

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 38

**Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungs-
element richterlicher Entscheidungen**

**dargestellt anhand von Entscheidungen des II. Zivilsenats
des Bundesgerichtshofs zum Recht der Personalgesellschaften**

Von

Dr. Franz Häuser



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

FRANZ HÄUSER

Unbestimmte „Maßstäbe“ als
Begründungselement richterlicher Entscheidungen

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 38

Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungs- element richterlicher Entscheidungen

dargestellt anhand von Entscheidungen des II. Zivilsenats
des Bundesgerichtshofs zum Recht der Personengesellschaften

Von

Dr. Franz Häuser



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04984 5

Meinen Eltern

Vorwort

Die Untersuchung ist im Sommersemester 1978 von dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und Schrifttum sind, soweit es von den angesprochenen Fragen her geboten erschien, auf den Stand Anfang 1981 nachgetragen.

Zu danken habe ich in erster Linie meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Walther Hadding, der das Thema angeregt und mich immer wieder ermutigt hat, die Untersuchung auf dem eingeschlagenen Weg zu Ende zu führen. Mein Dank gilt ebenso Herrn Prof. Dr. Alfons Kraft für das Zweitgutachten und die darin enthaltenen Anregungen.

Mainz, im Mai 1981

Franz Häuser

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
1. Der Bedeutungszuwachs der Rechtsprechung	13
2. Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungselemente	17
3. Beschränkung auf das Recht der Personengesellschaften	19
a) Der Einfluß der Kautelarjurisprudenz	20
b) Das Altern der Kodifikation	22
B. Allgemeine Funktion und Bedeutung unbestimmter „Maßstäbe“ als Begründungsform	26
1. Zur „Spannung ... zwischen festumrissenem Einzelrechtssatz und unbestimmter Generalklausel“	26
a) Der Wandel in der Beurteilung bei <i>Hedemann</i>	26
b) Die Situation nach dem Zweiten Weltkrieg	28
2. Die Begründungselemente aus den zu untersuchenden Entscheidungen	29
a) Die Formulierungen in den Entscheidungen	30
b) Keine „Präzisierung“ des § 242 BGB	31
c) „Treu und Glauben-Jurisprudenz“	33
d) Klassische „Anwendungsfelder“ des § 242 BGB	33
3. Zur richterlichen Entscheidungsbegründung	36
a) Kritik an der Begründungsform	36
b) Richtermeinung	37
aa) Stellungnahmen R. Fischers	39
bb) Exkurs: Fehlerhafte Gesellschaft	44
cc) Die Bedeutung der Rechtssicherheit	46
dd) Einfluß A. Huecks	48
c) Zur Begründungspflicht	48
aa) Unterscheidung zwischen Zustandekommen und Begründung einer Entscheidung	49

bb) Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	51
cc) Begründungsrationalität beim Rückgriff auf unbestimmte „Maßstäbe“	55
dd) Usurpatorischer Gebrauch unbestimmter „Maßstäbe“	61
d) Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Richters	63
C. Zur Untersuchungsmethode	68
1. Gegenstand und Methode	69
2. Fragestellungen zur Urteilkritik	70
a) Revisionsrichterliche Methode	70
b) Bezugnahme auf außergesetzliche Maßstäbe	75
c) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungsweise	80
3. Eigene Untersuchungsweise	86
D. Die ausgewählten Entscheidungen des II. Zivilsenats	91
I. Die Ausgleichspflicht in BGHZ 22, 186	91
1. Vorbemerkung	91
2. Das Urteil — BGHZ 22, 186	93
a) Sachverhalt der Entscheidung	93
b) Die wesentlichen Entscheidungsgründe	95
c) Präzisierung des Treu und Glauben-Argumentes	98
d) Das Urteil vom 10. 2. 1977 — II ZR 120/75	99
3. Kritik am Treu und Glauben-Argument	100
4. Der Ausgleichsanspruch im Spiegel der Literatur	101
a) Ablehnung jedes Ausgleichs	105
b) Eingeschränkter Ausgleich über §§ 2050 ff. BGB	106
aa) bei Rechtsgeschäft unter Lebenden	107
bb) bei erbrechtlicher Nachfolge	109
cc) Sondermeinung <i>Huber</i> und <i>Reuter</i>	111
c) Genereller Ausgleich, insbesondere über §§ 2050 ff. BGB ..	114
aa) bei Rechtsgeschäft unter Lebenden	114
bb) bei erbrechtlicher Nachfolge	116
cc) Wertung aus § 2301 BGB	117

