

Schriften zur Rechtstheorie

Band 293

Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung

Grundlegende Untersuchung anhand
der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung
zum Delisting

Von

Stefan Feix



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN FEIX

Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung

Schriften zur Rechtstheorie

Band 293

Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung

Grundlegende Untersuchung anhand
der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung
zum Delisting

Von

Stefan Feix



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Potsdam hat diese Arbeit
im Jahr 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 517

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-15836-2 (Print)

ISBN 978-3-428-55836-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Potsdam im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich April 2019 berücksichtigt werden.

Das Thema Delisting hat durch die neuen Regelungen des Gesetzgebers scheinbar einen guten Ausgang gefunden. Ich bin aber der Auffassung, dass man aus der „alten“ Rechtsprechung viel über das Thema Rechtsfortbildung lernen kann. Weitergehende Forschungen in diesem Bereich wären aus meiner Sicht wünschenswert. Das gilt insbesondere auch für den schwierigen Bereich Sprache und Recht, da hier wohl der größte fächerübergreifende Forschungsbedarf besteht. Die Strukturierende Rechtslehre hat hierzu bereits einen ersten guten Beitrag geleistet, auch wenn sie nicht einfach zu durchdringen ist.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Tilmann Bezenberger, der durch seine Betreuung und wertvollen Anregungen enorm zum Gelingen dieser Arbeit beitrug. Herrn Prof. Dr. Andreas Musil danke ich herzlich für die vielschichtige, langjährige Förderung an seinem Lehrstuhl und natürlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Dr. Lammers danke ich für seine zahlreichen Ratschläge bei meinem Forschungsvorhaben.

Meinen Eltern Bärbel und Rainer Paul danke ich neben der finanziellen Förderung auch für die umfangreiche moralische Unterstützung. Letzteres gilt auch für meine Familie, Kollegen und Freunde.

Namentlich hervorgehoben werden sollen neben Florian Hischer, Manuel Kuegel, Jakobus Fabini, Lisa Wulbusch, Enzo Biagi, Dr. Jan Schulz, Nadine Steglich, Dr. Lucas Cornelius und Annika Schöner insbesondere auch Lars Fähling, Olga Prokopyeva, Philipp und George Tanski, Christin Nordwig sowie Ursula Paul.

Potsdam, 26.12.2019

Stefan Feix

Inhaltsübersicht

§ 1	Ziele dieser Arbeit und Gang der Untersuchung	19
-----	---	----

Erster Teil

Das Richterrecht 25

1. Kapitel

Die hohe Bedeutung des Richterrechts und seine Funktionen in der Rechtsordnung 25

§ 2	Begriff des Richterrechts	26
-----	---------------------------------	----

§ 3	Die Frage nach der Bedeutung und Funktion des Richterrechts	28
-----	---	----

2. Kapitel

Die rechtsfortbildende Entscheidung im Spiegel der Sprachphilosophie 56

§ 4	Der Begriffe der Rechtsfortbildung und seine Abgrenzbarkeit zur Auslegung	56
-----	---	----

3. Kapitel

Grundzüge der Auslegung von Richterrecht 110

§ 5	Vorüberlegungen	110
-----	-----------------------	-----

§ 6	Möglichkeiten zur Auslegung einer Entscheidung und Konkretisierung einer Regel	115
-----	--	-----

Zweiter Teil

Die Bewertung von Richterrecht 124

4. Kapitel

Die gelungene Rechtsfortbildung 124

§ 7	Erwartungen unseres Rechtskreises als theoretisches Fundament	125
-----	---	-----

§ 8	Die Erweiterung der Arbeitsdefinition durch Literatur	172
-----	---	-----

5. Kapitel

**Konsequenzen aus der Bewertung von Richterrecht
für den Gesetzgeber und die Gerichte** 197

§ 9	Das gelungene Richterrecht	198
§ 10	Das misslungene Richterrecht	202

Dritter Teil

Die Bewertung der BGH-Rechtsprechung zum Delisting 205

6. Kapitel

Die Entscheidungen zum Delisting im Fall „Macrotron“ 205

§ 11	Überblick über das Delisting	205
§ 12	Sachverhalt, Prozessgeschichte und Entscheidungen im Fall Macrotron	211
§ 13	Bewertung	229
§ 14	Folgen der Macrotron-Entscheidung	263

