

NINA BENZ

Symbiotische Gesellschafts- rechtsentwicklung

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

115



Nina Benz

Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung

Judikative Rechtsfortbildung und Reformgesetzgebung
im Dialog

Mohr Siebeck

Nina Benz, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Heidelberg und Montpellier; 2018 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht in Heidelberg; 2021 Magister Juris (University of Oxford); Forschungsaufenthalt am Brasenose College, University of Oxford; Referendariat am Oberlandesgericht Frankfurt am Main; 2023 Promotion.

Zugleich Dissertation, Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-162698-2 / eISBN 978-3-16-162796-5

DOI 10.1628/978-3-16-162796-5

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde Gulde Druck in Tübingen aus der Times Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von August 2022. Neuere Entwicklungen konnten vereinzelt noch bis Juni 2023 berücksichtigt werden.

Mein erster Dank gebührt meinem hoch geschätzten Doktorvater, Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, der mich mit seiner begeisternden und zugewandten Art schon zu Studienzeiten als studentische Hilfskraft und später als wissenschaftliche Mitarbeiterin inspiriert, ermutigt und gefördert hat. Durch seine jahrelange Unterstützung hat er mir den Weg zur und durch die Promotion geebnet und mir dabei stets die Freiheit gelassen, mich fachlich zu entfalten.

Meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, danke ich neben der zügigen Erstellung des Zweitvotums auch dafür, dass er mit seinen Vorlesungen schon früh meine Begeisterung für das Unternehmensrecht geweckt hat. Prof. Dr. Dirk Verse, M.Jur. (Oxford) hat freundlicherweise den Vorsitz der Disputation übernommen.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes hat mein Promotionsvorhaben sowie einen Forschungsaufenthalt an der University of Oxford großzügig unterstützt. Im Rahmen dieses Forschungsaufenthaltes habe ich wertvolle Gedankenanstöße von Prof. John Armour und Prof. Paul Davies erhalten, denen ich ebenfalls zu großem Dank verpflichtet bin. Der Studienstiftung *ius vivum* danke ich dafür, dass sie die Drucklegung der Arbeit mit einem Druckkostenzuschuss gefördert hat. Das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg hat die vorliegende Arbeit mit dem Serick-Preis für das Jahr 2023 ausgezeichnet.

Danken möchte ich ferner meinen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen. Das freundschaftliche Miteinander und der Zusammenhalt haben maßgeblich dazu beigetragen, dass ich meine Promotionszeit in bester und keineswegs einsamer Erinnerung behalte. Vor allem danken möchte ich Dr. Markus Lieberknecht, LL.M (Harvard), der es auf sich genommen hat, Teile der Arbeit zu lesen und sie durch Anmerkungen zu bereichern.

Für ihre tatkräftige moralische Unterstützung während der Promotionszeit und weit darüber hinaus danke ich meinen Freunden Alena Aniscenko, Vanessa Grifo und Victoria Roßteuscher.

Von unschätzbarem Wert für das Gelingen dieser Arbeit war meine Familie. Dr. Anton Zimmermann hat durch zahlreiche Diskussionen und kluge Anmerkungen maßgeblich zum Abschluss der Arbeit beigetragen. Vor allem aber hat er mich während aller Höhen und Tiefen der Promotionszeit in liebevoller Weise, mit unerschütterlichem Optimismus und unermesslicher Geduld unterstützt. Hierfür bin ich ihm zu besonderem Dank verpflichtet. Meine Eltern, Dr. Elena und Dr. Ernst Benz, haben meinen gesamten Ausbildungsweg gefördert und stets an mich geglaubt. Ihnen verdanke ich alles. Auch diese Arbeit wäre ohne ihre bedingungslose Unterstützung nicht entstanden. Ich danke ihnen von Herzen dafür, dass ich tagtäglich auf ihren Rat setzen und ihren Rückhalt erfahren darf. Meine Großmutter, Liudmila Orlova, die mir in vielerlei Hinsicht ein Vorbild war und ist, konnte das Erscheinen dieser Arbeit leider nicht mehr erleben. In liebevollem Gedenken ist auch ihr diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, Dezember 2023

Nina Benz

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einführung	1
§ 1 Problemaufriss und Forschungshypothese	2
§ 2 Forschungsstand	2
§ 3 Methode und Gang der Untersuchung	8
§ 4 Untersuchungsgegenstand	10
Teil 1: Grundlagen zu Rechtsfortbildung und Gesetzgebung	13
§ 5 Rechtsfortbildung als Phänomen	13
§ 6 Arbeitsteilige Kompetenzwahrnehmung zwischen Gerichten und Gesetzgeber	32
§ 7 Perspektive der Neuen Institutionenökonomik	61
§ 8 Die Kodifikationsidee	76
§ 9 Zwischenergebnisse in Thesenform	98
Teil 2: Richterrecht und Kodifikation im <i>common law</i>	101
§ 10 Kodifikationen im <i>common law</i>	102
§ 11 Anschauungsbeispiel: UK Companies Act 2006	112
§ 12 Effiziente Rechtsetzung – Perspektive des <i>common law</i>	147
§ 13 Zwischenergebnisse in Thesenform	166
Teil 3: Rechtsfortbildung und Gesetzgebung im Gesellschaftsrecht	169
§ 14 Gesetzgebungslehre im Gesellschaftsrecht	169
§ 15 Kodifikation von Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht	228
§ 16 Derogation von Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht	288
§ 17 Anschauungsbeispiel: MoPeG	314
§ 18 Zwischenergebnisse in Thesenform	340

Schluss	345
Hauptthesen der Arbeit	347
Literaturverzeichnis	351
Sachverzeichnis	379

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung	1
§ 1 Problemaufriss und Forschungshypothese	2
§ 2 Forschungsstand	2
A. Rechtsfortbildung	3
B. Gesetzgebung und Gesetzgebungslehre	4
C. Methodendiskussion im Gesellschaftsrecht	6
D. Forschungslücke: Rechtsfortbildung als Gesetzgebungsanlass	8
§ 3 Methode und Gang der Untersuchung	8
§ 4 Untersuchungsgegenstand	10
Teil 1: Grundlagen zu Rechtsfortbildung und Gesetzgebung	13
§ 5 Rechtsfortbildung als Phänomen	13
A. Begriff	13
I. Objektiver Maßstab	14
II. Trennung von Definition und Zulässigkeit	14
III. Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	15
IV. Zwischenergebnis	15
B. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	15
C. Rechtsfortbildung in der Methodendiskussion	19
I. Motivbezogene Bestimmung: Recht oder Politik?	19
II. Rechtsfortbildung und Gewaltenteilung	21
III. Rechtsfortbildung als Lückenfüllung	22
D. Zugrundeliegendes Richterbild	23
I. Wandel des Richterbildes im Laufe der Zeit	24
1. Richter als „ <i>bouche de la loi</i> “	25
2. Richter als dienender Partner des Gesetzgebers	26
3. Richter als (Ersatz-)Gesetzgeber?	28

II. Verfassungskonformität der Richterbilder	30
III. Kodifikationsgedanke und Rechtsfortbildung	31
§ 6 <i>Arbeitsteilige Kompetenzwahrnehmung zwischen Gerichten und Gesetzgeber</i>	32
A. Sachproblem	33
I. Kompetenzüberschneidungen zwischen Judikative und Legislative	33
II. Gesetzgeber und Richter als konkurrierende Rechtsetzer?	33
B. Partielle Ersetzbarkeit legislativer und judikativer Rechtsetzung?	34
I. Gemeinsamkeiten in Stil und Ausdruck	35
II. Vertrauensschutz als Gemeinsamkeit?	36
III. Rechtsquelleneigenschaft von Richterrecht?	40
IV. Strukturelle Unterschiede	41
1. Entscheidungsanlass	41
2. Entscheidungsfindung	42
a) Entscheidungsgrundlage	42
b) Entscheidungsverfahren	45
3. Entscheidungsform	47
4. Entscheidungsmotive und Entscheidungsinhalt	48
5. Entscheidungsreichweite	50
6. Entscheidungsfolgen	52
7. Entscheidungsziele	54
8. Entscheidungskontrolle	56
V. Entkopplung von Streitentscheidung und Normbildung bei der Judikative?	56
1. Normbildung in Hinweisbeschlüssen	56
2. <i>Obiter dicta</i>	58
3. Zwischenergebnis	59
C. Ergebnis: Judikative Rechtserzeugung als <i>aliud</i> zur Gesetzgebung	59
§ 7 <i>Perspektive der Neuen Institutionenökonomik</i>	61
A. Annahmen und Instrumente der Neuen Institutionenökonomik	61
I. Informationsasymmetrien und ihre Bewältigung durch Institutionen	62
II. Agency-Modell	63
B. Neue Institutionenökonomik und Rechtsetzung	64
I. Institutionenökonomische Betrachtung des Verfassungsrechts	65
II. Institutionenökonomische Betrachtung der Rechtsetzung	66
1. Rechtsetzung als Agency-Konflikt	66
2. Neue Institutionenökonomik und Auslegungsmethoden	68

