



# Der Begriff der "herrschenden Meinung" in der Rechtsprechung des BGH – unter Auswertung der juris data disc "Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs".

Wolfgang Michel

*Das untersuchte Material*

Erfasst sind insgesamt 41.600 Entscheidungen, die erste datiert vom 30.06.1949, die letzte vom 14.07.1993. Die Recherche mit den Suchwörtern "herrschende Meinung" ergab 292 Treffer, von denen nach Inhaltsanalyse noch 275 als einschlägig übriggeblieben sind und zwar 249 der Zivilsenate, davon eine des Großen Senats für Zivilsachen, 20 der Strafsenate, je zwei des Senats für Notarsachen und des Senats für Landwirtschaftssachen, je eine des Senats für Anwaltssachen und des Kartellsenats.

*Auswahlkriterien*

Nicht berücksichtigt wurden solche Entscheidungen, in denen etwa in den wiedergegebenen Gründen der angefochtenen Entscheidung oder in der Revisionsbegründung von der herrschenden Meinung gesprochen worden ist, ohne daß der BGH zum Ausdruck gebracht hat, ob auch er hier von einer "herrschenden Meinung" ausgeht. Ausgesondert wurden selbstverständlich auch Entscheidungen, in denen nicht von der juristischen herrschenden Meinung sondern von der herrschenden Meinung auf anderen Gebieten, etwa im technisch-naturwissenschaftlichen Bereich, die Rede ist. Einbezogen wurden hingegen Entscheidungen, in denen der BGH ohne nähere Begründung und ohne Zitate von der herrschenden Meinung spricht. Grundsätzlich nicht berücksichtigt wurden Textstellen, in denen Formulierungen wie "herrschende Ansicht" oder "herrschende Auffassung" verwendet werden, es sei denn, sie stehen in unmittelbarem Zusammenhang; etwa im selben Satz, mit dem Begriff "herrschende Meinung" und werden synonym gebraucht. Diese Einnengung schien geboten, um zumindest von daher eine klare Konturierung zu erreichen, nachdem sich im Verlauf der Recherchen zeigte, daß auf dem Gebiet, das Gegenstand der Untersuchung ist, eindeutig definierte Begriffe eher die Ausnahme sind.

*Statistische Erfassung*

Die noch verbleibenden 275 Entscheidungen machen lediglich 0,66% des gesamten untersuchten Bestandes aus. Erstmals wird der Begriff "herrschende Meinung" in einer Entscheidung aus dem Jahre 1951 verwendet.

Aus der folgenden Aufstellung ergibt sich fortlaufend nach Jahren die jeweilige absolute Zahl der Entscheidungen, in denen der Begriff "herrschende Meinung" im oben eingegrenzten Sinn gebraucht wird, die Gesamtzahl der für dieses Jahr erfaßten Entscheidungen sowie der – gerundete – Prozentsatz der als "einschlägig" berücksichtigten Entscheidungen:

1951	2	781	0,26 %
1952	1	791	0,13 %
1953	1	791	0,13 %
1954	3	780	0,38 %
1955	1	728	0,14 %
1956	1	739	0,14 %
1957	2	764	0,26 %
1958	1	771	0,13 %
1959	0	782	0,00 %
1960	2	943	0,21 %
1961	0	879	0,00 %
1962	2	869	0,23 %
1963	1	850	0,12 %
1964	0	745	0,00 %
1965	0	751	0,00 %
1966	1	823	0,12 %



