

# Obiter Dicta in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht

Dr. STEFAN KORCH, LL.M. (Harvard), Hamburg\*

*Inhaltsübersicht*

ZGR 2021, 867–903

I. Allgegenwärtig und wenig beachtet . . . . .	868
II. Terminologie und Abgrenzung . . . . .	870
1. Definition: Obiter dicta als nicht entscheidungserhebliche Urteilsbestandteile . . . . .	870
2. Entscheidungserheblichkeit in anderen Kontexten . . . . .	874
3. Obiter dicta in der Revisionsinstanz . . . . .	875
4. Obiter dicta und Hilfserrägungen in der Instanzenrechtsprechung . . . . .	876
III. Typisierung nach Funktionen . . . . .	877
1. Prozessökonomische obiter dicta . . . . .	878
2. Rügende obiter dicta . . . . .	880
3. Rechtsfortbildung durch obiter dicta . . . . .	881
4. Erläuterung der Rechtsprechung . . . . .	883
5. Ausdrückliches Offenlassen . . . . .	884
6. Ankündigung und Bekräftigung . . . . .	886
IV. Umfang und Eigenschaften . . . . .	887
1. Umfang und Anteil an den Entscheidungsgründen . . . . .	888
2. Abstraktionsgrad der beiläufigen Ausführungen . . . . .	894
3. Beiläufiges in Leitsätzen . . . . .	895
V. Obiter dicta im Spiegel der Literatur . . . . .	896
1. Kritik an obiter dicta . . . . .	896
2. Rezeption beiläufiger Urteilsausführungen . . . . .	899
VI. Ergebnisse und Ausblick . . . . .	901
VII. Anhang . . . . .	902

*Obiter dicta sind allgegenwärtige, aber unbekannte Wesen. Sie haben einen schlechten Ruf, ihnen haftet der Makel der Geschwätzigkeit an. Die Rechtswissenschaft hat sich bisher nur am Rande mit ihnen beschäftigt. Dieser Beitrag analysiert Erscheinungsformen und Funktionen von obiter dicta anhand von über 50 Fällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht. Dabei werden Umfang, Anteil an den Entscheidungsgründen, Abstraktionsgrad und Leitsatzfähigkeit von obiter dicta untersucht.*

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (in der Arbeitsgruppe von Prof. Fleischer). Fußnoten und Text sind auf dem Stand Mai 2021.

*Despite having a poor reputation as unnecessary verbiage, obiter dicta are omnipresent. Nonetheless, legal scholarship has only rarely addressed the phenomenon. In this paper, I describe their various forms and functions, analyzing more than 50 corporate law decisions of the German Supreme Court containing obiter dicta. The data give insights on the extent of obiter dicta, their relative proportion in the court's stated reasoning, the level of abstraction and the degree to which guiding principles reflect obiter dicta.*

### *I. Allgegenwärtig und wenig beachtet*

Wo man hinschaut, obiter dicta.<sup>1</sup> Diesen Eindruck vermitteln zumindest die über 20.000 Treffer auf Beck-online zum Suchbegriff „obiter“, von denen allein auf das Gesellschaftsrecht über 3.000 entfallen. Und auch eine nähere Betrachtung der Entscheidungen des II. Zivilsenats des BGH bestätigt den Eindruck. Die Liste einschlägiger Entscheidungen<sup>2</sup> liest sich wie eine Aufzählung der wichtigsten Urteile des Gesellschaftsrechts selbst. Neben den Entscheidungen Girmes, Holzmüller, Gelatine, Mangusta/Commerzbank II, Qivive, Kali und Salz sowie MPS enthalten auch das ARAG/Garmenbeck-Urteil und die Entscheidungen der jüngsten Trias zur Geschäftsleiterhaftung (Schloss Eller, Weltruf, Easy Software) obiter dicta. Hinzu gesellen sich die Trabrennbahn-Entscheidung sowie die wichtigsten Judikate zum qualifiziert faktischen Konzern: Autokran, Video, TBB, Bremer Vulkan und Trihotel. Und auch im Personengesellschaftsrecht scheinen bestimmte Rechtsinstitute obiter dicta förmlich anzuziehen, namentlich die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft<sup>3</sup> sowie der Bestimmtheitsgrundsatz mit den Urteilen Otto und Schutzgemeinschaftsvertrag II.<sup>4</sup> Die praktische Bedeutung von obiter dicta ist folglich nicht zu unterschätzen, zumal die Rechtspraxis den beiläufigen Aussagen der Höchstgerichte in aller Regel bereitwillig folgt und sie so eine hohe faktische Bindung bewirken.<sup>5</sup>

In der wissenschaftlichen Diskussion sind obiter dicta bisher allerdings eine Randnotiz geblieben. Das mag aufgrund der vielen Datenbank-Treffer zunächst verwundern. Allerdings erschöpft sich die Auseinandersetzung in der

1 Vgl. schon R. FISCHER, FS Mühl, 1981, S. 139, 140.

2 Siehe dazu den Anhang, wo auch die Auswahl der Entscheidungen erläutert wird, die dieser Untersuchung zugrunde gelegt wurden.

3 Obiter dicta finden sich etwa in den Entscheidungen BGHZ 55, 5; BGHZ 62, 234; BGHZ 148, 201.

4 Während die Otto-Entscheidung (BGHZ 170, 283) in den bedeutsamsten Teilen tragend ist, erfolgten wegweisende Ausführungen der Schutzgemeinschaft II-Entscheidung (BGHZ 179, 13) obiter dictu.

5 BIRK, JZ 1974, 735, 739; KRIELE, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 276; LILIE, Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen, 1993, S. 134; PATON/SAWER, 63 L.Q. Rev 461, 475 ff (1947); PAYANDEH, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 453 f; RIEZLER, AcP 139 (1934), 161, 163.

Regel im bloßen Hinweis, dass eine Aussage (lediglich) obiter dictu erfolgte. Nur wenige Beiträge widmen sich vertieft beiläufigen Urteilelementen.<sup>6</sup> Die beiden einschlägigen Monographien zum Thema datieren aus den Jahren 1973 und 1993.<sup>7</sup> Und selbst die Methodenlehrbücher spendieren obiter dicta – wenn überhaupt – lediglich wenige Sätze.<sup>8</sup> Eine stärkere Beachtung erfahren obiter dicta in Common-Law-Jurisdiktionen, da die Bindungskraft der Präjudizien lediglich die *ratio decidendi*, nicht aber das *obiter dictum* umfasst.<sup>9</sup>

Dieser Beitrag möchte zu einem besseren Verständnis von obiter dicta als Phänomen beitragen. Dazu wurde die Rechtsprechung des II. Zivilsenats ausgewertet; in über 50 Entscheidungen fanden sich obiter dicta.<sup>10</sup> Sie dienen als Anschauungsmaterial und Grundlage für die Analyse der möglichen Erscheinungsformen und Funktionen. Das Gesellschaftsrecht als Untersuchungsgegenstand bietet sich in besonderer Weise an, weil es als homogene und abgrenzbare Materie eine stärkere Fokussierung auf die Fragestellung ermöglicht. Da allein der II. Senat fachlich zuständig ist, tritt die politische Dimension von obiter dicta bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Senaten zurück.<sup>11</sup> Das ist in anderen Bereichen des Zivilrechts,<sup>12</sup> aber auch im Strafrecht<sup>13</sup> und im Arbeitsrecht<sup>14</sup>, gänzlich anders. Selbst die beiden Senate des

6 BRYDE, FS Papier, 2013, S. 493; R. FISCHER, FS Mühl, S. 139; SCHULZ, ZIS 2008, 403; SCHRÖDER, MDR 1960, 809; im jeweiligen Kontext auch BIRK, JZ 1974, 735, 739ff; KANZLER, DStR 2013, 1505; LAMPRECHT, NJW 1998, 1039. Siehe zudem die Nachweise zur Definition (Fn. 18ff), die obiter dicta aufgrund thematischer Querbezüge mitbehandeln. Nach Abschluss des Manuskripts erschien DUXBURY, *The Intricacies of Dicta and Dissent*, 2021.

7 SCHLÜTER, *Obiter dictum*, 1973 (Habilitationsschrift); LILIE, aaO (Fn. 5) (Dissertation).

8 BYDLINSKI/BYDLINSKI, *Grundzüge der jur. Methodenlehre*, 3. Aufl., 2018, S. 143; KRÄMER, *Jur. Methodenlehre*, 5. Aufl., 2016, S. 260 Fn. 840, 308 (im Kontext der Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung); MÖLLERS, *Jur. Methodenlehre*, 3. Aufl., 2020, § 3 Rdn. 39 (ebenfalls zur Änderung der Rechtsprechung).

9 *Buchner v. Chicago etc.*, 60 Wis. 264, 267ff (Wis. April 8, 1884); *Lawson v. United States*, 176 F.2d 49, 51 (1949); aus dem Schrifttum CROSS/HARRIS, *Precedent in English Law*, 4. Aufl., 1991, S. 40ff; GORMAN, 5 Can. L. Rev. 152 (1906); HARDING/MALKIN, 34 Sydney L. Rev. 239 (2012); MOORE, 2 Commw. L. Rev. 205 (1905); MYKKELTVEDT, 15 Ga. L. Rev. 311 (1981); ferner MAYER-MALY/NIPPERDEY, *Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben*, 1965, S. 25; knapp auch MÖLLERS, aaO (Fn. 8), § 3 Rdn. 45, § 7 Rdn. 59. Siehe ferner Fn. 21.

10 Näher zur Stichprobe siehe die Beschreibung im Anhang.

11 In Randbereichen können freilich Überschneidungen etwa zum Insolvenz- und Restrukturierungsrecht (IX. Senat) auftreten. Zu Auseinandersetzungen mit anderen Senaten siehe auch Fn. 64 mit dazugehörigem Text.

12 Zu obiter dicta und Divergenzanfragen JUNGMANN, JZ 2009, 380, 384.

13 Dazu LILIE, aaO (Fn. 5), S. 129ff und passim; SCHULZ, ZIS 2008, 403, 403ff; zuvor bereits R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 163f; anders aber KÄHLER, *Strukturen und Methode der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl., 2011, S. 299f.

14 SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 124ff.

Bundesverfassungsgerichts sind schon für die Verwendung von obiter dicta in der inhaltlichen Auseinandersetzung gerügt worden.<sup>15</sup> Darüber hinaus hat mit *Robert Fischer* ein ehemaliger Vorsitzender des II. Zivilsenats einen der seltenen Beiträge zur Verteidigung von obiter dicta verfasst,<sup>16</sup> weshalb es reizvoll erscheint, beiläufige Ausführungen am Beispiel der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats näher zu beleuchten.<sup>17</sup>

## II. Terminologie und Abgrenzung

### 1. Definition: Obiter dicta als nicht entscheidungserhebliche Urteilsbestandteile

Obiter dicta werden negativ als alle nicht-tragenden Urteilerwägungen definiert; das Urteil (genauer: die Entscheidungsformel) beruht also nicht auf diesen Ausführungen.<sup>18</sup> Was unter tragenden und nicht-tragenden Urteilsgründen zu verstehen ist, wurde hierzulande intensiv mit Blick auf das Ausgleichsverfahren (heute Divergenzvorlage nach § 132 GVG) diskutiert. Teilweise wird in Anlehnung an die *Conditio-sine-qua-non*-Formel die Testfrage aufgestellt, ob sich die Ausführungen hinwegdenken lassen, ohne dass sich das Ergebnis ändern würde.<sup>19</sup> Das entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem berühmten, in

15 In der Auseinandersetzung zum „Kind als Schaden“; siehe LAMPRECHT, NJW 1998, 1039, 1040f; SCHULZ, ZIS 2008, 403, 403ff; allgemein gegen Verfassungspolitik mittels obiter dicta BRYDE, FS Papier, S. 493, 499.

16 R. FISCHER, FS Mühl, S. 139.

17 Zudem kann die Untersuchung an Vorarbeiten zum Dialog zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft anknüpfen. Siehe dazu R. FISCHER, in: Lutter/Stimpel/D. Fischer, *Gesammelte Schriften*, 1985, S. 23; RÖHRICHT, ZGR 1999, 445, 446f; ULMER, ZGR 1999, 751, 775ff; GOETTE, *RabelsZ* 77 (2013), 309; MÜLBERT, *AcP* 214 (2014), 188, 291ff; THIESSEN, *Rechtsgeschichte* 25 (2017), 46, 67ff; FLEISCHER, in: Voigt/Fleischer/Kalss, *Protagonisten im Gesellschaftsrecht*, 2020, S. 1, 7ff.

18 So schon RIEZLER, *AcP* 139 (1934), 161, 162; ferner BERTELMANN, *Die Ratio decidendi zwischen Gesetzesanwendung und Rechtssatzbildung an Hand höchstrichterlicher Rechtsprechung*, 1975, S. 47, 49; KRIELE, *aaO* (Fn. 5), S. 282f; LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, S. 66; MÖLLERS, *aaO* (Fn. 8), § 7 Rdn. 59; RISSING-VAN SAAN, FS *Widmaier*, 2008, S. 505, 513; vgl. auch MOORE, 2 *Commw. L. Rev.* 205, 210 (1905); SCHLÜTER, *aaO* (Fn. 7), S. 104ff (Ableitungszusammenhang).

19 So BERTELMANN, *aaO* (Fn. 18), S. 49; MIEBACH, *Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, 1971, S. 159ff (m. w. N. aus dem älteren Schrifttum), S. 164f (dort allerdings – mit Blick auf das frühere Ausgleichsverfahren – mit einer dritten Kategorie); MÖLLERS, *aaO* (Fn. 8), § 7 Rdn. 59; für die Entscheidungserheblichkeit gleichsinnig GEIGER, NJW 1954, 1057, 1060; ablehnend KÄHLER, *aaO* (Fn. 13), S. 60; KUHNEN, JA 1986, 589, 594 (mit Fn. 61); SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, 1986, S. 33. Auch das BVerfG folgt der *Conditio*-Formel: BVerfGE 96, 375, 404; BVerfG NJW 2006, 1191,

den USA verwendeten Wambaugh-Test aus dem Jahr 1894, der noch etwas präziser<sup>20</sup> danach abgrenzt, ob das Ergebnis unverändert bliebe, wenn das Gericht im konkreten Prüfungspunkt zu einem anderen Standpunkt gelangt wäre:

„Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also.“<sup>21</sup>

Anders als *Wambaugh* eingangs schreibt, ist diese Abgrenzung allerdings im konkreten Einzelfall häufig alles andere als einfach.<sup>22</sup> Zudem führt die formale Abgrenzung zu Einordnungen, die zwar überwiegend, nicht jedoch sämtlich intuitiv sind.<sup>23</sup> So kann etwa die bloße Einhaltung der Prüfungsreihenfolge dazu führen, dass obiter dicta vorliegen.<sup>24</sup> Das illustriert die Girmes-Entscheidung: Der II. Senat prüfte darin einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, bejahte die ersten drei Voraussetzungen, um schließlich die Schutzbedürftigkeit zu verneinen, weshalb die Prüfung bis zur Schutzbedürftigkeit obiter dictu erfolgte.<sup>25</sup> Demgegenüber sind Begründungen für eine vertretene Ansicht stets tragend, wenn die Rechtsfrage als solche ergebnisrelevant ist.

1192. Teils wird danach gefragt, ob das Ergebnis auch auf anderem Wege zu erreichen gewesen wäre. Zu dieser Abgrenzung der englischen Gerichte MOORE, 2 Commw. L. Rev. 205, 206 f (1905); ferner SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 809.

20 Bei strenger Lesart der Conditio-Formel wären auch hypothetische Begründungen, die im Urteil nicht auftauchen, geeignet, die Entscheidungserheblichkeit entfallen zu lassen. Das wäre wenig überzeugend. Vgl. auch KISSEL/MAYER, GVG, 10. Aufl., 2021, § 121 Rdn. 22.

