ARGUMENTATIONS- UND STILWANDEL IN HOECHSTRICHTERLICHEN ZIVILENTSCHEIDUNGEN

Josef Esser

1. Mein Vortrag bezieht sich auf die Eigenart der Entscheidungsbegründung, wie wir sie seit 150 Jahren in der deutschen Zivilrechtspraxis finden. Begründungsformen waren ursprünglich rein syllogistisch, soweit sie überhaupt erwartet wurden. Dieser Syllogismus ist noch heute das Schema, das den Stil des französischen Kassationshofs auszeichnet. Es geht um nichts anderes als den Nachweis, daß die der Entscheidung zugrundegelegten Tatsachen gewürdigt wurden und auf dem Wege logischer Subsumtion zu der hier gefundenen Lösung geführt haben, ja führen mußten. Unter diesen Voraussetzungen werden die Tatsachen ausschließlich auf die Relevanzen hin zitiert, die nach der entsprechenden Rechtsquelle, also z.B. dem entsprechenden Gesetzesartikel, maßgebend sind und diese Gesetzesstelle als Entscheidungsgrundlage an hervorgehobener Stelle oft sogar schon im ersten Satz und wörtlich wird mitgeteilt. Der gesamte Begründungstext versteht sich im klassischen Sinne nur als Entfaltung des Bedeutungsgehaltes jener als maßgeblich zitierten gesetzlichen Vorschriften. Selten finden sich Erwägungen, die die Maßgeblichkeit dieser Vorschriften begründen oder die nicht an den Gesetzestext anknüpfen. Insbesondere ist es nach dieser Begründungstechnik unzulässig, Entscheidungen anderer Gerichte und Probleme ähnlicher Entscheidungsfragen zu diskutieren oder auch nur zu zitieren. Ebenso unzulässig ist die Auseinandersetzung mit der in der Fachliteratur vertretenen Doktrin und selbstverständlich gilt es als ein Stilbruch, offen auf rechtspolitische oder rechtsstatsächliche Erwägungen Bezug zu nehmen. In einem weit verbreiteten Handbuch über den Urteilsstil (Mimin, Le style des jugements, 4. Aufl. 1970) heißt es dazu: «Dans cette catégorie d'arguments, qui donnent à la décision

une apparence sophistique, nous comprendrons les arguments de l'ordre extrajuridique, inutiles à la solution du procès. Recourir alors aux considérations économiques, sociologiques, diplomatiques, c'est confondre les genres; c'est cacher la rectitude d'un bon raisonnement». (S. 255). Natürlich setzt sich auch der französische Richter mit Präjudizien auseinander und wird im Beratungszimmer über die sog. außerjuristischen Fragestellungen diskutieren, aber deren Zweifel und Problematik darf die Autorität des Urteils dem Rechtssuchenden gegenüber nicht beeinträchtigen. Es ist das nämlich die Frage, welche Breite man den Zweifelsfragen in höchstrichterlichen Entscheidungen überhaupt gewähren dürfe, in der Tat eine der schwierigsten Probleme der Urteilstechnik, über die man auch in meinem Lande verschieden denkt. Der vorletzte Präsident des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe, Bruno Heusinger, hat in seinen Memoiren mit dem Titel «Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung» im vergangenen Jahr dazu folgendes bemerkt: Überlegt man, welchen Erwartungen die sog. Gründe eines Urteils genügen sollen, so ist eine Art Zwiespalt nicht zu verkennen, je nach dem, ob man den Zweifeln geringeres oder stärkeres Gewicht einräumt. Man kann einerseits sagen: Die Gründe sollen die für die Entscheidung sprechenden Gesichtspunkte herausstellen, die Gegengründe und Zweifel dagegen kurz abtun, damit die Überzeugungskraft des Urteils nicht zerredet wird. Die Gründe sollen dem Leser, auch wenn es zu einer Kampfabstimmung gekommen war, sagen: «So und nur so ist es richtig, und nur so kann gerechterweise entschieden werden». — Man kann andererseits der Meinung sein: Die Gründe sollen unbedenklich die Zweifel darüber, was rechtens ist, bei den Beteiligten und in der Öffentlichkeit anerkennen und bestehen lassen. Besonders bei Mehrheitsentscheidungen kann der Sinn der Gründe nicht sein: Nur so kann gerechterweise entschieden werden, sondern dies ist eine Frage der Meinungsbildung, die wir in der Mehrheit wie folgt entschieden haben». Heusinger fährt fort «Ob der eine oder der andere Weg den Vorzug verdient, ist schwer zu sagen, der Urteilsstil des BGH ist traditionell mehr auf die erste Art festgelegt. Die zweite Art mag

vor allem dort angebracht erscheinen, wo Grundfragen unseres Zusammenlebens gegeneinander abzuwägen sind, über deren Rangordnung die allgemeine Meinung noch auseinandergeht. Keinesfalls kann der Außenstehende daraus, daß ein Gericht nicht auf alle Gegengründe eingeht, den Schluß ziehen, das Gericht habe hier seine Überlegungen nicht durchgeführt. Eine solche Kritik, das Gericht habe sich die Erörterung einer bestimmten Frage entgehen lassen, verkennt, daß ein Gericht meist geradezu gut daran tut, alles wegzulassen, was nicht ganz unentbehrlich ist zur Rechtfertigung der Entscheidung dieses Falles».

Nun ist gerade dies unsere Frage: was zur Rechtfertigung einer Entscheidung unentbehrlich ist; und diese Frage hängt davon ab, was man unter Rechtertigung versteht. Ist die Rechtfertigung im Grunde durch die Autorität von Gesetz und Gericht vollzogen, so dürfte in der Tat die bloße begriffliche Subsumtionstechnik der konsequente Weg sein, die Entscheidung zu begründen. Haben wir dagegen eine Vorstellung von der eigenen Gerechtigkeitbeurteilung und eine Vorstellung von der Zweifelhaftigkheit der Auslegungsfrage, so wird sich eine Auseinandersetzung mit diesen Zweifeln nicht vermeiden lassen und es ist nun wieder eine Frage des Argumentationsstils, ob dieser Zweifel mit dogmatischen, d.h. doktrinär ausgebildeten begrifflichen Argumenten behandelt wird oder mit unmittelbar auf die Richtigkeit der Sachwertung abgestellten offenen oder topischen Argumenten. Indem ich von der Tatsache ausgehe, daß in der Tat niemand in unseren Ländern noch von dem Automatismus kanongerechter Gesetzesanwendung ausgehen kann und daß sowohl innerhalb der Interpretationsfragen als auch jenseits gesetzlicher Anwendungsprobleme im Bereich der Rechtsfortbildung rechtspolitische Wertungsmaßstäbe zum integrierenden Teil der Urteilsfindung gehören, darf ich meinen Vortrag auf dieses zweite Stilelement richten, nämlich auf die Unterscheidung zwischen einer der Sache dienlichen dogmatischen und einer über die Dogmatik hinausgehenden Wertungsbegründung. Mir scheint, es sind Kulturtraditionen, die der französischen Kassationspraxis ein Beharren auf dem immerhin seit François Geny widerlegten Gedanken