1967	2	905	0,22 %
1968	0	721	0,00 %
1969	3	743	0,40 %
1970	1	678	0,15 %
1971	0	738	0,00 %
1972	2	752	0,27 %
1973	3	735	0,41 %
1974	1	724	0,14 %
1975	1	753	0,13 %
1976	12	809	1,48 %
1977	11	827	1,33 %
1978	19	942	2,02 %
1979	14	904	1,55 %
1980	22	972	2,26 %
1981	9	1142	0,79 %
1982	3	1251	0,24 %
1983	3	1403	0,21 %
1984	8	1322	0,61 %
1985	14	1269	1,10 %
1986	5	1479	0,34 %
1987	16	1582	1,01 %
1988	26	1587	1,64 %
1989	19	1728	1,10 %
1990	18	1628	1,11 %
1991	17	1526	1,11 %
1992	17	1427	1,19 %
1993 (bis 14.07)	11	508	2,17 %

Eine nicht spekulative Erläuterung der vorstehenden Zahlen erscheint zumindest schwierig und soll daher auch nur ansatzweise versucht werden.

Auffällig ist zunächst, daß bis einschließlich 1975 der Prozentsatz der einschlägigen Entscheidungen jeweils unter 0,5% liegt. In den Jahren von 1976 bis 1980 liegen die Prozentsätze jeweils über 1%, für 1980 wird sogar das Maximum erreicht, wenn man von dem unvollständigen Jahr 1993 absieht, für das ein noch höherer Prozentsatz zu erwarten ist. Der Umstand, daß ab 1987 bei juris die BGH-Entscheidungen im Volltext erfaßt sind, scheint die Prozentsätze nicht allzusehr zu beeinflussen. Allerdings ist dieser ab 1987 bislang nicht mehr unter 1% gesunken, was nach dem vorangegangenen Hoch ab 1981 sehr wohl der Fall gewesen ist. In den ersten Jahren des BGH könnten sich die geringen absoluten und prozentualen Zahlen dahin interpretieren lassen, daß 1945 ein Kontinuitätsbruch eingetreten ist. Die Inhaltsanalyse spricht jedoch eher gegen diese Annahme. So wird in diesen Entscheidungen oft an Früheres angeknüpft, was in häufigen RG-Zitaten und Erörterungen der juristischen Literatur der Vorkriegszeit seinen Niederschlag findet.

Eine Begriffsbestimmung, was nach dem Verständnis des BGH "herrschende Meinung" ist, enthält keine der recherchierten Entscheidungen. Auch eine durchgängige Systematik beim Gebrauch des Begriffs ist nicht festzustellen. Die "herrschende Meinung" ist nach dem Verständnis des BGH weder ein eindeutig der Literatur (dem Schrifttum, der Lehre) noch der Rechtsprechung zuzuordnender Begriff. In einer Reihe von Entscheidungen stehen sich Rechtsprechung und "herrschende Meinung" als unterschiedliche Kategorien gegenüber. Einerseits ist von der (ständigen) Rechtsprechung, andererseits von der "herrschenden Meinung" (in der Literatur, im Schrifttum, in der Lehre) die Rede, auch in dem Sinn, daß etwa die Rechtsprechung von der "herrschenden Meinung" ge-

*Interpretationsversuch*

*Keine Begriffsbestimmung durch den BGH*



teilt werde und umgekehrt oder sich die eine der anderen angeschlossen habe<sup>1</sup>. In einem Teil der Entscheidungen wird auch von der "herrschenden Meinung" in der Literatur (Schrifttum) gesprochen<sup>2</sup>, aber auch von der in Rechtsprechung und Literatur (Schrifttum) "herrschenden Meinung"<sup>3</sup> und von der "herrschenden Meinung" (nur) in der Rechtsprechung<sup>4</sup>. In einigen, meist älteren Entscheidungen ist schließlich von der "herrschenden Meinung" in Rechtsprechung und Lehre<sup>5</sup> oder herrschenden Lehre<sup>6</sup> die Rede. In zwei Entscheidungen werden auch Begriffspaare wie "herrschende Meinung und einhellige Rechtspraxis" beziehungsweise "herrschende Meinung und Praxis" gebildet<sup>7</sup>. In Anbetracht dieser unsystematischen Vielfalt lassen sich von daher keine begriffsbestimmenden Kriterien gewinnen.

