

Schriften zur Rechtstheorie

Band 296

Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Privatrecht

Von

Felix Jocham



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX JOCHAM

Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung
im Privatrecht

Schriften zur Rechtstheorie

Band 296

Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Privatrecht

Von

Felix Jocham



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahr 2020
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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-18277-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58277-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die Arbeit befasst sich mit den Grenzen der Rechtsfortbildung im Privatrecht und insoweit mit der Abgrenzung judikativer und legislativer Kompetenzen im deutschen Verfassungsstaat. Im Mittelpunkt steht die Fragestellung, bis zu welchem Punkt ein Zivilgericht eine Rechtsfrage selbst beantworten kann, wenn sich die Antwort nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext ergibt, und ab welchem Punkt hierzu nur der demokratisch legitimierte Gesetzgeber befugt ist.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang Dezember 2020 berücksichtigt werden.

Ein herzlicher Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III), der mich während meiner langjährigen Lehrstuhl­tätigkeit stets besonders gefördert und unterstützt hat. Ihm und dem gesamten Lehrstuhlteam danke ich für die vielen wertvollen Erinnerungen. Herrn Prof. Dr. Wolfram Buchwitz danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens und den interessanten Einblick in die Welt des römischen Rechts, den ich während der Zeit an seinem Lehrstuhl erhalten habe. Ein besonderer Dank gilt Herrn PD Dr. Patrick Meier, der mir stets als scharfsinniger Advocatus Diaboli zur Verfügung stand, um meine Thesen zu testen.

Danken möchte ich meiner Frau Tina Jocham, die nicht nur das Manuskript gelesen hat, sondern stets eine unschätzbare Verbündete ist, die mein Leben bereichert. Zuletzt möchte ich mich besonders bei meiner Familie, allen voran bei meinen Eltern und Großeltern, bedanken, die mich immer bedingungslos auf meinem Weg begleitet haben.

Würzburg, im Dezember 2020

Felix Jocham

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
<i>Erster Teil</i>	
Das Fundament des Grenzsystems	21
A. Die Grundannahmen zur Rechtsfortbildung	22
I. Der schwierige Begriff der Rechtsfortbildung	22
1. Der Rechtsfortbildungsbegriff in der Fachsprache	23
a) Fortbildung und Auslegung des Rechts als Dualismus	23
aa) „Fortbildung des Rechts“ bei der Grundsatzvorlage	24
bb) „Fortbildung des Rechts“ im Rechtsmittelrecht	26
cc) „Fortbildung des Rechts“ im Verfassungsrecht	29
b) Fortbildung als Rechtsanwendung oder Rechtssetzung?	30
aa) Rechtssetzungsbefugnis trotz Gewaltenteilung?	31
bb) Rechtssetzungsbefugnis wegen Gewaltenschränkung?	32
cc) Rechtssetzungsbefugnis trotz Gesetzesbindung?	33
(1) Normsetzungsbefugnis im Lückenbereich?	34
(2) Kritik	35
dd) Fazit	39
2. Der Rechtsfortbildungsbegriff in dieser Arbeit	39
II. Die Formen der Rechtsfortbildung	40
1. Rechtsfortbildungsinstrumente in der Einzelbetrachtung	41
a) Echte Formen	42
aa) Analogie	42
bb) Teleologische Extension	46
cc) Teleologische Reduktion	49
dd) Teleologische Substitution oder Modifikation?	50
b) Unechte Formen	51
aa) Erst-recht-Schluss	52
bb) Umkehrschluss	55
cc) Berufung auf Rechtsprinzipien	56
dd) Abwägung	58
(1) Norminterne Abwägung	59
(2) Normübergreifende Abwägung	61
ee) Rechtsvergleichung	61
ff) Ökonomische Analyse des Rechts	62
gg) Weitere Scheinformen	63

