinhaltet⁸.

In der Untersuchung wird zunächst unter historischem Blickwinkel und unter verfassungsrechtlichem Gesichtspunkt sowie aus der Sicht des Verhandlungs- und Ko-

⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 58, 61; Rensen, AnwBl 2002, 633.

⁶ BT-Drucks. 14/4722, S. 77.

⁷ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 107.

⁸ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 108, 155 ff.

operationsmaxime und in rechtsvergleichender Hinsicht die richterliche Hinweispflicht betrachtet. Anschließend werden die Auswirkung der ZPO-RG 2001 auf die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO und die Regelungszwecke sowie Funktionen der richterlichen Hinweispflichten behandelt. Danach werden der Inhalt der einzelnen Hinweispflichten nach § 139 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 3 ZPO n. F. und Erörterungspflichten gem. § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO n. F. analysiert. Dann wird über die formellen und zeitlichen Anforderungen der richterlichen Hinweise sowie Abhilfemöglichkeiten bei Verstoß gegen § 139 ZPO n. F. diskutiert. Zuletzt kommt das Ergebnis der Untersuchung. Ziel der Untersuchung liegt in erster Linie darin, dass durch den Rückblick auf die Entwicklungsgeschichte der Hinweispflicht, die Darstellung der Diskussion über Prozesszwecke und Verfassungsgrundrechte, die Rechtsvergleichung zwischen der Verhandlungs- und Kooperationsmaxime und dem *adversarial principle* sowie *case management* und die Auseinandersetzung mit den Streitfragen im Zusammenhang mit §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO a. F. und §§ 139, 321 ZPO n. F. der Zweck und der Umfang sowie die Abhilfemöglichkeiten der richterlichen Hinweispflicht verdeutlicht und deren Inhalt vervollständigt werden und dies zur klareren Erfüllung der richterlichen Hinweispflicht in der Praxis beitragen kann.

Durch die historische Betrachtungsweise wird das Verständnis des Gesetzgebers von 1877⁹, 1924¹⁰, 1976¹¹ und 2001¹² klargestellt und man kann damit deutlich erkennen, ob die richterliche Hinweispflicht so erweitert wurde, dass sich der Zivilprozess schon von der Verhandlungsmaxime zur Kooperationsmaxime gewandelt hat. Zugleich kann man in historischer Hinsicht richtig überprüfen, ob und inwieweit der österreichische Zivilprozess und die Prozesskonzeption *Franz Kleins*¹³ auf den Ausgangspunkt und den Inhalt der richterlichen Hinweispflicht im deutschen Zivilprozess beeinflussten. Damit der Zweck und der Umfang der richterlichen Hinweispflicht weitergehend klargestellt werden, wird das Verhältnis der Prozesszwecke zu den Zwecken der richterlichen Hinweispflichten auch zusammen untersucht. Insbesondere zu behandeln ist die Frage, ob durch die Veränderung der Regelungen über die richterlichen Hinweispflichten sich der Prozesszweck schon vom subjektiven Rechtsschutz zum sozialen Prozesszweck oder zur reinen Bewährung des objektiven Rechts geändert hat. Überdies ist das Grundgesetz für das Zivilprozessrecht von großer Bedeutung. Auf seiner Grundlage hat die Rechtsprechung des BVerfG das Zivilprozessrecht verändert und entwickelt¹⁴. Insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör (einschließlich der unmittelbaren Anhörungspflicht), der Anspruch auf faires Verfahren, der Grundsatz der Waffengleichheit und das Neutralitätsgebot des Richters hängen sehr eng mit der Auslegung des Zwecks und des Umfangs der richterlichen Hinweispflicht

⁹ Deutscher Reichstag 1984, S. 444.

¹⁰ Die amtliche Begründung für die Emminger-Novelle 1924 wurde nicht veröffentlicht; dazu s. Rensen, Hinweispflicht, S. 44, 45.

¹¹ BT-Drucks. 7/2729, S. 35 ff.

¹² BT-Drucks. 14/4722, S. 58 ff.

¹³ Dazu s. u. S. 16 ff.

¹⁴ MünchKomm-ZPO/Lüke, Einl. Rn. 111.

zusammen. Hier werden deshalb besonders die Bedeutung dieser Verfahrensgrundrechte und die Konkurrenz zwischen deren Verletzungen und der Verletzung der richterlichen Hinweispflicht klargestellt.

