

gen beruht und sie unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich vertretbar⁶⁴⁴, also greifbar gesetzeswidrig⁶⁴⁵ ist. Objektiv willkürlich ist eine Entscheidung nach herkömmlicher Definition, wenn ihre Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar⁶⁴⁶ ist, und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht; die Rechtslage muss also in krasser Weise verkannt worden sein⁶⁴⁷. Darauf, ob der Verstoß offenkundig ist, kommt es dabei nicht an⁶⁴⁸; es darf aber nicht zweifelhaft sein, dass die angefochtene Entscheidung auf eine Verfassungsbeschwerde hin der Aufhebung durch das BVerfG unterläge⁶⁴⁹. Erforderlich ist deshalb eine gewisse „Eklatanz“ des Fehlers⁶⁵⁰. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die Vorinstanz eine offensichtlich einschlägige, entscheidungserhebliche Vorschrift übersehen hat⁶⁵¹, wenn ihre Beweiswürdigung so schwere Fehler offenbart, dass sie jedem Zweck einer Beweiswürdigung zuwiderläuft⁶⁵² oder wenn ihre Entscheidung auf einer weit außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Schätzung beruht⁶⁵³.

(2) Rechtsanwendungsfehler mit Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr. Auch bei diesem Unterfall des Erfordernisses einer höchstrichterlichen Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist die Filterfunktion der Revisionszulassungsgründe im Blick zu behalten. Ihr dienen verschiedene Kriterien:

(a) Rechtsfehler. Der angefochtenen Entscheidung muss ein Rechtsfehler zugrunde liegen, der die Anwendung revisiblen Rechts betrifft⁶⁵⁴. Insoweit gelten die gleichen Regeln wie bei der Rechtsfrage der Grundsatzbedeutung bzw. beim Rechtssatz der Divergenz (→ Rn. 614).

(b) Fallübergreif. Der Rechtsfehler muss sich verallgemeinern lassen⁶⁵⁵; er muss also über die Entscheidung des Einzelfalls hinausreichen⁶⁵⁶.

(c) Interessen der Allgemeinheit. Der Rechtsfehler muss die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühren⁶⁵⁷. Hierüber entscheiden weitere Wertungskriterien:

(aa) Vielzahl. Wie beim Rechtsmittelzulassungsgrund der Grundsatzbedeutung muss eine nicht unerhebliche Zahl künftiger Sachverhalte zu erwarten sein, auf welche der Fehler übertragen werden kann⁶⁵⁸; es gilt also das Gleiche wie bei der Grundsatzbedeutung (→ Rn. 632).

(bb) Publizitätswirkung. Der Rechtsfehler muss aufgrund seiner Publizitätswirkung entweder das Vertrauen in die Rechtsprechung als Ganzes erschüttern oder aber besorgen lassen, dass ihm ohne Korrektur durch den obersten Gerichtshof eine Wiederholungsgefahr oder ein Nachahmungseffekt zukommt⁶⁵⁹.

⁶⁴⁴ BGH Beschl. v. 27.3.2003 – V ZR 291/02 = NJW 2003, 1943 (1946); BFH Beschl. v. 13.10.2003 – IV B 85/02 = NJW 2004, 1064.

⁶⁴⁵ BFH Beschl. v. 14.4.2011 – VI B 120/10 Rn. 10.

⁶⁴⁶ BGH Beschl. v. 7.10.2004 – V ZR 328/03 = NJW 2005, 153.

⁶⁴⁷ BGH Beschl. v. 27.3.2003 – V ZR 291/02 = NJW 2003, 1943 (1947).

⁶⁴⁸ BGH Beschl. v. 11.5.2004 – IX ZB 39/03 = NJW 2004, 2222 (2223).

⁶⁴⁹ BGH Beschl. v. 27.3.2003 – V ZR 291/02 = NJW 2003, 1943 (1946).

⁶⁵⁰ Dazu BFH Beschl. v. 13.10.2003 – V B 85/02 = NJW 2004, 1064.

⁶⁵¹ BFH Beschl. v. 28.7.2003 – V B 72/02 Rn. 10.

⁶⁵² BFH Beschl. v. 9.11.2011 – II B 105/10 Rn. 3.

⁶⁵³ BFH Beschl. v. 13.10.2003 – IV B 85/02 Rn. 6.

⁶⁵⁴ BGH Beschl. v. 31.10.2002 – V ZR 100/02 = NJW 2003, 754 (755).

⁶⁵⁵ BGH Beschl. v. 18.3.2004 – V ZR 222/03 = NJW 2004, 1960 (1961).

⁶⁵⁶ BGH Beschl. v. 31.10.2002 – V ZR 100/02 = NJW 2003, 754 (755).

⁶⁵⁷ BGH Beschl. v. 31.10.2002 – V ZR 100/02 = NJW 2003, 754 (755).

⁶⁵⁸ BGH Beschl. v. 18.3.2004 – V ZR 222/03 = NJW 2004, 1960 (1961); BGH Beschl. v. 31.10.2002 – V ZR 100/02 = NJW 2003, 754 (755).