(1) Leerformeln	63
(2) Bedürfnisse des Rechtsverkehrs	66
2. Rechtsfortbildungsinstrumente in der Gesamtbetrachtung	67
a) Einteilung nach der Entfernung von Wortlaut und Wertung	67
b) Einteilung nach dem Rangverhältnis der Wertungen	71
c) Einteilung nach der Art ihrer Wirkung	72
d) Einteilung nach Wortlautdefizit in Tatbestand oder Rechtsfolge	73
3. Rechtsfortbildungsinstrumente im Überblick	74
B. Die Grundannahmen zu den Grenzen der Rechtsfortbildung	74
I. Das Zusammenwirken von Rechtsmethodik und Recht	75
1. Verfassungsfreie Methodik?	75
a) Ein Begründungsversuch	75
b) Kritik	76
2. Verfassungsorientierte Methodik als Zirkelschluss?	77
3. Gesetzesbindung als verfassungsrechtliche Methodenvorgabe	79
II. Die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht	80
1. „Gesetz und Recht“ im Allgemeinen	80
a) „Gesetz“ als Maßstab?	80
b) „Gesetz und Recht“ als Maßstab	82
2. „Gesetz und Recht“ im Besonderen	83
a) Bindung der Zivilgerichte an Privatrecht	83
b) Bindung der Zivilgerichte an Verfassungsrecht	84
c) Bindung der Zivilgerichte an Unionsrecht	86
aa) Die unmittelbare Geltung des Unionsrechts	88
(1) Unmittelbar geltendes Primärrecht	88
(2) Unmittelbar geltendes Sekundärrecht	91
(3) Mittelbar geltendes Sekundärrecht	93
(a) Nicht umgesetzte Richtlinie	95
(b) Umgesetzte Richtlinie	97
bb) Die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts	98
(1) Anforderungen im Allgemeinen	98
(a) Unmittelbare Wirkung als „wesensgleiches Plus“?	98
(b) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung	101
(2) Anforderungen im Besonderen	104
(a) Unmittelbar wirkendes Primärrecht	104
(b) Unmittelbar wirkendes Sekundärrecht	105
d) Bindung der Zivilgerichte an Völkerrecht	108
e) Bindung der Zivilgerichte an Gewohnheitsrecht	110
f) Bindung der Zivilgerichte an Richterrecht?	111
g) Bindung der Zivilgerichte an überpositives Recht?	115
h) Bindung der Zivilgerichte an privatautonomes Recht	118
III. Die Auflösungsmechanismen bei Wertungskollisionen	119
1. Kollisionen im horizontalen Verhältnis	120

2. Kollisionen im vertikalen Verhältnis	122
a) Kollision von Privat- und Verfassungsrecht	122
b) Kollision von Privat- und Unionsrecht	124
c) Kollision von Privat- und Völkerrecht	127
C. Ergebnis des Ersten Teils	129

Zweiter Teil

Die Entwicklung des Grenzsystems 130

A. Die Grenzen der Rechtsfortbildung in Rechtsprechung und Literatur	130
I. Die Grenze von zulässiger und unzulässiger Fortbildung des Rechts	130
1. Forschungsstand	130
2. Bewertung	136
II. Die Grenze von Auslegung und zulässiger Fortbildung des Rechts	142
1. Forschungsstand	144
2. Bewertung	146
B. Eigener Lösungsansatz	150
I. Die Grenzen der Rechtsfortbildung	150
II. Die Grenzen der Rechtsfortbildung als Grenzen der Lücke	151
1. Die „Lücke“ nach herrschender Ansicht	151
a) Lückenbegriff	151
b) Kritik	153
2. Die „Lücke“ nach hier vertretener Ansicht	156
III. Die Grenze der Lücke als Kongruenz von Normtext und -zweck	158
IV. Die Grenze des Normtexts	160
1. Normtext	160
a) Allgemeiner und juristischer Sprachgebrauch?	160
b) Entstehungs- oder geltungszeitlicher Sprachgebrauch?	162
c) Üblicher, natürlicher oder möglicher Sprachgebrauch?	163
d) Fazit	164
2. Normtextanalyse	164
a) Erste Stufe: Evidenzkontrolle	165
aa) Arbeitskategorien	165
bb) Sprachevidenzen	166
b) Zweite Stufe: Referenzkontrolle	168
aa) Gesetzliche Begriffsbestimmungen	168
bb) Gerichtliche Begriffsbestimmungen	169
cc) Nachschlagewerke	169
c) Dritte Stufe: Konvergenzkontrolle	171
aa) Methoden der Semantik	171
(1) Verfahren der logischen Semantik	172
(2) Verfahren der Merkmal- und Komponentensemantik	173
(3) Verfahren der Stereotypen- und Prototypensemantik	174

