

# Das Zeitelement in der richterlichen Rechtsfortbildung

## Einleitung zum Symposium

Von JÜRGEN BASEDOW, Hamburg

### *Inhaltsübersicht*

<i>I. Intertemporales Recht</i> . . . . .	237
<i>II. Rechtsfortbildung</i> . . . . .	238
<i>III. Die Bedeutung des Verfahrenstyps</i> . . . . .	240
<i>IV. Wirkung auf den anhängigen Fall oder nur pro futuro?</i> . . . . .	242
<i>V. Rückwirkung auf ähnliche Fälle</i> . . . . .	244
<i>VI. Vorwirkung künftigen Rechts</i> . . . . .	246
<i>VII. Ausblick</i> . . . . .	248
<i>Summary: The Time Dimension in Judicial Law-Making – Introduction to the Symposium</i> . . . . .	248

## I. Intertemporales Recht

Jede Veränderung des objektiven Rechts wirft die Frage auf, welche Lebenssachverhalte vom früheren Recht noch und welche schon vom neuen Recht erfasst werden. Dies ist im Kern eine kollisionsrechtliche Frage, allerdings bezogen auf zeitliche und nicht auf räumliche Rechtskollisionen.<sup>1</sup> Sie stellt sich unabhängig von den Ursachen, auf denen die Veränderung des Rechts beruht. Solche Veränderungen können auf verschiedene Umstände zurückzuführen sein: den Erlass eines neuen Gesetzes, die Invalidation einer Regelung als ungültig, verfassungswidrig oder unanwendbar wegen ihres Konflikts mit höherrangigem Recht, eine Neuinterpretation bestehenden Rechts, das Inkrafttreten oder Außerkrafttreten von internationalen

---

<sup>1</sup> Burkhard Hess, Intertemporales Privatrecht (1998) 32ff., 325 ff.

Übereinkommen, die Suspendierung völkerrechtlicher Verträge im Kriegsfall, den Wechsel des staatlichen Souveräns wie etwa nach dem Beitritt der DDR zum Bundesgebiet im Jahre 1990.

So unterschiedlich die Problemlagen des intertemporalen Rechts sind, so vielfältig sind auch die Antworten. Wo eine Rechtsänderung vom Gesetzgeber zu verantworten ist, stoßen wir häufig auf Vorschriften des Übergangsrechts, in Deutschland oft in besonderen, zum Teil sehr detaillierten Einführungsgesetzen.<sup>2</sup> Eine Alternative ist die Regelung in den Schlussbestimmungen der Gesetze; dort finden wir sie auch in manchen internationalen Übereinkommen<sup>3</sup> und in Rechtsakten der Europäischen Union.<sup>4</sup> Ist die Rechtsänderung dem Verdikt eines Verfassungsgerichts gegen ein geltendes Gesetz geschuldet, ziehen in manchen Staaten gesetzliche oder auch richterrechtliche Regelungen einer Rückwirkung des verfassungsgerichtlichen Urteils Grenzen.<sup>5</sup> Zum Beispiel werden nach § 79 II BVerfGG<sup>6</sup> Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen, die unanfechtbar geworden sind, von einem solchen Verdikt bekanntlich nicht berührt. Für die anderen genannten Änderungstatbestände stellt sich die übergangsrechtliche Problematik oft noch viel komplizierter dar.

## II. Rechtsfortbildung

Gegenstand der nachfolgenden Referate, die am 14. Juni 2014 auf einem Symposium anlässlich des Jahrestreffens der Freunde des Max-Planck-Instituts in Hamburg gehalten wurden,<sup>7</sup> ist ein kleiner Ausschnitt aus der inter-

---

<sup>2</sup> Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) i. d. F. der Bekanntmachung vom 21.9.1994 (BGBl. 1994 I 2494) umfasst mittlerweile hunderte von Übergangsvorschriften, zu denen sich mit jeder Änderung des BGB weitere hinzugesellen. Auch für Gesetze, die recht überschaubare Gegenstände wie etwa das Versicherungsvertragsrecht regeln, fehlt es nicht an ausdifferenzierten Übergangsregeln; das Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz (EGVVG) von 2007 enthält immerhin 7 Artikel.

<sup>3</sup> Vgl. etwa Art. 100 CISG (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II 586). In vielen Konventionen wird freilich der zeitliche Geltungsbereich, also das völkerrechtliche Inkrafttreten, vermischt mit der Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs.

<sup>4</sup> Siehe etwa Art. 10(1)(2) der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29, wonach die Vorschriften der Richtlinie für alle nach dem 31.12.1994 geschlossenen Verträge gelten.

<sup>5</sup> *The Effects of Judicial Decisions in Time*, hrsg. von Patricia Popelier/Sarah Verstraelen/Dirk Vanheule et al. (2014), siehe besonders *dies.*, Comparative Notes, ebd. 8ff.; *Alan Brewer Carías, Constitutional Courts as Positive Legislators* (2011) 95ff.

