UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Rezension: Christian Fischer: Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2007. "Rezension: Christian Fischer: Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007." *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*. Tübingen: Mohr Siebeck. https://doi.org/10.1628/000389907783328779.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Christian Fischer: *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht* (Jus Privatum 123). Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, XXVI, 611 S., 114,– €.

Dass das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner herkömmlichen Textfassung aus dem Jahre 1900 mehrere dramatische Systemwechsel weitgehend unverändert durchlebte, kennzeichnet die zivilrechtliche Methodik und ihre Akteure. Besonders signifikant ist, dass die Implementierung neuer Ideologien häufig methodenkonform unter Berufung auf das Gesetz und unter Heranziehung klassischer Begründungsmuster erfolgte. „Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht" zum Thema einer Habilitationsschrift zu wählen, ist daher höchst verdienstvoll, auch wenn die fortlaufende Einsparung rechtstheoretischer Lehrstühle einen anderen Zeitgeist bekundet und wenig Anreiz für eine solche Studie bietet. Die Arbeit wurde an der Bayreuther Fakultät verfasst, wie aber bereits der Titel vermuten lässt, steht der Verf. gedanklich vor allem *Bernd Rüthers* nahe.

I.

Der erste Teil der Arbeit beschäftigt sich mit den titelgebenden Grundbegriffen „Topos" und „Rechtsfortbildung". Der Verf. skizziert zunächst die Geschichte der topischen Denkweise, verwendet den Ausdruck „Topos" im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung aber gerade nicht in einem anspruchsvollen klassisch-theoretischen Sinne, sondern als „leerformelhafte Begründung", als „begründungsersetzendes Versatzstück" (S. 32 f.). Es geht ihm darum, Scheinbegründungen, mit denen das Recht verdeckt fortgebildet wird, aufzuzeigen und schließlich in einem Topoikatalog zu ordnen.

Hinsichtlich des Begriffs der „Rechtsfortbildung" moniert der Verf., dass dieser weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur klare Konturen aufweist. Auch gelinge es nicht, das Objekt „lex" präzise zu bestimmen (S. 89). Dieser pauschale Vorhalt erscheint beispielsweise gegenüber der Position *Bydlinskis* überzogen (vgl. nur dessen Darlegungen „Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung", in: Koller et al., Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, 1998, S. 27 ff.), doch ist dem Verf. beizupflichten, dass die von *Bydlinski* jenseits der Lex-lata-Grenze empfohlene Stigmatisierung und Tabuisierung des Contra-legem-Judizierens nicht zur Methodentransparenz beiträgt (S. 118). Dem Verf. ist auch darin zuzustimmen, dass bei einem alternativen subjektiven Rechtsfortbildungsbegriff, der sich an der inneren Haltung des Interpreten orientiert, Selbst- und Fremdtäuschungen vorgezeichnet sind (S. 100).

Es gelingt dem Verf. seinerseits allerdings ebenfalls nur unzureichend, den Begriff der „Rechtsfortbildung" zu definieren und in seinen Funktionen darzulegen. Der Verf. beschränkt sich darauf, als Rechtsfortbildung „die Fortbildung des Gesetzessinns, also des erkennbaren historischen Regelungszwecks" auszuweisen (S. 113).

Dieser Kennzeichnung liegt zwar die prinzipiell berechtigte Forderung nach einer subjektiven Auslegungsmethodik zugrunde, doch fehlen nähere Ausführungen zur „Erkennbarkeit"; insbesondere die Rolle des Normtextes wird nicht thematisiert. Der historische Regelungszweck wird ebenfalls ohne Begründung eingeführt, sodass vor allem die verfassungsrechtlichen und staatstheoretischen Implikationen nicht deutlich werden. Auch die Legitimation zur Rechtsfortbildung wird nicht näher dargelegt. Der Verf. weist lediglich darauf hin, dass „heute im Grundsatz Einigkeit darüber (herrscht), dass die Rechtsfortbildung zu den legitimen Aufgaben der Zivilrechtsprechung zählt" (S. 561, ähnlich S. 213, 288, 293, 436 f., 556). Dies ist indes gerade umstritten. Es gibt gewichtige Stimmen, die aufgrund des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips auch im Zivilrecht einen Gesetzesvorbehalt annehmen (vgl. nur *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504 ff., 509; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), S. 119 ff., 137). Andere Autoren postulieren eine Klageabweisung, sofern eine Rückbindung der Entscheidung an den Normtext nicht gelingt (vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 2004, Rn. 145). Ich halte beide Positionen für unrichtig, doch muss die Alternative einer „offenen" Rechtsfortbildung sowohl rechtstheoretisch in Abgrenzung zu „Scheinbegründungen" als auch verfassungsrechtlich in Abgrenzung zur bloßen Gesetzesauslegung legitimiert werden. Erst gegen Ende der Arbeit erfolgt eine gewisse Präzisierung, indem der Verf. von einer richterlichen Rechtsfortbildung verlangt, dass zusätzlich zur Darlegung der gesetzgeberischen Interessenbewertung „die Gründe für das Abweichen vom historischen Normzweck und die vom Gericht zugrunde gelegte Interessenbewertung genannt werden (müssen), sofern sie nicht ausnahmsweise evident sind" (S. 496).