21 WAMBAUGH, Study of Cases, 2. Aufl., 1894, S. 17. Erläuternd dazu PATON/SAWER, 63 L. Q. Rev 461, 475 (1947): „reverse the meaning of the proposition and then see whether it would affect the decision; if the answer is in the negative, then the proposition is not part of the ratio.“; ausführlich ferner COLLIER, 1988 Wis. L. Rev. 771, 772 ff; kritisch LANGENBUCHER, aaO (Fn. 18), S. 75; SCHLÜCHTER, aaO (Fn. 19), S. 84, 88. Bedeutung hat daneben auch der Goodhart-Test erlangt, der nicht bei der Rechtsregel, sondern den Tatsachen ansetzt (GOODHART, 40 Yale L. J. 161 [1931]; DERS., 22 Modern L. Rev. 117 [1959]). Dazu FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, Bd. II., 1975, S. 87 f, 90.

22 Zur schwierigen Abgrenzung schon ALLEN, Law in the Making, 6. Aufl., 1964, S. 260 ff; PATON/SAWER, 63 L. Q. Rev 461, 471 (1947): “However, confusion arises because there is no easy test by which a distinction can be drawn between obiter dictum and ratio decidendi in such cases.“; ferner KEIL, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, S. 79; RAZ, 3 Common L. Rev. 21, 21 (2002); RIEZLER, AcP 139 (1934), 161, 164.

23 Vgl. *Buchner v. Chicago etc.*, 60 Wis. 264, 267 ff (Wis. April 8, 1884).

24 Vgl. dazu schon KÖTZ, AcP 175 (1975), 362, 366.

25 BGHZ 129, 136 168 f.

Denn selbst langatmige Begründungspassagen<sup>26</sup> lassen sich nicht hypothetisch umkehren, ohne dass eine andere Entscheidung möglich erscheint.<sup>27</sup> Im Extremfall kann sogar allein die Einbettung darüber entscheiden, ob Ausführungen obiter dictu erfolgen oder nicht. Führt der II. Senat etwa zur Begründung seiner Ansicht in einem Meinungsstreit zur GmbH aus, weshalb die Regelungen des AktG nicht übertragbar sind oder der Ansicht nicht entgegenstehen, lässt sich nicht ausschließen, dass der Streitentscheid auf dieser Auseinandersetzung mit der gesellschaftsrechtlichen Gesamtordnung beruht.<sup>28</sup> Hätte der Senat seine Ansicht ohne dieses Argument begründet und im Anschluss erwähnt, dass die Ausführungen für die Aktiengesellschaft nicht gelten, wären die Ausführungen hingegen beiläufig.

Die formale Abgrenzung ist nicht ohne Kritik geblieben.<sup>29</sup> Vor allem in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist sie in den Fokus einer Debatte über das damalige Ausgleichsverfahren (heute Verfahren nach § 132 GVG) geraten. Nach Ansicht vieler Autoren würde der formale Test zu viele Ausführungen als nicht entscheidungserheblich qualifizieren, damit aus dem Anwendungsbereich ausnehmen und so die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährden.<sup>30</sup> Während einige Stimmen am Tatbestand der Norm selbst ansetzten, um das als unbefriedigend empfundene Ergebnis zu korrigieren,<sup>31</sup> versuchten andere – und hier entsteht die Berührung mit diesem Beitrag – eine neue, wertende Abgrenzung der tragenden von den nicht-tragenden Gründen zu entwickeln.<sup>32</sup> Letzteres geschah freilich um den Preis der geringeren Vorhersehbarkeit und

26 Vgl. etwa BGHZ 9, 157; BGHZ 75, 26, 28; BGHZ 158, 122; BGHZ 180, 38 Rdn. 10ff – Qivive; BGHZ 203, 77.

27 Vgl. auch PAYANDEH, aaO (Fn. 5), S. 453, zum Spielraum der Gerichte bei der Prüfung und Argumentation.

28 Vgl. BGHZ 146, 341 – ARGE/Weißes Ross: Dort dekliniert der Senat über viele Seiten alle möglichen Normen durch, wie sie nach Rechtsfähigkeit der GbR anzuwenden sind. Diese Ausführungen muss man m. E. als tragend einstufen. Denn die Prüfung gelangt zu dem Ergebnis, dass sie alle der Rechtsfähigkeit nicht entgegenstehen. Damit wäre theoretisch denkbar, dass der Senat die Rechtsfähigkeit nicht angenommen hätte, wenn er bei einer oder mehreren Normen zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

29 Neben den im Folgenden Genannten auch LANGENBUCHER, aaO (Fn. 18), S. 74ff („Ermittlung der ratio decidendi [ist] eine Interpretationsaufgabe“, S. 76).

30 BAKKER, Grenzen der Richtermacht, 1994, S. 187ff; HANACK, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 247ff; LILIE, aaO (Fn. 5), S. 111ff und passim; MIEBACH, aaO (Fn. 19), S. 159f (m. w. N. aus dem älteren Schrifttum), 163ff; SCHLÜCHTER, aaO (Fn. 19), S. 32ff; SCHULTE, Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag, 1986, S. 109f.

31 So BAKKER, aaO (Fn. 30), S. 189ff; HANACK, aaO (Fn. 30), S. 247ff; LILIE, aaO (Fn. 5), S. 247ff (Ausgleichspflicht für alle Rechtsausführungen).

32 MIEBACH, aaO (Fn. 19), S. 165f (mit einer Dreiteilung); SCHULTE, aaO (Fn. 30), S. 109ff (mit der besonderen Kategorie der tragenden Gründen im weiteren Sinne); vgl. ferner KEIL, aaO (Fn. 22), S. 79 (fallgruppenförmige Abgrenzung).

Nachprüfbarkeit, da jeder normativ aufgeladenen Abgrenzung etwas Beliebigen anhaftet.<sup>33</sup> Es überrascht daher nicht, dass die überwiegende Ansicht bis heute an einer formalen Abgrenzung festhält, die gegebenenfalls in Randbereichen zu korrigieren ist.<sup>34</sup> Dem folgt auch der BGH in ständiger Rechtsprechung.<sup>35</sup>

Im Ergebnis sind die Abweichungen ohnehin gering.<sup>36</sup> Unterschiede ergeben sich vor allem für alternative Begründungen.<sup>37</sup> Damit sind Begründungsstränge gemeint, die jeder für sich das Urteil tragen, ohne dass ein Rangverhältnis besteht.<sup>38</sup> Nach den formalen Testfragen sind – bei isolierter Betrachtung – sämtliche Begründungen verzichtbar.<sup>39</sup> Weil unklar bliebe, welche Begründung letztlich die tragende ist,<sup>40</sup> sollen nach einigen Literaturstimmen alle Begründungen als tragend angesehen werden.<sup>41</sup> Für diese Untersuchung erlangt allerdings selbst der Streit um alternative Begründungen keine Bedeutung, weil die

33 Wie hier auch BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 49f; kritisch zu Ansichten, die bei der Abgrenzung ansetzen: LILIE, aaO (Fn. 5), S. 117f; vgl. ferner CROSS/HARRIS, aaO (Fn. 9), S. 76.

34 Siehe die Nachweise in Fn. 19; ferner SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 809ff (insb. 812); sowie die formale Abgrenzung bei CIERNIAK/POHLIT, Münchener Komm. z. StPO, 1. Aufl., 2018, § 132 GVG Rdn. 12; W. ZIMMERMANN, Münchener Komm. z. ZPO, 5. Aufl., 2017, § 132 GVG Rdn. 8; vgl. ferner GRAF, in: BeckOK GVG, 10. Ed. 15.2.2021, GVG § 132 Rdn. 8.

35 BGHZ 82, 34, 36f; BGHZ 112, 127, 129; BGH NJW 2000, 1185, 1185f; vgl. auch BGHZ 126, 63, 72 (für die Vereinigten Großen Senate). Ebenso BVerfGE 96, 375, 404; BVerfG NJW 2006, 1191, 1192.

36 Ähnlich BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 49; siehe ferner die Fallgruppen bei LILIE, aaO (Fn. 5), S. 130ff.

37 Zudem kann bei einem Austausch der Begründung durch das Berufungsgericht die Verwerfung der ursprünglichen Begründung als nicht-tragend angesehen werden, da die Zurückweisung der Revision letztlich nur auf der neuen Begründung beruht (dazu SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 811). Allerdings kann m.E. aus § 561 ZPO entnommen werden, dass die Zurückweisung wegen fehlenden Rechtsverstosßes und die wegen einer lediglich im Ergebnis richtigen Berufungsentscheidung unterschiedliche Entscheidungen des Revisionsgerichts darstellen.

38 Vgl. dazu BYDLINSKI/BYDLINSKI, aaO (Fn. 8), S. 143; PATON/SAWER, 63 L.Q. Rev 461, 473 ff (1947); SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 809f; sehr kritisch zu Doppelbegründungen SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 129ff.

39 Vgl. BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 50; KÄHLER, aaO (Fn. 13), S. 60; KRIELE, aaO (Fn. 5), S. 286; MIEBACH, aaO (Fn. 19), S. 161; SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 79; SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 809. Dieses Ergebnis befürwortend W. ZIMMERMANN, aaO (Fn. 34), § 132 GVG Rdn. 8.

40 Denkbar wäre, die Prüfungsreihenfolge des Gerichts zugrunde zu legen und die erste Begründung als tragend und alle weiteren als nicht-tragend anzusehen. Siehe dazu auch SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 810 (i.E. aber ablehnend).

41 BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 50 (wenn das Gericht seine Entscheidung auf alle Begründungsansätze stützt); SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 810.

Besonderheiten der Revisionsinstanz regelmäßig dazu führen, dass sämtliche, auch alternativen Begründungsstränge tragend sind (dazu sogleich unter 3.).<sup>42</sup> Da hier zudem zu den spezifischen Problemen der Divergenzanfrage keine Stellung genommen werden muss, kann auf die formale Abgrenzung abgestellt werden.<sup>43</sup> Welchen Mehrwert hätte auch eine quantitative Untersuchung, wenn bereits abstrakt unklar bliebe, welche Entscheidungsbestandteile überhaupt einbezogen werden? Analyse und Diskurs wären notwendig diffus.<sup>44</sup>

## 2. Entscheidungserheblichkeit in anderen Kontexten

Entscheidungserheblichkeit ist für Vorlagen nach Art. 267 AEUV erforderlich. Der europarechtliche Seitenblick verspricht allerdings nur wenig Erkenntnisgewinn, da die Entscheidungserheblichkeit vom EuGH nur in offensichtlichen Fällen verneint wird, um politische oder hypothetische Rechtsfragen fernzuhalten.<sup>45</sup> Entsprechend wenig Aufmerksamkeit wird dem Tatbestandsmerkmal dann auch in der Literatur geschenkt.<sup>46</sup> Und auch ein Hinweis auf Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG gibt für die Abgrenzung wenig her: Danach darf das Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle angerufen werden, wenn es für die Entscheidung auf die Gültigkeit des überprüften Gesetzes ankommt.<sup>47</sup> Das Bundesverfassungsgericht folgt dabei grundsätzlich der

42 Häufig könnte jeder einzelne Begründungsstrang dazu führen, dass das Revisionsgericht – statt zurückzuverweisen – eine abschließende Entscheidung trifft. So etwa in BGHZ 107, 7, wo der Senat drei verschiedene Anspruchsgrundlagen für denselben Zahlungsanspruch prüft und alle auf der Grundlage des Revisionssachverhalts für gegeben erachtet. Jede einzelne Prüfung führt mangels ausreichender Tatsachenfeststellung zur Zurückverweisung. Auch die zweite und dritte Anspruchsprüfung erfolgt nicht obiter dictu, weil der Senat – jedenfalls theoretisch – zu dem Ergebnis hätte gelangen können, dass der Anspruch gegeben ist, ohne dass es weiterer Sachverhaltsfeststellungen bedarf. Dann hätte er nicht zurückverwiesen, sondern auf Antrag des Klägers verurteilt. Der umgekehrte Fall, dass das Gericht alternative Begründungen für eine Entscheidung in der Sache anführt, spielte in der Stichprobe keine Rolle.

43 Ähnlich bereits SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 80, für seine Untersuchung.

44 Dieser Verdacht wird sich später bestätigen (zur Kritik siehe V. 1., vor allem Fn. 182 mit dazugehörigem Text).

45 Dazu GAITANIDES, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Europ. Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 267 Rdn. 56 ff; KARPENSTEIN, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, 71. EL 2020, Art. 267 AEUV Rdn. 25 ff; PECHSTEIN/GÖRLITZ, Frankfurter Komm. z. EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 267 Rdn. 54 f; SCHWARZE/WUNDERLICH, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl., 2019, Art. 267 Rdn. 37 ff; WEGENER, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 267 AEUV Rdn. 22 ff.

46 Siehe die knappen Kommentierungen der in Fn. 45 Genannten; in anderen Kommentaren finden sich gar überhaupt keine Erläuterungen zum Inhalt oder zur Definition.

47 Vgl. BVerfGE 2, 181, 190 f; BVerfGE 4, 45, 48 (in einem obiter dictum); BVerfGE 14, 308, 311 f; BVerfGE 47, 146, 165.

Rechtsansicht des Fachgerichts.<sup>48</sup> Immerhin wird aber auch hier darauf abgestellt, ob das vorliegende Gericht bei Verfassungswidrigkeit zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.<sup>49</sup> Und alternativ tragende Begründungen lassen die Entscheidungserheblichkeit regelmäßig entfallen, es sei denn, weiterer Streit ist zu gewärtigen oder es bestehen Unklarheiten über die Reichweite der Rechtskraft.<sup>50</sup> Zuletzt vertritt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass nicht nur der Tenor, sondern auch die tragenden Gründe der Entscheidung Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG entfalten,<sup>51</sup> wobei die Ausführungen zur Abgrenzung selbst überwiegend allgemein ausfallen und deshalb für diesen Beitrag keine zusätzlichen Erkenntnisse versprechen.<sup>52</sup>

### *3. Obiter dicta in der Revisionsinstanz*

Besonderheiten ergeben sich für die Abgrenzung bei höchstrichterlichen Entscheidungen aufgrund der Revisionsperspektive. Halten die Ausführungen des Berufungsgerichts der Prüfung nicht stand, kann das Gericht das Urteil entweder gem. § 563 Abs. 1 ZPO aufheben und das Verfahren zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und Entscheidung zurückverweisen oder selbst in der Sache entscheiden. Eine eigene Entscheidung setzt allerdings nach § 563 Abs. 3 ZPO voraus, dass die Sache zur Entscheidung reif ist, mithin der Sachverhalt ausreichend aufgeklärt wurde. Die Revision ist zurückzuweisen, wenn die Überprüfung keine Rechtsfehler erkennen lässt oder das Urteil aus anderen Gründen richtig ist (§ 561 ZPO). Für die Abgrenzung der tragenden von den beiläufigen Urteilsgründen kommt es folglich darauf an, ob eine andere Ansicht im konkreten Prüfungspunkt zu einer anderen Revisionsentscheidung geführt hätte.<sup>53</sup> Dabei können Ausführungen tragend sein, die auf den ersten Blick wie obiter dicta wirken. Ein Beispiel liefert die Entscheidung in BGHZ 63, 338, wo der Senat das Berufungsurteil zunächst auf fünf Seiten (339–344) gegen Angriffe der Revision verteidigt, um es im Anschluss wegen Rechtsfehlern aufzuheben (S. 344 ff). Man könnte meinen, dass die anfänglichen Ausführungen entbeh-

48 BVerfGE 4, 45, 48; kritisch SCHOLLER/BROß, AÖR 103 (1978), 148, 151 ff.

49 DEDERER, in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, 92. EL August 2020, Art. 100 Rdn. 155; MORGENTHALER, in: BeckOK GG, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 100 Rdn. 17.

50 BVerfGE 47, 146, 164 f.; DEDERER, aaO (Fn. 49), Art. 100 GG Rdn. 161.

51 BVerfGE 1, 14, 37; BVerfGE 19, 377, 392; BVerfGE 40, 88, 93 f.; kritisch BETHGE, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Komm. z. BVerfGG, 60. EL Juli 2020, § 31 Rdn. 94 f (bindend sind die Gründe nur, soweit sie zur Bestimmung des Verfahrensgegenstandes herangezogen werden müssen; m.w.N.); KORIOETH, in: Schlaich/Korioeth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., 2018, Rdn. 486 ff.

