

Robert Fischer
Gesammelte Schriften

Robert Fischer

GESAMMELTE SCHRIFTEN

Grundfragen revisionsgerichtlicher Rechtsprechung
und Beiträge zum Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von

Marcus Lutter

Walter Stimpel

Detlev Fischer



1985

Walter de Gruyter · Berlin · New York

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Fischer, Robert:

Gesammelte Schriften : Grundfragen revisions-
gerichtl. Rechtsprechung u. Beitr. zum
Gesellschaftsrecht / Robert Fischer. Hrsg.
von Marcus Lutter ... – Berlin ; New York :
de Gruyter, 1985.

ISBN 3-11-009961-6

NE: Fischer, Robert: [Sammlung]

©

Copyright 1984 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

Vorwort der Herausgeber

Der Präsident des Bundesgerichtshofes braucht nicht notwendig sein erster Richter zu sein. Mit *Robert Fischer*, der von 1950 bis 1977 dem Bundesgerichtshof angehörte und am 4. März 1983 in Karlsruhe verstorben ist, hat jedoch ganz gewiß eine Richterpersönlichkeit höchsten Formats das Präsidentenamt verwaltet. Sein richterlicher Rang spiegelt sich in einem umfangreichen wissenschaftlichen Werk wider; es läßt erkennen, welche Impulse er nicht nur den von ihm geführten Senaten, sondern auch dem Gerichtshof als Ganzem zu geben vermocht hat. Vielfältig hat sich Robert Fischer in seinen Aufsätzen, Urteilsbesprechungen, Kommentaren und Vorträgen von den aktuellen Rechtsproblemen seiner Zeit „freigeschrieben“ und die leitenden Entscheidungssätze seiner Senate über die Einzelfälle hinaus weitergedacht. Seine Gedanken haben aber auch immer wieder um die zentrale Frage gekreist, wie das Revisionsgericht in einer Zeit, in der der Gesetzgeber die verfassungsmäßige Führungsaufgabe nur noch schwer und unvollkommen bewältigen kann, die Lücken schließen und das Recht den sich wandelnden Lebensverhältnissen aus eigener Kraft und Zuständigkeit anpassen darf und kann. Diese Überlegungen sind der Zeit seines Lebens nicht verhaftet. Sie gelten auch für die Zukunft und schienen uns daher wert, zusammengefaßt in einer Sammlung festgehalten zu werden. Soweit wir Arbeiten über engere Rechtsprobleme hinzugefügt haben, kam es uns darauf an, beispielhaft die praktische Nutzenanwendung der übergreifenden Überlegungen Robert Fischers und seine ihm eigentümliche juristische Denkweise aufzuzeigen.

Die Herausgeber danken allen Verlagen, die bereitwillig der Übernahme der bei ihnen erschienenen Arbeiten Robert Fischers zugestimmt haben. Besonders danken wir dem Verlag Walter de Gruyter, der den Band hergestellt und ihm eine würdige Ausstattung gegeben hat.

Möge die Sammlung auch dazu dienen, die Erinnerung an einen großen Präsidenten des Bundesgerichtshofes, Richter und Wissenschaftler zu bewahren.

Karlsruhe und Bonn, im Juni 1984

Marcus Lutter

Walter Stimpel

Detlev Fischer

Inhalt

Vorwort der Herausgeber	V
-------------------------------	---

Beiträge zur Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, 1960.	3
2. Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, 1968.	11
3. Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, 1969.	23
4. Das Entscheidungsmaterial in seiner Bedeutung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, 1976.	37
5. Höchststrichterliche Rechtsprechung heute – am Beispiel des Bundesgerichtshofes –, 1978.	51
6. Das obiter dictum – aus revisionsrichterlicher Sicht, 1981.	79

Beiträge zum Gesellschaftsrecht

7. Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, 1954.	109
8. Die Personenhandelsgesellschaft im Prozeß, 1958.	121
9. Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, 1959.	139
10. Die Stellung des vermeintlichen Erben in der offenen Handelsgesellschaft, 1965.	157
11. Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaften, 1973.	173
12. Gedanken über einen Minderheitenschutz bei den Personengesellschaften, 1974.	193
13. Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 22 GWB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1978.	209
14. Zur Anwendung von § 181 BGB im Bereich des Gesellschaftsrechts, 1978.	225
15. Neue Wege im Recht der Personengesellschaften? Eine Besprechung des Buches „Die Personengesellschaft“ von Werner Flume, 1979.	247
16. Die GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1980.	269

17. Das Entsendungs- und Weisungsrecht öffentlich-rechtlicher Körperschaften beim Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, 1982. 301
18. Die Verantwortung des Aufsichtsrats bei Interessenkollisionen, 1982. . . 323

Anhang

- MARCUS LUTTER, Rede anlässlich der Übergabe der Festschrift für Robert Fischer am 22. Juni 1979. 343

Beiträge zur Bedeutung
der höchstrichterlichen Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre*

Die besonderen Aufgaben, die dem Bundesgerichtshof als dem obersten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit obliegen, sind naturgemäß für seine Rechtsprechung von wesentlicher Bedeutung. Diese besonderen Aufgaben bestehen darin, die Einheit des Rechts zu wahren und einer gesunden Fortbildung des Rechts zu dienen. Diese Aufgaben erfordern verschiedenes.

Zunächst muß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen bestimmten konservativen Grundzug aufweisen und sich davor hüten, durch einfallsreiche Originalität zu glänzen und damit notwendigerweise Rechtsunsicherheit und Rechtsverwirrung hervorzurufen. Das gilt in einer Zeit wie der unsrigen in einem besonderen Maß, da heute alle Erscheinungen unseres gesellschaftlichen, sozialen und rechtlichen Zusammenlebens eine bemerkenswerte Typisierung aufweisen, da die arbeitsteilige Wirtschaft unserer Zeit sich immer mehr von dem individuell ausgehandelten Vertrag abwendet und aus Gründen der Rationalisierung, aus Gründen einer gesicherten Kalkulation und einer durchgreifenden organisatorischen Beaufsichtigung des Personals die Leistungen des Massenverkehrs nach allgemeinen Richtlinien und allgemeinen Gesichtspunkten abwickelt¹. Bei dieser Gestaltung der Dinge kommt dem Gedanken der Rechtssicherheit eine besondere Bedeutung zu. Aber auch dort, wo die individuelle Vertragsgestaltung noch heute im Vordergrund steht, wie etwa im Gesellschaftsrecht, im Grundstücksrecht oder im Testamentsrecht ist ein bestimmter konservativer Grundzug der höchstrichterlichen Rechtsprechung ungemein wichtig. Denn die notarielle Vertragspraxis, die sich mit der Gestaltung und Ordnung von Rechtsbeziehungen für längere Zeit oder für einen späteren Zeitpunkt befaßt, ist darauf angewiesen, mit gefestigten Rechtsauffassungen zu arbeiten. Dieser notwendige konservative Grundzug der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfordert bei der Rechtsfindung Behutsamkeit und Zurückhaltung. Das kann nur dadurch geschehen, daß sich das Urteil im Einzelfall sorgsam auf den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt beschränkt und davon absieht, durch rechtstheoretische Ausführungen über den so gesteckten Rahmen hinauszugreifen. Die Aufgabe des

* Aus: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre. Vortrag, gehalten auf der Feier anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Bundesgerichtshofes am 15. Oktober 1960. – C. F. Müller, Karlsruhe, 1960, 35 S. – Von der Wiedergabe der Ausführungen S. 5–9, 18–35 wurde abgesehen.

¹ Vgl. dazu *Rob. Fischer* BB 1957, 481.

Revisionsgerichts besteht darin, an Hand des jeweiligen Einzelfalles im stetigen Fortgang seine Rechtsauffassung zu entwickeln und dabei das besondere Augenmerk auf die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswirklichkeit zu richten, um so der Rechtswirklichkeit bei der rechtlichen Beurteilung gerecht zu werden. Diese Zurückhaltung zu wahren, ist oft nicht einfach, aber dringend erforderlich. Das gilt namentlich gegenüber solchen Rechtstheorien, deren Tragweite bei der Entscheidung eines Einzelfalles noch gar nicht zu übersehen ist oder die – etwa auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts oder des Strafrechts – allgemeine und seit langem bewährte Rechtsgrundsätze beiseite zu schieben suchen. Die Zurückhaltung, die das Reichsgericht z. B. gegenüber den zahlreichen – klugen, aber zum Teil auch reichlich überspitzten – zivilprozessualen Theorien stets eingehalten hat, ist kein Zufall, sondern beruht auf der Erkenntnis der eigenen Aufgabe. Der Revisionsrichter ist kein Wissenschaftler, ihm obliegt die Beobachtung und Beurteilung der Rechtswirklichkeit an Hand der einzelnen zur Entscheidung gestellten Tatbestände, er trägt die Verantwortung für die Stetigkeit der Rechtsprechung und hat dabei zugleich einer gesunden Fortbildung des Rechts zu dienen. Nur durch eine behutsame Zurückhaltung ist es möglich, sicherzustellen, daß diese beiden Aufgaben nicht zu einem Widerspruch werden. Da das Revisionsgericht sein Augenmerk stets der Rechtswirklichkeit zuwenden muß, muß diese sich in der Rechtsanwendung widerspiegeln und damit auch in den jeweiligen Änderungen, denen die Rechtswirklichkeit ihrerseits selbst unterliegt. Bei einer solchen Handhabung der Rechtsanwendung werden die Stetigkeit der Rechtsprechung und die Fortbildung des Rechts keinen Widerspruch darstellen.

