



# Kontrastargumente

## I. Das ändernde Gesetz

- Voraussetzungen
  - Kenntnis vom alten Rechtszustand (z.B. Materialien; HKK; Coing)
  - Nachweis der Änderungsabsicht des Gesetzgebers (z.B. in Materialien)
- Beispiel:
  - Versionsklage (Arg. bei §§ 677, 812, 951, 994, 1922)
  - Eigentum an Sachteilen
  - Vormundschaft über Volljährige
  - Ausschluss von Rücktritt und Schadensersatz (§ 325 BGB)
  - Automatische Vertragsaufhebung durch Unmöglichkeit (§ 306 BGB aF)

## II. Die veränderten Umstände

## III. Die veraltete Dogmatik

# Kontrastargumente

- I. Das ändernde Gesetz
- II. Die veränderten Umstände
  - Beispiele:
    - Kommerzialisierung von Nichtvermögensgütern
    - Gute Sitten
    - Immissionen
    - FamR
  - Grundsatzkritik
  - Abschwächung
- III. Die veraltete Dogmatik

**BGHZ 56, 214 (1971)**

**Diese Rechtsprechung** geht von der Annahme aus, daß die ständige Verfügbarkeit des eigenen Kraftfahrzeugs, auch wenn es nicht gewerblich genutzt wird, als geldwerter Vorteil, und dessen vorübergehende Entziehung als Vermögensschaden anzusehen ist. **Diese Annahme entspricht der heutigen Verkehrsauffassung.**

- nur gegenwartsbezogen?
- in Abgrenzung zu einer älteren Auffassung?

**BGHZ 63, 98 (1974)**

Das kann jedoch nicht hindern, die zu einem bestimmten Fall des Verlusts von Gebrauchsmöglichkeiten (hier eines Kraftfahrzeugs) entwickelten Rechtsgedanken auf andere vergleichbare Fälle zu übertragen, **wenn das der - möglicherweise gewandelten - jetzigen Verkehrsauffassung** entspricht. Die **wachsende Bedeutung**, die der durch Arbeitsleistung verdiente oder auf sonstige Weise „erkaufte“, der Erhaltung oder Wiederherstellung der Arbeitskraft dienende Erholungsurlaub für die Mehrzahl der Bevölkerung gewinnt, macht es jedenfalls erforderlich, der **fortschreitenden Entwicklung** mit der **überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum** Rechnung zu tragen und den unter den angeführten Voraussetzungen erworbenen Urlaub als solchen **schon** als ein vermögenswertes Gut anzusehen, dessen Verletzung einen Anspruch auf Ersatz „materiellen“ Schadens auslösen kann.

**In der Rechtsprechung** werden Verträge, in denen Wahrsagerei versprochen wird, jedenfalls nicht von vornherein als sittenwidrig angesehen, weil solchen unseriösen Verträgen **heute** der Rechtsschutz **nicht mehr** zu versagen sei (OLG Düsseldorf NJW 2009, 789). Bereits in einer älteren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wurde das **entgeltliche Erstellen von Horoskopen** nicht als sozialunwertige Betätigung angesehen und der Beruf des Astrologen dem Schutz von Art. 12 GG unterstellt (BVerwGE 22, 286). In der **Gesetzesbegründung** zu § 311a BGB, der im Unterschied zu § 306 a. F. BGB auf eine unmögliche Leistung gerichtete Verträge nicht mehr als nichtig ansieht, wird allerdings ausgeführt, dass die bisher über § 306 a. F. BGB gelösten Fälle des Versprechens einer Leistung, die nur Aberglaube für möglich halten kann, die Beibehaltung dieser Vorschrift nicht rechtfertigen; sie dürften (häufig) als sittenwidrig und deshalb nach § 138 BGB als nichtig behandelt werden können (**BT-Drucksache 14/6040, Seite 164**).

(OLG Stuttgart, Urteil vom 08. April 2010 – 7 U 191/09 –, Rn. 23, juris).

