# Der verfahrensrechtliche Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung – Einführender Überblick –

Von Jürgen Basedow, Hamburg

*Inhaltsübersicht*


*I. Einleitung* . . . . . 237
*II. Richterliche Rechtsfortbildung* . . . . . 240
*III. Verfassungsrechtliche Grenzen* . . . . . 243
*IV. Institutionen und Beteiligte der Rechtsfortbildung* . . . . . 245
*V. Verfahrensarten* . . . . . 247
*VI. Informationelle Basis und Partizipation Dritter* . . . . . 250
*VII. Breitenwirkung* . . . . . 252
*VIII. Schluss* . . . . . 252
*Summary: The Procedural Framework for Judge-Made Law – An Introduction* . . 253


## I. Einleitung

Das Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung hat die Wissenschaft seit Generationen beschäftigt und über die Jahrzehnte ganze Bibliotheken hervorgebracht.[1] Das Interesse ist erstens rechtsphilosophischer oder rechtstheoretischer Art: Was ist Rechtsfortbildung im Unterschied zur Rechtsanwendung und wie ist sie zu erklären? Die Frage ist auf den ersten Blick nicht

[1] Siehe stellvertretend für die unüberschaubare Literatur etwa *Katja Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht – Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht (1996); Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, hrsg. von Gert Reinhart (1986), mit rund 30 Beiträgen zur Rechtsfortbildung auf einzelnen Rechtsgebieten; eine rechtsvergleichend-rechtstheoretische Analyse bei *Alfred Schramm*, „Richterrecht" und Gesetzesrecht, Rechtstheorie 36 (2005) 185–208; speziell unter dem Blickwinkel der europäischen Integration *Carsten Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen (2005); *Udo Di Fabio*, Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa (2012).

RabelsZ 80, 237–253 – DOI: 10.1628/003372516X14583027726071
ISSN 0033-7250 – © 2016 Mohr Siebeck

auf spezifische Rechtsordnungen bezogen und scheint sich der Rechtsvergleichung als Forschungsgegenstand deshalb nicht gerade anzubieten. Gleichwohl ist es sinnvoll, zu Beginn eines rechtsvergleichenden Symposiums darüber ein paar Gedanken zu skizzieren (siehe unten II.). Zweitens ist das Interesse verfassungsrechtlicher Art: Wie weit darf der Richter im konkreten Fall über die reine Umsetzung der abstrakten Rechtsnorm hinausgehen und selbst weitergehende Wertungen formulieren? Die Frage ist ersichtlich im positiven Verfassungsrecht einzelner Staaten verankert und verdient durchaus eine tiefere rechtsvergleichende Untersuchung durch Kenner der Materie; hier muss es mit einigen Worten zum deutschen Recht sein Bewenden haben (siehe unten III.).

Die Grundlage des Symposiums ist die Beobachtung, dass es trotz aller verfassungsrechtlichen Zweifel und ungeachtet einer überall geradezu geölt laufenden Gesetzgebungsmaschinerie richterliche Rechtsfortbildung gibt. Sie ist eine Tatsache, wie sich in der deutschen Umgangssprache an dem Wort des Grundsatzurteils ablesen lässt. Es gibt Rechtsfortbildung in den Ländern kodifizierten Rechts: Umfangreiche Rechtsprechungsuntersuchungen haben schon vor Jahrzehnten in Frankreich den „pouvoir créateur et normatif du juge" hervorgehoben[2] und in den Niederlanden zu der Schlussfolgerung geführt, „dat niet alle recht uit de wet kan worden afgeleid" und sogar „dat de rechter als de nood hoog is, wel […] de bereidheid toont om *contra legem* te gaan".[3] Ebenso gibt es die Rechtsfortbildung in Fallrechtsordnungen, wo sie gleichsam systemimmanent zu sein scheint. Beispielsweise lassen sich das Auswirkungsprinzip im amerikanischen internationalen Antitrustrecht[4] sowie die Herausbildung eines allgemeinen *tort of negligence* im *common law* nach der jeweiligen Vorgeschichte nur als Rechtsfortbildung interpretieren.[5]

---

[2] *Sadok Belaid*, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge (1974); ähnlich *Frédérique Ferrand*, Actualités sur la Cour de cassation française et son contrôle en matière civile – Entre tradition et modernisation, ZZPInt. 18 (2013) 33, 52: „La Cour de cassation française a atteint sa maturité, une confiance en sa place dans la société et en son rôle en matière d'interprétation – possiblement évolutive –, voire de création du droit." Siehe auch ihren Beitrag zu dem Symposium: *Frédérique Ferrand*, Der Avocat général bei der Cour de cassation und die richterliche Rechtsfortbildung in Frankreich, RabelsZ 80 (2016) 288–312 (in diesem Heft).

[3] *Henricus Joseph Snijders*, Rechtsvinding door de burgerlijke rechter (1978) 224.

[4] *United States v. Aluminium Company of America*, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945); zuvor hatte der Supreme Court das Territorialitätsprinzip als „general and almost universal rule" bezeichnet, siehe *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909); zur Entwicklung *Ivo Schwartz/Jürgen Basedow*, Restrictions on Competition, in: International Encyclopedia of Comparative Law, hrsg. von Konrad Zweigert/Ulrich Drobnig, Bd. III: Private International Law (2011) Kap. 35, Nr. 77 ff.

[5] Im Falle *Donoghue v Stevenson* [1932] 562 AC 562; zur Vorgeschichte siehe etwa *Franco Ferrari*, Produkthaftung und Negligence: Sechzig Jahre Donoghue v. Stevenson, ZEuP 1 (1993) 354–359 (357 f.); siehe auch *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 M&W 109, 152 ER 402.

Wer die richterliche Rechtsfortbildung als Faktum anerkennt, wird seinen Blick auf eine andere Frage richten. Statt des „Ob" rückt das „Wie" in den Mittelpunkt: Welche Verfahren und Institutionen begünstigen Rechtsfortbildung und welche erschweren sie? Ausgehend vom deutschen Recht erörtert Christian Heinze ihren verfahrensrechtlichen Rahmen.[6] Da dieser Rahmen von Land zu Land variiert, bietet sich die Rechtsvergleichung auch hier zur Beantwortung rechtspolitischer Fragen an: Wie lässt sich die richterliche Rechtsfortbildung optimieren? Wie kann man sicherstellen, dass Gerichte ihren rechtsfortbildenden Entscheidungen eine hinreichende Kenntnis der Tatsachen und beteiligten Interessen zugrunde legen, eine Kenntnis, die sich nicht nur auf den gerade anhängigen Fall bezieht, sondern insgesamt auf den streitgegenständlichen Rechts- und Lebensbereich? Gerichte können sich ihre Fälle nicht aussuchen. Auch wo es an einschlägigen Rechtssätzen fehlt, müssen sie entscheiden, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aussetzen wollen.[7] Dies führt oft dazu, dass Urteile Aussagen enthalten, die nur aus den besonderen Umständen des entschiedenen Falles zu erklären sind und sich kaum für eine Generalisierung eignen. Eine angloamerikanische Juristenweisheit besagt, dass „hard cases make bad law".[8] Wie lässt sich das verhindern? Und wie lässt sich, um diese Weisheit umzukehren, auf der anderen Seite gewährleisten, dass die richtigen Fälle vor die Gerichte kommen, damit „proper cases make good law"?

