

Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung

Von stud. iur. **Stefan Drechsler**, Regensburg

I. Problemaufriss

1. Herausforderung richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: Bodenfliesen schreiben Rechtsgeschichte

Am 21.12.2011 fällte der BGH in Umsetzung einer Vorlageentscheidung des EuGH¹ eine methodisch denkwürdige Entscheidung über die Reichweite der Nacherfüllung im deutschen Kaufrecht,² veranlasst von der Frage, ob die Kosten des Ein- und Ausbaus mangelhafter Bodenfliesen im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs vom Institut der Nacherfüllung erfasst seien. Neben der vom *Senat* so bezeichneten richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Nachlieferung in § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB³ sah sich der BGH genötigt, das nationale Kaufrecht durch teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB richtlinienkonform fortzubilden.⁴

Das ist insoweit bemerkenswert, als sich der BGH bei der richtlinienkonformen Interpretation des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB sichtlich und mit durchaus fragwürdiger Argumentation bemüht, eine Rechtsfortbildung zu vermeiden und im Bereich der Auslegung im engeren Sinne zu bleiben, während er in Bezug auf § 439 Abs. 3 BGB feststellen muss, dass einer Auslegung der Norm „der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen“⁵ steht.

Diese Entscheidung des Gerichts zur Ausweitung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist im Schrifttum zum Teil außerordentlich kritisch begleitet worden und hat zu einer vehementen Diskussion über Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung Anlass gegeben.⁶ Dabei zeigt sich, wie unterschiedlich noch heute die Argumente gewichtet und bewertet werden, die für oder gegen eine extensive richterliche Rechtsfortbildung sprechen und wie unklar Grund und Grenzen der Fortbildungsmacht gerade in Anbetracht der wachsenden Herausforderung richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung in zahlreichen Rechtsgebieten noch immer sind.

Die vorliegende Arbeit will daher die Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung insbesondere im BGB herausarbeiten und ihre Grenzen nachvollziehen.

2. Vorab zum Begriff der Rechtsfortbildung

Dabei erscheint es zunächst angebracht, den Untersuchungsgegenstand einzugrenzen und zu definieren. Was ist also un-

ter Rechtsfortbildung – gerade in Abgrenzung zur Auslegung des Gesetzes im engeren Sinne – zu verstehen?

Rechtsfortbildung durch den Richter beginnt dort, wo die Auslegung des Gesetzes im engeren Sinne endet. Dabei bildet der Wortlaut einer Norm die Grenze jeder Auslegung.⁷ Jenseits dieser Wortlautgrenze kann der Richter nur rechtsfortbildend tätig werden. Mitunter wird auch schon jede konkretisierende oder ein bisheriges Verständnis ändernde Auslegung durch die Rechtsprechung als Rechtsfortbildung begriffen;⁸ dieses außerordentlich weite Verständnis des Rechtsfortbildungsbegriffs soll allerdings den nachfolgenden Ausführungen gerade nicht zu Grunde gelegt werden. Zu beachten ist allerdings, dass die Rechtsfortbildung im Verhältnis zur Auslegung im engeren Sinne kein aliud, sondern vielmehr deren Fortsetzung unter Beachtung derselben Kriterien darstellt.⁹

Bei dieser rechtsfortbildenden Tätigkeit des Richters ist folgende Differenzierung zu treffen: Bei der sog. gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung bewegt sich der Interpret innerhalb des „Plans des Gesetzes“ und beschränkt sich gleichsam auf die Schließung offener oder verdeckter Regelungslücken.¹⁰ Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung verlässt dagegen den ursprünglichen Plan des Gesetzes, bewegt sich aber, geleitet von deren Prinzipien, im Rahmen der Gesamtrechtsordnung (sie findet also extra legem statt, aber noch intra ius) und führt neue Rechtsinstitute in die Rechtsordnung ein.¹¹ Unter welchen spezifischen Voraussetzungen und mittels welcher Methoden diese Formen der Rechtsfortbildung umgesetzt werden, wird nun im Folgenden erörtert werden.

¹ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 (Weber/Putz) = NJW 2011, 2269.

² BGHZ 192, 148 = BGH NJW 2012, 1073 = JZ 2012, 468.

³ BGHZ 192, 148 (158 Rn. 25 m. zahlr. w.N.); zust. Höpfner, JZ 2012, 473 (474); ebenso Leenen, Jura 2012, 753 (759); Looschelders, JA 2012, 386 (388).

⁴ BGHZ 192, 148 (160 f. Rn. 30).

⁵ BGHZ 192, 148 (160 Rn. 28).

⁶ Gegen die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung Höpfner, JZ 2012, 473 (475 f.); positiv dagegen Faust, JuS 2012, 456 (459); Leenen, Jura 2012, 753 (762); zweifelnd an der Methodik des BGH Looschelders, JA 2012, 386 (388).

⁷ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 23; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 163 f.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 638; a.A. Jestaedt, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49 (59 f.); krit. auch Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 42 f.

⁸ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 367; zu Recht a.A. Meyer, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 32; Müller, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1985, S. 65 (69); Röhl/Röhl (Fn. 7), S. 636.

⁹ So überzeugend Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 188; ebenso Kirchhof, NJW 1986, 2275; a.A. aber Mayer-Maly, JZ 1986, 557 (560 f.).

¹⁰ Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 191; überaus krit. zum Begriff der Gesetzeslücke Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 73. Ergänzungslieferung Dezember 2014), Art. 97 Rn. 69; Müller (Fn. 8), S. 83.

¹¹ Larenz (Fn. 8), S. 366.

II. Grundlagen und Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung

Obschon oftmals lapidar festgestellt wird, dass es außer Frage stehe, dass richterliche Rechtsfortbildung notwendig und zulässig sei,¹² erscheint es doch angebracht, vor der Feststellung der Grenzen der Rechtsfortbildung die Auseinandersetzung mit ihren Grundlagen zu suchen.

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

In einem demokratischen Rechtsstaat wie der Bundesrepublik sind die Grundlagen für eine Kompetenz der Gerichte zur Rechtsfortbildung zunächst in der Verfassung selbst zu suchen.

a) Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG

Ausgangspunkt für die Überlegungen zu einer Kompetenz der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung muss der Grundsatz der Gewaltenteilung sein, der seine positive Normierung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erfahren hat.

Dieser Grundsatz gewährleistet – ungeachtet seiner nur unvollkommenen Umsetzung in der Verfassungsordnung unseres Staates – nicht nur eine Machtteilung, sondern auch eine sachgemäße Aufgabenzuweisung.¹³ Neben der Entscheidung konkreter Einzelfälle muss die Rechtsprechung auch die Möglichkeit zu Grundsatzentscheidungen haben, die ihren verfassungsrechtlichen Auftrag zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (Art. 95 Abs. 3 GG) umsetzen. Solche Grundsatzentscheidungen weisen jedoch notwendigerweise einen höheren Abstraktionsgrad auf als Entscheidungen, die gänzlich auf einen Einzelfall zugeschnitten sind; zudem kann die Wahrung der Rechtseinheit durch die Instanzgerichte nur verwirklicht werden, wenn ihren Entscheidungen eine – zumindest bei faktischer Betrachtung – generell verbindliche Wirkung zukommt.¹⁴

Dabei zeigt sich, dass die Auffassung, die der Rechtsprechung einerseits die Kompetenz lediglich zur Rechtsanwendung und Entscheidung des Einzelfalls und der Legislative andererseits die Kompetenz zur abstrakt-generellen Gestaltung zuweist,¹⁵ den Gestaltungsauftrag der Rechtsprechung,

eben auch eigenes Recht zu erzeugen, verkennt. Dieser Gestaltungsauftrag kann denn bereits als Grundlage einer richterlichen Rechtsfortbildungskompetenz betrachtet werden.

b) Richterliche Unabhängigkeit gem. Art. 97 Abs. 1 GG

Eine wesentliche Grundlage für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung wird neben dem Gewaltenteilungsprinzip vielfach in der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 1 GG erblickt. Diese erstreckt sich sowohl auf die personelle als auch auf die sachliche Unabhängigkeit des Richters und bindet ihn lediglich an das Gesetz, also an jeden Rechtssatz mit Außenwirkung.¹⁶ Ganz entscheidend ist in diesem Zusammenhang zudem, dass sich der Verfassungsgeber bewusst gegen eine Bindung auch an das Gewissen des Richters entschieden hat,¹⁷ so dass sich in der Tat aus Art. 97 Abs. 1 GG keine „allgemeine Handlungsfreiheit des Richters“ ergibt.¹⁸

Dabei ist allerdings zu würdigen, dass jede Anwendung des Gesetzes durch den Richter nicht nur einen rein kognitiven Akt darstellt, sondern auch eine wesentliche kreative, eine schöpferische Leistung darstellt.¹⁹ Gerade diese schöpferische Freiheit des Richters schützt Art. 97 Abs. 1 GG. Nachdem dieses schöpferische Moment allerdings eben auch der Gesetzesauslegung im engeren Sinne innewohnt und gerade keine Besonderheit der richterlichen Rechtsfortbildung ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass Art. 97 Abs. 1 GG speziell die Kompetenz des Richters zur Rechtsfortbildung enthalte; vielmehr ermächtigt die Norm den Richter ganz allgemein zur schöpferischen Anwendung des Gesetzes, was die Rechtsfortbildung noch nicht ausdrücklich benennt.

c) Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG

Neben der gesetzssystematisch speziellen Norm des Art. 97 Abs. 1 GG bleibt jedoch auch Raum für die Anwendung des Art. 20 Abs. 3 GG,²⁰ der die Rechtsprechung nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das „Recht“ bindet. Dabei ist die Wendung von der Bindung an Gesetz und Recht keineswegs als Tautologie zu verstehen.²¹ Nach den Erfahrungen des

¹² Vgl. nur BGHZ 154, 205 (221); Larenz (Fn. 8), S. 366; Röhl/Röhl (Fn. 7), S. 635.