Rechtsprechungs-  
verweis

Grundgesetz  
Rechtsprechungs-  
verweis

Materialien zu anderer  
Norm

Buchgeld und Bargeld sind zur Erfüllung von Geldschulden funktionell in gleichem Maße geeignet (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I [14. Aufl 1987] § 13 I; Omlor, Geldprivatrecht [2014] 347 f). Die Gegenthese, dass „[e]ine Geldschuld ... an sich in bar, dh durch Übereignung einer entsprechenden Anzahl von gesetzlichen Zahlungsmitteln, zu erfüllen“ (BGHZ 87, 156, 162 f) sei, **gründet sich auf einem antiquierten Geldbegriff** und einem daraus folgenden fehlsamen Verständnis des Wesens der Geldschuld. Auszugehen ist von dem zweigliedrigen Geldbegriff, der in seiner abstrakten Spielart sowohl Bar- als auch Buchgeld erfasst (zu den Einzelheiten s o Rn A66 ff).

(Staudinger/Omlor (2016) Vorbemerkungen zu §§ 244–248, Rn. B85)

## Begriffswandel

### **Angesichts der Nichtrauchergeretze**

von Bund und Ländern kommt die Annahme, durch Rauchen erzeugte Immissionen seien als sozialadäquat einzustufen und damit von stets unwesentlich im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB, **heute nicht mehr** in Betracht. Deutlich (intensiv) wahrnehmbarer Rauch ist vielmehr grundsätzlich als eine wesentliche Beeinträchtigung anzusehen; das gilt auch dann, wenn sie nur eine Zigarettenlänge andauert. BGH NJW 2015, 2023

## Gesetze als Indiz für Wandlung

Zwar haben **sich die gesellschaftlichen Anschauungen seit dem Jahre 1982 insofern geändert**, als ein außerehelich gezeugtes Kind nicht mehr stigmatisiert wird, das Ansehen eines Kindes in der Familie infolge einer inzidenten Feststellung dieser Tatsache seinen Schaden zu nehmen droht. Auch ist dem Kind zu tragen, dass der **Gesetzgeber** durch das am 1. April 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. März 2008 (BGBl. I 441) ein Verfahren zur Verfügung gestellt hat, das der Klärung der Abstammung dient und es gleichwohl zulässt, die sich gegebenenfalls als unzutreffend erweisende statusrechtliche Zuordnung des Kindes unverändert zu lassen (vgl. **dazu bereits Senatsurteil** vom 16. April 2008 - XII ZR 144/06 - zur Veröffentlichung bestimmt).

Bezieht sich auf:  
BGH NJW 1983,  
824, 825

Dies rechtfertigt es aber nicht, an der Rechtsausübungssperre für die vorgenannten Verfahren generell nicht mehr festzuhalten. Vielmehr **können trotz der beschriebenen gesellschaftlichen Veränderungen** sowohl die Durchführung einer Beweisaufnahme über die Abstammung des Kindes als auch deren Ergebnis den Familienfrieden stören und das Kindeswohl beeinträchtigen. (BGH, Beschluss vom 25. Juni 2008 – XII ZB 163/06 –, Rn. 22f., juris)

Ausgangspunkt:

- Rechtsprechung (Richterrecht)
  - Feststellung der gesellschaftlichen Veränderung (offensichtlich)
  - Gesetzliche Veränderung
  - Rechtsprechung
- 
- Begründung der Fortführung

Als angemessene Vorbildung zu einem Beruf ist **nach heutiger gewandelter Auffassung** eine Berufsausbildung zu verstehen, die der Begabung und den Fähigkeiten, dem Leistungswillen und den beachtenswerten Neigungen des Kindes am besten entspricht, ohne daß es insoweit auf Beruf und gesellschaftliche Stellung der Eltern (Unterhaltspflichtigen) ankommt, und die sich hinsichtlich ihrer Finanzierung in den Grenzen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern hält.