Von hier aus wird auch der grundlegende Unterschied ersichtlich, der zwischen den Aufgaben des Revisionsgerichts und den Aufgaben der Instanzgerichte besteht. Die Aufgabe der Instanzgerichte ist es in erster Linie, eine gerechte Entscheidung des Einzelfalles herbeizuführen, durch eine sachgerechte Aufklärung den tatsächlichen und sodann auch den rechtlichen Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalles gerecht zu werden. Das Instanzgericht steht in einer größeren Nähe zu dem jeweiligen Einzelfall, zu den Parteien und auch zu den Zeugen des Rechtsstreits. Dadurch wird das Urteil der Instanzgerichte in sehr viel stärkerem Maße von der individuell-persönlich-menschlichen Gestaltung des Einzelfalles beeinflusst. Die Aufgaben des Revisionsgerichts hingegen weisen über die Entscheidung des Einzelfalles hinaus und erschöpfen sich keineswegs in der Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits. Der einzelne Rechtsstreit ist hier der Anknüpfungspunkt für die Aufgabe, ganz allgemein Rechtsfragen zu klären und damit auf die rechtlichen Verhältnisse unserer Gegenwart einen ordnenden und gestaltenden Einfluß zu nehmen. Das Revisionsgericht muß daher stets die

rechtliche Auswirkung seiner Rechtsauffassung auf alle gleichgelagerten Tatbestände im Auge haben, sich fragen, ob die für einen Einzelfall einmal vertretbare Beurteilung auch generell vertretbar ist und ob sie auch dann noch eine sachgerechte und sinnvolle Lösung darstellt. Ein Beispiel mag das verdeutlichen. In einem Rechtsstreit zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer wird ein Instanzgericht in einem echten Zweifelsfall geneigt sein, sich eher den Rechtsstandpunkt des Versicherungsnehmers als den des Versicherers zu eigen zu machen, namentlich dann, wenn der Versicherungsfall eine Notlage des Versicherungsnehmers herbeigeführt hat. Das Revisionsgericht dagegen muß bei seiner Entscheidung auch die Frage ins Auge fassen, welche Auswirkungen der Rechtsstandpunkt des klagenden Versicherungsnehmers auf die Masse aller Versicherungsnehmer dieses Versicherungszweiges hat, und sich fragen, ob damit nicht in unerwünschter Weise das versicherte Risiko in dieser Versicherung ausgeweitet wird, mit der Folge, daß die Versicherungsprämie erhöht werden muß, obwohl die Masse der Versicherungsnehmer an der Deckung dieses weiteren Risikos kein sinnvolles Interesse hat². Das Revisionsgericht ist im Unterschied zu den Instanzgerichten zu einer solchen generellen Beurteilung auch sehr viel mehr in der Lage, weil dem einzelnen Fachsenat auf seinem Sachgebiet ein sehr viel größeres Erfahrungsmaterial zur Verfügung steht. Das gilt namentlich für die Rechtsgebiete, die im Laufe der Zeit eine besondere Formung und Gestaltung durch die Rechtsprechung erfahren haben, wie z. B. das Urheberrecht oder das Gesellschaftsrecht. Immer nötigt die Erfüllung dieser Aufgabe zu einer aufmerksamen Beobachtung und Beurteilung der Rechtstatsachen. So wird z. B. die Beobachtung, daß bei der Gestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen in zunehmendem Maß sich ein Mißbrauch wirtschaftlicher Macht bemerkbar macht, ein entsprechendes Eingreifen des Revisionsgerichts erfordern, um einen gerechten Interessenausgleich für die Zukunft sicherzustellen. Die von der Kautelarjurisprudenz benutzten Rechtsformen dürfen dabei den wirklichkeitsnahen Blick des Revisionsrichters nicht trüben, sofern diese Rechtsfiguren nur Mittel zur Erreichung eines rechtlich nicht vertretbaren Zwecks sind³.

Eine besondere Aufgabe des Revisionsgerichts ist es, dem Zwiespalt zwischen der Rechtssicherheit und der notwendigen Berücksichtigung von Treu und Glauben Rechnung zu tragen. Die Rechtssicherheit ist ein Rechtsgut, dessen Bedeutung für den allgemeinen Rechtsfrieden ohne weiteres klar zutage tritt. Sie muß daher in der Rechtsprechung des Revisionsgerichts eine besondere Beachtung finden. Die Rechtseinheit ist zu einem guten Teil auch Rechtssicherheit. Das Recht darf durch die

² Vgl. dazu auch BGH LM Nr. 4 z. Allg. Bed. d. Elektr.Vers.Untern.; andererseits aber auch BGHZ 22, 98.

³ Vgl. dazu etwa BGHZ 22, 90.

Rechtsprechung des Revisionsgerichts nicht aufgeweicht und aufgelöst werden, der Zusammenhang des Rechts muß gewahrt und bewahrt werden. Das darf aber andererseits nicht bedeuten, daß die Rechtsanwendung sich im Rahmen einer wertfreien Jurisprudenz zu vollziehen hat. Die Rechtsanwendung ist nicht Mathematik, sondern wirklichkeitsbezogene Bewertung tatsächlicher Verhältnisse nach rechtlichen Gesichtspunkten. Für eine solche Bewertung spielt das Judiz, das gesunde Urteil, der gesunde Menschenverstand eine besondere Rolle, die für den Revisionsrichter ebenso wichtig wie für den Instanzrichter ist. Offenbar unrichtige Ergebnisse, die mit dem gesunden Menschenverstand oder mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl nicht zu vereinbaren sind, muß das Revisionsgericht vermeiden, aber es muß zugleich den Gründen nachspüren, warum die Anwendung der bisher anerkannten Rechtsgrundsätze oder Rechtsregeln in einem Einzelfall zu einem offenbar unrichtigen oder unbilligen Ergebnis zu führen scheint. Der Hinweis auf Treu und Glauben allein genügt nicht. Bei einer solchen Prüfung werden sich – jedenfalls im Laufe der Zeit an Hand des sich häufenden Rechtsprechungsmaterials – allgemeine Grundsätze entwickeln lassen, deren die Rechtsprechung des Revisionsgerichts im Interesse der Rechtssicherheit nicht entraten kann. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 242 BGB gibt hierfür ein eindrucksvolles und vorbildliches Beispiel, vor allem, wenn man diese Rechtsprechung heute in der systematischen Darstellung bei Siebert oder bei Wieacker betrachtet. Auch die vom Bundesgerichtshof im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätze zur gesellschaftlichen Treupflicht oder zur faktischen Gesellschaft zeigen das. Auch hier hat die rechtliche Beurteilung an Hand einer wirklichkeitsbezogenen Bewertung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht zur Aufweichung und Auflösung des Rechts, sondern zur Ausbildung neuer Rechtsgrundsätze geführt, die der Rechtssicherheit vollauf Rechnung tragen.

Für die Beurteilung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es schließlich von wesentlicher Bedeutung zu wissen, welche Aufgaben der Rechtsprechung heute im allgemeinen obliegen. Die Rechtstheorie ist in der letzten Zeit gerade dieser Frage wiederholt nachgegangen und hat dabei den entscheidenden Wandel während der letzten 100 Jahre dargestellt. Es ist der Weg vom wissenschaftlichen Positivismus der Pandektenzeit über den Gesetzespositivismus am Ausgang des 19. und am Beginn des 20. Jahrhunderts zur Richterrechtsbildung der heutigen Zeit. „Das nomokratische Ideal der Gesetzesexekution“⁴ ist heute längst verblaßt, die Gesetzesanwendung ist nicht mehr allein Vollzug des Gesetzes,

⁴ Schröder, Gesetz und Richter im Strafrecht 1953 S. 14.

sondern zugleich eigene Entscheidung, „Wertverwirklichung“, „die Wahl zwischen mehreren möglichen Bewertungen – an welchen Prinzipien auch immer diese Wahl sich orientiert“⁵. Dieser Wandel in den Aufgaben der Rechtsprechung ist dadurch herbeigeführt worden, daß die Gesetzgebung in zunehmendem Maß die Entscheidung von Bewertungsfragen beim Ausgleich sozialer und anderer Konflikte dem Richter durch Einführung von Generalklauseln übertragen hat. Bei dieser Sachlage ist Urteilen nicht mehr bloße Normanwendung, sondern immer neue Entscheidung zum Rechten⁶; „der Richter ist (damit) zum Mittler eines sozialen Ausgleichs geworden“⁷. Es scheint mir völlig richtig, wenn Baur an diesen Strukturwandel in den Aufgaben der Rechtsprechung die Mahnung knüpft: „Der Richter muß sich bewußt werden, daß er wesentliches Element eines Versuchs ist, Spannungen, die in einem unausgeglichene und zerrissenen Volkskörper mit besonderer Heftigkeit auftreten, zu mildern, Gegensätze auszugleichen und damit einem Bereich gesellschaftlichen Lebens ein Höchstmaß von innerer Stabilität zu geben“⁸.

Es ist selbstverständlich, daß diese Aufgaben der Rechtsprechung sich in der Judikatur des Bundesgerichtshofs widerspiegeln. Das zeigt sich in erster Linie in der Stellungnahme des Bundesgerichtshofs zu Fragen der Gesetzesauslegung. Hier ist der Standpunkt aus der Zeit des Gesetzespositivismus völlig verlassen. Schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1951⁹ findet sich die Aufnahme des bereits vom Reichsgericht aufgestellten Programmsatzes: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn. Diesen im Einzelfall der Rechtsanwendung nutzbar zu machen und danach unter Berücksichtigung von Treu und Glauben den Streitfall einer vernünftigen und billigen Lösung zuzuführen, ist die Aufgabe des Richters“¹⁰. In der Entscheidung eines anderen Senats aus demselben Jahre heißt es im gleichen Sinn: „Die richtige, d.h. dem Recht gemäße Anwendung des positiven Rechts, gestattet dem Richter nicht nur, das Recht im Sinn seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern sie verpflichtet ihn sogar hierzu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert“¹¹. Etwas später heißt es in einem Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1953: „Das Recht hat dem Leben zu dienen und muß die entsprechenden Formen zur Verfügung stellen. Ein pflichtbewußter

⁵ Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB 1956 S. 14/15.