7. Kapitel

**Die Derogation der Macrotron-Entscheidung
durch die Frosta-Entscheidung des BGH** 273

§ 15	Sachverhalt und Entscheidung	273
§ 16	Bewertung	280

8. Kapitel

Zusammenfassung 285

Literaturverzeichnis		288
----------------------------	--	-----

Sachwortverzeichnis		310
---------------------------	--	-----

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Ziele dieser Arbeit und Gang der Untersuchung	19
	A. Ziele	19
	B. Gang der Untersuchung	21
	C. Einordnung der Delisting-Entscheidungen	21

Erster Teil

Das Richterrecht 25

1. Kapitel

Die hohe Bedeutung des Richterrechts und seine Funktionen in der Rechtsordnung 25

§ 2	Begriff des Richterrechts	26
§ 3	Die Frage nach der Bedeutung und Funktion des Richterrechts	28
	A. Zumindest faktische Bindungswirkung als formaler Grund der hohen Bedeutung	29
	I. Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts	29
	1. Die herrschende Auffassung	31
	2. Mindermeinung	33
	3. Unstrittige hohe faktisch-präjudizielle Wirkung	36
	4. Bewertung	37
	II. Verhältnis zum Gewohnheitsrecht	37
	B. Die richterliche Gestaltungsaufgabe	41
	I. Rechtsanpassung und -ergänzung	42
	1. Die Lückenproblematik	42
	2. Lösung durch richterliche Kompetenzerweiterung auf Fortbildungsfragen	43
	II. Umsetzung des Gesetzgeberwillens	45
	III. Gerechtigkeitschaffung	46
	C. Entlastungs- und Stabilisierungsfunktion in der Rechtsordnung	47
	I. Doppelte Entlastungsfunktion	47
	II. Stabilisierung der Rechtsordnung	47
	III. (Selbst-)Stabilisierungsfunktion gegenüber (Instanz-)Gerichten	48
	IV. Vorbereitung einer Kodifizierung	49
	V. Verkürzungs- und Vereinfachungsfunktion	50

D. Die Bedeutung des Richterrechts im Gesellschaftsrecht	50
E. Fazit	54

2. Kapitel

Die rechtsfortbildende Entscheidung im Spiegel der Sprachphilosophie	56
§ 4 Der Begriffe der Rechtsfortbildung und seine Abgrenzbarkeit zur Auslegung	56
A. Trennbarkeits- und Untrennbarkeitsthese und die Konsequenzen	56
I. Hintergrundproblematik	56
II. Die Trennbarkeitstheorie	58
1. Überlieferte Auffassung	58
a) Klassische Grundgedanken	58
b) Grundproblematik der überlieferten klassischen Lehre und Verzicht auf die Wortlautgrenze	64
c) Verzicht auf die Wortlautgrenze als Alternativmodell	64
2. Analytische Rechtstheorie	67
a) Koch und Rüßmann	67
b) Alexy	73
c) Kritik am bisherigen Ansatz	74
d) Klatts Theorie der Wortlautgrenze	75
e) Zusammenfassung	78
III. Untrennbarkeitstheorie	79
1. Grundgedanke: Normprogrammgenze statt Wortlautgrenze	79
2. Analogien in der Strukturierenden Rechtslehre	82
3. Zusammenfassung	83
IV. Neue Tendenzen der Rechtsprechung innerhalb der Trennbarkeitstheorie?	84
1. Bisherige Rechtsprechung	84
2. Der Wille des (historischen) Gesetzgebers als begrenzender Faktor	86
3. Die subjektive Auslegungstheorie	87
4. Entscheidung zur Rügeverkümmerng	93
5. Entscheidung zur Dreiteilungsmethode	97
6. Bewertungen der Entscheidungen und Bedeutung für auf die Wortlautgrenze	98
a) Obsiegen der subjektiven Auslegungstheorie?	98
b) Abgrenzung von Auslegung und Fortbildung durch Doppelgenze?	101
c) Folgen für das Gesellschaftsrecht	102
B. Zusammenfassende Betrachtung	102
I. Kritik an Klatts Ansatz	103
1. Wortlautgrenze ist hoher Begründungslast ausgesetzt	103

- 2. Regelregressargument und Interpretation von Brandom 103
- 3. Ermittlungstechnische Schwierigkeiten einer Wortlautgrenze 107
- II. Kritik an der Strukturierenden Rechtslehre 108
 - 1. Problemverlagerung durch Normprogrammgenze 108
 - 2. Indizfunktion des Wortlauts und Wert des historischen Arguments
wird missachtet 108
- C. Ergebnis und Folgerung für die weitere Arbeit 109

