

CHRISTIAN FISCHER

Topoi verdeckter
Rechtsfortbildungen
im Zivilrecht

Jus Privatum

123

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 123



Christian Fischer

Topoi verdeckter
Rechtsfortbildungen
im Zivilrecht

Mohr Siebeck

Christian Fischer, Studium der Rechtswissenschaften, Politologie, Philosophie und Psychologie; mehrjährige Tätigkeit als Rechtsanwalt; 1997 Promotion; 2006 Habilitation.

e-ISBN PDF 978-3-16-151200-1
ISBN 978-3-16-149272-3
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Satzpunkt Ewert in Bayreuth aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

»Wir werden am letzten den ältesten Bestand von Metaphysik loswerden, gesetzt daß wir ihn loswerden *können* – jenen Bestand, welcher in der Sprache und den grammatischen Kategorien sich einverleibt und dermaßen unentbehrlich gemacht hat, daß es scheinen möchte, wir würden aufhören, denken zu können, wenn wir auf diese Metaphysik Verzicht leisteten.«

F. Nietzsche, Nachgelassene Fragmente, Sommer 1886 – Frühjahr 1887, 6 (13), in: Colli/Montinari (Hrsg.), *Friedrich Nietzsche, Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*, Band 12, München 1980, S. 237.

Vorwort

Im Grundsatz herrscht heute Einigkeit darüber, dass die Rechtsfortbildung zu den legitimen Aufgaben der Zivilrechtsprechung zählt („Soraya“). Der Paradigmenwechsel in der Theorie der Rechtsfindung hat indes keine grundlegende Veränderung der Begründungspraxis deutscher Zivilgerichte zur Folge gehabt. Zwar wird das Gesetzesrecht nach wie vor auf breiter Front fortgebildet. Hierzu bedient man sich aber regelmäßig überkommener Begründungsfiguren („Topoi“), welche die Illusion erzeugen, die Gesetze würden lediglich ausgelegt und angewendet. Der Mythos des bloßen Gesetzesvollzugs wird aufrechterhalten, indem erforderliche Rechtsfortbildungen verdeckt werden. „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter“ – diese Klassikerworte kennzeichnen eine Problematik von unverminderter Aktualität, die hier in einer Gesamtschau aus der Perspektive des Zivilprozessrechts und der juristischen Methodenlehre untersucht wird.

Die Arbeit lag der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Sommersemester 2006 als Habilitationsschrift vor. Herr Professor Dr. Karl-Georg Loritz hat die Habilitation betreut. Ihm danke ich besonders herzlich. Herrn Professor Dr. Wolfgang Brehm bin ich für die überaus rasche Anfertigung des Zweitgutachtens sehr verbunden.

Ohne Angela Zatsch, ohne Bernd Rüthers und ohne Karl-Georg Loritz wäre dieses Buch nicht geschrieben worden. Angela widme ich die Schrift.

Bayreuth und Jena, im November 2006

Christian Fischer

Inhaltsübersicht

§ 1	Einführung	1
<i>1. Teil: Thema und Terminologie</i>		
§ 2	Topik und Topoikataloge	14
§ 3	Der schillernde Rechtsfortbildungsbegriff	34
§ 4	Die Facetten von »Rechtsfortbildung« und der Untersuchungs- gegenstand	96
§ 5	Terminologische Ergänzungen	120
<i>2. Teil: Verdeckte Rechtsfortbildungen als tatsächliche Problematik</i>		
§ 6	Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung heute	129
§ 7	Paradigmenwechsel bei der Rechtsfindung	137
§ 8	Paradigmenwechsel und Begründungspraxis	221
§ 9	Streiflichter der Geschichte verdeckter Rechtsfortbildungen	273
§ 10	Mögliche Ursachen verdeckter Rechtsfortbildungen	295
§ 11	Verdeckte Rechtsfortbildungen – Für und Wider	423
<i>3. Teil: Rechtsfragen verdeckter Rechtsfortbildungen</i>		
§ 12	Überblick zur rechtlichen Problematik	440
§ 13	Normative Vorgaben des begründeten Entscheidens	486
§ 14	Rechtliche Konsequenzen verdeckter Rechtsfortbildungen	510
<i>4. Teil: Einzelne Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen</i>		
§ 15	Arten juristischer Argumente	536
§ 16	Ein Verzeichnis von Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen	546
§ 17	Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen als Leerformeln	552
<i>5. Teil: Ausblick zum juristischen Entscheiden und Fazit</i>		
§ 18	Folgerungen für ein rationaleres Modell begründeten Entscheidens	558
§ 19	Ergebnisse	561
Literaturverzeichnis		565
Sachregister		595

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	1
I. Vorbemerkungen zum Thema	1
1. Terminologische Probleme	1
a. Unterschiedliche Rechtsfortbildungsverständnisse	1
b. Der unklare Toposbegriff	2
2. Erste Umschreibung des Untersuchungsgegenstandes	2
3. Die verdrängte prozessuale Seite der Problematik	3
4. Ziele der Arbeit	4
5. Zur Themenwahl	5
6. Die Problem- und Materialfülle	7
II. Die Methode	8
III. Die Einzelschritte der Untersuchung	10