Beide Fragen sind im Kern verfahrensrechtlicher Natur. Sie betreffen vier Themenbereiche: die verantwortlichen Institutionen und Beteiligten (unten IV.), die Verfahrensarten (unten V.), die Informationsbasis rechtsfortbildender Entscheidungen (unten VI.) sowie ihre Ausstrahlung und ihr Echo in der Öffentlichkeit (unten VII.). Alle diese Umstände sind im nationalen Verfahrensrecht verankert. Eine rechtsvergleichende Untersuchung verspricht daher Anregungen für eine Ausgestaltung von Verfahren, die der rechtsfortbildenden Funktion der Rechtsprechung vielleicht eher gerecht werden als die Gegenwart.

---

[6] Siehe seinen Beitrag zu dem Symposium: *Christian Heinze*, Verfahrensrechtliche Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung in Deutschland, RabelsZ 80 (2016) 254–287 (in diesem Heft).

[7] So mit aller Klarheit Art. 6(1) der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950, 213 UNTS 22; in Frankreich mit Strafandrohung schon der *Code Napoléon*, siehe Art. 4 Code civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice." In der Schweiz siehe die konstruktive Anleitung in Art. 1 Abs. 2 ZGB: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

[8] Ein frühes Zitat findet sich in *Winterbottom* (1842) 10 M&W 109, 152 ER 402, 406, wo der Beklagte vertraglich eine *duty of care* gegenüber einem Dritten übernommen hatte, deren Erstreckung auf den Kläger das Gericht ablehnte; Rolfe, J. sagte zum Schluss: „Hard cases, it has been frequently observed, are apt to introduce bad law." Etwas abgewandelt durch Justice Oliver Wendell Holmes in dem kartellrechtlichen Fall *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 364 (1904): „Great cases, like hard cases, make bad law."

## II. Richterliche Rechtsfortbildung

Richterliche Rechtsfortbildung bezeichnet die Veränderung der objektiven Rechtslage durch Richterspruch, sowohl das Ergebnis wie auch den Vorgang. Sie wird festgestellt durch einen Vergleich der Rechtslage vor und nach der richterlichen Intervention. Sie impliziert, dass die richterliche Entscheidung über den entschiedenen Fall hinauswirkt, dies nicht in einem prozessrechtlichen Sinne, wohl aber in der Sache.

Die rechtstheoretischen Debatten sind in Europa seit dem Ende der Aufklärung zunächst geprägt durch ein verbreitetes Misstrauen gegenüber der kreativen Rolle des Richters,[9] später durch die Suche nach Methoden der Rechtsanwendung, die Eindeutigkeit der Ergebnisse verbürgen, wie dies besonders in der Begriffsjurisprudenz zum Ausdruck kam.[10] Diese Bestrebungen, die Rolle des Richters auf die simple Deduktion aus dem als umfassend gedachten Gesetzestext zu reduzieren, sind sämtlich gescheitert. Seit einem Jahrhundert ist die Rechtstheorie bemüht, die Spielräume richterlicher Gestaltung zu erweitern, um damit Anschluss an die Realität zu finden. Neben das Deduktionsmodell der juristischen Argumentation traten weitere Modelle der Rechtsfindung: Alexy hat sie als Dezisionsmodell, hermeneutisches Modell, Kohärenzmodell und als Diskursmodell charakterisiert.[11] Allen gemeinsam ist, dass sie die Deduktion aus dem abstrakten Rechtssatz als alleinige Methode der Rechtsfindung ablehnen und damit die Aufgabe des Richters zur Rechtsfortbildung bejahen.

Gleichwohl halten die neueren Strömungen an der Vorstellung fest, es gebe für einen Rechtskonflikt eine – wenn auch nicht notwendig nur eine einzige – richtige Entscheidung. Verlangt wird eine „methodisch geleitete Rechtsfortbildung".[12] Um die Grenzen des Zulässigen zu markieren, hat man verschiedene Unterscheidungen getroffen: die Rechtsfortbildung *secundum legem*, *praeter legem* und *contra legem*;[13] die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung zur Lückenfüllung und die gesetzesübersteigende Rechtsfortbil-

---

[9] Vgl. für das Preußische Allgemeine Landrecht *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit[2] (1976) 329; *Ekkehard Schumann*, Das Rechtsverweigerungsgebot, ZZP 81 (1968) 79, 80–89 zum revolutionären Recht in Frankreich sowie zur Entwicklung in Preußen und im josefinischen Österreich.

[10] Vgl. das berühmte Dictum von *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts[7], Bd. I (1891) 60: „Die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Faktoren sind; die Rechnung muss natürlich ein um so sichereres Fazit ergeben, je fester der Wert der Faktoren ist."

[11] *Robert Alexy*, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, in: Elemente einer juristischen Begründungslehre, hrsg. von Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen et al. (2003) 113–122.

[12] *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[4] (1979) 350.

[13] Siehe etwa *Gustav Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/2 (1952) 142.

dung.[14] Solche Klassifizierungen sind eine fragwürdige Hilfe. Wer die Spruchpraxis der Gerichte betrachtet, wird sie verwerfen und in dem Übergang von der reinen Deduktion bis hin zur Rechtsfortbildung gegen den Gesetzeswortlaut eher ein Kontinuum sehen.[15] In ihm spielen viele Faktoren eine Rolle: die Bestimmtheit und Eindeutigkeit sowie das Alter des Gesetzes; Veränderungen im normativen Umfeld und in der Wertehierarchie einer Gesellschaft; die Neuartigkeit einer Fragestellung; die vom Gericht wahrgenommenen Erwartungen der Bevölkerung und anderes mehr.[16] Im Ergebnis resultiert die Rechtsfindung aus einer Fülle von Faktoren; die überkommene Regel ist dabei nur einer von vielen, wenn auch einer von großer Bedeutung.