3. Kapitel

Grundzüge der Auslegung von Richterrecht 110

- § 5 Vorüberlegungen 110
 - A. Notwendigkeit einer Auslegung von Entscheidungen 110
 - B. Die ratio decidendi als grundsätzlich isoliertes Objekt der Auslegung 112
 - I. Grundsatz 112
 - II. Ausnahme 114
 - C. Grundprobleme der Interpretation 114
 - I. Entwicklung einer fallübergeordneten Regel 114
 - II. Auslegungsgrundsätze 115
- § 6 Möglichkeiten zur Auslegung einer Entscheidung und Konkretisierung einer Regel 115
 - A. Entscheidungsanalyse 116
 - I. Ermittlung des Sachverhalts 116
 - II. Rekonstruktion des Gedankengangs des Gerichts 117
 - 1. Formulierungen (Wortlautauslegung) 117
 - 2. Entscheidungsketten (Systematische Auslegung) 118
 - 3. Wertungen (teleologische Auslegung) 120
 - 4. Weitere Referenztexte als Konkretisierungsmittel 121
 - B. Einordnung der Einzelentscheidung 121
 - C. Unsicherheiten bei der Interpretation 121

Zweiter Teil

Die Bewertung von Richterrecht 124

4. Kapitel

Die gelungene Rechtsfortbildung 124

- § 7 Erwartungen unseres Rechtskreises als theoretisches Fundament 125
 - A. Funktionserfüllung unter Berücksichtigung der herrschenden Meinung 125
 - I. Lösung einer offenen Rechtsfrage 125

II. Äußerliche und Innerliche Beachtung der überlieferten Fortbildungstheorie	126
III. Weiterdenken des gesetzgeberischen Willens	129
IV. Eintritt eines Entlastungs- und Stabilisierungseffekts	129
V. Gerechtigkeitsgedanke	129
B. Ausbleiben der Nachteile einer Fortbildung	129
I. Schwächen im Normierungsstadium (Entwicklung des Richterrechts)	130
1. Verfassungsrechtliche Bedenken	130
a) Die verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Fortbildung	130
b) Missachtung von Verfassungsprinzipien in Verbund mit geringen Kontrollmöglichkeiten	132
aa) Allgemeine Gesichtspunkte	134
(1) Beschränkter Prüfungsumfang auf Verletzung spezifischen Verfassungsrechts	134
(2) Vertretbarkeits- und Willkürprüfung statt vollumfänglicher Richtigkeitskontrolle	135
(3) Ablehnungen des Vorbehalts des Gesetzes als Grenze der Rechtsfortbildung im Zivilrecht	137
(4) Die Gesetzesbindung als Prüfungsmaßstab	138
(5) Kompetenzabgrenzung zu den Fachgerichten	139
bb) Verfassungsrechtliche Grenzziehung durch das Bundesverfassungsgericht	139
(1) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	140
(2) Lückenfeststellung	141
(3) Lückenschließung	143
(a) Die Rechtsfortbildung als Einfallstor für Kompetenzeingriffe	144
(b) Die Verletzung von Gewaltenteilungsgrundsatz und Gesetzesbindung nach dem BVerfG	145
(4) Überprüfung der angewendeten Methoden	147
(5) Sonstige Grenzmodifikatoren	149
(a) Belastungsgrad im grundrechtsrelevanten Bereich	149
(b) Anpassungsbedürftigkeit der gesetzlichen Lage	151
(c) Sperrwirkungen von nicht erlassenen oder in der Gesetzgebung befindenden Normen für eine Fortbildung	151
(6) Rechtsfortbildung contra legem	152
cc) Achillesverse	152
dd) Abschließende Bewertung	154
c) Manipulationpotential durch (verdeckte) Gestaltungsspielräume	155
d) Legitimationsdefizit	157