⁶⁵⁹ BGH Beschl. v. 31.10.2002 – V ZR 100/02 = NJW 2003, 754 (755).

- 666 (aaa) **Grundlegendes Missverständnis.** Diese Voraussetzung kann beispielsweise gegeben sein, wenn die angefochtene Entscheidung ein grundlegendes Missverständnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung erkennen lässt. In diesem Falle bedarf es allerdings wiederum eines Obersatzvergleiches: Herausuarbeiten ist zunächst einmal der Obersatz, der der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegt; dem ist gegenüberzustellen der Obersatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung; bei Letzterem braucht es sich indes – anders als bei der Divergenz – nicht um den tragenden Obersatz handeln; vielmehr reicht ein obiter dictum aus, weil es bei der hier in Rede stehenden Fallgruppe darum geht, auch künftige Divergenzen zu vermeiden⁶⁶⁰.
- 667 (bbb) **Ständige Fehlerpraxis.** Die genannte Voraussetzung kann sich aber auch aus einer ständigen Fehlerpraxis der Vorinstanz ergeben, die eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch dieses Gericht besorgen lässt, oder aus der ernsthaften Gefahr einer Nachahmung durch andere Gerichte. Dazu muss dem Rechtsfehler der Vorinstanz eine symptomatische Bedeutung oder Signalwirkung zukommen⁶⁶¹. Evidenz oder Gewicht des Rechtsfehlers spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle; entscheidend ist, ob ohne seine Korrektur schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung zu entstehen oder fortzubestehen drohen, die nicht den Charakter einer Divergenz im herkömmlichen Sinne haben⁶⁶².
- 668 (3) **Entscheidungserheblichkeit.** Schließlich muss der Rechtsfehler entscheidungserheblich geworden sein. Daran fehlt es, wenn sich zu ihm weitere Rechtsfehler gesellen und diese Geselligkeit zu einer im Ergebnis richtigen Entscheidung geführt hat⁶⁶³ (→ Rn. 385); anders als bei den Rechtsmittelzulassungsgründen der Grundsatzbedeutung oder der Rechtsfortbildung ist bei dem Zulassungsgrund des Erfordernisses einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nämlich stets in den Blick zu nehmen, ob das beabsichtigte Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat⁶⁶⁴. Im Übrigen geht es auch bei diesem Zulassungsgrund nicht darum, abstrakte Rechtsfragen ohne Entscheidungsrelevanz zu klären⁶⁶⁵.

cc) Verletzung von Verfahrensgrundrechten

- 669 Schließlich werden unter den Zulassungsgrund des Erfordernisses einer höchstrichterlichen Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auch Verfahrensfehler subsumiert, die Verfahrensgrundrechte der unterlegenen Partei verletzen und auf denen die angefochtene Entscheidung beruht:
- 670 (1) **Rechtliches Gehör.** Hauptanwendungsfall ist die Versagung rechtlichen Gehörs. Insoweit sei auf → Rn. 680 ff. verwiesen.
- 671 (2) **Sonstige Verfahrensgrundrechte.** Die Verletzung sonstiger Verfahrensgrundrechte spielt als Rechtsmittelzulassungsgrund praktisch nur im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren und im Verfahren der ZPO-Rechtsbeschwerde vor dem BGH nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO bzw. § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO eine Rolle. Abgesehen von den absoluten Revisionsgründen, bei denen es unter anderem um den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) geht, hat dabei allein das Verfahrensgrundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) als Rechtsmittelzulassungsgrund praktische Bedeutung; Konkret geht es um die Fälle, in

⁶⁶⁰ Vgl. zur entsprechenden Problematik bei der Grundsatzbedeutung iSd § 41 Abs. 4 SGG: BSG Beschl. v. 10.3.2010 – B 3 KR 36/09 B Rn. 12.

⁶⁶¹ BGH Beschl. v. 27.3.2003 – V ZR 291/02 = NJW 2003, 1943 (1945).

⁶⁶² BGH Beschl. v. 27.3.2003 – V ZR 291/02 = NJW 2003, 1943 (1945).

⁶⁶³ BGH Beschl. v. 12.2.2004 – V ZR 247/03 = NJW 2004, 1167 (1168).

⁶⁶⁴ BGH Beschl. v. 8.9.2004 – V ZR 260/03 = NJW 2005, 154 (156).

⁶⁶⁵ BGH Beschl. v. 12.2.2004 – V ZR 247/03 = NJW 2004, 1167 (1168).