II.

Im zweiten Kapitel wendet sich der Verf. gegen die Vorstellung, die Auslegung bilde den Normalfall und die Rechtsfortbildung die seltene Ausnahme. Zugleich betont der Verf. den Anteil eigener richterlicher Wertentscheidung, der insbesondere durch die „Prinzipienjurisprudenz" überdeckt werde (S. 145 f.). Versteht man unter „Auslegung" die Rückführbarkeit einer Entscheidung auf eine konkrete gesetzgeberische Regelungsabsicht bzw. auf einen „erkennbaren historischen Regelungszweck", dann ist in der Tat offenkundig, dass sich die Rechtspraxis häufig hierüber hinwegsetzt. Kennzeichnend ist auch, dass jenseits der Rekonstruktion der gesetzgeberischen Intention der Anteil richterlicher Eigenwertung in der Regel steigt. Die Unumgänglichkeit eigenverantwortlicher Werturteile entpflichtet indes auch im Falle einer Rechtsfortbildung nicht, die richterliche Entscheidungsbegründung aus dem Rechtssystem abzuleiten und an den das Rechtssystem prägenden Grundsätzen auszurichten. Erst eine solche prinzipiengeleitete Begründung verschafft der Rechtsfortbildung ihre Legitimationsbasis. Als Beispiel einer missglückten Rechtsfortbildung sei lediglich die extensive Handhabung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hervorgehoben, der eine Durchbrechung des Relativitätsgrundsatzes bewirkt und sich nur in besonderen Ausnahmefällen mit dem gegenläufigen Prinzip der Sozialpflichtigkeit („Wohl und Wehe"-Formel) rechtfertigen lässt. Der Rückgriff auf eine „ergänzende Vertragsauslegung" impliziert regelmäßig eine Vertragskorrektur und verschleiert das Erfordernis einer prinzipienbegründeten Rechtsfortbildung.

Zur Verdeutlichung des Stellenwertes der Rechtsfortbildungen im geltenden Recht gibt der Verf. sodann einen Überblick über die Entwicklung im 20. Jahrhundert.

Auf den Seiten 149–213 schildert der Verf. sehr ausführlich die Praxis richterlicher Rechtsfortbildungen, angefangen von den leading cases des Reichsgerichts kurz nach Inkrafttreten des BGB bis hin zu Urteilen des Bundesarbeitsgerichts unter der Ägide einzelner Richterpersönlichkeiten mit besonders ausgeprägtem Gestaltungswillen. Man könnte diesen Katalog aus neuerer Zeit beispielsweise noch um die analoge Anwendung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf die Fälle eines sog. „faktischen Duldungszwanges" erweitern oder durch die Repositionierung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der Grundrechtsbindung der Tarifparteien veranschaulichen. Auf der anderen Seite gibt es allerdings schon eine umfangreiche einschlägige Literatur, wie etwa die Sammelbände von *Falk/Mohnhaupt* (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, sowie von *Diederichsen/Sellert* (Hrsg.), Das BGB im Wandel der Epochen, 2002, deren Berücksichtigung stark zur Straffung der über 550 Textseiten umfassenden Arbeit hätte beitragen können.