der bloß aussprechenden Funktion der richterlichen Gewalt weiter vertreten lassen. Diese Kulturtradition ist Ihnen allen bekannt und die Auswirkungen auf den Urteilsstil mit seiner konzisen Knappheit, seiner klaren Gliederung und seine Vermeidung polemischer Fragestellungen haben für den ästhetischen und literarischen Beurteiler viel Anziehendes. — Ebenso anziehend ist indessen jener entgegengesetzte Begründungsstil, der uns in mancher Hinsicht fremder, in vieler Hinsicht aber doch vertrauter ist als der französische, nämlich der des englischen common law. Da dort die Justiz kein Instrument der staatlichen Bürokrate, sondern eine gesellschaftlich vollkommen autonome Einrichtung ist und da dort der Richter durch seine erfolgreiche Anwaltskarriere eine andere Einstellung zu den Interessen und Rechten der Prozeßparteien mitbekommen hat, läßt sich der nicht syllogistische sondern induktiv vorgehende Begründungsstil auch dann begreifen, wenn man außer Acht läßt, daß die Präjudizienjudikatur schon methodisch darauf angewiesen ist, sich mit den *rationes decidendi* der in Betracht gezogenen Vorentscheidungen auseinanderzusetzen. Gewöhnlich wird dieser letzte Gesichtspunkt als maßgebend herausgestellt, mir scheint indessen die erstgenannte soziale Strukturfrage der Justiz bedeutsamer. Denn auch in Deutschland ist während der Zeit des Usus modernus im Gemeinen Recht und nach dem Verlöschen des ursprünglichen Glaubens an die systematische Vollständigkeit der Zivilrechtskodifikationen immer genug Anlaß gewesen, autoritäre begriffliche Subsumtionsargumente zu unterdrücken zugunsten einer Auseinandersetzung mit Sachargumenten. Der Werdegang des deutschen Richters hat doch auch vor 1900 die Gelehrtenargumente i.S. einer Auseinandersetzung auf doktrinärer Ebene mit dem Gehalt der Quellenstellen vorgezogen und konnte daher leicht durch die Autorität des Gesetzes gefügig gemacht werden, die nunmehr definitiv formulierten Quellenstellen ohne Zweifel logisch-systematisch zu akzeptieren. Das Präjudizienrecht, das sich in den letzten Jahrzehnten außerhalb der vom Gesetz erfaßten Institutionen als sog. Richterrecht angesiedelt hat, hat keineswegs den Charakter des englischen Untersuchens von tragenden Gedanken, son-

dern bewegt sich ganz auf der Linie der ehemaligen gemeinrechtlichen Autoritätsbegründung. Das gilt auch, ich muß sagen leider, von unserem Revisionsgerichtshof, der größten Wert darauf legt, die Übereinstimmung oder jedenfalls das Fehlen eines Zwiespaltes mit den in analogen Fällen schon ergangenen Präjudizien nachzuweisen. Es sind immer wiederkehrende Formeln, mit denen die sehr leicht zu erschütternde Behauptung aufgestellt wird, die gegenwärtige Entscheidung sei nur eine Fortentwicklung oder Präzisierung der im Zusammenhang genannten älteren Entscheidungen des gleichen Senats. Und es sind leider die Ausnahmen, in denen ein gemeinsamer Beschluß der vereinigten Zivilsenate erwirkt werden muß, damit eine offensichtliche Diskordanz neu bereinigt wird.

Was ich aber in diesem rechtsvergleichenden Vorwort noch ergänzend und speziell zum nordamerikanischen Entscheidungsstil sagen wollte, ist das Eingehen auf das Tatsachenwissen und Tatsachenmaterial ohne Rücksicht auf eine präformierte juristische Bedeutung. Es ist dort gewöhnlich, daß die Gerichte Überlegungen zur Zweckmäßigkeit oder überhaupt zu den Folgen eines hier fraglichen Entscheidungsprogramms anstellen. Insbesondere ist natürlich der Supreme Court darauf angewiesen, solche sog. rechtspolitischen Fragen nach allen Seiten zu beleuchten und es gibt berühmte Entscheidungen, die gerade die Verfassungsproblematik nicht ausschließlich juristisch beleuchten. Im Prinzip ist dieses seit dem berühmten Beispiel von Brandeis immer wieder gelobte Verfahren umfangreicherer Sachinformation und Interessenabwägung auch in der deutschen Verfassungsjudikatur eingedrungen, aber die schon erwähnte Frage, wieviel von den verbleibenden Zweifeln man dem Bürger mitteilen dürfe, hat sich auf die immerhin erfreuliche Neuerung beschränkt, daß wir wenigstens im Bundesverfassungsgericht die Einrichtung der Veröffentlichung von dissenting votes kennen. In den Kollegialurteilen der übrigen Gerichte, auch des Bundesverwaltungsgerichts, gibt es diese Neuerung nicht und hier wird auch gegen die Notwendigkeit umfassenderer Hintergrundsinformationen der Einwand erhoben, nicht nur daß solche dem Ge-

setzgeber notwendigen und vorbehaltenen Informationsmittel zu kostspielig seien, sondern daß sie einen Fremdkörper in der auf Streitentscheidung zwischen zwei Parteien und ihren Rechten allein abstellenden Rechtsanwendung bedeuten müßten. Das ist umso bedauernswerter, als die deutschen Revisionsgerichte ja nicht die Aufgabe einer bloßen Kassation der Vorentscheidung besitzen — mit Ausnahme der Fälle von reinen Verfahrensmängeln — sondern soweit nicht neue Tatsachenaufklärung erforderlich ist, in der Sache selbst definitiv Recht bilden und sprechen müssen. Dabei ist die Auseinandersetzung mit Vorentscheidungen und anschaulichen Beispielen von schulmäßig verwendbarer Form wohl ein Hilfsmittel für das Votum und die richterliche Beratung, die zur Abstimmung führt, aber kein Gegenstand der kritischen Auseinandersetzung in den Entscheidungsgründen. Eine solche Auseinandersetzung wird auch durch die immer weiter verbreitete Praktikersitte erschwert, daß nicht wie bei echtem Präjudizienrecht der gesamte Sachverhalt und die damit mögliche Herausschälung der wirklich tragenden Entscheidungsbegründungen veröffentlicht werden, sondern daß jedenfalls außerhalb des internen Gebrauchs der Bundesrichter von diesen Entscheidungen nur ein legitimationsfähiger, d.h. zitierfähiger Auszug in die öffentliche Sammlung und in die Fachliteratur eingeht. Die Präjudizienverwertung würde aber eine Auseinandersetzung nicht nur im Rahmen der internen Beratung, sondern auch bei der Urteilskritik verlangen.

2. Wenn ich im folgenden über den Stilwandel der Entscheidungsargumentation spreche, so will ich vor allem auf die Entwicklung hinweisen, die seit der Einführung der Kodifikationen vom rein dogmatisch begrifflichen Argumentieren zum offenen Wertungsgespräch hingeführt haben. Unter dogmatischem Argumentieren verstehe ich die Verweisung des sog. juristischen Problems an den von Doktrin und Praxis gebildeten systematischen Ort. Die diskursive Behandlung betrifft nur mittelbar die sozialen wirtschaftlichen oder sonstigen Lebensverhältnisse, sie wird aus professionellen Gründen auf die Symptome und Symbole beschränkt, die für den Ordnungswert der speziellen Konflikteigenart maßgebend sind: Tatbe-

standsmäßigkeit, Widerrechtlichkeit, Verschulden usf. Aber nicht nur diese in einem breiteren Sinne noch immer der Wertung vom Fall und seiner spezifischen Konfliktsaufgabe zügänglichen Begriffe bilden jenes Milieu der dogmatischen Auseinandersetzung, sondern diese wird weiter aufgegliedert in all die begrifflichen Elemente, aus denen sich das normative Konzept einer Teilrechtsordnung zusammensetzt: Die Begriffe des Willens, des Rechtsgeschäfts, des Irrtums, des Dissenses usf. Dogmatisches Argumentieren in der Form begrifflicher Richtigkeit der Einordnung scheint somit die Neutralisierung der Wertungsfragen in einer Ebene rein fachlicher Auseinandersetzung zu gewährleisten. In der Tat hat diese Vorstellung die Prägung unseres bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt, die auf eine systematische Verzahnung all jener Wertungsvorstelungen in begriffliche Formeln hinausläuft, mit deren systematischem Stellenwert die korrekte Beurteilung des betreffenden Konfliktssachverhalts gewährleistet schien. Daß man diese Hoffnung immerhin ein Jahrzehnt lang pflegen konnte, hat den einfachen Grund darin, daß die lange Gemeinrechtsschulung nach dem Usus modernus die Doktrin schon zu einer funktionierenden Systematik wenigstens in den Grundfragen von Vertrag und Haftung aber auch von Gesellschaftsrecht, Erbrecht, Vertragstypen, Gewährleistungs- und Anspruchskonkurrenzen geführt hatte. Diese Systematik hat sich dann besonders durch den Einfluß von Bernhard Windscheid in den Vorstellungen und Begriffsbildern des BGB niedergeschlagen.