<sup>6</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG), i. d. F. der Bekanntmachung vom 11.8.1993, BGBl. 1993 I 1473.

<sup>7</sup> Auf Bitten der Herausgeber ist der Beitrag zum US-amerikanischen Recht erst nach dem Jahrestreffen von Rösler verfasst worden.

temporalen Regelungsproblematik. Es geht allein um solche Veränderungen des objektiven Rechts, die durch die Rechtsprechung der obersten Gerichte bewirkt werden, also um die richterliche Rechtsfortbildung. Dieses Konzept impliziert, dass Gerichte überhaupt an der Bildung solcher rechtlicher Regeln mitwirken, die über den gerade anhängigen Fall hinauswirken. Dies ist in *common law*-Jurisdiktionen seit jeher selbstverständlich und wird auch in Westeuropa mittlerweile allseits akzeptiert.<sup>8</sup> Da die Existenz von Rechtsfortbildung und Richterrecht aber in anderen Teilen der Welt, zum Beispiel in Teilen Osteuropas und Asiens, nach wie vor in Abrede gestellt wird, empfiehlt es sich, diese Prämisse hier zu verdeutlichen.

Die grundsätzliche Anerkennung richterlicher Rechtsfortbildung führt naturgemäß zu Spannungen mit den Prinzipien der Gewaltenteilung und der Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht, die hier nicht näher erörtert werden können.<sup>9</sup> An dieser Stelle genügt die Feststellung, dass die Ermächtigung der Gerichte zur Fortbildung des Rechts sie nicht etwa von der Bindung an das Gesetz befreit. Schon die einzelne Gesetzesvorschrift lässt aber im Allgemeinen eine Reihe von Auslegungen zu, so dass die Bindung an das Gesetz nicht etwa Eindeutigkeit verspricht. Außerdem ermöglicht die Rechtsdogmatik durch Einbeziehung anderer Gesetze, durch vielfältige logische, historische, ökonomische und soziale Kontextualisierungen, durch die Berücksichtigung von Folgen und multiplen Regelungszwecken ein und derselben Norm sowie durch unterschiedliche Hierarchisierungen von Gesetzesregeln eine außerordentliche Fülle von Konstruktionsmöglichkeiten.<sup>10</sup> Das Gesetz ist in Anbetracht dieser Möglichkeiten im Allgemeinen ein recht dehnbarer und flexibler Maßstab. Die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung verschwimmen. Unter dem Dach des Gesetzes und, um im Bilde zu bleiben, auf einem seiner Balkone haben viele Rechtsanwendungsoptionen Platz. Wenn ein Gericht eine dieser Optionen, die bislang vorherrschend war, verwirft und eine andere auswählt, verletzt es damit nicht seine Bindung an das Gesetz. Da eine Bindung an frühere Rechtsprechung in den Rechtsordnungen kontinentaler Provenienz ohnehin nicht anerkannt ist, kann die Abweichung von früherer Praxis, also die Rechtsfortbildung, einem solchen Gericht insofern auch nicht zum Vorwurf gereichen.

---

<sup>8</sup> Siehe etwa *Katja Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996) 62; Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, hrsg. von Reiner Schulze/Ulrike Seif (2003); neben weiteren Länderberichten siehe vor allem die Einführung von *Schulze und Seif*, ebd. 1, 8 ff.

<sup>9</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat richterliche Rechtsfortbildung wiederholt für verfassungsgemäß erklärt, siehe etwa BVerfG 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89 u. a., BVerfGE 88, 145, 166 f. mit weiteren Nachw.: „Eine Rechtsfortbildung ‚praeter legem‘ bedarf zwar sorgfältiger Begründung, ist jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen“.

<sup>10</sup> Zur Begründungslehre allgemein und speziell im Hinblick auf die Rechtsprechung europäischer Gerichte siehe jetzt *Sebastian Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2014) 331 ff.

Tatsächlich besteht das Bedürfnis nach entsprechender Rechtsbildung und Rechtsfortbildung durch die Gerichte an vielen Stellen. Dies schon deshalb, weil die Gesetzgebung keineswegs einen so flächendeckenden Rechtsrahmen bietet, wie dies vielleicht erscheinen mag. Das Gesetz hat, wie es Kantorowicz einmal plastisch formuliert hat, „nicht weniger Lücken als Worte“.<sup>11</sup> Auch in Ländern mit hoher Regelungsdichte sind etliche Lebensbereiche überhaupt nicht im Gesetz geregelt, in Deutschland beispielsweise das Arbeitskampfrecht oder die Seeversicherung. Für andere Fragenkomplexe gibt es nur punktuelle und generalklauselartige Anhaltspunkte im Gesetz, man denke nur an die Staatshaftung oder die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. So wie es im Allgemeinen Sache des Gesetzgebers ist, auf veränderte Bedingungen in Wirtschaft und Gesellschaft mit neuen Gesetzen zu reagieren, so fällt diese Anpassungsaufgabe in den Zonen des Richterrechts den Gerichten zu. Naturgemäß befinden sie sich dabei freilich in einer Art Dialog mit dem Gesetzgeber, der stets von seiner Regelungsprärogative Gebrauch machen kann, dies allerdings aus politischen Gründen oft nicht tut.