¹³ Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 97 Rn. 14; Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 133 f.; Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 91 f.; krit. dazu noch Herzog, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 69. Ergänzungslieferung Mai 2013), Art. 20 V Rn. 30; desgleichen Schnapp, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 58.

¹⁴ Zum Ganzen eingehend Wank (Fn. 13), S. 115 f.; dazu auch Bumke, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 (38 f.); Ipsen (Fn. 13), S. 147.

¹⁵ So Picker, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 85 (102); ebenso wohl auch Hillgruber, JZ 1996, 118 (122).

¹⁶ BVerfGE 78, 214 (227); Classen (Fn. 13), Art. 97 Rn. 10; Meyer (Fn. 8), Art. 97 Rn. 20.

¹⁷ Nachweise in der Dokumentation über die Entstehung des Art. 97 GG = JöR 1951, 715 (717); ferner Hillgruber (Fn. 10), Art. 97 Rn. 32 f.; Meyer (Fn. 8), Art. 97 Rn. 34.

¹⁸ Hillgruber (Fn. 10), Art. 97 Rn. 23.

¹⁹ Kirchhof, NJW 1986, 2275 (2277); Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 221 f.; Müller (Fn. 8), S. 71; krit. dazu Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl. 2015, Rn. 883; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 286.

²⁰ So auch Müller ([Fn. 8], S. 67) der von einer „nicht-verdrängenden Spezialität“ spricht.

²¹ Hillgruber, JZ 1996, 118 (121); Ipsen (Fn. 13), S. 119; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 47; so i.E.

nationalsozialistischen Unrechtsstaates soll diese Formulierung bewusst machen, dass ein Gesetz auch Unrecht verwirklichen kann, auch wenn in der grundgesetzlichen Wertordnung die Grundprinzipien des Rechts wohl im Verfassungstext eine Positivierung erfahren haben.²²

Umstritten ist freilich die genaue und zutreffende Auslegung des Begriffspaares in Art. 20 Abs. 3 GG. Sinnvoll erscheint es, das „Gesetz“ als Gesamtheit der positiven Rechtsordnung aufzufassen, während das „Recht“ die überpositiven Prinzipien und Gerechtigkeitsanforderungen umfasst.²³ Wenn nun aber der Richter allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen und -prinzipien in seinen Entscheidungen umsetzen und zur Geltung bringen soll und diese wiederum auch außerhalb der positiven Gesetzesnormen liegen, so bleibt ihm gar keine andere Möglichkeit, als über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zu gehen und rechtsfortbildend tätig zu werden, um seiner Aufgabe gerecht zu werden.

Damit liegt die wesentliche verfassungsrechtliche Stütze der Kompetenz zur richterlichen Rechtsfortbildung – neben dem Grundsatz der Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG – in der Bindung an Gesetz und Recht durch Art. 20 Abs. 3 GG.

d) Einfachrechtliche Konkretisierungen

Der Gesetzgeber hat diese verfassungsrechtlich verankerte Rechtsfortbildungskompetenz des Richters auch in zahlreichen einfachgesetzlichen Regelungen anerkannt und konkretisiert.

Für das Zivilrecht ist dabei von besonderer Bedeutung, dass die Rechtsmittel der Berufung und der Revision zuzulassen sind, wenn dies zur Fortbildung des Rechts nötig ist (§§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Var. 2, 543 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO). Hier beispielsweise hat der (einfache) Gesetzgeber die Gestaltungsaufgabe der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung ausdrücklich anerkannt.²⁴

e) Insbesondere: Verbot der Rechtsverweigerung

Insbesondere aus dem allgemeinen Justizgewähranspruch wird darüber hinaus auch die Pflicht des Richters zur verbindlichen Entscheidung eines Rechtsstreits hergeleitet, auch wenn das kodifizierte Gesetz die in dem dem Richter vorliegenden Fall konkret zu beantwortende Rechtsfrage nicht

umfasst (sog. Verbot der Rechtsverweigerung).²⁵ In derartigen Fällen bleibt somit dem Richter keine Alternative zur Fortbildung des lückenhaften Rechts, ggf. auch über dessen Plan hinaus.

f) Insbesondere: Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots

Neben den staatsstrukturellen Grundlagen, wie sie oben skizziert wurden, kommt für unsere Frage nach den Grundlagen der Rechtsfortbildungskompetenz insbesondere dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG wesentliche Bedeutung zu. Dies gilt vor allem in Sachverhaltskonstellationen, die „in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen“²⁶, also wesentlich gleich sind, von denen aber nur eine unter eine gesetzliche Regelung subsumiert werden kann; die Gleichbehandlung solcher wesentlich gleicher Konstellationen gebietet aber Art. 3 Abs. 1 GG.²⁷

Diese am Gleichbehandlungsgebot orientierte Lückenschließung geschieht vornehmlich durch Analogie. Unterschieden wird dabei danach, ob eine einzelne Norm auf einen nicht umfassten Sachverhalt entsprechend angewendet wird (dann Gesetzes- oder Einzelanalogie) oder ob aus mehreren Normen zunächst ein allgemeiner Rechtsgrundsatz herausdestilliert wird und dieser sodann auf den nicht geregelten Sachverhalt angewendet wird (dann Rechts- oder Gesamtanalogie),²⁸ wenn auch diese terminologische Entscheidung freilich (nur) methodologische Bedeutung hat und sich beide Arten des Analogieschlusses auf Art. 3 Abs. 1 GG zurückführen lassen.

Voraussetzung jeder Art von Analogie ist – neben der wesentlichen Gleichheit der betrachteten Sachverhalte – die Planwidrigkeit der bestehenden Regelungslücke.²⁹ Anschaulich gemacht werden soll die Zulässigkeit einer Analogie im BGB an folgendem

Beispiel: Während § 823 Abs. 1 BGB bei Verletzungen einer ganzen Reihe absoluter Rechtsgüter Schadensersatzansprüche gewährt, sieht die bürgerliche Rechtsordnung einen umfassenden Unterlassungsanspruch im Wesentlichen nur bei Eingriffen in das Eigentum vor (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB). Wie die Regelung des § 823 Abs. 1 BGB zeigt, geht der Gesetzgeber von der Gleichwertigkeit der dort geschützten absoluten Rechtsgüter aus; dass

auch BVerfGE 34, 269 (287); krit. *Schnapp* (Fn. 13), Art. 20 Rn. 61.

²² BVerfGE 34, 269 (286 f.); *Kirchhof*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 71 (83); krit. *Wank*, ZGR 1988, 314 (330 f.).

²³ So auch BVerfGE 34, 269 (287); BGHZ 3, 308 (315); 17, 266 (276); *Wank* (Fn. 13), S. 89; zweifelnd freilich dazu *Grzeszik*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 73. Ergänzungslieferung Dezember 2014), Art. 20 VI Rn. 66.

²⁴ *Krüger*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 543 Rn. 11; *Röhl/Röhl* (Fn. 7), S. 635 f.

²⁵ *Ipsen* (Fn. 13), S. 53; *Kirchhof*, NJW 1986, 2275 (2280 m.w.N.); krit. zur Rechtspraxis *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 91; *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (122); *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557 (560).

²⁶ Übereinstimmend *Larenz* (Fn. 8), S. 381 und *Larenz/Canaris* (Fn. 7), S. 202.

²⁷ So auch *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 73. Ergänzungslieferung Dezember 2014), Art. 3 Rn. 401; zahlr. Nachweise bei *Canaris* (Fn. 7), 2. Kap. Fn. 47.

²⁸ *Larenz* (Fn. 8), S. 383 f.; krit. zur Bezeichnung der Gesamtanalogie *Canaris* (Fn. 7), S. 97 f. („Induktion“).

²⁹ Vgl. nur BGHZ 149, 165 (174).

Unterlassungsansprüche nur dem Eigentümer zustehen, ist daher eine Regelungslücke, die auch nicht dem Plan des Gesetzgebers entspricht.³⁰ Somit steht bei Eingriffen in die von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter dem Berechtigten ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zu.³¹

2. Rechtspraktische Notwendigkeit der Rechtsfortbildung

Innerhalb der soeben dargestellten verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen und ausgehend von ihnen besteht auch ein rechtspraktisches Bedürfnis nach Rechtsfortbildung.

a) Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit nach der *ratio legis*

Gesetze sind notwendig abstrakt und können nur den typischen Fall erfassen; für Sonderfälle und Randprobleme können sie nur selten eine angemessene Regelung bieten. Dabei stößt der Gesetzgeber nicht selten schon an sprachliche Grenzen.³² Darüber hinaus stellen sich gesetzliche Regelungen als relativ starr dar und unterliegen gar einem Alterungsprozess,³³ wobei sich ihre Änderung und Anpassung in der Praxis als mühsam erweist.³⁴

Der Richter, der mit diesem notwendig unvollkommenen Gesetz umzugehen hat, ist dennoch der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet. Stellt er nun einen Widerspruch des Gesetzestextes zur eigentlichen *ratio legis* in Form einer sog. verdeckten Lücke³⁵ fest, stehen ihm ausgehend von derselben im Rahmen der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung die folgenden, methodologisch anerkannten Möglichkeiten zur Verfügung.

aa) Teleologische Reduktion als Unterschreitung der Wortlautgrenze

Ist der Wortlaut einer Norm zu weit, um die angestrebte *ratio legis* adäquat umzusetzen, so hat ihn der Richter bis auf den ihn tragenden *telos* zurückzunehmen und die Norm nur auf

³⁰ *Canaris* (Fn. 7), S. 111 f.; *Münch*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999 ff., § 1004 Rn. 112; krit. *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 12 f.

