

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 147

Billigkeit und Zugewinnausgleich

Rechtsprechung und Literatur zu § 1381 BGB
im Spiegel der juristischen Methodik

Von

Wolrad Rommel



Duncker & Humblot · Berlin

WOLRAD ROMMEL

Billigkeit und Zugewinnausgleich

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 147

Billigkeit und Zugewinnausgleich

**Rechtsprechung und Literatur zu § 1381 BGB
im Spiegel der juristischen Methodik**

Von

Wolrad Rommel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rommel, Wolrad:

Billigkeit und Zugewinnausgleich : Rechtsprechung und
Literatur zu § 1381 BGB im Spiegel der juristischen Methodik /
von Wolrad Rommel. – Berlin : Duncker und Humblot, 1991

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 147)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1990/91

ISBN 3-428-07267-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-07267-7

Für Franziska und Lenard

Vorwort

Die Arbeit lag im Wintersemester 1990/91 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main als Dissertation vor.

Herr Prof. Dr. Hans Erich Troje hat die Arbeit betreut. Ihm gilt insbesondere mein Dank. Ohne die anregenden Gespräche, die ich mit ihm geführt habe, wäre der methodische Teil der Arbeit niemals in dieser Form entstanden. Er hat mein philosophisches Interesse auf rechtsmethodische und familienrechtliche Fragestellungen gelenkt. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Helmut Kohl, der so freundlich war, die Zweitkorrektur der Dissertation zu übernehmen, und meiner Frau, die mit viel Geduld den Entstehungsprozeß der Arbeit begleitet hat.

Bad Honnef, im Juli 1991

Wolrad Rommel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
I. Methodendiskussion und Methodenkanon	15
II. Die Auslegung des § 1381 BGB als methodisches Problem	18
1. Der offene Wortlaut der Einrede der groben Unbilligkeit	20
2. Der Streit über die Auslegung von § 1381 BGB in Rechtsprechung und Literatur	22
3. Die Ansätze in der Literatur zur methodischen Auslegung des § 1381 BGB	25
III. Der Fortgang der Untersuchung	27
1. Kapitel	
Juristische Methodik und Wahrheit	28
I. Savigny und die Methodenlehre des Privatrechts im 19. Jahrhundert	29
II. Die Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches. Anspruch und Wirklich- keit	31
1. Das Privatrecht als System subjektiver Rechte	32
2. Widersprüche im System des Bürgerlichen Gesetzbuches	33
III. Der Wandel des Privatrechts seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbu- ches	35
1. Gesetzgebung	35
2. Die Rechtsprechung	36
a) Normative Zurechnung als Grenze der Verrechtlichung	36
b) Die teleologische Auslegung	37
c) Teleologische Auslegung und Methodenpluralismus	38
d) Der Methodenpluralismus im Familienrecht	39

IV. Die Methodendiskussion	40
1. Die auf dem analytischen Denken gründenden Methodenlehren	42
a) Logik	43
b) Sprachanalytik, Begriffsrealismus und Rechtsrealismus	44
2. Die Bewertung der vom Recht geregelten sozialen Welt als Ausgangs-	
punkt juristischer Methodik	46
a) Materiale Methodenlehren	47
b) Prozedurale Methodenlehren	48

2. Kapitel

Das methodische Argument und die Auslegung der Einrede der groben Unbilligkeit nach § 1381 BGB	51
---	----

I. Die Strukturierung der Meinungsvielfalt	51
II. Folgerungen für die Analyse der Auslegung des § 1381 BGB in Recht-	
sprechung und Literatur	53

3. Kapitel

Die Auslegung von § 1381 BGB in der Rechtsprechung	55
--	----

I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	55
1. Der Sinn der Norm nach dem Bundesgerichtshof	56
2. Die Methode der Auslegung	61
a) Das methodische Selbstverständnis des Bundesgerichtshofes	61
b) Die angewandte Methode der Gesetzesauslegung	63
ba) Erwägungen wirtschaftlicher Art	64
bb) Fehlverhalten nichtwirtschaftlicher Art	67
bc) Unerhebliche Umstände	69
3. Zur Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	70
a) Die Unbilligkeit des Zugewinnausgleiches	71
b) Der Geltungsbereich der Norm	74
c) Die nach den Umständen des Falles grobe Unbilligkeit	74