52 Siehe etwa BVerfGE 96, 375, 404; ferner die Analyse bei KORIOETH, aaO (Fn. 51), Rdn. 487.

53 Dabei ist auch eine Teilaufhebung, Teilabweisung oder Teilverurteilung möglich.

lich waren, da das Gericht das Berufungsurteil ohnehin aufgehoben und zurückverwiesen hat.<sup>54</sup> Allerdings hätte ein erfolgreicher Angriff der Revision in diesen Punkten zu einer Abweisung der Klage durch das Revisionsgericht führen können. Damit sind die Ausführungen notwendig, um die spätere Zurückverweisung an das Berufungsgericht zu begründen. Es handelt sich folglich um tragende Urteilsgründe. Diese Unterscheidung zwischen Zurückverweisung und eigener abschließender Entscheidung führt auch dazu, dass alternative Begründungen regelmäßig tragend sind.<sup>55</sup>

#### 4. *Obiter dicta und Hilfserwägungen in der Instanzenrechtsprechung*

Grundsätzlich können auch Ober- und Untergerichte obiter dicta in ihre Entscheidungsgründe aufnehmen.<sup>56</sup> Allerdings drängt sich die Verwendung weniger auf als bei Höchstgerichten, da die Autorität mit absinkender Instanz abnimmt. Vorzüge und Nachteile fallen jeweils schwächer aus. Gerade bei erstinstanzlichen Gerichten dürfte der Nutzen häufig äußerst überschaubar sein.

Genau umgekehrt verhält es sich mit Hilfserwägungen, die gerade bei unter-, aber auch bei obergerichtlichen Entscheidungen eine wichtige Rolle spielen.<sup>57</sup> Sie lassen sich von obiter dicta nach der Funktion abgrenzen: Hilfserwägungen dienen weniger der Kommunikation mit anderen Gerichten oder der interessierten Fachöffentlichkeit, sondern vor allem der Absicherung des Urteils.<sup>58</sup> Wird der Hauptbegründungsstrang vom nächstinstanzlichen Gericht gekappt, kann das Urteil auch mit der Hilfsbegründung aufrechterhalten werden. Das dient der Prozessökonomie und ist damit auch im Sinne der Parteien. Hilfserwägungen sind damit potentiell tragend.<sup>59</sup> Anders ist dies für letztinstanzliche Entscheidungen. Hier sind Hilfserwägungen regelmäßig fehl am Platze.<sup>60</sup> Ausnahmen können sich allerdings ergeben, wenn eine Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht oder den EuGH im Raum steht. So lag der Fall im TBB-Urteil: Der Gesellschaftsrechtssenat führt zunächst aus, weshalb eine Vorlage an den EuGH nicht geboten ist, um das Ergebnis im Anschluss noch mit einer Hilfsbegründung abzusichern.<sup>61</sup>

54 So wohl grundsätzlich RIEZLER, AcP 139 (1934), 161, 191 f.

55 Siehe schon Fn. 42.

56 Beispielhaft OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2013, 1954 Rdn. 51; OLG Hamburg AG 2002, 460, 462; OLG München NZG 2008, 864, 866; OLG Stuttgart NZG 2012, 231, 232 f (prozessökonomisches obiter dictum).

57 Beispielhaft LG Berlin BB 1975, 250, 251.

58 MEIER, JuS 2020, 636, 636.

59 Ähnlich R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 144 mit Fn. 15.

60 So auch R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 144.

61 BGHZ 122, 123, 135 f – TBB.

### *III. Typisierung nach Funktionen*

Obiter dicta treten in verschiedenen Erscheinungsformen auf, die sich anhand der konkreten Funktionen gruppieren lassen. Allgemein gesprochen sind obiter dicta Informationsträger. In vielen Fällen wendet sich das Gericht an die Vorinstanz in Form von Hinweisen, die als prozessökonomische obiter dicta (1.) bezeichnet werden können. Selten haben die Hinweise auch oder vor allem rügenden Charakter (2.). Alternativ spricht das Gericht vor allem die interessierte Fachöffentlichkeit an. Obiter dicta können etwa der Rechtsfortbildung (3.), aber auch der Erläuterung oder Klarstellung dienen (4.). Das Gegenstück zur Klarstellung ist das ausdrückliche Offenlassen (5.). Zudem können Änderungen der Rechtsprechung angekündigt oder ein eingeschlagener Weg bekräftigt werden (6.). Dabei können sich Überschneidungen ergeben, weil beiläufige Ausführungen mehreren Funktionen dienen.

Gelegentlich suchen Gerichte durch obiter dicta auch den Austausch mit der Rechtswissenschaft und ermuntern diese, zu bestimmten Problemen das Feld vorzubereiten.<sup>62</sup> Auch die Parteien können Adressaten von beiläufigen Bemerkungen sein.<sup>63</sup> Gerade bei umfangreichem Vorbringen wird der Senat darauf eingehen wollen. Allerdings dürfte dies häufiger in den tragenden Urteilsgründen als obiter dicta geschehen. Denn die Parteien und ihre rechtlichen Berater werden sich in der Revisionsinstanz kaum einmal mit Aspekten aufhalten, die den Ausgang des Verfahrens nicht beeinflussen können. Parteivortrag mag deshalb teils breite Ausführungen der Gerichte provozieren, seltener jedoch obiter dicta. Aufgrund der Beschränkung auf das Gesellschaftsrecht spielen zudem Auseinandersetzungen mit anderen Senaten nur eine untergeordnete Rolle. In der Stichprobe war nur ein einziges Urteil zu finden, in dem der II. Zivilsenat die aus seiner Sicht unzutreffende Rechtsprechung eines anderen

62 BIRK, JZ 1974, 735, 740; R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 157, 159f; KÖTZ, AcP 175 (1975), 362, 364 mit Fn. 2; sehr kritisch dazu BITTNER, JZ 2013, 645, 653 („verwechselt die rechtssprechende Gewalt mit einem Impulsreferat“; zur schwachen Ankündigungsrechtsprechung durch obiter dicta). Als Motiv denkbar in BGHZ 71, 53, 58f: „Es könnte sich eher die Frage stellen, ob sich die Rechtsprechung nicht bei den Publikumsgesellschaften entschließen sollte, das Mehrheitsprinzip selbst dann, wenn der Gesellschaftsvertrag schweigt, bei Vertragsänderungen in Anlehnung an § 179 Abs. 2 AktG gelten zu lassen, wobei allerdings die berechtigten Interessen der meist in der Komplementär-GmbH organisierten Gründergesellschafter und der allgemeine Minderheitenschutz in anderer, geeigneter Weise mit zu berücksichtigen wären; das im einzelnen zu erörtern, gibt aber der vorliegende Fall keinen Anlaß.“

63 So etwa in BGHZ 170, 283 Rdn. 29 – Otto; ferner BGHZ 69, 160, 165ff (rechtliche Einordnung möglicher künftiger Entwicklungen; hier Abstimmungsergebnisse einer noch nicht anberaumten Gesellschafterversammlung); siehe ferner die Erwiderung auf das Revisionsvorbringen in BGHZ 149, 10, 16 – Bremer Vulkan.

Senats kritisiert hat.<sup>64</sup> Denkbar scheint zuletzt, dass obiter dicta der Kompromissfindung in den Senaten dienen<sup>65</sup> oder von den Berichterstattern verwendet werden, um eine gewisse Festlegung des Senats für die Zukunft zu bewirken.<sup>66</sup>

### 1. Prozessökonomische obiter dicta

Prozessökonomische obiter dicta sollen den weiteren Verfahrensgang unterstützen. Paradigmatisch sind die „Segelanweisungen“ am Ende eines Urteils im Falle der Zurückverweisung, häufig eingeleitet mit der Formulierung: „Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin: [...]“<sup>67</sup> oder „Im Einzelnen weist der Senat noch auf Folgendes hin: [...]“<sup>68</sup>.<sup>69</sup> Teilweise werden die Hinweise aber auch in die Erörterungen eingewoben.<sup>70</sup> Das ist vor allem plausibel, wenn ein Sachzusammenhang mit anderen Ausführungen besteht. Für die Abgrenzung entscheidend ist damit nicht der Standort, sondern die Funktion: Das Höchstgericht verdeutlicht seine rechtliche Position und macht auf Aspekte aufmerksam, die aus seiner Sicht zur Entscheidung des konkreten Falles wichtig sind. Mehr als ein Drittel aller Urteile, in denen obiter dicta zu finden waren, enthielten derartige Hinweise.

Die Anlässe solcher Hinweise sind verschieden. Offensichtlich ist die Motivation des Revisionsgerichts, wenn es auf rechtliche Ausführungen des Berufungsgerichts reagiert, die aus seiner Sicht fehlerhaft sind. Waren sie für die Revisionsentscheidung nicht mehr maßgeblich, kann das Revisionsgericht dazu nicht in den tragenden Gründen Stellung nehmen. Durch obiter dicta kann es gleichwohl das Verfahren abkürzen, indem es das Berufungsgericht präventiv auf den Rechtsfehler hinweist.<sup>71</sup> Andernfalls wäre zu befürchten, dass das

64 BGHZ 69, 95, 103 f.

65 So BRYDE, FS Papier, S. 493, 498.

66 Für diesen Hinweis danke ich einem der beiden Gutachter der ZGR.

67 BGHZ 123, 281, 287; BGHZ ZIP 2020, 1869 Rdn. 32; ähnlich BGHZ 122, 123, 132 – TBB („Dabei wird in prozessualer Hinsicht folgendes zu berücksichtigen sein: [...]“).

68 BGHZ 173, 246 Rdn. 53 – Trihotel; ähnlich BGHZ 179, 13 Rdn. 26 – Schutzgemeinschaftsvertrag II.

69 Dazu im strafrechtlichen Kontext LILIE, aaO (Fn. 5), S. 145 ff.

70 Zum Beispiel BGHZ 179, 13 Rdn. 25 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; BGHZ 179, 71 Rdn. 19 ff – MPS; BGHZ 220, 162 Rdn. 30 ff – Weltruf.

71 So etwa BGHZ 71, 40, 51 f – Kali & Salz (zu Hilferwägungen des Berufungsgerichts); BGHZ 62, 234, 242 f; BGHZ 220, 162 Rdn. 30 ff – Weltruf (in Ermangelung einer wirksamen Ressortaufteilung der Geschäftsführer der GmbH kam es für die Zurückverweisung nicht mehr auf die Überwachung an, allerdings war das Berufungsgericht zuvor mit – aus Sicht des BGH – fehlerhafter Begründung von einer ausreichenden Überwachung ausgegangen); ferner BGH, Urteil vom 29. Juni 1970 – II ZR 158/69 – juris Rdn. 47 ff (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 55, 5).

Gericht zwar in der gerügten Rechtsfrage in Einklang mit der BGH-Vorgabe entscheidet, nicht aber in der anderen. Dann wäre eine weitere Revision mit erneuter Aufhebung nötig. Beides zu vermeiden, schont Justizressourcen und ist im Interesse der Parteien.<sup>72</sup> Gelegentlich finden sich aber auch bestärkende Ausführungen, die klarstellen, dass andere Angriffspunkte der Revision nicht durchgreifen.<sup>73</sup> Auch damit beugt das Revisionsgericht möglichen Fehlern im weiteren Verfahren vor.

Instruktionsbedarf kann sich aus Sicht des Revisionsgerichts aber auch aus anderen Gründen ergeben.<sup>74</sup> Hinweise finden sich etwa, wenn das Höchstgericht seine Rechtsprechung ändert oder Rechtsfortbildung betreibt, weil dem Berufungsgericht dann Anhaltspunkte für die Umsetzung fehlen.<sup>75</sup> So lag es etwa in BGHZ 122, 123: Nachdem der BGH entschied, dass ein mit der Zeit eintretendes grobes Missverhältnis zwischen dem Wert des Gesellschaftsanteils und dem Abfindungsbetrag aufgrund einer Buchwertklausel nicht zur Nichtigkeit der Klausel führt, sondern allein zu einer Ausübungskontrolle nach Treu und Glauben, hat der Senat dem Berufungsgericht für die im Folgenden nötige Abwägung einige Kriterien an die Hand gegeben.<sup>76</sup> In ähnlicher Weise strukturierte der BGH die konkrete Prüfung des § 826 BGB in seiner Trihotel-Entscheidung vor.<sup>77</sup>

Obschon die Berufungsgerichte Primäradressaten der prozessökonomischen *obiter dicta* sind, können diese auch für Wissenschaft und Praxis interessant sein. Nicht selten werden auch andere Gerichte oder Rechtspraktiker die Ansicht des Obergerichts teilen. In anderen Fällen enthalten die Hinweise Erläuterungen, die eine geänderte Rechtsprechung besser handhabbar machen. Sie helfen dann nicht nur dem Berufungsgericht, sondern können auch von der Rechtspraxis berücksichtigt werden.<sup>78</sup> Ein Seismograph für das Allgemeininteresse ist die Entscheidung, ob die jeweiligen Hinweise auch in BGHZ abgedruckt werden. Unterbleibt der Abdruck,<sup>79</sup> dürfte die prozessökonomische

72 Vgl. KANZLER, DStR 2013, 1505, 1507f.

73 Beispielhaft BGHZ 123, 281, 287f; BGHZ 196, 195 Rdn. 32; BGHZ ZIP 2020, 1869 Rdn. 13ff konkrete Hinweise für Hilfsanträge bei BGHZ 164, 249, 260f – Mangusta/Commerzbank II.

74 Beispielhaft BGHZ 95, 330, 348f – Autokran; BGHZ 179, 71 Rdn. 19 – MPS; BGHZ 202, 26 Rdn. 33 (zur Beweislast).

75 Siehe etwa BGHZ 122, 123, 132f – TBB; BGHZ 129, 136, 156, 162ff – Girmes; BGHZ 173, 246 Rdn. 54ff – Trihotel.

76 BGHZ 123, 281, 289f.

77 BGHZ 173, 246 Rdn. 54–57.

78 Beispielhaft BGHZ 135, 244, 253f; BGHZ 220, 162 Rdn. 30ff – Weltruf (zur Überwachungspflicht bei Ressortaufteilung). Dazu auch unter III. 4.

79 Siehe etwa BGH, Urteil vom 19. Mai 1960 – II ZR 72/59 – juris Rdn. 31 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 32, 307); BGH, Urteil vom 29. Juni 1970 – II ZR 158/69 – juris Rdn. 47ff (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 55, 5).

Motivation dominierend gewesen sein; in anderen – den allermeisten – Fällen scheint eine Doppelfunktion vorzuliegen.<sup>80</sup>

## 2. *Rügende obiter dicta*

Rügende obiter dicta unterscheiden sich von prozessökonomischen zum einen durch den Tonfall und zum anderen durch die Intention. Während prozessökonomische Ausführungen ihr Augenmerk auf den Fortgang des konkreten Verfahrens richten, drücken rügende Ausführungen die Unzufriedenheit über eine vergangene Entscheidung, ihre Begründung oder eine Entscheidungspraxis aus. Gerade in früheren Urteilen des II. Senats finden sich Ausführungen, die tadelnden Charakter haben.<sup>81</sup> In einigen Fällen haben sie sogar Züge einer Urteilsschelte. In seinem Grundsatzurteil zur Vererbung von Gesellschaftsanteilen an Personengesellschaften zeigte sich der II. Zivilsenat verärgert darüber, dass er „[m]angels ausreichender tatsächlicher Feststellungen seitens des Berufungsgerichts“ dazu „genötigt [sei], zu der vom Berufungsgericht erörterten Frage Stellung zu nehmen, in welcher Weise sich die gesetzliche Erbfolge [...] auf die gesellschaftsrechtliche Beteiligung [...] ausgewirkt hat [...]“. <sup>82</sup> Doch damit nicht genug: In einem weiteren obiter dictum schimpft der Senat im selben Urteil, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts unklar und rechtlich nicht einwandfrei seien, was „der Revision ohne weiteres zuzugeben“ sei.<sup>83</sup> Dass derartige Ausführungen die Autorität der Justiz nicht steigern und deshalb wohlbedacht sein sollten,<sup>84</sup> zeigt bereits der vorliegende Fall. Nicht ohne Ironie setzt der Senat nämlich zu einer umfassenden, fast lehrbuchartigen Erörterung auch nicht einschlägiger Konstellationen an. Die obiter dicta summieren sich auf knapp ein Drittel der Urteilsgründe.<sup>85</sup> Und auch dem Senat unterläuft dabei ein Fehler: Einer der Leitsätze war derart robust formuliert, dass ihn die Rechtspraxis irrtümlich als endgültige Festlegung verstand.<sup>86</sup> Erst

80 Dazu unten IV.1.b).

81 So etwa BGH, Urteil vom 12. November 1952 – II ZR 260/51 – juris Rdn. 18 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 8, 35), wo – unnötig – wiederholt wurde, dass das Berufungsgericht einen falschen rechtlichen Standpunkt eingenommen hat (zuvor bereits juris Rdn. 14 = BGHZ 8, 35, 42; auch dort war die Rüge für die Begründung nicht tragend).