e) Verlust der Streitentscheidungsfunktion und schleichende Kompetenzverschiebung	157
2. Sachverhaltsermittlung	158
3. Sonstige Normierungsdefizite	159
a) Anlassbezogenheit	159
b) Geringerer Gestaltungs- und Argumentationsrahmen	159
c) Spannungsfeld Einzelfallgerechtigkeit und Entscheidungswirkung auf die Rechtsordnung	161
d) Genereller Ressourcenunterschied	163
II. Schwächen im Wirkungsstadium (Nachteilige Wirkungen auf die Rechtsordnung)	164
1. Vielzahl von komplexen Regelungen außerhalb der Kodifikation	164
2. Prognostizierungsdefizit	167
3. Auslegungsprobleme	168
4. Vertrauensschutzaspekte	169
III. Folgerungen	169
IV. Erweiterte Arbeitsdefinition	171
§ 8 Die Erweiterung der Arbeitsdefinition durch Literatur	172
A. Literatur	172
I. Karl Larenz	172
1. Klar formulierte und bestimmte Regel	174
2. Ableitbarkeit aus dem Gesetz bzw. einem materiellen Rechtsprinzip ...	174
3. Fallnähe	174
4. Bruchloses Einfügen in die Rechtsordnung	175
5. Überprüfung der Kriterien	175
6. Konkretisierende Gedanken zu Larenz' Kriterien	176
a) Klar formulierte und bestimmte Regel	176
b) Ableitbarkeit aus der Rechtsordnung	177
c) Regelkonkretisierung am Fall	179
d) Das bruchlose Einfügen einer Regel in das Rechtssystem	179
aa) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	180
bb) Bruchloses Einfügen als System- und Folgerichtigkeit	182
cc) Gleichgestimmtheit der Rechtsprechung	183
dd) Zwischenergebnis	184
II. Katja Langenbucher	184
1. Erfassung der regelungsbedürftigen Situation	185
2. Begründung der richterlichen Regel aus der Rechtsordnung	185
a) Strukturierung von Richterrecht	186
b) Wertungsmäßige Begründung von Richterrecht	187

3. Bruchloses Einfügen in die Rechtsordnung	187
4. Folgerungen	188
III. Sonstige Literatur	189
B. Abschließender Bewertungsakt einer richterlichen Regel	191
I. Überwiegen der materiellen Verbesserung	191
II. Zeitpunkt für den Erlass richtig gewählt	192
C. Zwischenergebnis und Systematisierungsversuch	193
D. Gedanken zur Abwägung der Kriterien	196

5. Kapitel

Konsequenzen aus der Bewertung von Richterrecht für den Gesetzgeber und die Gerichte 197

§ 9 Das gelungene Richterrecht	198
A. Deklaratorische Gesetzgebung	198
B. Abändernde Gesetzgebung	200
C. Nachteile	201
§ 10 Das misslungene Richterrecht	202
A. Derogation durch den Gesetzgeber	202
B. Derogation durch das Gericht	202

Dritter Teil

Die Bewertung der BGH-Rechtsprechung zum Delisting 205

6. Kapitel

Die Entscheidungen zum Delisting im Fall „Macrotron“ 205

§ 11 Überblick über das Delisting	205
A. Begriff und Arten des Delistings	205
I. Freiwilliges (echtes) vollständiges Delisting	205
II. Freiwilliges (unechtes) vollständiges Delisting	206
III. Unfreiwilliges vollständiges Delisting	207
B. Folgen des Delistings	207
C. Rechtsentwicklung bis Macrotron	208
§ 12 Sachverhalt, Prozessgeschichte und Entscheidungen im Fall Macrotron	211
A. Sachverhalt	211
B. LG I München	212
I. Kein Gesetzesverstoß wegen Unbestimmtheit der Ermächtigung	213