Inhaltsverzeichnis	11
II. Die Auslegung des § 1381 BGB in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	75
1. Fehlverhalten	77
a) Fehlverhalten nichtwirtschaftlicher Art	77
aa) Die analytische Richtung	78
ab) Die Vermengung von analytischer und wertender Auslegung ..	79
ac) Die wertende Auslegung	81
ad) Zusammenfassung	82
b) Fehlverhalten wirtschaftlicher Art	86
2. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse	88
3. Geltungsbereich der Norm und unerhebliche Umstände	91
4. Einzelfallgerechtigkeit	93

4. Kapitel

Der Streit in der Literatur über die richtige Methode der Auslegung des § 1381 BGB	95
I. Unbilligkeit als freie richterliche Wertung	100
II. Unbilligkeit als Resultat richterlicher Prinzipien	101
III. Unbilligkeit als Wertung des Gesetzes	102
1. Das ökonomische Gleichgewicht als Grundlage des schematischen Ausgleichs	103
2. Gemeinschaftsverhältnis und Leistungsgleichgewicht als Grundlage des schematischen Ausgleiches	105
IV. Billigkeit als materiale Gerechtigkeit	108
1. § 1381 BGB als spezielle Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben	108
2. § 1381 BGB im Beziehungssystem der materialen Gerechtigkeit	111
a) Juristische Methodik als kontrollierte Sachbezogenheit und Wert- orientierung	112
b) Typologie der relevanten Umstände	113
V. Kritisches Resümee	115

5. Kapitel**Die Grenze des analytischen Denkens bei der Auslegung
des § 1381 BGB 119**

I. Sprache	119
II. Logik	122
III. Begriffs- und Rechtsrealismus	123
IV. Rekonstruktion der Gesetzgebungsgeschichte	124
V. Rekonstruktion der Systematik des Gesetzes	126

6. Kapitel**Billigkeit und Gesetzesbindung. Die § 1381 BGB
zugrundeliegende Wertung 128**

I. Wahrheit und Methode der wertenden Auslegung	129
II. Der Beobachterstandpunkt der wertenden Auslegung. Gesetzesbindung als Sinngrenze des § 1381 BGB	130
III. Zur Methode der kleinsten sinnstiftenden Einheit	131
IV. Das Erfassen der Wertung des Gesetzgebers auf der ersten Stufe der Inter- pretation	134
1. Der Gesetzestext	134
2. Die Begründung des § 1381 BGB in den Gesetzesmaterialien	135
V. Die zweite Stufe der Interpretation. Der Sinn des § 1381 BGB im Kontext des Gleichberechtigungsgesetzes	136
1. Der explizite Wertungszusammenhang	137
2. Der implizite Wertungszusammenhang	141
a) Einzelfallgerechtigkeit und Billigkeit bei Aristoteles	141
b) Der Grundsatz der Gleichberechtigung und die grobe Unbilligkeit des Zugewinnausgleiches	142

7. Kapitel**Billigkeit und Gerechtigkeit. Die Anwendung
des § 1381 BGB im Einzelfall 147**

I. Die Fälle der aufteilenden Gerechtigkeit	147
---	-----

Inhaltsverzeichnis	13
1. Der Ausgangspunkt der Auslegung	147
2. Der Geltungsbereich	148
3. Der Anwendungsbereich	149
4. Die Auslegung im Einzelfall	151
II. Die Fälle der austeilenden Gerechtigkeit	152
III. Zusammenfassung	154
Literaturverzeichnis	155

Eine schöne Gerechtigkeit, deren Grenze ein Fluß ist! Was auf dieser Seite der Pyrenäen Wahrheit ist, ist auf der anderen Irrtum.

(Blaise Pascal)

Einleitung

I. Methodendiskussion und Methodenkanon

Die Auslegung eines Gesetzes entwickelt sich niemals von sich aus auf der Grundlage von Regeln. Das Recht zwingt den über es urteilenden Menschen keine bestimmte Denkweise auf. Die Gesetzesauslegung entfaltet sich statt dessen spontan. Also muß diese Form des Denkens immer erst lernen, sich an Regeln auszurichten. Doch selbst wenn es solche erlernt hat, kann es deren Denk- und Wertungsverbote wieder durchbrechen oder widerlegen. Überhaupt hängt die Entscheidung eines Rechtsfalles niemals vom Wissen einer Auslegungsregel ab. Vielmehr kann eine Norm auch rein voluntativ oder emotional ausgelegt werden.

Die juristische Methodik ist die Antwort der Vernunft auf den Dezisionismus und das Rechtsgefühl. Sie unterwirft die Gesetzesauslegung bestimmten Regeln des Denkens. Sie sollen zum richtig verstandenen Sinn¹ der Norm hinführen.