Dies lenkt den Blick auf die Wirklichkeit der richterlichen Rechtsfortbildung. Sie ist manchmal das Ergebnis eines einzigen Urteils; man denke nur an die Umkehrung der Beweislast, die der Bundesgerichtshof für die Verschuldensfrage bei der Produzentenhaftung gemäß § 823 I BGB im sogenannten „Hühnerpestfall" vor langer Zeit anordnete. Dies war die Antwort der Rechtsprechung auf ein damals als drängend empfundenes und vom Gesetzgeber nicht gelöstes soziales Problem, nämlich die Schädigung durch fehlerhafte Produkte. Das Urteil wurde sogleich als grundlegende Neuorientierung aufgefasst.[17]

Häufiger ist die richterliche Rechtsfortbildung prozesshaft und folgt aus einer Serie von Gerichtsentscheidungen; beispielsweise ist in Deutschland das Institut der Sicherungsübereignung zu nennen, das seine besondere Stellung zwischen Pfandrecht und Volleigentum über Jahrzehnte hinweg in einem Zwiegespräch zwischen Kautelarjurisprudenz und höchstrichterlicher Rechtsprechung erhalten hat.[18] Auch die Konkretisierung von Generalklauseln gehört hierher, werden sie doch als „‚wertungsoffene' Tatbestands- und

---

[14] *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 12) 354 ff., 402 ff.

[15] Siehe etwa *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie[2] (1997) 91: „So unterscheiden sich die verschiedenen Rechtsfindungsmodi auch nicht qualitativ, sondern durch den Grad der Extension des Gesetzes: Zahlbegriffe – eindeutiger Wortlaut – möglicher Wortsinn – Gesetzestelos – Analogie/Umkehrschluß – freie richterliche Rechtsfortbildung." Ähnlich *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 12) 350: „Gesetzesauslegung und richterliche Rechtsfortbildung dürfen nicht als wesensverschieden angesehen werden, sondern nur als voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens." Die Diskurstheorie postuliert zwar den Vorrang der Autorität des positiven Rechts, erkennt aber an, dass „substantielle Gründe […] in einzelnen Fällen ein so großes Gewicht haben" können, dass sie vorgehen, vgl. *Alexy*, Juristische Argumentation (Fn. 11) 121.

[16] Dieses Thema wird in einer vergleichenden Sicht auf die moderne Rechtstheorie variiert von *H.C.F. Schoordijk*, Realistische en pragmatische rechtsvinding – Taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld (2014).

[17] BGH 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91; die Anmerkung von *Uwe Diederichsen*, NJW 1969, 269, 276, beginnt mit dem emphatischen Satz: „Mit dem vorliegenden Urteil des VI. Zivilsenats des BGH ist die Warenherstellerhaftung Wirklichkeit geworden!"

[18] Vgl. schon *Boehmer*, Grundlagen (Fn. 13) 148; bekanntlich hat *Rolf Serick*, Eigentums-

Rechtsfolgenelemente" angesehen, „die durch den Interpreten elastisch an neue Wertungshorizonte angepasst werden können."[19] Die Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB) belegt dies zur Genüge; als die behördliche Vorabkontrolle von AVB im Zuge der Deregulierung 1994 abgeschafft wurde, reagierte der BGH umgehend, indem er die entstandene Kontrolllücke durch die Ex-post-Kontrolle der AVB am Maßstab von § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB) füllte.[20]

Eine Erscheinung moderner Zeiten ist der Dialog zwischen Gerichten verschiedener Provenienz und Widmung, der ebenfalls zur Fortbildung des Rechts beiträgt: Entsprechende Impulse ergeben sich für die allgemeinen Gerichte aus den Entscheidungen von Verfassungsgerichten, des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Die Aufgabe dieser Gerichte liegt jeweils nicht in der Durchsetzung der allgemeinen Rechtsordnung, sondern in der Umsetzung von Verfassungsrecht, Europarecht, Menschenrechten. Wo diese Rechtsgebiete das allgemeine Recht überlagern, geben sie der Rechtsfortbildung neue Anstöße. Prägnantes Beispiel ist etwa die Anerkennung US-amerikanischer Entscheidungen in Sachen Leihmutterschaft durch den BGH,[21] inspiriert, aber nicht etwa geboten durch die neuere Spruchpraxis des EGMR, die gar nicht auf Deutschland und das deutsche Recht bezogen war.[22]

Die skizzierten unterschiedlichen Formen der Rechtsfortbildung weisen auf potenziell verschiedene Einstellungen der Gerichte hin. Zum Teil greifen sie die Aufgabe der Rechtsfortbildung in aller Offenheit auf, zum Teil tasten sie sich eher von Fall zu Fall voran, so dass die Fortbildung des objektiven Rechts nur *ex post* im Rückblick auf eine größere Zahl von Urteilen erkennbar ist.

---

vorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. I–VI (1963–1986), sein wissenschaftliches Lebenswerk diesem langjährigen Gestaltungsprozess gewidmet.

[19] *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998) 99.

[20] Dazu *Wolfgang Römer*, Die Bedeutung der AGB-Kontrolle von Versicherungsbedingungen – jetzt und in Zukunft, in: Deregulierung – Private Krankenversicherung – Kfz-Haftpflichtversicherung, hrsg. von Hans-Peter Schwintowski (1994) 50, 57 f. Römer war Mitglied des IV. Zivilsenats des BGH, zuständig für das Versicherungsvertragsrecht. Der BGH hat in den Folgejahren eine Fülle von AVB-Klauseln der Inhaltskontrolle unterzogen, siehe *Jürgen Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[4] (2001) § 23 AGBG Rn. 95 ff.

[21] BGH 10.12.2014 – XII ZB 463/13, FamRZ 2015, 240 mit Anmerkung *Tobias Helms*.

[22] EGMR 26.6.2014 – 65192/11 (*Mennesson ./. France*); 26.6.2014 – 65941/11 (*Labassée ./. France*); siehe hierzu *Konrad Duden*, International Surrogate Motherhood – Shifting the Focus to the Child, ZEuP 23 (2015) 637–660.

## III. Verfassungsrechtliche Grenzen

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 II GG)[23] weist die abstrakt-generelle Ordnung der Lebensverhältnisse dem Gesetzgeber zu, die konkret-individuelle Gestaltung nach rechtlichen Regeln dagegen den Gerichten. Indem richterliche Rechtsfortbildung über den zu entscheidenden konkret-individuellen Fall hinaus auf die abstrakt-generelle Rechtslage einwirkt, überschreitet sie die skizzierte Grenzlinie und wirft die Frage auf, ob der Eingriff in die Domäne der Gesetzgebung zulässig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat einerseits auf die Gesetzesbindung der Gerichte hingewiesen,[24] die genannte Frage aber andererseits des Öfteren bejaht.[25]

Dies war anders auch gar nicht möglich. Das objektive Recht regelt rechtliche Konflikte ja nicht flächendeckend. Es gibt Lücken, und es gibt ganze Rechtsgebiete, für die das Gesetz keine Regelungen und noch nicht einmal Anhaltspunkte enthält, in Deutschland z. B. das Arbeitskampfrecht, das Seeversicherungsrecht oder das internationale Gesellschaftsrecht. Die Suche nach dem vorrangigen Gesetz weist im Übrigen auf eine Eigenart des politischen Systems hin: Politiker müssen nicht handeln, wenn sie nicht wollen. Manche Themen sind zu banal oder zu rechtstechnisch, andere zu heikel, als dass sie sich für die politische Auseinandersetzung eignen, so dass eine an sich erforderliche Gesetzgebung unterbleibt. So sind viele Gesetze unter sozioökonomischen Verhältnissen erlassen worden, die längst nicht mehr der Gegenwart entsprechen; so verblasst der Anspruch dieser Gesetze auf sachgerechte Regelung und damit auch ihre Autorität. Ferner ist die Rechtsprechung gemäß Art. 20 III GG an Gesetz „und Recht" gebunden, also an einen Normenkomplex, der offenbar vom Gesetz zu unterscheiden ist und nicht unbedingt die gleiche unveränderliche Geltungsstarre aufweist wie das Gesetz. Schließlich steht das Recht in dem Mehrebenensystem der Gegen-

---

[23] Dazu *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland[3], hrsg. von Josef Isensee/Paul Kirchhof, Bd. III (2004) § 26 Rn. 46 ff.