II.	Kein Gesetzesverstoß gegen §§ 186 Abs. 4 S. 2 AktG, 8 UmwG analog	213
1.	Anerkennung der Holzmüller-Grundsätze im Fall des Delistings	213
2.	Rechtssicherheit vor richterlicher Fortbildung	214
3.	Kein Struktureingriff	214
4.	Nur Außenbeziehung tangiert	214
III.	Kein Inhaltlicher Mangel des Delistingsbeschlusses	215
1.	Eingeschränkter Prüfungsumfang	215
2.	Treuepflichtverletzung	215
a)	Keine Berührung der mitgliedschaftlichen Stellung und ausreichende Wahrung der Vermögensinteressen	216
b)	Vergleich mit Liquidation	216
c)	Keine Ungleichbehandlung mangels Gewährung von Sondervorteilen	216
3.	Verfassungswidriger Eingriff in Art. 14 GG	216
a)	Ausreichender Schutz durch Gesetzeslage und Börsenordnung	217
b)	Kein Eigentumseingriff	217
IV.	Keine Kontrolle der Angemessenheit des Kaufangebots durch aktien- rechtliches Spruchverfahren	218
C.	OLG München	218
I.	Holzmüller-Grundsätze gelten für das Delisting	219
II.	Keine materielle Inhaltskontrolle	220
1.	Kein schwerer Eingriff	220
2.	§ 43 BörsG i. V. m. den BörsO als umfassende spezialgesetzliche Regelung	220
III.	Keine rechtsmissbräuchlichen Stimmausübung	221
1.	Im Ergebnis keine wirtschaftlichen Nachteile	221
2.	Kein Ausnutzen der Minderheitsaktionäre	221
IV.	Kein Sondervorteil	222
V.	Kein verfassungswidriger Eingriff in Art. 14 GG	222
VI.	Keine Überprüfung in einem Spruchverfahren analog § 306 AktG.	222
D.	Änderung der Börsenordnung und Verschärfung der Schutzsituation	223
E.	BGH	223
I.	Holzmüller-Grundsätze gelten nicht für das Delisting	224
II.	Überprüfbares Pflichtangebot über Kauf der Aktien durch die Gesellschaft oder Großaktionär	225
1.	Börsengesetze gewährleisten keinen wirksamen Minderheitenschutz	225
2.	Pflichtangebot notwendig	226
3.	Gerichtliche Kontrolle durch Spruchverfahren statt Anfechtungsklage	226
4.	Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit und Analogiefähigkeit	227
III.	Keine sachliche Rechtfertigung des Hauptversammlungsbeschlusses und kein Vorstandsbericht analog § 186 Abs. 4 S. 2 AktG	227

IV. Kein missbräuchliches Verhalten	228
F. Zwischenübersicht	228
§ 13 Bewertung	229
A. Bewertung durch die Literatur	229
B. Regelbildung (Auslegung der Entscheidung)	229
C. Auslegung oder Rechtsfortbildung	231
D. Aufhebung eines rechtlichen Missstandes unter Berücksichtigung der überlieferten Fortbildungslehre	231
E. Klar formulierte und bestimmte Regel	234
F. Ableitbarkeit der Regel aus dem Gesetz	234
I. Hauptversammlungsbeschluss und Pflichtangebot	235
1. Die Aktie als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum	235
2. Art. 14 GG als tragfähige Begründung	236
a) Moto-Meter-Entscheidung als tragfähige Grundlage	237
b) DAT/Altana-Entscheidung als tragfähige Grundlage	238
3. Folgerung	241
II. Gesamtanalogie beim Spruchverfahren	243
III. Zwischenergebnis	244
G. Fallnähe der Regelung	244
I. Folgefragen	245
II. Abwägung	247
H. Bruchloses Einfügen in die Rechtsordnung	247
I. § 43 Abs. 4 BörsG a. F. als abschließende Regelung	248
II. Systemgerechtigkeit	251
1. Hauptversammlungsbeschluss	251
2. Abfindungsanspruch und Pflichtangebot	253
III. Bestlösungsforderung	255
1. Herleitung der Hauptversammlungszuständigkeit	255
a) Holzmüller-Grundsätze aufgrund einer Strukturänderung im rechtlichen und faktischen Sinne	255
b) § 180 Abs. 2 AktG analog	257
c) Gesamtanalogie §§ 240 Abs. 1 S. 1, 65 Abs. 1 S. 1 UmwG	257
d) Art. 14 Abs. 1 GG	258
e) Ergebnis	258
2. Herleitung für das Pflichtangebot	258
a) Verfassungskonforme Auslegung der einzelnen Börsenordnungen ..	259
b) Analogien zum UmwG	259
c) § 243 Abs. 2 S. 2 AktG	260

d) Art. 14 GG	261
e) Ergebnis	262
I. Abwägung zwischen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und Änderungsinteresse	262
J. Ergebnis	262
§ 14 Folgen der Macrotron-Entscheidung	263
A. Die Delisting-Entscheidung des BVerfGE als Basis zur richterlichen Derogation	263
I. Gegenstand	263
II. Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab	264
1. Grundsätze zu Art. 14 GG	264
2. Vergleich mit der DAT/Altana-Entscheidung	266
3. Börsenzulassung zum regulierten Markt als Eigentumsbestandteil aufgrund von Sondervorschriften	267
4. Kursverfall durch Delisting kein Argument für Beeinträchtigung wirtschaftlicher Substanz des Aktieneigentums	268
5. Keine Überschreitung der Grenzen richterlicher Fortbildung	268
6. (Nachträgliche) Akzeptanz des Gesetzgebers	270
7. Analoge Anwendung des Spruchverfahrens nicht zu beanstanden	270
III. Folgen für die Verfassungsbeschwerden	271
IV. Wegfall der Begründung unerheblich	272
B. Folgen	272