⁶ Vgl. dazu Wieacker, Gesetz und Richterkunst 1958 S. 11.

⁷ Baur JZ 1957, 193.

⁸ A. a. O. S. 197.

⁹ BGHZ 2, 184.

¹⁰ RGZ 142, 40/41.

¹¹ BGHZ 3, 315.

Richter kann sich der Aufgabe, das Recht notfalls fortzuentwickeln, nicht entziehen¹².“ Diese grundsätzliche Auffassung hat sodann auch in einem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen ihren Ausdruck gefunden. Es heißt dort: „Umfaßt die Verbotsvorschrift . . . Fallgestaltungen, die ersichtlich nicht bedacht sind und vernünftigerweise nicht so geregelt werden können, wie es der Wortlaut nahelegt, wirkt sich vielmehr die Verbotsvorschrift bei wortgetreuer Befolgung gerade zu Lasten desjenigen aus, den sie schützen will, so darf dem Richter eine Einschränkung nicht verwehrt sein, wenn er dabei dem Erfordernis der Rechtssicherheit Rechnung trägt und durch die Einschränkung eine Rechtsfolge herbeiführt, die mit den Wertungen und Interessenabwägungen des geltenden Rechts in Einklang steht¹³.“

Angesichts der Aufgaben, die der Rechtsprechung heute obliegen, ist es die entscheidende Frage, nach welchen Prinzipien sich die Richterrechtsbildung auszurichten hat, welche Grundsätze für die Wertverwirklichung maßgeblich sind, die jedes richterliche Urteil darstellt. Zu dieser Frage haben sich in der Rechtstheorie neuerdings namentlich Wieacker und Esser geäußert und die Meinung vertreten, daß hierfür nicht sittliche Grundsatzwertungen wie die Menschenwürde und die freiheitliche Grundordnung, sondern die „Summe der praktischen Regeln guter richterlicher Urteilkunst¹⁴“, die anerkannten Regeln richterlicher Billigkeit, bewährte Rechtslehre und anerkannter Gerichtsgebrauch¹⁵ maßgeblich sein müßten. Ich persönlich halte diese Meinung für unbefriedigend und bin überzeugt, daß die Summe der praktischen Regeln guter richterlicher Urteilkunst kein ausreichender Bewertungsmaßstab für die Richterrechtsbildung der heutigen Zeit darstellt. Wenn Wieacker sagt: „Der unmittelbarste Orientierungsfaktor ist für angewandte Richterkunst die Judikatur selbst: sie ist nichts anderes als die eigene Selbsterfahrung des Richterstandes¹⁶“, dann wird deutlich, daß damit dem Richter überhaupt kein Bewertungsmaßstab an die Hand gegeben wird und daß sich die Richterrechtsbildung, die als Wertverwirklichung eine Ordnungsfunktion hat, rein formal ohne eine materiale Wertvorstellung und Wertordnung vollziehen müßte.

Der Bundesgerichtshof steht in entscheidenden Urteilen auf einem grundsätzlich anderen Standpunkt. Nach der heutigen Verfassungslage ist der Gesetzgeber an die Wertvorstellungen des Grundgesetzes, an die obersten Grundwerte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gebunden. Diese Bindung muß sich auch bei der Rechtsanwendung

¹² BGHZ 9, 164.

¹³ BGHZ 13, 367.

¹⁴ *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst 1958 S. 12.

¹⁵ Vgl. auch a. a. O. S. 14.

¹⁶ A. a. O. S. 15.

durch die Gerichte bewähren und aktualisieren. Auch die Rechtsprechung muß sich an den entscheidenden Grundvorstellungen unseres freiheitlichen und sozialen Rechtsstaates ausrichten und die Gerichte müssen den alleinigen Maßstab für die Wertverwirklichung ihres Urteils in der sittlichen Idee des Menschen finden, dessen Würde unantastbar ist und der nicht zum bloßen Objekt eines Machtwillens – welcher Art auch immer – depriviert werden darf¹⁷. Hier liegt die Wertvorstellung und Wertordnung, die für die Richterrechtsbildung allein maßgeblich und verbindlich ist, an sie ist die Rechtsanwendung in den entscheidenden Grundsatzfragen unseres Rechts gebunden.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit 1951 S. 196; *Eb. Schmidt*, Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus 1952 S. 19; *Scheuner*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960 II. Band S. 259.

2. Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe*

Mit dem Rechtsmittel der Revision hat es seine besondere Bewandtnis. Einerseits findet es allgemeine Anerkennung und Billigung; man meint, es sei in seiner Grundkonzeption besonders geeignet, der Stellung und der Aufgabe des Bundesgerichtshofs gerecht zu werden, ja es wird als ein Rechtsmittel bezeichnet, das auf das großartigste geeignet sei, dem Revisionsgericht die Erfüllung seiner Aufgaben zu ermöglichen¹. Andererseits weist die gesetzliche Ausgestaltung dieses Rechtsmittels Unklarheiten darüber aus, in welcher Weise die Abgrenzung zwischen revisionsrichterlicher und tatrichterlicher Tätigkeit vorzunehmen ist². Diese Abgrenzung ist, wie schon die Erfahrung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts lehrt, für die Stellung des Revisionsgerichts von grundlegender Bedeutung. Greift das Revisionsgericht auf diesem Grenzgebiet zu weit in den Bereich tatrichterlicher Beurteilung über, so verfängt es sich allzu leicht in eine unübersehbare Einzelfallrechtsprechung und verliert durch seine eigene Sachferne von der individuellen Besonderheit des Einzelfalls an innerer Überzeugungskraft. Zieht sich hingegen das Revisionsgericht auf diesem Grenzgebiet zu stark auf eine rein abstrakte Normenkontrolle zurück, dann nimmt das seiner Rechtsprechung die Lebensnähe und die beispielhafte Ausstrahlungskraft auf die Rechtsprechung der Instanzgerichte und setzt es außer Stand, insoweit die Rechtseinheit bei der Anwendung des Rechts durch die Gerichte zu wahren. Daher ist eine sinnvolle und sachgerechte Abgrenzung der revisionsrichterlichen Tätigkeit von der tatrichterlichen Tätigkeit für die Stellung des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht von einer wesentlichen Bedeutung.

Nach der gesetzlichen Regelung hat das Revisionsgericht das angefochtene Urteil nur daraufhin zu überprüfen, ob das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Das hat nach der Vorstellung des Gesetzgebers seinen Grund darin, daß das Revisionsgericht durch seine Rechtsprechung namentlich die einheitliche Rechtsanwendung seitens der Gerichte gewährleisten soll. Dabei dient aber das Revisionsgericht zugleich auch den Interessen der am jeweiligen Rechtsstreit beteiligten Personen, weil es jeden betroffenen Menschen unmittelbar berührt,

* Aus: Ansprachen zur Verabschiedung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Dr. h. c. Bruno Heusinger und zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Robert Fischer am 30. März 1968. – C. F. Müller, Karlsruhe, 1968, 47–64. – Von der Wiedergabe der Begrüßungs- und Schlußworte S. 47–49, S. 64 wurde abgesehen.

¹ Möhring NJW 1962, 2.

² In diesem Sinn kritisch gegenüber der gegenwärtigen Regelung des Revisionsrechts Baur ZRP 71, 171: diese Regelung mache das Revisionsgericht unsicher und die Rechtsprechung zwiespältig.

wenn er bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte nicht ebenso wie ein anderer behandelt wird³.

Die Schwierigkeiten für eine sachgerechte Abgrenzung der revisionsrichterlichen Tätigkeit ergeben sich namentlich in dem weiten Anwendungsbereich der sog. unbestimmten Rechtsbegriffe und bei der Frage der Auslegung von Erklärungen und Gedankenäußerungen. Die vielfachen Bemühungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum um eine Abgrenzung auf diesem Gebiet⁴ haben m. E. ergeben, daß eine logisch klar erfaßbare, gedanklich mit Sicherheit vollziehbare Abgrenzung nicht möglich ist, daß hier vielmehr lediglich eine wertende, und zwar letzten Endes nur eine von Fall zu Fall wertende Beurteilung des Revisionsgerichts selbst die notwendige Abgrenzung über den Zustimmungsbereich des Revisionsgerichts herbeiführen kann. Dabei ist hinzuzufügen, daß insoweit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht einmal Einigkeit darüber besteht, nach welchem Maßstab dabei das Revisionsgericht die Bewertung vorzunehmen hat⁵. Das ist kein sehr befriedigendes Ergebnis für den Bundesgerichtshof, zumal es sich dabei um eine Frage handelt, die für die Güte und die Überzeugungskraft der revisionsrichterlichen Rechtsprechung von hoher Bedeutung ist.