Angesichts der unterschiedlichen Verständnisse zur richterlichen Hinweispflicht zwischen Verhandlungsmaxime und Kooperationsmaxime wird zudem das Verhältnis des Verhandlungsgrundsatzes zur richterlichen Hinweispflicht in der Untersuchung verdeutlicht. Dazu wird der Stand der Diskussion über den Streit um die Geltung der Verhandlungs- oder Kooperationsmaxime im deutschen Zivilprozess vor und nach dem Zivilprozessreformgesetz 2001 dargelegt. Insbesondere zu behandeln ist die Unterscheidung zwischen Verhandlungs- und Kooperationsmaxime hinsichtlich des Umfangs der Hinweis- und Erörterungspflichten. Unter der Kooperationsmaxime werden die allgemeine Pflicht des Gerichts zum Rechts- und Tatsachengespräch, die starke kompensatorische Pflicht des Richters den sozial Schwächeren gegenüber, die Pflicht und Zulässigkeit des Hinweises auf die mögliche Verjährungseinrede und die Zulässigkeit des überschießenden Beweisergebnisses¹⁵ nach dem Hinweis betont und anerkannt. Durch diese Klarstellung des Umfangs richterlicher Hinweispflichten und Erörterungspflichten lässt sich die Frage, ob nach der Zivilprozessgesetzreform 2001 am Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess gerüttelt worden ist, beantworten.

Überdies wird in rechtsvergleichender Hinsicht die richterliche Hinweispflicht betrachtet. Rechtsvergleichung ist ein gutes Mittel, um von anderen Rechtskulturen zu lernen und das eigene Recht zu verbessern. Die Kenntnis ausländischer Rechtskultur ist von großer Bedeutung. Denn ein Rechtssystem, das sich neuen Ideen und Entwicklungen außerhalb der eigenen Grenzen verschließt, kann letztlich mit modernen internationalen Standards nicht mithalten. Rechtsvergleichung dient zudem der Selbsteinschätzung und verhindert gedanklichen Stillstand und trügerische Selbstzufriedenheit¹⁶. Durch Rechtsvergleichung kann man die Vor- und Nachteile des ausländischen Rechts abwägen und überprüfen, ob das eigene Prozessrecht in bestimmten Bereichen ungenügend ist¹⁷. Im österreichischen Zivilprozess vertreten viele Autoren die Kooperationsmaxime, die Sammelmmaxime oder die abgeschwächte Untersuchungsmaxime. Fraglich ist, ob der Inhalt dieser Kooperationsmaxime mit der von *Wassermann* behaupteten Kooperationsmaxime identisch ist und ob der Umfang der richterlichen Hinweispflicht im österreichischen Zivilprozess aufgrund der Kooperationsmaxime nun weiter als im deutschen Zivilprozess verstanden wird. Auf der anderen Seite vertraten zuvor viele Autoren das reine *adversary system* und das *discovery system* im US-amerikanischen Zivilprozess und betonten die *sporting-theory* und die Passivität

¹⁵ Der Begriff „überschießendes Beweisergebnis“ stammt aus dem österreichischen Schrifttum. Er bedeutet, dass das Gericht eine Tatsache, die nach der Beweisaufnahme noch keine Partei behauptet hat, seiner Entscheidung zugrunde legen darf; dazu vgl. Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht, S. 128; Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Rn. 652, 659; Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Rn. 16.

¹⁶ Vgl. Gottwald, FS für Schlosser, S. 227, 231.

¹⁷ Vgl. Gottwald, FS für Schlosser, S. 239, 241.

des Richters. Seit Novellierung der *Federal Rules of Civil Procedure* von 1983¹⁸, 1993¹⁹, 2000²⁰ und 2006²¹ befürworten mehrere Autoren jedoch, dass durch solche Reformen das gerichtliche case management schrittweise verstärkt worden sei. Fragwürdig ist, ob dadurch die richterliche Hinweispflicht im US-amerikanischen Prozess bereits anerkannt wurde und das *adversary system* im amerikanischen Rechtskreis nicht mehr gilt. Nach der neuen Reform in England und Wales 1998 wurde dieselbe Frage im englischen Schrifttum²² gestellt. Bemerkenswert ist, ob der *Lord Woolf's report*²³ dazu tendiert, dass das *adversarial principle* im englischen Prozess aufgegeben werden soll. Die Untersuchung zielt demnach durch diese Rechtsvergleichung darauf ab, die Streitfragen zu beantworten, ob die Kooperationsmaxime und das *cooperative principle* das grundlegende Prinzip, die Verhandlungsmaxime und das *adversarial principle*, ersetzen kann, der Umfang der richterlichen Hinweispflicht gem. § 139 dZPO gegenwärtig zutreffend ist und der deutsche Richter ein überaktiver Richter oder ein zu passiver Richter ist.