1. Teil:

Thema und Terminologie

§ 2 Topik und Topoikataloge	14
I. Verschiedene Topikverständnisse	14
1. Philosophie	14
2. Rechtswissenschaft	15
a. Die traditionelle juristische Topik	15
b. Eine Begriffsrenaissance	16
II. Viehwegs Sichtweise	16
III. Ciceros Ansatz	18
IV. Topoikataloge	19
V. Der Wert von Topoikatalogen	21
1. Ihre Problemferne	21
2. Ordnungs- und Materialisierungstendenzen	22
a. Systematische Verzeichnisse	22
b. Fachspezifische Sammlungen	24
3. Zu inhaltlich-fachlichen Topoikatalogen	25
4. Juristische Kommentare	26

a.	Suchanweisungen für Argumente?	26
b.	Keine Begründungsverzeichnisse	27
c.	Autorität als Argument	28
d.	Praktizierbare inhaltliche Topoiverzeichnisse?	29
5.	Negative Topoikataloge	29
VI.	Der Wandel des Toposbegriffs	30
1.	Suchanweisung und Argument	30
2.	Topos als Klischee	32
VII.	Das hier zugrunde gelegte Toposverständnis	32
VIII.	Zusammenfassung	33
§ 3	<i>Der schillernde Rechtsfortbildungsbegriff</i>	34
I.	Erster Befund zum heutigen Sprachgebrauch	34
1.	Ein nicht erläuterungsbedürftiger Begriff?	34
2.	Die Festschrift »Richterliche Rechtsfortbildung«	35
3.	Kein feststehender Terminus	37
II.	»Rechtsfortbildung« im (rechtsmethodischen) Schrifttum	38
1.	Negative Umschreibungen	38
a.	Gegenbegriff »Auslegung«	38
b.	Gegenbegriff »Rechtsanwendung«	41
c.	Zwischenergebnis	41
2.	Positive Erläuterungsansätze	41
a.	Die Haltung des Interpreteten	42
b.	Rechtlich legitimierte richterliche Normsetzung	43
c.	Eine Frage der Zulässigkeit	43
d.	Normfortbildendes Richterrecht	43
e.	Gesetzesgebundenes und sonstiges lückenfüllendes Richterrecht	44
f.	Rechtsfortbildung durch Auslegung und zulässige Lückenschließung	44
g.	Das vom Gesetzgeber Gesagte und Gewollte	45
h.	Abändernde und ergänzende Rechtsfortbildungen	46
i.	Vereinigungsformeln	46
j.	Das noch nicht Vorentschiedene	47
k.	Neue Rechtssätze	48
l.	Methodik versus Rechtstheorie und Prozess	48
m.	Analogie und teleologische Reduktion	49
n.	Eigenständige Begriffsbestimmungen in Teilrechtsgebieten ..	53
3.	Bewertung	56
III.	Die Rechtsprechung	57
1.	Der Sprachgebrauch der Zivilgerichte	57
2.	Das Bundesverfassungsgericht	58

a.	Zur Terminologie	58
b.	Die »Soraya«-Entscheidung	59
c.	Der Beschluss vom 12.11.1997.....	60
3.	Der Europäische Gerichtshof	61
4.	Zusammenfassung	61
IV.	Fortbildung des Rechts als Gesetzesbegriff	62
1.	Die Grundsatzvorlage	62
a.	Auslegungsdefizite	62
b.	Ursachensuche.....	63
2.	Die Rechtsmittelzulassung	65
a.	Das Begriffsverständnis	65
b.	Unterschiedliche Interessenlagen	65
c.	Ein neues Rechtsfortbildungsverständnis des Gesetzgebers?	66
3.	Zwischenergebnis	67
V.	Begriffsgeschichtlicher Exkurs	67
1.	Zur Herkunft des Wortes »Rechtsfortbildung«	68
a.	Rechtsgeschichtliche Äußerungen.....	68
b.	Die Fortbildung des Rechts bei Friedrich Carl von Savigny .	68
c.	Justizpolitische Diskussionen	75
d.	Die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.....	75
e.	Die Terminologie im frühen 20. Jahrhundert	78
f.	§ 137 GVG und das »Volksgesetzbuch«.....	79
g.	Der Wandel des Fachsprachgebrauchs in der Nachkriegszeit.....	83
h.	Zwischenergebnis	86
2.	Die Drei-Ebenen-Modelle	87
a.	Das klassische Modell.....	87
b.	Moderne Abwandlungen	88
c.	Bewertung	89
3.	Zusammenfassung.....	89
VI.	Der Begriff »Richterrecht«.....	90
1.	Einzelne Begriffsverständnisse	91
2.	Die geeignetere Bezeichnung?.....	92
VII.	Zusammenfassende Betrachtung.....	93
§ 4 Die Facetten von »Rechtsfortbildung« und der		
	<i>Untersuchungsgegenstand</i>	96
I.	Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung	96
1.	Vor- und Nachteile vager Begriffe	96
2.	Das Schlagwort »Rechtsfortbildung«.....	97