Von Begriffsbildern i.S. symbolischen Denkens kann man sehr wohl reden, da das Rechnen und Kalkulieren auf dieser Symbolebene in der Routinepraxis als sog. juristische Logik und korrekte Definitions- und Subsumtionsarbeit ein Ersatzvorgang für die Komplexität der Überlegungen ist, die der Jurist außerhalb solcher Begriffssymbole wertend anstellen muß. Symbolwelten haben nun aber auch ihre Vergänglichkeit, und mit jeder Schöpfung neuer dogmatischer Figuren durch Anerkennung einer besser problemerfassenden Doktrin hat sich das ursprüngliche BGB-System so verändert, daß man auch in Kreisen Konservativer nicht mehr von einem geschlossenen

sondern von einem offenen System spricht. Offen heißt aber nun: zugänglich für Korrekturen aus dem Bereich sachpolitischer Richtigkeits- und Gerechtigkeitsüberlegungen. Solche Korrekturen wurden auch von den Schöpfern der Kodifikation ohne Bedenken legitimiert, die in zahlreichen Passagen der Motive zum BGB davon redeten, daß man die weitere Ausbildung der betreffenden Regelung der Theorie und Praxis überlassen könne. So haben sich sehr schnell Doktrinen, die das BGB nicht integriert hatte, aus gemeinrechtlicher Wurzel wieder eingenistet, ohne daß man von einem außerdogmatischen Denken reden könne, wenn etwa die Haftung aus culpa in contrahendo oder die Begründung von Anscheinsvollmacht auf dem Vertrauensgrundsatz praktiziert wird.

Immerhin ist zwischen diesen beiden Argumentationstype bereits ein Unterschied feststellbar: Die Vertrauenshaftung für Verschulden beim Vertragsschluß hatte eine historische Überlieferung für sich, der Vertrauensschluß im Vollmachtsrecht wurde rein pragmatisch begründet. Diese pragmatischen Begründungen nun nehmen — und das ist der Tenor meines heutigen Vortrages — von Jahrzehnt zu Jahrzehnt zu. Es werden nicht Argumente systematischer Notwendigkeit oder dogmatischer Autorität in den Vordergrund gerückt, sondern Argumente der Richtigkeit, der Folgenbeachtung, der Vernünftigkeit unter dem Gesichtspunkt eines unterstellten sozialen wirtschatlichen oder politischen Regelungsziels und dabei wird nicht mit Notwendigkeit auf das Gesetz zurückgegriffen, dessen ratio zum großen Teil verblasst und obsolet ja oftmals auch zweideutig ist. Solche Gesichtspunkte nun, die von praktischen oder jedenfalls pragmatischen Motivationen getragen an die Plausiblität der Lösung appellieren und nicht an die Stringenz, pflegen wir heute topische Argumente zu nennen, womit bekanntlich ein begrenztes Arsenal ursprünglich aristotelischer Formen des rhetorischen Wirkens verallgemeinert und philosophisch gesprochen auch sinnentfremdet wird. Bedeutsam bleibt, daß es auch auf diesem Gebiet der einleuchtenden und nicht zwingenden Argumente Standardformeln gibt, Standardformeln der Sinn- und Zweckmäßigkeit oder auch der demonstratio ad absurdum, Standardformeln aber auch, die sich in Praktiker-

maximen niedergeschlagen haben, wie sie etwa dem Verständnis der regulae iuris antiqui in Buch 50, Kap. 17 der Digesten entsprechen. Auch hier ist die Professionalisierung des juristischen Denkens darauf angewiesen, eine bestimmte Auswahl unter den für Billigkeit und Akzeptabilität qua allgemeiner Konsens denkbaren Argumente zu treffen. Diese Auswahl geschieht freilich nicht nach Effizienzgesichtspunkten sondern sehr weitgehend nach Gesichtspunkten der Legitimierungstaktik für eine anderweitig einleuchtende Entscheidung. Argumentationsformeln in den Entscheidungsgründen haben immer eine apologetische Natur, mögen sie nun im klassischen Sinne dogmatisch geprägt sein oder rhetorisch. Zu diesen rhetorischen Argumentationsformeln gehören etwa die Deduktionen aus dem sog. Wesen eines Rechtsinstituts, demzufolge man bestimmte Lösungen als mit dem Wesen dieses Instituts unvereinbar ablehnen müsse. Aber auch andere undefinierte Wertungen sind in diese Reihe zu stellen. Prinzipien z.B., die von einer Würdigung der Gesamtpersönlichkeit sprechen oder das Postulat der Verhältnismäßigkeit aufstellen, sind ebenso leerformelmäßig brauchbar wie all jene politisch gefärbten und nicht definierbaren Wertungen, die ein bestimmtes Verhalten als sozialschädlich oder dergleichen verwerfen. Diese Begriffe sind eben nicht explikativ nachprüfbar, haben keinen Definitionsinhalt und keinen Informationswert, sondern sind ihrerseits Wertungssymbole, aber auf der Ebene unmittelbarer Wertung. Über das Stadium der Verbalisierung von Wertungen kommt man offenbar nicht hinaus, ob man nun die einzelnen Wertungselemente verbalisiert oder ein ganzes Programmziel von komplexen Zielsetzungen, die sich unter rechtspolitischen Worten wie Resozialisierung oder Menschenwürde verbergen.

Aus verständlichen Gründen wird die Bedeutung dieser leerformelhaften Argumente im akademischen Unterricht nicht näher untersucht. Die pädagogische Verantwortung legt auch dem heutigen Dozenten nahe, die logisch-systematischen Argumente in den Vordergrund der Ausbildung zu stellen. Der Anschauungswert der veröffentlichten höchstrichterlichen Urteile endet dann freillich jeweils an dem Punkt, wo die dog-