[24] BVerfG 3.11.1992 – BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280: „Das Bundesverfassungsgericht greift erst ein, wenn sich ein Richterspruch über die aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Gesetzesbindung hinwegsetzt."

[25] In BVerfG 24.2.2015 – BvR 472/14, NJW 2015, 1506, Tz. 39 heißt es: „Schöpferische Rechtsfindung durch gerichtliche Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung ist praktisch unentbehrlich und wird vom Bundesverfassungsgericht seit jeher anerkannt"; es folgen zahlreiche Verweisungen auf frühere Urteile. Gleichwohl hielt das BVerfG dafür, dass die gerichtliche Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters zu erteilen, die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreitet. Verfassungsrechtliche Grenzen „ergeben sich auch aus den Grundrechten" (Tz. 40), *in casu* aus dem Persönlichkeitsrecht der Mutter; ihre Verpflichtung zur Preisgabe des Namens könne nicht allein aus § 242 BGB abgeleitet werden, sondern setze „konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte voraus" (Tz. 48).

wart nicht selten in Spannung zu Normen anderer Provenienz, einer Spannung, die durch Hierarchisierung der Rechtsquellen nicht immer aufgelöst werden kann und nach schöpferisch-ausgleichenden Lösungen der Gerichte verlangt.[26]

Richterliche Rechtsfortbildung ist danach unausweichlich. Streiten lässt sich nur über Umfang und Grenzen. Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Rechtsfortbildung *praeter legem* an,[27] deutet aber an, dass im „eindeutigen Gesetzeswortlaut"[28] und im Respekt für die „gesetzgeberische Grundentscheidung"[29] eine Grenze besteht. Die Zweideutigkeiten beginnen freilich oft mit dem Begriff der Eindeutigkeit. Wie der Streit um die Kosten des Ausbaus fehlerhafter Ware beim Verbrauchsgüterkauf zeigt, ist auch die Wortlautgrenze nicht unverrückbar. Nach § 439 III Satz 3 BGB hat der Käufer kein Recht auf Ersatzlieferung, wenn diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist; er kann dann nur Mängelbeseitigung verlangen. Im streitigen Fall mussten mangelhafte, schon verlegte Fliesen wieder abgeschlagen werden, damit Ersatzfliesen geliefert und montiert werden konnten. Der EuGH hat hier die zugrunde liegende Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf[30] dahin ausgelegt, dass der Verkäufer im Prinzip auch solche Kosten der Ersatzlieferung zu tragen hat.[31] Daraufhin hat der BGH dem Käufer das Recht auf Ersatzlieferung zuerkannt, sofern „angemessene" Kosten für den Ausbau der fehlerhaften Ware in Rechnung gestellt werden. Das Gericht hat dies als „teleologische Reduktion" bezeichnet.[32] Doch würdigen manche das Urteil des BGH als Rechtsfortbildung *contra legem*, da in der Sache ein Anspruch gewährt werde, den der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform ausdrücklich ausgeschlossen habe.[33] Jedenfalls wird hier die Not-

---

[26] *Schoordijk*, Rechtsvinding (Fn. 16) 50 ff., handelt diese Problematik unter der Überschrift „pragmatisme en pluralisme" ab.

[27] BVerfG 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89, BVerfGE 88, 145, 166 f.: „Eine Rechtsfortbildung *praeter legem* bedarf zwar sorgfältiger Begründung, ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen."

[28] BVerfG 5.11.1985 – 2 BvR 1434/83, BVerfGE 71, 122, 136; freilich rügte das BVerfG hier nicht eigentlich das Ergebnis des vorangegangenen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, sondern die mangelnde Begründung der Versagung von Prozesskostenhilfe.

[29] BVerfG 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, BVerfGE 96, 375, 395 (Unterhaltsanspruch gegen Arzt für ungewolltes Kind nach fehlgeschlagener Sterilisation); zum Ganzen eingehend *Bodo Pieroth/Tobias Aubel*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, 504–510.

[30] Richtlinie 99/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

[31] EuGH 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 (*Gebr. Weber ./. Wittmer*), Slg. 2011, I-5257, ECLI:EU:C.2011:396.

[32] BGH 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148.

[33] Siehe *Clemens Höpfner*, Anmerkung, JZ 2012, 468, 473, 475 f.; *Alexander Weiss*, Gespalten oder einheitlich?, Über die rechtliche Behandlung sogenannter Hybridnormen in nationalen Rechtsordnungen, EuZW 2012, 733, 736: „Verschiebung der *contra legem*-Grenze";

wendigkeit für flexible Grenzen der Rechtsfortbildung im Mehrebenensystem deutlich.

## IV. Institutionen und Beteiligte der Rechtsfortbildung

Rechtsfortbildung ist primär eine Sache der obersten Gerichte. Dies zeigen für die Niederlande und Frankreich die eingangs erwähnten Untersuchungen.[34] In Deutschland weist die neuere Gesetzgebung zum Verfahrensrecht den Obergerichten diese Aufgabe sogar explizit zu.[35] Damit ist unteren Instanzen die Mitsprache nicht völlig abgeschnitten. Aufgrund verfahrensrechtlicher Besonderheiten werden sie sogar gelegentlich anstelle des obersten Gerichts eines Landes tätig, wie dies etwa 1945 im kartellrechtlichen *Alcoa*-Fall in den USA geschehen ist.[36] Im Übrigen können sie manchmal – oder müssen sogar – Rechtsfragen höheren Gerichten wie dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV oder dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 GG vorlegen, um diese zur Rechtsfortbildung zu veranlassen.