bb)	Methoden der Semantik in der Normtextanalyse	175
(1)	Übernahme der semantischen Verfahren	175
(a)	Logische Semantik: Vom logischen zum hermeneu- tischen Zirkel	176
(b)	Merkmalsemantik: Von der abschließenden zur hinreichenden Definition	176
(c)	Prototypensemantik: Von der unscharfen zur trenn- scharfen Textgrenze	177
(2)	Zusammenwirken der semantischen Verfahren	178
cc)	Konvergenzkontrolle auf Basis der linguistischen Semantik .	179
(1)	Normtext als grundlegender Maßstab	180
(2)	Positive Kandidaten als fortentwickelter Maßstab	180
(3)	Konstitutive Bedingungen als endgültiger Maßstab	181
dd)	Konvergenzkontrolle im Überblick	183
3.	Ergebnis zur Grenze des Normtexts	183
V.	Die Grenze des gebotenen Normzwecks	184
1.	Gebotener Normzweck	184
2.	Normzweckanalyse	186
a)	Erste Stufe: Die Wertung der Einzelnorm	187
aa)	Grundsatz: Explizit mitgeteilter Normzweck	187
bb)	Ausnahme: Nicht explizit mitgeteilter oder mitgeteilter ungültiger Normzweck	191
(1)	Normzweckausfall: Legislativwille vermeintlich inexistent	192
(2)	Normzweckstörung: Legislativwille gegenstandslos	192
(3)	Normzweckerreichung: Legislativwille vollendet	194
(4)	Normzweckfortfall: Legislativwille weggefallen	195
(5)	Normzweckänderung: Neuer Legislativwille erkennbar .	198
cc)	Zwischenergebnis	199
b)	Zweite Stufe: Die Wertung gleichrangiger Normen	200
c)	Dritte Stufe: Die Wertung verfassungsrechtlicher Normen	203
aa)	Begrenzung durch Grundrechte	203
(1)	Wirkung der Grundrechte im Privatrecht	203
(a)	Vertikalwirkung der Grundrechte	205
(b)	Horizontalwirkung der Grundrechte	208
(aa)	Unmittelbare Horizontalwirkung?	208
(bb)	Mittelbare Horizontalwirkung als Folge- erscheinung einer „Ausstrahlungswirkung“?	210
(cc)	Mittelbare Horizontalwirkung als Folge- erscheinung der „Privatrechtsbindung“	212
(c)	Zwischenergebnis	219
(2)	Gleichheitsgrundrechte als Grenze	219
(a)	Besondere Gleichheitssätze als Grenze	220
(b)	Allgemeiner Gleichheitssatz als Grenze	222