Jede juristische Methodik leitet ihre Auslegungsregeln aus einer Rechtsidee ab. Methodenlehren der Gesetzesauslegung sind der Spiegel eines bestimmten Normverständnisses. Sie reagieren auf ein der Rechtsprechung vorgegebenes geltendes Recht. Insofern nehmen sie das Recht in seiner Vollkommenheit oder Unvollkommenheit, so wie sie es vorfinden, beschreiben es oder entwerfen ein Ideal der Rechtswirklichkeit und versuchen, die Rechtserkenntnis anzuleiten,

¹ Es wird mit Bedacht vom *Sinn* der Norm gesprochen. Mit dieser Wortwahl wird allein der Problemhorizont jeglicher Auslegung kenntlich gemacht und nicht ein bestimmter methodischer Ansatz favorisiert. Denn die Sinnfrage verbindet die Vielfalt der Auslegungsmethoden miteinander. Ganz unabhängig von der philosophischen Tradition, auf der eine bestimmte Methode gründet, meint man einhellig, daß die Suche nach dem *Sinn* des Gesetzes das Problem der Auslegung ist. Dies gilt insbesondere, seitdem im positivistischen Lager der Philosophie die Debatte über die richtige Wissenschaftstheorie die Theorieabhängigkeit empirischer Daten zum Allgemeinplatz werden ließ. Man fragt nun auch nach dem *Sinn* von Beobachtungen. Alle philosophischen Strömungen sprechen vom *Sinn* (zum Sprachgebrauch im modernen Positivismus vgl. den frühen an der Logik orientierten Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 2.2-2.225 und den späteren in der Sprachphilosophie stehenden, *Philosophische Untersuchungen*, Teil 2 ii; für die Hermeneutik siehe Gadamer, *Wahrheit und Methode*, insbesondere S. 61, 275 ff.; vgl. für die Argumentationstheorien, Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, S. 158 ff.; in der Rechtssoziologie Luhmann, *Soziale Systeme*, S. 92 ff.).

sich innerhalb des von ihnen jeweils gesehenen Rechts zu bewegen, damit die Gerichte Recht sprechen, so wie es ist oder sein soll. Das ist das zumeist stillschweigend vorausgesetzte, teilweise aber auch bestrittene oder zuweilen, wie zum Beispiel von Savigny, ausdrücklich hervorgehobene Postulat jeder Auslegungsmethode.² Für ihn steht fest, daß "selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht"³. Das nehmen alle Methodenlehren an. Sie gründen auf einer bestimmten Wahrheit über das geltende Recht. Ihr ordnen sie den Sinn einer Norm zu. Er liegt im Recht. Dessen wahre Struktur, Ordnung, Unordnung oder sein wahres Ideal, was immer man darunter versteht, wird zur Grenze der Auslegung erklärt. Dieses jeweils wahre Recht begründet die Entscheidung, wann eine Norm einen bestimmten Sinn besitzt. Jenseits von ihm gibt es nur noch Irrationales. Wenn diese Sinnigrenze überschritten wird, ist die Auslegung falsch, ungerecht oder nicht mehr vertretbar. Insofern sind Methodenfragen der Auslegung immer Wahrheitsfragen.

Daß Urteile voluntativ oder emotional gefällt werden können, ist weder ein Grund, die juristische Methodik und deren Suche nach dem wahren Sinn eines Gesetzes aufzugeben, noch widerlegt es den Wert der methodischen Gesetzesauslegung. Insbesondere spricht auch nicht der Dezisionismus gegen sie, der unter der richterlichen Entscheidung einen reinen Willensakt versteht. Die Begründung dieser Entscheidungstheorie ist zweifelhaft. Carl Schmitt charakterisiert ganz zutreffend ihr Selbstverständnis, wenn er schreibt, daß für den Dezisionismus "das Beste in der Welt ein Befehl ist"⁴. Das Urteil wird zum nicht mehr hinterfragbaren Machtspruch erklärt. Wir teilen diesen menschenverachtenden Zynismus nicht. Er ist keine Alternative zur juristischen Methodik. Allerdings ist es verkürzt, ihm die Gleichheit vor dem Gesetz als Gebot der Ge-