³¹ So unter vielen RGZ 49, 33 (Patent), BGHZ 50, 133 (sog. „Mephisto“-Entscheidung: Allgemeines Persönlichkeitsrecht), BGH NJW 1999, 279 (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb).

³² *Wank* (Fn. 13), S. 120; dazu auch *Kirchhof*, NJW 1986, 2275 (2278).

³³ BVerfGE 34, 269 (288); zust. *Deckert* (Fn. 7), S. 22; *Neuner* (Fn. 21), S. 148; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 19), Rn. 952; *Wank* (Fn. 13), S. 123; a.A. *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (121).

³⁴ *Wank* (Fn. 13), S. 124.

³⁵ *Canaris* (Fn. 7), S. 137; *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 181 Rn. 43; gegen den Begriff der verdeckten Lücke überhaupt und allein für das teleologische Argument *Brandenburger*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 64 f.

die davon umfassten Fallkonstellationen anzuwenden (sog. teleologische Reduktion).³⁶

Beispiel: § 181 BGB statuiert das Verbot des Vertragsschlusses eines Vertreters mit sich selbst. Würde der Wortlaut der Vorschrift konsequent angewendet, so würden davon auch Eltern erfasst, die ihren noch nicht voll geschäftsfähigen Kindern etwas schenken. Seinem Normzweck nach soll § 181 BGB jedoch lediglich den Vertretenen vor Interessenkollisionen bewahren.³⁷ Sofern diese Gefahr wie bei kleineren Schenkungen von Eltern an ihre Kinder nicht besteht, ist die Anwendung des § 181 BGB nicht angebracht, er ist teleologisch zu reduzieren.

bb) Teleologische Extension als Überschreitung der Wortlautgrenze

Mitunter kann es aber vorkommen, dass Fallkonstellationen, die von der *ratio legis* einer bestimmten Norm erfasst werden, nicht unter deren Wortlaut subsumiert werden können – der Wortlaut erweist sich als zu eng.³⁸ Dann muss die Rechtsfolge der fraglichen Norm auch auf diese außerhalb des Wortlauts liegenden Sachverhalte erstreckt werden (sog. teleologische Extension).

Beispiel: Während der Wortlaut des § 107 BGB dem Minderjährigen ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter nur die Vornahme rechtlich vorteilhafter Geschäfte gestattet, ist nach der *ratio legis* auch die Vornahme rechtlich neutraler Geschäfte über den Wortlaut des § 107 BGB hinaus zulässig.³⁹

In derart gelagerten Fällen erscheinen also die Mittel der teleologischen Reduktion bzw. Extension angesichts der notwendigen Unvollkommenheit des Gesetzes als geeignet, Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten.

b) Bedürfnisse des Rechtsverkehrs über die gesetzliche Regelung hinaus

Mitunter genügt allerdings eine solche gesetzesimmanente Rechtsfortbildung mittels Analogie, teleologischer Reduktion oder Extension nicht, um weiter gehenden, dringenden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden. Dabei kann es sein, dass der Gesetzgeber aus (vermeintlich) guten Gründen keine Regelung treffen wollte oder die getroffene

³⁶ *Brandenburger* (Fn. 35), S. 75 f.; ebenso *Larenz* (Fn. 8), S. 391.

³⁷ BGHZ 59, 236; *Leptien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999 ff., § 181 Rn. 3; *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 181 Rn. 4.

³⁸ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 19), Rn. 904 f., die die teleologische Extension als Sonderfall des Analogieschlusses einordnen; ebenso *Röhl/Röhl* (Fn. 7), S. 621; zutreffender a.A. insoweit *Larenz* (Fn. 8), S. 397 (aliud zur Analogie).

³⁹ LG Köln NJW-RR 1991, 868; *Knothe*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 107 Rn. 20; mit uneindeutiger Terminologie auch *Larenz* (Fn. 8), S. 399.

Regelung entgegen späterer praktischer Erfahrung für ausreichend hielt.⁴⁰

Beispiel: Der Gesetzgeber hat ausdrücklich für bewegliche Sachen nur ein Besitzpfandrecht in den §§ 1204 ff. BGB vorgesehen und sich deutlich gegen ein besitzloses Pfandrecht gestellt. Der Rechts- und Wirtschaftsverkehr empfand und empfindet dieses jedoch als unpraktisch und den wirtschaftlichen Zielsetzungen des Pfandgläubigers gar entgegenstehend.⁴¹ Daher hat die Rechtsprechung nach langem Zögern die Sicherungsübereignung als eigenes Rechtsinstitut neben dem Gesetz zugelassen.⁴²

Es handelt sich dabei um eine Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus, der keine eigentliche Regelungslücke zu Grunde liegt. Gerade das obige Beispiel zeigt allerdings eindrucksvoll, wie sich die Rechtsprechung bei der Schöpfung von Rechtsinstituten *praeter legem* massiv über die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers mit teleologischen Argumenten hinwegsetzt, um rechtspraktischen Bedürfnissen Genüge zu tun.

3. Rechtspolitische Notwendigkeit der Rechtsfortbildung

Darüber hinaus gibt es auch rechtspolitische Gründe, die für die Notwendigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung sprechen.

a) Vorbereitung gesetzgeberischer Tätigkeit

Zunächst ist daran zu denken, dass richterliche Rechtsfortbildungen nicht selten gesetzgeberische Entscheidungen vorwegnehmen oder ihnen wenigstens zum guten Teil den Boden bereiten. Der Gesetzgeber kann dann die aus seiner Sicht sinnvollen und gelungenen Teile der Rechtsfortbildung kodifizieren und ggf. durch Detailregelungen ergänzen.⁴³

Beispiele: Im Rahmen der Schuldrechtsreform von 2001 hat der Gesetzgeber das von der Rechtsprechung entwickelte Institut⁴⁴ der culpa in contrahendo in § 311 Abs. 2 und 3 BGB kodifiziert. Auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der AGB-Kontrolle erfuhren eine Kodifikation zuerst im AGBG, seit etwa einem Jahrzehnt nun in den §§ 305 ff. BGB.⁴⁵

Kritisch ist zu dieser Heranziehung der gewissermaßen vorbereitenden Tätigkeit als Legitimationsgrundlage für richterliche Rechtsfortbildung anzumerken, dass aus der Perspektive *ex ante* nur höchst selten zutreffend prognostiziert werden kann, ob der Gesetzgeber die fragliche Rechtsfortbildung kodifizieren wird oder ob er sie durch eine gegenläufige Regelung verwirft. Daher erscheint die Vorbereitung gesetzgeberischer Tätigkeit mehr als Nebeneffekt richterlicher Rechtsfortbildung und weniger als taugliche Legitimationsgrundlage hierfür.

b) Untätigkeit des Gesetzgebers und Rechtsnotstand

Besonders dringlich erscheint richterliche Rechtsfortbildung allerdings dann, wenn es der Gesetzgeber – aus welchen Beweggründen auch immer – schlicht unterlässt, eine bestimmte Materie zu regeln.

Dieser Zustand eines weitgehend untätig bleibenden Gesetzgebers beherrscht heute vor allem das Arbeitsrecht, wo eine große Kodifikation zur Gänze fehlt und trotz unzähliger Einzelgesetze einzelne Teilbereiche überhaupt einer gesetzlichen Regelung entbehren.⁴⁶ Augenfällig wird dieser äußerst unbefriedigende Zustand vor allem auf dem Gebiet der Arbeitnehmerhaftung: Nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln würde der Arbeitnehmer im Haftungsfall mit einem sehr großen und gegenüber dem Arbeitgeber geradezu unbilligen Haftungsrisiko beschwert, weshalb die Rechtsprechung rechtsfortbildend durch eine weitgehende Haftungsprivilegierung Abhilfe zu schaffen versucht.⁴⁷

Noch drastischer empfand das RG angesichts der massiven Geldentwertung nach dem Ersten Weltkrieg durch eine fehlende gesetzliche Regelung über den Wegfall oder die erhebliche Störung der Geschäftsgrundlage einen „Rechtsnotstand“, den es durch Rechtsfortbildung und damit Anerkennung der Regeln über die Geschäftsgrundlage beenden wollte.⁴⁸

Es zeigt sich also, dass richterliche Rechtsfortbildung gerade dann von Nöten ist, wenn der Gesetzgeber seinem Gesetzgebungsauftrag augenscheinlich und in ganz erheblicher Weise nicht nachkommt.

⁴⁰ So an Hand konkreter Beispiele *Larenz* (Fn. 8), S. 415 f.; desgleichen *Larenz/Canaris* (Fn. 7), S. 232.

⁴¹ Vgl. nur *Henssler*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999 ff., Anh. § 930 Rn. 4.

⁴² Seit Langem st.Rspr. des BGH im Anschluss an RGZ 13, 200, vgl. nur BGH NJW 1958, 1133; BGH NJW 1979, 2308; BGH NJW 2007, 216; krit. zur Einordnung als Institut *praeter legem* *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Anh. §§ 929-936 Rn. 3.