82 BGHZ 22, 186, 189.

83 BGHZ 22, 186, 190.

84 Ähnlich auch R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 149ff – der allerdings selbst Berichterstatter der Entscheidung BGHZ 22, 186 war.

85 Das gilt unabhängig davon, ob man die Veröffentlichung in BGHZ oder auf juris zugrunde legt.

86 Dazu FLEISCHER, ZIP 2018, 605, 610; MAULTZSCH, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010 S. 102f; MÜHL, FS Fischer, 1979, S. 509, 521 f.

zwei Jahrzehnte später hatte der Senat – provoziert durch einen Beitrag seines Vorsitzenden *Robert Fischer*<sup>87</sup> – Gelegenheit zur Nachjustierung.<sup>88</sup> Als weiteres Beispiel für beiläufige Tadel lässt sich das Trihotel-Urteil des BGH anführen, in dem der Gesellschaftsrechtssenat seine Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff grundsätzlich neu aufstellt und auf § 826 BGB stützt.<sup>89</sup> Gleich zu Beginn seiner Urteilsgründe führt er aus, dass das Urteil des Berufungsgerichts auch nach der alten Rechtsprechung nicht richtig war.<sup>90</sup> Infolge der Rechtsprechungsänderung kam es darauf allerdings überhaupt nicht mehr an.

### 3. Rechtsfortbildung durch obiter dicta

Obiter dicta können genutzt werden, um auch ohne passenden Fall zu offenen Rechtsfragen Stellung zu nehmen und Rechtsfortbildung zu betreiben.<sup>91</sup> Mit dieser Zielrichtung dürften obiter dicta sogar häufig assoziiert werden.<sup>92</sup> Dabei besteht aus Sicht des Gerichts das Bedürfnis nach Klärung, ohne dass ein Fall anhängig wäre, der diese Klärung in tragenden Urteilsgründen ermöglicht. Je drängender die Klärung, desto kürzer dürfte der Zeitraum sein, den das Gericht zum Abwarten auf den passenden Fall bereit ist. Die Gründe der Klärungsbedürftigkeit können vielfältig sein. So kann eine als fehlerhaft betrachtete Rechtsansicht breiten Zuspruch vor allem in den Unterinstanzen finden, ohne dass rechtzeitig ein Fall Gelegenheit zur Korrektur geben würde. Mittels obiter dicta lässt sich dann frühzeitig gegensteuern.<sup>93</sup> In anderen Fällen kann eine Rechtsprechungsänderung im Nachgang einen Erläuterungsdruck auslösen, weil Rechtsfragen ungeklärt oder Aspekte in der Literatur kritisiert worden sind. In derartigen Fällen überschneidet sich die Rechtsfortbildungsfunktion mit der Erläuterungsfunktion (4.).

Im Gesellschaftsrecht spielt die Rechtsfortbildungsfunktion eine große Rolle.<sup>94</sup> Ein plastisches Beispiel liefert das Gelatine-Urteil,<sup>95</sup> in dem die zuvor in der Holz Müller-Entscheidung begonnene und vom Schrifttum heftig kritisierte

87 R. FISCHER, in: Fischer/Adams/Sperl/Cornish, Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1976, S. 11, 12.

88 BGHZ 68, 225.

89 BGHZ 173, 246.

90 BGHZ 173, 246 Rdn. 14.

91 Vgl. SCHULZ, ZIS 2008, 403, 405.

92 Zur daran anknüpfenden Kritik siehe unten V. 1.

93 Vgl. P. MEIER, JuS 2020, 636, 637.

94 Möglicherweise sogar eine deutlich größere Rolle als in anderen Rechtsgebieten, steht der Gesellschaftsrechtssenat doch im Verdacht, besonders rechtsfortbildungsfreudig zu sein: MÜLBERT, AcP 214 (2014), 188, 210 ff.

95 BGHZ 159, 30.

Rechtsfortbildung beiläufig konkretisiert und vollendet wird. Da kein Eingriff von ausreichender Schwere vorlag, waren die Ausführungen zur Bindungswirkung des Vorstandes allein im Innenverhältnis oder zur Abstimmung entbehrlich.<sup>96</sup> Die Girmes-Entscheidung legt ebenfalls Zeugnis davon ab, wie eine begonnene Rechtsprechungslinie weitergeführt wird. Nachdem die für den Mehrheitsgesellschafter in Linotype<sup>97</sup> entwickelte Treuepflicht allgemein Zustimmung gefunden hatte,<sup>98</sup> nutzte der BGH ein Verfahren gegen einen Stimmrechtsbevollmächtigten, um die Treuepflicht der Minderheitsgesellschafter und die daran anknüpfende Haftung auszuformen.<sup>99</sup> Und auch die deutsche Business Judgment Rule ist ein Kind beiläufiger Ausführungen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts war aufzuheben, weil es eine weitreichende Entscheidungsprärogative des Aufsichtsrats bei der Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Vorstand annahm, die diesem nicht zusteht.<sup>100</sup> Genauere Ausführungen zum Haftungsmaßstab des § 93 AktG und dem entwickelten unternehmerischen Ermessenspielraum<sup>101</sup> waren für die Zurückverweisung nicht mehr erforderlich.<sup>102</sup> Zugleich bestand sowohl beim Berufungsgericht als auch der Rechtspraxis ein erhebliches Bedürfnis, hier konkrete Leitlinien für die künftige Prüfung zu erhalten.

96 BGHZ 159, 30, 41 f, 45 f.

97 BGHZ 103, 184, 194 f; unter Berufung auf LUTTER, JZ 1976, 225; DERS., JZ 1976, 362; WIEDEMANN, JZ 1976, 392, 394.

98 So bis heute, siehe nur in DRYGALA, Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2011, § 53 a Rdn. 81 ff; GÖTZE, Münchener Komm. z. AktG, 5. Aufl., 2021, vor § 53 a Rdn. 19 f; FLEISCHER, in: K. Schmidt/Lutter, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 53 a Rdn. 42; KOCH, in: Hüffer/Koch, Komm. z. AktG, 15. Aufl., 2021, § 53 a Rdn. 14.

99 BGHZ 129, 136. In der Begründung verrät bereits der Aufbau sowie die korrespondierenden ersten drei Leitsätze die Intention. Der Senat erörtert zunächst (S. 142 ff) die Treuepflicht der Minderheitsaktionäre, obwohl der Beklagte kein Aktionär, sondern Bevollmächtigter war. Die Ausführungen sind gleichwohl tragend, weil die Haftung des Bevollmächtigten daran anknüpft (S. 149 ff). Eine – eigentlich angezeigte – inzidente Prüfung hätte die Treuepflicht der Minderheitsaktionäre allerdings nicht ausreichend herausgestellt. Dass das Urteil an vielen Stellen auch nicht-tragende Ausführungen enthält, verwundert vor diesem Hintergrund nicht.

100 BGHZ 135, 244, 254 ff – ARAG/Garmenbeck.

101 BGHZ 135, 244, 253 f.

102 Mit einer wertenden Abgrenzung mag man hier zu einem anderen Urteil gelangen. Für die formale Abgrenzung ist entscheidend, dass das Urteil des Berufungsgerichts auch ohne einen Ermessenspielraum des Vorstandes hätte aufgehoben und das Verfahren zurückverwiesen werden müssen, sodass die Ausführungen nicht tragend sind.

#### 4. Erläuterung der Rechtsprechung

Beiläufige Ausführungen können nicht nur der Rechtsfortbildung, sondern auch der Erläuterung oder Klarstellung dienen.<sup>103</sup> Das ist einerseits relevant, wenn vergangene Urteilsbegründungen Unklarheiten verursacht haben. Aber auch die Entscheidung im konkreten Fall kann es sinnvoll erscheinen lassen, weiterführende Hinweise aufzunehmen.<sup>104</sup> Werden offene Rechtsfragen entschieden, gibt der Fall selbst häufig nur Anlass, zu bestimmten Aspekten auszuführen. Um ein Gesamtkonzept zu entwickeln, ist das Gericht dann auf obiter dicta angewiesen.<sup>105</sup> So etwa im bereits erwähnten Urteil aus dem 22. Band zur Vererbung von Gesellschaftsanteilen: Der II. Senat arbeitet nicht nur die einschlägige, sondern auch alle anderen in Betracht kommenden Fallkonstellationen ab.<sup>106</sup> In der Qivive-Entscheidung behandelte der Senat das Hin-und-Herzahlen nach dem MoMiG, obwohl im konkreten Fall eine verdeckte Sacheinlage geleistet wurde.<sup>107</sup> Ein „Klassiker“ sind auch Ausführungen zur Beweislast, auf die es häufig für die Revisionsentscheidung nicht ankommt.<sup>108</sup>

Besondere Bedeutung erlangt die Erläuterungsfunktion bei einer Rechtsprechungsänderung, die naturgemäß Folgefragen aufwirft. Das verdeutlicht etwa die Entscheidung in der Rechtssache Bremer Vulkan: Da die Klage gegen die Vorstandsmitglieder gerichtet war, hätte sich der Senat darauf beschränken können, dass eine Haftung wegen bestandsvernichtenden Eingriffs gegen diese nicht in Betracht kommt.<sup>109</sup> Er hat allerdings die Gelegenheit genutzt, den Schutz der abhängigen Gesellschaft vor Eingriffen der Gesellschafter zu erläutern.<sup>110</sup> Und auch in seiner Trihotel-Entscheidung gehören wichtige Ausführungen nicht mehr zu den tragenden Urteilsgründen: Dass die Haftung nach § 826 BGB künftig gegenüber der Gesellschaft besteht, war mangels Eingriffs

103 Vgl. dazu im strafrechtlichen Kontext LILIE, aaO (Fn. 5), S. 141 ff; SCHULZ, ZIS 2008, 403, 405.

104 So wohl BGHZ 202, 26 Rdn. 21 f; ferner die Erläuterungen im Video-Urteil: BGHZ 115, 187, 195, 199. Siehe ferner KOCH, Münchener Komm. z. AktG, 5. Aufl., 2021, § 260 Rdn. 17: „Das Gericht kann seine Rechtsmeinung allerdings in den Beschlussgründen im Wege eines obiter dictum zum Ausdruck bringen.“

105 Siehe BYDLINSKI/BYDLINSKI, aaO (Fn. 8), S. 143. Aus der Entscheidungspraxis etwa BGHZ 178, 192 Rdn. 23 (zur Haftung der Gesellschafter von Scheinauslandsgesellschaften).

106 BGHZ 22, 186, 190 ff.

107 BGHZ 180, 38 Rdn. 16.

108 BGHZ 95, 330, 344 – Autokran; BGHZ 173, 246 Rdn. 41 – Trihotel; BGHZ 202, 26 Rdn. 33.

109 BGHZ 149, 10, 17 – Bremer Vulkan.

110 BGHZ 149, 10, 16 f.

nicht entscheidungserheblich.<sup>111</sup> Für die Rechtspraxis war die Information allerdings unverzichtbar für den Umgang mit künftigen Fällen.

Beiläufige Erläuterungen können auch die Grenzen der höchstrichterlichen Aussagen aufzeigen, etwa, indem sie den Ausnahmecharakter vor Augen führen.<sup>112</sup> Das kann durch konkrete Festlegungen, aber auch durch ausdrückliches Offenlassen geschehen (dazu sogleich). Als Beispiel für Erstes kann die Entscheidung BGHZ 76, 352 dienen: Bei der Prüfung, ob ein Mehrheitsbeschluss über die Auflösung einer GmbH anfechtbar ist, verneinte der Senat zunächst drei mögliche Anfechtungsgründe.<sup>113</sup> Erst der vierte Prüfungspunkt rechtfertigte schließlich die Anfechtbarkeit wegen verletzter Treupflicht.<sup>114</sup> Die redundante Prüfung der ersten drei möglichen Anfechtungspunkte sollte dazu dienen, das Regel-Ausnahme-Verhältnis klarzustellen und eine leichtfertige Annahme treupflichtwidriger Auflösungsbeschlüsse durch die Rechtspraxis zu verhindern.<sup>115</sup>

### 5. *Ausdrückliches Offenlassen*

Das Gegenstück zur Klärung einer Rechtsfrage ist das ausdrückliche Offenlassen einer nicht entscheidungserheblichen Frage, eingeleitet mit der Formulierung, dass die Rechtsfrage „offenbleiben“ kann,<sup>116</sup> „dahin stehen kann“<sup>117</sup> oder „keiner Entscheidung bedarf“<sup>118</sup>. Man kann dem II. Senat einen gewissen Hang zu dieser Form des obiter dictums nachsagen.<sup>119</sup> Im Schloss-Elter-Urteil und anderen Judikaten widmete der Senat einem Offenlassen sogar eine gesamte Randnummer.<sup>120</sup> Die unterlassene Entscheidung in der Sache bedeutet indes nicht, dass keine Botschaft gesendet würde. In vielen Fällen lautet sie: Die Rechtsfrage ist nach wie vor ungeklärt.<sup>121</sup> Auf diese Weise wird etwa verdeut-

111 BGHZ 173, 246 Rdn. 27 ff.

112 R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 156.

113 BGHZ 76, 352, 353–355 (wegen dann nötiger Liquidation; wegen wirtschaftlichen Interesses des Gesellschafters am Fortbestand; wegen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Mehrheitsgesellschafters, die den Erwerb des Betriebsvermögens aus der Liquidationsmasse ermöglicht).

114 BGHZ 76, 352, 355–357.

115 So R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 158.

116 BGHZ 129, 136, 170, 172 – Girmes; BGHZ 153, 107, 112.

117 So BGHZ 158, 122, 129.

118 BGHZ 219, 193 Rdn. 16 – Schloss Eller; BGH ZIP 2013, 65 Rdn. 16; BGHZ 219, 356 Rdn. 19, 49 – Easy Software.

119 Für die Strafrechtssenate des BGH siehe LILIE, aaO (Fn. 5), S. 138 f.

120 BGHZ 219, 193 Rdn. 18; ebenso BGHZ 219, 356 Rdn. 48 – Easy Software; ähnlich BGH ZIP 2020, 1869 Rdn. 30.

121 R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 166.

licht, dass die erläuternden Ausführungen nur für bestimmte Sachverhalte gelten und noch keine Aussagen über andere Fallgestaltungen getroffen werden.<sup>122</sup> Eine Spielart ist das qualifizierte ausdrückliche Offenlassen, das bereits eine Tendenz andeutet.<sup>123</sup> Das kann durch Zusätze oder eine wertende Einkleidung geschehen, etwa „zwar erscheint zweifelhaft, ob [...]“.<sup>124</sup>

Nicht jedes Offenlassen erfolgt indes obiter dictu. Teils lässt der Senat auch potentiell entscheidungserhebliche Rechtsfragen offen.<sup>125</sup> So verwehrte sich der Senat in einem frühen Urteil die Entscheidung darüber, ob der Geschäftsführer seiner Abberufung einen – aus dem Arbeitsrecht bekannten – Beschäftigungsanspruch entgegenhalten kann, weil er jedenfalls von einem wichtigen Grund zugunsten der Gesellschaft ausging, die einen etwaigen Beschäftigungsanspruch einschränken würde.<sup>126</sup> In einem anderen Urteil ließ der Senat offen, ob ein bestimmtes Verhalten (Beteiligungsveräußerung) generell einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung eines Unternehmensvertrags darstellen kann, da die Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt seien.<sup>127</sup> Es handelt sich dabei nicht um obiter dicta.<sup>128</sup> Denn der Senat lässt eine Rechtsfrage offen, deren Beantwortung die weitere Prüfung entbehrlich machen könnte. Er entscheidet sich hingegen dafür, durch die Prüfung der Folgefragen aufzuzeigen, dass die offengelassene Rechtsfrage das Ergebnis im konkreten Fall nicht beeinflusst. Es handelt sich vielmehr um eine bedingte Alternativbegründung: Für den Fall, dass die Prüfung der ersten Rechtsfrage zu einem bestimmten Ergebnis gelangt (Beschäftigungsanspruch besteht), führt die Prüfung der zweiten Rechtsfrage (wichtiger Grund) dazu, dass der Tenor sich nicht ver-

122 So etwa BGHZ 129, 136, 170 und 172; vgl. auch BGHZ 71, 40, 51 – Kali & Salz.

123 Beispielfhaft BGHZ 115, 187, 199 – Video; BGHZ 158, 122, 129.

124 Siehe etwa BGHZ 95, 330, 340f und BGHZ 219, 356 Rdn. 48 – Easy Software: „Ob diese Pflicht zur Anspruchsverfolgung gegen den Vorstand dort ihre Grenzen findet, wo sie eine Offenbarung eigenen strafbaren Verhaltens bedeuten würde, erscheint im Hinblick auf die besondere Funktion des Aufsichtsrats fraglich, zumal seinen Interessen in einem solchen Fall ggf. auch durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot hinreichend Rechnung getragen werden könnte (vgl. BVerfGE 56, 37, 50f). Dies bedarf hier aber keiner Entscheidung, da [...]“.