³ Von jeher hat man sich im Schrifttum darüber gestritten, worin in erster Linie die Aufgabe des Revisionsgerichts besteht, in der Wahrung der Rechtseinheit im Interesse der Allgemeinheit oder in der Gewährleistung einer fallgerechten Entscheidung im Interesse der am Prozeß beteiligten Parteien (vgl. dazu *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960 S. 26 ff mit Nachweisen aus früherer Zeit). In neuerer Zeit hat dieser Streit im Zusammenhang mit einer Reform des Revisionsrechts und der notwendig gewordenen Entlastung des Bundesgerichtshofs besondere Bedeutung gewonnen (vgl. dazu die Verhandlungen auf dem 44. Deutschen Juristentag in Hannover). Die Anhänger der sog. Streitwertrevision stützen ihre These darauf, daß das Revisionsgericht wie jedes Gericht in erster Linie den Interessen der am Prozeß beteiligten Parteien an einer gerechten Entscheidung zu dienen habe, während die Anhänger der sog. Zulassungsrevision ihre These damit begründen, daß das Revisionsgericht vornehmlich die Wahrung der Rechtseinheit zu gewährleisten habe. Ich habe den Eindruck, daß der Streit über die Aufgabe des Revisionsgerichts im Zusammenhang mit der notwendigen Entlastung des Bundesgerichtshofs in absehbarer Zeit seine praktische Bedeutung verlieren wird. Denn einmal sind der Erhöhung des Streitwerts aus allgemeinen rechtspolitischen Gründen Grenzen gezogen, andererseits führt jede Erhöhung des Streitwerts – wie bereits die Erfahrung mit der Erhöhung des Streitwerts auf 15 000 DM gelehrt hat – zu einem nicht unwesentlichen Ansteigen der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revisionen und führt damit auf diesem Weg zu einer Verwässerung der Streitwertrevision, hierbei zudem mit der Folge, daß diese Zulassung der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist. Bei dieser Sachlage wird die Streitwertrevision auf die Dauer nicht mehr geeignet sein, den Bereich für die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs sinnvoll festzulegen.

⁴ Vgl. dazu aus neuerer Zeit *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960; *Scheuerle* ZivA 157, 1 ff; *Kuchinke*, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz 1964; *Henke*, Die Tatfrage 1966; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1960.

⁵ Vgl. dazu namentlich die Ausführungen bei *Henke* a. a. O. S. 20 ff.

Wenn ich mich im folgenden einer näheren Betrachtung zuwende, welche rechtliche Beurteilung die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in der revisionsrichterlichen Rechtsprechung gefunden hat, so muß ich mich schon aus Zeitgründen auf einige Beispiele aus dem Zivilrecht beschränken, möchte aber hervorheben, daß Entsprechendes auch für die revisionsrichterliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs zu gelten hat.

1. Für die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie z. B. bei der Frage nach einem Verstoß wider die guten Sitten, ist es zunächst von wesentlicher Bedeutung, daß bei ihr für die Ausübung eines tatrichterlichen Ermessens kein Raum ist, daß bei ihrer Anwendung vielmehr nur eine einzige Entscheidung im Sinne des Gesetzes richtig sein kann und daß demzufolge dem Richter insoweit auch nicht die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten zu Gebote steht⁶. Die unbestimmten Rechtsbegriffe unterscheiden sich in dieser Hinsicht nicht von den bestimmten Rechtsbegriffen; in beiden Fällen ist ihre Anwendung auf einen konkreten Tatbestand eine Frage bewertender Gesetzesauslegung, die dem Richter keinen irgendwie gearteten Ermessensspielraum einräumt⁷. Es kann daher die Nachprüfung der Anwendung solcher unbestimmten Rechtsbegriffe durch das Revisionsgericht auch nicht deshalb verneint werden, weil es sich bei dieser Anwendung um eine Ausübung tatrichterlichen Ermessens handelt.

2. Die Besonderheit der unbestimmten Rechtsbegriffe besteht darin, daß sie nach der Vorstellung des Gesetzgebers zur Anwendung auf eine Vielzahl verschiedenartiger Einzelfälle bestimmt sind und daß es mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit des Lebens dem Gesetzgeber notwendig erscheint, einen weiten Begriff zu verwenden, der erst durch seine Anwendung oder Nichtanwendung im Einzelfall seine nähere inhaltliche Bestimmung erhält. Für die Rechtsanwendung bedeutet das zweierlei, einmal ist der unbestimmte Rechtsbegriff im allgemeinen auszulegen, wie es z. B. das Reichsgericht bei den guten Sitten mit seiner bekannten Formel vom Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden getan hat. Sodann bedarf es für die Rechtsanwendung der Beurteilung, ob der unbestimmte Rechtsbegriff nach seiner allgemeinen Auslegung auf den zur Entscheidung stehenden Einzelfall angewendet werden kann oder nicht. Daß die allgemeine Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, ist zweifelsfrei; zweifelhaft hingegen ist die Frage, ob und in welchem Umfang auch die Anwendung dieses Begriffs auf den jeweils zu entscheidenden Fall

⁶ Larenz a. a. O. S. 231, 223 f.

⁷ Schwinge a. a. O. S. 120; Henke a. a. O. S. 226.

revisibel ist. Es handelt sich dabei im Grunde genommen um die Frage, ob die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf den jeweiligen, individuell meist besonders gestalteten Einzelfall als Rechtsfrage oder als Tatfrage im Sinn des Revisionsrechts zu qualifizieren ist.

3. Für die unbestimmten Rechtsbegriffe ist es kennzeichnend, daß ihre allgemeine Auslegung über den Inhalt und ihre sachliche Tragweite nur sehr wenig besagt, daß sie im Grunde genommen nur eine recht vage Umschreibung ihres gesetzgeberisch unbestimmt gebliebenen Gehalts darstellt und damit den Gerichten für ihre Anwendung insoweit nur wenig zu geben vermag. Ihre nähere Ausgestaltung und Konkretisierung erhalten diese Begriffe erst durch ihre Anwendung oder Nichtanwendung in dem jeweiligen Einzelfall. Dabei liegt es im Wesen dieser Begriffe, daß ihr Inhalt immer klarer und immer bestimmter wird, je umfangreicher das Anschauungsmaterial dieser Anwendungs- und Nichtanwendungsfälle im Laufe der Zeit wird, und je stärker sich sodann an Hand dieser Beispielsfälle Richtlinien und einzelne Fallgruppen für ihre Anwendung entwickeln lassen. Für den unbestimmten Rechtsbegriff gibt somit das einzelne Urteil „im Prinzip ein Beispiel für künftig zu beurteilende Fälle“⁸ und es ermöglicht damit, allmählich zu einer gewissen Objektivierung zu gelangen. Die beispielhafte Verdeutlichung des unbestimmten Rechtsbegriffs ist also die Grundlage für ihre nähere Auslegung, für ihre Konkretisierung sowie für die Bestimmung von Inhalt und Grenzen dieses Begriffs⁹.

Freilich wird es durch eine noch so umfangreiche Verdeutlichung niemals möglich sein, den Anwendungsbereich eines unbestimmten Rechtsbegriffs so bestimmt abzustecken, daß er gedanklich klar zu erfassen und festzulegen ist. Es bleibt immer ein mehr oder weniger großer Rest, der einer Kognition nicht zugänglich ist und durch eine bewertende richterliche Beurteilung ausgefüllt werden muß¹⁰. Das gilt für unbestimmte Rechtsbegriffe wie den Verstoß wider die guten Sitten, den Geboten des lauterer Wettbewerbs, dem Verhalten nach Treu und Glauben in einem besonderen Maß.

4. Fragt man sich unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten, ob das Revisionsgericht die Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe auf den konkreten Einzelfall nachzuprüfen hat, so kann die Bejahung dieser Frage nicht zweifelhaft sein. Es ist für uns heute rückblickend kaum vorstellbar, wie die Rechtsentwicklung in dem weiten Anwendungsreich der unbestimmten Rechtsbegriffe verlaufen wäre, wenn das

⁸ Larenz a. a. O. S. 222.

⁹ Larenz a. a. O. S. 220 f; Henke a. a. O. S. 227.

¹⁰ Larenz a. a. O. S. 221, 226.

Reichsgericht auf seinem ursprünglich vertretenen Standpunkt einer unbedingten Beschränkung des Revisionsgerichts auf eine rein abstrakte Normenkontrolle¹¹ in diesem Bereich verharret hätte. Es wäre dann nicht zu der umfangreichen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur näheren Präzisierung des § 242 BGB gekommen, auch würde es bei einer rein schablonenhaften Anwendung des § 138 BGB durch das Revisionsgericht verblieben sein, ohne daß hier eine wertende und wertausfüllende Rechtsprechung durch das Revisionsgericht möglich gewesen wäre.

Man kann nach den Erfahrungen, die seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit der revisionsrichterlichen Rechtsprechung im Anwendungsbereich unbestimmter Rechtsbegriffe gemacht worden sind, sagen, daß es sich hierbei geradezu um eines der klassischen Gebiete der Rechtsfortbildung durch das Revisionsgericht handelt, auf die unsere Rechtsordnung und unser Rechtswesen nicht verzichten können¹². Auch vom Standpunkt der Wahrung der Rechtseinheit erscheint es nicht vertretbar, daß sich das Revisionsgericht in diesem Bereich auf eine im Grunde genommen nichtssagende Normenkontrolle beschränkt und von einer Prüfung absieht, ob die im allgemeinen zutreffend ausgelegte unbestimmte Norm auf den konkreten Einzelfall mit Recht auch angewendet worden ist oder nicht¹³.