d) Allgemeiner zivilrechtliche Begründung eines generellen Ausgleichs	117
aa) Gedanke der Treuhand	118
bb) Teilungsanordnung	119
cc) Analogie zu § 1417 BGB	121
dd) „Schöpferische Rechtsentwicklung“	122
5. Ergebnis des Schrifttumsüberblickes	123
6. Auswertung und Stellungnahme	126
a) Die „wahre“ Bedeutung von Treu und Glauben in der Entscheidung	126
b) Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund des § 139 HGB	129
c) Würdigung unter methodischem Aspekt	130
aa) Gewohnheitsrecht?	131
bb) Rechtspolitische Fehlentscheidung?	132
cc) Beschreibung der Regelungslücke	134
dd) Bedeutung von Treu und Glauben unter methodischem Aspekt	135
II. Die Einschränkung der <i>actio pro socio</i> in BGHZ 25, 47	138
1. Vorbemerkung	138
2. Das Urteil — BGHZ 25, 47	141
a) Sachverhalt der Entscheidung	141
b) Die wesentlichen Entscheidungsgründe	142
c) Präzisierung des Treu und Glauben-Argumentes	144
3. Kritik am Treu und Glauben-Argument	146
4. Die Einschränkung der Einzelklagebefugnis im Spiegel des Schrifttums	148
a) Unbeschränkte Zulässigkeit der <i>actio pro socio</i>	150
b) Einschränkung der <i>actio pro socio</i> aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht	151
c) Einschränkung aus objektiver Interessenabwägung	154
d) Einzelklagebefugnis nur bei „wichtigem Grund“ oder bei „berechtigtem eigenem Interesse des Gesellschafters“	155
e) Tatbestandlich bestimmte Fälle einer Einzelklagebefugnis ..	157
5. Ergebnis des Schrifttumsüberblickes	161

6. Auswertung und Stellungnahme	162
a) Funktion der „Treuepflicht“	162
b) Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund	165
c) Würdigung unter methodischem Aspekt	170
aa) Richterrechtlicher Lösungsvorschlag	171
bb) Umschreibung des methodischen Problems	174
cc) Bedeutung der Treuepflicht	176
dd) Würdigung des Treuepflicht-Argumentes in der Entscheidung	183
<i>III. Der Gesellschafterregreß in BGHZ 37, 299</i>	<i>185</i>
1. Vorbemerkung	185
2. Das Urteil — BGHZ 37, 299	188
a) Entscheidungssachverhalt	188
b) Die wesentlichen Entscheidungsgründe	189
c) Präzisierung des „Gerechtigkeits“-Argumentes	191
3. Kritik am „Gerechtigkeits“-Argument	192
4. Der Rückgriffsanspruch des zahlenden Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter im Spiegel des Schrifttums	193
a) Der Erstattungsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft	194
aa) § 100 Abs. 1 HGB?	195
bb) §§ 105 Abs. 2 HGB; 426 Abs. 2 BGB?	197
b) Der Rückgriffsanspruch gegen die Mitgesellschafter	198
aa) § 128 S. 1 HGB	199
bb) § 426 Abs. 1 und 2 BGB	201
cc) Ohne bestimmte Anspruchsgrundlage	204
5. Ergebnis des Schrifttumsüberblickes	204
6. Auswertung und Stellungnahme	205
a) Verdeutlichung des Begründungsweges der Entscheidung ..	205
b) Charakterisierung des Rechtsproblems	206
c) Würdigung unter methodischem Aspekt	209
aa) Interpretation von Anspruchsgrundlagen	209
bb) Methodische Versäumnisse	210
cc) Bedeutung der „Gerechtigkeit“	211
E. Zusammenfassung	214
Literaturverzeichnis	216

A. Einleitung

1. Der Bedeutungszuwachs der Rechtsprechung

In der „Einleitung“ seiner „Kritik des Zivilurteils“ begründet *Hattenhauer* seine Absicht, dem Defizit „an einer allgemeinen Einleitung in die Technik der Urteilskritik“ abzuweichen, u. a. mit dem Argument: „Die Judikatur hat im Laufe der letzten Jahrzehnte für den akademischen Unterricht sehr an Bedeutung gewonnen“¹. In dieser unmittelbar nur für die Juristenausbildung getroffenen, gerade deshalb freilich um so gewichtigeren Feststellung spiegeln sich allgemeine Beobachtungen wider, die für unsere geltende Rechtsordnung über das Zusammenwirken zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung gerade auch im Bereich des Zivilrechts anzutreffen sind². So hat *Kübler* zum Beschluß des *Bundesverfassungsgerichts* vom 14. 2. 1973 — 1 BvR 112/65 —³, in dem das Gericht die zivilgerichtliche Anerkennung eines Schmerzensgeldanspruches bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴ — das „Schulbeispiel der Grundsatzdiskussion“⁵ — als verfassungsgemäß angesehen hat, während sie in der Literatur⁶ und oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung⁷ bis zuletzt umstritten war, angemerkt: „Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts demonstriert eindrucksvoll, wie weit sich unsere Rechtsordnung auch und gerade in den Kernbereichen des Privatrechts von den Kodifikationsideen des bürgerlichen

¹ Die Kritik des Zivilurteils, S. 9.