denen die Berufung⁶⁶⁶ oder in einer Ehe- oder Familienstreitsache (§§ 112, 121 FamFG) die Beschwerde (§ 117 Abs. 1 S. 4 ZPO)⁶⁶⁷ als unzulässig verworfen oder die Wiedereinsetzung in die Berufungs- oder Berufungsbegründungsfrist versagt worden ist. Der BGH versteht dieses Grundrecht dahin, dass es den Gerichten verbiete, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren⁶⁶⁸. Konkret bedeutet das: Der BGH sieht das Verfahrensgrundrecht als verletzt, wenn die Vorinstanz die Berufung bzw. in einer Ehe- oder Familienstreitsache die Beschwerde in verfahrenswidriger Weise als unzulässig verworfen oder bei Fristversäumnis in verfahrenswidriger Weise Wiedereinsetzung versagt hat. Gleiches gilt, wenn das Berufungsgericht die Berufung wegen Nichterreichens der Berufungssumme verworfen hat, ohne zu prüfen, ob es die vom Amtsgericht unterlassene Entscheidung über die Berufungszulassung (§ 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 ZPO) nachzuholen habe⁶⁶⁹. Im Übrigen verletzt die nicht durch die Verfahrensordnung gedeckte Verwerfung des vorinstanzlichen Rechtsmittels als unzulässig stets auch das Grundrecht der hiervon betroffenen Partei aus Art. 103 Abs. 1 GG⁶⁷⁰; das ergibt sich daraus, dass Art. 103 Abs. 1 GG in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie steht, aufgrund deren die Gerichte durch die Auslegung und Anwendung des Prozessrechts den Beteiligten den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren dürfen⁶⁷¹.

d) Divergenz (im engeren Sinne)

Divergenz (ieS) ist Rechtsmittelzulassungsgrund im Verwaltungs-, Arbeits- und Sozialrechtsstreit, ferner bei der Rechtswegbeschwerde (→ Rn. 338). Im „engeren Sinne“ ist sie deshalb, weil nur bestimmte Referenzentscheidungen (zu diesem Begriff → Rn. 647) „divergenzfähig“ sind. 672

aa) Formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen der Divergenz sind im vorstehenden → Rn. 648–657 673 erläutert. Darauf sei verwiesen.

bb) Divergenzfähige Referenzentscheidungen

Hinsichtlich der divergenzfähigen Referenzentscheidungen bestehen zwischen den drei 674 Verfahrensordnungen Unterschiede:

(1) **Verwaltungsrechtsstreit.** Im Verwaltungsrechtsstreit muss sich die Divergenz auf 675 eine Entscheidung des BVerfG, des BVerwG oder des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes beziehen, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Der Kreis der divergenzfähigen Entscheidungen wird bei beamtenrechtlichen Streitigkeiten durch § 191 Abs. 2

⁶⁶⁶ BGH Beschl. v. 9.11.2016 – XII ZB 275/15 = NJW-RR 2017, 55; BGH Beschl. v. 9.7.2015 – V ZB 203/14 = NJW 2015, 3104.

⁶⁶⁷ BGH Beschl. v. 1.4.2015 – XII ZB 503/14 = NJW 2015, 1606 (1607); BGH Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 257/14 = NJW 2015, 171 (172).

⁶⁶⁸ BGH Beschl. v. 9.11.2016 – XII ZB 275/15 = NJW-RR 2017, 55; BGH Beschl. v. 9.7.2015 – V ZB 203/14 = NJW 2015, 3104; BGH Beschl. v. 1.4.2015 – XII ZB 503/14 = NJW 2015, 1606 (1607); BGH Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 257/14 = NJW 2015, 171 (172) (ständige Rechtsprechung).

⁶⁶⁹ Dazu BGH Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 66/15 = NJW-RR 2016, 509 (510).

⁶⁷⁰ BGH Beschl. v. 16.12.2008 – X ZB 14/08 Rn. 3 = GRUR 2009, 521 (zu § 100 Abs. 3 Nr. 3 PatG).

⁶⁷¹ BVerfG Beschl. v. 29.11.1989 – 1 BvR 1011/88 = NJW 1990, 1104 (1105); BGH Beschl. v. 14.8.2008 – I ZA 2/08, Rn. 20 = GRUR 2009, 88 (90).

VwGO iVm § 127 Nr. 1 BRRG auf die der Oberverwaltungsgerichte erweitert, solange eine Entscheidung des BVerwG in der Rechtsfrage nicht ergangen ist.

- 676 (2) **Arbeitsrechtsstreit.** Im Arbeitsrechtsstreit – also auch im Hinblick auf die Mitbestimmungsrechtsbeschwerde – sind divergenzfähig die Entscheidungen des BVerfG, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, des BAG, oder, solange eine Entscheidung des BAG in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, Entscheidungen einer anderen Kammer⁶⁷² desselben oder eines anderen LAG, § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG (ggf. über § 92 Abs. 1 S. 2 ArbGG), nicht dagegen – etwa – solche der OLG.⁶⁷³
- 677 (3) **Sozialrechtsstreit.** Im Sozialrechtsstreit sind divergenzfähig nur Entscheidungen des BVerfG, des BSG und des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, § 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG.
- 678 (4) **Rechtswegbeschwerde.** Wegen der bei der Rechtswegbeschwerde divergenzfähigen Entscheidungen sei auf die → Rn. 338 verwiesen.

cc) Abweichung von nicht divergenzfähigen Entscheidungen

- 679 Soweit nach den vorstehend vorgestellten Verfahrensregeln die Abweichung der angefochtenen Entscheidung von einer anderen Entscheidung deshalb keinen Divergenzgrund bildet, weil die andere Entscheidung nicht von einem divergenzfähigen Gericht herrührt, liegen in aller Regel die Voraussetzungen einer Rechtsmittelzulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung vor⁶⁷⁴. Erforderlich ist aber auch hier die Darlegung, welche von der Referenzentscheidung abweichenden Rechtssätze der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegen und inwieweit diese geeignet sein könnten, Anlass zur Klärung im eigentlichen Rechtsmittelverfahren zu geben⁶⁷⁵.