Außerdem wird in der Untersuchung der Meinungsstand über die wesentlichen Streitfragen in Bezug auf die richterlichen Hinweispflichten gem. § 139 ZPO n. F. nach dem ZPO-RG 2001 dargelegt. Insbesondere ist zu untersuchen, wie nach dem Gedanken des Gesetzgebers des ZPO-RG 2001 die neuen und umfassenden richterlichen Hinweispflichten aufgebaut werden und wie sich der Gedankengang des Gesetzgebers auf die Beurteilung des Vorliegens der Hinweispflicht und Erörterungspflicht in einzelnen Streitfragen auswirkt. In Betracht kommen die Frage nach der Erweiterung, den Grenzen und Ausnahmen von der Hinweispflicht nach dem ZPO-RG 2001, die Regelungszwecke und Funktionen der Hinweispflicht, die Auslegung der sachdienlichen Anträge, der Streit um den Hinweis auf substanzloses Vorbringen, die Frage nach dem Hinweis auf unschlüssiges oder unerhebliches Tatsachenvorbringen, die Zulässigkeit und Pflicht zum Hinweis auf mögliche Verjährungseinrede, der Hinweis auf die Beweiswürdigung nach der Beweisaufnahme und Anregung der völlig neuen Beweismittel, die Auslegung des Tatbestandmerkmals des übersehenen oder für unerheblich gehaltenen bzw. anders als von beiden Parteien beurteilten Gesichtspunkts im Sinne des § 139 Abs. 2 S. 2 ZPO n. F. und die allgemeine Verpflichtung des Gerichts zum Rechtsgespräch. § 139 ZPO n. F. regelt nunmehr an zentraler Stelle die materielle Prozessleitungspflicht des Gerichts. Die bisher an verschiedenen Stellen der Zivilprozessordnung befindlichen Regelungen werden in einer zentralen Norm (§ 139 ZPO n. F.) generalklauselartig zusammengeführt, um die Mitverantwortung des Gerichts für

¹⁸ Peckham, 37 Rutgers L. Rev. 266, 267 (1985).

¹⁹ Kaklik/Hensler, 39 B. C:L. Rev. 631, 632 (1998).

²⁰ Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 83, 84.; dazu s. <http://www.uscourts.gov/rules/procpivil.pdf>.

²¹ Committee Note to the Revision of the Federal Rules of Civil Procedure, p. 33.

²² Dazu vgl. Andrews, Civil Procedure, Rn. 6. 48.

²³ Woolf, Access to Justice - Report to the Civil Procedure Rules in England and Wales, Chapter 5 Rn. 16-18; dazu s. unter: <http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap5.htm>.

eine umfassende tatsächliche und rechtliche Klärung des Streitstoffs hervorzuheben²⁴. Im Absatz 1 wurden die bisherigen Sätze 1 und 2 umgestellt. Angesichts dieser Voranstellung ist im Schrifttum sehr heftig umstritten, ob der Umfang der richterlichen Hinweispflicht dadurch erweitert wurde, so dass das Gericht nunmehr die allgemeine Pflicht zum Rechtsgespräch und zum Hinweis auf mögliche Verjährungseinreden hat und die Ausnahme von der richterlichen Hinweispflicht reduziert wird, z. B. die gegnerische Rüge, der Beurteilungsspielraum und der Umfang der richterlichen Hinweispflicht im Anwaltsprozess²⁵.

§ 139 Abs. 2 ZPO n. F. übernimmt zudem das bislang in § 278 ZPO Abs. 3 enthaltene Verbot der Überraschungsentscheidung. Die Neufassung konkretisiert den dem Verbot der Überraschungsentscheidung zugrunde liegenden Anspruch auf rechtliches Gehör²⁶. Als § 139 Abs. 2 ZPO n. F. wurde das Verbot von Überraschungsentscheidungen mit zwei inhaltlichen Änderungen gegenüber den bisherigen Regelungen in § 278 Abs. 3 ZPO eingefügt: erstens ist das Gericht nunmehr verpflichtet, nicht nur auf die rechtlichen Gesichtspunkte, sondern auch auf die tatsächlichen und zweideutigen Gesichtspunkte hinzuweisen (§ 139 Abs. 2 S. 1 ZPO n. F.); zweitens hat es nunmehr auch auf die abweichend von beiden Parteien beurteilten Gesichtspunkte hinzuweisen (§ 139 Abs. 2 S. 2 ZPO n. F.). Fraglich ist, ob im Vergleich mit dem alten Recht (§ 278 Abs. 3 ZPO a. F.) § 139 Abs. 2 ZPO n. F. eine Erweiterung erfuhr und ob mit der Neuformulierung des § 139 Abs. 2 ZPO der Streit um das Verhältnis der Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 ZPO a. F. zur Hinweispflicht gem. § 278 Abs. 3 ZPO a. F. entfallen ist²⁷.