125 BGHZ 178, 192 Rdn. 34f – Trabrennbahn („Dabei kann offen bleiben, ob die Zustimmung als einseitiges Rechtsgeschäft nach § 180 Abs. 2 BGB überhaupt genehmigungsfähig ist.“).

126 BGHZ 8, 35, 45f. Ähnlich lässt er in der Easy-Software-Entscheidung offen, ob die unterlassene Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch den Aufsichtsrat verjährungsrechtlich als Dauerhandlung anzusehen ist (BGHZ 219, 356 Rdn. 19). In jedem Fall beginne die Verjährung erst mit Eintritt der Verjährung der Ansprüche gegen den Vorstand.

127 BGHZ 206, 74 Rdn. 19.

128 SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 162, fordert sogar ausdrücklich ein solches Vorgehen, um obiter dicta zu vermeiden.

ändern würde.<sup>129</sup> Da aber die zweite Begründung ihrerseits voraussetzt, dass in der ersten Rechtsfrage ein bestimmtes Ergebnis vertreten wird (kein wichtiger Grund ohne Beschäftigungsanspruch), beruht das Urteil letztlich auf der gesamten Alternativbegründung. Hintergrund eines solchen Offenlassens kann sein, dass sich der Senat in einer bestimmten Rechtsfrage (noch) nicht positionieren will und ihr deshalb ausweicht. Teilweise vermeidet der Senat aber auch eine Zurückverweisung, wenn durch die adaptierte Prüfung erneute Tatsachenfeststellungen entbehrlich werden.<sup>130</sup>

### 6. Ankündigung und Bekräftigung

Obiter dicta können auch zur Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung eingesetzt werden.<sup>131</sup> Dieser Einsatz wird als schwache Ankündigungsrechtsprechung bezeichnet.<sup>132</sup> Demgegenüber meint die sogenannte starke Ankündigungsrechtsprechung Fälle, in denen die Änderung entscheidungserheblich ist, aber (aus Vertrauensschutzgründen) noch nicht auf den konkreten Fall angewendet wird.<sup>133</sup> Vor allem das BAG bedient sich dieser Ankündigungsform;<sup>134</sup> im Gesellschaftsrecht findet sich nur ein Beispiel, dass man diesem Typus zuordnen könnte.<sup>135</sup>

129 Insofern ist die Formulierung „in jedem Fall“ mit Blick auf den wichtigen Grund irreführend (BGHZ 8, 35, 46), da dieser nur in einem Fall, nämlich des bestehenden Beschäftigungsanspruchs vorliegen kann.

130 So BGHZ 97, 382, 390 (keine Prüfung, ob Ansprüche verwirkt waren, da Klagevoraussetzung fehlte); BGHZ 219, 193 Rdn. 21, 24 – Schloss Eller. Teilweise entsteht allerdings ein Graubereich, wenn der Senat die Gelegenheit dankbar aufgreift, um weiterzuprüfen. So verdanken wir die Klarstellung, dass eine Anfechtung des Gesellschaftsvertrages auch bei arglistiger Täuschung nur Ex-nunc-Wirkung hat, einer provozierten Entscheidungserheblichkeit, obschon das Berufungsgericht die arglistige Täuschung verneint hatte und keine Anzeichen für einen Rechtsfehler vorlagen (BGHZ 13, 320, 322: „Auch wenn man eine arglistige Täuschung unterstellt, [...]“). Ähnlich auch das Herstatt-Urteil des BGH, in dem der Senat die Insolvenzantragspflicht und die Insolvenzverschleppungshaftung näher konturierte, obschon der verklagte GERLING lediglich Aufsichtsratsvorsitzender und Mehrheitsgesellschafter war und eine eigene Verantwortlichkeit aufgrund des Sachverhalts kaum anzunehmen gewesen wäre (BGHZ 75, 96, 105 ff.). Der Senat lässt das aber dahinstehen und fällt ein Jahrhunderturteil.

131 Ausführlich dazu KEIL, aaO (Fn. 22), S. 78 ff (mit Beispielen aus der Rechtsprechung ab S. 93); knapp auch C. WEIß, Der Richter hinter dem Recht, 2014, S. 540.

132 BIRK, JZ 1974, 735, 739; BITTNER, JZ 2013, 645, 649; kritisch zu dieser Nutzung KANZLER, DStR 2013, 1505, 1507; vgl. auch LILIE, aaO (Fn. 5), S. 156.

133 BITTNER, JZ 2013, 645, 648; siehe ferner BIRK, JZ 1974, 735, 737.

134 Dazu BITTNER, JZ 2013, 645, 648 (m. w. N.).

135 BGHZ 62, 216, 228 (zunächst keine Rechtsscheinhaftung bei GmbH & Co KG, da noch kein Rechtsschein bestehe); Haftung später bejaht in BGHZ 71, 354, 355 ff.

Die Ankündigung von Änderungen durch obiter dicta ist im Gesellschaftsrecht selten. In der Stichprobe finden sich nur wenige Beispiele.<sup>136</sup> In den ersten Jahren des noch jungen Bundesgerichtshofs boten obiter dicta etwa einen Weg, eine Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts mitzuteilen.<sup>137</sup> In den allermeisten Fällen war die Rechtsprechungsänderung allerdings entscheidungserheblich und galt bereits für den konkreten Fall. In solchen Urteilen dienten obiter dicta deshalb nicht der Ankündigung, sondern der Erläuterung und Ergänzung. Freilich könnte man hierher auch die Fälle zählen, in denen der Senat durch ausdrückliches Offenlassen Zweifel an einer in Literatur oder Rechtsprechung vertretenen Ansicht weckt.<sup>138</sup> Damit geht allerdings gerade keine eindeutige Ankündigung einher, mit deren Hilfe die Praxis sich auf eine Änderung der Rechtslage einstellen kann.<sup>139</sup> Unmittelbare Folge ist vor allem Rechtsunsicherheit.

Auf der anderen Seite können obiter dicta auch der Bekräftigung einer Rechtsprechung dienen.<sup>140</sup> Anlass dafür kann etwa die Entscheidung des vorangehenden Obergerichts sein, wenn dieses in einer Rechtsfrage vom BGH abweicht.<sup>141</sup> R. Fischer hält dann eine Stellungnahme stets für erforderlich, gegebenenfalls obiter dictu.<sup>142</sup> Zudem kann Kritik in der Literatur zurückgewiesen werden, um der Praxis Kontinuität zu signalisieren. Ist eine Rechtsansicht zuvor lediglich obiter dictu geäußert worden, kann sie durch weitere beiläufige Ausführungen erhärtet werden.

#### *IV. Umfang und Eigenschaften*

Neben den Funktionen lohnen auch formale Eigenschaften einer näheren Betrachtung. Es gibt lange und kurze (1.), konkrete und abstrakte obiter dicta (2.). Und besonders wichtige obiter dicta erlangen hohe Ehren: Sie werden in die Leitsätze aufgenommen (3). Doch zunächst zum Umfang:

136 So z. B. BGHZ 150, 1, 6 (obiter dictu zur künftigen Haftung der Mitglieder von Bauherrengemeinschaften). KEIL, aaO (Fn. 22), S. 210f, sieht auch die Trihotel-Entscheidung als Ankündigung einer geänderten Rechtsprechung an.

137 So BGHZ 33, 189, 193.

138 Dazu BIRK, JZ 1974, 735, 740 („Warnurteile“); R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 160f.

139 Kritisch R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 161, der fordert, dass die Änderung in eindeutiger Weise geschehen muss.

140 BGHZ 179, 13 Rdn. 17 – Schutzgemeinschaftsvertrag II.

141 So etwa BGHZ 170, 283 Rdn. 29 (obiter dictu zu Hilferwägungen des Berufungsgerichts).

142 So R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 167; praktiziert in BGHZ 8, 35, 42.

## 1. Umfang und Anteil an den Entscheidungsgründen

### a) Umfang der obiter dicta

Der Umfang von obiter dicta variiert stark. Das kürzeste obiter dictum meiner Stichprobe<sup>143</sup> bestand nicht einmal aus einem Satz, sondern lediglich aus einem Einschub: „Der Abhaltung einer Versammlung bedarf es aber, *abgesehen von Fällen einer Satzungsänderung* (§ 53 Abs. 2 GmbHG), dann nicht, wenn sich sämtliche Gesellschafter mit der zu treffenden Bestimmung schriftlich einverstanden erklären (§ 48 Abs. 2 GmbHG).“<sup>144</sup> Da im Fall kein satzungsändernder Beschluss zur Entscheidung stand, ist der Einschub nicht tragend. Er zeigt nicht nur, wie knapp auch Beiläufiges formuliert sein kann, sondern auch, dass Länge und Bedeutung nicht notwendig zusammenlaufen. Denn eben diese knappe Aussage hat dem BGH viel Widerspruch durch die Literatur eingebracht, der bis heute anhält.<sup>145</sup>

Am anderen Ende des Spektrums stehen seitenlange Ausführungen, die nicht ergebnisrelevant sind. Eines der längsten obiter dicta findet sich in der Trihotel-Entscheidung: Über viele Seiten entwickelt der II. Senat *en détail* das neue Haftungskonzept des existenzvernichtenden Eingriffs als Fallgruppe des § 826 BGB, obschon das Berufungsurteil bereits hinsichtlich des ersten Tatbestandsmerkmals – des Eingriffs – fehlerhaft war.<sup>146</sup> Eine Zurückverweisung war deshalb unumgänglich. Und auch in der Summe aller obiter dicta eines Urteils führt die Trihotel-Entscheidung die Rangliste meiner Stichprobe mit ca. 8 Seiten in der Sammlung oder rund 17.500 Zeichen an. Die beiläufigen Anmerkungen entsprechen in ihrem Umfang damit der zulässigen Zeichenzahl für Besprechungsaufsätze in der NJW (oder viermal der Länge der dortigen Urteilsbesprechungen). Auf Platz zwei folgt das Girmes-Urteil mit über fünf Seiten in der Sammlung und ca. 11.000 Zeichen.<sup>147</sup> Platz drei erreicht die Autokran-Entscheidung mit über 4 Seiten in der Sammlung und knapp 9.000 Zeichen,<sup>148</sup> knapp vor dem Gelatine-Urteil.<sup>149</sup>

143 Siehe dazu die Erläuterungen im Anhang.

144 BGHZ 15, 324, 328 (Herv. d. Verf.).

145 ALTMEPPEN, Komm. z. GmbHG, 10. Aufl., 2021, § 53 Rdn. 26; ULMER/CASPER, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Großkomm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2016, § 53 Rdn. 46; ZÖLLNER/NOACK, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. GmbHG, 22. Aufl., 2019, § 53 Rdn. 55; PRIESTER/TEBBEN, in: Scholz, Komm. z. GmbHG, 12. Aufl., 2018ff, § 53 Rdn. 66; BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, Komm. z. GmbHG, 20. Aufl., 2020, § 53 Rdn. 12.

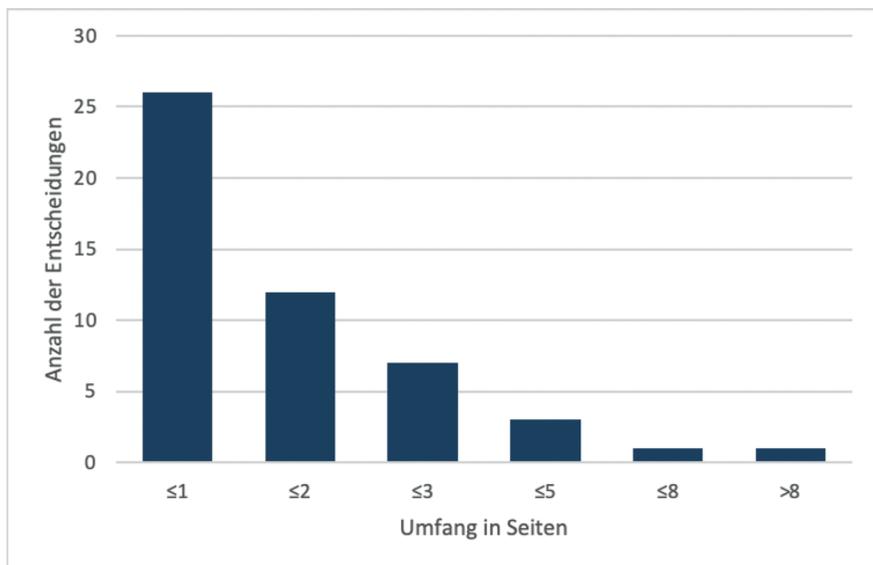
146 BGHZ 173, 246 Rdn. 27ff, 47ff.

147 BGHZ 129, 136.

148 BGHZ 95, 330. Außer Konkurrenz lief das Urteil vom 21.7.2020 (BGH ZIP 2020, 1869) zur Kommanditistenhaftung, das es auf über 10.000 Zeichen schaffte, da es nicht in BGHZ veröffentlicht wurde.

149 BGHZ 159, 30 (knapp 4 Seiten und ca. 8.400 Zeichen).

Löst man sich von den Einzelbeispielen, lassen sich einige interessante statistische Beobachtungen machen.<sup>150</sup> Die 50 in BGHZ veröffentlichten Entscheidungen meiner Stichprobe umfassen insgesamt 491 Seiten.<sup>151</sup> Die obiter dicta dieser Entscheidungen summieren sich auf ca. 72 Seiten.<sup>152</sup> Die durchschnittliche Seitenzahl pro Urteil betrug ungefähr 1,4 Seiten, der Median ca. 0,9 Seiten. Der Median drückt aus, wie viele Seiten obiter dicta in einem durchschnittlichen Urteil zu finden sind. Dass die Median-Seitenzahl deutlich unter dem Durchschnitt liegt, lässt darauf schließen, dass einige hohe Werte den Durchschnitt stark beeinflussen. Das lässt sich auch anhand der folgenden Grafik erkennen, die den Umfang der obiter dicta in den einzelnen Entscheidungen aufzeigt (in BGHZ):



**Grafik 1:** Umfang der obiter dicta nach Seiten in der Sammlung

Knapp die Hälfte aller Entscheidungen enthält obiter dicta im Gesamtumfang von maximal einer Seite in der amtlichen Sammlung; ein weiteres Viertel ein bis zwei Seiten. Nur fünf Entscheidungen kommen auf über drei Seiten.