Obergerichte sind überwiegend mit der Kontrolle der Rechtsanwendung befasst, in den Worten von Frédérique Ferrand mit der „cassation disciplinaire"; daneben widmen sie sich aber auch der „cassation normative", der schöpferischen Fortentwicklung des Rechts.[37] Dafür verfügen sie häufig über besondere Spruchkörper, denen mehr Richter als sonst angehören und denen höhere Autorität zukommt. Die Zuweisung einer Sache an sie verdeutlicht das besondere Gewicht der zu entscheidenden Rechtsfrage und den wegweisenden Charakter des Urteils. Hierher gehören in Deutschland die Großen Senate bei den obersten Bundesgerichten sowie der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte,[38] in Frankreich die *Formation plenière*

---

*Carsten Herresthal*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289, 295; dagegen etwa *Monika Schlachter*, Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung und Pflicht zur Umsetzung des Unionsrechts, EuZA 2015, 1, 12 f.

[34] Siehe die Nachweise oben Fn. 2 und 3.

[35] Siehe etwa § 132 IV GVG betreffend die Vorlage an den Gemeinsamen Senat der Obersten Bundesgerichte; siehe auch § 542 II Nr. 2 ZPO: „Die Revision ist zuzulassen, wenn […] 2. die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert." Ähnlich bzgl. der Zulassung der Rechtsbeschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 70 II Nr. 2 FamFG.

[36] Siehe oben Fn. 4; der Circuit Court für den 2nd Circuit wurde hier tätig, weil im Supreme Court vier Richter befangen waren und deshalb das Quorum von sechs Richtern nicht erreicht wurde, vgl. *Philip Areeda*, Antitrust Analysis[2] (1974) Rn. 205.

[37] *Ferrand*, ZZPInt. 18 (2013) 33, 51.

[38] *Curt Wolfgang Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995) 88 ff., 107 ff.

*de la chambre* oder die *Assemblée plenière* der *Cour de cassation*[39] und beim Europäischen Gerichtshof die *Grande chambre* mit 13 Richtern.[40]

Die Obergerichte können in ihren verschiedenen Formationen nur tätig werden, wenn ihnen geeignete Fälle durch Antragsteller vorgelegt werden. Wenn wie in Frankreich in jedem Jahr rund 20.000 Kassationsanträge in Zivilsachen gestellt werden,[41] sind darunter genügend Fallgestaltungen, die eine differenzierende Fortbildung des Rechts ermöglichen; hier liegt das Problem wohl eher darin, die enorme Menge der Fälle zu sichten und zu ordnen. In Deutschland liegt die Zahl der Neueingänge von Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden gegenwärtig bei rund 4.000 Sachen pro Jahr,[42] in den Niederlanden gelangen jährlich etwa 500 neue Zivilfälle zum *Hoge Raad*.[43] Je geringer der Zugang neuer Sachen bei dem obersten Gericht ist, desto schwerer fällt es ihm, Rechtsfortbildung in der oben beschriebenen prozesshaften Weise, tastend von Fall zu Fall, zu betreiben. Institutionelle Ergänzungen wie das niederländische *Parket*, bestehend aus dem *Procureur-Generaal* und den *Advocaten-Generaal*, sowie Sonderverfahren, nämlich Vorlagen an den *Hoge Raad* oder die Kassation im Interesse des Gesetzes, haben hier eine wichtige Funktion, von der im Referat von *Ernst Numann* noch näher die Rede sein wird.[44]

Neben Institutionen, die richterliche Rechtsfortbildung begünstigen, stehen solche, die sie geradezu erschweren; dazu gehören die Träger alternativer Streitbeilegung. Die neuere Rechtsentwicklung ist in ganz Europa durch die Verlagerung von Streitsachen in die Schiedsgerichtsbarkeit[45] und andere alternative Streitbeilegungsmechanismen[46] geprägt. Dieser Wandel ist hier

---

[39] *Ferrand*, ZZPInt. 18 (2013) 33, 51.

[40] *Hannes Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012) 259 f.

[41] Siehe die Statistiken bei *Ferrand*, ZZPInt. 18 (2013) 33, 39 ff.

[42] Im Jahre 2014 gingen beim Bundesgerichtshof 4.158 Revisionen ein, einschließlich 2.364 Nichtablehnungsbeschwerden, siehe die Statistiken unter <www.bundesgerichtshof.de> (Statistik – Geschäftsstatistik der Zivilsenate).

[43] Siehe die Statistik unter <www.rechtspraak.nl> (Jaarcijfers 2014 – Bijlage 2 totaaloverzicht).

[44] Siehe *Ernst Numann*, Die rechtsfortbildende Funktion des Hoge Raad der Nederlanden, RabelsZ 80 (2016) 313–326 (in diesem Heft). Zur *cassatie in het belang der wet* siehe schon *Snijders*, Rechtsvinding (Fn. 3) 129 ff.; danach waren in den Jahren 1970–1974 ca. 7% aller Kassationsverfahren vom Parket im Interesse des Gesetzes angestrengt worden, S. 132; sie betrafen zumeist das Prozess- und Beweisrecht, S. 217.

[45] Siehe etwa die Statistiken in *Jürgen Basedow*, EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice, J.Int'l Arb. 32 (2015) 367, 382: Vervierfachung der Streitigkeiten in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit binnen 20 Jahren.

[46] Siehe Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. 2013 L 165/13 (sog. ADR-Richtlinie); Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2008 L

nicht näher zu kommentieren. Er hat freilich auf den Gegenstand dieses Symposiums, die richterliche Rechtsfortbildung, sehr unwillkommene Auswirkungen. In dem Maße, wie Streitfälle den allgemeinen Gerichten entzogen werden, verlieren diese nämlich die Möglichkeit, durch ihre Judikatur das Recht auf den betroffenen Gebieten weiterzuentwickeln. Die entstehenden Lücken werden nicht etwa durch die außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen gefüllt; ihnen fehlt dazu die Legitimation und die erforderliche Öffentlichkeit, vielfach auch die Rechtsförmlichkeit der Verfahren. Helfen könnten Regeln, die rechtsgrundsätzliche Fragen der Zuständigkeit der außergerichtlichen Gremien entziehen[47] oder die es diesen Gremien erlauben, solche Fragen unter bestimmten Umständen den obersten Gerichten vorzulegen.

## V. Verfahrensarten

Wo Gerichtsurteile über den entschiedenen Fall hinausweisen, entfalten sie eine abstrakt-universelle Wirkung, ähnlich den gesetzten Normen. Diese abstrakt-universelle Bedeutung kontrastiert mit der konkret-individuellen Eigenart des entschiedenen Streitfalles. „Normen enthalten", so Alexy, nur „wenige Merkmale, Sachverhalte potentiell unendlich viele".[48] Die Gewinnung einer abstrakt-universellen Regel aus einem konkret-individuellen Fall ist daher nur mit Vorsicht möglich; Präjudizien sind „on the facts" zu lesen. Dies betrifft die klassischen Einzelstreitverfahren.