§ 139 Abs. 4 und Abs. 5 ZPO wurden durch das ZPO-RG 2001 neu hingefügt. Abs. 4 betont, dass das Gericht möglichst frühzeitig hinzuweisen hat, und enthält die Dokumentationspflicht für richterliche Hinweise. Zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist das Gericht gem. § 139 Abs. 5 ZPO n. F. verpflichtet, eine Frist zu bestimmen, in der eine Partei die Erklärung in einem Schriftsatz nachreichen kann, wenn ihnen eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist. Absatz 4 und Absatz 5 waren im Reformprozess schon zwischen Anwalt- und Richterschaft heftig umstritten. Die Konferenz der Justizministerinnen und -minister hat gar am 14. November 2002 den Beschluss gefasst²⁸, eine Bundesratsinitiative mit dem Ziel zu unterstützen, die durch das Zivilprozessreformgesetz eingefügten Regelungen über die richterliche Hinweise- und Dokumentationspflicht (Abs. 4) und Schriftsatznachlass (Abs. 5) zu streichen. Denn sie führen zu längeren Protokollen und zeitraubenden Gerichtsterminen. In dem vom Bundesrat eingebrachten Entwurf eines Justiz-

²⁴ BT-Drucks. 14/4722, S. 77.

²⁵ Prütting, FS für Musielak, S. 400, 401; Rensen, AnwBl 2002, 633; ders, MDR 2006, 366 ff.

²⁶ BT-Drucks. 14/4722, S. 77.

²⁷ Musielak/Stadler, § 139 Rn. 2; Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 139 Rn. 57; Hannich/Meyer-Seitz/Schwartz, § 139 Rn. 11.

²⁸ BR-Drucks. 911/02; BR-Drucks. 397/03.

beschleunigungsgesetzes ist davon aber nicht mehr die Rede²⁹. Im Übrigen wird der Meinungsstand vor dem Zivilprozessreformgesetz 2001 nur im beschränkten Umfang in der Untersuchung ausgeführt, wie z. B. zur Frage der richterlichen Hinweispflicht zur möglichen Einrede und zum Streit um die allgemeine Verpflichtung des Gerichts zum Rechtsgespräch.

Nicht umstritten ist, dass die Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO einen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt. Eine solche Verletzung kann im Wege der Berufung oder Revision gerügt werden. Das ZPO-RG 2001 zielt darauf ab, dass der Rechtskonflikt vollständig und in der Regel endgültig in erster Instanz erledigt wird. Dafür soll die zweite Instanz zur eingeschränkten Tatsacheninstanz zur Fehlerkontrolle des erstinstanzlichen Urteils umgestaltet werden. Fraglich ist, ob der Umfang der richterlichen Hinweispflicht in erster Instanz wegen der Fehlerkontrolle der zweiten Instanz und der ausgedehnten Prozessförderungspflicht der Parteien (vgl. §§ 529, 531 ZPO n. F.) erweitert werden soll. Ferner wurde die sog. Gehörsrüge durch das ZPO-RG 2001 in die Neufassung des § 321 a ZPO eingefügt und durch das Anhörungsrügensgesetz von 2004 modifiziert. Die materielle Voraussetzung des § 321 a ZPO ist ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Terminologie „der Anspruch auf rechtliches Gehör“ des § 321 ZPO a entspricht genau derjenigen des Art. 103 Abs. 1 GG. Es stellt sich hier die Frage, ob § 321 a Abs. 1 Nr. 2 ZPO Bezug auf den engeren verfassungsrechtlichen (Art. 103 Abs. 1 GG) oder den weitergehenden zivilprozessrechtlichen Begriff des rechtlichen Gehörs nimmt. Heftig umstritten ist ferner, inwieweit die Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gem. §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO a. F. und § 139 Abs. 1, 2 ZPO n. F. zugleich als Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör angesehen werden kann und ob §§ 139, 278 Abs. 3 a. F. und § 139 ZPO n. F. bereits den Inhalt der Hinweispflicht vollständig geregelt haben, so dass es der unmittelbaren Anhörungspflicht aus Art. 103 Abs. 1 GG nicht mehr bedarf. Dabei handelt es sich besonders auf das in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärte Verhältnis der §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO a. F. und des § 139 ZPO n. F. zu Art. 103 Abs. 1 GG. Mit der durch das ZPO-RG 2001 eingefügten Gehörsrüge (§ 321 a ZPO n. F.) ist die Frage der Konkurrenz von erheblicher Bedeutung.

Teil I: Grundlagen der richterlichen Hinweispflicht

A. Entwicklungsgeschichte und Zweck der Hinweispflicht

I. Historische Entwicklung der richterlichen Hinweispflicht

1. Gesetzlicher Ausgangspunkt

Die gesetzliche Ausgestaltung der richterlichen Frage- und Hinweispflicht hat im Laufe der Zeit eine Reihe von Veränderungen erfahren. In der CPO vom 30. Januar 1877 waren die richterlichen Hinweispflichten für den Anwaltsprozess enger (§ 130

²⁹ BT-Drucks. 15/1491.