C. Wirkungsanalyse der Auslegungsmethoden (<i>Kirchner</i>)	69
I. Kontrollinstrumente im Dreiecksverhältnis	69
II. Juristische Auslegungsmethoden	70
1. Grammatikalische Auslegung	71
2. Systematische Auslegung	72
3. Subjektiv-historische Auslegung	73
4. Teleologische Auslegung	74
III. Ergebnis: Systematische Reformen als Steuerungsinstrument	75
D. Fazit	76
§ 8 Die Kodifikationsidee	76
A. Grundlagen und Begriff	77
B. Historischer Überblick	79
I. Entstehung der Kodifikation	79
II. Besonders: der Kodifikationsstreit	81
1. <i>Thibaut</i> : „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland“	81
2. <i>Savigny</i> : Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft	83
3. Fazit	86
C. Eine Zukunft für die Kodifikationsidee?	86
I. Die Kodifikationskrise des 20. Jahrhunderts	86
II. Kein Auslagern der Aktualisierungsaufgabe an andere Akteure	89
1. Judikative Rechtsentwicklung	89
2. Private Rechtsetzung	90
III. Wege zu verbesserter Gesetzgebung	91
1. Punktuelle Gesetzgebung	91
2. Realistisches Kodifikationsideal	92
IV. Zwischenergebnis	95
D. Kodifikationsidee und Rechtsfortbildung	96
§ 9 Zwischenergebnisse in Thesenform	98
Teil 2: Richterrecht und Kodifikation im <i>common law</i>	101
§ 10 Kodifikationen im <i>common law</i>	102
A. Die Kodifikationsidee im <i>common law</i>	102
B. Kodifiziertes Fallrecht im englischen <i>common law</i>	105
I. <i>Strict interpretation</i>	105
II. <i>Oil and water approach</i>	106
III. Zwischenergebnis	107
C. Richterrecht im englischen <i>common law</i>	107

I.	Strukturmerkmale judikativer Rechtsetzung	108
II.	<i>Stare decisis</i>	110
III.	Sonderfall: Vertrauensschutz durch Rechtsprechung	111
D.	Ergebnis	112
§ 11	<i>Anschauungsbeispiel: UK Companies Act 2006</i>	112
A.	Entstehung des Companies Act 2006	113
I.	Vorarbeiten der Law Commissions	114
II.	Empirische Bestätigung	116
III.	Einbettung in die breitere Reformagenda	117
B.	<i>Directors' duties</i> nach dem Companies Act 2006	118
C.	Institutionelle Rahmenbedingungen der Reform: die Law Commission	120
I.	Die Law Commission als Kodifikationstreiber	121
II.	Idee einer gesellschaftsrechtlichen Reformkommission	123
III.	Die Law Commission als Vorbild für eine Kodifikationskommission	123
D.	Der Companies Act als Gradmesser für die Kodifikationsidee	125
I.	Zugänglichkeitsfunktion (<i>accessibility</i>)	126
II.	Tatbestandsfunktion	128
III.	Modernisierungsfunktion	129
IV.	Wertsteuerungsfunktion	131
1.	Sec. 172(1) CA als kodifizierte „ <i>best practice</i> “	132
2.	Empirische Untersuchungen	134
3.	Indirekte Beeinflussung der Corporate Governance	135
4.	Fazit: Mittelbare Verhaltenssteuerung durch Rechtsprechungskodifikationen	137
5.	Sonderproblem: Rechtsdurchsetzung als Gradmesser für den Erfolg von Kodifikationen?	137
a)	Durchsetzung von Sec. 172(1) CA	137
b)	Durchsetzung als Erfolgsparameter	140
V.	Folgerungen und Fazit	140
E.	Interpretationsstandards in Rechtsprechungskodifikationen	142
I.	Übertragbarkeit auf Kodifikationen im deutschen Recht?	142
II.	Sec. 170(3) und (4) als Ausfluss der Besonderheiten des <i>common law</i>	144
F.	Bewertung und Fazit	146
§ 12	<i>Effiziente Rechtsetzung – Perspektive des common law</i>	147
A.	Ökonomische Analyse der Rechtsetzung	148
I.	Abgrenzung zur Legal Origins-Theorie	148

II. Ökonomische Betrachtung judikativer Rechtsentwicklung	151
1. Bottom Up-Vorgehensweise des Richterrechts	151
a) Informationsvorteil	152
b) Verhaltensanreize der Prozessparteien	153
2. Einfluss von Interessengruppen	155
3. Ausblick: Institutionelles Umfeld der Rechtentstehung	157
B. Effizienzorientierter Ansatz zur besseren Rechtsetzung	158
I. Spezifität von Gesetzen	159
1. <i>Rules</i> und <i>standards</i>	159
2. Kostenbetrachtung	161
II. Zeitpunkt der Rechtsetzung	163
III. Kodifikation von Richterrecht	163
IV. Ergebnis	165
§ 13 Zwischenergebnisse in Thesenform	166

Teil 3: Rechtsfortbildung und Gesetzgebung

im Gesellschaftsrecht	169
---------------------------------	-----

§ 14 Gesetzgebungslehre im Gesellschaftsrecht	169
---	-----

A. Gelebte Methodik der Rechtsfortbildung	171
I. Zweiter Zivilsenat des BGH als „Motor der Weiterentwicklung“	171
1. Binnenstruktur	172
2. Gläubigerschutz	174
3. Katalog der Gesellschaftsformen	179
4. Ordnungsprinzipien	182
II. Neuere Entwicklungen	183
1. FRoSTA	184
2. IKB	185
B. Charakteristika gesellschaftsrechtlicher Rechtsfortbildung	186
C. Spezifische Interessenlage des Gesellschaftsrechts	188
I. Schmalere Normenbestand	189
II. Struktur des Gesellschaftsrechts	190
1. Infrastrukturverantwortung im Gesellschaftsrecht	193
a) <i>Status quo</i>	194
b) Folgerungen für den Gesetzgeber	195
2. Gesellschaftsaußenrecht	198
a) Regelungsprobleme	198
b) Folgerungen für den Gesetzgeber	200
3. Gesellschaftsbinnenrecht	202
a) Gläubigerschutz	203

b) Minderheitenschutz und Konfliktbewältigung	
in der Gesellschaft	206
aa) Grundsatz: Konsensualität des Gesellschaftsinnenrechts	207
bb) Minderheitenschutz als Regulierungsziel	208
cc) Auswirkungen auf die regulatorische Bewältigung	209
dd) Sonderfall: präventive Konfliktbewältigung	211
ee) Folgerungen für den Gesetzgeber	212
c) Individualschutz	212
d) Gemeinwohlbindung und Gesellschaftspolitik	213
aa) Grundsatz	214
bb) Folgerungen für den Gesetzgeber	217
4. Folgerungen	222
III. Verhältnis von Wissenschaft und Rechtsprechung	223
IV. Verbindungen mit anderen (Teil-)Rechtsgebieten	225
D. Ergebnis	227
<i>§ 15 Kodifikation von Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht</i>	<i>228</i>
A. Begriff der Kodifikation	228
B. Voraussetzungen	229
I. Kodifikationseignung	230
1. Begriff	231
2. Negativabgrenzung	232
a) Keine rein dogmatischen Fragen	232
b) Keine einzelfallbezogenen Probleme	235
3. Sonstige Fälle	237
a) Kodifikationsgedanke und Infrastruktur des Gesellschaftsrechts	237
b) Funktionsunterschiede zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung	238
c) Kodifikationseignungskriterien	239
II. Kodifikationspflicht?	240
III. Kodifikationsreife	241
1. Grundsatz	241
2. Idealfall: gefestigte Rechtsprechung	243
a) Anforderungen an gefestigte Rechtsprechung	243
b) Konkreter Zugewinn an Rechtssicherheit	244
3. Pathologischer Fall: Rechtszersplitterung	245
IV. Signalwirkung von Kodifikationen	247
1. Grundsatz	247
2. Anwendungsfälle und Anpassung der Kodifikationskriterien	248
3. Abgrenzung zu Regelungsaufträgen	251

V. Fazit: Rechts sicherheitszugewinn bei Berücksichtigung von Kodifikationskriterien	252
C. Praktische Beispiele	253
I. GmbH-Recht	253
1. Gescheitert: GmbH-Entwürfe von 1969 und 1973	253
2. Ein Schwächeanfall? GmbH-Reform von 1980	256
3. MoMiG	258
4. Reformperspektiven im GmbH-Recht	258
5. Folgerungen und Ausblick	260
II. Aktienrecht	263
1. <i>Business judgment rule</i>	263
2. Beschlussmängelanfechtung wegen Informationspflichtverletzungen	265
3. Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 3 S. 4 AktG	266
4. Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen	267
5. Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 53a AktG	269
6. Reformperspektiven	270
a) Organhaftung	270
aa) Konturierung von Geschäftsleiterpflichten	271
bb) Begrenzung von Geschäftsleiterpflichten	272
cc) Unternehmenszielbestimmung und Klimabelange	274
dd) Bewertung	274
b) Aufsichtsratsrecht	276
III. Folgerungen	277
D. Umsetzung	278
I. Klare Formulierung der Reichweite	278
II. Zurückhaltung bei Streichungen	279
III. Kodifikationsdichte	280
1. Keine Rechtsprechungsbilligung durch Schweigen	280
2. Kodifikation oder Rechtsprechungsnachvollzug?	282
IV. Bedeutung von Gesetzesmaterialien	284
E. Ergebnis	288
<i>§ 16 Derogation von Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht</i>	288
A. Voraussetzungen	290
I. Bisherige Forschung	290
1. Sachnähe der Akteure	290
2. Gelingen der vorangegangenen Rechtsfortbildung	292
3. Etabliertheit der vorangegangenen Rechtsprechung	293
4. Synthese	294
II. Kodifikationseignung	295