(3) Freiheitsgrundrechte als Grenze	225
(a) Freiheitsgrundrechtliche Abwehrfunktion als Grenze	226
(aa) Verbotene Rechtsfortbildung zulasten des Beklagten	226
(bb) Gebotene Rechtsfortbildung zulasten des Beklagten	230
(b) Freiheitsgrundrechtliche Schutzfunktion als Grenze	231
(aa) Verbotene Rechtsfortbildung zulasten des Klägers	237
(bb) Gebotene Rechtsfortbildung zulasten des Klägers	238
bb) Begrenzung durch sonstiges Verfassungsrecht	240
(1) Demokratieprinzip als Grenze	241
(2) Rechtsstaatsprinzip als Grenze	243
(a) Gewaltenteilung und Gesetzesbindung	243
(b) Gesetzesvorrang und Normverwerfungsmonopol	245
(c) Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie	247
(d) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	250
(3) Bundesstaatsprinzip als Grenze	254
(4) Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben als Grenze	254
d) Vierte Stufe: Die Wertung unionsrechtlicher Normen	255
aa) Begrenzung durch EU-Primärrecht	255
(1) EU-Grundrechte als Grenze	256
(a) Wirkung der EU-Grundrechte im Privatrecht	256
(aa) EU-Grundrechte	256
(bb) Vertikalwirkung der EU-Grundrechte	258
(cc) Horizontalwirkung der EU-Grundrechte	260
(b) EU-Gleichheitsgrundrechte als Grenze	261
(c) EU-Freiheitsgrundrechte als Grenze	262
(aa) Freiheitsgrundrechtliche Abwehrfunktion als Grenze	262
(bb) Freiheitsgrundrechtliche Schutzfunktion als Grenze	263
(2) EU-Grundfreiheiten als Grenze	263
(a) Wirkung der EU-Grundfreiheiten im Privatrecht	264
(aa) Vertikalwirkung der EU-Grundfreiheiten	264
(bb) Horizontalwirkung der EU-Grundfreiheiten	265
(b) Grundfreiheitliche Abwehrfunktion als Grenze	269
(c) Grundfreiheitliche Schutzfunktion als Grenze	270
(3) Weitere primärrechtliche Vorgaben als Grenze	270
bb) Begrenzung durch EU-Sekundärrecht	271
(1) Verordnungen als Grenze	273
(2) Richtlinien als Grenze	273
(a) Unmittelbar wirkende Richtlinie als Grenze	274

(b) Mittelbar wirkende Richtlinie als Grenze	275
(aa) Grenzwirkung der umgesetzten Richtlinie	277
(bb) Grenzwirkung der nicht umgesetzten Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist	279
3. Ergebnis zur Grenze des gebotenen Normzwecks	280
C. Ergebnis des Zweiten Teils	281

Dritter Teil

Das Grenzsystm in der Anwendung	282
A. Normtextvereinbarkeit und Normzweckvereinbarkeit (Auslegung)	282
I. Wertung der Einzelnorm: Irrtumsanfechtung bei Smart Contracts	283
1. Problemaufriss	283
2. Lösung	284
a) Normtextanalyse	284
b) Normzweckanalyse	286
c) Ergebnis	288
II. Wertung einer gleichrangigen Norm: Herausgabe des Mehrerlöses vom Nichtberechtigten	288
1. Problemaufriss	288
2. Lösung	289
a) Normtextanalyse	289
b) Normzweckanalyse	291
c) Ergebnis	296
III. Wertung einer verfassungsrechtlichen Norm: Ehegatte des Mieters als Dritter	296
1. Problemaufriss	296
2. Lösung	297
a) Normtextanalyse	297
b) Normzweckanalyse	300
c) Ergebnis	303
IV. Wertung einer unionsrechtlichen Norm: Geldschuld als Bringschuld im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen	303
1. Problemaufriss	303
2. Lösung	305
a) Normtextanalyse	305
b) Normzweckanalyse	306
c) Ergebnis	310
B. Normtextvereinbarkeit und Normzweckunvereinbarkeit (zulässige normtexteinschränkende Rechtsfortbildung)	311
I. Wertung der Einzelnorm: Abtretbarkeit unpfändbarer Forderungen	311
1. Problemaufriss	311
2. Lösung	312
a) Normtextanalyse	312