II.	Die einzelnen Facetten von »Rechtsfortbildung«	97
III.	Zum »richtigen« Sprachgebrauch	98
IV.	Objektiver und subjektiver Rechtsfortbildungsbegriff	99
V.	Recht als das Objekt der Rechtsfortbildung	100
	1. Fortbildung der Gesetze oder der Rechtsordnung?	101
	2. Rechtsfortbildung und Rechtsquellenfrage	101
	a. Naturrecht und Positivismus	101
	b. Positive Rechtsquellen	102
	3. Recht – untersuchungsbezogen bestimmt	105
	a. Die üblichen Fortbildungsobjekte	105
	b. Taugliche Fortbildungsobjekte	107
	c. Eine pragmatische Perspektive	107
	4. Zu den einzelnen Rechtsquellen	107
	a. Rechtswissenschaft	107
	b. Gewohnheitsrecht	108
	c. Rechtsprinzipien	109
	d. Richterrecht	109
	e. Rechtsgeschäftliches Recht	110
	f. Das Gesetzesrecht	111
	5. Resümee	114
VI.	Recht als das Mittel der Rechtsfortbildung	115
VII.	Recht als das Ergebnis der Rechtsfortbildung	116
VIII.	Begriff und Zulässigkeit der Rechtsfortbildung	116
IX.	Zusammenfassende Erwägungen	117
§ 5 <i>Terminologische Ergänzungen</i>		120
I.	»Verdeckte« Rechtsfortbildung	120
	1. Umschreibungen	120
	2. Das Begriffsverständnis von Larenz	120
	3. Hintergrund und Bewertung	120
II.	Auslegung, Rechtsfindung und Entscheidungsfindung	121
	1. Der Sprachgebrauch	121
	2. Zur Begriffsauswahl	122
	3. Auslegung i.e.S. und i.w.S.	123
	4. Rechtsfindung	123
	5. Entscheidungsfindung	123
III.	Entscheidungsgründe	124
IV.	Ein Begriffsverzeichnis	125

2. Teil:

Verdeckte Rechtsfortbildungen als tatsächliche Problematik

§ 6 <i>Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung heute</i> ..	129
I. Erkenntnisquellen	129
1. Übliche Materialien	129
2. Anleitungs- und Ausbildungsliteratur für die Praxis	129
3. Praxis und Methodenlehre	130
4. Methodenlehren der Praxis	130
II. Der Syllogismus als Ausgangspunkt	131
III. Wandel des Entscheidungs(findungs)bildes	131
IV. Die Bildung von Tatbestand und Entscheidungsnorm	133
V. Zur heutigen Vorstellung von Entscheidungsfindung	133
1. Die vernachlässigte Sachverhaltsarbeit	134
2. Das Rechtsfindungsbild	134
§ 7 <i>Paradigmenwechsel bei der Rechtsfindung</i>	137
I. Zum Wechsel von Paradigmen	137
1. Der Begriff	137
2. Kuhns lineares Phasenmodell	138
3. Ein Abbild der Geistes- und Sozialwissenschaften?	138
II. Revolution in der Rechtswissenschaft?	139
1. Konkurrierende Paradigmen	139
2. Die Phase der Krise	140
3. Ein »partieller Paradigmenwechsel«	140
III. Abschied vom klassischen Auslegungsverständnis	140
IV. Beharrungstendenzen	142
1. Die Auslegung als Normalfall der Rechtsfindung	142
2. Rechtsbindung statt Gesetzesbindung	144
3. Bedrohte juristische Weltbilder	144
a. Die Rolle der Gesetze	145
b. Politikfreie Rechtsfindung	146
c. Bewertung	147
4. Zwischenergebnis	148
V. Richterliche Zivilrechtsfortbildungen im 20. Jahrhundert	149
1. Zur Auswahl	149
a. Instanz- und Revisionsgerichte	149
b. Teilrechtsgebiete und Epochen	151
2. Kaiserreich und Weimar	151

a.	Kodifikation als Fortbildungssperre?	151
b.	Unter der neuen Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches	152
c.	Die Aufwertungsfrage	156
aa.	Der Hintergrund	156
bb.	Richter als Gesetzesverfasser	157
cc.	Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts	157
dd.	Reaktionen	157
ee.	Ankündigung richterlichen Widerstands	158
ff.	Die Antwort des Reichjustizministers	158
gg.	Goldschmidts Analyse	159
hh.	Einlenken des Reichsgerichts	159
ii.	»Gesetzesdämmerung«	159
d.	Aus dem Alltagsgeschäft des Reichsgerichts	160
3.	NS-Zeit	161
a.	»Normale« Rechtsfortbildungen	161
b.	»Ideologienähe« Rechtsfortbildungen	163
4.	Nachkriegsjahre	166
5.	Bundesrepublik Deutschland	167
a.	»Klassische« Fortbildungen des Bürgerlichen Rechts	167
b.	Rechtsfortbildungen durch »Begriffsanwendung«	170
c.	Richterrechtliche Derogation von Gesetzesrecht	172
d.	Einige »moderne« Fortbildungen des Bürgerlichen Rechts. .	173
e.	Überholte Rechtsfortbildungen	177
f.	Rechtsfortbildungen in den sog. Nebengebieten	178
aa.	Überblick	178
bb.	Gesellschaftsrecht	179
cc.	Arbeitsrecht	184
dd.	Kodifizierte Rechtsfortbildungen	207
ee.	Zivilprozessrecht	208
6.	Würdigung und Resümee	209
a.	Ein Jahrhundert der Rechtsfortbildungen	209
b.	Verdrängungen	210
c.	Die Rolle des Richterrechts	211
d.	Zur Klassifikation der angeführten Entscheidungen	211
e.	Ein Akzeptanzproblem	212
f.	Verdrängungsinstrumente	213
g.	Theoretische Anerkennung der Rechtsfortbildung	213
VI.	Der »Soraya«-Beschluss als Epochenschnitt	214
1.	Wechsel des Richterbildes?	214
a.	Für und Wider	214
b.	Bewertung	217
c.	Die Autorität	218
2.	Kontinuitäten	218
3.	Abschluss einer Epoche	220