² Nach einer weit verbreiteten Ansicht gründen Regeln der Auslegung auf keiner bestimmten Wahrheit des Rechts. Larenz, Methodenlehre, S. 235 ff., vermischt den Zusammenhang von Wahrheit und Methode. Für ihn "führt die Methodenlehre in die Philosophie". Es machen sich in der Methodendiskussion "durchweg rechtsphilosophische Grundannahmen" bemerkbar (S. 235). Gleichwohl ist die "Methodenlehre der Jurisprudenz Selbstreflexion im Lichte der Hermeneutik" (S. 236). Für Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 197, gibt es sogar eine klare "Zustandsverteilung" zwischen juristischer und philosophischer Methodik. Dabei kann der Jurist sich nicht anmaßen, den philosophischen Hintergrund seiner Überlegungen mit seinen Denkmitteln aufzuhellen und zu festigen. Dagegen arbeitet Pawlowski, Methodenlehre, Rz. 158 f., zutreffend den Zusammenhang zwischen Normverständnis und Auslegungsmethode heraus.

³ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, S. 7.

⁴ Schmitt, Legalität und Legitimität, S. 13.

rechtigkeit entgegenzuhalten, wie es immer wieder geschieht.⁵ Die Rechtssicherheit ist kein Argument gegen den Dezisionismus, weil sie dessen Notwendigkeit nicht widerlegt. Gegen ihn spricht vielmehr, daß er einen Gegensatz zwischen Entscheidung und Erkenntnis suggeriert, den es nicht gibt. Die Erkenntnis kann nämlich jedes Urteil reflektieren. Insoweit ist es unerheblich, ob dieses überlegt, irrational oder willkürlich gefällt wurde. Darüber hinaus reihet sich jedes Urteil in die Gesamtheit des Rechts ein, selbst wenn der Urteilende diesen Zusammenhang willentlich übergeht oder sich dessen überhaupt nicht bewußt ist. Keine Entscheidung kann der methodischen Reflexion enttrinnen, auch wenn sie es mit Macht will.⁶ So sind Auslegungsmethoden ein Mittel der Selbstreflexion über das Urteil im Einzelfall in Bezug auf die es umgebende Rechtswirklichkeit. In ihnen drückt sich die Verantwortlichkeit für die Entscheidung aus, wie sie auch ausdrücklich Art. 20 Abs. 3 GG verlangt, der die Rechtsprechung nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht bindet. Außerdem sind sie ein Gebot der Klugheit. Sie bewahren der Rechtsprechung für künftige Urteile die Entscheidungsfreiheit, weil durch sie der Sinn eines Gesetzes differenzierter⁷ ausgelegt werden kann.

Die Rechtspraxis reduziert die juristische Methodik auf einen Methodenkanon. Er beschreibt abschließend, was die Vernunft zur Gesetzesauslegung beizutragen vermag. Nach einhelliger Ansicht der Rechtsprechung ist der Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut. Mit Hilfe der sprachlich-grammatischen, der systematischen, der historischen und der teleologischen Auslegung soll dann der Sinn des Gesetzes erforscht werden.⁸

Der Methodenkanon ist in der Literatur mehr als umstritten. Welchen Inhalt die vier Auslegungsregeln besitzen sollen, wird ganz unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird dem Methodenkanon überhaupt die Tauglichkeit für die Auslegung abgesprochen. Andere wollen ihn ergänzen oder eine Reihenfolge der verschiedenen Auslegungsregeln festlegen. Methodenfragen der Auslegung sind in der die Gesetze des Privatrechts kommentierenden Literatur sowie in der Rechtsphilosophie als auch in der Rechtssoziologie eine einzige sich voll-

⁵ Dieses Argument findet man grundlegend formuliert bei Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 170-179, insbesondere S. 176 f.; vgl. aus neuerer Zeit Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, insbesondere S. 188-192.

⁶ Insofern ist die methodische Reflexion bei der Urteilsbegründung nicht nur eine "rechtspolitische Empfehlung zur Problematisierung" (so aber Münchener Kommentar-Säcker, Einl., Rz. 85-87). Es geht bei der juristischen Methodik um das eigene Denken und nicht um Fremdbeeinflussungen oder Manipulationen eines an sich autonomen Entscheidungswillens.

⁷ Grundlegend zu dieser Aufgabe der juristischen Methodik, Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 15 ff.

⁸ Vgl. aus der Rechtsprechung RGZ 96, 326, 327; RGZ 139, 110, 112; BGHZ 2, 176, 184; BGHZ 46, 74, 76; Palandt-Heinrichs, Einl. VI, 3b) und Soergel-Hefermehl, Anhang § 133 BGB, Rz. 5-11, jeweils m. w. N.