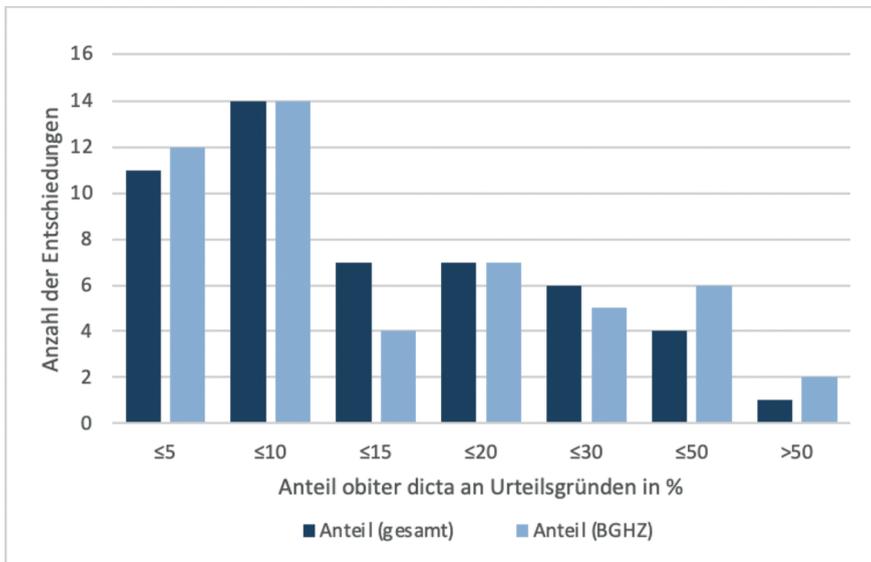
150 Zur Untersuchung siehe die Beschreibung im Anhang.

151 Die Urteile umfassen zusammen 1.202.765 Zeichen.

152 Die obiter dicta der Urteile summieren sich auf 181.382 Zeichen.

### b) Anteil an den Entscheidungsgründen

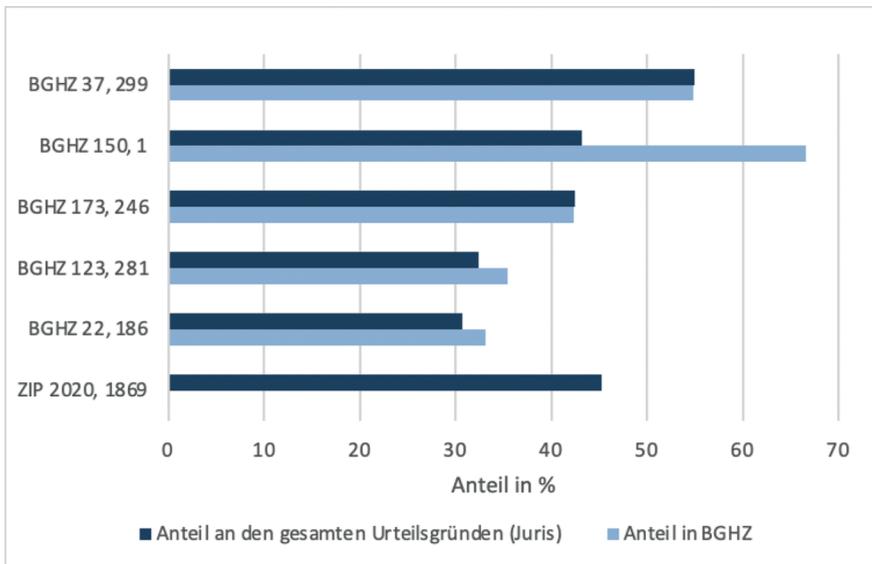
Neben dem Umfang offenbart auch der Blick auf den relativen Anteil der obiter dicta an den Entscheidungsgründen interessante Resultate. Teilweise lassen sich marginale beiläufige Anmerkungen finden. Beispielsweise betrug der Anteil des besagten Einschubs lediglich 0,5 % der Entscheidungsgründe. Die Hälfte aller Entscheidungen in meiner Stichprobe zählten weniger als 10 % obiter dicta an den Entscheidungsgründen. Zudem besteht ein größeres Mittelfeld, in dem die obiter dicta zwar weniger als ein Drittel, aber doch mehr als 10 % ausmachen. Die genaue Verteilung offenbart Grafik 2:



**Grafik 2:** Anteil der obiter dicta an den Urteilsgründen

Die Grafik zeigt einerseits den Anteil an den in der Sammlung abgedruckten Entscheidungsgründen, andererseits den Anteil an den Gesamtgründen. Der zweite Wert wurde zeichengenau mithilfe der auf Juris verfügbaren Textdateien der Urteile ermittelt. Das war nicht nur der größeren Genauigkeit wegen notwendig, sondern auch, weil die Urteilsgründe in der Sammlung häufig verkürzt abgedruckt sind. Bezogen auf die gesamte Stichprobe liegt der durchschnittliche Anteil an den Entscheidungsgründen bei 15,5 % (BGHZ) beziehungsweise 14,0 % (Juris), der Median bei 9,7 % (BGHZ) beziehungsweise 10,6 % (Juris). Wie schon in der Grafik zu erkennen, ist der Anteil der obiter dicta an den in der Sammlung abgedruckten Entscheidungsgründen durch-

schnittlich höher als im Gesamturteil.<sup>153</sup> Das bedeutet, dass für den Abdruck in BGHZ häufiger die tragenden Urteilsgründe gekürzt wurden als die beiläufigen Ausführungen. Diese Beobachtung lässt darauf schließen, dass in vielen Fällen die Bereichsöffentlichkeit zumindest auch der Adressat der Ausführungen ist. Gegenbeispiele sind rar: Der Abdruck in BGHZ 46, 291 enthält kein obiter dictum, die Entscheidung selbst allerdings ca. 6 %. Und in BGHZ 55, 5 sind lediglich 7 % statt über 14 % abgedruckt. In beiden Fällen handelte es sich überwiegend um Hinweise an das Berufungsgericht, teils ohne gesellschaftsrechtlichen Bezug. Dass von einem Abdruck in der Sammlung abgesehen wurde, ist deshalb nachvollziehbar. Von diesen beiden Fällen abgesehen, sind obiter dicta in der Sammlung überrepräsentiert.



**Grafik 3:** Anteil der obiter dicta an den Urteilsgründen (gesamt und BGHZ)

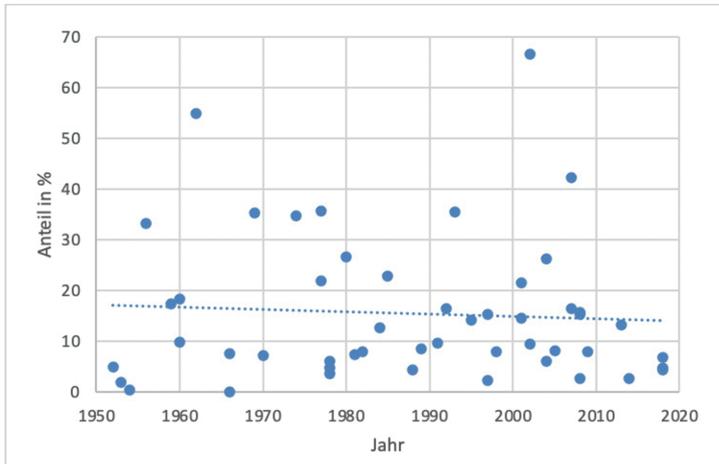
Schaut man zunächst auf die gesamten Urteilsgründe, führt BGHZ 37, 299 mit 55 % das Feld an. Die Entscheidung BGHZ 150, 1 hingegen liegt in der Kategorie Anteil an den in BGHZ abgedruckten Urteilsgründen mit 66,7 % vorn. Der Wert relativiert sich etwas, wenn auf das Gesamturteil geblickt wird, liegt aber immer noch bei über 43 %. Hintergrund ist, dass in der Sammlung vor allem die tragenden Urteilsgründe nicht mit abgedruckt wurden. Die in BGHZ abgedruckten Urteilsgründe umfassen über weite Teile abstrakte Ausführungen zur Haftung der Gesellschafter von Immobilienfonds und Bauherrengemein-

153 Mit entgegengesetzter Prognose BIRK, JZ 1974, 735, 739.

schaften, wobei der BGH bei Immobilienfonds zwischen Alt- und Neufällen unterscheidet. Der Abdruck in der Sammlung endet, bevor die für die Entscheidung wichtigen, tragenden Gründe beginnen: Aufgrund eines Freistellungsanspruchs aus einem Auftragsverhältnis kam es im konkreten Fall nicht darauf an, ob die Beklagten als Gesellschafter eines Immobilienfonds haften.<sup>154</sup> Die übrigen Entscheidungen hingegen zeigen keine derart starken Abweichungen.

### c) Umfang und prozentualer Anteil über die Jahrzehnte

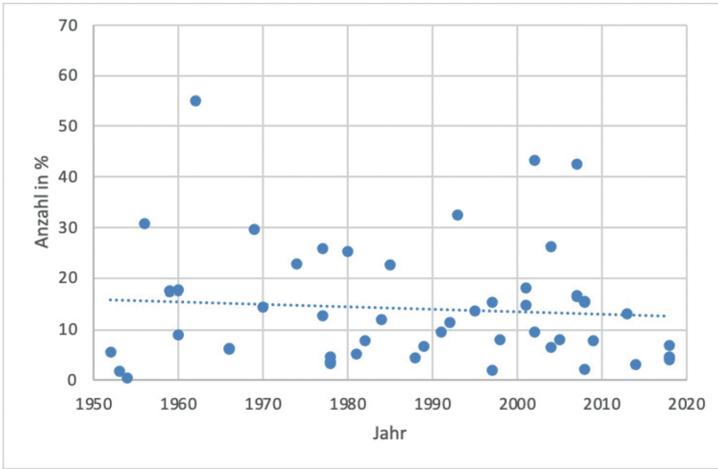
Der Umfang und der Anteil von obiter dicta an den Entscheidungsgründen lässt sich in der Stichprobe auch im zeitlichen Ablauf nachvollziehen.<sup>155</sup> Blickt man zunächst auf den Anteil in den Entscheidungsgründen, zeigt sich sowohl in der Sammlung als auch in den Juris-Versionen eine leicht fallende Tendenz:



**Grafik 4a:** Anteil der obiter dicta an den Entscheidungsgründen nach Jahren (BGHZ)

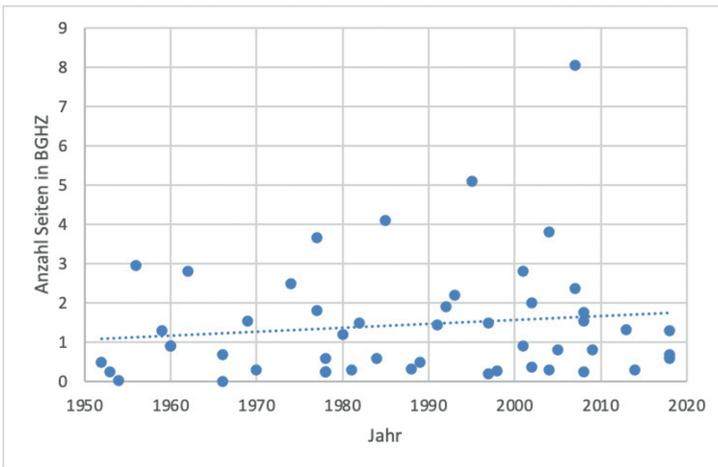
154 BGH, Urteil vom 21.1.2002 – II ZR 2/00 – juris Rdn. 15–17.

155 Hier ist ein Wort der Vorsicht angebracht: Die Untersuchung dient vor allem der Illustration. Aufgrund der Größe und Auswahl der Stichprobe (dazu der Anhang) sollte die Aussagekraft für die Grundgesamtheit (alle Urteile mit obiter dicta) nicht überbetont werden. Extremwerte haben einen spürbaren Einfluss auf den Verlauf der Tendenzlinie. Nimmt man etwa das umfangreiche Urteil aus dem Jahr 1962 aus der Stichprobe heraus, verlief die Tendenzlinie zu BGHZ nahezu waagrecht (umgekehrt verlief sie noch deutlich steiler, wenn die beiden umfangreichen Entscheidungen aus 2002 und 2007 herausgenommen würden).



Grafik 4b: Anteil der obiter dicta an den Entscheidungsgründen nach Jahren (juris)

Über alle Jahrzehnte hinweg dominieren obiter dicta mit geringem Gesamtanteil. Allerdings zeigen sich auch immer wieder Ausreißer mit einem extrem hohen Anteil. Das liegt bisweilen darin begründet, dass die Entscheidungen insgesamt recht kurz sind. Das Bild ändert sich daher, wenn man nicht auf den Anteil, sondern den Umfang nach Seiten im Zeitablauf schaut:



Grafik 5: Umfang in Seiten nach Jahren (BGHZ)<sup>156</sup>

156 Eine Grafik zum Umfang nach Zeichen in den Juris-Textdateien findet sich im Anhang (Grafik 5a).

In der Stichprobe ist ein deutlicher Anstieg von etwa einer Seite auf durchschnittlich knapp zwei Seiten zu beobachten. Dieser Anstieg lässt sich allerdings mit dem allgemeinen Wachstum der Urteile in der Sammlung erklären.<sup>157</sup>

## 2. Abstraktionsgrad der beiläufigen Ausführungen

Obiter dicta lassen sich nicht nur nach Umfang und Anteil an den Urteilsgründen unterscheiden, sondern auch nach ihrem Abstraktionsgrad.<sup>158</sup> Dabei sind prozessökonomische obiter dicta regelmäßig deutlich konkreter auf den Fall bezogen als erläuternde oder ankündigende. Allerdings gibt es auch innerhalb der einzelnen Gruppen erhebliche Unterschiede. Teilweise wird lediglich eine Klarstellung zu einer entscheidungserheblichen Ausführung getroffen, in anderen Urteilen hingegen finden sich obiter dicta, die allenfalls noch einen losen Bezug zum entschiedenen Fall haben.

Dass sehr hohe Anteile an Urteilsgründen auf einen hohen Abstraktionsgrad hindeuten, unterstreicht etwa die bereits angesprochene Entscheidung aus dem 150. Band.<sup>159</sup> Darin werden Haftungsfragen zu Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften ausgiebig erörtert, wobei der Senat bei Immobilienfonds sogar zwischen Alt- und Neufällen unterscheidet. Für das Ergebnis hatte keine einzige Fallgruppe ausschlaggebende Bedeutung, da sich die Haftung bereits aufgrund eines Freistellungsanspruchs aus einem Auftragsverhältnis ergab. Der Senat hat folglich den konkreten Fall wie ein Stichwort aufgegriffen, um abstrakte Rechtsfragen zu erörtern. Ebenso weitestgehend abstrakt hat der BGH im Urteil mit dem höchsten Obiter-Anteil erläutert, unter welchen Voraussetzungen nicht nur die Gesellschaft, sondern auch die übrigen Gesellschafter auf Aufwendungsersatz gem. § 110 HGB in Anspruch genommen werden können.<sup>160</sup> Im konkreten Fall befand sich die Gesellschaft indes bereits in Liquidation, weshalb die allgemeinen Maßstäbe nicht zur Anwendung gelangten, sondern ein spezielles Erstattungsregime für die Abwicklungsphase.<sup>161</sup> Nicht stets folgt aber aus einem hohen relativen Anteil zugleich ein hoher Abstraktionsgrad. In einer jüngeren Entscheidung zur Haftung der Kommanditisten im Insolvenzverfahren finden sich zwar 45 % obiter dicta, diese bestehen indes ganz überwiegend aus Hinweisen für die weitere Prüfung sowie einer bestärkenden Stellungnahme zur Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, auf die es nicht ankam.<sup>162</sup>

157 Siehe Grafik 6 im Anhang. Zum Urteilswachstum zuvor bereits THIESSEN, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 99, 101.