§ 8 <i>Paradigmenwechsel und Begründungspraxis</i>	221
I. Rationale Argumentation und verdeckte Rechtsfortbildungen	221
II. Das Gebot offener Rechtsfortbildungen	221
III. Zur heutigen Begründungspraxis	222
1. Allgemeine Veränderungen des Begründungsstils	222
2. Offene Argumentation?	222
a. Bejahende Einschätzungen	222
b. Skeptische Äußerungen	223
c. Eine differenzierende Betrachtung	223
3. Verdeckte Rechtsfortbildungen heute	225
4. Abweichende Bewertungen	226
5. »Rechtsfortbildung« in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	227
a. Das Vorkommen des Begriffs »Rechtsfortbildung«	227
b. Die zeitliche Verteilung	228
c. Der Vergleichsmaßstab	229
d. Eine erste Bewertung	230
e. Verschiedene Gruppen von Entscheidungen	231
f. Ein spezielles Begriffsverständnis	231
g. »Bloßes Beiwerk«	233
h. Ein Sonderfall	235
i. Zwischenbilanz	235
j. »Abgelehnte Rechtsfortbildungen«	235
k. Einordnung älterer Entscheidungen	238
l. Zweifelsfälle	240
m. Offene Rechtsfortbildungen	245
n. Resümee	269
6. Verdeckte Rechtsfortbildungen – ein Kontinuum	272
§ 9 <i>Streiflichter der Geschichte verdeckter Rechtsfortbildungen</i> ...	273
I. Deutschland	273
1. Zur frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts	273
2. Das Gesetz unter der Herrschaft totalitärer Ideologien	273
a. NS-Zeit	273
b. DDR	278
3. Verfassungsrechtliche Billigung und praktische Übung in der Bundesrepublik	283
II. Der europäische Rechtskreis	283
III. Alte Rechtsordnungen	284
1. Römisches Recht	284
2. Die arabische hijal-Literatur	286
3. König Salomos Urteil	286

IV.	Voraussetzungen verdeckter Rechtsfortbildungen	287
1.	Normanwendung	287
2.	Begründung	288
V.	Der Mythos der Gesetze	289
1.	Magische Rechtsoffenbarung	290
2.	Entmythologisierung	290
3.	Die Anwendung der Gesetze	291
4.	Neue Mythen	291
5.	Die Rolle der Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen	292
6.	Leerformeln und Mythos	292
7.	Kontinuitäten	293
VI.	Resümee	294
§ 10 Mögliche Ursachen verdeckter Rechtsfortbildungen		295
I.	Abwälzen von Verantwortung	296
1.	Literaturstimmen	296
2.	Autorität und Verantwortung	297
II.	Richterlicher Selbstschutz	298
1.	Schrifttumsnachweise	298
2.	Immunisierungsbestrebungen	299
a.	Schutz vor Rechtsmitteln	299
b.	Verminderung des Kassationsrisikos	300
c.	Reaktionen der Öffentlichkeit	301
d.	Zusammenfassung	303
III.	Arbeitserleichterung	303
IV.	Erschleichen von Autorität	305
1.	Bewusste Manipulationen	305
2.	Keine Bekenntnisse	305
a.	Offizielle Verlautbarungen	305
b.	Die schriftlichen und die wirklichen Gründe	306
c.	Keine »Selbstdemontage«	307
3.	Andeutungen im Schrifttum	307
a.	Richterliche Äußerungen	307
b.	Stimmen der Wissenschaft	309
4.	Abschließende Vermutung	309
V.	Der »horror vacui«	310
VI.	Bequemlichkeit	311
VII.	Elitäres Selbstverständnis	312
1.	»Unwissende Parteien«	313
2.	»Unfähiger Gesetzgeber«	314

VIII. Methodische Vorstellungen	315
1. Bestandsaufnahme.....	315
a. Psychologisch-methodische Entstehungsfaktoren	315
b. Ein rechtssoziologischer Ansatz	316
c. Rechtsphilosophie als Ursache	316
d. Methodische Defizite in der Praxis	318
e. Zusammenfassung.....	320
2. Zwei Grundformen.....	321
a. Das normtextbezogene Rechtsfindungsbild.....	321
b. Das fallbezogene Rechtsfindungsverständnis.....	321
c. Unterschiedliche Ursachen für verdeckte Rechtsfortbildungen.....	322
d. Abschließende Bewertung	323
3. Grenzprobleme.....	323
4. Zusammenfassung.....	323
IX. Die Juristenausbildung	324
1. Überblick.....	324
2. Die Zweiteilung der Ausbildung	325
a. Äußerungen im Schrifttum	325
b. Reformvorschläge	326
c. Das Verhältnis von Universitätsstudium und Vorbereitungsdienst	327
d. Zwischenzeitliche Annäherungen.....	327
e. »Theorie« und »Praxis« in der heutigen Juristenausbildung	329
f. Fortbestehende Defizite	330
g. Abschließende Bewertung.....	331
h. Zwischenergebnis	332
3. Der Einzelfallunterricht.....	332
a. Bestandsaufnahme.....	333
b. Zur Grundsatzkritik.....	334
c. Übertreibungen.....	336
d. Zwischenergebnisse	338
4. Das Anspruchsdenken im Zivilrecht.....	339
a. Großfelds Plädoyer.....	340
b. Ältere Kritik	340
c. Stürners Einschätzung	342
d. Würdigung der Kritik.....	342
e. Zwischenergebnisse	346
5. Die Relationstechnik	347
a. Frühe Kritik	347
b. Der sog. Relationsstreit	347
c. Der Begriff »Relationstechnik«.....	352
d. Rechtswissenschaftliche Stellungnahmen	354
e. Zwischenbilanz	357

