

Schriften zur Rechtslehre

Heft 47

Die Formel vom Anstandsgeföhl  
aller billig und gerecht Denkenden in der  
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Eine Untersuchung über juristische Argumentationsweisen

Von

Dr. Helmut Haberstumpf



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**HELMUT HABERSTUMPF**

**Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig  
und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des BGH**

**Schriften zur Rechtslehre**

**Heft 47**

**Die Formel vom Anstandsgefühl  
aller billig und gerecht Denkenden in der  
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**

**Eine Untersuchung über juristische Argumentationsweisen**

**Von**

**Dr. Helmut Haberstumpf**



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

Alle Rechte vorbehalten  
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03553 4  
D 29

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität, Erlangen-Nürnberg, als Dissertation angenommen. Sie wurde im August 1974 abgeschlossen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Heinrich Hubmann, der den Anstoß zu dieser Arbeit gab und sie durch wertvolle Ratschläge förderte.

Großen Dank schulde ich Herrn Dr. Johann Paul Bauer. Er unterstützte mich durch wichtige Hinweise und wertvolle Kritik. Schließlich wende ich mich mit Dank an Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann, der sich zur Veröffentlichung meiner Dissertation in dieser Schriftenreihe bereitfand.

Nürnberg, im Juli 1975

*Der Verfasser*



## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Abriss über Gang und Ergebnisse der Untersuchung</b> .....	11
<b>II. Die Anstandsformel als Prämisse einer deduktiven Begründung aus dem Gesetz?</b> .....	14
1. Der „Justizsyllogismus“ .....	14
2. Kriterien zur Beantwortung der Frage .....	19
a) Deskriptive Bedeutung .....	20
aa) Was heißt: Ein Ausdruck bedeutet etwas? .....	20
bb) Was heißt: Deskriptive Bedeutung? .....	22
cc) Die Berechtigung des Kriteriums „deskriptive Bedeutung“ .....	24
b) Die deskriptive Bedeutung der Anstandsformel muß vor jeder Rechtsanwendung durch die Gerichte feststehen .....	28
3. Möglichkeiten zur Festlegung der deskriptiven Bedeutung für die Anstandsformel durch den Gesetzgeber .....	29
a) Legaldefinition .....	29
b) Zugrundelegung des umgangssprachlichen Gebrauchs. Der billig und gerecht Denkende als anerkanntes Leitbild? .....	29
c) Zugrundelegung des juristisch-technischen Sprachgebrauchs zur Zeit des Inkrafttretens des BGB und UWG .....	30
d) Verweis auf eine außerrechtliche Maßstabsordnung .....	31
aa) Absolute, dem geschichtlichen Wandel entzogene Maßstabsordnung. Erkennbarkeit durch Ableitung aus Naturtatsachen .....	32
bb) Absolute, dem geschichtlichen Wandel entzogene Sittenordnung. Unmittelbare Erkenntnis durch Intuition .....	33
cc) Rezeption von sozialen Normen .....	34
dd) Übernahme von kollektiven Wertvorstellungen .....	37
e) Verweis auf die gesamte Rechtsordnung .....	39
f) Weitere Vorschläge .....	40
aa) Die Natur der Sache .....	40
bb) Die Methode der Interessenabwägung .....	41