158 Vgl. dazu bereits CROSS/HARRIS, aaO (Fn. 9), S. 81.

159 BGHZ 150, 1.

160 BGHZ 37, 299, 301 ff.

161 BGHZ 37, 299, 304 f.

162 BGH ZIP 2020, 1869 Rdn. 11 ff, 32 ff (zzgl. Offenlassen in Rdn. 30).

Den völlig abstrakten, häufig der Rechtsfortbildung oder Klarstellung dienenden obiter dicta stehen die prozessökonomischen Ausführungen gegenüber, die zwar für die Revisionsentscheidung nicht tragend sind, allerdings im weiteren Verfahren relevant werden (können). Teilweise enthalten sie konkrete Vorgaben für die Subsumtion.<sup>163</sup> Dazwischen liegen Urteile, die an der einen oder anderen Stelle ergänzende Erläuterungen vornehmen. So äußert sich der Senat in seiner Autokran-Entscheidung zur Beweislastverteilung, obschon diese in der Revisionsinstanz auch aus der Eigensicht ohne Relevanz war.<sup>164</sup> Zudem kommentierte der Senat eine Literaturansicht zur Anwendung des § 302 AktG auf den qualifiziert faktischen Konzern in einem Fall, in dem die Haftung allein auf § 303 AktG (analog) zu stützen war.<sup>165</sup> Das Gelatine-Urteil nutzte der Senat, um einige Klarstellungen zu seiner Holzmüller-Entscheidung zu treffen, obwohl kein Eingriff in ausreichender Schwere vorlag und folglich Ausführungen zur Bindungswirkung oder zur Abstimmung entbehrlich waren.<sup>166</sup>

### *3. Beiläufiges in Leitsätzen*

In der Stichprobe schafften es beiläufige Anmerkungen in etwa einem Viertel aller Urteile sogar in den Leitsatz. In den wenigen Entscheidungen der erweiterten Stichprobe, die nicht in BGHZ veröffentlicht wurden, enthielt kein einziger Leitsatz ein obiter dictum. Das begründet den Verdacht, dass gerade in den wichtigen Entscheidungen obiter dicta als Kommunikationskanal zur Bereichsöffentlichkeit fungieren. Um ihre Wahrnehmung abzusichern, hebt der Senat sie in die Leitsätze.<sup>167</sup> Es überrascht danach wenig, dass in vier der oben genannten fünf Urteilen mit dem größten Anteil an obiter dicta entsprechende Leitsätze zu finden sind.<sup>168</sup> Weitere prominente Beispiele lassen sich finden, etwa die Entscheidungen Holzmüller, ARAG/Garmenbeck sowie Gelatine.<sup>169</sup> Und in Ergänzung zur Otto-Entscheidung stellt der Senat leitsatzförmig klar:

163 So etwa BGHZ 123, 281, 287 ff; vgl. ferner BGHZ 179, 71 Rdn. 20 f – MPS; BGHZ 202, 26 Rdn. 33 (zur Beweislast).

164 BGHZ 95, 330, 344 f: „Das alles braucht jedoch im gegenwärtigen Stadium des Rechtsstreits nicht weiter erörtert zu werden.“

165 BGHZ 95, 330, 345 f.

166 BGHZ 159, 30, 41 ff.

167 Zum Einsatz von Leitsätzen zur verbesserten Wahrnehmung siehe FLEISCHER, ZIP 2018, 605, 607; vgl. auch R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 151.

168 BGHZ 22, 186 (1. Leitsatz); BGHZ 37, 299 (1. und 2. Leitsatz); BGHZ 150, 1 (alle drei Leitsätze); BGHZ 173, 246 (Leitsatz 2 teilweise).

169 BGHZ 83, 122 – Holzmüller (Leitsatz a)); BGHZ 135, 244 – ARAG/Garmenbeck (Leitsatz b) Abs. 2); BGHZ 159, 30 – Gelatine (Leitsatz c)).

Eine unter eine als solche wirksame Mehrheitsklausel fallende Mehrheitsentscheidung kann im Einzelfall wegen Verstoßes gegen die gesellschaftliche Treuepflicht unwirksam sein, was auf einer zweiten Stufe zu prüfen ist (vgl. Senat BGHZ 170, 283 Tz. 10 „OTTO“). Das gilt generell und nicht nur bei Beschlüssen, welche die gesellschaftsvertraglichen Grundlagen des Konsortiums betreffen oder in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaftsrechte der Minderheit eingreifen (Klarstellung zu Senat aaO Tz. 9, 10).<sup>170</sup>

Im konkreten Fall hatte die Klägerin allerdings allein die Feststellung der Wirksamkeit der Klausel verlangt.<sup>171</sup> Und so führt der Senat in den Urteilsgründen selbst aus: „Davon unberührt bleibt die Wirksamkeit der Mehrheitsklausel als solcher, über die in dem vorliegenden Revisionsverfahren allein zu entscheiden ist.“<sup>172</sup> Offensichtlich sah der Senat erheblichen Klarstellungsbedarf nach seinem Otto-Urteil, sodass er sich zum Einsatz auch des Leitsatzes entschied.

## V. *Obiter dicta im Spiegel der Literatur*

### 1. *Kritik an obiter dicta*

Obiter dicta sind kein geliebtes Kind der Rechtswissenschaft; als Konzept erfahren sie nur wenig, und wenn dann zumeist kritische Beachtung.<sup>173</sup> Vor allem wird beiläufigen Ausführungen vorgeworfen, dass es ihnen an Richtigkeitsgewähr mangle,<sup>174</sup> da sie nicht „in Konfrontation mit einem konkreten Fall“ gewonnen worden seien.<sup>175</sup> Im Kontext der Rechtsfortbildung begegnen obiter

170 BGHZ 179, 13 Leitsatz 2.

171 Vgl. BGHZ 179, 13 Rdn. 5, 8.

172 BGHZ 179, 13 Rdn. 17 a.E.

173 BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 47f; HATTENHAUER, Die Kritik des Zivilurteils, 1970, S. 136; SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 28ff, 39ff; und passim; ähnlich BRYDE, FS Papier, S. 493, 498f; R. JACOBS, FS Looschelder, 2010, S. 131, 131 (obiter dicta seien „kein Gewinn, sondern eine Last“); KANZLER, DStR 2013, 1505, 1505ff; SCHULZ, ZIS 2008, 403, 403; etwas polemisch auch SCHUSCHKE, NZM 2007, 870 (mit dem Titelzusatz: „Obiter dicta – die (verbotenen) ‚Überraschungseier‘ der Rechtsprechung“); siehe auch EATON, 14 Harv. L. Rev. 20, 22 (1900-1901) („The influence and authority of the Supreme Court of the United States is weakened by such enunciation of obiter dicta.“).

In der kritischen Literatur darf regelmäßig der Verweis auf § 13 GeschO BGH (BANz. Nr. 83 [1952], S. 9), § 13 Abs. 1 nicht fehlen: „Tatbestand und Entscheidungsgründe sind klar und möglichst kurz abzufassen. Sie sollen sich auf das Wesentliche und auf den Gegenstand der Entscheidung beschränken [...]“

174 BRYDE, FS Papier, S. 493, 498; REIMER, Jur. Methodenlehre, 2. Aufl., 2020, Rdn. 462; SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 29ff; vgl. auch BITTNER, JZ 2013, 645, 653 (zur schwachen Ankündigungsrechtsprechung durch obiter dicta); R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 141f; dagegen aber KÖTZ, AcP 175 (1975), 362, 365f; LILIE, aaO (Fn. 5), S. 122f.

175 BRYDE, FS Papier, S. 493, 498; ähnlich BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 48; KEIL, aaO (Fn. 22), S. 172; MAYER-MALY/NIPPERDEY, aaO (Fn. 9), S. 25f; SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 29ff.

dicta zusätzlich dem Vorwurf, das Gewaltenteilungsprinzip nicht ausreichend zu würdigen.<sup>176</sup> Zu dieser sehr grundsätzlichen Kritik gesellen sich einige Beiträge, die konkrete obiter dicta hinterfragen und aus diesem Anlass beiläufig ihre generelle Skepsis ausdrücken.<sup>177</sup> Obiter dicta haftet zudem der Ruf an, besonders häufig korrigiert oder aufgegeben zu werden.<sup>178</sup> Auf der anderen Seite erinnern Unterstützer daran, dass Revisionsgerichte ihre Funktion kaum ohne obiter dicta ausüben könnten.<sup>179</sup> Sie seien ein wichtiges Werkzeug, um eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten,<sup>180</sup> zudem würden bestimmte Entwicklungslinien häufig erst durch beiläufige Bemerkungen sichtbar.<sup>181</sup>

Vor allem die ablehnenden Stimmen scheinen ganz bestimmte obiter dicta vor Augen zu haben, die wohl – bei funktionaler Betrachtung – den rechtsfortbildenden oder erläuternden am nächsten kommen.<sup>182</sup> Nur zwei kritische Beiträge differenzieren nach Erscheinungsform und behandeln etwa prozessökonomische obiter dicta gesondert; sie gelangen für diese dann auch zu einem deutlich milderem Urteil.<sup>183</sup> Eine solche Unterscheidung scheint indes geboten, lässt sich doch gerade den Hinweisen an das Berufungsgericht kaum entgegenhalten, ihnen fehle der konkrete Bezug zum Fall. Jedenfalls im Grundsatz dürfte nicht in Zweifel stehen, dass absehbare Fehler vermieden oder vorhersehbare Unsicherheiten ausgeräumt werden sollten, um das konkrete Verfahren zu einem zügigen Abschluss zu bringen.

Einleuchtend ist aber auch das Argument, dass obiter dicta bei Auslegung und Rechtsfortbildung ein wichtiges Instrument sein können. Ändert der BGH seine Rechtsprechung, etwa indem er von einer Außen- auf eine Innenhaftung

176 SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 28 ff (insb. S. 38 f); PAYANDEH, aaO (Fn. 5), S. 452 f; SCHRÖDER, MDR 1960, 809, 809; ferner BRYDE, FS Papier, S. 493, 499; P. MEIER, JuS 2020, 636, 637 (sehr kritisch, insb. Behauptung, dass Dispositionsmaxime missachtet würde, da die Rechtsfrage ja *obiter dictu* besprochen wird).

177 SCHUSCHKE, NZM 2007, 870, 870, 870 f; vgl. auch LAMPRECHT, NJW 1998, 1039.

178 So R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 142; ähnlich zuvor bereits HATTENHAUER, aaO (Fn. 173), S. 136 f; SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 143 (mit konkretem Beispiel).

179 R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 141, 149; ebenso BIRK, JZ 1974, 735, 739.

180 R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 139 („nicht wegzudenken“), 141; RISSING-VAN SAAN, FS Widmaier, S. 505, 513 f; vgl. auch KNAUER/KUDLICH, Münchener Komm. z. StPO, 1. Aufl., 2019, § 352 Rdn. 26.

181 BIRK, JZ 1974, 735, 739.

182 Da die Beiträge in der Regel obiter dicta nicht definieren, kann auf das Verständnis häufig nur rückgeschlossen werden. Denkbar ist etwa, dass den Autoren nur bestimmte, sehr abstrakte obiter dicta vor Augen standen, womit sich auch eine Differenzierung erübrigt. Für den Diskurs ist die Vermengung von impliziter Definition und Beurteilung freilich nicht hilfreich. Ausdrückliche Erörterung der Rechtsfortbildung mittels obiter dicta aber bei SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 184 ff.

183 KANZLER, DStR 2013, 1505, 1507 f; SCHLÜTER, aaO (Fn. 7), S. 181 f (allerdings nur bezogen auf den konkreten Sachverhalt).

übergeht, muss dies erläutert werden. Andernfalls müssten die Beteiligten künftiger Streitigkeiten in einem Trial-and-Error-Prozess zunächst herausfinden, wer gegenüber wem künftig einen Anspruch geltend machen kann. Und so wird man kaum beanstanden können, dass der II. Zivilsenat in seiner Trihotel-Entscheidung das künftige Haftungskonzept umfassend erläutert hat.<sup>184</sup> Denkbare Alternativen zu dieser Erläuterung im Urteil scheinen kaum vorzugswürdig. Fachbeiträge oder Vorträge von Mitgliedern der BGH-Senate<sup>185</sup> bereiten der Rechtspraxis keine geringeren Rezeptionsprobleme, da nicht selten unklar bleibt, ob das Mitglied überhaupt für den ganzen Senat sprechen kann.<sup>186</sup> Und selbst Rechtsfortbildung obiter dictu mag im Einzelfall gerechtfertigt sein, um eine Vielzahl an „Fehlurteilen“ zu verhindern. Kern der Kritik dürfte hier ohnehin häufig nicht primär der Informationsträger, sondern vielmehr die Rechtsfortbildung selbst sein.<sup>187</sup> Wer judicial activism im Gesellschaftsrecht kritisch sieht, wird sich freilich an Rechtsfortbildung ohne Entscheidungserheblichkeit besonders stören.

Die Vorzüge dürfen allerdings nicht über die Gefahren hinwegtäuschen, die sehr wohl bestehen. Gerade besonders aktivistische Senate können die Rechtsfortbildung mithilfe von obiter dicta hochskalieren.<sup>188</sup> Zudem besteht die Gefahr, dass der jeweilige Spruchkörper weniger Bedenken hat, in einem obiter dictum vorzupreschen, da dieses vermeintlich weniger verbindlich ist.<sup>189</sup> Dieser Verdacht drängt sich etwa in einem Urteil des Gesellschaftsrechtssenats aus dem Jahr 1997 auf, in dem der Senat bei der Abkehr von einer zuvor vertretenen Ansicht herausstellt: „In allen diesen Urteilen handelte es sich jedoch nicht um tragende Erwägungen, die letztlich nur auf lange zurückliegende Erkenntnisse des Reichsgerichts [...] referierend Bezug nehmen.“<sup>190</sup> Dass eine solche Argumentation aufgrund der hohen praktischen Bedeutung und der faktischen Bindungswirkung für die Rechtspraxis äußerst unglücklich ist, liegt auf der Hand.<sup>191</sup>

184 BGHZ 173, 246 Rdn. 27 ff. Mit ähnlicher Sicht bereits KÖTZ, AcP 175 (1975), 362, 367.

185 Dazu auch KANZLER, DStR 2013, 1505, 1509; SCHULZ, ZIS 2008, 403, 405, mit einem konkreten Beispiel aus dem Strafrecht.

186 Kritisch auch FLEISCHER, NZG 2018, 241, 244; vgl. ferner RÖHRICHT, ZGR 1999, 445, 471.

187 Eingehend zur Diskussion um die Rechtsfortbildung WIEDEMANN, NJW 2014, 2407; zuvor bereits MÜHL, FS Fischer, S. 509, 528 ff; WANK, ZGR 1988, 314, 339 ff; kritisch RÜTHERS, JZ 2008, 446, 448 ff; aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive auch K. SCHMIDT, JZ 2009, 10; zum GmbH-Recht FLEISCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2018, Einl. Rdn. 128–130.

188 Zur (großzügigen) Rechtsfortbildung durch den Gesellschaftsrechtssenat vgl. schon Fn. 94.

189 Sehr deutlich die Kritik bei BERTELMANN, aaO (Fn. 18), S. 48.

190 BGHZ 136, 125, 129.

191 Kritisch zur argumentativen Asymmetrie beim Verweis auf obiter dicta auch KÄHLER, aaO (Fn. 13), S. 144 f.

Zusammenfassend sind obiter dicta wertvolle und wirkmächtige Werkzeuge der Rechtsprechung, Informationen an verschiedene Adressaten zu übermitteln. Mit der Gestaltungsmacht kommt aber auch Verantwortung: Beiläufiges sollte nicht beiläufig verfasst werden. Obiter dicta sollten zudem nur wohl-dosiert eingesetzt werden.<sup>192</sup> Entgegen der teilweise geübten Praxis sollten sie sogar noch sorgfältiger auf ihre Wirkungen geprüft werden als die tragenden Urteilsgründe, da – anders als bei letzten – die charmante Alternative besteht, sie im Zweifel nicht zu drucken.

## 2. Rezeption beiläufiger Urteilsausführungen

Die spärliche inhaltliche Befassung mit obiter dicta ist indes nur eine Seite der Medaille. Auf der anderen Seite wird in der Literatur tausendfach auf konkrete obiter dicta hingewiesen. Sehr häufig findet sich die Information in den Nachweisen, regelmäßig als Klammerzusatz nach dem Rechtsprechungszitat. Teilweise verweisen Autoren aber auch im Text darauf, dass eine Ausführung in einem obiter dictum zu finden ist.<sup>193</sup> Weshalb sie dem Leser diese Information mitgeben, wird häufig deutlich zum Ausdruck gebracht: Aussagen in obiter dicta seien weniger bedeutsam und weniger verlässlich als tragende Gründe.<sup>194</sup> In der argumentativen Auseinandersetzung wird die Obiter-Herkunft einer Ansicht oder einer Begründung häufig herangezogen, um die Autorität der höchstrichterlichen Rechtsansicht in Zweifel zu ziehen.<sup>195</sup> In deskriptiven Ausführungen wird damit die Unsicherheit darüber ausgedrückt, ob eine bestimmte Rechtsfrage für die Rechtspraxis allein aufgrund eines obiter dictum als beantwortet angesehen werden kann.<sup>196</sup> Das geschieht teils sehr subtil, etwa

192 Ähnlich KÖTZ, AcP 175 (1975), 362, 367; vgl. auch R. FISCHER, FS Mühl, S. 139, 141 f.