¹¹ RG Bolze 3, Nr. 1432, wonach es eine in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbare Tatfrage sei, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstoße. Diese Entscheidung hat später *Boyens* (Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts in: Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts 1904 S. 171) nicht mit Unrecht als „eine überwundene historische Merkwürdigkeit“ bezeichnet. Demgegenüber wird in der Entscheidung RGZ 58, 220 die Aufgabe des Revisionsgerichts im Anwendungsbereich des § 138 BGB klar erkannt: „Die Nachprüfung dieser Frage (sc. Sittenwidrigkeit) in der Revisionsinstanz ist durch § 561 ZPO nur insoweit eingeschränkt, als diejenigen festgestellten Tatsachen, in denen der Berufungsrichter die konkrete Betätigung des verwerflichen Handelns des Klägers gefunden hat, auch für das Revisionsgericht als feststehend gelten müssen. Dagegen ist die andere Frage, ob diese Tatsachen die Begriffsmerkmale eines Verstoßes wider die guten Sitten erfüllen, keine Frage der Tatsachenwürdigung, sondern eine Rechtsfrage; die Sachlage unterliegt daher insoweit der freien Beurteilung des Revisionsgerichts.“ In dieser Stellungnahme des Reichsgerichts tritt die Erkenntnis zutage, die später *Mezger* treffend mit den Worten gekennzeichnet hat: „Es wäre durchaus verkehrt zu meinen, als sei alles Konkrete, Individuelle des Falls tatsächlicher und nur das Abstrakte, generell Gültige rechtlicher Natur.“ (Der psychiatrische Sachverständige, 1918, S. 188).

¹² Vgl. dazu etwa *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB 1956; *Gesetz und Richterkunst* 1957; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 2. Aufl. 1964.

¹³ So haben die Erfahrungen des Bundesgerichtshofs mit unbestimmten Rechtsbegriffen aus der Gesetzgebung der neueren Zeit gelehrt, daß die Konkretisierung solcher Begriffe durch die Rechtsprechung des Revisionsgerichts im Interesse der Rechtseinheit besonders dringlich ist (vgl. dazu etwa *Gelhaar* Anm. zu BGH LM Nr. 2 zu § 18 I. BMG).

5. Angesichts dieser Beurteilung kann es sich nur fragen, ob das Revisionsgericht bei einer solchen Nachprüfung irgendwelchen sachlichen Beschränkungen unterliegt, ob es insbesondere eine solche Nachprüfung nur in bestimmten, besonders gelagerten Fällen vorzunehmen hat.

Diese Frage wirft die eigentlichen Schwierigkeiten auf, die sich bei der Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe zeigen. Denn man hat das Gefühl, daß sich das Revisionsgericht bei der Beurteilung individuell gelagerter Einzelfälle nicht zu weit vorwagen sollte, um sich nicht in eine unübersehbare Einzelfall-Rechtsprechung zu verlieren und um sich nicht den Nachteilen seiner eigenen Sachferne von der individuellen Besonderheit des jeweiligen Einzelfalls auszusetzen.

Schwinge¹⁴ hat wohl aus diesem Grunde versucht, eine sachliche Einschränkung für die Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe vorzunehmen. Er ist der Meinung, daß sich das Revisionsgericht bei den unbestimmt gehaltenen Rechtsbegriffen nur mit den rechtlichen Gesichtspunkten genereller Natur zu befassen und demgemäß an Hand der einzelnen Beispielsfälle lediglich allgemeine Richtlinien herauszuarbeiten habe, die eine über den jeweiligen Einzelfall hinausreichende Bedeutung besitzen. So sehr diese Einschränkung zunächst auch einleuchtend erscheinen mag, so scheitert diese Meinung nach meiner Überzeugung einfach an der Rechtswirklichkeit. Diese Meinung beruht m. E. auf einer Verkennung der Gestaltungsformen, unter denen sich die Verdeutlichung und Klarstellung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt und fortbildet¹⁵, und sie beruht zugleich auf einer Überschätzung der Möglichkeiten des Revisionsgerichts. Es ist an Hand der höchstrichterlichen Rechtsprechung wiederholt dargestellt worden, wie sich häufig langsam, zuweilen von allen Beteiligten unbemerkt, an einzelnen Beispielsfällen Ansätze einer sich später als fruchtbar erweisenden Rechtsprechung zur Ausbildung

¹⁴ A. a. O. S. 121 f.

¹⁵ Aus eigener unmittelbarer revisionsrichterlicher Erfahrung kann ich hierzu auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Konkretisierung der gesellschaftlichen Treuepflicht verweisen (vgl. dazu meine Zusammenstellung im Groß-Kom. HGB § 105 Anm. 31 a ff). Ich bin überzeugt, es wäre nicht gut gewesen, wenn sich der Bundesgerichtshof in diesem Bereich nicht auf die Beurteilung des konkreten Einzelfalls beschränkt, sondern versucht hätte, schon anhand der ersten Entscheidungen allgemeine Grundsätze über die Behandlung der gesellschaftlichen Treuepflicht aufzustellen.

Mit dieser Beurteilung hängt es auch zusammen, daß der Bundesgerichtshof im Laufe der Zeit immer mehr dazu übergegangen ist, bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen Leitsatz mit der schlichten Wendung „zur Anwendung“ oder dergleichen aufzustellen und von einem Aussagesatz abzusehen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß die konkrete Einzelentscheidung für die Auslegung der unbestimmten Rechtsnorm von beispielhafter Bedeutung sein kann, ohne daß der Entscheidung schon eine bestimmte Richtlinie allgemeiner Art beigelegt werden soll.

und Fortbildung des Rechts herausbilden und wie sodann diese Ansätze Grundlage und Ausgangspunkt einer systematisierenden Betrachtung durch die Rechtswissenschaft werden¹⁶.

Bei dieser Sachlage bin ich der Überzeugung, daß der verständliche Versuch von Schwinge, zu einer Einschränkung der Revisibilität bei unbestimmten Rechtsbegriffen zu gelangen, nicht der geeignete Weg ist, um eine sachgerechte Abgrenzung zwischen tatrichterlicher und revisionsrichterlicher Tätigkeit herbeizuführen¹⁷. Man sollte das Revisionsgericht in diesem Bereich nicht herausfordern oder gar nötigen, vor-schnell allgemeine Richtlinien für die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aufzustellen. Damit wird das Revisionsgericht überfordert oder die Möglichkeit gerade einer behutsamen, allmählichen, sich langsam bewährenden Rechtsentwicklung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung beeinträchtigt.

6. Unter welchen Gesichtspunkten soll aber dann die gerade im Interesse des Revisionsgerichts wünschenswerte Einschränkung der Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe vorgenommen werden?

Den unbestimmten Rechtsbegriffen ist es eigentümlich, daß sie bei ihrer Anwendung vom Richter in verschiedener Weise und nach verschiedenen Maßstäben ein Werturteil verlangen. So ist der Maßstab bei dem Verbot eines Verstoßes wider die guten Sitten oder den Geboten des lauterer Wettbewerbs im wesentlichen ein solcher allgemeiner Art, der zwar bei jeweils verschiedenen Verkehrskreisen eine besondere Ausgestaltung erfahren kann, der aber nicht auf besondere individuell gelagerte Verhältnisse abgestellt werden kann. Denn für die Beurteilung dieser Rechtsbegriffe kommt es auf die Grundsätze an, die im allgemeinen Rechtsbewußtsein lebendig sind, während eine konkret festgestellte Übung, die sich als Unsitte oder als unlauter darstellt, insoweit keine Berücksichtigung finden kann¹⁸. Ich meine, daß man bei solchen nach geregelten generellen Bewertungsmaßstäben angelegten Rechtsbegriffen die Revisibilität uneingeschränkt bejahen muß, auch soweit es sich um die Frage handelt, ob in dem angefochtenen Urteil die Anwendung dieser Rechtsnorm für den individuell festgelegten Sachverhalt zutreffend bejaht oder verneint worden ist.

Bei dem unbestimmten Rechtsbegriff Treu und Glauben können neben den auch hier im Vordergrund stehenden objektiven Bewertungsmaßstäben im Einzelfall auch individuelle Gesichtspunkte eine Rolle spielen, die von den Besonderheiten des persönlich, örtlich oder sonst-

¹⁶ Vgl. dazu etwa die in Anm. 12 genannten Autoren.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Henke* a. a. O. S. 36.

¹⁸ BGHZ 10, 228, 232; 16, 4, 12; LM Nr. 13 zu § 138 (Cb) BGB; GRUR 1955, 541.

wie gestalteten Einzelfalls abhängig sind¹⁹. Hier sollte sich die Nachprüfung des Revisionsgerichts bei der Berücksichtigung dieser individuellen Gesichtspunkte m. E. darauf beschränken, ob in einem Einzelfall wie dem zur Entscheidung gestellten Fall eine Berücksichtigung solcher individuellen Gesichtspunkte nach Treu und Glauben in Betracht kommt und ob diese Frage im angefochtenen Urteil zutreffend entschieden worden ist. Ist danach diese Frage zutreffend bejaht worden, so sollte es m. E. für das Revisionsgericht als Tatfrage angesehen werden, in welcher Weise das angefochtene Urteil diese individuellen Gesichtspunkte im einzelnen gewertet und gewürdigt hat.

Der unbestimmte Rechtsbegriff „wichtiger Grund“ als Auflösungsstatbestand bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen hat in der revisionsrichterlichen Rechtsprechung von jeher Schwierigkeiten bereitet²⁰. Dabei ist dem Reichsgericht vom Schrifttum vielfach der Vorwurf gemacht worden, daß es sich insoweit eine zu große Beschränkung bei der revisionsrichterlichen Prüfung des wichtigen Grundes auferlegt habe, und daß es nicht ausreichend sei, im konkreten Fall nur die rechtliche Möglichkeit der Annahme eines wichtigen Grundes zu bejahen²¹. An dieser Kritik mag einiges berechtigt sein. So ist nicht zu verkennen, daß das Reichsgericht zur Konkretisierung des wichtigen Grundes bei den einzelnen Dauerschuldverhältnissen verhältnismäßig wenig beigetragen hat und daß seine Rechtsprechung in mancher Hinsicht einiges an Lebensnähe des Anschauungsmaterials vermissen läßt. Es mag daher richtig sein, daß sich das Revisionsgericht insoweit stärker um eine Verdeutlichung der für den wichtigen Grund maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte bemühen sollte²². Andererseits darf aber auch nicht übersehen werden, daß gerade hier die Verquickung genereller Bewertungsgrundsätze und rein individueller Maßstäbe, wie sie sich

¹⁹ Darauf weist m. E. *Henke* a. a. O. S. 236 ff mit Recht hin. Ich habe den Eindruck, daß das Revisionsgericht in diesem Anwendungsbereich mit besonderer Sorgfalt darauf achten sollte, inwieweit die Beurteilung des Berufungsgerichts auch individuelle (tatrichterliche) Gesichtspunkte enthält und nach allgemeiner rechtlicher Beurteilung auch enthalten darf.