matischen Begriffs- und Systemargumente regelmäßig abgebrochen oder abgelöst werden durch das Eingehen auf die Frage der praktischen Bedeutung und Tragbarkeit einer Lösung. Solche Überlegungen sind nach unserer akademischen Übung nicht lehrbar, sie werden nur jeweils als Kontrollgesichtspunkte verwendet, deren legitimer Platz in der wissenschaftlichen Arbeit nicht bestritten wird. Im sog. Urteilsstil im Gegensatz zum Gutachtenstil ist das unmittelbare Durchgreifen auf Gerechtigkeitsfragen nicht akzeptiert. Das ist deshalb eine trügerische Didaktik, weil die begrifflich-logischen Argumente selbstverständlich nur das hergeben, was durch die Richtigkeit der Prämissen positiv oder durch ihre Unvollständigkeit negativ zu erwarten steht. Das logische Urteil ist ein rein analytisches und kann nicht wertungsbegründend wirken. Die Einflechtung von Unterstellungen wertender Art in den Subsumtionsprozeß, sei es in den Obersatz, sei es in den Untersatz ist infolgedessen eine geradezu notwendige Manipulation, wenn man den dogmatischen Erfolg eines scheinbar wertungsfreien Erkenntnisprozesses dartun will. Die Unterstellung von Notwendigkeiten, Eigenheiten, Erfahrungen usf. ist der eigentliche Ansatzpunkt für das, was der Praktiker das gesunde Judiz nennt und von diesem wird nun offenbar in einer magischen Hoffnung die Lösung der Paradoxie erwartet, wie aus einem analytischen Urteil ein synthetisches werden könnte. Das gilt auch für die Anwendung der logischen Kunstschlüsse, die sich in allen kontinentalen Justizpraktiken einen ehrwürdigen Rang erworben haben. Die *argumenta a simili* oder *e contrario,* das *argumentum a coherentia* oder die *reductio ad absurdum,* das *argumentum a fortiori* und viele andere dieser schulmäßigen vermeintlich logischen Formeln beruhen auf Unterstellungen, die nicht ausdrücklich geprüft werden: daß die hier zum Vergleich oder zum Abschrecken, zum ähnlich oder abweichend Behandeln benutzten Symptome in der Tat die zu der fraglichen Entscheidung oder Regelung maßgeblichen Leitbilder darstellen. Je nach der Hervorhebung des einen oder anderen Symptoms lassen sich derartige Argumente, mögen sie auch ganz rational klingen, als *petitiones principii* durchschauen. Das wird ganz offen bei den ursprüng-

lich als Gesetzestreue gewerteten Argumenten aus der Vernünftigkeit der Regelung. Da eine gesetzliche Normierung natürlich nur im Lichte der geschichtlichen Gegenwart als vernünftig beurteilt wird, läßt sich die Vernünftigkeit, also die teleologische Auslegung im objektiven Sinn nicht aus dem Gesetz selbst herleiten. Insofern ist die subjektive oder historische Auslegung konsequenter — nur daß sie sich in bedeutsamen und komplexen Regelungsfragen schon nach kurzer Zeit verbraucht.

Die nähere Betrachtung all dieser scheinbaren logischen Argumente führt zu der Feststellung, daß sie ihre Beweiskraft oder Stringenz auch aus keiner anderen Quelle beziehen kann als aus der Kunst der Rhetorik, die mit Formeln etwa von der sog. Natur der Sache in der gleichen Weise über die Zweckbestimmung und Vernünftigkeit von Einrichtungen und Maßnahmen redet wie es der gesetzestreu denkende begriffliche teleologische Denker mit seinen Reden über die *ratio legis* tut. Der Unterschied liegt allein in dem Anspruch dieser Auslegungs- und Ergänzungspraktiken, ein positives System auf seine ursprüngliche oder jedenfalls ursprünglich intendierte Vollständigkeit hin zu präzisieren und zu komplettieren. Das ist allerdings der Preis des Gebotes der Gesetzestreue, daß wir die zeitgenössischen Anschauungen in das Gesetzessystem oder sein Konzept hinein projizieren. Der von mir zitierte frühere Präsident des BGH formuliert die Gewissensfrage des Richters gerade in dieser Eigentümlichkeit, daß der Richter den Weg finden müsse, so schmal er sei, zwischen der Treue zum Gesetz und seiner Fortbildung durch Anpassung an veränderte Umstände, was immer hier an Umständen relevant sein mag. Die deutsche Verfassung gibt für diesen Anpassungseffekt eine berühmte Ermächtigung durch die Formel, daß der Richter nach Gesetz und Recht entscheiden müsse, womit eben in nuce die Gerechtigkeitüberzeugungen gemeint sind, die einen nicht nur Eintagsgehalt und partiellen Rückhalt in der veränderten sozialen und wirtschaftlichen Struktur haben.

Es wäre voreilig zu vermuten, daß die deutschen Obersten Zivilrichter unter dem Einfluß des Gemeinen Rechts formalistischer gearbeitet hätten als in der Begriffsjurisprudenz, wie

sie von Windscheid inauguriert wurde. Die Entscheidungen aus den ersten Jahren des Reichtsgerichts nach seiner Gründung 1879 sind notwendig auf allgemeine sowohl pandektistische als auch reichsgesetzliche Regelungen beschränkt. In beiden Fällen werden Sachüberlegungen durchaus in die Argumentation aufgenommen. Nur — und das ist der Unterschied gegenüber heute — bleiben die Sachargumente im Rahmen der durch die Quellentexte legitimierten Ermessensfreiheit, nämlich der Standards von Handelsbräuchen, Versicherungsübung oder zumindestens der guten Sitten. Formalismus findet sich nur da, wo auch die Institution formale Sanktionen verlangt, etwa im Wertpapierrecht oder im Testamentsrecht. Formal ist auch die Beharrung auf anerkannten gemeinrechtlichen neuen gesetzlichen Vertragsarten. Es wird in größerem Umfange die Antwort erteilt, daß es eine bestimmte Rechtsschutzmöglichkeit nach Gemeinem oder Reichsrecht nun einmal nicht gebe, ohne daß man die Bemühung des modernen Richters walten läßt, durch Umdeutung dem Parteiinteresse anderweitigen Schutz zu zollen. Der Begriff der Umdeutung ist ebenso wie die über die Textauslegung hinausgehende Vertragsergänzung erst durch das BGB geschaffen worden und obwohl man Verträge sui generis im Gemeinen Recht durchaus kannte, blieb man doch bei dem Aktionensystem des Römischen Rechts stehen. Einzelne Fortbildungsversuche muten mehr spektakulär als exemplarisch an. Berühmt geworden ist der Fall einer Herausgabeklage von fotografischen Negativen und Abzügen gegen einen zudringlichen Pressefotografen, der ohne Erlaubnis des Hauses Bismarck den Fürsten Otto von Bismarck auf dem Totenbett fotografiert hatte. Nachdem der Fotograf trotz offensichtlicher *Kleverness* in Konkurs gefallen war, war die juristische Situation für eine Herausgabeklage außerordentlich unglücklich. Der Sachverhalt konnte allenfalls schuldrechtliche oder und schuldrechtliche Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche rechtfertigen. Beide aber sind nach dem seit 1879 geltenden Konkursrecht keine Grundlage für eine Aussonderungsklage sondern gewähren nur Geldansprüche. Dennoch hat das Reichsgericht in jener berühmten Entscheidung im 45. Band erklärt, daß die besondere Lage eine analoge

Anwendung der eigentumsrechtlichen Aussonderungsansprüche gegen den Konkursverwalter rechtfertige — obgleich damals eine Art Persönlichkeitsrecht, inbesondere der absolute Anspruch aus der Verletzung des Rechts am eigenen Bild, noch nicht bekannt war.