⁴³ *Schmidt*, JZ 2009, 10 (19).

⁴⁴ So unter anderem BGHZ 6, 330 (333); 60, 221 (223 f.); 71, 386 (392 ff.).

⁴⁵ Dazu mit positiver Bewertung *Schmidt*, JZ 2009, 10 (19); eingehend zur Kodifikationsgeschichte *Basedow*, in: Mün-

chener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Vor § 305 Rn. 8 ff.

⁴⁶ Vgl. zu diesem Befund nur *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 6 Rn. 17; krit. zur Rechtsfortbildungsmacht der Gerichte *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (124); *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557 (560).

⁴⁷ So vor allem BAG NZA 1994, 1083; zust. *Reichold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 19.

⁴⁸ *Larenz* (Fn. 8), S. 427; *Larenz/Canaris* (Fn. 7), S. 252; *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 313 Rn. 43; äußerst krit. zum Begriff des „Gesetzesrechtsnotstands“ *Jestaedt* (Fn. 7), S. 51.

c) *Umsetzung rechtsethischer und verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen*

Insbesondere im Anwendungsbereich vorkonstitutioneller Gesetze, wie etwa das BGB eines ist, besteht mitunter das Bedürfnis, die durch verfassungsrechtliche Grundentscheidungen entstehenden oder gewandelten Werte und Rechtsprinzipien zu einfachrechtlicher Geltung zu bringen.⁴⁹

Ein prominentes Beispiel hierfür ist die richterrechtliche Anerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵⁰ Der BGB-Gesetzgeber der Jahrhundertwende ging noch davon aus, dass ein Geldersatz für immaterielle Schäden den „zumal in den besseren Volkskreisen vertretenen Anschauungen“ zuwider laufe.⁵¹ Abweichend von der eigentlich abschließenden Aufzählung in § 253 BGB a.F. stellte der BGH den hohen Stellenwert fest, den der Schutz der Persönlichkeit wegen Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG in unserer Rechtsordnung genieße und den auch das Zivilrecht hinreichend durch die Gewährleistung einer Sanktion in Form einer Schadensersatzpflicht umsetzen müsse.⁵²

Freilich kann man an der Argumentation und auch der spezifischen Umsetzung des Persönlichkeitsschutzes einiges auszusetzen haben, doch es erscheint nach alledem m.E. – nicht zuletzt angesichts der Bindungswirkung des Art. 1 Abs. 3 GG – angebracht, dass die Rechtsprechung die Prinzipien und Wertvorstellungen der Verfassung in ihren Entscheidungen umsetzt,⁵³ zumal es dem Gesetzgeber ja freisteht, diese Entscheidungslinie durch eigenes Tätigwerden für die Zukunft zu korrigieren.⁵⁴

4. Zwischenergebnis

Ausgehend von der vom Grundgesetz vorgesehenen Gewaltenteilung und der Bindung des Richters an Recht und Gesetz ist richterliche Rechtsfortbildung eine schiere Notwendigkeit, um verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen zur Geltung zu verhelfen und rechtspraktischen und rechtspolitischen Be-

dürfnissen nachzukommen, insbesondere bei einem „Versagen“ des Gesetzgebers, über das Gesetz hinausgehenden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und zur Generierung von Einzelfallgerechtigkeit.

III. Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung

Nachdem wir uns die Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung vergegenwärtigt haben, können nun deren Grenzen abgesteckt werden.

1. Methodologische Grenzen: *Judizieren contra legem*

Zunächst einmal zieht die klassische Methodenlehre der richterlichen Rechtsfortbildungsmacht erste Begrenzungen. Deren wesentlichste Ausprägung stellt wohl das Verbot dar, *contra legem* Rechtsfortbildung zu betreiben. Dabei ist schon die Bestimmung des Begriffs der „Rechtsfortbildung *contra legem*“ schwierig und umstritten.⁵⁵

Auf Grundlage eines objektiven Gesetzesverständnisses⁵⁶ kann es als *Judizieren contra legem* bezeichnet werden, gegen die Wertungen der positiven Rechtsordnung durch Rechtsfortbildung zu verstoßen, ohne dass eine planwidrige Regelungslücke besteht oder die Rechtsfortbildung durch spezifisch rechtliche Kriterien, wie sie oben dargetan worden sind, legitimiert ist.⁵⁷ Bei Zugrundelegung eines subjektiven Verständnisses wird bereits *contra legem* judiziert, wenn der Wille des historischen Gesetzgebers vom Richter missachtet wird.⁵⁸

Diese vermeintlich klare und undurchlässige Grenze für die richterliche Rechtsfortbildung ist jedoch bei genauerer Betrachtung ein reichlich zahnloser Tiger und hat erhebliche Aufweichungen und Durchbrechungen erfahren.

Unter Zugrundelegung eines subjektiven Gesetzesverständnisses muss relativ häufig von einem *Judizieren contra legem* gesprochen werden, allerdings ist dieses dann unter den im Wesentlichen oben bereits dargestellten Voraussetzungen der Rechtsfortbildung einer Rechtfertigung zugänglich, so dass die Grenze des *Judizierens contra legem* kaum einmal wirklich, also ohne Rechtfertigungsmöglichkeit, überschritten wird.⁵⁹ So lässt sich die Missachtung des klaren Gesetzgeberwillens im obigen Beispiel der Anerkennung einer Entschädigung in Geld bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit legitimen verfassungsrechtlichen Argumenten rechtfertigen, die richterrechtliche Anerkennung der culpa in contrahendo mit einem vermeintlichen Rechtsnotstand. Die Liste mit solchen und ähnlich gelagerten Beispielen aus der Rechtsprechung ließe sich weiterführen.

⁴⁹ BVerfGE 34, 269 (288 f.); BVerfG JZ 2015, 620 (623); Hirsch, AcP 175 (1975), 471 (511); Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 248; Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 19), Rn. 956.

⁵⁰ Dazu BVerfGE 30, 173; 34, 269; BGHZ 26, 349; 35, 363; 39, 124.

⁵¹ Achilles/Gebhard/Spahn (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1897, S. 622; mit pointierter Kritik daran Schiemann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 253 Rn. 1 f.; dazu auch Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 19), Rn. 943.

⁵² BGHZ 26, 349 (354 f.); 35, 363 (367); krit. zur Argumentation des BGH Larenz (Fn. 8), S. 426; Schiemann (Fn. 51), § 253 Rn. 52.

⁵³ So auch BVerfGE 34, 269 (291 f.); Ipsen (Fn. 13), S. 186 f.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 331.

⁵⁴ Classen (Fn. 13), Art. 97 Rn. 8; so auch Bumke (Fn. 14), S. 44 f.; Schmidt, JZ 2009, 10 (20); krit. dazu Hillgruber, JZ 1996, 118 (122).

⁵⁵ Überblick dazu bei Neuner (Fn. 21), S. 1 (m. zahlr. w.N.).

⁵⁶ Dazu und zur sogleich folgenden subjektiven Auslegungstheorie eingehend Larenz (Fn. 8), S. 316 ff.; Röhl/Röhl (Fn. 7), S. 627 ff.; mit kritischer Würdigung Picker (Fn. 15), S. 88 ff.

⁵⁷ So vor allem Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 251.

⁵⁸ Für dieses Verständnis Hillgruber, JZ 1996, 118 (119); Menger, VerwArch 65 (1974), 195 (199 f.).

⁵⁹ Dazu mit Beispielen Larenz (Fn. 8), S. 428 f.; krit. Wank (Fn. 13), S. 72.

Geht man wiederum mit *Canaris* von einem objektiven Gesetzesverständnis aus, so sind sogar kaum in der Verfassungswirklichkeit unseres Staates realistische Fälle denkbar, in denen wirklich *contra legem*, also gegen die Grundprinzipien der geltenden Rechts- und Verfassungsordnung vom Richter Recht geschaffen wird, die Frage nach deren Legitimation wird daher in der Praxis wohl nie aktuell werden.⁶⁰

Daher stellt das Verdikt des *Judizieren contra legem* in der Tat eine denkbare Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung dar; dass sie in der Rechtspraxis tatsächlich aber einmal überschritten werden wird, ist, unabhängig von einem subjektiven oder objektiven Gesetzesverständnis, außerordentlich unwahrscheinlich. Diese rein methodologische und damit – wie gesehen – eigentlich „wertungsblinde“ Grenzziehung⁶¹ ist somit für die alltägliche richterliche Praxis als Abgrenzungskriterium zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung ungeeignet.