²⁰ Vgl. zur Rechtsprechung des Reichsgerichts RGZ 78, 22; 110, 300; JW 1919, 309, 504; 1925, 945; 1938, 2833.

²¹ Vgl. zur Kritik aus früherer Zeit *Tütze* Anm. JW 1919, 504; 1925, 945; ferner *Hueck* Anm. ArbRSam 17, 77; aus neuerer Zeit *Henke* a. a. O. S. 301 ff.

²² Es scheint deshalb zutreffend, daß das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof in seiner gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung zum wichtigen Grund (vgl. § 723 BGB, §§ 117, 127, 133, 140, 142 HGB) dazu übergegangen sind, in diesem Zusammenhang namentlich auf eine erschöpfende Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände seitens des Berufungsgerichts zu achten und dabei auch auf die rechtlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung des wichtigen Grundes hinzuweisen. Auf diese Weise ist es dem Revisionsgericht möglich geworden, manches zur Konkretisierung des wichtigen Grundes im Anwendungsbereich der gesellschaftlichen Bestimmungen beizutragen, wie die zahlreichen Beispielsfälle aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu diesen

in der Zumutbarkeitsfrage zeigen, eine besonders enge ist und daß deshalb eine gewisse Zurückhaltung des Revisionsgerichts gerade bei diesem unbestimmten Rechtsbegriff m. E. nicht unverständlich erscheinen sollte²³.

Ein Wort ist in diesem Zusammenhang noch zu dem zivilgerichtlichen Fahrlässigkeitsbegriff zu sagen. Dieser hat in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine überaus eingehende, an zahlreichen Beispielgruppen näher erläuterte Verdeutlichung gefunden. Das kann angesichts der hier in Betracht kommenden, im wesentlichen objektiven Beurteilung auch nicht anders sein. So ist dieser Verschuldensbegriff nicht nur für die im allgemeinen Verkehr erforderliche Sorgfalt anhand von Einzeltatbeständen näher konkretisiert worden, so etwa für die im Straßenverkehr oder die in einfachen Vertragsverhältnissen des täglichen Lebens erforderliche Sorgfalt, sondern auch für besondere Verhältnisse im einzelnen verdeutlicht worden, so etwa für die von einem Kaufmann, einer Bank oder dem Kapitän eines Schiffes zu fordernde Sorgfalt. Dagegen hat der Bundesgerichtshof gemeint, die Abstufung zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit im konkreten Fall dem Tatrichter überlassen zu sollen, wenn dieser die für diese Abstufung allgemein aufgestellte Regel seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat²⁴. Diese Faustregel hat sich im allgemeinen bewährt, und zwar offenbar deshalb, weil es sich bei dieser Abstufung im wesentlichen um die Berücksichtigung individuell gelagerter Gesichtspunkte handelt, deren Beurteilung Aufgabe des Tatrichters ist und einer selbständigen Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist²⁵. Aber das kann m. E. nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich bei diesem Grundsatz doch nur um eine Faustregel handelt. Denn auch für die Annahme einer groben Fahrlässigkeit kann unter Umständen eine objektive Bewertung, unabhängig von den individuell gelagerten Verhältnissen des Einzelfalles, die entscheidende Bedeutung haben. Der Hinweis auf die Annahme grober Fahrlässigkeit beim Erwerb eines gebrauchten Kraftwagens ohne Vorlage des Kraftfahrzeugscheins mag das belegen²⁶.

Bestimmungen erweisen; vgl. dazu RGZ 153, 275, 279; BGHZ 4, 108, 111; 6, 113, 117; 18, 350, 359; 31, 295, 302; 46, 392; LM Nr. 4 zu § 133 HGB; Nr. 2 zu § 140 HGB; Nr. 5, 6, 9 zu § 142 HGB.

²³ Immerhin lehrt die Erfahrung, daß es möglich und auch angebracht ist, für bestimmte Fälle allgemeine Richtlinien für die Anerkennung eines wichtigen Grundes aufzustellen (vgl. etwa BGH BB 1967, 731).

²⁴ BGHZ 10, 14, 17.

²⁵ Meine eigenen Beobachtungen im Rahmen der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs – im Versicherungsrecht spielt die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit bei einer Obliegenheitsverletzung (§ 6 VVG) sowie im Fall des § 61 VVG eine praktisch wichtige Rolle – haben ergeben, daß hierbei bisher mit dieser Faustregel immer auszukommen war.

²⁶ BGH LM Nr. 12 zu § 332 BGB.

7. Zum Schluß möchte ich noch einige Worte darüber anfügen, welche Anforderungen sich aus dieser Beurteilung über die Aufgaben des Revisionsgerichts im Anwendungsbereich unbestimmter Rechtsbegriffe für das Revisionsgericht selbst ergeben.

Die Konkretisierung und Verdeutlichung unbestimmter Rechtsbegriffe an Hand einzelner Beispielsfälle setzt ein hohes Maß an Sachkunde und Erfahrung sowie ein sicheres Gefühl für die Beurteilung einzelner Tatbestände nach den insoweit in Betracht kommenden allgemeinen Bewertungsmaßstäben voraus. Dabei erfordern Sachkunde und Erfahrung, namentlich auf besonderen Spezialgebieten, auch Kenntnis der insoweit in Betracht kommenden Rechtstatsachen, weil ohne eine solche Kenntnis ein sicheres Urteilsvermögen nicht möglich ist. In einem gewissen Umfang können diese Sachkunde und Erfahrung, auch auf einzelnen Spezialgebieten, durch die Tätigkeit in einem eingearbeiteten Fachsenat erworben werden, wenn dem betreffenden Senat ein entsprechend dichtes Entscheidungsmaterial jeweils vorgelegt wird. Aber das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß in weiten Bereichen neben den richterlichen Fähigkeiten und Voraussetzungen sonstige Kenntnisse auf besonderen Gebieten erforderlich sind. So ist nach meiner Überzeugung eine sachgerechte Beurteilung in einem Abfindungsprozeß eines ausgeschiedenen Gesellschafters nicht möglich, ohne daß der betreffende Fachsenat Kenntnis über moderne Unternehmensbewertungen hat; auch liegt es auf der Hand, daß das Revisionsgericht keine Maßstäbe über die Sorgfaltspflichten einer Bank aufzustellen vermag, ohne über entsprechende Sachkenntnisse auf dem Gebiet des Bankwesens zu verfügen. Dabei hat das Fehlen solcher für das Revisionsgericht notwendigen Sachkenntnisse nach meiner Überzeugung wohl weniger sachliche Falschbeurteilungen zur Folge; es wird vielmehr in der Regel dazu führen, daß sich das Revisionsgericht im Anwendungsbereich unbestimmter Rechtsbegriffe bei der eigenen Bewertung der konkreten Einzelfälle allzu stark zurückhält und manches als Tatfrage ansieht, was bei entsprechender Sachkunde eigener Beurteilung zugänglich hätte sein sollen²⁷.

²⁷ Interessant ist insoweit die schon lange zurückliegende Beobachtung von *Boyens* (Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts in: Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts 1904 S. 160), daß das Reichsgericht in seiner seerechtlichen Rechtsprechung geneigt ist, die Frage der nautischen Vorsicht als rein tatsächlich zu behandeln und nur die Rüge von Verstößen gegen die gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Regeln bei der Schifffahrt zuzulassen. Ich möchte nach meinen Erfahrungen in der revisionsrechtlichen Rechtsprechung annehmen, daß diese Rechtsprechung des Reichsgerichts wahrscheinlich auf eine zu geringe Erfahrung und Kenntnis der Verhältnisse in der Seeschifffahrt zurückzuführen ist.

Die hohen Anforderungen, die an den einzelnen Revisionsrichter zu stellen sind, müssen sich alle Stellen vor Augen halten, die für die Auswahl der Revisionsrichter verantwortlich sind. Dabei sollten sie sich nach meiner Überzeugung noch in weit stärkerem Maße die Erfahrungen nutzbar machen, die das Revisionsgericht selbst hat, sowie die Kenntnis darüber, welche Sachkenner das Revisionsgericht im einzelnen Fall benötigt.

Aber noch etwas anderes ist über die Anforderungen zu sagen, die an den Revisionsrichter bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zu stellen sind. Die Anwendung dieser Rechtsbegriffe enthält in mehr oder minder starkem Umfang stets ein Werturteil, und zwar je nachdem, in welchem Maße der betreffende Rechtsbegriff in der Rechtsprechung seine nähere inhaltliche Ausgestaltung erfahren hat. Dieses Werturteil, das das Revisionsgericht ohne irgendwelche Hilfsmittel letzten Endes aus seiner eigenen Überzeugung treffen muß, drückt dem Gericht eine hohe Verantwortung und eine große Bürde auf. Jeder Revisionsrichter weiß davon und trägt an dieser Last. Er empfindet in manchen Zweifelsfällen, die bei Bewertungen dieser Art niemals ausbleiben können, die für ihn unausweichliche Forderung einer klaren Entscheidung. Er beugt sich dieser Pflicht, die mit seinem Amt verbunden ist, aber er findet daran kein leeres Gefallen. Er weiß aus eigener Erfahrung zu gut, daß er vor menschlichem Irrtum nicht gefeit ist und er kann nur hoffen und wünschen, daß seinem Bemühen und Streben im Dienste des Rechts Segen zuteil wird.

3. Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts

dargestellt an Hand der Rechtsprechung zu den
Stimmrechtsbindungsverträgen*

I.

Die Fortbildung des Gesellschaftsrechts hat in der Zeit seit den großen Kodifikationen am Ende des vergangenen Jahrhunderts eine Entwicklung genommen, die m. E. die ihr gebührende Beachtung und Würdigung noch nicht gefunden hat. Diese Entwicklung fällt in eine Zeitspanne, die durch eine umfassende Veränderung unseres wirtschaftlichen Lebens gekennzeichnet ist und zu unternehmerischen Gestaltungs- und Organisationsformen geführt hat, wie sie am Ausgang des vergangenen Jahrhunderts noch von niemandem vorausgesehen oder vorausgeahnt werden konnte. Diesen tiefgreifenden, das gesamte Wirtschaftsleben erfassenden Veränderungen konnten Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bei der rechtlichen Würdigung und Beurteilung im wesentlichen ausreichend Rechnung tragen, ohne daß es – vom Aktienrecht abgesehen – bisher besonderer gesetzgeberischer Maßnahmen bedurft hätte. Das erscheint aus heutiger Sicht außerordentlich bemerkenswert und beleuchtet auf diesem Teilgebiet zugleich in einer bezeichnenden Form das Verhältnis, in das auf diese Weise Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in diesem Jahrhundert zueinander geraten sind und in dem sie sich jetzt befinden. Bemerkenswert erscheint mir diese Entwicklung vor allem deshalb, weil sie sich ganz allmählich vollzogen, im Grunde genommen bei allen Beteiligten niemals Widerspruch gefunden hat und heute als ziemlich selbstverständlich empfunden wird.

Fragt man nach den Gründen, die diese besondere Entwicklung bei der Fortbildung des Gesellschaftsrechts möglich gemacht haben, so ist dabei in erster Linie auf das einzigartige und vorzügliche Zusammenwirken von Vertragspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung hinzuweisen. Auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts hat von jeher die Vertragspraxis eine hervorragende Rolle gespielt. Beste Vertreter des Anwaltsstandes haben als rechtliche Berater von Unternehmen mit

* Aus: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie. Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag. Hrsg. von Kurt Ballerstedt, Ernst Friesenhahn, Oswald v. Nell-Breuning. – Duncker und Humblot, Berlin, 1969, 95–108.

einem erfahrenen Blick für die Bedürfnisse der Wirtschaft die erforderlichen Verträge entworfen und dabei von jeher eine lebhafte Phantasie, aber auch ihre große Kenntnis gesellschaftsrechtlicher Probleme bei der Gestaltung der einzelnen Vertragsbestimmungen bewiesen. Hand in Hand damit ging die systematische Erfassung des Rechtsstoffs, der sich durch die Vertragspraxis ständig erweiterte und sich den neu auftretenden Bedürfnissen der Wirtschaft anpaßte, durch vorzügliche Vertreter der Rechtswissenschaft, die meist ebenfalls in einer engen Verbindung mit der Vertragspraxis standen und sich infolgedessen bei ihren Arbeiten auch nicht in unfruchtbare und rein rechtstheoretische Auseinandersetzungen verstrickten. Mit diesem vorzüglichen Rüstzeug, wie es wohl kaum während der langen Zeitspanne für ein anderes Rechtsgebiet zur Verfügung stand, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Fragen arbeiten können und sich auch ihrerseits bemüht, bei ihren Entscheidungen den Blick für die Rechtswirklichkeit möglichst offen zu halten und demgemäß die Fortbildung des Rechts an den sich weiter entwickelnden tatsächlichen Verhältnissen in der Wirtschaft auszurichten. Auf diese Weise gelang es der Vertragspraxis, der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, in einem fruchtbaren Zusammenwirken das Gesellschaftsrecht so fortzubilden, daß es noch heute den Erfordernissen der modernen Wirtschaft im wesentlichen gerecht zu werden vermag. Dabei oblag der Rechtsprechung die besondere Aufgabe, mit großer Behutsamkeit die Tragfähigkeit neuer gesellschaftsrechtlicher Gestaltungs- und Erscheinungsformen zu prüfen und sich dabei in hohem Maß der Verantwortung bewußt zu sein, die gerade sie gegenüber der Rechtssicherheit im Sinn einer stetigen und weiter fortschreitenden Rechtsentwicklung zu erfüllen hat und die angesichts des großen Einfallreichtums von Vertragspraxis und Rechtswissenschaft auf diesem Gebiet nicht immer leicht zu meistern ist.

Für die höchstrichterliche Rechtsprechung ergab sich aus dieser Entwicklung im Laufe der Zeit in zunehmendem Maß eine höchst eigenartige Lage, der sie sich heute bei der Rechtsfortbildung m. E. stets bewußt sein muß. Die Anerkennung und Ausbildung neuer Rechtsformen und Rechtsgestaltungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts drängt bei der sich vollziehenden Rechtsentwicklung in einem besonderen Maß zu einer Verfestigung, da nur so die Aufgabe einer stetigen Anpassung des lebenden Rechts an die Erfordernisse unseres Rechts- und Wirtschaftslebens bewältigt werden kann. Dabei spielt es auf diesem Gebiet eine ganz wesentliche Rolle – und das ist ein Umstand, den ein Richter bei der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sich m. E. stets vor Augen halten muß –, daß es die Rechtsprechung hier mit Verträgen zu tun hat, die auf lange Zeit geschlossen werden und die für eine lange Zeit die Grundlage der jeweiligen gesellschaftsvertraglichen Unterneh-

mensform bilden sollen. Die Vertragschließenden müssen sich darauf verlassen können, daß sie in den folgenden Jahren in ihren Vorstellungen und Erwartungen nicht getäuscht werden, die sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei ihrer Vertragsgestaltung gehegt haben und die für sie dabei maßgeblich waren. Die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ist daher genötigt, im Interesse der Rechtssicherheit die Stetigkeit einer sich fortbildenden Rechtsentwicklung besonders im Auge zu behalten. Sie ist daher hier in einem sehr viel stärkeren Maße als auf anderen Rechtsgebieten an die Ergebnisse ihrer eigenen Rechtsprechung gebunden; sie darf also nach Möglichkeit die Erwartungen einer von ihr selbst eingeleiteten Entwicklung nicht enttäuschen. Sie muß Entwicklungstendenzen, die sich in der modernen Vertragspraxis abzeichnen und die zumeist von einem neu auftretenden Bedürfnis oder Zweck bestimmt werden, aufmerksam beobachten und auf ihre allgemeine Bedeutung für alle Beteiligten und damit auf ihre Schutzwürdigkeit prüfen. Sie wird dabei gut tun, bei der etwaigen Anerkennung solcher neuen Gestaltungsformen zunächst eine besondere Zurückhaltung zu üben und auf die Besonderheit des zu entscheidenden Einzelfalles abzustellen, also allgemeine, namentlich systematisierende Ausführungen zu unterlassen. Sie sollte die systematische Einordnung der von ihr entschiedenen Einzelatbestände vielmehr der kritischen Prüfung durch die Rechtswissenschaft überlassen und erst mit Hilfe dieser Prüfung die Tragfähigkeit ihrer Einzelentscheidungen innerhalb eines allgemeinen rechtlichen Rahmens untersuchen. Denn es ist eine Erfahrungstatsache, daß es im Grunde für einen Richter in den meisten Fällen unmöglich ist, schon an Hand eines Einzelfalles zu beurteilen und zu entscheiden, welche Bedeutung und Tragweite seine erste Entscheidung für eine sich anbahnende neue Rechtsentwicklung haben wird. Andererseits muß die höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts bemüht sein, die von ihr eingeleitete Rechtsentwicklung an Hand ihres eigenen Rechtsmaterials zu gegebener Zeit, nämlich dann, wenn sich die Folgen und die Tragweite ihrer Entscheidungen übersehen lassen und etwa zunächst bestehende Zweifel überwunden werden können, zu einem irgendwie gearteten Abschluß zu bringen. Dabei muß sie sich darüber im klaren sein, daß sie im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit an diese so zum Abschluß gebrachte Rechtsentwicklung in Zukunft selbst gebunden ist. Daher sollte die Rechtsprechung bestrebt sein, die von ihr anerkannte und bestätigte Rechtsentwicklung in eine rechtlich möglichst einfache Form zu kleiden, damit sie für die Rechtsanwendung und Rechtspraxis auch praktikabel ist. Das ist nach meinem Eindruck eine besondere Aufgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Die Bedeutung dieser Aufgabe für unser ganzes Rechtsleben tritt offen

zutage, wenn man sich einzelne, in stetiger Rechtsentwicklung anerkannte Rechtsfiguren wie die Einmanngesellschaft, die fehlerhafte Gesellschaft oder die GmbH und Co. vergegenwärtigt, die die Rechtsprechung hinfort als auch für sie verbindliches Recht hinnehmen muß und die deshalb in ihrer rechtlichen Ausgestaltung für die Rechtsanwendung praktikabel sein müssen.

II.