f.	Zur Geschichte der Relation	358
g.	Ausdruck eines überholten Richterbildes?	376
h.	Die prozessrechtsadäquate Arbeitsmethode?	380
i.	Relationstechnik und verdeckte Rechtsfortbildungen	386
6.	Der deutsche Urteilsbegründungsstil	388
a.	Kritische Stimmen	388
b.	Die beiden Zielrichtungen der Kritik	391
c.	Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit	392
d.	Das Gebot zweifelsfreier Entscheidungsgründe	394
e.	Der deduktive Urteilsstil	395
f.	Zwischenergebnis	397
7.	Die Grundlagenkrise	397
a.	Erscheinungsformen und Ursachen	397
b.	Die vernachlässigten Grundfragen	398
c.	Die verdrängte Disziplin- und Methodengeschichte	399
d.	Zwischenergebnisse	402
8.	Defizite der Grundlagenfächer und der Ausbildung	402
a.	Die Geschichte der Praxis	402
b.	Der Zustand der juristischen Methodenlehre	403
c.	Allgemeine Defizite des Universitätsunterrichts	407
d.	Zum Vorbereitungsdienst	408
e.	Zwischenergebnisse	411
9.	Resümee	412
X.	§ 310 ZPO	416
XI.	Ergebnisse	418
§ 11 Verdeckte Rechtsfortbildungen – Für und Wider		423
I.	Bestandsaufnahme	424
1.	Befürwortende Stimmen	424
a.	Erträge der Ursachensuche	424
b.	Weitere Bekenntnisse	426
2.	Ablehnende Äußerungen	427
a.	»Überzeugungskraft« und »Praxisbedürfnisse«	427
b.	Haverkates Argumentation	428
c.	Das »Wahrheitsprinzip«	429
d.	Ein »Gebot der Rationalität«	430
e.	»Ehrlichkeit« und »Wahrhaftigkeit«	430
3.	»Aufklärung« versus »Pragmatik«	432
II.	Parallelen zum historischen Streit über Entscheidungsgründe	432
1.	»Würde« und »Überlastung«	433
2.	Widerlegung durch Brinkmann	433
3.	Aufklärung und Publizität	434
4.	Konsequenzen	434

III.	Bewertung der weiteren Argumente	435
1.	Schutz vor Lobbyisten	435
a.	Im Kreuzfeuer der Kritik	435
b.	Spezifische Risiken verdeckter Rechtsfortbildungen	436
c.	Zum »Ideologieschutz«	436
2.	Vermeidung untragbarer gesetzlicher Folgen	436
IV.	Resümee	437
V.	Eine reine Frage der Ethik?	438

3. Teil:

Rechtsfragen verdeckter Rechtsfortbildungen

§ 12	Überblick zur rechtlichen Problematik	440
I.	Zum Diskussionsstand	440
1.	Tatsächliche und rechtliche Fragen	440
2.	Verdeckte Rechtsfortbildungen als »Grenzthema«	440
II.	Begründetes Entscheiden in Rechtswissenschaft und Praxis	441
1.	Die herkömmliche Aufteilung des Stoffes	441
2.	Urteilen als begründetes Entscheiden	442
3.	Die traditionelle »Entscheidungsfindungsmethodik«	444
a.	Einzelne Entscheidungsfindungslehren	444
b.	Die verbundenen Begründungskonzepte	445
4.	Stimmen aus der Praxis	446
a.	»Zeugnisse praktischer Juristen«	446
b.	Theoretische Rechtfertigungen	449
c.	Zwischenbilanz	451
5.	Moderne Argumentationstheorien	451
6.	Neuere Untersuchungen zur Begründung	452
a.	Eine verselbständigte Begründungsmethodik	452
b.	Eine formelle Begründungslehre	453
7.	Fazit	455
III.	Die Entzweiung von Entscheidung und Begründung – ein wissenschaftstheoretisches Gebot?	456
1.	Entdeckungs- und Begründungszusammenhang	457
a.	Frühformen	457
b.	Reichenbachs Differenzierung	457
c.	Poppers Ausführungen	458
d.	Kritische Stimmen	459
2.	»Juristische Entdeckungen«?	460
3.	Missverständnisse	460
4.	Begründung als Teil der juristischen Entscheidung	461

5. Resümee	461
IV. Rechtsfragen der Entscheidungsfindung	462
1. Rechts- und Entscheidungsfindung	462
2. Das Fehlen einer ausgearbeiteten Rechtsfortbildungsmethode ..	462
3. Gesetzesbindung und Rechtsfortbildung	463
4. Die Erkennbarkeit verdeckter Rechtsfortbildungen	465
V. Rechtsfragen der Entscheidungsbegründung	465
1. Offenlegungsforderungen	466
2. Verfassungsrechtliche Diskussion und verdeckte Rechtsfortbildungen	466
a. Überblick zur Begründungsdiskussion im Verfassungsrecht ..	466
b. Unterschiedlichen Fragestellungen	467
c. Art. 103 Abs. 1 GG	468
d. Das Willkürverbot	479
e. Art. 20 Abs. 3 GG und das »Ob« der Begründung	481
f. Eine neue Frage?	481
3. Art. 20 Abs. 3 GG als Grundlage konkreter Begründungsregeln ..	482
a. Generelle Gesetzesbindung der Rechtsprechung	482
b. Einfachgesetzliche Begründungspflicht und Gesetzesbindung	483
c. Begründungsfehler und Verfassungsbeschwerde	483
4. Zivilprozessgesetzliche Begründungsvorschriften	484
a. Ein vernachlässigtes Forschungsgebiet	484
b. Überblick zu den einschlägigen ZPO-Vorschriften	485
VI. Verdeckte Rechtsfortbildungen als justitiable Rechtsfragen	485
§ 13 Normative Vorgaben des begründeten Entscheidens	486
I. Zur Gesetzesbindung	486
1. Normative Ausgangspunkte	486
2. Gängige Umschreibungen des Regelungsgehalts	487
3. Die bedingte Inhaltsbindung	487
a. Bindung an die gesetzgeberische Interessenbewertung	487
b. Keine Ergebnisgarantie	488
c. Wegfall der Inhaltsbindung	488
d. Konsequenz	488
4. Prozedurale Berücksichtigungsgebote	489
a. Die Pflicht zur Kenntnisnahme	489
b. Das Darlegungsgebot	489
5. Elemente der Gesetzesbindung	490
II. Die Entscheidungsfindung	491
1. Allgemeine Rechtsfindungsregeln	491
a. Inhaltsbindung	491