### III. Die Bedeutung des Verfahrenstyps

Damit stellt sich die Frage der Übergangsregelung auch im Bereich der richterlichen Rechtsfortbildung. Richterliche Rechtsfortbildung vollzieht sich nur relativ selten abrupt, häufiger dagegen prozesshaft von Fall zu Fall; sie ist dann oft nur im Rückblick als solche zu erkennen. Sie tritt umso deutlicher hervor, je abstrakter eine richterliche Entscheidung ausfällt, je weniger sie in den Umständen des konkreten Falles verwurzelt zu sein scheint. Je abstrakter sie ist, desto weniger lässt sich ihr Ergebnis auf die Besonderheit der entschiedenen Streitigkeit zurückführen, desto eher wird man also eine echte Fortbildung des Rechts annehmen und dann die Frage stellen, ab wann und für welche Sachverhalte denn die neue Rechtsauffassung Geltung beansprucht. Die Abstraktion einer richterlichen Entscheidung hängt dabei auch vom verfahrensrechtlichen Rahmen ab.

In den sozialistisch geprägten Rechtsordnungen hatten die obersten Gerichte die Aufgabe, die Rechtsprechung der Instanzgerichte durch Auslegungsrichtlinien zu vereinheitlichen und zu leiten; in China besteht diese Aufgabe fort.<sup>12</sup> Auch wenn diesen Richtlinien formell vielfach die Außen-

---

<sup>11</sup> Hermann Kantorowicz (unter dem Namen Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) 15. Den Hinweis darauf verdanke ich *Graf-Peter Calliess*, *Kommentar und Dogmatik im Recht*, in: *Kommentare in Recht und Religion*, hrsg. von David Kästle/Nils Jansen (2014) 381, 388.

<sup>12</sup> Vgl. etwa für die frühere DDR Kurt Wünsche (als Leiter eines Autorenkollektivs), *Grundlagen der Rechtspflege*<sup>2</sup> (1986) 101–104. Für China siehe *David Clark*, *The Organiza-*

wirkung abgesprochen wurde<sup>13</sup> und sie sich auf die Interpretation des geltenden Gesetzesrechts beschränken, handelt es sich doch um abstrakte, für eine Vielzahl von Fällen erlassene normative Aussagen, in der früheren DDR beispielsweise zur Bemessung von Unterhalt oder Schadenersatz,<sup>14</sup> denen *de facto* Bindungswirkung zukommt. In der Sache wird dabei wie bei der Novellierung eines Gesetzes gelegentlich eine frühere Rechtslage durch eine neue abgelöst. Es ist daher nur folgerichtig, wenn solche Justizauslegungen zum Teil auch Übergangsnormen enthalten.<sup>15</sup>

Eine solche Normgebung ohne Ansehung eines konkreten Streitfalles ist im Prozessrecht der meisten Länder nicht vorgesehen. Ihr nahe kommen aber doch manche Normenkontrollverfahren, etwa durch Verfassungsgerichte oder den Europäischen Gerichtshof; auf die Begrenzung der Rückwirkung durch die Regelung des § 79 II BVerfGG wurde schon hingewiesen. Der EuGH entscheidet im Vorlageverfahren gemäß Art. 267 AEUV<sup>16</sup> zwar durchweg im Lichte eines konkreten Falles, der bei dem vorlegenden Gericht anhängig ist; sein Urteil über die Gültigkeit oder Auslegung einer Norm des Unionsrechts ist aber doch als abstrakte Entscheidung konzipiert und wirft damit auch die Frage der Rückwirkung auf, zu der der Gerichtshof sich auch schon verschiedentlich geäußert hat.<sup>17</sup>

Ähnlich losgelöst von den Fakten eines konkreten Konflikts sind im deutschen Recht auch gewisse Verbandsklageverfahren, in denen etwa ein Ver-

---

tion of Lawyers and Judges, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. XVI, Kap. 3 (1998) Tz. 243; *Björn Ahl*, Neue Maßnahmen zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung in China, ZChinR 19 (2012) 1; die Zeitschrift für Chinesisches Recht veröffentlicht in fast jedem Heft Mitteilungen des Obersten Volksgerichts zur Anwendung bestimmter Gesetze.

<sup>13</sup> So in der DDR, siehe *Wünsche*, Grundlagen (vorige Fn.) 103: „innerhalb des Rechtssystems verbindliche Weisungen des OG“; dagegen für China *Ahl*, ZChinR 19 (2012) 1, 2 unter Berufung auf das Oberste Volksgericht, wonach die justiziellen Auslegungen Gesetzeskraft haben.