Im Anschluss an die Darstellung richterlicher Rechtsfortbildungen untersucht der Verf. die Begründungspraxis. Die Auswertung der ersten 154 Bände der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen ergibt, dass lediglich in sechs Fällen klare Fortbildungen des Gesetzesrechts offen als „Rechtsfortbildungen" ausgewiesen worden sind (S. 246, 269 f.). Man kann die Aussagekraft dieses Befundes insofern anzweifeln, als Rechtsfortbildungen auch durch andere Termini („Lückenausfüllung", „Richterrecht" usw.) oder die Bezugnahme auf den Gewaltenteilungsgrundsatz offen gelegt werden können, doch zeigt die Recherche des Verf. gleichwohl in der Tendenz, dass „Gerichte immer noch dazu (neigen), ihre rechtschöpfende Tätigkeit (…) als das Ergebnis logischer Subsumtion (…) zu maskieren" (S. 272). Soweit der Verf. darüber hinaus gehend vom „Normsetzungscharakter von Entscheidungen im Lückenbereich" spricht (S. 272), wird dies jedoch gerade durch jene vom Verf. recherchierten Urteile in Frage gestellt, die methodentransparent auf ihren Rechtsfortbildungscharakter hinweisen. Beispielhaft hervorzuheben ist die Entscheidung BGHZ 108, 179 ff. über die Ausgleichspflicht zwischen Bürge und Grundschuldbesteller (referiert auf S. 249 f.). Theoretisch ist bei verschiedenen Sicherungsgebern zwar auch eine Anwendung des Prioritätsgrundsatzes, eine vollständige Regressverweigerung oder eine Aufteilung 49 zu 51 denkbar, doch ergibt sich eine anteilige Haftung nicht nur aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen, sondern folgerichtig bereits aus der lex lata. So regelt § 426 Abs. 1 BGB, dass Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander grundsätzlich zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Dasselbe gilt gem. § 774 Abs. 2 BGB für Mitbürgen sowie gem. § 1225 S. 2 BGB für mehrere Verpfänder. Konsequenterweise gelten diese Regressgrundsätze (mit Ausnahme der Gesamthypothek) gleichermaßen für den gesetzlich nicht explizit geregelten Ausgleich zwischen einem dinglichen und einem persönlichen Sicherungsgeber. Dieser Schluss ergibt sich zwar nicht more geometrico ohne subjektives Element, doch handelt es sich um ein „Zu-Ende-Denken" gesetzlicher Wertungen, das von einer dezisionistischen Normsetzung weit entfernt ist.

Der Verf. beschränkt sich in seiner Analyse der Begründungspraxis nicht nur auf Judikate des BGH, sondern weist auch rechtsgeschichtlich ausführlich nach, dass es verdeckte Rechtsfortbildungen seit jeher gab. Einen Schwerpunkt bildet dabei die Rolle der Rechtsprechung während der NS-Zeit: Im Anschluss an die grundlegenden Studien von *Rüthers* legt der Verf. dar, dass man sich zur „verschleiernden Nutzung juristischer Methode" (*Haferkamp*) hauptsächlich der weit verstandenen Generalklauseln, der unbestimmten Rechtsbegriffe und einer betont geltungszeitlichen Auslegung der gesetzlichen Begriffe (S. 277 f.) bediente. Die zentrale Rolle der Rechtsprechung

bei der nationalsozialistischen Zivilrechtserneuerung ist nach 1945 jedoch lange verdrängt worden, indem man „offensichtlich rechtsfortbildende Entscheidungen als Sonderfälle abtat“ und „den Positivismus zum methodischen Sündenbock“ erklärte (S. 210).

Der Befund belegt einmal mehr, wie stark sich richterlicher Einfluss hinter Methodik verbergen und Systemveränderungen mitbewirken kann. Der Verf. betont aber zugleich ganz sachlich und überzeugend, dass „der Hinweis auf die Funktion einer Argumentationsfigur im Dritten Reich (… diese) nicht zwangsläufig zu einer nationalsozialistischen (macht)“ (S. 400 Fn. 655). Dies gilt m. E. nicht nur für Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern auch für den Systemgedanken: Ein Blick in das Reichsgesetzblatt der Jahre 1933 bis 1945 belegt – ungeachtet der veränderten „Rechtsquellenlehre“ – den systemprägenden Einfluss der Legislative. Es gibt hinreichende Gründe, den maßgeblichen Prinzipien, wie etwa dem Grundsatz der völkisch-rassischen Ungleichheit, das erforderliche rechtsethische Minimum abzusprechen und die Methode nicht jedem beliebigen Zweck unterzuordnen. Diese Falsifikationsprüfung legt dem Richter zusätzliche Verantwortung auf, stellt den Systemgedanken als leitende Direktive richterlicher Rechtsfortbildung jedoch im Kern nicht in Frage.