193 Beispielhaft REICHERT/WELLER, Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2018, § 16 Rdn. 168; SCHÄFER, Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2020, § 714 Rdn. 62; WERTENBRUCH, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Komm. z. HGB, 4. Aufl., 2020, § 105 Rdn. 317.

194 BYDLINSKI/BYDLINSKI, aaO (Fn. 8), S. 143; KEIL, aaO (Fn. 22), S. 78; KÖTZ, AcP 175 (1975), 362, 365.

195 ALTMEPPEN, aaO (Fn. 145), § 30 GmbHG Rdn. 144, § 53 Rdn. 26; BAYER, Münchener Komm. z. AktG, 5. Aufl., 2019, § 62 Rdn. 88; BEZZENBERGER, in: K. Schmidt/Lutter, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 71 Rdn. 70a; FLEISCHER, ZHR 163 (1999), 461, 472; FLEISCHER, aaO (Fn. 98), § 62 AktG Rdn. 28; HABERSACK, Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2020, § 774 Rdn. 15; KOCH, aaO (Fn. 98), § 237 AktG Rdn. 17; SCHÄFER, aaO (Fn. 193), § 705 BGB Rdn. 352, § 8 PartGG Rdn. 34; SPINDLER, in: K. Schmidt/Lutter, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 131 Rdn. 7.

196 ALTMEPPEN, aaO (Fn. 145), § 30 GmbHG Rdn. 144: „In Wirklichkeit handelte es sich dabei zumeist um obiter dicta, die Fallgruppe führte bei genauer Betrachtung nur irre: [...]“; GRIGOLEIT, in: Grigoleit, Komm. z. AktG, 2. Aufl., 2020, § 1 AktG Rdn. 92: „Durchgriffshaftung steht in einem krassen Missverhältnis zu deren praktischer Bedeu-

indem bei einem Zitat der BGH mit dem Zusatz „obiter“ nicht wie sonst an erster Stelle, sondern nach einschlägigen Literaturbeiträgen zitiert wird.<sup>197</sup> In anderen Fällen lassen die Autoren hingegen nicht erkennen, wie sie selbst zur Bedeutung beiläufiger Urteilsgründe stehen. Der Verweis auf ein *obiter dictum* erfolgt ohne erkennbare Wirkung.<sup>198</sup> Zwar liegt der Verdacht nahe, dass die Auskunft zur Vorsicht mahnen oder die Autorität abschwächen soll, allerdings ist ebenso denkbar, dass die Autoren den Lesern allein die Information mitgeben möchten, damit diese für sich entscheiden können, welche Schlüsse sie daraus ziehen.<sup>199</sup>

tung: Die Durchgriffshaftung ist zwar in einer großen Zahl höchstrichterlicher *obiter dicta* angesprochen, höchst selten ist aber im konkreten Fall ein Anspruch auf dieser Grundlage angenommen worden.“; REICHERT/WELLER, aaO (Fn. 193), § 15 GmbHG Rdn. 168: „In der Tat hat nunmehr auch der BGH in einem *obiter dictum* eine auf die Form beschränkte Teilrechtswahl für möglich gehalten. Da die Rechtsprechung jedoch hinsichtlich der Zulässigkeit einer derartigen auf die Form bezogenen Teilrechtswahl beim Kausalgeschäft der Anteilsübertragung noch nicht explizit entschieden hat, besteht für die Praxis hierzu bislang noch keine Rechtssicherheit.“; SCHÄFER, aaO (Fn. 193), § 714 BGB Rdn. 62: „Anderes gilt hingegen für den insoweit gewählten methodischen Ansatz. Dieser dürfte aber auch noch nicht fest gefügt sein, zumal er wiederum in ein *obiter dictum* gekleidet wurde [...]“; J. SCHMIDT, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2017, § 4a Rdn. 20: zwar ausdrücklich, aber eben nur *obiter*“; VERSE, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2021, § 13 GmbHG Rdn. 46: „erstmal und zunächst nur als *obiter dictum*“; WERTENBRUCH, aaO (Fn. 193), § 105 HGB Rdn. 317: „In Bezug auf die Frage der Einordnung der bisherigen Rspr. des BGH ist zu beachten, dass die hier in Rede stehende Einschränkung vom BGH entweder im Rahmen eines *obiter dictum* oder für einen Streit im Innenverhältnis vertreten wurde.“

197 FLEISCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2019, § 43 Rdn. 324; KOCH, aaO (Fn. 98), § 237 AktG Rdn. 17; VERSE, aaO (Fn. 196), § 15 GmbHG Rdn. 95; K. SCHMIDT, in: Scholz, Komm. z. GmbHG, 12. Aufl., 2018, § 11 Rdn. 115; siehe auch FLEISCHER, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.2.2021, § 93 Rdn. 112 (BGH nach Obergerichten) und ULMER/HABERSACK, in: Habersack/Casper/Löbbe, Großkomm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2019, § 11 Rdn. 147 (geänderte zeitliche Reihenfolge).

198 So etwa BAYER, aaO (Fn. 195), § 205 AktG Rdn. 70; KLÖHN, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht 5. Aufl., 2021, § 139 HGB Rdn. 64; KOCH, aaO (Fn. 98), § 241 AktG Rdn. 33; LIEDER, in: Oetker, Komm. z. HGB, 7. Aufl., 2021, § 105 Rdn. 145; THIESSEN, in: Bork/Schäfer, Komm. z. GmbHG; 4. Aufl., 2019, § 34 Rdn. 18; VEIL, in: K. Schmidt/Lutter, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 20 Rdn. 37; VERSE, aaO (Fn. 196), § 16 GmbHG Rdn. 93; VERSE, in: Scholz, Komm. z. GmbHG, 12. Aufl., 2018, § 29 Rdn. 62.

199 Damit würde der Empfehlung von BRYDE, FS Papier, S. 493, 500, gefolgt, der dafür plädiert, Aussagen *obiter dictu* im Schrifttum stets als solche zu kennzeichnen.

*VI. Ergebnisse und Ausblick*

1. Obiter dicta finden sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht sehr häufig. Und auch die Literatur verweist tausendfach darauf, dass eine Aussage lediglich obiter dictu erfolgte. Demgegenüber sind beiläufige Urteilsausführungen bisher nur selten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen gewesen; insbesondere fehlt eine eingehende Auseinandersetzung mit ihren Erscheinungsformen und Funktionen. Sie ist hier mithilfe einer umfangreichen Sichtung der Rechtsprechung des II. Zivilsenats nachgeholt worden.

2. Nach Durchsicht des gesellschaftsrechtlichen Fallmaterials lassen sich sechs Funktionen von obiter dicta identifizieren: prozessökonomische (Hinweise an das Berufungsgericht), rügende, rechtsfortbildende, erläuternde, ausdrücklich offenlassende und ankündigende obiter dicta.

3. Um eine bessere Vorstellung von obiter dicta zu erlangen, wurde eine Vielzahl an gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen durchgesehen, die in BGHZ veröffentlicht wurden. Dabei fanden sich in 50 Entscheidungen obiter dicta, die als Stichprobe für eine quantitative Untersuchung dienten: Durchschnittlich umfassten obiter dicta 1,4 Seiten in der Sammlung. Der Umfang variierte von wenigen Worten bis hin zu mehreren Seiten, wobei die Mehrzahl der Urteile obiter dicta von weniger als einer Seite aufwies (Median 0,9 Seiten). Auch ihr Anteil an den Urteilsgründen schwankte stark von unter 1 % bis zu über 50 %. Im Mittel betrug der Anteil 14 % (Median 10,6 %). Über die Jahrzehnte sind obiter dicta der Stichprobe zwar relativ kürzer, aber – aufgrund der generell zunehmenden Länge der Urteile – absolut umfangreicher geworden. In einem Viertel aller Fälle wurden obiter dicta sogar in die Leitsätze gehoben.

4. Ziel dieser Untersuchung war es, anhand besonders bedeutsamer Entscheidungen im Gesellschaftsrecht zu einem besseren Verständnis von obiter dicta beizutragen. Dabei konnten freilich nicht alle interessanten Fragestellungen beantwortet werden. Künftige Untersuchungen könnten sich etwa der Frage widmen, wie häufig obiter dicta in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats auftauchen und wie sich die in BGHZ abgedruckten Urteile von den übrigen unterscheiden. Auch könnten einzelne Zeitabschnitte miteinander verglichen werden, abgegrenzt etwa nach der Amtszeit der verschiedenen Vorsitzenden.<sup>200</sup> Interessante Erkenntnisse versprechen zudem ähnliche Studien zur Rechtsprechung weiterer Senate des BGH oder anderer Höchstgerichte. Mit ihrer Hilfe könnten bereichsspezifische Eigenheiten identifiziert werden.

200 Zur inhaltlichen Prägung der Urteile durch die beteiligten Richter siehe C. WEIß, aaO (Fn. 131), S. 345 ff.

## VII. Anhang

1. Die Stichprobe zur rechtstatsächlichen Untersuchung unter IV. umfasst 50 Urteile, die in der Sammlung BGHZ veröffentlicht worden sind und obiter dicta enthalten (siehe Tabelle unter 2.).<sup>201</sup> Die Bestimmung erfolgte nach der formalen Abgrenzungsmethode, wie sie unter II. 1. dargestellt wurde. Die Stichprobe ist nicht zufällig ausgewählt (kein random sample). Um obiter dicta zu finden, wurden Hinweisen im Schrifttum (im Wesentlichen online verfügbare Kommentare) verfolgt. Zudem wurden namhafte Entscheidungen durchgesehen. Um die zeitliche Ausgewogenheit der Stichprobe zu verbessern, wurden zuletzt Entscheidungen aus bis dahin unterrepräsentierten Zeitfenstern (insbesondere den 60er und 80er Jahren) gesucht (*insofern* ist die Stichprobe, vom Entscheidungszeitpunkt abgesehen, zufällig gewählt).

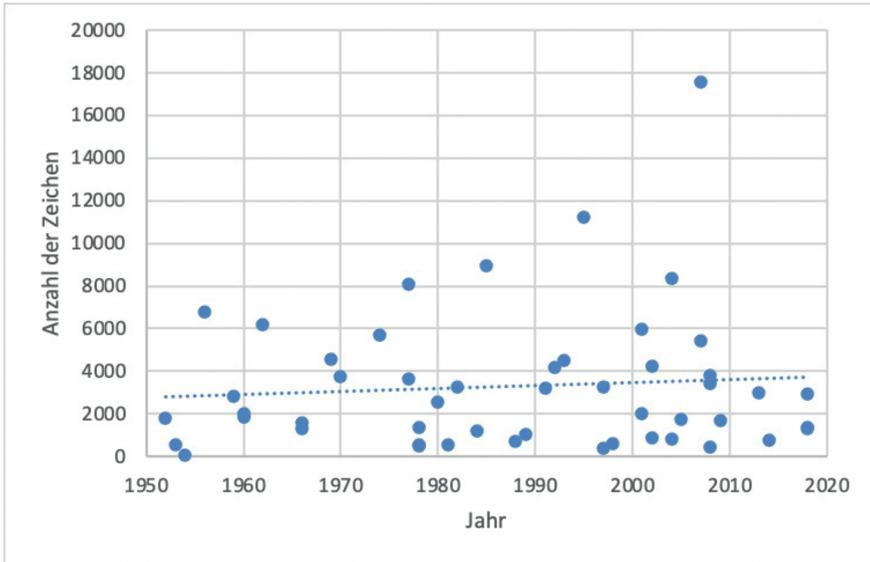
Aufgrund der fehlenden Zufälligkeit ist die Stichprobe nicht notwendig repräsentativ für die Grundgesamtheit (alle Urteile des II. Zivilsenats des BGH zum Gesellschaftsrecht, die obiter dicta enthalten). Zudem lassen sich die quantitativen Aussagen nicht auf Urteile übertragen, die nicht in BGHZ abgedruckt wurden, da die Entscheidung über den Abdruck nicht zufällig, sondern nach Kriterien getroffen wird, die auf die untersuchten Größen Einfluss haben können. Meine Darstellung dient damit vor allem der Veranschaulichung und soll eine ungefähre Vorstellung von Umfang, Anteil und Entwicklung geben.

Insgesamt wurden ca. 100 Entscheidungen durchgesehen. Daraus lässt sich allerdings kein Rückschluss auf die Häufigkeit von obiter dicta in der Rechtsprechung des II. Senats ziehen.

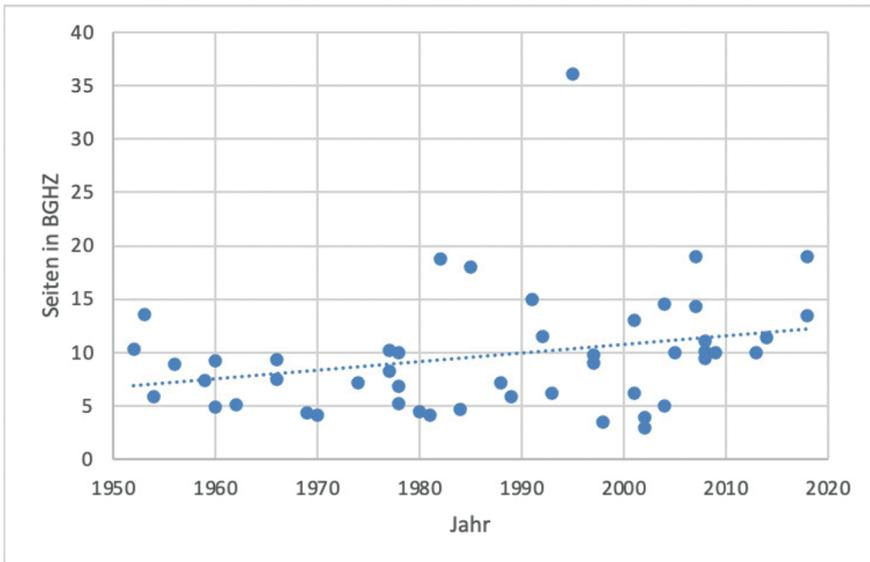
## 2. Die Urteile der Stichprobe:

BGHZ 8, 35	BGHZ 53, 71	BGHZ 83, 122	BGHZ 135, 244	BGHZ 173, 246
BGHZ 11, 231	BGHZ 55, 5	BGHZ 91, 148	BGHZ 139, 299	BGHZ 178, 192
BGHZ 15, 324	BGHZ 62, 234	BGHZ 95, 330	BGHZ 148, 201	BGHZ 179, 13
BGHZ 22, 186	BGHZ 69, 95	BGHZ 104, 66	BGHZ 149, 10	BGHZ 179, 71
BGHZ 29, 300	BGHZ 69, 160	BGHZ 107, 351	BGHZ 150, 1	BGHZ 180, 38
BGHZ 32, 307	BGHZ 71, 40	BGHZ 115, 187	BGHZ 153, 107	BGHZ 196, 195
BGHZ 33, 189	BGHZ 71, 53	BGHZ 122, 123	BGHZ 158, 122	BGHZ 202, 26
BGHZ 37, 299	BGHZ 73, 217	BGHZ 123, 281	BGHZ 159, 30	BGHZ 219, 193
BGHZ 45, 338	BGHZ 76, 352	BGHZ 129, 136	BGHZ 164, 249	BGHZ 219, 356
BGHZ 46, 291	BGHZ 81, 365	BGHZ 134, 392	BGHZ 170, 283	BGHZ 220, 162

201 Hinzu kommen für die qualitative Untersuchung einige Urteile mit obiter dicta, die nicht in die Sammlung aufgenommen wurden. Dazu zählen BGH NJW 1960, 1667; BGH NJW 1979, 1705; BGH NJW 1980, 1522; BGH NJW 1989, 225; BGH ZIP 2020, 1869. Sie wurden für die Untersuchung von Umfang und Anteil nicht berücksichtigt, da die Stichprobe an Homogenität verloren hätte.



3. Grafik 5a: Umfang in Zeichen nach Jahren (Juris-Textdateien)



4. Grafik 6: Umfang der Urteilsgründe in Seiten (BGHZ)