Der Urteilsstil in jener vor dem BGB zu beobachtenden Judikatur ist auch keineswegs durch unnötiges Hervorkehren des logischen Syllogismus nach dem Muster des französischen Urteilsstils gekennzeichnet. Die Imitierung dieser Aufbauform mit alleiniger Hervorkehrung des tatbestandlich relevanten Sachverhalts in der Wiederkehrformel «Attendu que...» findet sich nur in der Judikatur eines speziell aus den Rheinlanden für deren noch bis 1900 geltendes französiches Recht zusammengesetzten Senat. Wir haben also im allgemeinen schon substantiierte Sachdarstellungen, die aber im sog. Urteilsstil zugespitzt sind, auf die den Urteilsausspruch tragenden Gründe. Man ist daher einerseits nicht sicher, welche Umstände von möglicherweise umstrittener Relevanz außer Acht gelassen wurden, andererseits werden dem Leser die umfangreichen Grundsatzerwägungen erspart, die als obiter dicta leider die modernen höchstrichterlichen Entscheidungen und schließlich auch deren Fortentwicklung belasten. Daß die Begriffsargumente mithilfe entsprechender Definitionen auch wirtschaftlich und sozialpolitisch gezielt manipuliert werden, kann man schon vor Inkrafttreten des BGB feststellen. Berühmt geworden ist eine Entscheidung, die die neu eingeführte Gefährdungshaftung für Eisenbahnen auch auf einen Arbeitsunfall bei einer Materialbahn ausdehnte, die unstreitig nur der Herstellung einer Eisenbahnstrecke dienen sollte. Man hat sich nicht bemüht, hier einen Zweckzusammenhang oder eine Schutzaufgabe des Gesetzes zu definieren, sondern blieb im Rahmen naiver Wortdefinition dessen, was nach Lexikonwissen unter dem Wort Eisenbahn zu verstehen sei. Die Definition, die alle technischen Gefährdungskomponenten eines Bahnbetriebs auf generelle Weise hintereinander und ineinander schachtelt, umfaßt in einem einzigen Satz eine halbe Druckseite. Dabei ist es offenbar nicht aufgefallen, daß das Ausmaß der Gefährdung und auch der Schutzzweck gegen die neuartige Transportgefahr

sich nicht mit einer Aufzählung der physischen oder physikalischen Komponenten des Begriffes Eisenbahn beschreiben lassen. Es ging nicht um eine rechtspolitische Würdigung des Gesetzes, sondern um eine vollständige Erfassung der zur Subsumtion geeigneten Kriterien des Eisenbahnbetriebs mit dem Ergebnis, daß nach Bejahung aller 10 oder 12 spezifischen Merkmale dessen was man unter Eisenbahn und Eisenbahntransport versteht, die Bejahung der Haftung nach der neuen Bestimmung sich, wie es in der Entscheidung heißt, ganz von selbst versteht. Dieses sich von selbst, nämlich aus der Sprache und ihrer damals noch überzeugend scheinenden Uniformität verstehende Konsensprinzip sog. juristischer Logik ist am besten im Handelsrecht aufgelockert worden, wo eben nicht nur eine Umgangssprache sondern eine Reihe verschiedenartiger Handelsmärkte und technischer Spracheigenarten das Gericht zwangen, übergeordnete sachliche Gesichtspunkte aufzuzeigen. Das geschieht denn auch regelmäßig in Fragen des Gesellschaftsrechts, des Strafrechts, des Versicherungsrechts, ohne daß man hier eine Privilegierung der Senate gegenüber dem Gesetz erkennen könnte, denn das Reichshandelsgesetzbuch bestand ja auf der früheren Basis des Bundesrechts als Reichsgesetz schon lange vor dem BGB.

3. Die Einführung dieser großen Kodifikation hat das Reichsgericht in doppelter Weise belastet: Zum einen muß der Entscheidungsstil jetzt mehr als bisher zu einem Lehrstil in der Verfolgung der Vereinheitlichungsaufgabe der Judikatur werden, zum anderen wird die Argumentationsweise doktrinärer ganz entsprechend der lehrhaften Aufbauform des BGB. Dieser Doktrinarismus läßt sich sprachlich verfolgen aber auch in einer gewissen schulmeisterlichen Zurechtweisung der vorinstanzlichen sog. Konstruktionen als irrig, abwegig und mit dem Gesetz unvereinbar. Die Ideologie der Gesetzesmacht läßt die Sachorientierung der Konfliktsentscheidung in der ersten Dekade des neuen Jahrhunderts ganz zurücktreten hinter Fragen der richtigen Begriffsausfüllung und der Grenzen richterlicher Freiheit. Im Gegensatz zu den schon erwähnten wiederholten Vollmachten der Gesetzesmaterialien an Lehre und Rechtsprechung glaubte die Leipziger Hohe Gerichtsbarkeit,

eine maximal historische Gesetzestreue an die Spitze aller Aufgaben setzen zu müssen. Die Diskussion vollzieht sich in den Entscheidungsgründen dieser Zeit selten anhand von Sachargumenten. Der Anwalt kann seine Gerechtigkeitsvorstellung nicht gegen die möglicherweise sehr dürftigen Materialien durchsetzen. Ausnahmen bilden die Situationen, in denen nach dem Grundsatz «ut magis valeat» die effizientere Lösung einer offensichtlich unbehelflichen Folge vorgezogen wird. Das war die Situation, in der sich die bekannte Freirechtslehre als Protestbewegung gegen die Begriffsjurisprudenz erhob — nicht wegen des konstruktiven Manipulierens, sondern wegen der Hilflosigkeit dieser Methode angesichts evident ungerechter Lösungen. Das war auch das Milieu, in welchem Eugen Ehrlich die Rolle der Rechtslogik erstmals frontal angriff, schon damals entdeckend, daß die Überzeugungskraft nicht aus den Deduktionsmöglichkeiten sondern aus dem Konsens über die vorausgesetzten Axiome, Postulate und Rechtsgrundsätze erwächst. Diese Lage änderte sich durch die Krisen des ersten Weltkriegs und der Wirtschaftskatstrophen in seinem Gefolge sehr gründlich, da nunmehr die begriffliche Zuverlässigkeit einer wirtschatlichen Betrachtung und der Rückbesinnung auf die Wertungsaufgabe des Richters nach Treu und Glauben weichen mußte.

Es ist die Epoche, in der die sog. «wirtschaftliche Unmöglichkeit» an die Stelle des klassischen Begriffes der unmöglichen Leistung tritt, in der die alte Lehre von der clausula rebus sic standibus wieder ins Leben gerufen wird, in der man in dem unscheinbaren § 242 BGB etwas weit über die Begründung von Nebenpflichten Hinausgehendes entdeckt, nämlich eine Generalklausel, mit der Rechtsausübung auch bei legitimer Rechtsinnehabung kontrolliert werden kann.

Es ist bekannt, daß bedeutende Autoren und hervorragende Praktiker diese sog. Flucht in die Generalklausel als das Ende der Rechtssicherheit angeprangert haben — vergeblich. Andererseits blieb solche Praxis kein Hindernis für verfeinerte dogmatische Neuorientierung in Urteilsstil und -verantwortung. Die Absicherung neuer Erkenntnisse durch problemgerechtere dogmatische Formulierungen ist auch in der Zeit der Weimarer

Republik ein wichtiges Anliegen der Revisionsentscheidungen geworden. Man kann das gerade am Stilwandel der Judikatur im Problem des «Wegfalls der Geschäftsgrundlage» demonstrieren.

Nachdem die Redaktionskommission ausweislich der Motive und Protokolle zum Schuldrecht des BGB das gemeinrechtliche Klausulaprinzip bewußt abgelehnt hat, versuchte die Judikatur entsprechende Härtefälle zunächst über den Begriff der Unmöglichkeit zu meistern. Es finden sich Entscheidungen, in denen die Definition der Unmöglichkeit die dogmatische Brücke zur Befreiung des Schuldners von der wirtschaftlich ruinös werdenden Vertragstreue leisten sollte.

Der Argumentationsstil ist typisch begrifflich: durch die individuellen Hindernisse werde nicht nur eine vorübergehende Leistungserschwerung sondern eine völlige Veränderung des Leistungsgegenstandes bewirkt. Mit den großen Krisen des Weltkriegs und der ersten Nachkriegszeit zeigt sich aber die Notwendigkeit eines breiteren und nicht nur kasuistischen Argumentationsrahmens ab: die Unmöglichkeitsdoktrin wird zwar nach wie vor bemüht, daneben aber tritt die Ablehnung einer Vertragstreue, deren Unzumutbarkeit evident ist und deren Beharren beim Gläubiger sein Verhalten als einen Verstoß gegen Treu und Glauben i.S. von § 242 erscheinen läßt. Das dogmatische Hilfsmittel ist die Unterscheidung zwischen Recht und Rechtsausübung — es wird nicht der Anspruch negiert, sondern nur die Berechtigung an ihm festzuhalten.