### *Variatio delectat*

In vielen Entscheidungen gebraucht der BGH den Begriff "herrschende Meinung" mit Zusätzen, die zeigen sollen, daß dieser nicht statisch ist, sondern zeitlichem Wandel unterliegt. So wird hervorgehoben, daß es sich um die "heute - jetzt - inzwischen - herrschende Meinung" handle<sup>8</sup>, daß dies oder jenes die "noch herrschende"<sup>9</sup> oder "früher herrschende Meinung"<sup>10</sup> sei. Es finden sich auch Zusätze, die bekräftigen oder relativieren sollen. So ist von der "ganz herrschenden Meinung"<sup>11</sup> und von der "wohl herrschenden beziehungsweise wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung"<sup>12</sup> die Rede. In einigen (wenigen) Fällen wird die überwiegende mit der herrschenden Meinung gleichgesetzt<sup>13</sup>. In einem Fall mit Auslandsberührung referiert der BGH auch über die "außerhalb Deutschlands herrschende Meinung"<sup>14</sup>.

### *Auch die Menge macht es nicht.*

Diese Kasuistik führt im Hinblick auf eine Definition erkennbar nicht weiter. Nachfolgend soll untersucht werden, ob sich Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung etwa aus Art und Umfang der Zitate entnehmen lassen, mit denen der BGH die Feststellung, daß etwas "herrschende Meinung" sei, belegt. Zunächst ist festzustellen, daß in einer Reihe der analysierten Entscheidungen etwas als "herrschende Meinung" bezeichnet wird, ohne daß dafür Zitate angeführt werden<sup>15</sup> oder lediglich eine Referenzstelle angegeben wird, etwa "Schönke/Schröder, StGB"<sup>16</sup>, "Palandt"<sup>17</sup> oder eine BGH-Entscheidung<sup>18</sup>. In den zitierten Fällen fehlen jeweils Hinweise darauf, daß es sich nur um beispielsweise Zitate handelt, die gewöhnlich etwa mit dem Zusatz "statt aller" gekennzeichnet sind. In den meisten Fällen wird jedoch umfassend die einschlägige Literatur und Rechtsprechung zitiert.

<sup>1</sup> vgl. etwa 2. Zivilsenat, 17.05.1993 - II ZR 89/92 -; 3. Strafsenat, 12.10.1988 - 3 StR 194/88 -; 4b. Zivilsenat, 06.12.1984 -; IVb ZR 53/83 -; 6. Zivilsenat, 21.06.1977 - VI ZR 97/76 -

<sup>2</sup> vgl. etwa 2. Zivilsenat, 05.04.1993 - II ZR 195/91 -; 2. Strafsenat, 08.03.1990 - 2 StrR 367/89 -; 8. Zivilsenat, 26.02.1986 - VIII ZR 28/85 -; 8. Zivilsenat, 04.07.1979 - VIII ZR 68/78 -

<sup>3</sup> vgl. etwa 3. Zivilsenat, 27.05.1993 - III ZR 59/92 -; 1. Zivilsenat, 06.12.1990 - I ZR 297/88 -; 4. Zivilsenat, 20.12.1978 - IV ZB 3/77 -

<sup>4</sup> vgl. etwa 8. Zivilsenat, 14.03.1990 - VIII ZR 204/89 -; 4b. Zivilsenat 09.01.1985 - IVb ZB 715/80 -; 4. Zivilsenat, 17.10.1979 - IV ARZ 44/79 -

<sup>5</sup> vgl. etwa 5. Zivilsenat, 28.11.1980 - V ZR 105/79 -; 3. Strafsenat, 13.12.1978 - 3 StR 381/78 -

<sup>6</sup> vgl. etwa 4. Zivilsenat, 23.01.1980 - IV ZR 152/78 -

<sup>7</sup> vgl. 4b. Zivilsenat, 09.07.1980 - IVb ZR 507/80 -; 6. Zivilsenat, 15.05.1979 - VI ZR 230/76 -