<sup>14</sup> Beispiele bei *Wünsche*, Grundlagen (Fn. 12) 101 f. Für China erwähnt *Clark*, Organization (Fn. 12) Tz. 243 eine Mitteilung des Obersten Volksgerichts mit 320 Artikeln zum Zivilprozessrecht; siehe zu China auch *Peter Leibkühler*, Erste Verlautbarung des Obersten Volksgerichts zum neuen Gesetz über das Internationale Privatrecht der Volksrepublik China – Verbote umfassender justizieller Interpretation?!, ZChinR 19 (2012) 17, 21 f.

<sup>15</sup> Siehe etwa den 4. Abschnitt der Mitteilung des Obersten Volksgerichts zum gewissenhaften Studium und zur Implementierung des „Gesetzes der Volksrepublik China zur Anwendung des Rechts auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung“, ZChinR 19 (2012) 61.

<sup>16</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) i. d. F. der Bekanntmachung vom 9.5.2008, ABl. 2008 C 115/47.

<sup>17</sup> Siehe etwa EuGH 27.3.1980 – verb. Rs. 66, 127 und 128/79 (*Salumi*), Slg. 1980, 1237: grundsätzliche Rückwirkung der Auslegung auf den Zeitpunkt des Erlasses der ausgelegten Norm. Doch richten sich gemäß dem Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten die Modalitäten nach nationalem Recht, das eine zeitliche Rückwirkung zum Beispiel durch Ausschlussfristen für Klagen beschränken kann, EuGH 15.9.1998 – Rs. C-231/96 (*EDIS*), Slg. 1998, I-4979.

braucherverband verlangt, dass dem Beklagten die Verwendung bestimmter vorformulierter Vertragsbedingungen untersagt wird.<sup>18</sup> Auch hier werden Klauseln *in abstracto* für unwirksam erklärt, eine spätere Validierung in Einzelklageverfahren ist kaum denkbar. Auch hier wird also eine neue Rechtslage geschaffen, und es stellt sich die Frage, wie gleichlautende Klauseln in Verträgen anderer Unternehmer, die von dem Verbandsklageverfahren direkt nicht betroffen sind, durch das Urteil beeinflusst werden.

Im Allgemeinen ergibt sich die Rechtsfortbildung aus Einzelfallentscheidungen konkreter Streitfälle. Mal ist es der Paukschlag eines einzigen höchstrichterlichen Urteils, der eine neue Rechtslage verkündet. Überwiegend ist es eine Abfolge mehrerer Urteile der Obergerichte, die von der begleitenden Literatur zu einer neuen „herrschenden Meinung oder Rechtsprechung“ verdichtet werden. So oder so stellt sich die Frage nach ihrer zeitlichen Bedeutung für andere Streitfälle, die vielleicht zum Zeitpunkt des Rechtsprechungswechsels schon entstanden oder anhängig oder doch *in nuce* schon angelegt waren. Zur Beantwortung dieser Frage fehlen im Allgemeinen abstrakte Regeln und oft auch Äußerungen in den rechtsfortbildenden Judikaten selbst.

Wenden wir uns nun der zeitlichen Dimension der richterlichen Rechtsfortbildung zu. Bei näherer Betrachtung spaltet sich diese Frage in verschiedene Teilfragen auf, die Gegenstand der nachfolgenden Referate sind: Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Gericht, das einen neuen Weg einschlägt, die Wirkung seiner Rechtsprechungsänderung auf die Zukunft beschränken kann. Als Zweites geht es sodann um die Auswirkung der Änderung auf ähnliche Fälle, die schon pendent oder jedenfalls in der Sache schon angelegt sind. Drittens sehen sich Gerichte hin und wieder veranlasst, absehbaren Gesetzesänderungen vorzugreifen und das kommende Recht gleichsam antizipierend anzuwenden; auch hier stehen Zulässigkeit und Modalitäten zur Diskussion.

#### IV. Wirkung auf den anhängigen Fall oder nur *pro futuro*?

In erster Linie geht es naturgemäß um die Wirkung einer Rechtsprechungsänderung auf den gerade anhängigen Fall. Muss eine Partei, die bei Begründung des strittigen Rechtsverhältnisses oder bei Prozessbeginn auf den früheren Rechtszustand vertraute, die Änderung der Judikatur hinnehmen, oder wird sie in ihrem Vertrauen geschützt? Die US-Rechtsprechung ermöglicht Vertrauensschutz durch das Instrument des sogenannten *prospec-*

---

<sup>18</sup> Vgl. § 1 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz, UKlaG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 27.8.2002, BGBl. 2002 I 3422, 4346.