b. Berücksichtigungsgebot	492
c. Zur Entscheidungsfindung.....	492
2. Rechtsfortbildungsgebote	492
a. Vorherige Ermittlung des historischen Regelungszwecks... ..	492
b. Die möglichst gesetzesnahe Rechtsfortbildung	493
3. Die zwei Schritte der gesetzesgebundenen Rechtsfindung	494
III. Verfassungsrechtliche Begründungsgebote	495
1. Allgemeine Vorgaben	495
2. Spezielle Anforderungen für Rechtsfortbildungen	495
3. Fazit	496
IV. Zivilprozessrechtliche Begründungsvorschriften	496
1. Zu den einschlägigen Normen	497
2. § 313 ZPO	497
a. Die revisionsrechtliche Perspektive der Prozessrechtspraxis und -wissenschaft	497
b. Rudimentäre Erläuterungen.....	499
c. Kernsätze.....	500
3. § 540 ZPO	501
a. Neuerungen.....	501
b. Offene Rechtsfragen.....	501
c. Antworten	503
4. Beschlussbegründungen.....	507
V. Zusammenfassung.....	508
§ 14 <i>Rechtliche Konsequenzen verdeckter Rechtsfortbildungen</i> ...	510
I. Klassifizierung der Entscheidungen	510
1. Rechtswidrigkeit.....	510
2. Fehlerhaftigkeit und Unrichtigkeit	510
3. Wirksamkeit und Vernichtbarkeit	511
II. Zivilprozessuale und verfassungsrechtliche Folgen.....	511
III. Rechtsfragen des Rechtsmittelrechts.....	512
1. Berufungsrecht	512
2. Revisionsrecht	512
IV. Ein Grundproblem der Rechtsfehlerkontrolle.....	512
1. Die unbeachtete Rechtsfortbildung.....	512
2. Anpassungs- und Fortbildungsmöglichkeiten.....	513
a. Fallgruppen	513
b. Ansatzpunkte für die Rechtsfortbildung	514
3. Verdeckte Rechtsfortbildungen und die §§ 546, 513 Abs. 1 ZPO	514

V.	Die Berufung	515
1.	Ausgangssituation	515
2.	Zulässigkeitsfragen	515
a.	Erreichen der Berufungssumme oder Zulassung	515
b.	Berufungsbegründung	516
3.	Möglichkeit der Zurückweisung?	516
4.	Möglichkeit der Zurückverweisung?	518
5.	Begründetheit der Berufung	518
a.	Grundsätzliche Voraussetzungen	518
b.	Verletzung der verfahrensrechtlichen Begründungsvorschrift	520
c.	Verletzung des verdeckt fortgebildeten Gesetzes	522
VI.	Die Revision	522
1.	Ausgangssituation	522
2.	Zulässigkeitsfragen	523
a.	Die Revisionszulassung	523
b.	Die Revisionsbegründung	523
3.	Zurückweisungsmöglichkeit?	524
4.	Begründetheit der Revision	525
a.	Grundsätzliche Voraussetzungen	525
b.	§ 557 Abs. 3 S. 2 ZPO	525
c.	§ 547 Nr. 6 ZPO	526
d.	Verletzung der verfahrensrechtlichen Begründungsvorschrift	529
e.	Verletzung der verdeckt fortgebildeten Gesetzesvorschrift. . .	530
VII.	Zwischenbilanz zu den zivilprozessualen Rechtsmitteln	531
VIII.	Verfassungsrechtliche Folgen	532
1.	Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Willkürverbots . . .	532
2.	Verletzung von Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG . . .	532
IX.	Resümee zu den Rechtsfolgen verdeckter Rechtsfortbildungen . . .	533

4. Teil:

Einzelne Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen

§ 15 Arten juristischer Argumente	536
I. Gebräuchliche Differenzierungen	536
1. Positive Verzeichnisse	536
a. Frühe Formen	536
b. Der Auslegungskanon	536
c. Topikrenaissance	539
d. Argumentationstheorien	539

e. Zwischenbilanz	540
2. Fehlerhafte Argumente.....	540
a. Beispiele.....	540
b. Breitenuntersuchungen	541
3. Verwendbarkeit der Unterscheidungen	542
II. Ein Begründungskatalog	543
1. Autoritätsargumente	543
2. Ontologische Argumente.....	544
3. Begriffliche Argumente	544
4. Dogmatische Argumente	544
5. Logische Argumente	545
6. Methodische Argumente	545
7. Folgenorientierte Argumente	545
§ 16 Ein Verzeichnis von <i>Topoi</i> verdeckter Rechtsfortbildungen ...	546
I. Zu Autoritätsargumenten.....	546
II. Ontologische <i>Topoi</i>	546
III. Begriffliche <i>Topoi</i>	547
IV. Dogmatische <i>Topoi</i>	547
V. Logik als <i>Topos</i>	549
VI. Methodische <i>Topoi</i>	549
1. Die einzelnen Auslegungselemente.....	549
2. Vorrangregeln	550
3. Rechtsgeschäftsauslegung	550
VII. Folgenorientierte <i>Topoi</i>	550
VIII. Zwischenbilanz	551
§ 17 <i>Topoi</i> verdeckter Rechtsfortbildungen als Leerformeln	552
I. Zum Begriff der Leerformel.....	552
1. Topitsch	552
2. Rechtswissenschaftliche Begriffsverwendungen	553
3. Leerformel und Funktion der Begründung	553
II. Arten von Leerformeln.....	554
1. Echte Leerformeln	554
2. Leerformelhafte Verwendung juristischer Argumente	555
III. Konsequenzen von Leerformeln.....	555
IV. Resümee zu den <i>Topoi</i> verdeckter Rechtsfortbildungen	555