2. Verfassungsrechtliche Grenzen

Letztlich entscheidend sind für die Rechtspraxis also die Grenzen, die das Grundgesetz selbst der richterlichen Rechtsfortbildungsmacht zieht.

a) Demokratieprinzip: Frage nach der Legitimation des Richters

Eine solche Grenzziehung leitet sich bereits aus dem Demokratieprinzip ab: Gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volk aus. Das heißt, das Tätigwerden der einzelnen Teilgewalten Exekutive, Legislative und Judikative muss sich auf den „in Wahlen und Abstimmungen“ geäußerten Willen des Volkes zurückführen lassen, wobei sich im relativ großen Bereich unscharfer Kompetenzzuweisungen aus dem Grad der demokratischen Legitimation, also der unmittelbaren Nähe oder nur mittelbaren Stellung zum „Volkswillen“, Prioritäten der einzelnen Ausformungen staatlicher Gewalt ergeben.⁶²

Dabei zeigt sich deutlich, dass zwar – anders als z.B. in konstitutionellen Systemen wie dem Deutschen Kaiserreich – unter dem Regime des Grundgesetzes alle Staatsorgane in ihrer Wahl oder Besetzung demokratisch legitimiert sind.⁶³ Allerdings wird als einziges Staatsorgan des Bundes der Bundestag direkt vom Volk gewählt (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG); die Judikative bezieht hingegen ihre demokratische Legitimation nur mittelbar vom Volk als Souverän. Entweder gibt es, wie bei der Wahl der Richter an den Obersten Gerichtshöfen des Bundes gem. Art. 95 Abs. 2 GG, eine direkte Legitimation

durch die Legislative in Gestalt des Richterwahlausschusses⁶⁴ oder die Legitimationskette verlängert sich, wie bei der Ernennung von Richtern im Landesdienst durch den jeweiligen Landesjustizminister um weitere Glieder innerhalb der Exekutive.⁶⁵ Mit jedem Glied in dieser Kette nimmt allerdings die demokratische Legitimation des einzelnen Richters ab, wenn sie auch freilich nicht gänzlich verschwindet.

Daraus kann somit gefolgert werden, dass in kompetenziellen Konkurrenzsituationen zwischen Legislative und Judikative stets von einem Vorrang der Legislative auszugehen ist und der Judikative damit keine weitreichende, sondern allenfalls eine punktuelle und aus den oben dargestellten Grundlagen entspringende gestalterische Rechtssetzungs- und Rechtsfortbildungskompetenz zukommt.⁶⁶ Etwas vereinfachend könnte man mit *Larenz* für die Abgrenzung der Kompetenzen das Vorliegen einer Rechtsfrage fordern, also einer Frage, wo es nicht vorwiegend „um Fragen der Zweckmäßigkeit geht oder eine detaillierte Regelung erforderlich“⁶⁷ ist.

Der Richter muss somit auf das Betreiben eigener Sozial- und Rechtspolitik verzichten,⁶⁸ auch wenn dies gerade nicht bedeutet, dass der Richter ohne politisches Bewusstsein seiner Aufgabe nachzukommen hat: Er muss im Gegenteil gerade die politischen und sozialen Hintergründe einer Norm bei ihrer (wie wir gesehen haben: notwendigerweise kreativen) Anwendung im Blick haben und sich bewusst sein, dass sie Ausfluss einer zumeist parteipolitischen Willensbildung ist.⁶⁹

Zum selben Ergebnis gelangt man auch, wenn man den von der Verfassungsrechtsprechung im Hinblick auf die Exekutive entwickelten Grundsatz, dass der demokratisch am weitestgehenden legitimierte Gesetzgeber die wesentlichen Grundentscheidungen selbst zu treffen hat und diese im Wege des Art. 80 GG nicht auf die Exekutive übertragen darf,⁷⁰ auf das Verhältnis von Legislative und Judikative überträgt.

b) Rechtsstaatsprinzip

Grenzen der Kompetenz des Richters zur Rechtsfortbildung ergeben sich darüber hinaus aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG.

⁶⁰ So zutreffend *Larenz/Canaris* (Fn. 7), S. 251.

⁶¹ Zu dieser Problematik eingehend *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 19), Rn. 991 ff.; ebenso *Ipsen* (Fn. 13), S. 41 f.; *Wank* (Fn. 13), S. 72 ff.; äußerst krit. zur methodologischen Betrachtung des Problems auch *Deckert* (Fn. 7), S. 57 m.w.N.

⁶² *Grzeszick* (Fn. 23), Art. 20 II Rn. 125 f.; *Ipsen* (Fn. 13), S. 199 f. m.w.N.; *Wank* (Fn. 13), S. 207 f.

⁶³ *Wank* (Fn. 13), S. 209.

⁶⁴ *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 95 Rn. 30; *Wank* (Fn. 13), S. 213 f.; auch krit. und m.w.N. *Ipsen* (Fn. 13), S. 200 ff.

⁶⁵ *Wank* (Fn. 13), S. 211; abl. zur Tragfähigkeit der Legitimationskette über Wahl und Ernennung der Richter insgesamt *Bumke* (Fn. 14), S. 46 f.

⁶⁶ So auch überzeugend *Ipsen* (Fn. 13), S. 204; i.E. ebenso *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 19), Rn. 968.

⁶⁷ *Larenz* (Fn. 8), S. 426 f.

⁶⁸ BVerfGE 65, 182 (193); 96, 375 (394); *Bumke* (Fn. 14), S. 47; pointiert auch *Ipsen* (Fn. 13), S. 204 mit Blick auf die Rolle des BAG.

⁶⁹ Ausführlich und überzeugend dazu *Wank* (Fn. 13), S. 218 f.; vgl. auch *Jestaedt* (Fn. 7), S. 68; *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 111.

⁷⁰ BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116); *Sommermann* (Fn. 19), Art. 20 Rn. 186; *Wank* (Fn. 13), S. 222; für das Verhältnis von Legislative und Judikative auch ausdrücklich *Wank*, ZGR 1988, 314 (351).

aa) Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Eine wesentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips stellt nach ganz allgemeiner Auffassung⁷¹ das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dar. Der Bürger muss wissen können, was geltendes Recht ist, und muss davon überzeugt sein können, dass dieses auch durchgesetzt wird – dasselbe gilt auch für den professionellen Rechtsanwender.⁷²

Es fragt sich nun allerdings, ob eine starke Ausuferung richterlicher Rechtsetzung gerade durch rechtsfortbildende Tätigkeit diese Rechtssicherheit und Rechtsklarheit noch zu gewährleisten vermag. Zwar nimmt auch die Normdichte und -masse stetig zu, jedoch wird auch die Rechtsprechung immer unübersichtlicher und umfangreicher und die Seiten, die durch Urteile bundesdeutscher Obergerichte gefüllt werden, sind tatsächlich weitaus zahlreicher als jene, die schlicht den geltenden Normtext wiedergeben.⁷³ Darüber hinaus sind Gesetzestexte auch für den rechtsunkundigen Bürger weitaus besser und mitunter deutlich preisgünstiger zugänglich als z.B. die amtlichen Entscheidungssammlungen des BGH oder des BVerfG, die ja auch selbst keinen Anspruch auf vollständige Publikation der Rechtserzeugung des jeweiligen Gerichts erheben;⁷⁴ um es zuzuspitzen: in weit mehr deutschen Haushalten steht ein BGB als die amtliche Entscheidungssammlung des BGH.

Wenn man daneben auch das Schlagwort von der Einheit der (geschriebenen) Rechtsordnung unter Hinweis auf unterschiedliche Entstehungszeitpunkte und divergierende politische Auffassungen des jeweiligen Normgebers wohl getrost in Zweifel ziehen darf,⁷⁵ so stellt sich zudem die geschriebene Normmaterie doch weitaus geschlossener und mit erheblich weniger Widersprüchen und divergierenden Auffassungen behaftet dar als die Gesamtheit der Rechtsprechung.⁷⁶

Daraus folgt, dass richterliche Rechtserzeugung den Verfassungsgrundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und damit auch das Ideal vom über die geltende Rechtslage informierten Bürger weit weniger gut verwirklichen kann als die Fülle der im Bundesgesetzblatt in verbindlicher Form bekannt gemachten und jedermann leicht zugänglichen Parlamentsgesetze. Je mehr also der Richter Rechtsfortbildung betreibt, umso unwahrscheinlicher wird es, dass der einzelne Rechtsunterworfenen von einer veränderten Rechtslage Kenntnis hat.

⁷¹ Grundlegend BVerfGE 2, 380 (403); 7, 89 (92); desgleichen *Grzeszick* (Fn. 23), Art. 20 VII Rn. 50; *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557 (561); *Schnapp* (Fn. 13), Art. 20 Rn. 40; *Wank* (Fn. 13), S. 197.

⁷² *Ipsen* (Fn. 13), S. 219; *Leenen*, Jura 2012, 753 (761); *Wank* (Fn. 13), S. 197 f.

⁷³ Mit eindrucksvollen, freilich schon länger nicht mehr aktuellen Zahlenbeispielen dazu *Wank* (Fn. 13), S. 201.

⁷⁴ *Ipsen* (Fn. 13), S. 154; *Wank* (Fn. 13), S. 198 ff.

⁷⁵ Relativierend jedenfalls *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 19), Rn. 271 f.; *Wank* (Fn. 13), S. 199; zu den Einschränkungen vgl. *Röhl/Röhl* (Fn. 7), S. 452 ff.

⁷⁶ *Wank* (Fn. 13), S. 201 f.; vor allem zur Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung *Ipsen* (Fn. 13), S. 224.

bb) Transparenzgebot

Auch das verfassungsrechtliche Transparenzgebot setzt der richterlichen Rechtsfortbildung Grenzen.

Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat verlangt nach Öffentlichkeit und Transparenz im Verfahren. Deren Gewährleistung stellt neben der Herstellung von Rechtssicherheit eine weitere wichtige Aufgabe des Rechtsstaats⁷⁷ dar. So verhandelt etwa der Bundestag grundsätzlich öffentlich (Art. 42 Abs. 1 GG), über die Beratungen in den grundsätzlich nicht öffentlich tagenden Ausschüssen wird öffentlich Bericht erstattet. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ergibt sich zudem für unterschiedliche staatliche, politische und gesellschaftliche Gruppen die Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Gang der Normsetzung. Damit kommt der Umsetzung des Transparenzgebots im Prozess legislativer Rechtsetzung eine erhebliche Bedeutung zu.⁷⁸

Das Verfahren vor Gericht unterscheidet sich hingegen wesentlich vom Gesetzgebungsverfahren, schon weil eine äußere Einflussnahme politischer und gesellschaftlicher Gruppen (aus wahrlich gutem Grund) mit der richterlichen Unabhängigkeit gem. Art. 97 Abs. 1 GG unvereinbar und daher illegitim wäre.⁷⁹ Wegen des Beratungsgeheimnisses kann die genaue Genese einer bestimmten Entscheidung nicht an die Öffentlichkeit gelangen.⁸⁰ Wenn nun aber der Richter z.B. im zivilrechtlichen Erkenntnisverfahren das Recht fortentwickelt, womit er ja, wie gesehen, Recht erzeugt, und er, sofern die Rechtsfortbildung in der Berufungs- oder Revisionsinstanz stattfindet, dieser Rechtserzeugung zu faktischer Wirksamkeit verhilft, bleibt die Öffentlichkeit und Transparenz dieser richterlichen Rechtsfortbildung folglich hinter der Transparenz bei legislativer Rechtsetzung zurück.

cc) Schranke des Vorbehalts des Gesetzes im Grundrechtsbereich

Daneben tut sich – mit besonderer Relevanz im Grundrechtsbereich – durch den Vorbehalt des Gesetzes eine weitere, weitgehend unüberwindliche und einer wie auch immer gearbeteten Abwägung grundsätzlich nicht zugängliche⁸¹ Grenze für die richterliche Rechtsfortbildung auf.

Staatliche Gewalt ist nämlich zum Eingriff in Grundrechtspositionen des Bürgers nach dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt nur auf Grundlage eines Gesetzes berechtigt.

Unklar ist allerdings, wie weitgehend auch die Judikative im Hinblick auf richterliche Rechtsfortbildung dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes unterworfen ist. Sicherlich sind für den Bürger rein begünstigende Entscheidungen der

⁷⁷ Dazu auch *Grzeszick* (Fn. 23), Art. 20 II Rn. 21 ff.

⁷⁸ BVerfGE 70, 324 (355); so auch *Ipsen* (Fn. 13), S. 140; *Wank* (Fn. 13), S. 157.

⁷⁹ *Ipsen* (Fn. 13), S. 148; differenzierend *Grzeszick* (Fn. 23), Art. 20 II Rn. 34.

⁸⁰ *Burghart* (Fn. 25), S. 95.

⁸¹ So ausdrücklich *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (123); a.A. aber wohl *Classen*, JZ 2003, 695 (701); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 73. Ergänzungslieferung Dezember 2014), Art. 1 Abs. 3 Rn. 45.

Rechtsprechung (wie sie vor allem im Verwaltungsprozess denkbar sind) keinem Gesetzesvorbehalt unterworfen, da hier schon keine Eingriffssituation, die der Gesetzesvorbehalt logisch ja voraussetzt, vorliegt;⁸² mitunter wird allerdings konstatiert, dass nur „echte Eingriffe in natürliche Freiräume tatsächlich einem Gesetzesvorbehalt unterliegen“.⁸³ Diese Ansicht verkennt jedoch m.E. die ausnahmslose Bindung aller drei Staatsgewalten an die Grundrechte und damit an deren anerkannte Beschränkungsmöglichkeiten gem. Art. 1 Abs. 3 GG, die ohne Differenzierung vorgenommen wird und daher neben der Exekutive auch und gerade die Judikative betrifft.⁸⁴

Erfasst ist die Rechtsprechung aber nicht nur in bipolaren Eingriffssituationen, sondern auch und gerade in Konstellationen, in denen der Grundrechtsschutz einer Partei durch einen Eingriff in die Grundrechtssphäre der anderen Partei, also durch einen Akt mit Doppelwirkung, verwirklicht wird (sog. Schutz durch Eingriff).⁸⁵ Ebensolche Konstellationen ergeben sich freilich täglich im zivilrechtlichen Erkenntnisverfahren, so dass die Judikative für ihre Entscheidungen einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

Formelle und – mit Einschränkungen – auch materielle Rechtsnormen stellen zweifelsohne eine ausreichende Legitimationsgrundlage für Grundrechtseingriffe der Rechtsprechung dar. Durch richterliche – auch höchstrichterliche – Rechtsfortbildung generiertes Recht ist hingegen eben gerade kein Gesetzesrecht – wohlgeachtet: im Sinne des allgemeinen Gesetzesvorbehalts –⁸⁶, so dass Grundrechtspositionen des einzelnen Bürgers nicht auf der Grundlage von Richterrecht eingeschränkt werden dürfen.

c) Aspekte der Gewaltenteilung

Schließlich stellt sich die Ermittlung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auch als Problem der Gewaltenteilung dar.

aa) Beachtung des Ermessensspielraums des Gesetzgebers

Zunächst ist vom Richter, der sich mit der Möglichkeit der Rechtsfortbildung konfrontiert sieht, zu beachten, dass dem Gesetzgeber bei der Normsetzung ein erheblicher Ermessens- und Gestaltungsspielraum zukommt, insbesondere bei der Verwirklichung grundrechtlicher Schutzpflichten.⁸⁷

Nur äußerst selten ergibt sich aus dem Grundgesetz oder allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung – gewissermaßen alternativlos – nur eine einzige zulässige Rechtsfolge im einfachen Recht, die „die Ausschaltung der gesetzgeberischen

Prärogative durch die Setzung von Richterrecht“⁸⁸ rechtfertigen könnte.

Beispiel: So verhält es sich in den schon oben dargestellten Entscheidungen für die Gewährung eines Geldersatzes bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁸⁹ In den höchstrichterlichen Begründungen fehlt es an einer überzeugenden Argumentation, dass die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nur durch eine solche Entschädigung in Geld ausreichend verwirklicht werden kann – dies wird vielmehr von den entscheidenden Richtern nur behauptet.⁹⁰

Selbst das BVerfG, dem gem. Art. 100 Abs. 1 GG das Verwerfungsmonopol für verfassungswidrige Gesetze zusteht,⁹¹ nimmt seine Kontrolldichte im Respekt vor der direkten demokratischen Legitimation des Parlaments schon bei der Bewertung z.B. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁹² häufig weit zurück. Idealerweise hat das BVerfG dem Gesetzgeber lediglich die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes aufzugeben, aber keine detaillierten Vorgaben für die neu zu schaffende Rechtslage zu machen.⁹³ Wenn diese Zurückhaltung aber schon für das BVerfG als Verfassungsorgan gilt, so muss sie für die ordentlichen Gerichte erst recht gelten: Die rechtspolitische Qualität einer bestehenden gesetzlichen Regelung zu beurteilen, ist prinzipiell nicht Aufgabe der Rechtsprechung. Für die Beurteilung ihrer Verfassungskonformität wiederum weist das Grundgesetz dem BVerfG eine ausschließliche Kompetenz zu.

Das bisher Gesagte bezieht sich freilich auch auf ein bededtes Schweigen des Gesetzgebers, also seine bewusste Entscheidung, eine bestimmte Regelung gerade nicht zu treffen. Eine solche Bindung an das Schweigen des Gesetzgebers folgt freilich nicht aus Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG, da Schweigen keine Gesetzes- oder Rechtsqualität zukommen kann.⁹⁴

Es fehlt vielmehr – um zu einer methodologischen Betrachtung zurückzukehren – in solchen Fällen bereits an einer planwidrigen Regelungs- oder Rechtslücke, insbesondere, wenn die vorgefundene positive gesetzliche Regelung abschließenden Charakter hat, was ggf. durch Auslegung derselben zu ermitteln ist.⁹⁵

⁸² Hillgruber, JZ 1996, 118 (123 f.).

⁸³ Classen, JZ 2003, 695 (700).

⁸⁴ So auch Grzeszick (Fn. 23), Art. 20 VI Rn. 90.

⁸⁵ Hillgruber, JZ 1996, 118 (123 m.w.N.).

⁸⁶ Vgl. nur BVerfGE 38, 386 (396 f.).

⁸⁷ BVerfGE 92, 26 (46); BVerfG NJW 1995, 2343; so wohl auch jüngst BVerfG JZ 2015, 620 (623); zust. Hillgruber, JZ 1996, 118 (122); Ipsen (Fn. 13), S. 158; Larenz (Fn. 8), S. 427; Voßkuhle (Fn. 64), Art. 93 Rn. 43 (m. zahlr. w.N.).

⁸⁸ So treffend Hillgruber, JZ 1996, 118 (122); zu diesem Befund auch Voßkuhle (Fn. 64), Art. 93 Rn. 48.

⁸⁹ Dazu u.a. BVerfGE 34, 269; BGHZ 26, 349.

⁹⁰ So auch überzeugend Hillgruber, JZ 1996, 118 (122); vorsichtig zust. Classen, JZ 2003, 695 (700).

⁹¹ Darauf, dass richterliche Rechtsfortbildung auch das Verwerfungsmonopol des BVerfG zu unterminieren geeignet ist, weist Hillgruber, JZ 1996, 118 (119 f.), eindringlich hin.

⁹² Dazu Schuppert, DVBl. 1988, 1191 (1194); Voßkuhle (Fn. 64), Art. 93 Rn. 44.

⁹³ Hillgruber, JZ 1996, 118 (124); Wank, ZGR 1988, 314 (379); so auch im Wesentlichen Larenz (Fn. 8), S. 427.

⁹⁴ Burghart (Fn. 25), S. 92 f.