e) Versagung rechtlichen Gehörs

- 680 Dieser Rechtsmittelzulassungsgrund ergibt sich ausschließlich aus Verfahrensfehlern.

aa) Grundsatz

- 681 Das Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) schützt die Verfahrensbeteiligten davor, zum bloßen Objekt einer gerichtlichen Entscheidung zu werden⁶⁷⁶. Sie sollen vor einer Entscheidung zu Wort kommen, um als Subjekt auf das Verfahren Einfluss nehmen zu können⁶⁷⁷. Das Grundrecht sichert ihnen ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung, sodass sie ihr Verhalten im Prozess eigenbestimmt und situationspezifisch gestalten können⁶⁷⁸. Seine Verwirklichung erfolgt auf drei Stufen: Auf der ersten Stufe geht es um die Mitteilungs- und Informationspflichten des Gerichts, wie sie etwa in § 139 ZPO geregelt sind⁶⁷⁹. Auf der zweiten Stufe steht die Möglichkeit, sich zum Verfahrensstoff zu äußern. Insoweit geht es um die Anwendung

⁶⁷² BAG Beschl. v. 21.2.2002 – 2 AZN 909/01 = NJW 2002, 2582.

⁶⁷³ BAG Beschl. v. 29.1.1986 – 1 ABN 38/85 Rn. 6.

⁶⁷⁴ BVerfG Beschl. v. 26.1.1993 – 2 BvR 1058/92 Rn. 15 = NVwZ 1993, 465; BVerwG Beschl. v. 21.7.2000 – 2 B 22/00 Rn. 5.

⁶⁷⁵ BVerwG Beschl. v. 17.7.2008 – 9 B 15/08 Rn. 11 = NVwZ 2008, 1115.

⁶⁷⁶ BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924 (1926).

⁶⁷⁷ BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924 (1926).

⁶⁷⁸ BVerfG Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924 (1926).

⁶⁷⁹ BGH Urt. v. 26.6.2014 – IX ZR 162/13 = NJW-RR 2014, 1516 (1519).

der Präklusionsvorschriften⁶⁸⁰, um die mündliche Verhandlung⁶⁸¹, um Fristen und Zustellungen⁶⁸², aber auch um die Beweiserhebung⁶⁸³. Auf der dritten Stufe schließlich folgt die Verpflichtung des Gerichts, die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen, zu erwägen und zu bescheiden⁶⁸⁴.

bb) Kausalität

Die Verletzung des Grundrechts begründet zwar die Vermutung, dass die so zustande gekommene Entscheidung auf diesem Verfahrensfehler beruht. Diese Vermutung ist aber nicht stets unwiderlegbar, sie wirkt nicht stets absolut. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Gehörsverstoß das Verfahren insgesamt oder nur einzelne Feststellungen oder rechtliche Gesichtspunkte betrifft. 682

(1) **Verfahren insgesamt.** Hat der Gehörsverstoß dazu geführt, dass sich eine Partei überhaupt nicht zu dem entscheidungserheblichen Sachverhalt – also zum Gesamtergebnis des Verfahrens – äußern können, wird unwiderleglich vermutet, dass der Verfahrensausgang darauf beruht. Dem obersten Gerichtshof fehlt jede Grundlage für eine materiell-rechtliche Beurteilung, sodass die Feststellung, die angefochtene Entscheidung sei im Ergebnis richtig, nicht möglich ist⁶⁸⁵. Zu dieser Fallgruppe zählen die Verfahren, in denen einer Partei die Möglichkeit genommen worden ist, sich in der mündlichen Verhandlung zu äußern – sei es, weil die Vorinstanz prozessordnungswidrig ohne mündliche Verhandlung entschieden hat⁶⁸⁶, sei es, weil sie trotz Verhinderung einer Prozesspartei mündlich verhandelt und entschieden hat⁶⁸⁷. 683

(2) **Einzelne Feststellungen oder rechtliche Gesichtspunkte.** Betrifft der Gehörsverstoß dagegen nur einzelne Feststellungen oder rechtliche Gesichtspunkte, kommt es darauf an, ob die vom Gehörsverstoß betroffenen Feststellungen oder rechtlichen Gesichtspunkte für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidungserheblich sind. Insoweit hat der oberste Gerichtshof die Ergebnisrelevanz dieses Einzelpunktes zu prüfen⁶⁸⁸. Die Kausalitätsvermutung ist in diesem Fall widerlegbar. 684

(3) **Praktische Konsequenz.** Die Unterscheidung, ob der Gehörsverstoß das Verfahren insgesamt oder nur einzelne Verfahrensaspekte betrifft, hat eine praktische Konsequenz, an der im zuletzt genannten Fall zahlreiche Rügen der Verletzung des Grundrechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs scheitern: Ist vom Gehörsverstoß nicht das Verfahren insgesamt betroffen, muss die Gehörsrüge mit der Darlegung verbunden werden, wie das Verfahren ohne den Gehörsverstoß ausgegangen wäre, etwa, was ohne den Gehörsver-

⁶⁸⁰ BGH Beschl. v. 17.5.2017 – VII ZR 36/15 Rn. 17; BGH Beschl. v. 20.9.2016 – VIII ZR 247/15 = NJW 2017, 491; BVerwG Beschl. v. 26.8.2010 – 3 B 39/10 Rn. 6; BFH Beschl. v. 10.2.2009 – X B 211/08 Rn. 8; BAG Urt. v. 18.1.2012 – 6 AZR 407/10 Rn. 20.