b) Normzweckanalyse	312
c) Ergebnis	314
II. Wertung einer gleichrangigen Norm: Vertretung der Personengesellschaft durch einen beschränkt geschäftsfähigen Komplementär	314
1. Problemaufriss	314
2. Lösung	315
a) Normtextanalyse	315
b) Normzweckanalyse	315
c) Ergebnis	317
III. Wertung einer verfassungsrechtlichen Norm: Wettbewerbsverbot des Handlungsgehilfen	318
1. Problemaufriss	318
2. Lösung	319
a) Normtextanalyse	319
b) Normzweckanalyse	320
c) Ergebnis	325
IV. Wertung einer unionsrechtlichen Norm: Verjährungsverkürzung bei gebrauchten Kaufgegenständen	326
1. Problemaufriss	326
2. Lösung	327
a) Normtextanalyse	327
b) Normzweckanalyse	327
c) Ergebnis	331
C. Normtextunvereinbarkeit und Normzweckvereinbarkeit (zulässige normtexterweiternde Rechtsfortbildung)	332
I. Wertung der Einzelnorm: Erlöschen als Rücktrittsfolge	332
1. Problemaufriss	332
2. Lösung	334
a) Normtextanalyse	334
b) Normzweckanalyse	334
c) Ergebnis	337
II. Wertung einer gleichrangigen Norm: Verjährung von Ersatzansprüchen aus atypischer Gebrauchüberlassung	337
1. Problemaufriss	337
2. Lösung	338
a) Normtextanalyse	338
b) Normzweckanalyse	339
c) Ergebnis	340
III. Wertung einer verfassungsrechtlichen Norm: Nachbarschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch bei faktischem Duldungszwang	340
1. Problemaufriss	340
2. Lösung	342
a) Normtextanalyse	342
b) Normzweckanalyse	343

c) Ergebnis	348
IV. Wertung einer unionsrechtlichen Norm: Banken mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat als taugliche Bürgen für eine Sicherheitsleistung .	348
1. Problemaufriss	348
2. Lösung	350
a) Normtextanalyse	350
b) Normzweckanalyse	351
c) Ergebnis	359
D. Normtextunvereinbarkeit und Normzweckunvereinbarkeit (unzulässige Rechtsfortbildung)	360
I. Wertung der Einzelnorm: Einkaufsvollmacht des Ladenangestellten . . .	360
1. Problemaufriss	360
2. Lösung	361
a) Normtextanalyse	361
b) Normzweckanalyse	361
c) Ergebnis	364
II. Wertung einer gleichrangigen Norm: Gefährdungshaftung für autonome Systeme	364
1. Problemaufriss	364
2. Lösung	365
a) Normtextanalyse	365
b) Normzweckanalyse	366
c) Ergebnis	368
III. Wertung einer verfassungsrechtlichen Norm: Regressvorbereitender Auskunftsanspruch des Scheinvaters	368
1. Problemaufriss	368
2. Lösung	369
a) Normtextanalyse	369
b) Normzweckanalyse	370
c) Ergebnis	376
IV. Wertung einer unionsrechtlichen Norm: Beweislastumkehr für Vermittler verbundener Reiseleistungen	376
1. Problemaufriss	376
2. Lösung	378
a) Normtextanalyse	378
b) Normzweckanalyse	378
c) Ergebnis	382
Zusammenfassung	383
Literaturverzeichnis	389
Entscheidungsverzeichnis	438
Sachverzeichnis	454

Einleitung

Die Gewaltenteilung bildet das Rückgrat jeder rechtsstaatlichen Verfassung.¹ Nach dieser Leitidee gilt im Ausgangspunkt: Die Legislative *setzt* Recht, die Exekutive *vollzieht* Recht und die Judikative *spricht* Recht. Auch wenn das Grundgesetz, etwa beim Initiativrecht der Bundesregierung gem. Art. 76 Abs. 1 GG, das ursprünglich von Montesquieu² geprägte Ideal nicht in Reinform verwirklicht, geht die deutsche Verfassung davon aus, dass die Legislative als *Rechtssetzer*,³ Exekutive und Judikative hingegen als *Rechtsanwender* tätig werden. Konsequentermaßen folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG, dass die rechtsprechende Gewalt an „Gesetz und Recht“ gebunden ist, weshalb ihr als Bindungsadressat nicht erlaubt sein kann, Gesetz oder Recht selbst zu erlassen. Als Rechtsanwender sind die Richter somit zwar keine „Richterkönige“,⁴ aber mehr als bloße „Subsumtionsautomaten“. ⁵ Sie schulden dem Gesetzgeber keinen unbedingten Buchstabengehorsam, sondern vollziehen die Bestimmungen der Rechtsordnung in denkendem Gehorsam.⁶ In der Folge ist anerkannt, dass die Gerichte die anzuwendenden Rechtssätze zur Lösung eines konkreten Rechtsstreits auslegen und mitunter sogar fortbilden müssen, falls sie sich als unvollständig erweisen. Anders als der schweizerische Art. 1 ZGB⁷ und die österreichischen §§ 6, 7 ABGB⁸ gibt das deutsche Recht ei-