⁹⁵ Hillgruber, JZ 1996, 118 (120).

Beispiel: Im Rahmen der Schuldrechtsreform hatte der Gesetzgeber in den §§ 634 Nr. 2, 637 BGB dem Besteller im Werkvertragsrecht ein Recht zur Selbstvornahme der Mangelbeseitigung zugebilligt; in den §§ 437 ff. BGB fehlt allerdings eine Regelung dazu. Ob nun ein Selbstvornahmerecht des Käufers besteht oder nicht, war seitdem umstritten. Die Gewährleistungsrechte des Käufers stellen jedoch nach dem ausdrücklichen Willen des (eigentlich noch gar nicht) historischen Gesetzgebers⁹⁶ eine abschließende Regelung dar, so dass die Zuerkennung eines Selbstvornahmerechts durch richterliche Rechtsfortbildung ausscheidet,⁹⁷ weil dies eben ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers ignorierte.

In solchen Fällen eines „qualifizierten“ Unterlassens⁹⁸ besteht also für den Richter – sofern er von der Verfassungswidrigkeit der bestehenden Rechtslage überzeugt ist – lediglich die Möglichkeit zur konkreten Normenkontrolle durch das BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG.

bb) Normsetzungspflicht des Parlaments

Von einem beredten Schweigen des Gesetzgebers ist soeben schon die Rede gewesen; die Gewaltenteilung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip setzt der richterlichen Rechtsfortbildung aber auch insofern Grenzen, als sie eine Pflicht des demokratisch gewählten Gesetzgebers statuiert, auch tatsächlich gesetzgeberisch tätig zu werden – mitunter wird von der Pflicht des Gesetzgebers zum vollständigen Gesetz gesprochen.⁹⁹ Dem Gesetzgeber wird zwar ein „pflichtgemäßes Ermessen“¹⁰⁰ eingeräumt, ob und wie er legislativ tätig wird (s.o.); er kann seine Gesetzgebungspflicht allerdings dadurch verletzen, dass er durch bloße Untätigkeit die – zugegebenermaßen sehr weiten – Grenzen seines Ermessens überschreitet.¹⁰¹

Es wird mitunter zwar davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber die Lösung bestimmter Probleme, denen eigentlich er selbst durch Rechtsetzung zu begegnen hätte, auch auf die Rechtsprechung und zum Teil auch die Rechtswissenschaft als vorbereitende, aber eben nicht legislativ tätig werdende Instanz delegieren kann.¹⁰² Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass parlamentarische Gesetzgebung, wie oben bereits erwähnt, ein vorwiegend politischer Prozess ist, dem ein Bewusstmachungsprozess in der demokratischen Öffentlichkeit vorausgehen hat, in dem Mehrheiten organisiert und Priori-

täten gesetzt werden müssen.¹⁰³ Es ist also nicht jedes Untätigbleiben des Parlaments in einer Frage, deren gesetzliche Regelung wünschenswert erscheint, gleich eine Verletzung der Normsetzungspflicht.

Kommt es dennoch zu einem Rechtsnotstand, ist, wie oben bereits gesehen, der Richter zur Rechtsfortbildung befugt. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass sich der Gesetzgeber in seiner Untätigkeit bestärkt fühlt und die Rechtsprechung immer mehr in die Rolle des Ersatzgesetzgebers für den eigentlichen, aber hartnäckig untätigen Gesetzgeber hineinrutscht.¹⁰⁴

Beispiel: Im Arbeitsrecht hat sich der Gesetzgeber trotz mannigfacher Vorschläge noch zu keiner Gesamtkodifikation der Materie durchringen können und auch die bisherigen Regelungen sind, wie oben dargetan, zumeist nur punktueller Natur; stattdessen fungiert das BAG vielerorts tatsächlich als „Ersatzgesetzgeber“ für dieses Rechtsgebiet.¹⁰⁵

Eine solche Situation nötigt sodann die Rechtsprechung zu politischen Entscheidungen, was eine ernste Gefahr für die Autorität der Gerichtsbarkeit, die sich gerade aus der unparteiischen Stellung des Richters speist, darstellen kann.¹⁰⁶ Es ist also für die Rechtsprechung ein durchaus gefährliches Spiel, die Untätigkeit des Gesetzgebers zum Anlass für weitreichende Rechtsetzung zu nehmen.

cc) Überblick des Gesetzgebers über Materie und Folgen der Normsetzung

Wenn oben gesagt worden ist, dass die Gewaltenteilung eine sachgerechte Aufgabenverteilung gewährleiste, so konkretisiert sich diese Feststellung in den folgenden Ausführungen zur Notwendigkeit des Überblicks über Materie und Folgen jeglicher Rechtsetzung. Ein wesentliches Grundproblem jeder richterlichen Rechtsfortbildung nämlich ist das Faktum, dass die Informationsbasis, auf der Gesetzgebung und Rechtsprechung jeweils ihre Entscheidungen treffen und damit Recht setzen, enorm unterschiedlich ist.

Dem Gesetzgeber (insbesondere dem Bundestag) steht ein sehr großes und in aller Regel hervorragend qualifiziertes Reservoir von Fachkräften und Experten zur Verfügung, sei es in Gestalt der über sechshundert Abgeordneten selbst, sei es in Gestalt des Wissenschaftlichen Dienstes oder der Ministerialbürokratie. Ferner kommt es häufig bei der Beratung von bedeutsamen Gesetzentwürfen zu parlamentarischen Anhörungen von Sachverständigen, die zum Erkenntnisgewinn

⁹⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 229; so auch BGHZ 162, 219 (225).

⁹⁷ Inzwischen h.M.; vgl. nur BGHZ 162, 219 (225); BGH NJW 2006, 988 (989); *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 437 Rn. 5.

⁹⁸ Treffend – auch zum Folgenden – *Hillgruber*, JZ 1996, 118 (120).

⁹⁹ Dazu in großer Ausführlichkeit *Burghart* (Fn. 25), S. 81 ff.

¹⁰⁰ So schon BVerfGE 2, 213 (224); 3, 58 (133).

¹⁰¹ *Wank* (Fn. 13), S. 282.

¹⁰² Vgl. dazu nur *Burghart* (Fn. 25), S. 85; *Wank*, ZGR 1988, 314 (349 f. m.w.N.).

¹⁰³ *Wank* (Fn. 13), S. 236; so i.E. auch *Ipsen* (Fn. 13), S. 233 f.

¹⁰⁴ Zu dieser Gefahr *Burghart* (Fn. 25), S. 87; zust. *Classen*, JZ 2003, 695 (699); *Ipsen* (Fn. 13) S. 235.

¹⁰⁵ *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 611 Rn. 166 im Anschluss an *Gamillscheg*; differenzierend freilich *Richardi* (Fn. 46), § 6 Rn. 33.

¹⁰⁶ Eindringlich dazu *Wank* (Fn. 13), S. 240 f.; desgleichen *Ipsen* (Fn. 13), S. 88.

der Volksvertreter beitragen.¹⁰⁷ Zudem stehen dem Gesetzgeber durch Lobbyismus und die Möglichkeit von Stellungnahmen durch Interessenverbände und andere gesellschaftliche Gruppen weitere, wenn auch zumeist nicht objektive¹⁰⁸ Informationsquellen über die zu regelnde Materie zur Verfügung. Dadurch wird dem Gesetzgeber aber auch ermöglicht, die Folgen einer bestimmten Regelung für Wirtschaft und Gesellschaft absehen zu können und ggf. den Gesetzentwurf mit Blick auf seine möglichen Folgen noch zu verändern.

Im Falle richterlicher Rechtsetzung bietet sich ein davon grundverschiedenes Bild: Den Gerichten und auch den Richtern selbst fehlen die finanziellen und institutionellen Kapazitäten zur Beschaffung und Verarbeitung derart vieler, über die juristische Expertise hinausgehender Informationen, wie sie der Normgeber im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigen muss.¹⁰⁹ Im zivilrechtlichen Erkenntnisverfahren verbietet zudem der Beibringungsgrundsatz weitgehend eine Tatsachenermittlung durch das Gericht von Amts wegen, da der Zivilprozess gar nicht der Wahrheitsfindung im eigentlichen Sinne zu dienen bestimmt ist, sondern lediglich der Rechtsdurchsetzung durch Private im Einzelfall.¹¹⁰ Selbst wenn, z.B. durch Sachverständigenbeweis im Sinne des §§ 402 ff. ZPO, fremde Expertise eingeholt werden darf, so geschieht dies doch mit dem Ziel der Aufklärung bestimmter Tatsachen im konkreten Prozess, nicht zur Feststellung allgemeiner Gegebenheiten rechtstatsächlicher Art (sog. legislative facts).¹¹¹

Dabei wird jedoch zutreffend von *Deckert* herausgestellt, dass sich richterliche Rechtsfortbildung auch und gerade der Folgen der jeweiligen Entscheidung bewusst sein muss und solche Folgenüberlegungen ehrlicherweise auch zur Begründung einer Entscheidung nutzbar gemacht werden sollten, anstatt sich als Richter hinter Scheinargumenten, wie z.B. vermeintlichen Sachzwängen oder dem schlichten Verweis auf die „Natur der Sache“, zu verstecken.¹¹² Bei dieser Analyse bleiben jedoch die oben geschilderten praktischen Probleme weitgehend außen vor.