III. Derogationsreife	295
IV. Zwischenergebnis	296
B. Praktische Beispiele	297
I. GmbH-Recht	297
1. GmbH-Novelle 1980: eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	297
2. MoMiG	298
a) Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	299
b) Darlehensvergabe an Gesellschafter	299
c) Verdeckte Sacheinlage	301
d) Sonderproblem: zeitlicher Anwendungsbereich des MoMiG	302
II. Aktienrecht: Delisting	303
III. Geschäftsleiterhaftung nach Insolvenzreife (SanInsFoG)	303
IV. Personengesellschaftsrecht: § 899a BGB	306
V. Folgerungen und Umsetzung	307
C. Derogation und Rückwirkung	309
I. Behandlung des Problems im Gesellschaftsrecht	309
II. Steuerrechtliche Diskussion	312
D. Vertrauensschutz als Rechtfertigungsanlass	313
§ 17 Anschauungsbeispiel: MoPeG	314
A. Überblick über das Reformvorhaben	314
B. MoPeG als Antwort auf höchstrichterliche Rechtsfortbildung	315
I. Rechtsfähigkeit der Außen-GbR	316
1. Grundsatz	316
2. Aufgabe des Gesamthandsprinzips	316
3. Einfallstor für eine Angleichung von juristischer Person und Personengesellschaft?	319
a) Standpunkt des Gesetzgebers	320
b) Strukturprinzipien von Personengesellschaften	321
aa) Selbstorganschaft als allgemeines Rechtsprinzip – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?	322
bb) Exkurs: Bindungswirkung von Strukturprinzipien	324
cc) Stellungnahme	326
dd) Weitere Strukturprinzipien	327
c) Fernwirkungen für das Steuerrecht?	327
4. Folgerungen	329
II. <i>Actio pro socio</i>	330
III. Beschlussmängelrecht und Beschlussfassung	332
IV. Schiedsfähigkeit	332
V. Unterblieben: Stimmrechtsausschluss	334

VI. Unterblieben: allgemeine gesellschaftsrechtliche Grundsätze . . .	335
VII. Unterblieben: Publikumpersonengesellschaft	336
C. Bewertung	337
<i>§ 18 Zwischenergebnisse in Thesenform</i>	340
Schluss	345
Hauptthesen der Arbeit	347
Literaturverzeichnis	351
Sachverzeichnis	379

Einführung

„Ich kann das Wort Reformen nicht mehr hören“ – dieser dem damaligen Bundeskanzler *Kurt Georg Kiesinger* zugesprochene¹ Ausruf könnte wohl auch von manchem Gesellschaftsrechtswissenschaftler stammen. Der Gesetzgeber ist als Problemlöser im Gesellschaftsrecht nicht eben beliebt; ihm wird wahlweise Apathie, Systemvergessenheit² oder übermäßiger Aktionismus³ vorgeworfen. Treibt dagegen der Zweite Zivilsenat des BGH die Rechtsentwicklung voran, darf er meist auf positive Resonanz hoffen.

Dabei dürfte allerdings auch der Gesetzgeber selbst das Gesellschaftsrecht nicht zu seinen Lieblingsmaterien zählen. *Seibert* stellt im Rückblick auf seine Tätigkeit im Bundesjustizministerium fest, er habe noch keinen Justizminister erlebt, der wirklich Interesse am Gesellschaftsrecht gehabt habe.⁴ Gesellschaftsrechtsreformen bräuchten immer ein medienwirksames Narrativ, um das Interesse der Politik auf sich zu ziehen. Mit Firmeninvasionen, britischen Limiteds und der Finanzkrise hatten die vergangenen größeren Reformprojekte ein solches meist vorzuweisen.⁵

Was aber, wenn ein tagespolitisches Interesse fehlt? Die Untersuchung möchte sich einer Reformart widmen, die aufgrund ihrer fehlenden politischen Bri-

¹ So *Zöllner*, AG 1994, 336, 336.

² So *Schmidt*, in: FS Beuthien, 2009, 211 ff., der hiermit auf den Vorwurf *Beuthiens* reagiert, die Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht führe zu Grundlagenungewissheit („*Volker Beuthien* hat mit Recht vor Begriffsverwirrung und Systemvergessenheit gewarnt, und mit Recht hat er Grundlagenungewissheit als Ursache ausgemacht. Bevor diese Einwände gegen die Fortbildung des Gesellschaftsrechts gewendet werden, sollte allerdings das Gesetz selbst auf diesbezügliche Mängel geprüft werden. Die Prüfung hat sogar ergeben, dass die Ergebnisse der vielfach nur mit Mühe vollzogenen Rechtsfortbildungsprozesse mehr Systemgerechtigkeit aufweisen als der ihnen bisweilen im Wege stehende Wortlaut der formellen Gesetze“).

³ Auf die verschiedenen Pole gesetzgeberischen Tätigwerdens verweist auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 218: „Die gesetzgeberischen Aktivitäten im Gesellschaftsrecht schwanken zwischen den beiden Polen ‚Aktienrechtsreform in Permanenz‘ und ‚weitgehende Apathie‘“.

⁴ *Seibert*, in: Vogt/Fleischer/Kalss (Hrsg.), Protagonisten im Gesellschaftsrecht, 2020, 169, 170.

⁵ Zu kriseninduzierter Gesellschaftsrechtsgesetzgebung und weiteren Reformanlässen auch *Bachmann*, in: FS Seibert, 2019, 13, 17.

sanz gelegentlich als „*lawyers' law*“⁶ bezeichnet wird: der durch Rechtsfortbildung veranlassten Gesetzgebung. Mit dem MoPeG ist jüngst ein solches Gesetz verabschiedet worden. Es dient der Konsolidierung des durch die Rechtsprechung geprägten gelebten Rechts mit der geschriebenen Rechtsordnung und steht damit ganz im Zeichen der Kodifikationsidee. Weil derartigen Reformvorhaben das politische Motiv fehlt, sehen sie sich einem höheren Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und müssen auf die – mal stillschweigend, mal ausdrücklich geäußerte – Frage, warum es ihrer überhaupt bedürfe, eine Antwort finden.

§ 1 Problemaufriss und Forschungshypothese

Wird der Gesetzgeber durch Rechtsfortbildung zu einem Tätigwerden veranlasst, stehen ihm verschiedene Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann sie inhaltsgleich kodifizieren (*Kodifikation*) oder inhaltlich von ihr abweichen (*Derogation*). Möglich sind auch Zwischenstufen, etwa die Bezugnahme auf eine Rechtsprechungslinie in den Gesetzesmaterialien oder eine punktuelle Erwähnung von judikativ geprägten Schlagworten im Gesetzestext. In all diesen Fällen, insbesondere aber, wenn er dem Grunde nach mit der Rechtsprechung einverstanden ist, muss der Gesetzgeber sich fragen, ob die Vorteile der gesetzlichen Regelung den Aufwand und die Risiken der Rechtsetzung rechtfertigen.

Ziel der Arbeit ist es, verschiedene Faktoren zu identifizieren, die den Gesetzgeber im Rahmen dieses Abwägungsprozesses leiten könnten. Der Arbeit liegt die These zugrunde, dass judikative und legislative Rechtsetzung sich grundlegend unterscheiden und nicht beliebig austauschbar sind, sodass gesetzgeberische Reaktionen auf Richterrecht planvoll und nicht bloß zufällig erfolgten sollten. Die Untersuchung schlägt vor, eine gesetzgeberische Methode am Beispiel des Gesellschaftsrechts zu entwickeln und dessen Sachgesetzlichkeiten in den Abwägungsprozess einfließen zu lassen.

§ 2 Forschungsstand

Die Untersuchung bewegt sich im Spannungsfeld zwischen Rechtsfortbildung und Gesetzgebung und hat daher Berührungspunkte zu verschiedenen Forschungsfeldern.

⁶ *Dyson*, in: *Dyson/Lee/Wilson Stark* (Hrsg.), *Fifty years of the law commissions*, 2016, 297, 381 (im Rahmen einer Analyse der Arbeit der Law Commission).

A. Rechtsfortbildung

Die Arbeit baut auf den wesentlichen Ergebnissen der umfangreichen Forschung⁷ zur richterlichen Rechtsfortbildung auf. Ein besonderes Augenmerk legt das methodische Schrifttum auf die Grenzen der Rechtsfortbildung⁸ und deren Handhabe in unterschiedlichen Rechtsgebieten.⁹ Auch eine Verdrängung der Legislative durch weitgehende Rechtsfortbildung wurde und wird unter dem Schlagwort „Richter als Ersatzgesetzgeber“ kontrovers diskutiert.¹⁰ Dabei treffen unterschiedliche Konzeptionen der Rechtsentstehung aufeinander, die auch die Bewertung richterlichen Handelns beeinflussen. Den gemeinsamen Rahmen bildet die verfassungsrechtliche Gewaltenteilungskonzeption,¹¹ die auch immer wieder Gegenstand wegweisender Urteile des Bundesverfassungsgerichts war.¹²

Jedenfalls unterschwellig¹³ – in neuerer Zeit auch immer öfter ausdrücklich¹⁴ – werfen Stimmen aus der Literatur die Frage auf, warum der Gesetzgeber der Rechtsprechung mit seinen Regelungen keine ausreichende Richtschnur bietet und damit (zu) weitgehende Rechtsfortbildung überhaupt erst ermöglicht. Dass eine stärkere Einbeziehung der Rolle des Gesetzgebers auch das Konzept der Rechtsfortbildung vervollständigen könnte, hat *Ipsen* in seiner verfassungs-

⁷ Statt vieler *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996; *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017.