*tive overruling*. Das Gericht kündigt zwar eine Neuorientierung an und legt auch fest, ab wann sie gelten soll, nimmt aber aus Billigkeitserwägungen den anhängigen Fall von ihr aus.<sup>19</sup>

Ein Beispiel: Als in den 1970er Jahren im Währungsrecht die Bindung des US-Dollars und anderer Währungen an den Goldstandard aufgehoben wurde, stellte sich die Frage, wie die Haftungshöchstsummen der internationalen Transportrechtskonventionen künftig berechnet werden sollten. Das luftrechtliche Warschauer Abkommen von 1929 verwendete als Recheneinheit den am Goldwert orientierten französischen Franken, den sog. *Franc Poincaré*;<sup>20</sup> jedes Land erließ entsprechend dem Goldwert der eigenen Währung Vorschriften zur Umrechnung in die eigene Währung. Mit dem Ende des währungsrechtlichen Goldstandards entfiel die Grundlage für diese Bestimmungen und damit auch für die Möglichkeit, Haftungsrisiken stabil und rechtssicher vorher zu berechnen.

Wie sollten die Gerichte darauf reagieren? Sollte der *jeweilige* französische Franc maßgeblich sein oder der letzte offizielle Wert des *Franc Poincaré* oder die vom Weltwährungsfonds neu geschaffene künstliche Recheneinheit des Sonderziehungsrechts oder aber der jeweilige Marktwert des Goldes? Das Berufungsgericht des *2nd Circuit* in New York wies darauf hin, dass die verschiedenen Berechnungsmethoden in dem anhängigen luftfrachtrechtlichen Fall zu einer enormen Spreizung der Haftungshöchstgrenzen führten; konkret lagen diese Grenzen zwischen 6.500 USD und 400.000 USD.<sup>21</sup> Das Gericht sah sich außerstande, eine der alternativen Methoden aus dem geltenden Recht abzuleiten, und erklärte die Haftungshöchstgrenzen kurzerhand für unanwendbar, die Haftung also für unbegrenzt.<sup>22</sup> Um den Fluggesellschaften eine Frist zur Verarbeitung dieses Schocks und zur Anpassung ihrer Versicherungsdeckung zu geben, wurde die Geltung dieser Rechtsprechung um zwei Monate hinausgeschoben und im anhängigen Fall noch der letzte offizielle Wert des Poincaré-Franken zugrunde gelegt.<sup>23</sup>

Diese Lösung mag zwar der Billigkeit entsprechen, gibt aber doch Anlass zu einer skeptischen Frage: Warum hätte der Kläger, der naturgemäß auf möglichst hohe Schadensersatzleistungen bedacht war, noch das Risiko ei-

---

<sup>19</sup> *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); zu den näheren Voraussetzungen siehe 106 f.

<sup>20</sup> In Art. 22(4) der Convention sur l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international vom 12.10.1929, LNTS 137, 11, ist die Recheneinheit definiert als eine Menge von 65,5 mg Gold mit einem Feingehalt von 900.

<sup>21</sup> *Franklin Mint Corp. v. Trans World Airlines, Inc.*, 693 F.2d 303, 309 (2nd Circ. 1982).

<sup>22</sup> *Franklin Mint Corp. v. Trans World Airlines, Inc.*, 693 F.2d 303, 311 (2nd Circ. 1982).

<sup>23</sup> *Franklin Mint Corp. v. Trans World Airlines, Inc.*, 693 F.2d 303, 311 (2nd Circ. 1982); das Urteil wurde vom Supreme Court aufgehoben, der keinen Grund sah, von dem letzten offiziellen Wert des Poincaré-Franken abzuweichen, *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 446 U.S. 243 (1984).

nes Prozesses auf sich nehmen sollen, wenn sein Einsatz an Zeit und Prozesskosten ihm selbst gar nicht zugutekommt?

## V. Rückwirkung auf ähnliche Fälle

Bejaht man die Auswirkung der Rechtsprechungsänderung auf den entschiedenen Fall, so stellt sich als Zweites die Frage, unter welchen zeitlichen Umständen andere, ähnlich gelagerte Fälle betroffen sind. Im Grundsatz gehen die Gerichte dabei überall von der Vorstellung aus, dass der Richter – als „bouche de la loi“ – das bereits geltende Recht anwendet, dass seine Urteile also hinsichtlich einer vorbestehenden Rechtslage deklaratorischen Charakter haben. Folglich müssen sie auch solche Fälle betreffen, die vor der Rechtsprechungsänderung begründet wurden und strittig geworden sind.<sup>24</sup> Unter den Bedingungen weit verbreiteter Rechtsfortbildung wird damit freilich dem Gericht eine schwere Verantwortung aufgelastet. Die Breitenwirkung einer Rechtsprechungsänderung kann für das Gericht unübersehbar werden und es von einem als notwendig angesehenen Revirement der Rechtsprechung geradezu abschrecken.