7. Kapitel

**Die Derogation der Macrotron-Entscheidung
durch die Frosta-Entscheidung des BGH**

273

§ 15 Sachverhalt und Entscheidung	273
A. Sachverhalt	273
B. Entscheidung	273
I. Kein Hauptversammlungsbeschluss notwendig	274
II. Kein Barabfindungsangebot	274
1. § 207 UmwG analog	274
2. § 243 Abs. 2 S. 2 AktG	275
3. § 29 Abs. 1 1 Halbs. 1 Fall 2 UmwG	276
4. Gesamtanalogie zu gesetzlichen Regelungen anderer gesellschafts- rechtlicher Strukturmaßnahmen	277
a) Widerruf der Börsenzulassung keine Strukturmaßnahme	277
b) Auswirkungen des Rückzugs rechtfertigten keine analoge Anwendung	277
c) § 39 Abs. 2 S. 2 BörsenG ausreichend	278

§ 16 Bewertung	280
A. Sonderfall Rechtsrückbildung	280
B. Keine gelungene (ursprüngliche)Fortbildung	281
C. Abänderung nicht möglich	281
D. Abwägung zwischen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und dem Änderungsinteresse	284
E. Ergebnis	284

8. Kapitel

Zusammenfassung	285
------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	288
-----------------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	310
----------------------------------	-----

§ 1 Ziele dieser Arbeit und Gang der Untersuchung

A. Ziele

Die folgende Arbeit verfolgt vor allem ein praktisches Ziel:¹ Es soll ein Vorschlag unterbreitet werden, wie gerichtliche Leitentscheidungen analysiert und bewertet werden können. Im Mittelpunkt der Arbeit steht dabei die von Karl Larenz bereits Mitte des letzten Jahrhunderts aufgeworfene Fragestellung, unter welchen Voraussetzungen eine richterliche Rechtsfortbildung als gelungen bezeichnet werden kann.² Die Rechtsfortbildung ist im Vergleich zur Gesetzesauslegung besonders interessant für eine solche Bewertung. Der Grund dafür liegt in der Beziehung zum Normtext: Bei der Auslegung beschäftigt sich der Richter nach herkömmlicher Sichtweise mit einer bestehenden Regelung und wendet diese auf einen bestimmten Lebenssachverhalt an.³ Bei einer Rechtsfortbildung mangelt es hingegen an einer Regelung.⁴ Trotzdem wird vom Richter verlangt, dass er eine Entscheidung herbeiführt, die nicht nur dem Einzelfall gerecht wird, sondern auch eine darüberhinausgehende weitblickende Regelung für andere Fälle enthält.

In dieses Spannungsfeld tritt ein weiterer verschärfender Umstand hinzu: Die Rechtsordnung erwartet, dass der Richter seine Bindung an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) auch bei der Fortbildung einhält. Es ist ihm untersagt, eine

¹ Zur Notwendigkeit der Entwicklung von praxistauglichen methodologischen Konzepten s. *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004 S. 10, der darauf hinweist, dass trotz aller theoretischen Überlegungen zur Methodenlehre, im Vordergrund stehen muss, der Praxis die Möglichkeit zu geben, auch von der geleisteten Arbeit zu profitieren.

² *Larenz*, Kennzeichen geglückerter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965; das Wort „geglückt“, wurde hier bewusst nicht gewählt, suggeriert es doch, dass es vom Zufall abhängt, ob eine Rechtsfortbildung erfolgreich ist. Vielmehr wird hier die Bezeichnung „gelungen“ verwendet. Zudem soll es in dieser Arbeit nicht nur um eine von Larenz hauptsächlich anvisierte ex-post Betrachtung und Bewertung einer Fortbildung gehen (s. dort S. 4f.), sondern es soll untersucht werden, ob es Kriterien gibt, mit deren Hilfe Fehlentwicklungen in der rechtsfortbildenden Rechtsprechung von vornherein, d. h. bereits im Entwicklungsstadium vermieden werden können. S. dazu auch *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996 1 ff.