Im folgenden möchte ich an Hand eines einzelnen Rechtsinstituts dartun, wie sich nach meinem Eindruck und nach meiner eigenen revisionsrichterlichen Erfahrung eine solche Entwicklung zur allmählichen Ausbildung und Anerkennung eines neuen Rechtsinstituts durch die höchstrichterliche Rechtsprechung vollzieht und wie dabei die einzelnen Abschnitte dieser Entwicklung nach meiner Überzeugung zu beurteilen sind. Diese Beurteilung möchte ich an Hand der Behandlung, die die Abstimmungsvereinbarung im Rahmen des Gesellschaftsrechts durch die höchstrichterliche Rechtsprechung erfahren hat, vornehmen, nachdem diese Entwicklung nach meiner Ansicht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 1967¹ einen gewissen Abschluß gefunden hat.

Die erste Entscheidung des Reichsgerichts aus der Zeit vor dem ersten Weltkrieg zu dieser Frage läßt recht deutlich erkennen, wie stark die Ablehnung des Revisionsgerichts gegenüber dieser neuen Erscheinungsform in der Gestaltung der Willensbildung innerhalb der Aktiengesellschaften und der Gesellschaften mbH damals gewesen ist, eine Ablehnung, die sich im Grunde genommen m. E. nur damit erklären läßt, daß dem Gericht solche Abstimmungsvereinbarungen noch ziemlich fremd und in ihrer Tragweite von ihm auch nicht zu übersehen waren. Nur so sind die starken, reichlich emotional anmutenden Worte zu verstehen, mit denen in dieser Entscheidung die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen verneint wird, Worte, die zwar recht kategorische Sätze, aber doch wohl keine rechtliche Begründung in einer jener Zeit gemäßen Art enthalten². Diese gefühlsmäßig begründete Ablehnung und das ihr zugrunde liegende Mißtrauen erscheinen aus heutiger Sicht deshalb auffallend, weil solche Abstimmungsvereinbarungen wohl schon damals im Wirtschaftsleben eine ziemliche Verbreitung und im Schrifttum eine ausgesprochen sachliche und zudem positive Beurteilung gefunden hat-

¹ BGHZ 48, 163.

² RGZ 57, 205, 208: Es „widerspricht der Idee der Gesellschaft, des Vertrauensamtes und der Rechtsordnung, durch private Abkommen einzelner Gesellschafter eine rechtliche Bindung und zwangsweise Verpflichtung eines Gesellschafters des Inhalts zuzulassen, den hier die Kläger in Anspruch nehmen. . . . In solcher Weise darf niemand einen anderen und sich selbst in der Betätigung seines freien Willens hindern“.

ten³. Man wird dieser Entscheidung m. E. nur dann gerecht werden können, wenn man sie in einen anderen Zusammenhang stellt, sie nämlich in Verbindung bringt mit der sich damals abzeichnenden Entwicklung, mit der das Reichsgericht begann, der Bildung und der Ausübung der Mehrheitsherrschaft innerhalb der Aktiengesellschaft mit einer größeren Kritik zu begegnen und ihr eine bewertende Beurteilung zuteil werden zu lassen. Ich glaube, daß nur von hier aus das offensichtliche Mißtrauen zu erklären ist, das das Reichsgericht in der ersten Entscheidung dieser „neuen“ Erscheinungsform bei der Bildung der Mehrheitsmeinung entgegengebracht hat.

Die sodann folgende Entscheidung des Reichsgerichts liegt noch auf derselben Linie⁴; sie ist aber deshalb gleichwohl bemerkenswert, weil sie in ihren Worten sehr viel verhaltener und pragmatischer klingt und überdies schon die Möglichkeit einer Einschränkung des zunächst allgemein aufgestellten Satzes über die Unwirksamkeit von Abstimmungsvereinbarungen anzudeuten scheint⁵. Ferner ist bei dieser Entscheidung hervorzuheben, daß sie zur Annahme der Sittenwidrigkeit nur eine Aussage und nicht eine Begründung enthält und daß sie insofern verhältnismäßig farblos wirkt. Zudem enthält der einschränkende Zusatz einen anderen Rechtsgedanken, da die Annahme einer etwaigen Umgehung des Veräußerungsverbots nicht eine Frage der Sittenwidrigkeit, sondern

³ Vgl. dazu *Jordan*, Die Strafbarkeit des Stimmenkaufs im Aktienrecht, 1897, S. 55/56; *Risse*, Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht, 1899, S. 81; *Staub*, Komm. z. HGB, 6./7. Aufl., 1900, § 317, Anm. 8 (m. w. N.).

⁴ RGZ 69, 134, 137: „Gegen die guten Sitten verstößt die vertragliche Bindung des Gesellschafters einer GmbH, seine Rechte als Gesellschafter und insbesondere sein Stimmrecht unter Hintansetzung seines eigenen Willens nur nach dem Willen eines Dritten auszuüben, und zwar jedenfalls dann, wenn in dem Gesellschaftsvertrag die Übertragung der Geschäftsanteile von der Genehmigung eines Gesellschaftsorgans abhängig gemacht wird. (Betrifft also einen Fall der Umgehung eines Veräußerungsverbots.)“

⁵ Wenn das Revisionsgericht in den Entscheidungsgründen seines Urteils von einem allgemeinen Rechtssatz ausgeht und seine Anwendung sodann entsprechend der vorliegenden Fallgestaltung auf den gegebenen Sachverhalt einschränkt oder die Möglichkeit einer solchen Einschränkung ausdrücklich andeutet, dann sollte das Revisionsgericht das m. E. nur dann tun, wenn es an Hand des zu entscheidenden Falles bereits irgendwelche Bedenken oder sogar ernsthafte Bedenken gegen eine Anerkennung des Rechtssatzes in seiner allgemeinen Wirksamkeit hat. Das gilt auch für allgemeine Formulierungen wie „es kann hier offen bleiben, ob...“ oder „es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob...“, da solche Formulierungen nach ihrem gesamten Zusammenhang in der juristischen Öffentlichkeit den Eindruck erwecken können, daß sie zugleich eine irgendwie geartete Aussage zur Sache zum Ausdruck bringen sollen. Das gilt namentlich dann, wenn die Entscheidung auf einen allgemeinen Rechtssatz aus einer früheren Entscheidung desselben oder auch eines anderen Senats des Revisionsgerichts zurückgreift. Will sich also das Revisionsgericht entsprechend der vorliegenden Fallgestaltung nur auf diesen Fall beschränken, so ist es angemessen, wenn es den allgemein gehaltenen Rechtssatz überhaupt nicht erwähnt oder in den Kreis seiner rechtlichen Betrachtungen nicht ausdrücklich einbezieht.

eine solche des Verstoßes gegen den Gesellschaftsvertrag ist. So gesehen stellt diese Entscheidung m. E. nicht eine einfache Fortsetzung der mit RGZ 57, 205 eingeleiteten Rechtsprechung dar, sondern läßt in ihrer knappen Formulierung erkennen, daß die allgemeine Frage nach der Wirksamkeit von Abstimmungsvereinbarungen offenbar noch irgendwie in der Schwebe gehalten werden sollte⁶.

Mit der Entscheidung RGZ 107, 67, 70 wird gegenüber der Beurteilung von Abstimmungsvereinbarungen eine neue Entwicklung eingeleitet. Diese Entscheidung stellt in meinen Augen in mancherlei Hinsicht einen Neubeginn dar. Das ist zunächst in der Sache ganz offensichtlich, da hier die Wirksamkeit von Stimmrechtsverträgen unter den Aktionären bejaht wird. Ebenso bedeutsam ist aber auch die Form der Begründung, die für diese Ansicht gegeben wird. Die Entscheidung sieht davon ab, das Problem der Stimmrechtsverträge in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite aufzuwerfen oder an bisherige Entscheidungen des Reichsgerichts zu dieser Frage in irgendeiner Form anzuknüpfen. Die Begründung wirkt in ihrer nüchternen und schlichten Form fast beiläufig. Das ist für die höchstrichterliche Rechtsprechung typisch, wenn sie vorsichtig und abwartend rechtliches Neuland betritt und deshalb bewußt davon absieht, in irgendeiner Hinsicht die Grenzen für die Tragweite dieser Entscheidung abzustecken. Dabei ist hervorzuheben, daß die überaus anspruchslos wirkende Entscheidung RGZ 107, 67, 70 bereits die entscheidenden Gesichtspunkte für die spätere Rechtsprechung enthält, nämlich den Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit, der insoweit durch die Besonderheiten des Aktienrechts keine Einschränkungen erleidet, sowie den Hinweis, daß eine vereinbarungswidrig abgegebene Stimme die Stimmabgabe selbst nicht ungültig macht. Schließlich ist zu bemerken, daß sich die Entscheidung – im Unterschied zu vorausgegangenen Entscheidungen – jeder bewertenden Beurteilung gegenüber Stimmrechtsverträgen enthält. Das ist offenbar durch die veränderte Wirtschaftslage in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg, aber auch durch die Besonderheit des hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalts bedingt, bei der die Stimmrechtsbindung der damals vom Reichsgericht als notwendig empfundenen Stärkung der Verwaltung gegen Überfremdungsgefahren von außen diene.

In der Folgezeit verfestigte sich die Rechtsprechung auf der Grundlage der soeben genannten Entscheidung. Dabei ist hervorzuheben, daß anfangs die grundsätzliche Frage, ob Abstimmungsvereinbarungen

⁶ Wieweit hierbei die Tatsache von Bedeutung gewesen ist, daß zwischen dem Urteil RGZ 57, 205 und dem Urteil RGZ 69, 134 die Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten auf den II. Zivilsenat des Reichsgerichts übergegangen war, kann heute nur schwerlich noch beurteilt werden.