Auch dies sei durch ein Beispiel illustriert: Das deutsche Versicherungsvertragsgesetz sah in § 5a II a. F.<sup>25</sup> bis 2008 vor, dass die Frist für den Widerspruch des Antragstellers bzw. Versicherungsnehmers erst mit Erhalt sämtlicher Unterlagen einschließlich der vorvertraglichen Informationen zu laufen beginnt; ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie sollte das Widerrufsrecht freilich auf jeden Fall erlöschen, also auch dann, wenn der Versicherungsnehmer keine vorvertraglichen Informationen erhalten hatte. Die deutschen Versicherer haben, um Portokosten zu sparen, die vorvertraglichen Informationen stets zusammen mit dem Versicherungsschein versandt, sogenanntes Policenmodell. Der Beweis, dass der Kunde die vorvertraglichen Informationen tatsächlich erhalten hat, fällt in diesem Policenmodell sehr schwer. Er obliegt dem Versicherer, dessen potentielle Beweisnöte durch die erwähnte Jahresfrist verringert wurden.

Wer sich als Kunde einer Kapitallebensversicherung von seinem Vertrag lösen will, kann einerseits den Rückkaufswert verlangen; dies ist aufgrund der schlechten Zinsen am Kapitalmarkt und des Abzugs der Abschlusskosten über Jahre hinweg mit Verlusten verbunden. Andererseits kann ein solcher Kunde aber auch behaupten, er habe die vorvertraglichen Informationen bei Abschluss nicht erhalten, und von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen; dann erhält er gemäß § 346 BGB die eingezahlten Prämien zurück,

<sup>24</sup> Popelier/Verstraelen/Vanheule et al., Comparative Notes (Fn. 5) 1.

<sup>25</sup> Gesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), ursprüngliche Fassung vom 30.5.1908, RGBl. 1908, S. 263.



zuzüglich Zinsen und ohne Abzüge. Offensichtlich ist diese zweite Option für den Kunden gegenwärtig von Vorteil. Das damit verbundene finanzielle Stornorisiko der Lebensversicherer ist bei langen Vertragslaufzeiten erheblich; es wurde freilich durch die genannte Einjahresfrist des § 5a VVG a. F. begrenzt. Der EuGH hatte zu entscheiden, ob diese Ausschlussfrist mit EU-Recht vereinbar war. Eine negative Antwort lag auf der Hand, hatte die Einjahresfrist doch zur Folge, dass der Verstoß des Versicherers gegen seine vorvertragliche Informationspflicht oft praktisch sanktionslos blieb. In dem Verfahren trug die Allianz Lebensversicherung freilich vor, die Entscheidung betreffe ca. 108 Mio. Verträge, die zwischen 1995 und 2007 geschlossen worden seien, und damit ein Prämienvolumen von rund 400 Mrd. Euro.<sup>26</sup> Manches Gericht wäre durch dieses Szenario so stark beeindruckt gewesen, dass es die Ausschlussfrist des deutschen Rechts gebilligt hätte. Anders der EuGH: Er hat sich mangels Substantiierung und Beweis der behaupteten Folgen nicht beeindrucken lassen.<sup>27</sup> Er hat die einjährige Ausschlussfrist für richtlinienwidrig und unanwendbar erklärt.

Der Vortrag der Allianz beruht unausgesprochen auf dem Prinzip der uneingeschränkten Rückwirkung von Rechtsprechung bzw. ihres Revirements. Die Aussicht auf die enorme Breitenwirkung sollte den Gerichtshof wenigstens dazu bewegen, die Rückwirkung auszuschließen. Der Gerichtshof hat auch angedeutet, worin eine Lösung hätte bestehen können, wäre der Vortrag der Allianz bezüglich der wirtschaftlichen Folgen hinreichend substantiiert gewesen: in einer letztlich im richterlichen Ermessen stehenden Begrenzung der zeitlichen Wirkungen des Urteils.<sup>28</sup>

Der Gerichtshof hat in einem anderen Verfahren, nämlich bei der Durchsetzung des Verbots der geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Versicherungswesen im Falle *Test-Achats*, von diesem Ermessen Gebrauch gemacht und die Wirkung dieses Urteils auf einen künftigen Zeitpunkt, den 21. Dezember 2012, festgelegt.<sup>29</sup> Die genaue Bedeutung der Fristbestimmung blieb freilich im Dunkeln. Die EU-Kommission fühlte sich aufgerufen, mehrseitige Leitlinien zur Erläuterung der Übergangsregel in *Test-Achats* zu veröffentlichen, denen aber natürlich keine Bindungswirkung zukommt.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Siehe die Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rs. C-209/12 (*Endress ./. Allianz Lebensversicherung*) Tz. 70.

<sup>27</sup> EuGH 19.12.2013 – Rs. C-209/12 (*Endress ./. Allianz Lebensversicherung*), EuZW 2014, 235, Tz. 37.

<sup>28</sup> Siehe EuGH 19.12.2013 – *Endress*, Tz. 36.

<sup>29</sup> EuGH 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Test-Achats ./. Conseil des ministres*), Slg. 2011, I-800, Tz. 34.

<sup>30</sup> Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (*Test-Achats*), ABl. 2012 C 11/1.