1920 sieht sich das Reichsgericht zum ersten Mal gezwungen, diese Judikatur in sog. Rechtsgrundsätzen zu bekräftigen, die gewissermaßen Formulierungen von gesetzesartigem Allgemeincharakter enthalten. Der Urteilsstil bekommt damit erstmals eine Wendung ins Allgemeingültige, der von dem Gesetzesausführungsdenken in die moderne Aufgabe sozialer Regelungspraxis hinüberleitet. Es wird ein Grundsatz in Bezug auf die durch Kriegseinflüsse undurchführbaren bzw. nach Treu und Glauben nicht aufrecht zu erhaltenden Vertragspflichten aufgestellt und es wird unter einem zweiten Leitsatz präzisiert, daß unter bestimmten Umständen von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen sind, die den von den Par-

teien ins Auge gefaßten Risikoübernahmen Rechnung tragen. In einem dritten Leitsatz wird schließlich ausgesprochen, daß diese Grundsätze nicht nur für den Krieg und seine Wirkungen Geltung besitzen, sondern in entsprechender Weise auch für die deutsche Revolution und ihre Folgen (RGZ 98, S. 18 und 21). Der Stil einer Regelung pro futuro ist gerade damit manifestiert. Die folgenden Jahre brachten eine Rückbesinnung auf die Notwendigkeit dogmatischer Verfestigung solcher Grundsätze und führten zur Anknüpfung der Praxis an die von Paul Ortmann erfundene Doktrin von der gesetzlich anerkannten Vertragsauflösung im Falle beiderseitigen Irrtums. Obgleich die Irrtumslehre mit unserem Problem grundsätzlich nichts zu tun hat, bot sie durch eine bekannte Einzelregelung für den beiderseitigen Grundlagenirrtum beim Vergleich (§ 779 BGB) dem Dogmatiker einen willkommenen Rückhalt für die These, daß eine von beiden Seiten unvorhergesehene vollständige Änderung der beiderseits vorausgesetzten maßgeblichen Vertragsgrundlagen diesen hinfällig mache. Auf diese Theorie stützt sich nun die Judikatur, soweit es sich um Fälle individueller Enttäuschung i.S. der englischen Frustrationsdoktrin handelt. Diese heute sog. subjektive Geschäftsgrundlage wird also nach dogmatischen Fortbildungsmethoden behandelt, während die in der Inflation und durch politische und wirtschaftliche Allgemeinkatastrophen objektive Veränderung der Geschäftsgrundlage unter dem Gesichspunkt der Äquivalenzstörung nach wie vor im Rahmen des erwähnten § 242 der richterlichen Diskretion überlassen bleibt.

Interessant ist nun, daß man auch bei der dogmatischen Behandlung der subjektiven Grundlagenproblematik nicht den folgerichtigen Weg der Nichtigkeit des Vertrages oder seiner automatischen Auflösung wählte, sondern in einer langen Judikaturentwicklung die Doktrin aufstellte, daß in erster Linie das Prinzip der Vertragstreue zu berücksichtigen sei, so daß bei entsprechend möglichen Abänderungen von Leistung oder Gegenleistung der Vertrag in abgeänderter Form aufrecht zu erhalten sei. Daß hier in der Tat der Richter eine Gestaltungsbefugnis erhält, wenn die Parteien nicht von sich aus eine entsprechende Abänderung einverständlich vollziehen, ist eine

weitere Novität in der Aufgabenkompetenz des Zivilrichters als eines Organs, das nicht nur nach dem Gesetze Streit entscheidet, sondern jenseits der Gesetzesanwendung vernünftige Regelungen vollzieht. Man hat in der weiteren Entwicklung dieser Einstellung bei aufsehenerregenden Fällen nicht eingehaltener bäuerlicher Erbeinsetzungszusagen geradezu von neuen Aufgaben der sog. Regelungsstreitigkeiten gesprochen (Fritz Baur).

4. Was für mein Vortragsthema interessiert, ist die Veränderung des Argumentationsstils, die sich mit dem neuen Aufgabenkonzept richterlicher Neuregelung in sog. Regelungsstreitigkeiten der Erb -, Gesellschafts - usf. - rechts. fällig wurde, auch wenn diese Aufgabe nicht als ein sog. *social engeneering* verstanden wurde. Wo Entscheidungen gestaltende Massnehmen umfassen, mögen sie als Alternativen aus dem Gesetz oder im Wege der Fortbildung aus Verfassungsbestimmungen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen legitimiert werden, können die Argumente sich nicht auf begrifflich-systematische Ableitungen und logische Syllogismen beschränken. In all diesen Fällen, in denen auf die Lebensbedürfnisse, das Sittengesetz, die praktische Vernunft, die Natur der Sache, die neuartige Verwendung älterer Rechtsinstitutionen und dergl. Rücksicht genommen oder sogar zentral abgestellt werden muß, sind Argumente notwendig, die eben jene Sozialfragen der praktischen Vernunft unter Berücksichtigung der Brauchbarkeit des Ergebnisses, der Billigkeit und der Zumutbarkeit erörtern. Das ist, kurz gesagt, der Argumentationsstil, den man mit dem Schlagwort *Topik* zu bezeichnen pflegt.

Lassen Sie mich für diesen Stilwandel einige Beispiele geben, welche seine Gründe und Auswirkungen illustrieren mögen: Die Hinwendung der Entscheidungsbegründungen zu lebensmäßig anschaulicher Abwägung des Für und Wider einer Lösung, die wir in Kürze als problemgebundenes oder topisches Argumentieren bezeichnen, stellt sich zunächst dar in einer viel breiter ausgesponnenen Darlegung der «rerum notitia» als es in den älteren Zivilrechtsentscheidungen üblich war. Dies gründet sich auf die Notwendigkeit von Wertungsableitungen einmal aus verfas-

sungsmäßigen Rechten und Grundsätzen, zum andern aus vorjuristischen Sozialbewertungen i.S. der Angemessenheit und Praktikabilität einer Lösung, nicht zuletzt auch durch die Alternativüberlegung, welche praktischen Folgen eine entgegengesetzte Entscheidung hätte. Schließlich muß das steigende Ausmaß von Faktenwürdigung auch erklärt werden aus der zunehnehmenden Komplexität der technischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die eine einfache Subsumtionstechnik unter juristisch erprobte Tatbestände fast niemals erlauben, sondern für ihre Lösung auf eine plausible Argumentation aller Gesichtspunkte angewiesen sind, die von Rechts wegen für die Bemessung der Ansprüche und Pflichten oder der Verteilung von Verantwortungs- und Risikobereichen maßgebend sein müssen. Maßgebend heißt hier bei vernünftiger Anwendung gesetzlicher Institutionen im Lichte der heutigen Sozialanschauungen.

Ein Charakteristikum für diese Auffassungs- und Begründungsweise ist die Projektion des Appells an die Einsicht der Parteien dadurch, daß nun nach erfolgter Entscheidung ad hominem behauptet wird, daß eine bestimmte Rechtsauffassung nicht nur dem Gesetz entspreche sondern auch der Einsicht aller anständig und gerecht Denkenden zugänglich sei. In dieser berühmten Formulierung des Rg können wir also geradezu ein Symbol für die Stellung des Adressaten als Partner eines angebotenen Konsenses über verallgemeinerungsfähige Interessen sehen: Partner und nicht Objekt des Prozeßverfahrens.