⁶⁸¹ BVerfG Beschl. v. 5.10.1976 – 2 BvR 556/75 = NJW 1977, 1443; BGH Beschl. v. 28.8.2003 – I ZB 5/00 = GRUR 2003, 1067; BVerwG Beschl. v. 17.10.1997 – 4 B 161/97 Rn. 11; BFH Beschl. v. 3.9.2001 – GrS 3/98 Rn. 56; BAG Urt. v. 23.1.1996 – 9 AZR 600/93 = NJW 1996, 2749; BSG Beschl. v. 26.6.2014 – B 2 U 75/14 B Rn. 10.

⁶⁸² BVerfG Beschl. v. 10.2.2009 – 1 BvR 1232/07 = NJW 2009, 1585 (1586); BGH Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 11/16 = NJW 2017, 2472 (2475).

⁶⁸³ BGH Beschl. v. 25.4.2017 – VIII ZR 217/16 Rn. 23.

⁶⁸⁴ BVerfG Beschl. v. 26.11.2008 – 1 BvR 670/08 = NJW 2009, 1584.

⁶⁸⁵ BVerwG Urt. v. 16.3.1994 – 11 C 48/92 Rn. 21; BFH Beschl. v. 3.9.2001 – GrS 3/98 Rn. 66.

⁶⁸⁶ BGH Beschl. v. 28.8.2003 – I ZB 5/00 = GRUR 2003, 1067; BVerwG Beschl. v. 17.10.1997 – 4 B 161/97 Rn. 11; BFH Beschl. v. 3.9.2001 – GrS 3/98 Rn. 56; BAG Urt. v. 23.1.1996 – 9 AZR 600/93 = NJW 1996, 2749; BSG Beschl. v. 26.6.2014 – B 2 U 75/14 B Rn. 10.

⁶⁸⁷ BFH Beschl. v. 3.9.2001 – GrS 3/98 Rn. 56 f.

⁶⁸⁸ BVerwG Beschl. v. 16.3.1994 – 11 C 48/92, Rn. 21 = NVwZ 1994, 1095; BFH Beschl. v. 3.9.2001 – GrS 3/98 Rn. 56 f.

stoß vorgetragen worden wäre und inwieweit dies das Verfahrensergebnis hätte beeinflussen können⁶⁸⁹.

cc) Der maßgebliche Rechtsstandpunkt

- 686 Liegt kein Fall einer Gehörsverletzung vor, bei dem unwiderleglich zu vermuten ist, dass es sich auf das Verfahrensergebnis ausgewirkt hat, ist die für die Streitentscheidung maßgebende Rechtslage in den Blick zu nehmen, weil sich nach ihr die Entscheidungserheblichkeit des Gehörverstoßes – und damit seine Kausalität – beurteilt.
- 687 **(1) Rechtsstandpunkt der Vorinstanz.** Maßgebend ist zunächst einmal der von der Vorinstanz eingenommene Rechtsstandpunkt⁶⁹⁰. Von ihm aus ist zu beurteilen, ob das Grundrecht eines Verfahrensbeteiligten aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt worden ist, weilerforderliche Hinweise unterlassen⁶⁹¹ oder die Äußerungsmöglichkeiten der Beteiligten prozessordnungswidrig beschränkt worden sind⁶⁹² oder die gebotene Auseinandersetzung mit einem Parteivortrag unterblieben ist⁶⁹³.
- 688 **(2) Der Rechtsstandpunkt des obersten Gerichtshofs.** Die Prüfung durch den obersten Gerichtshof kann dabei aber nicht stehen bleiben. Hat die Vorinstanz das Grundrecht eines Prozessbeteiligten aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, weil sie einen gebotenen Hinweis nicht erteilt oder entscheidungserhebliches Vorbringen einer Partei nicht zur Kenntnis genommen oder aus dem Prozess gewiesen hat, kann der oberste Gerichtshof die auf diese Weise verfahrensfehlerhaft zustande gekommene Entscheidung gleichwohl bestätigen und das Rechtsmittel zurückweisen, wenn es nach seiner rechtlichen Beurteilung auf den von dem Verfahrensfehler betroffenen Umstand nicht ankommt⁶⁹⁴.

