

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> .....		13
§ 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> .....		127
§ 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> .....		439
§ 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> .....		535
§ 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> .....		557
§ 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 Untersuchungsgegenstand .....		
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
<i>§ 13 Normative Vorgaben des begründeten Entscheidens .....</i>	<i>486</i>
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 Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen ...	546
I. Zu Autoritätsargumenten.....	546
II. Ontologische Topoi .....	546
III. Begriffliche Topoi .....	547
IV. Dogmatische Topoi.....	547
V. Logik als Topos .....	549
VI. Methodische Topoi .....	549
1. Die einzelnen Auslegungselemente.....	549
2. Vorrangregeln .....	550
3. Rechtsgeschäftsauslegung .....	550
VII. Folgenorientierte Topoi .....	550
VIII. Zwischenbilanz .....	551
§ 17 Topoi 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 Topoi 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 werden<sup>1</sup>, als die Stellen, an denen Argumente abrufbar bereit stehen<sup>2</sup>. Der ambivalente Begriff bezeichnet aber auch die Argumente selbst<sup>3</sup>. 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 wäre<sup>4</sup>.

## 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. Rechtsfragen<sup>5</sup>, sondern auch hinsichtlich der Rechtsregeln, die für die Ermittlung des Sachverhalts in der streitigen ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit gelten<sup>6</sup>. Ein abschließender Topoikatalog wird freilich nicht zu erreichen sein. Zu zahlreich sind die Mittel, mit denen Rechtsfortbildungen verdeckt werden kön-

<sup>1</sup> 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.

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

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

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 beruht<sup>7</sup>, werden in den Entscheidungsgründen bzw. in der Begründung<sup>8</sup> 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 worden<sup>9</sup>. 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 soll<sup>10</sup>. 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.

<sup>7</sup> Vgl. § 313 Abs. 3 ZPO.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> *Rosenberg*, DJZ 1925, Sp. 623 ff., insb. bis Sp. 626.

<sup>10</sup> So etwa *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Rn. 660.