<sup>8</sup> vgl. etwa 4. Zivilsenat, 23.06.1993 - IV ZR 135/92 -; 2. Zivilsenat, 25.03.1991 - II ZR 13/90 - 10. Zivilsenat, 06.10.1981 - X ZR 57/80 -; 3. Strafsenat, 16.10.1980 - 1 BJs 80/78-3 - StB 29/80... -

<sup>9</sup> 6. Zivilsenat 20.03.1979 - VI ZR 30/77 -

<sup>10</sup> 4b. Zivilsenat, 20.05.1987 - IVb ZR 62/86 -

<sup>11</sup> 1. Zivilsenat, 03.06.1993 - 1 ZB 9/91 -; 01.02.1990 - 1 ZR 126/88 -; 4. Zivilsenat, 27.10.1976 - IV ZR 136/75 -

<sup>12</sup> 1. Strafsenat, 11.07.1991 - StR 357/91 -; 2. Zivilsenat, 05.03.1990 - II ZR 109/89 -; 7. Zivilsenat, 10.10.1974 - VII ZR 231/73 -;

<sup>13</sup> 9. Zivilsenat, 23.05.1989 - IX ZR 135/88 -; besonders deutlich 6. Zivilsenat, 10.07.1954 - VI ZR 120/53 -

<sup>14</sup> 4. Zivilsenat, 25.09.1978 - IV ZB 10/78 -

<sup>15</sup> 2. Strafsenat, 17.02.1989 - 2 StR 402/88; 1. Zivilsenat, 03.11.1988 - I ZR 242/86 -; 2. Zivilsenat, 30.04.1984 - II ZR 132/83 -; 10. Zivilsenat, 06.10.1981 - X ZR 57/80 -; 4. Zivilsenat, 20.05.1981 - IVa ZR 86/80 -; 3. Zivilsenat, 23.09.1976 - III ZR 121/74 -; 1. Zivilsenat, 13.11.1953 - 1 ZR 140/52 -; 19.06.1951 - 1 ZR 118/50 -

<sup>16</sup> 5. Strafsenat, 16.02.1993 - 5 StR 463/92 -

<sup>17</sup> 1. Zivilsenat, 16.01.1980 - 1 ZR 25/78 -

<sup>18</sup> 5. Zivilsenat, 24.11.1978 - V ZB 2/78 -



Auffallend ist zunächst, daß auch in Entscheidungen aus der jüngsten Vergangenheit die Rechtsprechung des Reichsgerichts als Beleg für die "herrschende Meinung" herangezogen wird<sup>19</sup>. Abgesehen davon, daß dies zeigt, welche Bedeutung die Rechtsprechung des Reichsgerichts heute noch hat, läßt sich für die vorliegende Untersuchung daraus entnehmen, daß das Zeitmoment für die Beurteilung, ob eine Meinung "herrschend" ist, von Bedeutung ist. Besonders deutlich tritt dies bei einer Entscheidung des 1. Zivilsenats<sup>20</sup> zutage, in der als Beleg für die herrschende Meinung neben RGZ 45, 149 auch RGSt 10, 349 und 21, 206, also Entscheidungen aus dem 19. Jahrhundert, zitiert werden. In dieser Hinsicht instruktiv ist auch eine Entscheidung des 6. Zivilsenats<sup>21</sup>, in der ausgeführt wird, daß die "herrschende Meinung" auf eine Monographie aus dem Jahre 1934 zurückgehe. Pointiert formuliert führt das Beurteilungskriterium "Zeitmoment" aber auch nur zu der wenig originellen Feststellung, daß etwas schwerlich schon "herrschende Meinung" sein kann, was gerade erst entwickelt und veröffentlicht worden ist.