⁸ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. [Studienausgabe] 1995, 245 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992.

⁹ So etwa für das Arbeitsrecht *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013; für das Gesellschaftsrecht *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, sowie für das Steuerrecht *Ebner/Malzahn/Martini*, DStR-Beih, 2017, 77, 83 ff.

¹⁰ *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014; in diese Richtung auch *Ebner/Malzahn/Martini*, DStR-Beih 2017, 77, 86.

¹¹ Eingehend hierzu *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975.

¹² BVerfG, 14.02.1973 – 1 BvR 112/65 –, BVerfGE 34, 269–293 (Soraya); BVerfG, 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248–303 (Rügeverkümmung).

¹³ Vgl. statt vieler *Goette*, RabelsZ 77 (2013), 309, 314 in Bezug auf das GmbH-Konzernrecht: „Nur weil diese Lösungen für bestimmte Fallgestaltungen nun keinen Eingang in das Gesetzbuch gefunden haben, sind selbstverständlich die Probleme nicht verschwunden [...]. [Es lag] seinerzeit nahe, ihnen mit konzernrechtlichen, angesichts des Schweigens des GmbH-Gesetzgebers aus dem Aktienrecht entlehnten Instrumenten zu begegnen“.

¹⁴ Etwa von *K. Schmidt*, der eine grundsätzlich richterrechtliche Prägung von Rechtsgebieten wie dem Personengesellschaftsrecht nur so lange für unschädlich hält, wie ihr ein konsistentes Regelwerk zugrunde liegt, *Schmidt*, ZHR 180 (2016), 411, 413: „Das Recht der Personengesellschaften ist im Kern Rechtsprechungsrecht, und das sollte sich [...] nicht grundsätzlich ändern. Nicht auf Versteinerung darf eine Reform des Personengesellschaftsrechts deshalb zielen, wohl aber auf Konsistenz des Regelwerks und auf eine darin angelegte Zielsicherheit für allfällige Rechtsfortbildungsschritte“.

rechtlichen Analyse von Richterrecht und Gesetzesrecht festgestellt.¹⁵ Mit einer ähnlichen Stoßrichtung hat auch *Wank* die methodischen Besonderheiten richterlicher Rechtsfortbildung herausgearbeitet und sie der legislativen Rechtsetzung gegenübergestellt.¹⁶ In jüngerer Zeit behandelt das methodische Schrifttum verstärkt einzelne Strukturmerkmale judikativer und legislativer Rechtsetzung, etwa den Vertrauensschutz¹⁷ oder die Kopplung von Streitentscheidung und Normbildung¹⁸.

B. Gesetzgebung und Gesetzgebungslehre

Weniger umfassend beleuchtet ist die Rolle des Gesetzgebers,¹⁹ auch wenn in der letzten Zeit immer häufiger zu lesen ist, dass sich die Methodenlehre nicht weiter auf eine Rechtsanwendungslehre beschränken dürfe, sondern um eine „Rechtsetzungswissenschaft“ oder „Gesetzgebungslehre“ zu ergänzen sei.²⁰ Dahinter steht die Beobachtung, dass Reformen meist *ex post* bewertet werden, ohne dass man sich bislang auf Maßstäbe verständigt hätte, die dem Gesetzgeber *ex ante* helfen könnten.²¹

¹⁵ So auch *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 62: „Die Rechtswissenschaft hat es bislang versäumt, der Lehre von den Methoden der Rechtsentscheidung eine Gesetzgebungslehre an die Seite zu stellen, die die Wechselbeziehung von Gesetz und Richterrecht auch vom Entstehungsprozeß des Gesetzes her klären könnte. Die verfassungsrechtliche Problemstellung hängt nämlich davon ab, ob und in welcher Weise der Gesetzgeber tätig geworden ist“.

¹⁶ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978.

¹⁷ Vor allem auf dem Gebiet des Steuerrechts, dazu *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002; hierauf aufbauend *Maciejewski*, Nichtanwendungsgesetze, 2021; aus dem allgemeinen Schrifttum *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011

¹⁸ Vor allem bei *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010; neuerdings anlässlich der Diskussion um die strategische Verhinderung von Präjudizien unter anderem bei *Klingbeil*, GVRZ 2019, 14 ff.; *Schwemmer*, ZfPW 2022, 41 ff.

¹⁹ Schon die Daseinsberechtigung einer Gesetzgebungslehre wird bisweilen in Zweifel gezogen, hierzu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991: „Was der ‚Jurist als solcher‘ aber bei der Gesetzgebung Spezifisches beitragen kann, ja ob er überhaupt etwas Spezifisches beitragen kann, ist bereits die eigentliche Frage oder doch zumindest ein zentrales Problem einer von der Jurisprudenz her konzipierten Gesetzgebungslehre“.

²⁰ Grundlegend hierfür schon *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, 10 ff. Aus neuerer Zeit *Kuntz*, AcP 216 (2016), 866, 908; zustimmend *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924, 941 f.; *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502 (Wandel einer „Rechtsanwendungs- zur Rechtsetzungswissenschaft“); *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 19: „Nicht nur das gewordene Recht, sondern auch (und vielleicht gerade) das werdende Recht braucht die Begleitung durch Methodologie oder Methodenlehre. [...] Wegweisungen für Normsetzungsvorgänge zu geben, fällt daher ins Aufgabenfeld einer vorurteilslos betrachteten Methodenlehre“; eingehender hierzu *Reimer*, in: FS Schapp, 2010, 431, 432 ff.; zustimmend auch *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490 (für eine „realwissenschaftliche Ausrichtung“ der Rechtswissenschaft).

²¹ Deutlich *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 75: „So befriedigt es in der Tat nicht, wenn

Schon im vergangenen Jahrhundert gab es Versuche, eine Methodenlehre des Gesetzgebers zu entwickeln,²² auch wenn sie sich nie vollständig etablieren konnte.²³ Die Gesetzgebungslehre wird vor allem aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts betrieben²⁴ und hat dort mit der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ auch am meisten Früchte getragen.²⁵ Unter ihren Subdisziplinen ist die Gesetzgebungstechnik am prominentesten ausgeprägt: Unter diesem Oberbegriff versteht man den Versuch, Leitlinien zur Gliederung und Gestaltung von Normen zu entwerfen und diese im Rahmen von Gesetzgebungsvorhaben fruchtbar zu machen.²⁶ Die Sprache des Gesetzes soll danach verständlich sein, der Rechtsstoff systematisch geordnet und die Anzahl der Regelungen möglichst gering.²⁷ Ein weiterer Fokus der Gesetzgebungslehre liegt schließlich in der Gesetzesfolgenabschätzung,²⁸ die auch ausdrücklich in der GGO gefor-

sich der Jurist auf eine destruktive Beobachterrolle zurückzieht, anstatt durch Einnahme einer gestaltenden Sichtweise dazu beizutragen, das Regelungspotential des Rechts konstruktiv auszuschöpfen“.

²² Neu war diese Idee indes auch im vorigen Jahrhundert nicht; vielmehr lassen sich für sie auch aus den letzten Jahrhunderten „eine Fülle von Belegen beibringen“, *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 618 f. m. w. N.; zur Gesetzgebungslehre Anfang des 20. Jahrhunderts m. w. N. *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011), 700, 726; grundlegend *Noll*, *Gesetzgebungslehre*, 1973; *Hill*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982. Zu den Subdisziplinen der Gesetzgebungslehre *Maihofer*, in: *Winkler/Schilcher* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 1981, 3, 25 f.; *Karpen*, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert*, 2. Aufl. 2008, 35 ff.

²³ So auch *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011), 700, 726 f., der aber auf eine Forschungslücke im Bereich der Normdurchsetzungsmechanismen verweist. *Honsell* zweifelt schon die Sinnhaftigkeit deutlich an, *Honsell*, *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*, 1979, 23.

²⁴ Freilich mit rechtsgebietsübergreifendem Anspruch, *Brandner*, *NVwZ* 2009, 211; *Hill*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982; *Winkler*, *Gesetzgebung*, 1981.

²⁵ Hierzu *Bachmann*, *JZ* 2008, 11, 20, der dies zu recht auch für das Privatrecht fordert; zur Regulierung im Kontext der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, 45 ff.; hierzu auch *Lepsius*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 1, 30.

²⁶ Mit einer Perspektive aus der Praxis *Fliedner*, *Rechtsetzung in Deutschland*, 2013, 37 ff. Grundlegend *Noll*, *Gesetzgebungslehre*, 1973, 164 ff.; *Hill*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982, 96 ff. Hierzu auch *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, 625 ff. Kritisch zur Gesetzgebungstechnik *Honsell*, *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*, 1979, 23.

²⁷ Eingehend *Noll*, *Gesetzgebungslehre*, 1973, 164 ff.; vgl. auch *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, 625 f. Diese Ergebnisse wurden von manchen freilich als banal bezeichnet, besonders deutlich *Honsell*, *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*, 1979, 23 („versteht sich von selbst“, „einfache Regeln der Logik und des Stils, für die man keine Gesetzgebungstheorie benötigt“); differenzierter *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, 367, Fn. 41 (in Bezug auf „Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung“); *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, 626 („relativ banal“).