Daneben etablieren sich freilich zunehmend abstrakte Gerichtsverfahren, die nicht unmittelbar der Entscheidung eines konkreten Falles dienen. Hierher gehört die abstrakte Normenkontrolle, in Deutschland in Art. 100 GG angeordnet, in Frankreich nunmehr ebenfalls vorgesehen in Art. 61-1 der 2008 revidierten Verfassung von 1958, und zwar allein auf Vorlage der *Cour de cassation;* ähnlich liegen die Dinge in der Europäischen Union bei dem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV, aber auch bei Ver-

136/3; siehe dazu *Caroline Meller-Hannich/Armin Höland/Elisabeth Krausbeck*, „ADR" und „ODR": Kreationen der europäischen Rechtspolitik – Eine kritische Würdigung, ZEuP 22 (2014) 8–38.

[47] Siehe in Deutschland § 8 II der Verfahrensordnung des Versicherungsombudsmanns (VomVO) in der Fassung vom 21.11.2013, abrufbar unter <www.versicherungsombudsmann.de> (Wir über uns – Verfahrensordnung): „Der Ombudsmann soll die Befassung mit der Beschwerde in jeder Lage des Verfahrens ablehnen, wenn diese eine entscheidungserhebliche, streitige, höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage betrifft, um deren rechtliche Lösung der Autorität der Gerichte zu überlassen." Siehe dazu *Jürgen Basedow*, Besserer Zugang zum Recht und Justizentlastung: Der Versicherungsombudsmann in Deutschland, in: FS Konstantinos D. Kerameus (2009) 61 ff., 70 f.

[48] *Alexy*, Juristische Argumentation (Fn. 11) 115.

bandsklageverfahren, wie sie in Art. 7(2) der Klauselrichtlinie[49] vorgesehen sind. Sogar vollständig losgelöst von Einzelkonflikten sind höchstrichterliche Auslegungsrichtlinien, die in den früheren sozialistischen Staaten gang und gäbe waren[50] und die, wie dies im Referat von *Knut B. Pißler* noch näher ausgeführt wird,[51] auch heute noch in China erlassen werden. Eignen sich solche abstrakten Verfahren eher für die Rechtsfortbildung?

Eine bejahende Antwort scheint nahezuliegen, können die Urteile in den abstrakten Verfahren doch ohne Rücksicht auf die einengenden Fakten eines konkreten Streitfalles gefällt werden. Sie kommen insofern den Entscheidungen von Gesetzgebern nahe. Gerade darin liegt aber auch ein Problem. Denn auch die höchsten Gerichte verfügen im Allgemeinen nicht über die Informationen, die sich ein Gesetzgeber zunutze machen kann. Wenn in einem Ministerium ein Referentenentwurf ausgearbeitet wird, so finden eine Abstimmung mit anderen Ressorts und eine breite Konsultation aller betroffenen Kreise statt; mehrere Dutzend Verbände erhalten die Gelegenheit, sich aus ihrer Sicht und Kenntnis der Dinge zu dem Entwurf zu äußern. Im Ergebnis werden problematische Sachverhaltsgruppen vom Anwendungsbereich des künftigen Gesetzes häufig ausgenommen oder einer Sonderregelung unterstellt; der Entwurf wird an die unterschiedlichen Bedürfnisse der gesellschaftlichen Gruppen angepasst.

Eine solche mäßigende Wirkung ergibt sich in gerichtlichen Einzelstreitverfahren aus der Konfrontation des Gerichts mit den Tatsachen des anhängigen Falles; sie ist in abstrakten Gerichtsverfahren dagegen nur sehr schwer zu erzielen. Die Ergebnisse sind manchmal erstaunlich. Zum Beispiel hat der EuGH die Verordnung über Eisenbahn-Fahrgastrechte[52] dahingehend ausgelegt, dass die pauschale Fahrpreisentschädigung, die Art. 17 für den Fall der Verspätung vorsieht, auch im Falle höherer Gewalt zu zahlen ist.[53] Dies geschah auf Vorlage des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs, der als Rechtsmittelinstanz der zuständigen Genehmigungsbehörde mit den Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Österreichischen Bundesbahn (ÖBB) befasst war. Ein durch und durch abstraktes Verfahren also. Man stelle sich vor, dass die gleiche Frage dem EuGH in einem konkreten Streitfall vorgelegt worden wäre, zum Beispiel nach einem Terroranschlag im Wiener Westbahnhof oder einem Erdrutsch am Arlberg, der Menschenle-

[49] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

[50] Siehe für die frühere DDR *Kurt Wünsche* (als Leiter eines Autorenkollektivs), Grundlagen der Rechtspflege[2] (1986) 101–104.

[51] Siehe *Knut Benjamin Pißler*, Höchstrichterliche Interpretationen als Mittel der Rechtsfortbildung in der Volksrepublik China, RabelsZ 80 (2016) 372–398 (in diesem Heft).

[52] Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. 2007 L 315/14.

[53] EuGH 26.9.2013 – Rs. C-509/11 (*ÖBB-Personenverkehr AG*), ECLI:EU:C:2013:613.

ben gefordert hätte, während ein Überlebender nun von der ÖBB die pauschale Fahrpreisentschädigung verlangt. Hätte der EuGH unter Berufung auf das Gesetzgebungsverfahren ebenso entschieden? Oder hätte er sich im Lichte der Geschehnisse darauf besonnen, was höhere Gewalt in der europäischen Rechtstradition eigentlich bedeutet, nämlich, in der plastischen Diktion des *common law*, „Acts of God and of the Queen's enemies",[54] die nun einmal jeder als Schicksal hinzunehmen hat?

Ähnlich verhält es sich mit dem Urteil *Test-Achats*, in dem der EuGH die Ausnahmeregelung für die Versicherung in der Antidiskriminierungsrichtlinie 2004/113[55] für ungültig erklärte und zugleich einen zukünftigen Zeitpunkt, den 21. Dezember 2012, für die Wirkung dieses Urteils festlegte.[56] Auch dieses Verfahren war schon auf nationaler Ebene rein abstrakt geführt worden: Die Verbraucherorganisation *Test-Achats* hatte beim belgischen Verfassungsgerichtshof Klage auf Nichtigerklärung des belgischen Umsetzungsgesetzes erhoben; der Verfassungsgerichtshof legte seinerseits dem EuGH die Frage nach der Rechtsgültigkeit der Ausnahmeregelung in der EU-Richtlinie vor. Alles geschah ohne Ansehung eines konkreten versicherungsrechtlichen Streitfalles, nach Art eines Gesetzgebers, aber ohne Abschätzung der wirtschaftlichen Folgen, die letztlich in einer flächendeckenden Prämienerhöhung für alle – Männer und Frauen gleichermaßen – bestanden. Wie hätte der EuGH entschieden, wenn ein 35-jähriger Autobesitzer nach Abschluss einer Kfz-Haftpflichtversicherung vor einem Zivilgericht eine Herabsetzung seiner Prämie verlangt hätte, dies mit der Begründung, dass seine Zwillingsschwester bei dem gleichen Unternehmen *ceteris paribus* eine niedrigere Prämie zahlt? Vielleicht hätte der EuGH in einem solchen Fall sein Urteil doch eher beschränkt auf „Umstände wie die des Ausgangsverfahrens" – eine nicht selten anzutreffende Formulierung. Jedenfalls hätte er die Wirkungen der Entscheidung nicht auf die Zukunft verschieben können.