4. Untersuchung der Entscheidungsgründe von BGH-Entscheidungen .....	42
a) Vorüberlegungen .....	42
b) Die Entscheidungen .....	44
— BGHZ 10, 228 ff. (§ 138 I BGB) .....	44
— BGHZ 15, 356 ff. (§ 1 UWG) .....	49
— BGHZ 17, 327 ff. (§ 826 BGB) .....	52
— BGHZ 19, 13 ff. (§ 138 I BGB) .....	53
— BGHZ 20, 71 ff. (§ 138 I BGB) .....	56
— BGHZ 22, 347 ff. (§ 138 I BGB) .....	58
c) Weitere Entscheidungen und Zusammenfassung der Ergebnisse .....	59
d) Verschiedenheit der Maßstäbe: Gesamtrechtsordnung, kollektive Wertvorstellungen und soziale Normen .....	63
aa) Innerrechtliche-außerrechtliche Maßstäbe .....	64
bb) Soziale Normen — kollektive Wertvorstellungen .....	64
e) Eine Reihenordnung oder Subsidiaritätsverhältnis zwischen den Möglichkeiten besteht in der Rechtsprechung des BGH nicht .....	66
aa) Subsidiarität sozialer Normen gegenüber kollektiven Wertvorstellungen oder gegenüber der Gesamtrechtsordnung? .....	67
bb) Vorrangverhältnis des positiven Rechts gegenüber kollektiven Wertvorstellungen oder umgekehrt? .....	68
f) Mehrdeutigkeit, Vagheit und Lückenhaftigkeit der jeweiligen Maßstäbe .....	69
aa) Der Inhalt sozialer Normen .....	70
bb) Kollektive Wertvorstellungen .....	71
cc) Die Maßstäbe des positiven Rechts .....	71
5. Die Anstandsformel als Leerformel .....	73
6. Ist eine Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur Anstandsformel vom Standpunkt des historischen Gesetzgebers aus gerechtfertigt? .....	75
<b>III. Auswahl und Begründbarkeit des jeweils berücksichtigten Maßstabs</b> .....	<b>79</b>
1. Willkürliche Auswahl .....	79
2. Logische (deduktive) Begründung, unendlicher Regreß .....	80
3. Die Intuition .....	82
a) Apriorische Gültigkeit von Werturteilen .....	84
b) Das Rechtsgefühl .....	85

## Inhaltsverzeichnis

9

4. Ein Vergleich der Rolle des Rechtsgefühls in der Rechtswissenschaft mit der Rolle von Beobachtungserlebnissen in empirischen Wissenschaften .....	88
a) Die Rolle von Beobachtungserlebnissen in den empirischen Wissenschaften .....	88
b) Die Rolle des Rechtsgefühls in der Rechtswissenschaft .....	94
5. Deutung der möglichen Maßstäbe zur Ausfüllung der Anstandsformel als allgemeine Werthypothesen .....	98
a) Argumente für eine Nachprüfung von allgemeinen Werthypothesen anhand konkreter Einsichten .....	99
b) Die Diskussion von Werthypothesen .....	108
6. Regeln zur Überprüfung von Werthypothesen .....	112
a) Konfrontation mit alternativen Werthypothesen .....	113
b) Konfrontation mit wirklichen oder erdachten Fällen .....	114
c) Konfrontation mit den soziologischen Konsequenzen (sog. Folgendiskussion) der Werthypothese .....	115
d) Die Anwendung der Überprüfungsregeln anhand eines Beispiels .....	120
7. Die Abhängigkeit des Rechtsgefühls vom Vorverständnis der Richter .....	123
8. Das Ideal einer Gemeinschaft vernünftig argumentierender Personen .....	127
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>130</b>



## I. Abriß über Gang und Ergebnisse der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil beschäftigt sich mit der Untersuchung, welche Rolle die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden<sup>1</sup> in den Gründen von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu den §§ 138, 826 BGB und 1 UWG tatsächlich spielt. Im zweiten Teil wird dagegen Wert darauf gelegt, wie der BGH im Rahmen dieser Generalklauseln argumentieren sollte, wofür jedoch immer wieder auch die tatsächliche Argumentationsweise von Bedeutung sein wird<sup>2</sup>.

Da das Untersuchungsmaterial ausschließlich aus den Urteilsgründen von BGH-Entscheidungen besteht, wie sie in der amtlichen Sammlung oder in juristischen Zeitschriften veröffentlicht werden, stehen die Erörterungen im ersten Teil der Arbeit unter einem bestimmten Aspekt, der sich in folgender Ausgangsfrage ausdrückt:

Dient die Anstandsformel, so wie der BGH mit ihr in Entscheidungen zu den genannten Generalklauseln umgeht, als Prämisse einer deduktiven Begründung aus dem Gesetz?