²⁸ Hierzu eingehend *Karpen*, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert*, 2. Aufl. 2008, 42 ff.

dert wird.²⁹ Inhaltlich geht es dabei darum, die Neben- und Folgewirkungen von Regelungsalternativen zu untersuchen.³⁰

Bei der Frage nach dem Gesetzgebungsanlass hilft die Gesetzgebungslehre dagegen kaum weiter.³¹ Dies dürfte vor allem an der Vielzahl möglicher Gesetzgebungsanlässe liegen,³² unter denen durch Rechtsfortbildung ausgelöste Gesetzgebung einen Sonderfall darstellt.³³

C. Methodendiskussion im Gesellschaftsrecht

Die Untersuchung legt in ihrem zweiten Teil das Gesellschaftsrecht als Anschauungsbeispiel zugrunde. Dort hat sich die Methodendiskussion in den letzten Jahren intensiviert.

Ein wesentlicher Teil des gesellschaftsrechtlichen Methodenschrifttums widmet sich dabei der Rechtsfortbildung des Zweiten Zivilsenats und der Rolle, die ihr bei der gesellschaftsrechtlichen Institutionenbildung zukommt. *Ulmers* vielzitiierter Überblick über Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht ordnet bekannte Rechtsprechungslinien methodisch ein und bewertet sie kritisch.³⁴ In jüngerer Zeit hat sich *Mülbert* eingehend mit der Methodik der gesellschaftsrechtlichen Rechtsfortbildung befasst und die Frage aufgeworfen, ob sie sich von der Methodik des allgemeinen Zivilrechts qualitativ und quantitativ abhebt.³⁵ Zuletzt hat *Korch* das Gesellschaftsrecht als Anschauungsbeispiel genutzt, um das Phänomen der *obiter dicta* empirisch zu untersuchen.³⁶

²⁹ Etwa in § 44 Abs. 1 GGO: „Unter Gesetzesfolgen sind die wesentlichen Auswirkungen des Gesetzes zu verstehen. Sie umfassen die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen. [...]“.

³⁰ Siehe § 44 GGO; hierzu auch *van Aaken*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 79, 94; eingehend *Böhret*, in: Schreckenberger (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 2000, 131 ff.

³¹ So auch der Befund von *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 4, 1977, 302; Ausführungen dazu finden sich aber immerhin bei *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, 72 ff.; kürzer bei *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, 66 ff.

³² *Röthel*, in: FS K. Schmidt, Bd. 2, 2019, 273, 277, Fn. 39: „angesichts der Vielfalt der Anlässe und Impulse für Kodifikationsgesetzgebung fällt der Schluss auf Regelmäßigkeiten schwer.“ Soweit der Gesetzgebungsanlass dennoch untersucht wird, bleiben die Ausführungen dazu (nachvollziehbarerweise) im Vagen, vgl. etwa im „Manual for Law Drafting“ bei *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, 2. Aufl. 2008, 207 („Who is affected when and where? What are the future needs, costs and consequences? What as the analysis of the problem shown? How can the legislative goal be reached without a new law?“).

³³ *Röthel*, in: FS K. Schmidt, Bd. 2, 2019, 273, 286: „Rechtsprechung kann ‚Bedarf an Gesetzgebungs- und Rechtsfortbildungsarbeit signalisieren“.

³⁴ *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971 – 1985, 1986.

³⁵ *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188 ff.

³⁶ *Korch*, ZGR 2021, 867 ff.

In jüngerer Zeit zeichnet sich ein Perspektivwechsel hin zum Gesetzgeber ab. Dabei konzentriert sich die Methodendiskussion besonders stark auf die Frage, welche Instrumente der Gesetzgeber nutzen kann, um Regulierung und Privatautonomie in einen sinnvollen Ausgleich zu bringen. *Wedemann* hat dies am Beispiel der präventiven Konfliktbewältigung in geschlossenen Gesellschaften aufgezeigt,³⁷ zuvor hat *Beier Hommelhoffs* Konzept des Regelungsauftrags im Gesellschaftsrecht monographisch aufgearbeitet.³⁸ Für das Privatrecht haben *Bachmann*³⁹ und *Möslein*⁴⁰ die Einsatzpotentiale privater Rechtsetzung und dispositiven Rechts untersucht. *Binder* hat in einer rechtsvergleichenden und rechtsökonomischen Untersuchung verschiedene Regelungsstrategien des Gesetzgebers identifiziert und sie ins Verhältnis zum Bereich der Finanzierungsbeziehungen im Kapitalgesellschaftsrecht gesetzt.⁴¹ Diese Arbeiten sind für die Untersuchung insoweit hilfreich, als sie einerseits das Potential einer auf das Gesellschaftsrecht zugeschnittenen Methode aufzeigen und andererseits helfen, die wesentlichen Interessenstrukturen und Problemlagen des Gesellschaftsrechts offenzulegen. Sie identifizieren dabei sowohl Bereiche, in denen ein Eingreifen des Gesetzgebers angezeigt ist, als auch solche Felder, in denen die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter Vorrang genießt. Da es diesen Untersuchungen aber vor allem um den Kontrast von zwingendem und nicht-zwingendem Recht geht, also die Arbeitsteilung zwischen Privatrechtssubjekten und dem Gesetzgeber, lassen sie offen, wie die Arbeitsteilung von Rechtsprechung und Gesetzgebung gewinnbringend eingesetzt werden kann.

Gesetzgeberische Reaktionen auf Rechtsfortbildung sind im Gesellschaftsrecht bislang vor allem anlassbezogen und auf den konkreten Anlass beschränkt untersucht worden, etwa im Vorfeld geplanter Reformen oder als Reaktion auf diese. Eine Untersuchung mit dem Anspruch, verallgemeinerungsfähige Handlungsmaßstäbe zu entwickeln, haben *Fleischer* und *Wedemann* in Aufsatzform durchgeführt.⁴² Zur Abweichung von gewachsenem Richterrecht durch den Gesetzgeber haben *Westermann*⁴³ und im Anschluss an ihn *Weber*⁴⁴ die These entwickelt, dass der Gesetzgeber sich insoweit in Zurückhaltung üben sollte.

³⁷ *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013.

³⁸ *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002.

³⁹ *Bachmann*, Private Ordnung, 2006.

⁴⁰ *Möslein*, Dispositives Recht, 2011.

⁴¹ *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012.

⁴² *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597 ff.

⁴³ *Westermann*, in: FS Zöllner, Bd. 1, 1998, 607 ff.

⁴⁴ *Weber*, Anlässe und Methoden der Rechtsrückbildung im Gesellschaftsrecht, 2003.

D. Forschungslücke: Rechtsfortbildung als Gesetzgebungsanlass

Eine monographische Aufarbeitung der Frage, wann und warum der Gesetzgeber Richterrecht kodifizieren sollte, fehlt bislang. Dass die Gesetzgebungslehre primär aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts betrieben wird und die (privatrechtlich geprägte)⁴⁵ Methodenliteratur sich mehr mit Rechtsanwendung als mit Rechtsetzung befasst, bewirkt ein Forschungsvakuum.⁴⁶ Die privat- und gesellschaftsrechtliche Regelungsstrategie ist zwar in den vergangenen Jahren vermehrt auch monographisch aufgearbeitet worden, die Forschung hat sich dabei aber noch nicht dem Zusammenwirken von Rechtsprechung und Gesetzgebung gewidmet.

§ 3 Methode und Gang der Untersuchung

Die Untersuchung möchte einen Beitrag zu einer normativen Methode leisten, von der sich der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber bei seinem Umgang mit richterlicher Rechtsfortbildung leiten lassen kann. Dazu betrachtet die Untersuchung judikative und legislative Rechtsetzung aus verschiedenen Blickwinkeln und entwickelt aus diesen Bausteinen Leitlinien für die Abwägung im Einzelfall. In ihrem letzten Teil bezieht die Arbeit vergangene gesellschaftsrechtliche Reformvorhaben ein und nutzt diese, um zu rechtspraktischen Folgerungen und Umsetzungsempfehlungen zu gelangen.

Die Untersuchung gliedert sich in elf Abschnitte.

In ihrem *ersten Abschnitt* widmet sich die Arbeit den Grundlagen der Rechtsfortbildung. Hierzu definiert sie das Phänomen der Rechtsfortbildung für die Zwecke der Arbeit und steckt knapp ihre verfassungsrechtlichen sowie methodischen Rahmenbedingungen ab. Die Untersuchung identifiziert verbreitete Richterbilder und entscheidet sich für die Konzeption eines gleichberechtigten arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Rechtsprechung und Legislative bei der Rechtsentwicklung.

Im *zweiten* und *dritten Abschnitt* geht die Untersuchung der Frage nach, welchen Leitlinien das Zusammenwirken zwischen Judikative und Legislative folgen sollte. Nach einer Analyse der Strukturmerkmale legislativer und judikativer Rechtsetzung gelangt sie zu der Erkenntnis, dass beide strukturell verschieden sind, sodass mit der Kodifikation von Rechtsfortbildung weitere Vorteile

⁴⁵ So auch *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 52, 52.

⁴⁶ Ähnlich *Bachmann*, JZ 2008, 11, 11 in Bezug auf Optionsmodelle: „Ihre Bedeutung ist bislang wenig beleuchtet worden, weil die Privatrechtslehre sich regelungstechnischer Analysen enthält und die Rechtsetzungslehre vom (verfassungsrechtlichen) Blick auf das Zustandekommen von Gesetzen geprägt ist“.

verbunden sein können. Eine Betrachtung der judikativen Rechtsauslegung aus der Perspektive der Neuen Institutionenökonomik demonstriert, dass die Effektivität juristischer Auslegungsmethoden stark vom gesetzgeberischen Regelungsplan abhängt. Dies stützt den Ansatz der Arbeit, einen Perspektivwechsel weg von den Grenzen judikativer Rechtsfortbildung hin zu den gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeiten im Umgang mit ihr vorzunehmen.