Zieht man nun die Entscheidungen heran, in denen das, was als "herrschende Meinung" bezeichnet wird, umfangreich belegt wird – die überwiegende Zahl der untersuchten Fälle – kommt man wieder zu einer mehr oder weniger trivialen Feststellung, daß nämlich kaum etwas "herrschende Meinung" ist, was von einer – zahlenmäßig geringen – Minderheit vertreten wird, während die Mehrzahl anderer, gar untereinander übereinstimmender Meinung ist. Es erscheint jedoch selbstverständlich, daß allein das zahlenmäßige Übergewicht in aller Regel noch nicht das "Herrschend" ausmachen kann, wenn auch Formulierungen wie "die Mehrzahl der Kommentierungen"<sup>22</sup> oder "die meisten Erläuterungsbücher"<sup>23</sup> so etwas anzudeuten scheinen. Außer in extrem gelagerten Fällen, wenn es sich, ohne weiteres erkennbar, um eine vereinzelt gebliebene Meinung handelt, sind, wie nicht anders zu erwarten, keine Präferenzen des BGH für bestimmte Autoren oder Kommentare zu erkennen. Hinsichtlich der Gerichte wurde auf die signifikant große Zahl von Reichsgerichtszitaten hingewiesen. Die bekannten Kommentare stehen mal auf der Seite der "herrschenden Meinung", mal vertreten sie eine Mindermeinung. Ein schlichtes "Abzählen" verbietet sich von selbst.

Schließlich soll noch darauf eingegangen werden, daß es auch nicht ausschlaggebend ist, ob der BGH die als "herrschend" bezeichnete Meinung teilt. Dies trifft zwar für die weit überwiegende Zahl der untersuchten Entscheidungen zu. Wie bereits ausgeführt, wird als Beleg für die "herrschende Meinung" sogar in einer Reihe von Fällen lediglich auf die eigene Rechtsprechung des BGH Bezug genommen<sup>24</sup>. Aber in einer Reihe von Entscheidungen weicht der BGH auch von der "herrschenden Meinung" ab<sup>25</sup>.

Nicht untersucht worden ist, inwieweit der BGH die Aussage darüber, was "herrschende Meinung" ist, etwa darauf stützt, daß die von ihm zitierten Fundstellen dies so bezeichnen. Dies gilt insbesondere für Kommentare, die häufig zum Ausdruck bringen, wenn eine von ihnen vertretene oder abgelehnte Meinung "herrschend" ist. Aber insoweit würde es sich ohnehin nicht um originäre Kriterien des BGH handeln.

Das im Hinblick auf eine aus der BGH-Rechtsprechung herzuleitende Begriffsbestimmung unbefriedigende Ergebnis wäre leichter hinzunehmen, hätte die Untersuchung nicht auch gezeigt, daß der Begriff "herrschende Meinung" durchaus nicht in allen Fällen nur eine ar-

*Das Zeitmoment*

*Auch "Abzählen" führt nicht weiter*

*"Herrschend" mit und ohne BGH*

*Ergebnis unbefriedigend ...*

<sup>19</sup> Beispiele aus der Zeit ab 1990: 3. Zivilsenat, 27.05.1993 – II ZR 59/92 –; 7. Zivilsenat, 18.03.1993 – VII ZB 8/92 –; 9. Zivilsenat, 02.07.1992 – IX ZR 274/91 –; 1. Strafsenat, 11.07.1991, 1 StR 357/91 –; 1. Zivilsenat, 20.06.1991 – I ZR 277/89 –; 2. Zivilsenat 25.03.1991 – II ZR 13/90 –; 12. Zivilsenat 20.02.1991 – XII ZB 11/89 –; 5. Zivilsenat, 09.03.1990 – V ZR 244/88 –; 8. Zivilsenat, 31.01.1990 – VIII ZB 44/89 –