dd) Fallgruppen der Gehörsverletzung

- 689 Nachfolgend seien – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in einer Tour d’Horizon die wichtigsten Fälle einer Gehörsverletzung auf den drei Stufen der Gewährung rechtlichen Gehörs dargestellt. Eine Klarstellung aber vorab: Nicht jede falsche Handhabung der für das rechtliche Gehör einschlägigen Prozessvorschriften stellt zwingend auch einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG dar⁶⁹⁵. Zudem ist nicht alles, was das einfache Verfahrensrecht an rechtlichem Gehör gewährleistet, auch von Art. 103 Abs. 1 GG geboten⁶⁹⁶.
- 690 **(1) Erste Stufe: Richterliche Prozessleitungs- und Fürsorgepflicht.** Nach allen Verfahrensordnungen hat das Gericht den Beteiligten verfahrensdienliche Hinweise zu geben und mit ihnen das Sach- und Streitverhältnis zu erörtern, es darf seine Entscheidung nur auf Gesichtspunkte stützen, zu denen die Beteiligten sich haben äußern können, § 139 ZPO, §§ 86 Abs. 3, 104 Abs. 1, 108 Abs. 2 VwGO, §§ 76 Abs. 2, 93 Abs. 1, 96 Abs. 2

⁶⁸⁹ BGH Beschl. v. 27.7.2016 – XII ZB 53/16 Rn. 9 = NZFam 2016, 884; BVerwG Beschl. v. 4.9.2017 – 4 B 52/17 Rn. 4; BFH Beschl. v. 3.9.2001 – GrS 3/98 Rn. 71; BAG Beschl. v. 26.1.2017 – 6 AZN 835/16 Rn. 37; BSG Beschl. v. 24.5.2017 – B 1 KR 79/16 B Rn. 11.

⁶⁹⁰ BVerfG Beschl. v. 26.11.2008 – 1 BvR 670/08 = NJW 2009, 1584; BGH Urt. v. 26.10.2011 – VIII ZR 222/10 = NJW 2012, 304.

⁶⁹¹ BGH Urt. v. 26.6.2014 – IX ZR 162/13 = NJW-RR 2014, 1516 (1519); BVerwG Beschl. v. 26.7.2016 – 2 B 35/16 Rn. 7; BFH Beschl. v. 20.5.2016 – III B 62/15 Rn. 32; BAG Beschl. v. 20.3.2008 – 8 AZN 1062/07 Rn. 10; BSG Beschl. v. 13.5.2011 – B 12 R 25/10 B Rn. 8.

⁶⁹² BVerfG Beschl. v. 26.10.1999 – 2 BvR 1292/96 = NJW 2000, 945 (946); BVerfG Beschl. v. 10.2.2009 – 1 BvR 1232/07 = NJW 2009, 1585 (1586).

⁶⁹³ BVerfG Beschl. v. 9.3.2015 – 1 BvR 2819/14 = NJW 2015, 1746; BGH Beschl. v. 31.5.2016 – VI ZR 305/15 = NJW 2016, 3785 (3786).

⁶⁹⁴ BVerwG Urt. v. 16.3.1994 – 11 C 48/92 Rn. 21 = NVwZ 1994, 1095.

⁶⁹⁵ BVerfG Beschl. v. 16.7.2016 – 2 BvR 1614/14 = NJW 2017, 318 (319).

⁶⁹⁶ BVerfG Beschl. v. 5.4.2012 – 2 BvR 2162/11 = NJW 2012, 2262.

FGO, §§ 106 Abs. 1, 112 Abs. 2 S. 1, 128 Abs. 2 SGG. Allerdings stellt nicht jeder Verstoß gegen diese Vorschriften eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG dar; sie gehen über das verfassungsrechtliche Minimum hinaus⁶⁹⁷.

(a) Verbot der Überraschungsentscheidung. Im Vordergrund steht das Verbot der Überraschungsentscheidung. Eine Überraschungsentscheidung liegt vor, wenn das Gericht einen bis dahin nicht erörterten tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt zu Grundlage seiner Entscheidung macht und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der die Beteiligten nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht zu rechnen brauchten⁶⁹⁸. 691

(aa) Wechsel der rechtlichen Beurteilung. Beabsichtigt das Gericht, von seiner bisher geäußerten Rechtsansicht abzurücken, hat es die Parteien darauf hinzuweisen⁶⁹⁹. Von Bedeutung ist dabei allerdings, ob es sich um Äußerungen im Rahmen eines Rechtsgesprächs handelt⁷⁰⁰, ob der ursprüngliche Hinweis vom Spruchkörper herrührte oder lediglich vom Vorsitzenden⁷⁰¹ oder gar nur vom Berichterstatter⁷⁰²: Sicher vertrauens-erweckend ist nur der Hinweis des Spruchkörpers. 692