³ Zur Gegenansicht s. unten bei der Strukturierenden Rechtslehre.

⁴ *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2011 § 8 Rn. 5; sie verlangt vielmehr nach Ansicht des BVerfG, 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287 nach einer besonderen „schöpferischen Rechtsfindung“. Insofern kann man hier von einer „freien Rechtsfortbildung“ sprechen, vgl. etwa *Hanau*, in: Bettermann, Festschrift für Albrecht Zeuner, 1994, 55 oder *Wiegand*, Die „Sachwalterhaftung“ als richterliche Rechtsfortbildung, 1991, 166; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, 334 spricht auch von „freier Rechtsschöpfung“.

Regelung nach Belieben aufzustellen. Die Gemengelage und die Bindung des Richters führen dazu, dass Rechtsprobleme entweder mit Blick auf den Einzelfall oder aus Perspektive der gesamten Rechtsordnung nicht bestmöglich gelöst werden. Dass der Prozess der Entscheidungsfindung für den Richter aus diesem Grund besonders schwierig ist und mitunter zu verfassungsrechtlichen oder sonstigen rechtlichen und praktischen Problemen führen kann, liegt auf der Hand. Die Eingriffsmöglichkeit des Gesetzgebers als primären Normsetzer wird bei Fehlentwicklungen der Rechtsprechung überwiegend als Korrektiv genannt, durch das Fehlentwicklungen verhindert werden sollen. Tatsächlich ist der Gesetzgeber oftmals jedoch nicht regelungswillig oder -fähig.⁵ Dagegen lässt sich einwenden, dass dann die Rechtsprechung eine einmal fehlgegangene Rechtsprechung selbst korrigieren oder zumindest präzisieren kann. Eine solche Argumentation würde übersehen, dass der Richter nicht entscheiden kann, wann ihm ein Einschreiten in zeitlicher Hinsicht wieder möglich wird.⁶ Es würde vom bloßen Zufall abhängen, zu welchem Zeitpunkt sich entsprechendes Fallmaterial bietet.⁷ So gesehen entstehen dann unbefriedigende Schwebezustände, bei denen eine Rechtslage gilt, die sowohl für den Betroffenen (Bürger, Unternehmer usw.) als auch für andere Rechtsunterworfenen (Gerichte, Anwälte, sonstige Berater) zu Schwierigkeiten führt.⁸ Soweit man diesen Umstand anerkennt, ist der Wunsch nach Vermeidung von solchen Fehlentwicklungen beim richterlichen Entwurf einer neuen Regel verständlich. Statt Kriterien herauszuarbeiten und auszuformen, die es ermöglichen eine Fortbildung zu bewerten und so erkannte Fehler für die Zukunft zu vermeiden, begnügt man sich zugespitzt mit dem Grundsatz *Trial and Error*. Ein langsames oft über Jahre gehendes „Vorrantasten“⁹ oder wie Larenz meint, „experimentie-

⁵ S. zur Aktienrechtsnovelle 2016 zuletzt *Götze*, NZG 2016, 48: „Es ist vollbracht. Nachdem der Bundesrat in seiner Sitzung am 18.12.2015 beschlossen hat, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen, ist die Aktienrechtsnovelle im Wesentlichen am 31.12.2015 in Kraft getreten (BGBl. I, 2565). Dass dies mit dem Attribut „2016“ geschehen ist, nachdem das Vorhaben zunächst als „Aktienrechtsnovelle 2011“ gestartet war, verdeutlicht die Zähigkeit des legislatorischen Prozesses, auch wenn es ‚nur‘ um eine punktuelle Reform des AktG ging.“; auch *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557, 558 ordnet den Gesetzgeber (hier in Bezug auf das Arbeitsrecht) als „konflikt und kodifikationsscheu“ ein.

⁶ Auch steht er dann vor einer ähnlichen Situation wie bei der erstmaligen Entwicklung der Norm.

⁷ Das hat die Holz Müller-Entscheidung aus dem Jahre 1982 eindrucksvoll gezeigt. Dort hatte es seinerzeit zumindest an einer Präzisierung der darin aufgestellten Grundsätze gemangelt. Zur Entwicklung und den vielen damals unklaren Fragen im genannten Zeitraum *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015 § 119 Rn. 22 ff.