¹ Vgl. *Badura*, Staatsrecht, 2018, S. 425.

² Zur Gewaltenteilungslehre nach Montesquieu: *Vogel*, Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, 1969, S. 72 ff.

³ In dieser Arbeit wird ausschließlich aus Gründen der Lesbarkeit die männliche Form verwendet. Eine geschlechtsspezifische Einschränkung ist damit nicht verbunden.

⁴ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 1984, S. 801.

⁵ Insoweit sehr plakativ: *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 2008.

⁶ Grundlegend zum „denkenden Gehorsam“: *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 51.

⁷ Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

⁸ §§ 6, 7 ABGB: „Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.“ (§ 6 ABGB). „Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze

nem Gericht aber keine Leitlinien an die Hand, wie zu verfahren ist, wenn das Gesetz nicht unmittelbar ein Entscheidungsprogramm enthält. Auch wenn die Kompetenz zur Rechtsfortbildung von niemand ernsthaft bestritten wird,⁹ ist jedoch nach über 150 Jahren wissenschaftlichem Diskurs¹⁰ weiterhin ungeklärt, wo genau ihre Grenzlinien verlaufen.¹¹ Nicht übertrieben ist deshalb, dass Frowein die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung zu den

Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“ (§ 7 ABGB).

⁹ Zur Kompetenz der richterlichen Rechtsfortbildung: BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 – *Gleichberechtigung*, BVerfGE 3, 225, 243; BGH, Urt. v. 30.10.1951 – I ZR 117/50, BGHZ 3, 308, 315; BAG, Urt. v. 27.01.1955 – 2 AZR 479/54, BAGE 1, 279, 280; erstmals explizit, dass die Rechtsfortbildungskompetenz vom BVerfG stets anerkannt wurde: BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65 – *Soraya*, BVerfGE 34, 269, 288; zur allgemeinen Akzeptanz der Rechtsfortbildungsbefugnisse der Zivil- und Arbeitsgerichte: *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2411; die grundsätzliche Zulässigkeit ebenfalls anerkennend: *Fischer*, Die Weiterentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 7 ff.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 21 ff. und passim; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 15 und passim; *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 17 ff.; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 137 ff.; *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 148; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 220 ff.; *Arndt*, NJW 1963, 1273, 1282; *Stein*, NJW 1964, 1745; *Zippelius*, NJW 1964, 1981, passim; *Larenz*, NJW 1965, 1, passim; *Redeker*, NJW 1972, 409, 415; *Coing*, JuS 1975, 277; *Picker*, JZ 1984, 153, 154 ff.; *Bydlinski*, JZ 1985, 149; *Leisner*, DVBl 1986, 705, 707; *Sendler*, DVBl 1988, 828; *Gusy*, DÖV 1992, 461; *Drechsler*, ZJS 2015, 344; *Hilger*, in: Paulus/Diederichsen/Canaris (Hrsg.), Festschrift Larenz, 1973, S. 109 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 913; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 366; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 187; *Schwacke*, Juristische Methodik, 2011, S. 121 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 2012, S. 63 ff.; kritisch und sehr restriktiv indes: *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 124; vertiefend: *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 2020, Art. 97 GG, Rn. 63 ff.