² Mit diesem Phänomen hat sich *Fikentscher* in rechtsvergleichender Methode und mit rechtsquellen-theoretischem Interesse in seinem fünfbändigen Werk über „Methoden des Rechts“ befaßt.

³ BVerfGE 34, 269 ff. Vgl. dazu auch unten C. 2. a.

⁴ Vgl. die Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung des BGH bei *Nüßgens*, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 93, 96 f. und zusammenfassend *v. Caemmerer*, in: Ansprachen, S. 21, 26 f. Ferner zuletzt: *Ehlers*, Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; *Schwerdtner*, JuS 1978, 289, 295; *Mincke*, JZ 1980, 86.

⁵ So *Kübler*, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645, 650 mit ausführlichen Nachweisen. Als „Modellproblem“ liegt diese Rechtsprechung auch der umfangreichen Untersuchung von *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, zugrunde.

⁶ *Giesen*, NJW 1971, 801 (Anm. z. BGH, NJW 1971, 698); *Medicus*, Bürgerliches Recht, § 24 II, 2 d, Rdnr. 615, S. 292; *Flume*, Richter und Recht, S. K 6 ff.

⁷ OLG München, AfP 1970, 966 m. Anm. *Kuner* (Berufungsentscheidung zu BGH, NJW 1971, 698); OLG Frankfurt und OLG Karlsruhe, NJW 1962, 2062.

Liberalismus fort und auf ein legislatorisch ferngesteuertes *case-law-System* hin entwickelt hat, ...⁸. Diese, auch von anderen beschriebene Konvergenz der bisher weitgehend als gegensätzlich beurteilten Rechtssysteme⁹ fördert einen deutlichen *Bedeutungszuwachs der Rechtsprechung* zutage, der sich in der richterlichen Praxis so auswirken soll: „In der Revisionsinstanz wird nicht um Rechtsanwendung im Sinne richtiger Subsumtion unter eine zweifelsfreie Norm gestritten, sondern regelmäßig um die Frage, wie die anzuwendende Norm lautet, welches ihr Inhalt ist. Die Frage aber wird heute auch in unserem Rechtssystem, das vom Kodifikationsgedanken ausgeht, weitgehend nur durch Richterrecht beantwortet. Es genügt nicht, das Gesetz aufzuschlagen, man muß vielmehr die einschlägige Judikatur ermitteln“¹⁰. Der gerichtlichen Gesetzesanwendung wird mithin ein maßgeblicher *rechtsbildender Eigenwert* beigemessen, der bei funktionierender Handhabung wohlwollende Beurteilungen verständlich macht¹¹.

Esser, der vorrangig die richterliche Teilhabe am Rechtsbildungsprozeß mit wacher Aufmerksamkeit begleitet¹², kennzeichnet „die Rolle der Rechtsprechung als Initiator von Systemverbesserungen, ja, als eigentlicher Motor der Aktualisierung des Rechts und seiner Bewahrung von stets wandelnden Erwartungs- und Verständnishorizonten ...“¹³. *Diederichsen* schließlich resümiert in einem Rückblick auf 25 Jahre Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* auf dem Gebiet des Zi-

⁸ JZ 1973, 667, 668; vgl. auch *dens.*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, S. 14 Fn. 18.

⁹ Vgl. nur *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, S. 15; *Müller-Freienfels*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 39, 40; *v. Caemmerer*, in: Ansprachen, S. 21, 24; *Mühl*, Festschrift für Raiser, S. 159, 178. Vgl. auch die Warnung vor rechtstheoretischen Konsequenzen aus solchen Beobachtungen bei *H. H. Rupp*, NJW 1973, 1769, 1771; *ders.*, ORDO 23 (1972), 175, 178 und die Antwort *Essers*, NJW 1974, 921 zu Fn. 4. Skeptisch gegenüber der Übernahme der englischen Theorie auch *Hattenhauer*, Die Kritik des Zivilurteils, Rdnr. 3 S. 31; *ders.*, ZRP 1978, 83, 85. Zu den strukturellen Unterschieden beider Rechtssysteme anschaulich *Schlüter*, Das Obiter dictum, S. 88 ff. Zur Strukturverwandtschaft des römischen mit dem englischen Recht vgl. *Kaser*, Gedächtnisschrift für Dietz, S. 3, 14, aber auch S. 27.