So erscheint es m.E. zwar in der Tat als unverzichtbar, dass der rechtsfortbildende Richter der streitigen Materie kundig und sich der Folgen seiner Entscheidungen bewusst ist, doch kann unter den derzeitigen Gegebenheiten in der Rechtspraxis davon nicht ernsthaft gesprochen werden. Vielmehr ist zu konstatieren, dass allein der Gesetzgeber in seiner Vernetzung mit Ministerialbürokratie und Lobbygruppen

jeder Art über den nötigen Überblick hinsichtlich Materie und Folgen einer ausgedehnten abstrakt-generellen Rechtsetzung verfügt, der den Gerichten ganz augenscheinlich fehlt.

3. Gebot richterlicher Zurückhaltung im Hinblick auf Rechtsfortbildung

Schließlich soll auch ein weiterer Aspekt nicht undiskutiert bleiben, von dem man sich zuweilen eine zusätzliche Begrenzung richterlicher Rechtsfortbildung erwartet: das Gebot zur Zurückhaltung des Richters, insbesondere im Hinblick auf eine rechtsfortbildende Tätigkeit. Dieser Aspekt wird unter dem Stichwort des *judicial self-restraint* freilich vor allem im Hinblick auf die Rolle des BVerfG beleuchtet, aber es spricht wohl nichts dagegen, die Diskussion auch für die Rolle aller Richter im Bereich letztlich Recht setzender Tätigkeit fruchtbar zu machen.¹¹³

Unter dem Begriff des *judicial self-restraint* wird gemeinhin der „Verzicht ‚Politik zu treiben‘, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen“,¹¹⁴ verstanden. Kann also eine klare Grenze für richterliche Rechtsetzung über den Gesetzeswortlaut hinaus tatsächlich mit Hilfe einer richterlichen Selbstzurückhaltung gezogen werden?

Die Idee des *self-restraint* fundiert sich zunächst und damit völlig nachvollziehbar im schon oben herausgearbeiteten Verbot für den Richter, eigene Rechtspolitik zu betreiben und den Gesetzgeber vor vollendete Tatsachen zu stellen.

Wesentlicher Schwachpunkt des Redens von einem *judicial self-restraint* ist freilich, dass man hier „auf die Person des einzelnen Richters abstellt, seine zupackende Kontrollfreudigkeit oder seine weise bzw. altersmilde Zurückhaltung“¹¹⁵ – nachdem wir bereits oben auf die zahlreichen Bindungen des Richters an Gesetz und Recht, an rechtsstaatliche und demokratische Grundprinzipien eingegangen sind, erscheint es höchst unglaubwürdig, die richterliche Kompetenzausübung in das freie Belieben desselben zu stellen.

Immerhin kommt der Forderung nach richterlicher Selbstzurückhaltung eine gewisse Appellfunktion zu, die den Richter durchaus ermahnen kann, sich innerhalb seines Entscheidungsspielraums seiner kompetenziellen Grenzen bewusst zu sein und eigene Rechtsetzung nur unter hoher Selbstdisziplin zu betreiben – aber auch kaum mehr.¹¹⁶ Eine auch nur annähernd präzise Grenzziehung für die richterliche Rechtsfortbildungsmacht lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten.

IV. Fazit und Ausblick

Ausgehend von den vorstehend vorgenommenen Betrachtungen lässt sich schließlich das folgende Fazit ziehen:

¹⁰⁷ Dazu nur *Ipsen* (Fn. 13), S. 144; *Schneider* (Fn. 69), Rn. 119; *Wank* (Fn. 13), S. 156.

¹⁰⁸ Zu dieser Problematik *Burghart* (Fn. 25), S. 94; *Schneider* (Fn. 69), Rn. 105; *Wank* (Fn. 13), S. 156.

¹⁰⁹ *Deckert* (Fn. 7), S. 138; *Picker* (Fn. 15), S. 103; *Wank* (Fn. 13), S. 159.

¹¹⁰ *Classen* (Fn. 13), Art. 97 Rn. 15; *Ipsen* (Fn. 13), S. 189; *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 290 ff.; differenzierend *Röhl/Röhl* (Fn. 7), S. 508 f.; die Möglichkeiten des Erkenntnisgewinns schon de lege lata betonend *Deckert* (Fn. 7), S. 137 f.

¹¹¹ *Burghart* (Fn. 25), S. 95; *Ipsen* (Fn. 13), S. 150; *Picker* (Fn. 15), S. 103 f.; *Wank* (Fn. 13), S. 159.

¹¹² *Deckert* (Fn. 7), S. 60.

¹¹³ So, wenn auch krit. zur Terminologie, auch *Schuppert*, DVBl. 1988, 1191.

¹¹⁴ BVerfGE 36, 1 (14); vgl. im Anschluss daran auch BVerfGE 53, 185 (196); 59, 360 (377).

¹¹⁵ *Schuppert*, DVBl. 1988, 1191; zust. *Vofßkuhle* (Fn. 64), Art. 93 Rn. 36.

¹¹⁶ So auch *Vofßkuhle* (Fn. 64), Art. 93 Rn. 36 m.w.N.

Methodenfragen sind in der Tat, wie schon häufig festgestellt worden ist,¹¹⁷ in erster Linie Verfassungsfragen. Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für den Rechtsstaat in seinen vielfältigen Ausprägungen, für die Gewaltenteilung und für den unabhängigen Richter (Art. 97 Abs.1 GG), der nur an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), geben für die richterliche Rechtsfortbildung im Privatrecht den äußeren Rahmen vor, in dem der Richter mittels allgemein anerkannter methodischer Werkzeuge tätig werden kann. Diese hat er einzusetzen, wenn und soweit es rechtspraktische Notwendigkeiten oder auch gewisse rechtspolitische Zwänge erfordern.

Freilich kann innerhalb des von Verfassung und Methodenlehre grundsätzlich zugelassenen Raumes nicht jede Rechtsfortbildung zulässig sein. Vielmehr setzen in erster Linie verfassungsrechtliche Grundentscheidungen und ihre Ausprägungen der richterlichen Rechtsfortbildungsmacht Grenzen.

In einem demokratisch verfassten Rechtsstaat muss der Richter, wie gesehen, beachten, dass seine demokratische Legitimation hinter der des formellen Gesetzgebers weit zurückbleibt, und vermeiden, dass eminent wichtige Gebote wie das der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, der Transparenz der Normsetzung und insbesondere die Einhaltung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts in grundrechtssensiblen Bereichen, die allesamt aus dem Rechtsstaatsprinzip entspringen, verletzt werden.

Es ist aber auch deutlich geworden, dass die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auch eine Frage der Kompetenzabgrenzung im gewaltenteiligen Staatsgefüge aufwerfen. Der Richter muss bei seiner Entscheidung zur Fortbildung des Rechts den Ermessensspielraum, der dem Gesetzgeber in vielen Fragen zukommt, respektieren und darf auch nicht zulassen, dass dieser die Rechtsfortbildungsmacht der Judikative zum Anlass nimmt, seiner Gesetzgebungspflicht nicht mehr nachzukommen.

Dabei zeigen sich auch verfassungsrechtliche Probleme von enormer praktischer Relevanz. Wenn gesagt wird, dass der Richter eines Überblicks über Materie und Folgen seiner Rechtsetzung bedarf, um überhaupt im Wege der Rechtsfortbildung Recht setzen zu dürfen, so stößt man rasch auf praktische, vor allem fiskalische Schwierigkeiten, die manch gut gemeinte Forderung an den einzelnen Richter illusorisch erscheinen lassen – auch und nicht zuletzt die eines richterlichen self-restraint.

Es hat sich auch gezeigt, dass die klassische Methodenlehre zwar essentiell notwendige Werkzeuge und Begründungsansätze für das Phänomen der Rechtsfortbildung liefert, dass sie aber zur deutlichen Markierung ihrer Grenzen – auch unter dem Stichwort des Judizierens *contra legem* –, verglichen gerade mit spezifisch verfassungsrechtlichen Wertungen und Argumenten, doch relativ wenig beizutragen vermag.

Richterliche Rechtsfortbildung ist – wie schon die Einleitung mit ihrem Hinweis auf eine der jüngsten Rechtsfortbildungen des BGH aufzeigen sollte – auch heute noch ein um-

strittenes, gleichwohl aber praktisch enorm relevantes Problem. Insbesondere die europäische Rechtsentwicklung und die damit einhergehende Überformung nationalen Rechts durch die Grundentscheidungen des Unionsrechts lassen erwarten, dass sich Richter auch künftig und dabei wohl wieder verstärkt der Rechtsfortbildung widmen müssen.¹¹⁸

Freilich folgt die europarechtskonforme Rechtsfortbildung eigenen methodischen Regeln (die den hier zur Verfügung stehenden Rahmen gewiss sprengen),¹¹⁹ doch ist es wünschenswert, dass auch die Ergebnisse und Erfahrungen der Diskussion auf nationaler Ebene dem Richter einen Anhaltspunkt für diese neue – ebenso spannende wie komplexe – Herausforderung der nächsten Jahre und vielleicht Jahrzehnte geben kann und auch für die ja noch im Entstehen begriffene europäische Methodenlehre fruchtbar gemacht werden kann.

¹¹⁷ Vgl. nur *Wank* (Fn. 13), S. 82; so auch *Classen* (Fn. 13), Art. 97 Rn. 14; *Ipsen* (Fn. 13), S. 48.

¹¹⁸ Diese Einschätzung teilend *Faust*, JuS 2012, 456 (459); *Leenen*, Jura 2012, 753 (762).

¹¹⁹ Zu deren Grundlagen und Grenzen *Herresthal*, EuZW 2007, 396.