5. Teil:

Ausblick zum juristischen Entscheiden und Fazit

§ 18 <i>Folgerungen für ein rationaleres Modell begründeten Entscheidens</i>	558
I. Entscheidung und Begründung	558
II. Auslegung und Rechtsfortbildung	558
III. Auslegung von Gesetzen und Begriffen	558
IV. Zwei Stufen der Rechtsfindung	559
V. Die vernachlässigten Präjudizien und der Fall	560
VI. Begründetes Entscheiden als Aufgabe	560
§ 19 <i>Ergebnisse</i>	561
Literaturverzeichnis	565
Sachregister	595

§ 1 Einführung

Diese Arbeit behandelt Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht. Titel und Gegenstand der Untersuchung erfordern einige einleitende Bemerkungen zum Thema der Arbeit und zur Vorgehensweise.

I. Vorbemerkungen zum Thema

Der Zugang zum Untersuchungsstoff wird zunächst dadurch erschwert, dass eine ausgearbeitete Terminologie fehlt. Hinzu kommt die Fülle erörterungswürdiger Einzelaspekte.

1. Terminologische Probleme

Mit den Worten »Topos« und »Rechtsfortbildung« werden sehr verschiedene Vorstellungen verbunden. Es handelt sich nicht um feststehende Termini. Sie haben im fachlichen oder im allgemeinen Sprachgebrauch keinen bestimmten, definitorisch vorgegebenen oder durchgängig akzeptierten Begriffsinhalt. Eine verbindliche Nomenklatur, die für die Zwecke dieser Untersuchung herangezogen werden könnte, existiert nicht.

Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht lassen sich indes nur erörtern, wenn über die Ausdrücke, die den Untersuchungsgegenstand bestimmen, Klarheit besteht. Die Bezeichnungen »Rechtsfortbildung« und »Topos« sind also erläuterungsbedürftig. Beide haben ein breites Bedeutungsspektrum.

a. Unterschiedliche Rechtsfortbildungsverständnisse

Das Wort Rechtsfortbildung wird in der juristischen Fachsprache häufig verwendet. Beschäftigt man sich eingehend mit den einschlägigen Äußerungen, dann fällt auf, dass der Begriff von den einzelnen Autoren oft mit einem ganz unterschiedlichen Sinn benutzt wird. Das überrascht zunächst, weil die Bedeutungsvarianten der gebräuchlichen Bezeichnung Rechtsfortbildung in der Rechtswissenschaft kein Thema sind. Bislang sind die verschiedenen Rechtsfortbildungsverständnisse nicht untersucht worden. Ein erstes Anliegen der Arbeit ist es, diese Lücke zu schließen und die einzelnen Facetten des Ausdrucks Rechtsfortbildung deutlich hervortreten zu lassen. Ist der Fachsprachgebrauch analysiert, dann kann »Rechtsfortbildung« auch für die Zwecke dieser Untersuchung näher bestimmt werden. Ohne derartige begriffliche Vorarbeiten ist eine Studie über To-

poi verdeckter Rechtsfortbildungen wegen des schillernden Rechtsfortbildungsbegriffs weitgehend sinn- und wertlos.

b. Der unklare Toposbegriff

Gegenstand der Untersuchung sind nicht die einzelnen Rechtsfortbildungen, sondern die Topoi, mit denen diese verdeckt werden. Topos und Topik sind ebenfalls Worte mit einer großen Bandbreite üblicher Bedeutungen. Topoi lassen sich als die Orte umschreiben, von denen die Begründungen hergeholt werden¹, als die Stellen, an denen Argumente abrufbar bereit stehen². Der ambivalente Begriff bezeichnet aber auch die Argumente selbst³. Argument wird hier formal im Sinne eines Begründungselements bzw. eines einzelnen Begründungsschritts verstanden, ohne dass damit ein Urteil über den Gehalt oder die inhaltliche Richtigkeit des angeführten Grundes verbunden wäre⁴.

2. Erste Umschreibung des Untersuchungsgegenstandes

Objekte der vorliegenden Untersuchung sind daher letztlich bestimmte sprachliche Figuren, mit denen das Recht – regelmäßig im Gewand der scheinbaren Anwendung der ausgelegten Gesetze – verdeckt fortgebildet wird. Solche (Schein-)Begründungen sollen aufgezeigt, gesammelt und geordnet werden. Beabsichtigt ist, bestimmte immer wiederkehrende Argumentationsmuster, mit denen Rechtsfortbildungen bewusst oder unbewusst verschleiert werden, heraus zu arbeiten, ihren rechtsfortbildenden Charakter unübersehbar zu machen, ihre inhaltliche Bedeutung und Berechtigung zu erörtern und die Orte zu nennen, an denen solche Rechtsfortbildungsfiguren gefunden werden. Ein Ziel der Arbeit ist ein Topoiverzeichnis, in dem einzelne rechtsfortbildende Argumente nach Arten systematisiert sind, und zwar nicht nur im Hinblick auf die im Vordergrund stehenden sog. Rechtsfragen⁵, sondern auch hinsichtlich der Rechtsregeln, die für die Ermittlung des Sachverhalts in der streitigen ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit gelten⁶. Ein abschließender Topoikatalog wird freilich nicht zu erreichen sein. Zu zahlreich sind die Mittel, mit denen Rechtsfortbildungen verdeckt werden kön-