(bb) Von der ersten Instanz abweichende Rechtsansicht des Berufungsgerichts. Beabsichtigt das Berufungsgericht, die angefochtene erstinstanzliche Entscheidung zu ändern, weil es den vom Erstgericht vertretenen Rechtsstandpunkt oder dessen sachliche Beurteilung – etwa dessen Beweiswürdigung – nicht teilt, hat es die Parteien ebenfalls darauf hinzuweisen⁷⁰³. Das gilt allerdings nicht, wenn die Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilung gerade zentraler Berufungsangriff ist oder wenn sich sonst aufdrängt⁷⁰⁴, dass die Beurteilung der Vorinstanz zur Überprüfung durch das Berufungsgericht steht: In diesem Fall hat sich der Berufungsgegner darauf einzurichten, dass die Berufung mit ihren Rügen durchdringen könnte⁷⁰⁵. In diesem Punkt sind sich die obersten Gerichtshöfe allerdings nicht ganz einig: Das BAG misst dem Berufungsangriff kein größeres Gewicht bei als der erstinstanzlichen Entscheidung⁷⁰⁶; nach Auffassung des BSG muss der in erster Instanz obsiegende Beteiligte dagegen stets damit rechnen, dass das LSG zu einer vom SG abweichenden Beurteilung gelangt⁷⁰⁷; etwas anders soll etwa in Ansehung der Beweiswürdigung gelten, wenn die Möglichkeit einer abweichenden Würdigung nicht erkennbar Gegenstand einer Erörterung im Laufe des Berufungsverfahrens war.⁷⁰⁸ 693

⁶⁹⁷ BVerfG Beschl. v. 12.1.2005 – 1 BvR 328/04 ua = NJW-RR 2005, 936 (937); BGH Beschl. v. 28.7.2011 – VII ZR 141/09 Rn. 7 = BauR 2011, 1850.

⁶⁹⁸ BGH, Urt. v. 15.4.2016 – V ZR 42/15 = NJW 2016, 3100 (3102); BVerwG Beschl. v. 23.12.1991 – 5 B 80/91 Rn. 3; BFH Beschl. v. 28.11.2006 – X B 160/05 Rn. 25; BAG Beschl. v. 20.3.2008 – 8 AZN 1062/07 Rn. 10 = NZA 2008, 662; BSG Beschl. v. 23.10.2003 – B 4 RA 37/03 B Rn. 7.

⁶⁹⁹ BVerfG Beschl. v. 7.10.2003 – 1 BvR 10/99 = NJW 2003, 3687; BGH Urt. v. 13.9.2016 – VI ZR 645/15 = NJW 2016, 1310 (1312); BVerwG Urt. v. 27.1.2011 – 7C 3/10 Rn. 11 = NVwZ 2011, 696; BFH Beschl. v. 28.11.2006 – X B 160/05 Rn. 25; BAG Beschl. v. 20.3.2008 – 8 AZN 1062/07 Rn. 10 = NZA 2008, 622; BSG Beschl. v. 17.8.2017 – B 5 R 11/17 Rn. 8.

⁷⁰⁰ BFH Beschl. v. 12.6.2014 – XI B 133/13 Rn. 1.

⁷⁰¹ BSG Beschl. v. 21.6.2000 – B 5 RJ 24/00 B Rn. 5.

⁷⁰² BFH Beschl. v. 28.11.2006 – X B 160/05 Rn. 26.

⁷⁰³ BVerfG Beschl. v. 9.3.2015 – 1 BvR 2819/14 = NJW 2015, 1746 (1747); BGH Beschl. v. 15.3.2006 – IV ZR 32/05 = NJW-RR 2006, 937; BVerwG Urt. v. 3.4.1987 – 4 C 30/85 = NJW 1988, 275; BVerwG Beschl. v. 4.7.2007 – 7 B 18/07 Rn. 5; BAG Beschl. v. 27.7.2016 – 7 ABR 16/14 = NJW 2016, 3801 (3803).

⁷⁰⁴ BGH Urt. v. 22.4.2009 – I ZR 5/07 = NJW-RR 2010, 612 (614).

⁷⁰⁵ BGH Urt. v. 19.8.2010 – VII ZR 113/09 = NJW 2010, 3089 (3091); BGH Beschl. v. 10.7.2012 – II ZR 212/10 = NJW 2012, 3035; BVerwG Beschl. v. 10.6.2014 – 3 B 26/13 Rn. 6.

⁷⁰⁶ BAG Beschl. v. 27.7.2016 – 7 ABR 16/14 = NJW 2016, 3081 (3082/3083).

⁷⁰⁷ BSG Beschl. v. 2.12.1998 – B 2 U 257/98 Rn. 4.

⁷⁰⁸ BSG Urt. v. 28.11.1990 – 5 RJ 2/90 Rn. 12.