Diese Beispiele beleuchten die Problematik abstrakter Gerichtsverfahren für die Rechtsfortbildung. In ihnen fehlt der mäßigende Druck der konkre-

---

[54] Von der absoluten Haftung der *common carriers* lässt das *common law* nur wenige Ausnahmen zu, insbesondere in den Fällen der „Acts of God and of the King's/Queen's enemies", vgl. *Otto Kahn-Freund*, The Law of Carriage by Inland Transport[4] (1965) 243, 246; während das Konzept der „Acts of God" sich insbesondere auf Naturgewalten bezieht und auch heute noch Verwendung findet, ist dasjenige der „Acts of the King's/Queen's enemies" in den heute gebräuchlichen Beförderungsbedingungen aufgespalten in mehrere Unterbegriffe: „war", „hostilities", „civil war", „rebellion and insurrection", „riots"; vgl. *Malcolm Clarke*, International Carriage of Goods by Road – CMR[6] (2014) Rn. 236a–236f.

[55] Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.

[56] EuGH 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Test-Achats ./. Conseil des ministres*), Slg. 2011, I-800, ECLI:EU:C:2011:100, Tz. 34.

ten Lebensumstände. Das richterliche Urteil wird zur Wertungsentscheidung, ohne dass das Gericht sich immer alle Situationen vergegenwärtigt, in denen sein Urteil Wirkung entfalten soll. Nicht Gerechtigkeit im Einzelfall, das *suum cuique*, beseelt den Richter, sondern ein nicht selten auch politisch getriebener Wunsch, die Gesellschaft zu formen. Darin liegt eine Gefahr für die Eigenständigkeit des Rechts. Wer sie eindämmen will, müsste den Gerichten vor allem Mittel zur Verfügung stellen, mit denen sie ihre Informationen über die Folgen ihrer Entscheidungen und über die Interessen der betroffenen Kreise verbessern können.

## VI. Informationelle Basis und Partizipation Dritter

Da Rechtsfortbildung die objektive Rechtslage verändert, wirkt sie, ohne dass das Gericht sich dessen immer bewusst ist, potentiell auch auf Dritte, die an dem rechtsfortbildenden Verfahren nicht beteiligt sind. Gleichwohl kann ihr Ergebnis für sie künftig Bedeutung erlangen. Dann ist es aber für eine weitere Änderung vielleicht zu spät, weil sich die neue Rechtslage in den Auffassungen der beteiligten Kreise schon verfestigt hat. Faktische oder rechtliche Bindung an das fortgebildete Recht und Partizipation an seinem Zustandekommen fallen also unter Umständen auseinander.

Das Verfahrensrecht sieht an manchen Stellen Mechanismen vor, die Dritten Gelegenheit geben sollen, Informationen über ihre besondere Lage und Interessen in das Verfahren einzubringen oder dort Anträge zu stellen. Die Regeln über die Haupt- und Nebenintervention im deutschen Zivilprozessrecht (§§ 64, 66 ZPO) setzen freilich voraus, dass der Intervenient sich eines eigenen subjektiven Rechts an dem Gegenstand bzw. eines rechtlichen Interesses an dem Ausgang eines Verfahrens zwischen anderen Parteien berühmt. Für das rechtliche Interesse wird dabei zu einer der Parteien eine Rechtsbeziehung verlangt, kraft derer sich der Ausgang des Verfahrens auf den Nebenintervenienten auswirkt.[57] Dies wird oft nicht der Fall sein, wenn sich in einem Prozess zwischen anderen Personen abzeichnet, dass das Gericht in seinem Urteil das Recht fortbilden könnte. Hier geht es dem Dritten darum, seine Belange zu artikulieren und Informationen einzubringen, die dem Gericht ein differenzierteres Bild von dem streitgegenständlichen Lebensbereich geben als die Vorträge der Parteien; vielleicht möchte er auch das Terrain bereiten für künftige eigene Streitigkeiten. Das Interesse daran kann zwar im Hinblick auf die eigene Rechtslage virulent sein, ist aber kein „rechtliches Interesse" im Sinne von § 66 ZPO.[58]

[57] Siehe eingehend die Kommentierung von *Stephan Weth*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO[12] (2015) § 66 Rn. 5 ff.

[58] So etwa unter Berufung auf frühere Entscheidungen BGH 10.2.2011 – I ZB 63/09, NJW-RR 2011, 907, 908, Rn. 10: „Der bloße Wunsch der Nebenintervenienten, der Rechts-

Vor internationalen Gerichtshöfen wie dem EGMR wird unbeteiligten Dritten die Möglichkeit, sich in Verfahren zwischen anderen Personen einzubringen, durchaus häufiger eingeräumt. Bei den unbeteiligten Dritten handelt es sich durchweg um Staaten, von deren Konsens die Bildung von Völkerrecht letztlich abhängt, so dass die Offenheit für die Beteiligung Dritter in den völkerrechtlichen Verfahrensnormen nicht erstaunen kann.[59] Auch in den Verfahren vor dem EuGH haben nach Art. 40 seiner Satzung[60] die Mitgliedstaaten das Recht beizutreten, andere Personen dagegen nur bei berechtigtem Interesse. Die Beteiligung der Dritten hängt in diesen Fällen nicht von entsprechenden Anträgen einer Prozesspartei ab, sondern allein von der eigenen Entscheidung des Dritten.

Damit ist die Brücke geschlagen zu der Stellung des *amicus curiae* im Verfahrensrecht amerikanischer Gerichte; seine Zulassung ist ebenfalls unabhängig von Parteianträgen und setzt nur die Zulassung durch das Gericht voraus. Die Bedeutung dieser Figur für die Rechtsfortbildung ist Gegenstand des Beitrags von David Clark.[61] Mit dem US-amerikanischen Modell vergleichen lässt sich in Deutschland nur der „sachkundige Dritte" im Verfahrensrecht des Bundesverfassungsgerichts: Gemäß § 27a BVerfGG kann das Gericht „sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben".[62] Wie beim *U.S. Supreme Court* ist also die Zulassung durch das Gericht Voraussetzung.

---

streit möge zugunsten einer Partei entschieden werden, und die Erwartung, dass die damit befassten Gerichte auch in einem künftigen eigenen Rechtsstreit […] an einem einmal eingenommenen Standpunkt festhalten und zu einer ihnen günstigen Entscheidung gelangen sollten, stellen lediglich Umstände dar, die ein tatsächliches Interesse am Obsiegen einer Partei zu erklären vermögen. Ein solches Interesse daran, dass eine rechtliche oder tatsächliche Frage auf eine bestimmte Weise beantwortet wird, genügt ebenso wenig wie der denkbare Umstand, dass in beiden Fällen dieselben Ermittlungen angestellt werden müssen oder über gleichgelagerte Rechtsfragen zu entscheiden ist."