Die Frage ist zu bejahen, wenn die Anstandsformel zwei Kriterien genügt:

- (1) Sie muß deskriptive Bedeutung haben<sup>3</sup>.
- (2) Die deskriptive Bedeutung muß durch den Gesetzgeber festgelegt sein und daher vor jeder Rechtsanwendung feststehen.

Zur Festlegung der deskriptiven Bedeutung juristischer Ausdrücke stehen dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten offen, z. B. indem er den juristisch-technischen Sprachgebrauch für verbindlich erklärt, wie er zur Zeit des Inkrafttretens eines Gesetzes von Rechtsprechung und Rechtslehre erarbeitet worden war.

---

<sup>1</sup> Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden wird im folgenden mit „Anstandsformel“ abgekürzt.

<sup>2</sup> *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 43 ff., weist darauf hin, daß Maßstäbe zur Kritik der richterlichen Argumentationspraxis nur dann sinnvoll und fruchtbar sein können, wenn man zuvor genau analysiert hat, was die Praxis eigentlich macht und warum sie so vorgeht.

<sup>3</sup> Dieses auf den ersten Blick für die Anstandsformel unplausible Kriterium wird später näher erläutert und gezeigt, warum es hier nötig ist. Es hat u. a. den Zweck, sichere Feststellungen darüber treffen zu können, ob die Anstandsformel in einem bestimmten Fall erfüllt ist oder nicht.

Die aufgestellten Kriterien sind nicht erfüllt, wenn der Gesetzgeber nicht deutlich gemacht hat, nach welcher Möglichkeit die Bedeutung des fraglichen Ausdrucks bestimmt werden soll. Sie sind aber auch dann nicht erfüllt, wenn der BGH den Bedeutungsinhalt der Anstandsformel nach mehreren dieser Möglichkeiten bestimmt, und diese Möglichkeiten nicht identische Maßstäbe abgeben.

Bei der Untersuchung von willkürlich herausgegriffenen BGH-Entscheidungen wird sich herausstellen, daß der BGH tatsächlich die Maßstäbe, aus denen er die deskriptive Bedeutung für die Anwendung der Anstandsformel entnimmt, aus drei Möglichkeiten gewinnt, nämlich aus der gesamten Rechtsordnung, aus kollektiven Wertvorstellungen und tatsächlich feststellbaren sozialen Normen<sup>4</sup>.

Diese drei Möglichkeiten ergeben keine identischen oder voneinander ableitbaren Maßstäbe. Darüber hinaus liefert keine der Möglichkeiten, für sich genommen, feste und eindeutige Maßstäbe. Diese sind vielmehr mehrdeutig, vage und lückenhaft, so daß der Rechtsprechung fast nie die Qual der Wahl, eine Modifizierung und Konkretisierung erspart bleibt. Von einer Festlegung der deskriptiven Bedeutung der Anstandsformel kann demnach nicht die Rede sein, bzw. genauer: Es ist nicht ersichtlich, daß der BGH sich an eine etwaige Festlegung hält. Das Ergebnis, die Anstandsformel sei eine Leerformel, ist somit unvermeidlich.

Da alle Versuche, die Rechtsprechung an einen feststehenden Maßstab zu binden, sich als illusorisch erwiesen haben, stellt sich die im zweiten Teil der Arbeit zu behandelnde Frage:

Wie wählt der BGH unter den zur Verfügung stehenden Maßstäben den „richtigen“ aus und wie läßt sich die Richtigkeit dieses Maßstabs erweisen?

Beides ist miteinander verschränkt und wird daher zusammen behandelt.