- 694 (cc) **Rechtsgespräch? Vorläufige Beweiswürdigung?** Etwas Spannung darf freilich sein: Zu einem Rechtsgespräch, bei dem es seine rechtliche Beurteilung ankündigt, ist ein Gericht nicht verpflichtet⁷⁰⁹; es ist auch nicht gehalten, im Anschluss an eine Beweisaufnahme seine vorläufige Beweiswürdigung⁷¹⁰ – etwa eines Sachverständigengutachtens⁷¹¹ – mitzuteilen.
- 695 (b) **Gelegenheit zur Stellungnahme.** Der gründlichste richterliche Hinweis bewirkt nichts, wenn die Partei, der er gilt, darauf nicht mehr reagieren kann, etwa weil sie dazu Erkundigungen einholen müsste, zu denen sie aus dem Stand heraus in der mündlichen Verhandlung nicht in der Lage ist. Der richterliche Hinweis hat deshalb so früh wie möglich zu erfolgen (§ 139 Abs. 4 S. 1 ZPO)⁷¹². Das Gericht hat der Partei Gelegenheit zu geben, den Hinweis zu verarbeiten und ihren Prozessvortrag danach auszurichten. Das erfordert gegebenenfalls entweder die Einräumung einer Schriftsatzfrist oder die Vertagung oder Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung⁷¹³.
- 696 (c) **Dokumentationspflicht.** Nach § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO sind Hinweise aktenkundig zu machen; ihre Erteilung kann nach S. 2 daselbst nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Das gilt über die jeweiligen Verweisungsnormen (§ 173 VwGO⁷¹⁴, § 155 FGO⁷¹⁵, §§ 46 Abs. 2 S. 1 (iVm § 495 ZPO), 80 Abs. 2 Satz ArbGG⁷¹⁶, § 202 SGG⁷¹⁷) in allen Verfahrensordnungen. Zur Erfüllung der Dokumentationspflicht müssen die Hinweise inhaltlich vollständig dokumentiert werden⁷¹⁸. Ihre Wiedergabe im Urteil reicht wegen der damit verbundenen Tatbestandswirkung aus⁷¹⁹.
- 697 (2) **Zweite Stufe: Äußerungsrecht.** In den Schutzbereich des Grundrechts auf Gewähr rechtlichen Gehörs fallen des Weiteren die richtige Anwendung der Präklusionsvorschriften, die Beweiserhebung, die Beachtung des Beibringungsgrundsatzes und der Dispositionsmaxime und die mündliche Verhandlung, nicht aber die Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes.
- 698 (a) **Präklusionsvorschriften.** Das Grundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn das Gericht Vortrag einer Partei unter falscher Anwendung der Präklusionsvorschriften und damit ohne verfahrensrechtliche Grundlage aus dem Prozess weist⁷²⁰.
- 699 (b) **Vortrags- und Beweisrecht.** Das Grundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG ist ferner verletzt, wenn das Gericht Vortrag aufgrund übersteigender Anforderungen an die Sub-

⁷⁰⁹ BGH Beschl. v. 19.10.2010 – X ZR 17/07 Rn. 6; BVerwG Beschl. 10.12.2012 – 4 B 16/12 Rn. 15; BFH Beschl. v. 24.5.2006 – V B 120/05 Rn. 10; BAG Beschl. v. 25.1.2017 Rn. 10; BSG Beschl. v. 18.4.2017 – B 12 KR 18/15 R Rn. 16.

⁷¹⁰ BGH Urt. v. 15.4.2016 – V ZR 42/15 = NJW 2016, 3100 (3102).

⁷¹¹ BSG Beschl. v. 11.3.2016 – B 5 V 3/16 B Rn. 6.

⁷¹² BVerfG Beschl. v. 26.10.1999 – 2 BvR 1298/96 = NJW 2000, 945 (946); BGH Beschl. v. 31.5.2016 – VI ZR 305/15 = NJW 2016, 3785 (3786); BGH Beschl. v. 10.7.2012 – II ZR 212/10 = NJW 2012, 3035 (3036); BVerwG Beschl. v. 25.8.2003 – 6 B 43/03 Rn. 8; BAG Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 248/13 Rn. 36 = NZA-RR 2015, 380.

⁷¹³ BGH Beschl. v. 10.7.2012 – II ZR 212/10 = NJW 2012, 3035 (3036).

⁷¹⁴ BVerwG Urt. v. 14.11.2016 – 5 C 10/15 D Rn. 16 = NVwZ-RR 2017, 635.

⁷¹⁵ Allg. zur Anwendung des § 139 ZPO BFH Beschl. v. 17.1.2013 – IX B 74/12 Rn. 6.

⁷¹⁶ BAG Beschl. v. 8.12.2010 – 5 AZN 956/10 Rn. 7; BAG Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 248/13 Rn. 36.

⁷¹⁷ BSG Beschl. v. 2.12.2010 – B 9 VH 2/10 B Rn. 17.

⁷¹⁸ BGH Urt. v. 22.9.2005 – VII R 34/04 = NJW 2006, 60 (62).

⁷¹⁹ BGH Beschl. v. 9.2.2009 – II ZR 77/08 = NJW 2009, 2137.

⁷²⁰ BVerfG Beschl. v. 26.10.1999 – 2 BvR 1298/96 = NJW 2000, 945 (946); BGH Beschl. v. 31.5.2016 – VI ZR 305/15 = NJW 2016, 3785 (3786); BGH Beschl. v. 10.7.2012 – II ZR 212/10 = NJW 2012, 3035 (3036); BGH Beschl. v. 17.5.2017 – VII ZR 36/15 Rn. 17; BGH Beschl. v. 20.9.2016 – VIII ZR 247/15 = NJW 2017, 491; BVerwG Beschl. v. 26.8.2010 – 3 B 39/10 Rn. 6; BFH Beschl. v. 10.2.2009 – X B 211/08 Rn. 8; BAG Urt. v. 18.1.2012 – 6 AZR 407/10 Rn. 20.