¹ Cicero, Topica, II 7: » ... sedes, e quibus argumenta promuntur ...«; II 8: » ... locum esse argumenti sedem ...« und » ... locis in quibus argumenta inclusa sunt ...«. Cicero spricht hier allerdings nicht von topos, sondern – in der lateinischen Form – von locus. Zu Ciceros Topik und zu »modernem« Begriffsverständnissen sogleich unter § 2.

² Bei Zekl, Cicero, Topik, 1983, II 8, ist von Stellen, auf denen die Argumente abholbar angesiedelt sind, die Rede.

³ Vgl. zunächst nur Gethmann, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Band 4, 1996, Stichwort »Topos«.

⁴ Vgl. zur Trennung zwischen dem Argument und seiner Schlüssigkeit etwa Thiel, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Band 1, 1980, Stichwort »Argumentation«.

⁵ Zur Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfrage zunächst nur Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 307 ff.; Wenzel, in: Lüke/Wax (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 2. Aufl. 2000, § 550 Rn. 1 ff.; Grunsky, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, Teilband 1, 21. Aufl. 1994, §§ 549, 550 Rn. 21 ff.

⁶ Freiwillige Gerichtsbarkeit und Arbeitsgerichtsbarkeit werden nicht separat untersucht.

nen und verdeckt werden. Angeführt werden gängige Scheinbegründungen für verschleierte Rechtsfortbildungen.

Verdeckte Rechtsfortbildungen sind durch rechtliche Betrachtungen charakterisiert, die den normativen Vorgaben der Entscheidungsfindung entgegen dem vermittelten Eindruck nicht zu entnehmen sind. Die Erwägungen, auf denen die jeweilige rechtsfortbildende Entscheidung in rechtlicher Hinsicht wirklich beruht⁷, werden in den Entscheidungsgründen bzw. in der Begründung⁸ nicht genannt. Stattdessen schaffen vielseitig verwendbare Floskeln und leerformelhafte Begründungsfiguren die Illusion, es würden nur die ausgelegten Gesetze angewendet. Verdeckte Rechtsfortbildungen sind Ausdruck eines vordergründig autoritativen Denkens, welches die Gesetzesbindung des Rechtsanwenders rein formal und nicht materiell versteht. Gesetze sind indes nicht bloße Legitimationsmittel für beliebige Ergebnisse, sondern inhaltlich bindende Entscheidungsvorgaben, weshalb der Richter begründen muss, warum sein jeweiliges Einzelfallurteil in der Sache mit den Gesetzen vereinbar ist. Verdeckte Rechtsfortbildungen betreffen also die Entscheidungsfindung und die Entscheidungsbegründung. Sie sind außerdem nicht allein eine Frage des materiellen Rechts, sondern gleichermaßen eine prozessuale Problematik. Das wird meist übersehen.

3. Die verdrängte prozessuale Seite der Problematik

Die »Vernachlässigung des Zivilprozeßrechts auf den Universitäten«, der »Verfall der Lehrstühle«, die drastische »Verkürzung der Prozessvorlesungen«, die Trennung von Zivil- und Zivilprozessrecht sowie die »Verdrängung des Zivilprozeßrechts aus dem ersten Examen« sind von *Rosenberg* bereits 1925 besorgt geschildert worden⁹. Heute ist Rechtswissenschaft in Deutschland vor allem die Dogmatik der sachlich-rechtlichen Einzeldisziplinen, welche ihre Lehren anhand feststehender Sachverhalte demonstrieren. Die traditionelle Methodenlehre, die sich als Theorie der Rechtsfindung versteht, ist ebenfalls auf die konkretisierende Anwendung des materiellen Rechts fixiert. Die Sachverhaltsarbeit findet in ihr nicht statt. Zwar fehlt in keinem »modernen« Methodenlehrbuch der Hinweis auf das »Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnorm (Engisch)«, welches das generell kennzeichnende Merkmal der Rechtsanwendung sein soll¹⁰. In tatsächlicher Hinsicht trifft der sog. Pendelblick im akademischen Methodenschrifttum und im dogmatischen Universitätsunterricht aber anders als im realen Prozess auf einen bereits fertig vorliegenden Sachverhalt, der aus einer überschaubaren Anzahl von Sätzen besteht. Dieser papierne »Lebenssachverhalt« wird im Hinblick auf Normen des materiellen Rechts konstruiert, welche auch die Auswahl der relevanten sakrosankten Tatsachenangaben bestimmen. Die sachlichrechtlichen Entscheidungsnormen dominieren daher das Geschehen umfassend.

⁷ Vgl. § 313 Abs. 3 ZPO.

⁸ Verdeckte Rechtsfortbildungen können nicht nur in Entscheidungsgründen im Sinne von § 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO, sondern auch in anderen Gründen gerichtlicher Entscheidungen sowie in den Begründungen rechtswissenschaftlicher Entscheidungsvorschläge enthalten sein.

⁹ *Rosenberg*, DJZ 1925, Sp. 623 ff., insb. bis Sp. 626.

¹⁰ So etwa *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Rn. 660.