Man wird künftig darüber nachdenken müssen, welche Leitgedanken und Kriterien für eine solche Wirkungsbeschränkung maßgeblich sind. Noch im 19. Jahrhundert hat man versucht, die intertemporale Problematik ganz generell unter dem Gesichtspunkt der wohlverwobenen Rechte, der „*iura quaesita*“, zu lösen, später dann durch Immunisierung der abgeschlossenen Sachverhalte, der „*facta praeterita*“.<sup>31</sup> Eine umfassende theoretische Begründung hat sich indessen nicht durchsetzen können. Eine Vielzahl von Umständen mag Bedeutung erlangen, so beispielsweise der Zeitpunkt der Anhängigkeit des rechtsfortbildenden Gerichtsverfahrens, die Rechtskraft früherer Entscheidungen, Verjährungs- und Ausschlussfristen oder die Verwirkung. Eine präzise Erfassung des zeitlichen Wirkungsbereichs rechtsfortbildender Urteile ist schwierig, aber im Interesse der Rechtssicherheit erwünscht.

## VI. Vorwirkung künftigen Rechts

Anders gelagert ist eine dritte Frage. Sie zielt nicht auf die Wirkung, sondern auf die Begründung richterlicher Rechtsfortbildung. Rechtsfortbildung vollzieht sich nicht in einem rechtspolitischen Vakuum. In ihr spiegelt sich oft ein wachsendes Problembewusstsein der Juristen oder gesellschaftlicher Kreise und ein Drängen der öffentlichen Meinung hin zu bestimmten Lösungen. Die Vorstellung, „es müsse etwas geschehen“, vermittelt sich auch den Gerichten. Wenn der politische Druck bereits zur Verabschiedung von Regelungen auf nationaler oder internationaler Ebene geführt hat, die aber noch nicht in Kraft getreten sind, stehen Gerichte vor der Frage, ob sie Konfliktfälle schon im Vorgriff auf das kommende, bereits festgestellte Recht entscheiden sollen. Man spricht in Deutschland im Anschluss an Kloepfer von der „Vorwirkung“ künftigen Rechts.<sup>32</sup>

Ein Beispiel dafür liefert eine schon recht alte Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 1972, die den Export von Kunstgegenständen aus Nigeria zum Gegenstand hatte.<sup>33</sup> Die beklagte Versicherungsgesellschaft hatte für den Export von nigerianischen Kunstgegenständen eine Seegüterversicherung abgeschlossen. Der Versicherer wurde vom Kläger auf Zahlung der Versicherungsleistung in Anspruch genommen, als sich bei Ankunft des Transports herausstellte, dass sechs Bronzestatuen fehlten. Die Beklagte hielt den Versicherungsvertrag für unwirksam, weil der versicherte Transport gegen ein nigerianisches Ausfuhrverbot für Kunstobjekte verstoßen habe. Dieser Auffassung gab der BGH Recht. Er sah einen Verstoß gegen die gu-

<sup>31</sup> Vgl. die Ausführungen bei *Hess*, Intertemporales Privatrecht (Fn. 1) 70 ff., 77 ff.

<sup>32</sup> *Michael Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen (1974); siehe auch *Hess*, Intertemporales Privatrecht (Fn. 1) 492 ff.

<sup>33</sup> BGH 22.6.1972 – II ZR 113/70, NJW 1972, 1575 mit Anm. *Frederic A. Mann* 2179.

ten Sitten (§ 138 BGB) darin, dass die Kunstgegenstände unter Verletzung nigerianischen Rechts exportiert werden sollten; das Interesse an einem solchen Export sei nicht versicherbar.

Anhaltspunkte für den Maßstab der guten Sitten entnahm der BGH der kurz zuvor verabschiedeten UNESCO-Konvention gegen unzulässigen Kulturgüterhandel.<sup>34</sup> Diese Konvention stand zum damaligen Zeitpunkt für Deutschland nicht in Kraft, war jedoch immerhin den gesetzgebenden Körperschaften zwecks Erlass eines Zustimmungsgesetzes schon zugeleitet worden. Zugestimmt haben Bundestag und Bundesrat aber erst 35 Jahre später im Jahre 2007. Schon 1972 sah der BGH freilich in der verabschiedeten Konvention den Ausdruck einer internationalen Auffassung. Danach handelt verwerflich, wer dem „allgemein zu achtenden Interesse aller Völker an der Erhaltung von Kulturwerten an Ort und Stelle zuwiderhandelt“.<sup>35</sup> Das eingehend begründete Urteil des BGH zeigt, wie sich Generalklauseln des geltenden Rechts dazu eignen, künftige, allmählich an Akzeptanz gewinnende Wertungen in sich aufzunehmen. Dabei ist die Verfestigung solcher Wertungen in Rechtsnormen hilfreich, ohne dass es auf das Inkrafttreten der Vorschriften ankommt.