(BGH, Urteil vom 29. Juni 1977 – IV ZR 48/76 –, BGHZ 69, 190-197, Rn. 11)

### **Ist der Stand der Eltern ein Maßstab der Angemessenheit in § 1610 Abs. 2 BGB?**

Die diesen Grundsätzen nicht Rechnung tragende Entscheidung LG Berlin FamRZ 1976, 122, in der die Verpflichtung des Vaters einer Stadtinspektorin, dieser ein Studium der Rechte zu finanzieren, mit der Begründung bejaht worden ist, daß die Tochter dadurch "eine erheblich bessere gesellschaftliche Stellung" erlange, kann nicht gebilligt werden, da sie mit der besseren gesellschaftlichen Stellung **auf ein heute nicht mehr verbindliches Merkmal** abstellt, das zudem, für sich genommen, die Verpflichtung zur Finanzierung einer jeden Zweitausbildung rechtfertigen würde, die in einem Studium an einer Hochschule besteht.

(BGH, Urteil vom 29. Juni 1977 – IV ZR 48/76 –, BGHZ 69, 190-197, Rn. 14)

# Form des Arguments

- Häufig nur einfache Behauptungssätze
  - Setzt Plausibilität in der Zeit voraus
  - Erfahrungssätze bedürfen keines Beweises
- Wenn in Rechtsprechung ausgeführt: Gesetzesänderungen und Rechtsprechung als Indizien für den Wandel
  - Ausführlich: BGHZ 50, 325-335 (Parteifähigkeit von Gewerkschaften)
- Auch rechtspolitisches Argument

Gehören die entscheidenden Richter - wie im Streitfall - selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen, bedarf es im Allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses (BGH NJW-RR 2014)

# Spielarten des Arguments

- Th. Honsell unterscheidet
  - Wandlung durch Richterrecht
  - Wandel der Normsituation
    - Grundgesetz
    - BISchmG für § 906 BGB
    - Strafrechtsreform für § 138 BGB
  - Wandlung im außerrechtlichen Bereich
    - Schadensrecht
    - Gute Sitten (zB Transportversicherung für Kulturgut mit Exportverbot)
    - Geltentwertung

# Grundsatzkritik

- Können die Umstände das Recht ändern?
- Müssen die Umstände das Recht ändern?
  - Alterung des Gesetzes (Grimm; Esser)
  - Fortschritt reißt immer wieder Lücken in das Recht
  - Koevolution

„Diese Unterstellung dient als Ermächtigung an den Richter, den Willen des historischen Gesetzgebers jeweils zu „aktualisieren“ und unter Berücksichtigung eingetretener Veränderungen tatsächlicher Art „fortzuschreiben“. Sie führt im praktischen Ergebnis zu einer „Halbwertzeit“ von Gesetzen und damit zu einer erheblichen Relativierung der Gesetzesbindung, die sie letztendlich aufhebt.“  
(Maunz/Dürig/Hillgruber GG Art. 97 Rn. 58-62, beck-online)



Beispiel für  
unbegrenzte  
Auslegung  
(Rüthers)

RGZ 145, 359 (366) („Weißeisenerz“)

Nicht das Gesetz paßt sich, sondern der Richter paßt durch seine Interpretation an die gewandelten Verhältnisse an. .. Die wechselnden Ergebnisse der Auslegung gehen nicht auf das Eigenleben des Gesetzes, sondern auf die gewandelte Sicht der Tatsachen und die veränderten Wertvorstellungen des Rechtsanwenders zurück. .. Das Gesetz ist dasselbe. Allein die Anwendung wechselt.

BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65 –, BVerfGE 34, 269-293 („Soraya“)

„Die Norm steht ständig im **Kontext der sozialen Verhältnisse** und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und **muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln**. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist **zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen**, wenn er nicht seine Aufgabe, "Recht" zu sprechen, verfehlen will.