¹⁰ So *v. Caemmerer*, in: Ansprachen, S. 21, 37; ferner *R. Fischer*, Festvortrag 52. DJT, S. H 21 f., 32; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 515. Vgl. dazu die anschauliche Anleitung „Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts“ bei *Coing*, JuS 1975, 277 ff.; ferner *Larenz*, Methodenlehre, S. 347; *Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, S. 21.

¹¹ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 514 ff., vgl. auch die Kritik, S. 531; kritisch ferner *Hattenhauer*, ZRP 1978, 83, 85.

¹² Vgl. nur: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, und zuletzt: In welchem Ausmaß bilden Rechtsprechung und Lehre Rechtsquellen?, ZfvglRw. 1975, 67.

¹³ Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 174; ähnlich *Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, S. 20 = DRiZ 1974, 183, 184.

vilrechts: „Anders, aber jedenfalls viel stärker als die Judikatur zur Zeit des RG, *beherrscht die Rechtsprechung des BGH das Rechtsleben* ...“¹⁴.

Von diesen Beurteilungen der gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse ausgehend läßt sich freilich auch ein Bogen zu den Ursprüngen des Kodifikationszeitalters schlagen und nicht selten Übereinstimmung mit der Auffassung *Oskar Bülow*s feststellen, der ausgangs des letzten Jahrhunderts das Zusammenspiel von Gesetzgebung und Rechtsprechung aufklärerisch dahin umschrieben hatte: „Deshalb hat auch durch das Emporkommen der Gesetzgebung die rechtsschöpferische Macht des Richteramtes nicht *verdrängt*, sondern nur unter die *Leitung* der Gesetzgebung gestellt werden können“¹⁵. Die Orientierung auf Gegenwartsprobleme läßt ferner allzu leicht in Vergessenheit geraten, was schon das *Reichsgericht* im Jahre 1889 in selbstbewußter Diktion über das Verhältnis von gesetzgeberischer und richterlicher Aufgabe ausführte:

„Es ist eine für den Gesetzgeber nicht erfüllbare Aufgabe, jedes allgemeine Gesetzesprinzip mit solcher Klarheit in einem Satz auszusprechen, daß sich aus diesem Satz durch einfache Schlußfolgerung die Konsequenzen für alle besonders gearteten, von dem betreffenden Prinzip beherrschten Fälle entwickeln lassen. Es ist ferner nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, für jedes sich gestaltende Lebensverhältnis eine besondere Norm zu setzen. Es ist schließlich nicht des Gesetzgebers Sache, an alle juristisch-technisch möglichen Formen zu denken, vermöge welcher (einer Rechtsprechung, welche an dem Buchstaben des Gesetzes haftet, gegenüber) die Ziele des Gesetzes verteilt werden können.

Es ist vielmehr Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der (die Jurisprudenz mit unmittelbar in die Lebensverhältnisse eingreifende Kraft bethätigenden) Judikatur die (nicht in einer allgemeinen Norm konzentriert in dem Gesetz ausgesprochenen) Grundprinzipien des Gesetzes zu Tage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen, unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden, namentlich aber nicht zu dulden, daß im öffentlichen Interesse wurzelnde Rechtsprinzipien in ihrer lebendigen Wirkung, sei es absichtlich verteilt, sei es auch nur objektiv gelähmt werden ...“¹⁶.

¹⁴ NJW 1975, 1801 (Hervorhebungen nicht im Original). *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 530 hebt als Unterschied zum RG insbesondere das „Verhältnis zum Gesetzeswort“ hervor.

¹⁵ Gesetz und Richteramt, S. 47. Aufschlußreich ist auch der Hinweis auf *O. Bülow* bei *R. Fischer*, Festvortrag 52. DJT, S. H 22 Fn. 36. Der auch heute noch anzutreffenden Einordnung als „Vorläufer“ der Freirechtbewegung (vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre, S. 65) ist *Bülow* bereits selbst entgegen getreten, in: *Das Recht* 1906, Sp. 769 ff. In seinem Sinne freilich *Manigk*, Formalismus und Freirechtsschule, in: Handwörterbuch des Rechtswiss., Bd. II, S. 474, 481; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung, S. 181 f., *Säcker*, ZRP 1971, S. 145, 148; *Berkemann*, Festschrift für Geiger, S. 299.

¹⁶ Urteil vom 2. 2. 1889, RGZ 24, 45, 49. Die Entscheidung wird von *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 3, als revolutionärer Akt eingestuft. Zur Analyse