Eine ähnliche Beobachtung lässt sich dort anstellen, wo klar konturierte gesetzliche Normen ganz fehlen. Das Internationale Privatrecht der Niederlande bestand bis in die 1980er Jahre nur aus wenigen rudimentären Vorschriften, die den Gerichten mehr Steine als Brot gaben. Eine Kodifikation war in der Nachkriegszeit in Gestalt eines einheitlichen Benelux-IPR intendiert und auch schon niedergelegt, wurde aber nicht in Kraft gesetzt.<sup>36</sup> Niederländische Gerichte hat das nicht daran gehindert, die Vorschriften des Benelux-IPR in etlichen Fällen „antizipierend“ anzuwenden.<sup>37</sup> Das Benelux-IPR ist auch später nicht in Kraft getreten; der Vorgang zeigt insofern auch das Risiko der antizipierenden Anwendung künftigen Rechts.

Ein vergleichbarer Vorgriff auf kommendes Recht ist in der integrationsfinal angelegten Rechtsprechung des EuGH sehr viel weiter verbreitet. Immer wieder wird primäres Unionsrecht im Lichte von Sekundärrechtsakten ausgelegt, die verabschiedet, aber noch nicht in Kraft getreten sind. Immer wieder wird es dabei mit neuen, aus den Sekundärakten gewonnenen Inhalten aufgeladen. Die Antidiskriminierungsjudikatur ist von der frühen Ent-

---

<sup>34</sup> Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 17.11.1970, BGBl. 2007 II 627.

<sup>35</sup> BGH 22.6.1972, NJW 1972, 1576.

<sup>36</sup> Vgl. etwa A. (Teun) V.M. Struycken, *The Codification of Dutch Private International Law – A Brief Introduction to Book 10 BW*, *RabelsZ* 78 (2014) 592, 595.

<sup>37</sup> Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, *Die Freiheit des niederländischen Richters bei der Entwicklung des Internationalen Privatrechts – Zur antizipierenden Anwendung des Benelux-Einheitsgesetzes über das internationale Privatrecht*, *Ein Requiem*, *RabelsZ* 39 (1975) 224, 231 ff.

scheidung im Fall *Defrenne*<sup>38</sup> bis hin zum Urteil *Mangold*<sup>39</sup> ein Beleg dafür. Im ersteren Fall wurde die direkte Wirkung von Art. 119 EWGV (jetzt: Art. 157 AEUV) unter Hinweis auf eine „kommende“ Richtlinie begründet. Im letzteren Fall berief sich der Gerichtshof unter anderem auf eine Richtlinie, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen war, um das Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsleben als allgemeinen Rechtsgrundsatz durchzusetzen.

## VII. Ausblick

Damit ist das Terrain der nachfolgenden Referate im Wesentlichen abgesteckt. Zwar lassen sich wie geschehen gewisse Typen von Problemen identifizieren, doch scheinen sie allesamt in einen rechtlich wenig konturierten Bereich zu führen. Umso wichtiger ist es, einen Blick auf verschiedene Rechtsordnungen zu werfen. Unsere Erwartung geht dahin, in dem einen oder anderen Land Anhaltspunkte für Regeln zu finden, die einer Klärung der intertemporalen Dimension der richterlichen Rechtsfortbildung dienen.

### Summary:

#### THE TIME DIMENSION IN JUDICIAL LAW-MAKING – INTRODUCTION TO THE SYMPOSIUM

Wherever the law changes it must be determined which fact situations and disputes are still governed by the old law and which are covered by the new. Legislation often deals with this question in transitional provisions of a new statute which may be very detailed. Where the change in the law is due to new orientations of judicial practice, the answer must be given by the courts. National traditions and the procedural framework may have an im-

<sup>38</sup> Die unmittelbare Anwendung des Verbots der geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Arbeitsleben wurde im Fall *Defrenne* unter ausführlicher Berücksichtigung der Richtlinie 76/207 (ABl. 1976 L 39/40), die freilich auf den behandelten Sachverhalt noch nicht anwendbar war, begründet, siehe EuGH 15.6.1978 – Rs. 149/77 (*Defrenne ./. SABENA*), Slg. 1978, 1366, Tz. 16/18; siehe auch die ausführliche Würdigung durch den Generalanwalt Capotorti, ebd. 1388f.

<sup>39</sup> Die Grundlage für das Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, das der EuGH als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts qualifiziert, sieht der Gerichtshof in der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16, die auf den anhängigen Streitfall noch nicht anwendbar war, der der EuGH aber eine im Wesentlichen deklaratorische Bedeutung beilegt, EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (*Mangold ./. Helm*), Slg. 2005, I-10013, Tz. 74.

pact on the respective answers. The overall question splits into several sub-questions: Will a court confine the effect of its new case law to future cases, excepting the pending case from its judgment? Has the new orientation of the court a retroactive effect on analogous cases? To what extent will courts explain the change in jurisprudence by reference to statutes which have been adopted but not yet taken effect? This and the following papers dealing with these questions were presented and discussed at a comparative law conference held at the Institute on 14 June 2014.