# Abschwächen I – Historische Richtigkeit

- Heutige Verkehrsanschauung/ heutigen Lebensverhältnisse machen es notwendig, nun [anders als früher] in der Nutzungsmöglichkeit des Pkw einen geldwerten Vorteil zu erkennen
- Z.B. G. Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981
- Entgangene Gebrauchsmöglichkeiten waren bis in die 1920er Jahre ersatzfähig, auch bei Luxusgütern

„Wenn Hohloch in seinem Reformgutachten die Rechtsentwicklung der Nachkriegszeit als „Hinüberwandern geldwert gewordener ... an sich immaterialer Annehmlichkeiten in den Bereich des Vermögens“ gedeutet hat, so sagt das wohl mehr über das Bild aus, das sich die Juristen von ihrer Zeit gemacht hatten als über die tatsächliche Rechtsentwicklung, die ja im Vergleich zur ersten Jahrhunderthälfte spürbar restriktiver geworden war“  
HKK/Jansen, §§ 249-253, 255 Rn. 134.

# Abschwächen II – Zusammenhänge hinterfragen

Auch der heutige Erkenntnisstand hinsichtlich der Möglichkeiten, dem Verletzungsrisiko durch Schutzmaßnahmen zu begegnen, rechtfertigt noch nicht den Schluss, dass ein Radfahrer sich nur dann verkehrsgerecht verhält, wenn er einen Helm trägt. Insoweit mag der Fortschritt der Sicherheitstechnik zwar in gewissem Maße Berücksichtigung finden (vgl. Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 254 Rn. 51 mwN). Die **technische Entwicklung** hat aber **nur bedingte Aussagekraft** für die Beurteilung der Frage, welches Verhalten tatsächlich dem heutigen allgemeinen Verkehrsbewusstsein entspricht.  
(BGH, Urteil vom 17. Juni 2014 – VI ZR 281/13 –, Rn. 11, juris)

Technischer  
Fortschritt und  
Verkehrsbewusstsein

## Abschwächen III - Beweisanforderungen

[Der BGH] hat dazu ausgeführt, dass weder die Gefährlichkeit noch **das gegenüber früher - nicht zuletzt wegen der zunehmenden Dichte des Verkehrs** - bei Mopedfahrern möglicherweise **gesteigerte Bewusstsein** für solche Gefährdungen ausreichen, um das Fahren ohne Helm als nicht verkehrsgerecht zu bewerten. Zur Beurteilung einer allgemeinen Überzeugung könnten **Umfrageergebnisse, Statistiken und amtliche oder nichtamtliche Erhebungen** herangezogen werden, die jedoch nicht vorhanden seien. Ohne solche zureichend verlässlichen Unterlagen könne von einer allgemeinen Überzeugung, dass es für einen ordentlichen und gewissenhaften Mopedfahrer zum eigenen Schutz in jedem Falle erforderlich sei, auf seinen Fahrten einen Schutzhelm zu tragen, so lange nicht gesprochen werden, als selbst der **Verordnungsgesetzgeber**, von dem zu dieser Frage **gewissenhafte Überlegungen** und Nachforschungen erwartet werden könnten, noch Ende 1975 die einschlägigen Gefahren relativiert und die Anordnung entsprechender Anschaffungen der Mopedfahrer im Hinblick darauf noch als unzumutbar angesehen habe.

(BGH, Urteil vom 17. Juni 2014 – VI ZR 281/13 –, Rn. 12, juris)

# Literaturhinweise

- Weitere Beispiele bei:
  - Wiedemann: Richterliche Rechtsfortbildung (NJW 2014, 2407), der neben *landmark-cases* (Soraya; Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft; Kind als Schaden) auch auf zahlreiche langsame Fortbildungen verweist.
  - AG Düsseldorf ZMR 2015, 860-861 m. Anm. (Stehenpinkeln)

# Ausblick

## Kontrast III - Die veraltete Dogmatik

- Beispiele:
  - „etwas“ in § 812 BGB
  - Willenserklärung = Wille + Erklärung
- Zur Einführung: BGHZ 55, 128-137 (Flugreisefall)