[59] Die Grundlage für die Beteiligung Dritter findet sich teilweise in der EMRK selbst, siehe Art. 36 § 1, teilweise in den Rules of the Court, siehe Art. 44 der Fassung von 2015, beides abrufbar auf der Website des EGMR <www.echr.coe.int>. Zum Ganzen näher *Ludovic Hennebel*, Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH 71 (2007) 641–668 mit vielen Nachweisen auch zu anderen internationalen Gerichtshöfen. Eine stärkere Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen (NGO) zur Unterstützung der Beschwerdeführer vor dem EGMR zeichnet sich ab, vgl. *Shai Dothan*, Luring NGOs to International Courts: A Comment on CLR v. Romania, ZaöRV 75 (2015) 635–669 (659 ff.).

[60] Protokoll Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326/210.

[61] Siehe *David S. Clark*, Use of the Amicus Curiae Brief in American Judicial Procedure in Comparative Perspective, RabelsZ 80 (2016) 327–371 (in diesem Heft).

[62] Siehe hierzu die Kommentierung von *Herbert Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum BVerfGG (Loseblatt, Stand: Juli 2014) § 27a.

## VII. Breitenwirkung

Dass ein Gericht neue Wege beschreitet, schafft für sich noch keine Rechtsfortbildung. Rechtsfortbildung und Richterrecht wird daraus nur, wenn die handelnden Richter das Urteil selbst für wegweisend halten, wenn die betroffenen Verkehrskreise dann von dem Urteil Kenntnis erlangen und wenn sie es als Faktum ihrem eigenen Handeln zugrunde legen. Dies setzt im Allgemeinen seitens der maßgeblichen Rechtsberater die Einschätzung voraus, dass es sich bei dem Urteil nicht um eine Eintagsfliege handelt, die nur aufgrund außergewöhnlicher Umstände das Licht der Welt erblickt hat. Ohne eine solche Anerkennung in der Fachöffentlichkeit wird aus einem Urteil noch kein Richterrecht.

Diese Beobachtungen weisen auf einen Umgang mit obergerichtlichen Urteilen hin, wie er keineswegs überall verbreitet ist. Erstens müssen Urteile veröffentlicht werden, sonst bleiben sie Geheimwissen der Parteien und einiger Eingeweihter. Von diesem Standard sind viele Länder der Welt nach wie vor weit entfernt.[63] Zweitens müssen sich die Richter des obersten Gerichts ein Urteil darüber bilden, welche ihrer Entscheidungen sie im Sinne einer „cassation normative" für wegweisend halten; die Wirkung dieser Urteile müssen sie akzentuieren, etwa durch die Formulierung prägnanter und generalisierender Leitsätze, die Publikation in einer besonderen Entscheidungssammlung oder durch Hervorhebung in einem Jahresbericht.[64] Drittens ist eine Diskussion der Judikate in der Rechtswissenschaft erforderlich, die das Wissen um eine Entscheidung verbreitet, Verbindungslinien zu anderen Urteilen aufzeigt, den Stellenwert einer Entscheidung im Gesamtsystem herausarbeitet und ihre Wertungen und Begründung einer kritischen Würdigung unterzieht; auch in diesem Punkt weisen viele Rechtsordnungen einen erheblichen Rückstand auf.

## VIII. Schluss

Wer über richterliche Rechtsfortbildung diskutiert, richtet den Blick im Allgemeinen auf rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Aspekte. Die-

---

[63] Siehe etwa *Lena-Maria Möller*, Die Golfstaaten auf dem Weg zu einem modernen Recht für die Familie? (2015) 122 für Bahrain, Dubai und die Vereinigten Arabischen Emirate: „Auch gibt es […] kein umfassendes System zur Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen." Die Verfasserin beleuchtet die Defizite der Veröffentlichungspraxis mit weiteren Schlaglichtern. Ähnliche Äußerungen gibt es etwa aus Ländern Südostasiens.

[64] Plastisch die Schilderung der Veröffentlichungspraxis der *Cour de cassation* in Frankreich bei *Ferrand*, ZZPInt. 18 (2013) 33, 51 f. Für Deutschland siehe *Detlev Fischer*, Amtliche Leitsätze und offizielle Entscheidungssammlungen, JuS 1995, 654–657: die Aufnahme eines BGH-Urteils in die offizielle Entscheidungssammlung ist ein bewusster Akt der Gewichtung.

se Diskussionen werden nicht überflüssig, wenn man die richterliche Rechtsfortbildung als Tatsache akzeptiert, wie es der Wirklichkeit und auch der Anlage dieses Symposiums entspricht. Freilich gewinnt dann eine andere Frage an Bedeutung: Wie lassen sich Verfahren gestalten, welche die Qualität von Richterrecht zu verbessern geeignet sind und die vor allem eine umfassende Kenntnis der Gerichte von den betroffenen Lebensbereichen und Interessen gewährleisten können. Dazu ist ein Blick auf die maßgeblichen Institutionen, auf die für sie vorgesehenen Verfahren und auf die Einspeisung der relevanten Informationen erforderlich, jeweils unter dem Blickwinkel der Optimierung von richterlicher Rechtsfortbildung; die Rechtsvergleichung kann hierzu bereichernde Anregungen beitragen. Schließlich ist auch das rechtskulturelle Umfeld von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft zu bedenken, das in den Ländern des „Westens" mittlerweile durchaus an den Umgang mit Richterrecht gewöhnt ist, während es in großen Teilen der Welt noch an einer entsprechenden Öffnung fehlt. So erklärt es sich, dass sich nach wie vor in vielen Ländern die Überzeugung hält, es gebe keine richterliche Rechtsfortbildung, obwohl sie dort in der obergerichtlichen Praxis genauso angelegt ist.

## Summary

### The Procedural Framework for Judge-Made Law – An Introduction

Discussions surrounding judge-made law generally look at the topic in terms of legal theory and its constitutional validity. Accepting the existence of case law fashioned by judges, such discussions are no doubt of value. Yet the reality of the practice leads to another question: How should court proceedings be arranged so as to improve the quality of judge-made law and maximize the knowledge of courts in respect of those interests and areas of life that are impacted by precedential rulings? Answering this question requires an appreciation of the significant institutions, the intended proceedings and the manner in which relevant information is collected, all with an eye toward the optimization of judge-made rules; in this regard, comparative law can make a valuable contribution. Finally, the legal culture in which practice and scholarship operate has to be borne in mind. Whereas "Western" countries are now quite accustomed to the notion of law being created by the judiciary, a gap exists in many parts of the world. Thus in many countries one still encounters the belief that there is no such thing as judge-made law, despite its existence being anchored – there as well – in the practice of high courts.