Die möglichen Ursachen verdeckter Rechtsfortbildungen sieht der Verf. in dem Abwälzen von Verantwortung, richterlichem Selbstschutz (u. a. vor Rechtsmitteln), Arbeitserleichterung, Erschleichen von Autorität, dem „horror vacui“, Bequemlichkeit sowie einem elitären Selbstverständnis (S. 295 ff.). Die vom Verf. angeführten Gründe erscheinen als durchwegs plausible Erklärungen für das rechtstatsächliche Phänomen von „Schein-Auslegungen“ der lex lata. In der Gegenrichtung kann man allerdings gleichermaßen die Frage nach den Motiven und Konsequenzen einer „offenen Rechtsfortbildung“ im Sinne von Dezision und Normsetzung aufwerfen. Der Verzicht auf Begründungsherleitungen aus dem Rechtssystem kann ebenfalls auf profanen Bequemlichkeitsgründen oder einem elitären Selbstverständnis beruhen und birgt vor allem die Gefahr, dass der Diskurs frühzeitig abgebrochen wird.

Als weitere tiefere Ursache für verdeckte Rechtsfortbildungen untersucht der Verf. sehr ausführlich die Juristenausbildung (S. 324–416). Weder in der Zweiteilung der Ausbildung noch in der Anspruchsmethode sieht der Verf. einen maßgeblichen Kausalfaktor. Hingegen führen die Vernachlässigung der Sachverhaltsarbeit und übertriebene Anspruchsschemata zu entsprechenden Defiziten. Des Weiteren ermöglichen vor allem Methodenabstinenz und Geschichtslosigkeit des Studiums verdeckte Rechtsfortbildungen. Die Schulung der Referendare in der sog. Relationstechnik ist einerseits unverzichtbar, spiegelt andererseits die Arbeitsmethode des Zivilrichters aber nur bruchstückhaft wider. Durch den deduktiven Urteilsstil werden verdeckte Rechtsfortbildungen nicht begünstigt. Dagegen führt das Gebot, eine Entscheidung immer zweifelsfrei und eindeutig herzuleiten, zu Scheinbegründungen. Die Andeutung von Zweifeln kann nach meinem Urteil vor allem geboten sein, um auf potentielle Rechtsprechungsänderungen aufmerksam zu machen, darf aber nicht so weit gehen, den Richtigkeitsanspruch aufzugeben. Ein Urteil, das allein auf die Eigenwertung verweist und eine entgegengesetzte Entscheidung für ebenso gut vertretbar erachtet, vermag bereits die anfallenden Gerichtskosten nicht zu rechtfertigen. Im Übrigen weist der Verf. noch zutreffend auf die latente Gefahr verdeckter Rechtsfortbildungen durch sog. Stuhlurteile hin, bei denen das Urteil verkündet werden kann, ohne dass die schriftlichen Entscheidungsgründe vorliegen (S. 416 f.).

Nach einer abschließenden Gegenüberstellung des Für und Wider kommt der Verf. zu dem Ergebnis, dass verdeckte Rechtsfortbildungen abzulehnen sind. Ich stimme dem Verf. hierin zu, sehe allerdings auch in diesem Kontext Begründungsdefizite. So können sich hinter dem „horror judicandi contra legem" (S. 423) nicht nur triviale subjektiv-psychologische Gründe verbergen, sondern insbesondere das Dammbruch-Argument. Jener Gefahr des richterlichen Abgleitens in Willkür und grenzenlose Rechtsfortbildung lässt sich nur begegnen, wenn zugleich die Begründungslasten für eine Gesetzesderogation benannt werden, wozu die Grundsätze der Volkssouveränität, des Vertrauensschutzes sowie der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zählen. Deshalb ist nicht nur eine „verdeckte" Rechtsfortbildung abzulehnen, sondern ebenso eine „offene" Rechtsfortbildung, sofern diese nicht auf rechtliche Argumente, wie den Gleichheitssatz oder den Wandel der Rechtsordnung, gestützt werden kann. Genau das besagt auch Art. 20 Abs. 3 GG, der die Rechtsprechung explizit an „Gesetz und Recht" bindet.

III.