⁸ Neben dieser eher richterlichen Sicht, kann am Ende selbstverständlich neben dem Bürger auch die (außergerichtliche) Praxis von einer Qualitätssteigerung bei der (gesellschaftsrechtlichen) Rechtsfortbildung profitieren.

⁹ *Schönberg*, in: Höfling, Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, 2012, 314 spricht von einem „tastenden Klärungsprozess“; *Schöpflin*, GmbHR 2003, 57; *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 625 „Politik der kleinen Schritte“; *Raiser*, ZRP 1985, 111, 115 sieht darin sogar einen Vorteil gegenüber dem Gesetz, da es oft zu starr und endgültig und schwer änderbar sei. Bei der Rechtsprechung handele es sich dagegen um ein flexibles und leicht korrigierbares Instrument.

rendes“ Vorgehen,¹⁰ mag am Ende der Entwicklung oftmals zu gut handhabbaren Regelungen für die Praxis führen. Es gibt auch Sachverhalte, in denen eine nicht gelungene Rechtsfortbildung lange Zeit Geltung beansprucht. Die Entwicklung der Fortbildung des Rechts läuft nach dieser Sichtweise daher zumeist wellenförmig ab.¹¹ Sie ist durch ein Auf und Ab der Entwicklung gekennzeichnet.¹² Eine solche Sichtweise sollte bemüht darum bleiben, das Ideal einer gelungenen Fortbildung anzustreben. Neben der Qualitätssteigerung hätten Kriterien einer idealen Rechtsfortbildung den Vorteil, dass sie auch als Begründung für die richterliche Derogation von Richterrecht herangezogen werden könnten.

B. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung richtet sich im Wesentlichen nach der zu Beginn aufgeworfenen Fragestellung von Larenz. Geht man in diesem Zusammenhang von der grundsätzlichen Annahme aus, dass sich die Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung trennen lassen (§ 4), werden bei der Fragestellung für diese Arbeit im wesentlichen drei Dinge relevant¹³: Zum einen stellt sich die Frage, wie Richterrecht auszulegen ist, da nur bei Klärung des konkreten Inhalts ein qualitatives Urteil ermöglicht wird (§§ 5 f.). Zum anderen stellt sich die Frage, wie die Kriterien zu entwickeln sind. Dabei schlägt diese Arbeit unterschiedliche Wege vor, bestehende Kriterien zu untermauern und zu präzisieren und neue Maßstäbe selbst zu entwickeln (§§ 6 ff.). Es wird dabei sichtbar werden, dass das gefundene Ergebnis zu einem nicht unerheblichen Teil von den (rechtlichen und methodischen) Einstellungen des Bewertenden abhängt. Eine praktische Anwendung der entwickelten Kriterien soll zum Abschluss anhand der sog. Delisting-Rechtsprechung des BGH erfolgen und dabei zugleich einen Beitrag in diesem Themenbereich leisten (§ 11 ff.).

C. Einordnung der Delisting-Entscheidungen

Das Delisting betrifft die Beendigung der Börsenzulassung einer Aktiengesellschaft. Ein solcher Börsenrückzug hat in den letzten Jahren vermehrt die Gerichte beschäftigt. Der Börsenrückzug war vergleichsweise einfach und ohne durchweg

¹⁰ S. dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 431.

¹¹ Zum Einfluss der Senatszusammensetzung des II. Zivilsenats für Gesellschaftsrecht und Vereinsrecht bei solchen Entwicklungen s. Weiß, Der Richter hinter dem Recht, 2014.

¹² Selbst innerhalb eines (zulässigen) Spielraums bei der Entwicklung einer richterrechtlichen Regel gilt es das Optimum herauszuholen, auch wenn es innerhalb dieser „safe harbour“ keine Überprüfung durch andere Gerichte (z. B. BVerfG) gibt. Eine vertretbare Entscheidung ist eben noch keine Gute, schadet mitunter vielleicht sogar mehr, als sie am Ende nutzt.

¹³ Außen vor soll die Frage bleiben, ob man ökonomische Analysemethoden zur Bewertung heranziehen kann (s. grundlegend etwa Cooter/Ulen, Law and economics, 6. Aufl. 2014) oder wie inwieweit Folgeanalysen in der richterlichen „Gesetzgebung“ eine Rolle spielen (müssen).