Die Illustration der Gründe, die zu einer breiteren Darstellung von nicht dogmatischen Plausibilitätsargumenten führen, kann an einigen kurzen Textbeispielen aus den Entscheidungsgründen neuerer Zivilrechtsurteile aus einem einzigen Band der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs geschehen. a) Im 60. Band findet sich u.a. eine Entscheidung des Ersten Zivilsenats vom Februar 1973 zur Untersagung von Briefwerbungen, gegen die der Kläger schon wiederholt wegen der Lästigkeit dieser unerbetenen Materialzusendungen beim Absender, einem Automobilgroßhändler, protestiert hatte. Der Kläger hat seine Unterlassungsklage auf die Verletzung

seiner Persönlichkeitssphäre gestützt und wurde von beiden Vorinstanzen in seiner Meinung bestätigt, daß auch allgemeine unerwünschte Briefwerbung nicht gegen der erklärten Willen des Adressaten zugestellt werden dürfen. Der BGH mußte sich mit der Frage befassen, wo die Grenze zwischen unzumutbaren Belästigungen des Adressaten durch solche Werbesendungen liegt, die sich in ihrer äußeren Aufmachung völlig als Privatbriefe tarnen und solchen Werbesendungen, die in ihrer Aufmachung ohne weiteres erkennbar und ohne besondere Mühe in den Papierkorb geworfen werden können. Eine de facto — Problematik, die der Senat dahin löste, daß die Gefahr einer unzumutbaren Belästigung tatrichterlich abgewogen werden müsse mit der von der beklagten Firma nachgewiesenen Schwierigkeit, die einmal hergestellte vom Computer gespeicherte Anschriftenliste ohne unnütze Kosten zu ändern. Die gerechte Lösung wird also von einer tatsächlichen Aufklärung des Verhältnisses dieses Zeit — und Kostenaufwandes im Hinblick auf die vom Kläger unwidersprochen behauptete Belästigung abhängig gemacht. Der *juge du fait* hat nach vernünftigen Maßstäben abzuwägen, welche Lösung die adequateste und angemessenste sei.

b) In einer anderen Entscheidung wird das Risiko der Ausgabe von Zimmerschlüsseln in einem Krankenhaus unter dem Gesichtspunkt gewürdigt, daß bei dem heutigen Bestand an Pflege- und Reinigungspersonal die Gefahr des Verlustes und Mißbrauchs solcher Schlüssel vom Krankenhausträger bedacht werden müsse. Man könne also nicht ohne weiteres eine Klausel der Krankenaufnahmebestimmungen als unbeachtlich bezeichnen, die den Patienten rechtlos stellt, falls er seine Wertsachen nicht im Verwaltungsbüro des Krankenhauses abgeben will. Auch wenn diese Wertsachen, wie ein besonders teures Fernsehgerät, schwer bei jedem Verlassen des Krankenzimmers fortzuschaffen seien, habe der Kranke keinen Anspruch auf Aushändigung eines Zimmerschlüssels, da bei den gegebenen Personalverhältnissen selbst diese Lösung keine Sicherheit für die eingebrachten Wertobjekte verbürge .Unzumutbar sei eine solche Verwahrungsklausel nur dann, wenn der Patient, körperlich unfähig, den schweren Apparat selbst über

einen längeren Weg zum Verwaltungsbüro zu transportieren, vergeblich die Hilfe einer Pflegeperson für diesen Transport angesucht hätte — was nicht der Fall war.

Auch hier geht es also um die Abwägung von Zurechnungsgesichtspunkten unter plausiber Würdigung der faktischen Verhältnisse. Irgendeine dogmatische Maßstabshilfe für die Richtigkeitsverwägung fehlt nun einmal, ja es ist auch kein gesetzliches Blankett vorhanden, das auf Verkehrssitte oder andere Standards verweist. Es bleibt nicht mehr bei der sogenannten Ausfüllung gesetzlicher Normen, wie man es früher verstand, sondern bedarf der selbständigen Argumentation aktuell überzeugender Haftungsgrenzen und Verantwortungsmaßstäbe.

c) Ein häufig benutztes Modell für die Begründung solcher Verantwortungen ist die Postulierung eines allgemeinen Rechtsprinzips oder -gedankens, wie z.B. des sog. Vertrauensgrundsatzes. Wir finden im gleichen Band auch hierfür ein gutes Beispiel in einer Entscheidung des 7. Zivilsenats. Er betrifft die Haftung wegen culpa in contrahendo aus einem einfachen Rechenfehler des Bauunternehmerbüros bei dessen Angebot im öffentlichen Ausschreibeverfahren, den der auf das Ergebnis vertrauende Bauträger selbst auch nicht erkannt hatte. Es heißt hier: «Ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß ist gerechtfertigt durch das besondere Vertrauen desjenigen, der sich zum Zwecke von Vertragsverhandlungen in den Einflußbereich eines anderen begibt und in den Verhaltenspflichten, die dem anderen Teil daraus und aus dem Gebot von Treu und Glauben erwachsen. Der Anspruch beruht also auf dem Erfordernis des Vertrauensschutzes». Diese Begründung bildet gleichsam den Rechtsgrundsatz, aus welchem nun unmittelbar die Relevanz der Irreführung des Auftraggebers durch ein nicht richtig berechnetes Angebot beurteilt wird. Der Auftraggeber wird mangels entgegenstehender Verkehrssitte für verantwortlich dafür erachtet, daß er nicht nur die Endsummen sondern auch die Einzelpositionen eines Angebotes im Ausschreibungsverfahren prüft und sich selbst die Mühe macht, etwa vorkommende Rechnungs- oder Übertragungsfehler von sich aus zu korrigieren. Der Schwerpunkt

der Argumentation liegt abermals in einer Würdigung der faktischen und sozialen Situation und nicht, wie man es früher getan hätte, in einer «*Auslegung*» des Prinzips vom gerechtfertigen Vertrauen.

d) Die Schutzwürdigkeit wird selbst in einer so weitgehend formal geregelten Materie wie dem Liegenschafts- und Hypothekenrecht aus faktischen Gesichtspunkten erörtert, wie man an einer der nächsten Entscheidungen beobachten kann, in der der 5. Senat zur Frage der Reichweite einer Hypothekenlöschungsvormerkung Stellung nimmt. Diese Löschungsvormerkung hatte nach ihrem Wortlaut und typischen Zweck nur die Bedeutung, vorhandene Fremdhypotheken, die durch Rückzahlung der Valuta zu Eigentümergrundschuldposten werden würden, zugunsten des vorgemerkten nachrangigen Hypothekengläubigers löschen zu lassen. In unserem Falle war nun eine Fremdhypothek mangels Valutierung auf dem vorrangigen Posten gar nicht erst entstanden und der Eigentümer glaubte mit dieser noch ihm zustehenden Grundbuchstelle anderweitig operieren zu können, trotz des für den zweiten Hypothekengläubiger eingetragenen Löschungsvorbehalts. Dem widersprach der durch die Löschungsvormerkung begünstigte nachrangige Hypothekengläubiger mit der vom Gesetz zwar nicht dem Wortlaut aber dem Sinne nach gedeckten Begründung, daß die Entstehung einer Eigentümergrundschuld zu seinen Lasten verhindert werden solle. Der BGH folgt dieser Meinung nicht, da, wie er sagt, die Interessenlage und die Verkehrssitte eine solche ausdehnende Interpretation des Gesetzes nicht rechtfertigten. Mit dem Begriff Interessenlage wird nun hier auf die heute allgemein praktizierte Technik einer Zwischenfinanzierung Bezug genommen, die der Eigentümer dann in Anspruch nehmen muß, wenn einer der schon zusagenden Geldgeber ausfällt. Auch diese Zwischenfinanzierung will gesichert sein und so liegt die Möglichkeit nahe, daß der definitiv ausfallende auf die erste Stelle versprochene Kredit vom Eigentümer nun anderweitig aufgenommen wird und gerade mit Hilfe dieser erstrangigen Sicherungspost abgedeckt werden muß. Dem trägt nun der BGH Rechnung mit der vollkommen undogmatischen Begründung: «Gerade beim Rang-

rücktritt für Baukreditzwecke kann die Nichterstreckung auf eine vorrangige Grundschuld heutzutage ihren guten Sinn haben im Hinblick auf die Zwischenfinanzierung: Das Sicherungsbedürfnis des Zwischenfinanzierers ist gerade dann besonders groß, wenn es aus irgendeinem Grund endgültig nicht zur Valutierung durch den eingetragenen Hypothekar kommt».