In Bezug auf verdeckte Rechtsfortbildungen zieht der Verf. sodann selbst Art. 20 Abs. 3 GG heran und unterscheidet drei Elemente der richterlichen Gesetzesbindung. Neben der grundsätzlichen Inhaltsbindung bestehen eine Kenntnisnahmepflicht und ein Darlegungsgebot. Alle drei Elemente beziehen sich jeweils auf den erkennbaren historischen Regelungszweck (S. 482 ff.). Für besonders bedenkenswert und weiterführend erscheint mir dabei die Forderung, bei Entscheidungen „die zugrunde gelegte Interessenbewertung zu nennen, sofern diese nicht evident ist" (S. 509). In der weiteren Folge müssen bei einer Rechtsfortbildung zusätzlich die Gründe für das Abweichen vom historischen Normzweck dargelegt werden (S. 509). Neben einem Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG kann außerdem auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG sowie des Willkürverbots gem. Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht kommen (S. 468 ff.).

In zivilprozessualer Hinsicht legt der Verf. dar, dass „Begründungen", die sich in Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen erschöpfen, nach h. M. gegen § 547 Nr. 6 ZPO verstoßen. Demgegenüber sieht der Verf. in Begründungsmängeln primär ein Problem jener Verfahrensvorschriften, die die Begründungsvorgaben regeln, sodass das Rechtsmittelgericht grundsätzlich selbst in der Sache entscheiden kann. Zudem kommt eine Verfassungsbeschwerde insbesondere wegen der Verletzung von Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht (S. 532 f.).

IV.

Abschließend versucht der Verf., die Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen zu strukturieren und in einem Katalog aufzulisten (S. 546 ff.). Die Liste reicht von ontologischen Topoi (Natur der Sache, Wesen der Dinge) über begriffliche (Wesen eines Rechtsbegriffs), dogmatische (Prinzipien, Einheit der Rechtsordnung) und methodische (objektive Auslegung) bis hin zu folgenorientierten Topoi.

Man kann diesen Katalog unter verschiedenen Aspekten in Zweifel ziehen. Zunächst hängt es entscheidend von den rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen

Prämissen ab, inwieweit es sich bei den einzelnen „Topoi" tatsächlich um bloße Leerformeln handelt. Fraglich ist des Weiteren die pauschale Kennzeichnung als „verdeckt". So werden von vielen Autoren beispielsweise die allgemeinen Rechtsprinzipien und die „Natur der Sache" offen im Bereich der Rechtsfortbildung thematisiert. Ungeachtet dessen ist der Katalog aber zumindest ein hilfreicher Wegweiser, um den Anteil richterlicher Eigenwertung kritisch zu hinterfragen und potentielle Begründungsdefizite ausfindig zu machen. Zudem zeigt der Katalog die Einfallstore „unbegrenzter Auslegung" und ideologischer Neuausrichtungen sehr klar auf.

Von der Kontroverse über die Leerformelhaftigkeit ist die Vorrangfrage zu unterscheiden. Der Verf. weist völlig zu Recht darauf hin, dass „man jede Vorschrift aushebeln (kann), indem man sie auf ein Prinzip zurückführt, das dann wichtiger ist als seine konkrete Gestalt" (S. 548). So wird insbesondere die teleologische Reduktion zur „methodischen Allzweckwaffe", wenn „die konkrete gesetzgeberische Interessenbewertung" mittels eines vorrangigen Prinzips überspielt werden kann (vgl. S. 51). Die gleiche Gefahr droht grundsätzlich auch durch eine sog. objektive Auslegung (vgl. S. 550). Aus diesen berechtigten Monita lässt sich indes nur der Primat der subjektiven Auslegung sowie die Maxime des Vorrangs der Regel- gegenüber der Prinzipienebene ableiten. Die subsidiäre Geltung der Prinzipienebene bleibt gerade auch unter dem Aspekt der Gewaltenteilung unabdingbar.

V.

In der Gesamtschau darf nicht überraschen, dass ein Rezensent, der dem prinzipienorientierten Systemdenken anhängt, dem Verf. in einigen zentralen Punkten der richterlichen Rechtsfortbildung widerspricht. Ungeachtet partieller Divergenzen handelt es sich gleichwohl um eine beeindruckend klar formulierte Methoden- und Ideologiekritik, die ohne jede Polemik auskommt und einen weiteren wichtigen Beitrag zum „Methodenbewusstsein als Umdeutungsbremse" (*Rüthers*) leistet. Die Arbeit enthält neben ihrer kritischen Ausrichtung eine Reihe innovativer Vorschläge. Vor allem die Forderung nach einer Explikation des historischen Normzwecks dürfte das Begründungsniveau von Entscheidungen deutlich anheben – nicht nur im Rahmen der Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern ebenso auch bei der Interpretation des Grundgesetzes.

Augsburg Prof. Dr. *Jörg Neuner*