In einem *vierten Abschnitt* werden dann spiegelbildlich die Grundlagen der Kodifikationsidee herausgearbeitet. Nach einem kurzen historischen Überblick wendet sich die Untersuchung der Kodifikationskrise der heutigen Zeit zu und stellt Alternativen zur klassischen Kodifikation vor. Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Kodifikationsidee, sofern sie die Kodifikationsideale realistisch definiert, noch nicht überholt ist und die Herangehensweise des Gesetzgebers nach wie vor prägen sollte.

In den folgenden drei Abschnitten beschäftigt sich die Untersuchung damit, wie sich das Verhältnis von Judikative und Legislative aus der Perspektive des *common law* darstellt, und legt dabei einen besonderen Fokus auf das englische Recht. In einem ersten Schritt zeigt die Arbeit, dass auch Common Law-Rechtsordnungen inzwischen vermehrt (Teil-)Kodifikationen von Richterrecht vornehmen. Als Anschauungsbeispiel dient der Untersuchung sodann der UK Companies Act aus dem Jahr 2006, der im Hinblick auf die verfolgte Kodifikationstechnik in manchen Aspekten als Inspirationsquelle für das deutsche Recht fungieren kann. In einem dritten Schritt folgt eine Darstellung der rechtsökonomischen Herangehensweise an Rechtsetzung, die im englischen und US-amerikanischen Schrifttum prominent vertreten wird. Sie bietet der Untersuchung Parameter für eine Kosten-/Nutzen-Abwägung bei der Kodifikationsentscheidung.

Mit dem *achten Abschnitt* folgt eine Verengung der Betrachtung auf das Gesellschaftsrecht. Die Untersuchung begründet, warum sich das Gesellschaftsrecht als Anschauungsbeispiel für den Dialog von Rechtsfortbildung und Gesetzgebung eignet, und arbeitet dabei Besonderheiten der Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht sowie strukturelle Charakteristika des Rechtsgebiets heraus. Diese setzt die Untersuchung zu den oben gefundenen Merkmalen judikativer und legislativer Rechtsetzung ins Verhältnis.

Der *neunte Abschnitt* widmet sich der Kodifikation von Richterrecht im Gesellschaftsrecht. Die Untersuchung identifiziert mit abstrakter Kodifikationseignung der Rechtsfrage, Kodifikationsreife der Rechtsfortbildung und einem konkreten Zugewinn an Rechtssicherheit drei Merkmale, die eine Kodifikation von Richterrecht erfüllen sollte. Nach der abstrakten Darstellung folgt ein Überblick über vergangene rechtsprechungskodifizierende Reformen im Gesellschaftsrecht.

Der *zehnte Abschnitt* folgt der Struktur des vorangegangenen Abschnitts und stellt der Kodifikation von Richterrecht ihr Gegenstück, die Derogation, gegenüber. Auch hier beginnt die Arbeit mit einer Entwicklung von Kriterien und nimmt danach eine Analyse entsprechender Reformen im Gesellschaftsrecht vor.

Die Untersuchung schließt mit einem *elften Abschnitt*. Dieser stellt die jüngst verabschiedete Reform des Personengesellschaftsrecht durch das MoPeG dar und illustriert das aktuelle Selbstverständnis des Gesellschaftsrechtsetzgebers.

Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung in Thesenform.

§ 4 Untersuchungsgegenstand

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Antworten des nationalen Gesellschaftsrechtsetzgebers auf judikative Rechtsfortbildung. Die europäische Rechtsetzung sowie die Reaktionen des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des EuGH klammert sie aus. Grund dafür ist, dass sowohl die unionsrechtlich motivierte Rechtsetzung als auch die Rechtsanwendung durch den EuGH einer eigenen Methode folgen:⁴⁷ Der Gesetzgeber muss den Anwendungsvorrang des Unionsrechts sowie die Umsetzungspflicht gem. Art. 288 AEUV beachten. Dem EuGH obliegt gem. Art. 19 EUV die verbindliche Auslegung des Unionsrechts, sein Verhältnis zum nationalen Gesetzgeber unterscheidet sich daher von dem mitgliedstaatlicher Gerichte.

Eine weitere Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes erfolgt in Bezug auf die beteiligten Akteure. Die Untersuchung konzentriert sich auf das Verhältnis von Judikative und Legislative, konkret Rechtsfortbildung und Reformgesetzgebung. Mit der Praxis und der Wissenschaft wirken zwar auch zwei andere Akteure maßgeblich auf die Rechtsentwicklung im Gesellschaftsrecht ein. Sie sollen im Rahmen der Arbeit aber nur insoweit behandelt werden, als sie das bilaterale Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung beeinflussen.

Schließlich beschränkt sich die Arbeit in ihrem dritten Teil auf das Gesellschaftsrecht. Dies dient zunächst der Anschaulichkeit und soll außerdem die Entwicklung einer Methode begünstigen, die die Sachgesetzlichkeiten des Gesellschaftsrechts in den Blick nehmen kann. Die Untersuchung folgt dabei dem

⁴⁷ Dazu statt vieler *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 ff.; *Fleischer*, RabelsZ 75 (2011), 700 ff.

Beispiel einiger Monographien aus jüngerer Zeit, die sich methodischen Phänomenen am Beispiel des Privat-,⁴⁸ Gesellschafts-⁴⁹ und Steuerrechts⁵⁰ widmen.

⁴⁸ *Bachmann*, Private Ordnung, 2006; *Möslein*, Dispositives Recht, 2011; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016.

⁴⁹ *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012; *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013; *Weber*, Anlässe und Methoden der Rechtsrückbildung im Gesellschaftsrecht, 2003; *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002.

⁵⁰ *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002; *Maciejewski*, Nichtanwendungsgesetze, 2021.

Teil 1

Grundlagen zu Rechtsfortbildung und Gesetzgebung

§ 5 Rechtsfortbildung als Phänomen

Schon seit geraumer Zeit kommt dem Richter¹ nicht mehr nur eine eindimensionale Bedeutung als „*bouche de la loi*“² zu. Im Gegenteil: Von der bloß rechtsverstehenden bis hin zu einer rechtsschaffenden Tätigkeit reicht die Rolle der Judikative inzwischen sehr weit. Die althergebrachte Sicht, Recht werde nur durch den Gesetzgeber gesetzt, gilt inzwischen als veraltet,³ gar nur juristischen Anfängern erlaubt.⁴ In der Rechtsschöpfung durch Rechtsfortbildung liegt eine anerkannte Aufgabe der Judikative.

A. Begriff

Bislang hat sich noch keine allgemein akzeptierte Definition von Rechtsfortbildung herausgebildet. Die Umschreibung der Rechtsfortbildung als Schließung von Gesetzeslücken⁵ und als *aliud* zur Auslegung⁶ bringt nur bedingt Licht ins Dunkel, handelt es sich doch sowohl bei der Gesetzeslücke als auch bei der Auslegung wiederum um konkretisierungsbedürftige und vieldiskutierte Begriffe.⁷

Die Herausarbeitung einer eigenen Definition würde den Rahmen der Arbeit sprengen, zudem wäre auch ihr Mehrwert für das konkrete Untersuchungsziel

¹ Bei der Verwendung des generischen Maskulinums sind im Folgenden alle Geschlechter eingeschlossen.

² *Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (Livres IX–XVIII) (1955), Livre XI, Chapitre VI, 327. Zum Wandel des Richterbildes im Laufe der Zeit siehe *infra*, § 5, D., I.

³ Besonders groß ist die Bedeutung des Richterspruchs für *Kelsen*, dieser sieht Gesetzgebung und Rechtsprechung als „zwei Stufen des Rechtserzeugungsprozesses“, *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Nachdr. 1993, 232 ff.; zum neuen Richterbild m. w. N. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, Rn. 815a ff.

⁴ *Schmidt*, *JZ* 2009, 10, 11.

⁵ Ausführlich *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, 472 ff.; monographisch *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl. 1983.

⁶ Statt vieler *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. [Studienausgabe] 1995, 188.

⁷ Eingehend hierzu *Fischer*, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, 2007, 38 ff.

fraglich. Um der Gefahr missverständlicher Verwendung zu begegnen, sollen jedoch einzelne Aspekte des facettenreichen Rechtsfortbildungsbegriffs aufgegriffen und für die Zwecke der Untersuchung definiert werden.⁸

I. Objektiver Maßstab

Im Interesse der Handhabbarkeit legt die Untersuchung einen objektiven Maßstab zugrunde und blendet etwaige subjektive Anforderungen aus. Dies erklärt sich daraus, dass die Arbeit die Perspektive des Gesetzgebers einnimmt, für den die Intention des Richters bei der Entscheidungsfindung, auf die es nach dem subjektiven Rechtsfortbildungsbegriff nach *Larenz* ankommt,⁹ nicht erkennbar ist.