¹⁰ Zu dieser Einschätzung: *Möllers*, in: Altmeyden/Fitz/Honsell (Hrsg.), Festschrift Roth, 2011, S. 474; zur Diskussion zu Zeiten Savignys: *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 68 ff.

¹¹ Zur Ungewissheit bei der Bestimmung der Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung: *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 87, der die Grenzlinien infolge des unscharfen Lückenbegriffs ebenfalls als „vage“ bezeichnet; *Arndt*, NJW 1963, 1273, 1274, der feststellt, dass „Unsicherheit [besteht], wo die Grenze zwischen Gesetzgeber und Richter verläuft“; ähnlich: *Kempff/Schilling*, NJW 2012, 1849, 1850; *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2408; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 2020, Rn. 1348, die konstatieren, dass es „eine klare, in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannte Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung nicht“ gebe.

„Ewigkeitsfragen der Jurisprudenz“¹² zählt. Dass die Diskussion hierüber nach so langer Zeit „aktueller denn je“¹³ ist, hat wohl mehrere Gründe.

Wissenschaftstheoretisch hat die Forschungslücke das Potenzial, das Verständnis der Rechtswissenschaft *als Wissenschaft* in seinen Grundfesten zu erschüttern. Ist ein konstitutives Merkmal einer Wissenschaft, über gesicherte Erkenntnismethoden zu verfügen,¹⁴ schüren Zweifel an den Grenzen der Entscheidungsmacht zugleich Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der gesamten Disziplin.¹⁵ Während die Erfahrungswissenschaften empirische Methoden einsetzen, um Erkenntnisse zu gewinnen, bemühen Rechtswissenschaftler die juristische Methodenlehre, um das in abstrakt-generelle Vorschriften gegossene Recht zu erfassen und auf einen konkreten Rechtsstreit zu übertragen.¹⁶ Ist die Reichweite der Rechtsfortbildungsbefugnis jedoch unbestimmt, kann in diesem Bereich von einer gesicherten Erkenntnismethode keine Rede sein. Um dem Selbstanspruch der Rechtswissenschaft gerecht zu werden, ist es daher vonnöten, die Grenzen der Rechtsfortbildung weiter auszuleuchten.

Staatstheoretisch ist bedenklich, dass die Fortbildungsgrenze die Kompetenzbereiche von Legislative und Judikative trennt. Ist ihr Verlauf ungewiss, droht eine Machtverschiebung im Gewaltengefüge und dadurch mit Rüthers' Worten die „heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat“.¹⁷ Doch auch abseits jeder Zuspitzung bleibt bedenklich, dass die Judikative ohne klare Grenzen ihre Befugnisse selbst erweitert kann. Dies wird dem EuGH nicht selten vorgeworfen;¹⁸ die Kritik gilt aber potenziell in gleicher Weise für die nationalen Gerichte. Gelingt es, den Grenzverlauf der richterlichen Rechtsfortbildung näher herauszuarbeiten, kann eine sukzessive Erweiterung judikativer Machtbefugnisse offengelegt und dem notfalls durch den Gesetzgeber entgegengetreten werden.

¹² *Frowein*, in: Die Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), Festschrift 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, S. 557, der seine Aussage auf die „Grenzen des Richterrechts“ bezieht; ähnlich: *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 10 m. w. N.; *Hirsch*, DNotZ 2000, 729, 733 („ewige Problem der Grenzen von Richterrecht“).

¹³ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 13 Rn. 4.

¹⁴ In diese Richtung: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2020, Rn. 284, die unter Wissenschaft „methodisch-rationales Bemühen um Erkenntnisfortschritt“ verstehen.

¹⁵ Besonders deutliche Worte fand Julius von Kirchmann für seine Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft: v. *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1848.

¹⁶ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2020, Rn. 655.

¹⁷ *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2016.

¹⁸ Statt vieler, dafür in aller Deutlichkeit: *Jahn*, NJW 2008, 1788.