Da eine willkürliche Auswahl ausscheidet, muß die Wahl des entscheidenden Maßstabes gerechtfertigt werden. Eine rein logische Begründung führt nicht weiter, weil die Logik nicht angibt, von welchen Sätzen man in einer Deduktionskette ausgehen soll. Hier greift das Rechtsgefühl der entscheidenden Richter ein. Der BGH versucht, die Wahl des Maßstabes dadurch zu rechtfertigen, daß er ihn auf Sätze zurückführt, die die Richter aufgrund ihres Rechtsgefühls akzeptiert haben und von denen sie annehmen, daß sie auch von den Angehörigen unserer Rechtsgemeinschaft gebilligt werden können.

---

<sup>4</sup> Was unter „gesamter Rechtsordnung, kollektiven Wertvorstellungen und tatsächlich feststellbaren sozialen Normen“ verstanden wird, wird weiter unten näher erläutert.

Nach der Ansicht *Eike von Savigny's*<sup>5</sup>, der hier gefolgt wird, ist dies jedoch wissenschaftstheoretisch eine durchaus adäquate Art, über Werturteile zu diskutieren. Nach dieser Ansicht spielt das Rechtsgefühl eine analoge Rolle wie Beobachtungserlebnisse in empirischen Wissenschaften. Das hat zur Folge, daß allgemeine Werturteile ähnlich wie naturwissenschaftliche Hypothesen überprüfbar sind, und es plausibel und sinnvoll erscheint, einige der dort anerkannten Überprüfungsregeln auch für juristische Diskussionen zur Anwendung zu bringen. Die zur Begründung von Entscheidungen im Rahmen der Anstandsformel vom BGH wahlweise herangezogenen Maßstäbe, mögen sie aus der Rechtsordnung stammen oder kollektiven Wertvorstellungen entsprechen, lassen sich als allgemeine Werturteile deuten. Nach dieser Deutung wählt der BGH den Maßstab, der die gerechtesten Ergebnisse bringt, bzw. voraussichtlich bringen wird. Das Rechtsgefühl der Richter entscheidet darüber, welche Ergebnisse die gerechtesten sind.

In weit geringerem Maße ist das Rechtsgefühl jedoch in der Lage, stets alle Rechtsgenossen zur Akzeptierung derselben Sätze zu motivieren, woraus sich die Existenz verschiedener Moral- und Rechtsauffassungen erklärt. Darüberhinaus sind unsere Rechtsüberzeugungen dem geschichtlichen Wandel unterworfen. Daraus ergeben sich weitreichende Konsequenzen. Einmal kann eine Argumentation im Rahmen der Gute-Sitten-Klauseln nur dann überzeugend wirken, wenn auf die jeweilige gesellschaftliche Wirklichkeit Bezug genommen wird. Zum anderen kann der Fall eintreten, daß der BGH mit seiner Begründung nicht das Rechtsgefühl der Angehörigen unserer Rechtsordnung trifft und seine Entscheidungen nicht nachvollziehbar sind. Vor allem letzteres stellt dann eine Gefahr dar, wenn schichtspezifische normative Vorurteile und Interessenstandpunkte, etwa der höheren Mittelschichten, in allgemein gültiges Recht transformiert werden. Dieser Gefahr ist nicht durch Versuche zu begegnen, das Rechtsgefühl für juristische Argumentationen auszuschalten, sondern dadurch herabzumildern, daß man die Richter auffordert, bei Begründungen im Rahmen der genannten Generalklauseln sich der Abhängigkeit von ihrem sozialen Vorverständnis bewußt zu werden.

Ziel der hier vorgeschlagenen Regeln zur Überprüfung der möglichen Maßstäbe für die Anstandsformel, sowie die Aufforderung zu Selbstreflexion und Selbstkritik hinsichtlich etwaiger sozialer Vorurteile ist es, ein hohes Maß an Intersubjektivität und Rationalität bezüglich der Begründungen und Ergebnisse juristischer Tätigkeit zu erreichen. Ob dieses Ziel immer erreichbar ist, ist zwar zweifelhaft; das bedeutet aber nicht, daß es nicht angestrebt werden sollte.

<sup>5</sup> Niederlegt und begründet in seinem Buch „Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze“.