II. Trennung von Definition und Zulässigkeit

Unter den objektiven Rechtsfortbildungsbegriffen finden sich Versuche, schon in der Definition der Rechtsfortbildung die Frage nach ihrer Zulässigkeit vorwegzunehmen.¹⁰ Dies kann für die Entwicklung einer Rechtsfortbildungsmethodik sinnvoll sein, bringt aber begriffliche Unklarheit für die darauf aufbauenden gesetzgeberischen Reaktionen mit sich: Es obliegt nicht dem Gesetzgeber, ein Urteil über die Zulässigkeit einer bestimmten Rechtsfortbildung zu treffen. Im Gegenteil – sofern eine Rechtsfortbildung nicht vor dem BVerfG angegriffen wird, ist der Gesetzgeber aufgrund seiner parlamentarischen Normsetzungsmacht dazu berechtigt und aufgerufen, sich mit ihr zu befassen und gegebenenfalls auf sie zu reagieren.¹¹ Die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung soll hier also nur insofern als Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes fungieren, als vom BVerfG ausdrücklich für unzulässig erachtete Rechtsfortbildungen nicht behandelt werden. Denn in diesem Fall wird die Rechtsfortbildung bereits infolge der Entscheidung des BVerfG beseitigt, sodass es einer Reaktion des Gesetzgebers nicht mehr bedarf.

⁸ Aufgrund der Offenheit des Rechtsfortbildungsbegriffs kann dasjenige Rechtsfortbildungsverständnis gewählt werden, das dem Erkenntnisinteresse am ehesten dient, so auch *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 95.

⁹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. [Studienausgabe] 1995, 188: „In der über die Grenzen der Interpretation im engeren Sinne hinausgehenden Rechtsfortbildung, die dem Subjekt auch als solche zum Bewußtsein kommt, nimmt der kreative Anteil des Subjekts zu“.

¹⁰ So bezeichnet *Bydlinski* eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* als „Rechtsbruch“, der sich einer rechtlich-methodologischen Betrachtung entzieht, *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 500.

¹¹ Ähnlich *Diederichsen*, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974, 32. Zum Bestehen einer „Gesetzgebungspflicht“ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, 232 ff. Zu den Kompetenzüberschneidungen zwischen (Revisions-)Gerichten und dem Reformgesetzgeber siehe *infra*, § 6, A.

Soweit an späterer Stelle die methodischen und verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung behandelt werden, sind sie für den Untersuchungsgegenstand indirekt von Interesse: Bewegt sich die Rechtsfortbildung in einem Rechtsgebiet häufig im Grenzbereich des verfassungsrechtlich Zulässigen, kann dies eine dysfunktionale Zusammenarbeit von Rechtsprechung und Gesetzgebung indizieren und eine gesetzgeberische Reaktion nahelegen.

III. Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung

Die Frage nach der Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung muss für die Zwecke der Untersuchung nicht beantwortet werden. Der ohnehin bloß graduelle Unterschied zwischen beiden¹² manifestiert sich in der Antwort des Gesetzgebers erst recht nicht: Gesetzgeberische Reaktionen fallen nicht allein deshalb unterschiedlich aus, weil es sich um eine zurückhaltende Rechtsfortbildung oder aber um eine erweiternde Auslegung handelt. Vielmehr wird der Gesetzgeber meist erst dann einschreiten, wenn die Rechtsfortbildung eine gewisse Intensität aufweist und perspektivisch zu Veränderungen des gesetzgeberischen Regelungsplans führt. Eine „Rechtsfortbildungsbehörde“¹³ ist der Gesetzgeber gerade nicht.

Die Arbeit behandelt daher primär solche Entscheidungen, die deutlich über eine bloße Auslegung hinausgehen.

IV. Zwischenergebnis

Für die Zwecke dieser Arbeit sind solche judikativen Rechtsfortbildungen relevant, die nach einem objektiven Maßstab eine bloße Auslegung deutlich übersteigen und vom BVerfG nicht als unzulässige Rechtsfortbildung gerügt wurden.

B. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

„Methodenfragen [sind] immer auch Verfassungsfragen“¹⁴: Befasst man sich mit der Methode von staatlichen Akteuren, so muss zunächst der verfassungs-

¹² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. [Studienausgabe] 1995, 188; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 255; *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Bd. 1, 329 f., der aber eine Trennung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung dennoch für zwingend hält; eingehend hierzu *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, 70 ff.

¹³ Begriff bei *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, 74 im Zusammenhang mit der von *Savigny* erwünschten „zur Fortbildung des Rechts überhaupt angeordneten Behörde“, die über den schmalen Grat zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung befinden könnte, *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Bd. 1, 330.

¹⁴ *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011), 700, 702; ähnlich *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, 251 f.; *Haverkate*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, 1977, 1.

rechtliche Rahmen abgesteckt werden, innerhalb dessen sie sich bewegen dürfen.

Die Diskussion um Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsfortbildung hat ihren Ursprung im Gewaltenteilungsprinzip, genauer in Art. 20 Abs. 3 GG. Die Judikative ist an „Gesetz und Recht“ gebunden und die parlamentarische Normsetzungsbefugnis steht außer Zweifel. Dennoch hat die Judikative schon aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht nur das Recht, sondern eine Pflicht zur Rechtsfortbildung.¹⁵ In der richterlichen Rechtsfortbildung liegt ein schöpferisches Tätigwerden des Richters, das sich von der bloßen Einzelfallentscheidung qualitativ abhebt und das – jedenfalls auf den ersten Blick – in einem Spannungsverhältnis zu seiner Gesetzesbindung steht:¹⁶ Der Richter wendet Normen nicht nur an, sondern denkt den gesetzgeberischen Regelungsplan zu Ende, um die darin enthaltenen Wertvorstellungen zu realisieren.¹⁷

Die Existenz dieses sogenannten „Richterrechts“¹⁸ erklärt sich aus der notwendig lückenhaften Natur parlamentarischer Gesetze.¹⁹ Geschriebenes Recht bewegt sich zwar auf einer hohen Abstraktionsebene, ist aber dennoch nicht geeignet, jeden einzelnen Lebenssachverhalt zu erfassen.²⁰ Schließlich führt

¹⁵ *Jachmann-Michel*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2022, Art. 95, Rn. 13; sehr kritisch *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2022, Art. 97, Rn. 64 f.: „Eine generelle verfassungsrechtliche Zuweisung einer Kompetenz an die Richter zur Fortbildung des (Gesetzes-) rechts besteht nicht“.

¹⁶ Dazu *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 2022, Vorb. v. Art. 92, Rn. 31 („gewisses Spannungsverhältnis“).

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287 (Soraya): „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren“. Plastisch gesprochen verhalten sich Richter und Gesetzgeber ähnlich zueinander wie Pianist und Komponist: „Er [der Pianist, Anm. d. Verf.] interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen“, *Hirsch*, ZRP 2006, 161.

¹⁸ Der Begriff „Richterrecht“ ist zwar aufgrund der fehlenden Rechtsquelleneigenschaft von richterlicher Rechtsfortbildung umstritten, soll hier aber als Synonym verwendet werden.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287 (Soraya): „Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist“; so auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, § 37 II 2 b.

²⁰ *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, D60: „Überhaupt ist eine ‚lückenlose‘ Ordnung des Soziallebens durch das Gesetz nicht vorstellbar. Das Gesetz allein kann im Streitfall, über den der Richter zu befinden hat, den umgreifenden Zusammenhang des Rechts und der Gerechtigkeit nicht zur Geltung bringen. Dazu ist nur der Richterspruch fähig“.

auch das „Altern der Kodifikationen“²¹ dazu, dass das geschriebene Recht die zeitgemäßen Vorstellungen von Recht und Moral nicht immer abzubilden vermag.²²

Die verfassungsrechtliche Legitimation zur Rechtsfortbildung ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG aus Art. 20 Abs. 3 GG. Durch die Formulierung „Gesetz und Recht“²³ werde die traditionelle strenge Bindung des Richters an geschriebenes Recht jedenfalls in Teilen gelockert.²⁴ Ausgehend vom Gewaltenteilungsgrundsatz sei der Richter zwar grundsätzlich an das Gesetz gebunden, allerdings dann in abgeschwächter Form, wenn das geschriebene Recht veraltet oder lückenhaft sei.²⁵

Die Grenzen gestalterischer richterlicher Rechtsfortbildung haben Wissenschaft²⁶ und Rechtsprechung²⁷ gleichermaßen beschäftigt. Die Lückenhaftigkeit von Gesetzen legitimiert Rechtsfortbildung nicht nur, sie begrenzt sie auch: Denn für Rechtsfortbildung ist dann kein Raum, wenn das Gesetz keine der Ausfüllung zugänglichen Regelungslücken aufweist.²⁸ Dass diese Begrenzung, sei sie in der Theorie auch einleuchtend, in der praktischen Anwendung Probleme hervorbringt, ist nicht überraschend.

Das BVerfG hat sich bereits in einigen Entscheidungen mit den verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung befasst und dabei festgehalten, dass der Richter nicht seine eigenen Wertungen an die Stelle der gesetzgeberischen setzen und damit rechtspolitisch tätig werden darf.²⁹ Er sei an

²¹ Ausführlich Kübler, JZ 1969, 645.

²² Zur Zukunft der Kodifikationsidee siehe infra, § 4, C.

²³ Dazu Sachs, in: Sachs, GG, 2021, Art. 20, Rn. 106: „Ferner sind mit ‚Recht‘ grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung angesprochen, die bei richterlicher Rechtsfortbildung [...] wirksam werden können“.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 286 f. (Soraya): „Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnanzan besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung“.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 288 ff. (Soraya).

²⁶ So auch Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2007, § 100, Rn. 50. Monographisch hierzu Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65 –, BVerfGE 34, 269–293 (Soraya); BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248–303 (Rügeverkümmung).