<sup>20</sup> 15.01.1957 – I ZR 39/55 –

<sup>21</sup> 17.03.1987 – VI ZR 282/85 –

<sup>22</sup> 1. Zivilsenat, 05.11.1987 – I ZB 11/86 –

<sup>23</sup> 6. Zivilsenat, 20.03.1979 – VI ZR 30/77 –

<sup>24</sup> siehe Fußnote 19, aber auch etwa 2. Zivilsenat, 03.07.1989 – II ZB 1/89 –; 4b. Zivilsenat, 08.06.1983 – IVb ZB 637/80 –; 5. Zivilsenat, 24.11.1978 – V ZB 2/78 –

<sup>25</sup> etwa 5. Strafsenat, 16.02.1993 – 5 StR 463/92 –; 1. Strafsenat, 28.04.1992 – 1 StR 593/91 –; 8. Zivilsenat, 05.12.1990 – VIII ZR 75/90 –; 2. Strafsenat, 08.03.1990 – 2 StR 367/89 –; 5. Zivilsenat, 18.05.1989 – V ZB 14/88 –; 9. Zivilsenat, 20.12.1988 – IX ZR 50/88 –



... aber nicht unproblematisch

gumentative Stilfigur – Floskel<sup>26</sup> – ist. So führt der 1. Zivilsenat in einer Entscheidung<sup>27</sup>, in der er die Fundstellen für die “herrschende Meinung” zitiert hat, aus, er teile diese Meinung und er sehe “keine Veranlassung, die für die Richtigkeit der herrschenden Meinung sprechenden, in der Literatur aaO eingehend ausgeführten Argumente hier im einzelnen zu wiederholen”. Hier dient die Bezugnahme auf die “herrschende Meinung” teilweise als “Begründungersatz”.

Wesentlich weiterreichend sind jedoch die sich aus einer anderen Entscheidung ergebenden Folgen. So stellt der 3. Zivilsenat<sup>28</sup> fest: “Hat sich zu einer Rechtsfrage jedoch in der Literatur eine zutreffende und offenkundig allein sinnvolle herrschende Meinung gebildet, dann handelt eine Beamter, der von dieser Auffassung abweicht, auch dann schuldhaft, wenn es noch keine einschlägige höchstrichterliche Entscheidung gibt”.

Auch eine andere Entscheidung des 3. Zivilsenats<sup>29</sup> zeigt, daß es wichtig sein kann, darüber Bescheid zu wissen, ob es – schon – eine “herrschende Meinung” zu einer bestimmten Frage gibt. Dort ist folgendes zu lesen: “Handelt es sich bei der Rechtsfrage aber um ein besonders zweifelhaftes, in Fachkreisen eingehend erörtertes Problem, zu dem sich eine einheitliche Rechtsprechung oder eine herrschende Meinung noch nicht gebildet hat, handelt der Schuldner nicht schuldhaft, wenn er sich einer Rechtsansicht anschließt”

Nach einer Entscheidung des 6. Zivilsenats<sup>30</sup> kommt ein Schuldner dann nicht in Verzug, wenn er sich entsprechend der herrschenden Meinung verhält.

Gerade die letzten drei Entscheidungen zeigen, daß es nicht nur von rein akademischem Interesse ist, die “herrschende Meinung” zu kennen. Für deren Bestimmung aber aus der Rechtsprechung des BGH brauchbare Kriterien abzuleiten, dürfte zumindest nicht einfach, wenn nicht gar praktisch unmöglich sein.

<sup>26</sup> lateinisch flosculus – deminutivum von flos – Blümlein, Blütchen, bei Cicero: Redebümchen, Floskel, vgl. Stowasser, Lateinisch-Deutsches Schul- und Handwörterbuch, 3. Aufl., Wien und Leipzig 1910

<sup>27</sup> 16.05.1991 – I ZR 218/89 –

<sup>28</sup> 26.04.1990 – III ZR 106/89 – (LS)

<sup>29</sup> 04.06.1987 – III ZR 88/86 –

<sup>30</sup> 07.03.1972 – VI ZR 169/70 – (LS)