e) Ein letztes Beispiel aus dem gleichen Band Amtlicher Veröffentlichungen soll die Notwendigkeit unmittelbarer Wertungsargumentation nach plausiblen Gerechtigkeitsgesichtspunkten in dem breiten Bereich der Konflikte von Privateigentum und öffentlichem Interesse illustrieren. Es ging um die Frage einer entschädigungspflichtigen Enteignung durch behördliche Untersagung des Kies- oder Sandabbaus aus einem dazu bestimmten Grundstück, nachdem das betreffende Gebiet als Wasserschutzgebiet deklariert worden war. Wo soll die Grenze für die entschädigungspflichtige Enteignungswirkung gezogen werden, wenn ein Grundstück letzten Endes von keinem der hier betroffenen Grundeigentümer in bestimmten, für die hygienische Grundwasserförderung gefährlichen Formen genutzt werden darf? Dogmatisch gesprochen ist jede Beeinträchtigung der Eigentumsrechte eine Enteignung, sofern nicht ganz allgemein eine von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums gedeckte gesetzliche Beschränkung vorliegt. Daran fehlt es, denn wie der BGH sagt, die Tatsache, daß ein Grundstück sich in der Nähe eines Wasserwerks befindet und Einflüsse auf den Grundwasserstand hat, führt noch nicht zu einer Sozialpflichtigkeit dahin, seine Nutzung entschädigungslos zu unterlassen. Man könne also nicht sagen, durch die Nichtgenehmigung des Kiesabbaus sei die Dispositionsfreiheit des Eigentümers schon von Anfang an nicht verletzt worden, weil letzter gar nicht so weit reiche. Denn es liege im Rahmen der Eigentümerstellung, jede Grundstücksnutzung zu wählen, die sich aus der Beschaffenheit der Sache für ihn anbietet. Und nun kommt die Regelungsproblematik, die von der Enteignungslehre her keineswegs zu lösen ist: In welchem Umfang muß die sog. Situationsgebundenheit des Grundstücks zu Lasten des Eigentümers eine besondere Pflichtigkeit gegenüber der öffentlichen Wasserversorgung legitimieren und in wel-

em Umfang kann der in seinem Eigentumsrecht faktisch behinderte Kiessgrubenunternehmer Entschädigung verlangen? Die Lösung ist die, daß man nach den vorhandenen Wasserschutzbestimmungen all jene technischen Maßnahmen als schadenmindernd abziehen muß, die durch die definitive Verhinderung des Kiessabbaus nun überflüssig werden. Man muß also, wie es heißt, zu Lasten des Eigentümers die Kosten in Ansatz bringen, die im Falle der Möglichkeit der Nutzung durch berechtigte Auslagen entstehen würden. Daraus wird nun ganz generell gefolgert: «Die Abwägung der Interessen des Grundstückseigentümers einerseits und der Träger der dem öffentlichen Wohle dienenden Wasserversorgungsanlagen andererseits führt zu dem Ergebnis, daß bei der Entschädigung des Grundstückseigentümers die ertragsmindernden Aufwendungen zu berücksichtigen sind, auch wenn sie den Reinertrag zum großen Teil — anhaltsweise bis zu 75 % — aufzehren würden. Mit einem solchen verminderten Reinertrag müßte sich der Eigentümer infolge der Sozialgebundenheit seines Eigentums ohnehin zufriedengeben.» Damit gibt man nun der beklagten Stadtgemeinde die Möglichkeit, eine kaum widerlegbare Kostenrechnung für die Auflagen anzustellen, die sie im Falle der Genehmigung aus wasserpolizeilichen Gründen hätte machen müssen und praktisch den Entschädigungsbetrag auf 25 % des normalen Marktertrags des Kiessgrube herabzusetzen.

Solche Ausgleichsvorschläge werden ja normalerweise durch Prozeßvergleiche realisiert, hier haben wir aber wieder ein Beispiel, wie sich regulative Aufgaben des Gerichts mit undogmatischen Mitteln auch im Urteil durchführen lassen.

Ich fasse zusammen: Mit anderen Aufgaben, mit größeren Detailfragen und mit neuartigen Zurechnungsmodellen kann die heutige Zivilrechtsjudikatur offenbar nur zurechtkommen, wenn sie von traditionellen Argumentationsmustern aus dem Gesetze absieht und zu Gerechtigkeitsargumenten greift, die dem Rechtssuchenden auf allgemeinverständliche Weise plausibel gemacht werden. Eine zusätzliche Notwendigkeit für solche Plausibilität undogmatischer Begründung mag auch in

der Breitenwirkung liegen, welche entsprechend einschneidende Entscheidungen heute durch die Reaktion der Presse und anderen Massenmedien und nicht zuletzt der Interessenverbände erfahren.

Im letzten Grunde aber bezeugen die veränderten Argumentationsformen eine veränderte Einstellung zum Rechtsuchenden als Diskurspartner (*) der davon ausgehen darf, daß der Richter nicht in diesem Sinne unpraktikable Entscheidungen von sich gibt und die Praktikabilität auch durch seine Entscheidungsbegründung plausibel macht. Der Rechtsuchende ist in keinem Falle mehr als Untertan auf den Richterspruch streng nach dem Gesetz angewiesen, sondern er ist als Bürger berechtigt, die redliche Bemühung des Richters zur Herstellung einer transparenten Fragestellung auch außerhalb des nur juristischen Problems zu erwarten. Bei einem solchen Rechtsgespräch kann dann auch die Entscheidung sich nicht mit autoritativen oder professionellen Argumenten begnügen, sondern hat die in jenem Diskurs maßgeblichen Sachargumente zu würdigen.

Universität Tübingen. Josef Esser.

(*) Die Stellung des Rechtsuchenden kann natürlich nicht die eines gleichberechtigten Partners sein, da er als Normbetroffener nicht einen freien Diskurs über die Richtigkeit der Normen zu führen hat. Zudem ist der Prozeß überhaupt nicht ein idealer Diskussionsablauf i.S. kooperativer Bemühung um eine sog. Wahrheitsfindung, sondern er ist und bleibt ein Interessenwiderstreit, in welchem die Parteien keineswegs gewillt sind, die gegnerischen Interessen voll zu akzeptieren. Auch dann nicht, wenn man sie vom Richtertisch her als verallgemeinerungsfähig miteinander abzuwägen versucht. Das bedeutet einerseits, daß die Argumente, die im Urteilsstil verwendet werden, auch heute nicht dialogische und deliberative Bedeutung haben, sondern eristische oder polemische. Der Richter weiß das und baut auch keineswegs voll auf diesen Argumenten seine eigene Meinung weiter auf, sondern er behandelt diese als Gegenstand seiner richterlichen Erfahrung und nach einem von ihm selbständig gewonnenen Konzept von der Problematik des Falles und der Beweisbedürftigkeit der streitigen Tatsachen. Was allein zu tun bleibt, ist die Auseinandersetzung mit den Argumenten, auf die ihrer formalen Schlüssigkeit wegen überhaupt eingegangen werden muß.