²⁸ Sachs, in: Sachs, GG, 2021, Art. 20, Rn. 120.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 288 ff. (Soraya): „Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz

die klassischen Auslegungsmethoden und den Sinn der Norm gebunden.³⁰ Der Wortlaut eines Gesetzes hingegen fungiere nicht als starre Grenze richterlicher Rechtsfortbildung, sondern – wenn überhaupt – als Indiz.³¹ Dogmatisch folgen diese Begrenzungen der Rechtsfortbildung vor allem aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.³² Aber auch das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG, ist bedroht, wenn Rechtsfortbildung zu weit geht.³³

Einige Stimmen erwägen darüber hinaus eine verfassungspolitische Einschränkung der Rechtsfortbildung: Der Rechtsgedanke der Wesentlichkeitstheo-

seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den ‚fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft‘; BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193, 210 (Dreiteilungsmethode): ‚Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt‘.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193, 210 (Dreiteilungsmethode): ‚Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Er hat hierbei den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen [...]. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein‘; so auch BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 307/94, BVerfGE 96, 375, 395 ff. (Kind als Schaden).

³¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 103; BVerfG, Beschl. v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, BVerfGE 35, 263, 279 (Behördliches Beschwerderecht): ‚Seine [die des Richters, Anm. d. Verf.] Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) bedeutet nicht Bindung an dessen Buchstaben mit dem Zwang zu wörtlicher Auslegung, sondern Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Interpretation ist Methode und Weg, auf dem der Richter den Inhalt einer Gesetzesbestimmung unter Berücksichtigung ihrer Einordnung in die gesamte Rechtsordnung erforscht, ohne durch den formalen Wortlaut des Gesetzes begrenzt zu sein.‘

³² BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 190 f. (Sozialplan), BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 – 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 371 f. (Brokdorf).

³³ BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193, 210 (Dreiteilungsmethode): ‚Art. 20 Abs. 2 [...] schließt es doch aus, dass die Gerichte Befugnisse beanspruchen, die von der Verfassung dem Gesetzgeber übertragen worden sind, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen‘. Dies betonen vor allem *Vofßkuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio* in ihrem Sondervotum in BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 282 ff. (Rügeverkümmern) betont: ‚Das Demokratieprinzip und das Funktionsgefüge des Grundgesetzes nähmen nachhaltiger Schaden, könnte sich die Rechtsprechung immer dann über die eindeutige gesetzgeberische Entscheidung hinwegsetzen, wenn sie die Konsequenzen einer solchen Entscheidung als ‚unzweckmäßig‘ ansieht und der Gesetzgeber nach entsprechender richterlicher Anmahnung nicht wie gewünscht handelt‘; zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung *Säcker*, NJW 2018, 2375, 2378.

rie – entwickelt für die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Gesetzgebung und Verwaltung³⁴ – könne für die Rechtsfortbildung entsprechend herangezogen werden. Schließlich gehe es hier wie dort um eine Garantie, dass wesentliche Bestandteile der Rechtsordnung von dem hierfür eingesetzten Akteur, dem Gesetzgeber, bestimmt und nicht delegiert würden.³⁵ Indes weist das Problem der Rechtsfortbildung ohnehin neben seiner verfassungsrechtlichen auch eine methodische Seite auf, sodass ihm über die zwingenden verfassungsrechtlichen Grenzen³⁶ hinaus am ehesten durch eine methodische Betrachtungsweise beizukommen ist.

C. Rechtsfortbildung in der Methodendiskussion

Die methodische Diskussion nähert sich der Vermessung zulässiger Rechtsfortbildung aus verschiedenen Blickwinkeln. Sonderformen richterlicher Rechtsfortbildung, wie etwa die verdeckte Rechtsfortbildung,³⁷ bedürfen dabei einer gesonderten Betrachtung. Im Übrigen liegen die Unterschiede zwischen den im Folgenden näher beschriebenen Theorien oft im Detail.³⁸

I. Motivbezogene Bestimmung: Recht oder Politik?

Ein durch *Flume* geprägter Weg, die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung anschaulich zu machen, besteht in einer Betrachtung ihres erkennbaren Motivs.³⁹

Das Motiv eines Urteils erschließt sich am ehesten durch die gewählte Argumentation. Nach *Flume* muss dabei zwischen rechtlichen Schlussfolgerungen

³⁴ Hierzu statt vieler *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2022, Art. 20 (Art. 20 Abs. 3 GG), Rn. 105 ff.

³⁵ *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, 23; *Söllner*, ZG 1995, 1, 3; dagegen etwa *Classen*, JZ 2003, 693, 700 f.

³⁶ Vgl. dazu das Sondervotum von *Vofßkuhle*, *Osterloh*, *Di Fabio* in BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 282 ff. (Rügeverkümmern).

³⁷ Unter einer verdeckten Rechtsfortbildung ist eine Rechtsfortbildung zu verstehen, die nicht offen zutage tritt, sondern – bisweilen über einen längeren Zeitraum – den Fortbildungsprozess kaschiert und hierdurch droht, die methodischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung zu umgehen, *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007.

³⁸ Unterschiedlich ist etwa die Behandlung von gesetzlich nicht normierten Regelungsbe-
reichen, für die *Flumes* Ansatz teilweise als zu eng kritisiert wird, hierzu *Ipsen*, Richterrecht
und Verfassung, 1975, 41 f. Die vorgestellten Methoden schließen einander auch nicht aus,
vgl. hierzu nur den Ansatz von *Wank*, der die verfassungstheoretische (= funktionale) Heran-
gehensweise zur Bestimmung des „Ob“ der Rechtsfortbildung heranzieht und die hermeneu-
tische (= gegenstandsbezogene) bzgl. des „Wie“, *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im
Arbeitsrecht, 2013, 134 f.

³⁹ Im Unterschied zum subjektiven Rechtsfortbildungsbegriff nach *Larenz* handelt es sich
hier nicht um die Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung, sondern um die Unter-
scheidung zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung.

und politischen Argumenten unterschieden werden.⁴⁰ Wenn das Judikat nicht nur die gesetzgeberische Entscheidung zu Ende denke, sondern eigene politische Erwägungen enthalte, sprengt es damit den Rahmen der Gesetzesanwendung.⁴¹ Die Frage, welches politische Sachziel die Rechtsordnung gegenwärtig zu verfolgen habe, müsse vom parlamentarischen Gesetzgeber geklärt werden.⁴²

Flume macht die Trennung von zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung daran fest, ob noch von einer Subsumtionshandlung des Richters gesprochen werden könne: Dabei sei nicht die „primitive“⁴³ Subsumtion unter nur eine Norm gemeint, sondern die Frage, ob der Lebenssachverhalt durch die *Gesamtchau* der Normen des jeweiligen Gesetzbuchs auf die eine oder die andere Weise determiniert sei. Von dieser Bindung dürfe sich der Richter nicht freimachen, indem er eine eigene schöpferische Wertung treffe.⁴⁴

Unbedenklich seien abweichende Bewertungen, wenn das Gesetz einen entsprechenden Freiraum eröffne.⁴⁵ Anders lägen die Dinge hingegen, wenn ein solcher Freiraum nicht vorgegeben sei, aber durch den Richter gleichwohl beansprucht werde.⁴⁶ Sobald das Gesetz einen „verbindlichen Ansatzpunkt der Ar-

⁴⁰ Hierzu *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5; in diese Richtung auch *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, 4 ff., die den US-amerikanischen Diskurs zu den *principles* und *policies* auf die deutsche Methodenlehre überträgt, hierzu insbesondere S. 23: „principles umfassen Begründungen des Richters anhand von rechtlichen Argumenten. Policies verkörpern Aspekte, die sich dem Richter gerade bei der Rechtsfortbildung aufdrängen, nämlich Zielvorstellungen, die ein Gesetzgeber möglicherweise in Erwägung gezogen hätte, die aber in den einschlägigen rechtlichen Regeln keinen Niederschlag gefunden haben“.

⁴¹ *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5, K12 f.: „Das nomokratische Ideal der Gesetzesexekution‘ ist heute längst verblaßt, die Gesetzesanwendung ist nicht mehr allein Vollzug des Gesetzes, sondern zugleich eigene Entscheidung, ‚Wertverwirklichung‘, die Wahl zwischen mehreren möglichen Bewertungen – an welchen Prinzipien auch immer diese Wahl sich orientiert“.

⁴² *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5, K11: „[...] diese politische Aufgabe der Rechtsetzung gehört in die ausschließliche Zuständigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers“.

⁴³ Hierzu *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5, K29.

⁴⁴ *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5, K19.

⁴⁵ Ein Beispiel hierfür sah *Flume* in der dem heutigen § 619a BGB zugrundeliegenden (dazu *Henssler*, in: MünchKomm BGB, 2020, § 619a Rn. 5 ff.) Rechtsprechung zur Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers im Innenverhältnis. Sie sei zwar nicht gesetzlich vorgegeben gewesen, habe aber im Einklang mit dem grundsätzlichen Haftungsmechanismus des § 276 BGB gestanden. Wenn dort von einer Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit die Rede sei, *sofern nicht etwas anderes bestimmt ist*, so öffne dies die Tür für abweichende Wertungen in anderen Bereichen. Dass hierbei der Judikative ein großer Freiraum eröffnet werde, sei unschädlich; *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5, K21 f.

⁴⁶ *Flume*, in: Verh. 46. DJT, II, 1966, K5, K12: „Der Richter hat zweifellos nicht eine subsidiäre Zuständigkeit, wenn er der Ansicht ist, daß der Gesetzgeber zu Unrecht nicht seines Amtes waltet“.